

A SUPERSUBORDINAÇÃO - INVERTENDO A LÓGICA DO JOGO

Jorge Luiz Souto Maior*

SUMÁRIO

- 1 INTRODUÇÃO
- 2 A EVOLUÇÃO NOMINATIVA E O MOVIMENTO DE REDUÇÃO PROGRESSIVA DOS DIREITOS TRABALHISTAS
- 3 INDUÇÃO DO RACIOCÍNIO INVERTIDO EM MATÉRIA TRABALHISTA
- 4 REPERCUSSÕES NA EXPERIÊNCIA PROCESSUAL
- 5 A FUNÇÃO DA EXPRESSÃO PARASUBORDINAÇÃO
- 6 REVERTENDO A LÓGICA REDUCIONISTA
- 7 A SUPERSUBORDINAÇÃO: INSTRUMENTALIZANDO A REVERSÃO
- 8 CONCLUSÃO

1 INTRODUÇÃO

Uma tarefa natural do homem é a de atribuir nomes. Nomeia-se tudo: pessoas, coisas, fatos, atitudes, ideias etc.

Supõe-se que esse esforço tenha por propósito facilitar a comunicação. Mas, há de se convir: o nome não é a própria “coisa” denominada. Com isso, às vezes, em feliz coincidência, o nome fala por si, por exemplo: “bafômetro” (direto não? Não exige explicação). Em certas situações, no entanto, o nome não diz nada (pelo menos para os mortais comuns). Outro dia li em um processo que o reclamante estava com lumbago ciática...

Assim, não raro o nome precisa ser acompanhado de uma explicação, para que a comunicação se efetive.

O duro é que há nomes que a gente sabe o que é (ou pensa que sabe), mas não sabe explicar: universo; vida; morte; justiça; direito...

Diante do progresso das complexidades sociais e do advento de novos fenômenos científicos e tecnológicos, aumenta o desafio para a tarefa de denominação. Algumas palavras são criadas para explicar essas novidades. Formam-se neologismos como, por exemplo, o “gerundismo”, para atribuir um nome ao “estarei indo”, ao “estarei ficando”...

Outras vezes, palavras são inventadas para explicar de modo diverso fenômenos antigos. As gírias, fruto da criatividade humana, não são outra coisa senão isso: nomes ou expressões que substituem outros tradicionalmente utilizados. E as próprias gírias se atualizam. Assim, hoje em dia, em vez de falarmos que um sujeito indesejável é um chato, falamos que ele é um “mala”. Se for muito chato, é um “mala sem alça” (que é uma espécie de atualização da expressão “chato de galocha”). Se for mais chato ainda é um “gangorra” (aquele que, quando se senta de um lado, todo mundo se levanta do outro...).

* Juiz do Trabalho da 3ª Vara do Trabalho de Jundiaí, SP. Professor livre-docente da Faculdade de Direito da USP.

Alguns nomes têm significado oficial, ou seja, o significado que o Estado lhe atribui. Para o IBGE só é desempregado aquele que estiver à procura de emprego. Se o sujeito não tiver emprego, mas não estiver à procura de um, não é desempregado. Ou seja, não é nada, pois não entra na estatística e não se criou um nome para ele (talvez seja, meramente, excluído). Para não ser chamado de “vagabundo”¹ e ostentar a condição de desempregado, a pessoa que não tem emprego precisa, então, submeter-se, constantemente, ao vexame de ser recusada na pretensão de aquisição de um trabalho. Desse modo, ser desempregado é uma posição social mais relevante do que meramente não ter emprego. Vai entender!

E, considerando o que se vem dizendo sobre as relações de trabalho no sentido de que existem figuras distintas da de empregado, tais como a do parassubordinado, então a pessoa que não tem emprego, mesmo procurando trabalho, pode ser denominada de formas diversas, conforme o trabalho que esteja procurando. Assim, ter-se-ia o “desparassubordinado” ou “paradesempregado”...

Retornando ao aspecto que diz respeito à construção dos nomes, muitas vezes uma palavra só não basta para explicar a ideia, surgindo os substantivos compostos (guarda-roupa; guarda-chuva). Na formação desses nomes, assim como nas expressões idiomáticas, cada palavra perde a sua identidade e o sentido nada tem a ver com o que cada uma, isoladamente, quer dizer. Por exemplo, um guarda-chuva não guarda chuva nenhuma (aliás, dependendo do guarda-chuva e da chuva, nem desviar a chuva ele consegue). A expressão “ponta-cabeça”, muito falada nas Minas Gerais, sobretudo na região de Pouso Alegre, não é uma cabeça pontuda ou uma ponta na cabeça. Significa “de cabeça para baixo”. No meio trabalhista, a expressão “justa causa” não é meramente a “cessação do negócio jurídico por ato faltoso do outro contratante”, é uma autêntica reprimenda de natureza moral, com grave efeito de natureza social, além do que inverte a regra da presunção da inocência. Um empregado “dispensado” por “justa causa”, para fins de uma avaliação social, é culpado até prova em sentido contrário, prova esta que deve ser produzida em um processo que, ao mesmo tempo, garante ao reclamado, que efetuou a “dispensa” por “justa causa”, todas as garantias inscritas na cláusula do “devido processo legal” (ampla defesa, contraditório e duplo grau de jurisdição).

Outras vezes utilizam-se complementos, prefixos no nome para falar da mesma ideia em uma posição superior (super), em uma posição inferior (hipo) ou ao lado (para). É assim que se formam expressões como super-homem, hipossuficiente e paramédico...

Há, claro, aditivos que não acrescentam nada. É o caso do modismo “tipo”. Tipo dizer o que não se está querendo dizer, para, tipo assim, ludibriar o ouvinte, que fica tipo confuso numa conversa tipo maluca...

Mas há mais nessa temática do que a busca de um nome para referir-se a uma realidade ou a um objeto.

¹ A conhecida letra de uma das músicas do Chico Buarque, para os padrões oficiais atuais e considerando também a falta de emprego, não seria mais “vai trabalhar vagabundo”, mas sim “vai procurar emprego, vagabundo”...

Em muitas situações, a atribuição de nomes é acompanhada de um propósito. Uma função importante dos nomes é a de criar fantasias, criar realidades a partir deles próprios. Ou seja, há uma intencionalidade, muitas vezes não declarada, na formação dos nomes.

Do ponto de vista social, por exemplo, muitas nomeações vão criando amenidades para antigas situações, sem alterá-las na essência. Imagina-se, ou tenta-se fazer crer, que a realidade possa ser mudada com alteração dos nomes. Assim, evita-se usar a palavra pobre e supõe-se que os pobres não mais existem (embora eles insistam em “poluir” a paisagem dos centros urbanos tão belamente reformados). O pobre não é mais pobre, é um necessitado econômico. A injustiça social nada tem a ver com injustiça, trata-se apenas de uma má distribuição de renda. O furto de bolsas, bem, este continua sendo furto mesmo, mas o furto de horas extras é apenas um inadimplemento contratual...

Às vezes os nomes são utilizados para fins de propaganda de consumo (ou, em uma palavra, *marketing*). Objetos ganham nomes próprios. Usar uma calça não é a mesma coisa que usar uma calça Lee e assim por diante...

Invade-nos a fantasia de que o sanduíche do Mac Donald's, o Big Mac, é algo diferente do que, naturalmente, pudesse ser. Há uma música muito interessante, não me lembro de quem, cuja letra relata a estória de um sujeito, vindo do interior, que, impressionado pela propaganda, vai à cidade grande para comer um Big Mac. Ele vai cantarolando: “dois hambúrgueres, alface, queijo, molho especial, cebola e picles num pão com gergelim...”. Quando, enfim, recebe em mãos o sanduíche, exclama: “Ué! Mas é pão com carne!”

Há situações, ainda, em que os nomes são dados exatamente para não explicar. É assim que as operações da Polícia Federal ganham aqueles nomes enigmáticos, tais como: Satiagraha.²

E por falar em enigma, há frases, ou seja, um conjunto de palavras, que se expressam para não transmitir mensagem alguma. Nos debates políticos as respostas quase sempre atraem para o ouvinte a indagação: qual foi mesmo a pergunta? A situação econômica em julho de 2003 foi assim explicada pelo então Presidente do Banco Central, Henrique Meirelles,

Por trás da queda gradativa dos juros não estão insegurança, timidez, excesso de conservadorismo ou cautela. Trata-se apenas do reflexo de uma assimetria natural entre a velocidade de um choque e o ritmo de reversão da política monetária à posição de equilíbrio.

(Henrique Meirelles, Presidente do Banco Central, no jornal *Folha de São Paulo*, 29.07.03, p. B-10)

Na mesma edição, talvez pressionado pela falta de espaço, o jornal *Folha de São Paulo* anunciava: “Mantega vê acordo de carros este ano” (*Folha de São Paulo*, 29.07.03, p. B-2).

² O nome do Delegado responsável, Protógenes, é mera coincidência. Não faz parte do enigma...

E para não ficar aqui falando só dos outros, nós, do meio jurídico, por óbvio, há muitos e muitos anos, criamos as nossas pérolas nominativas, que vão, com o tempo, institucionalizando-se: litispendência; preclusão; preempção; coisa julgada; apelação; apelante; excepto; agravante; agravado; embargo; embargado...

Aliás, fica pior quando se quer arranjar um outro nome para os institutos. Segundo o juiz do trabalho José Eduardo R. Chaves Jr. (Pepe), há uma espécie de brega jurídico³, que constitui em nominar peças e atos processuais por intermédio de expressões um tanto quanto esdrúxulas: peça vestibular; peça exordial; peça inaugural; peça de arranque (e logo depois o processo emperra); peça umbilical; peça de resistência; decisão guerreada; desabrochar da operação cognitiva; digesto obreiro; entendimento turmário; escólio; juiz de piso; operador do direito; perfunctório; remédio heróico; sodalício...

Isso sem contar as expressões latinas: *sine die*; *iura novit curia*; *da mihi factum, dabo tibi ius*; *causa petendi*; *quod non est in acti non est in mondo* ("o que não está nos autos não está no mundo"); *ad argumentandum tantum*; *facienda necessitas*; *intuitu personae*; *in natura*; *affectio societatis*; *in albis*; *ab initio*; *ab ovo*; quase sempre, quando faladas, pronunciadas de forma errada. Conta-se que um juiz (ou advogado, não sei), para parecer mais intelectualizado, lendo a expressão *sine die*, esclareceu para os presentes que a audiência estava adiada *saini dai*, em inglês, claro.

Somos acostumados, também, a classificar as normas, a atribuir nomes às classificações feitas, a identificar características comuns, fixando os nomes correspondentes etc. Conhecer o direito não é apenas conhecer as leis, é saber, também, como os juristas as organizam, leem-nas e preconizam sua aplicação, sendo que, presentemente, ainda se deve aguardar o pronunciamento do STF em suas súmulas vinculantes pelas quais o direito passa a ser aquilo que se diz que ele é ainda que da forma dita não fosse para ser.

Não são poucas as criações terminológicas na área do direito: princípio da "proporcionalidade"; princípio da "ponderação"⁴; princípio da "adequação setorial negociada"; princípio da "marcação irrevisível"; subordinação "integrativa"; subordinação "estrutural"; "teletrabalho"; "novos paradigmas"...

São nomes importantes, mas que muitas vezes se integram a uma lógica comercial do direito. Tornam-se o paraíso de cursinhos, professores, palestrantes... Funcionam como uma espécie de instrumento para reserva de mercado, conferindo ar de intelectualidade para quem os pronuncia. Muitas expressões transformam-se em autênticos modismos, como "novos paradigmas". Mas, depois de explicados, o espanto é quase inevitável: "Ué, mas é pão com carne!".

Lembro-me de uma prova de concurso para ingresso na magistratura trabalhista da 3ª Região em que a pergunta era: "O que é princípio da marcação irrevisível?" Foi uma rodada geral. Ninguém passou. Depois, descobriu-se que nada mais era que preclusão.

³ <http://www.pepe-ponto-rede.blogspot.com/2008/01/o-brega-juridico-em-2008.html>

⁴ Que sugerem um bom tema para uma dissertação: Proporcionalidade, ponderação e outras dissimulações.

2 A EVOLUÇÃO NOMINATIVA E O MOVIMENTO DE REDUÇÃO PROGRESSIVA DOS DIREITOS TRABALHISTAS

Do ponto específico das relações de trabalho, tema que nos interessa mais de perto, incide, igualmente, a criatividade na nomenclatura das profissões, algumas novas, outras inusitadas: “engatador de Julieta”; “operador de pare e siga”; “carrinheiro”...

Mas, nesta área, o que impressiona mesmo é a utilização de neologismos para explicar situações muito antigas. Percebe-se existir uma evolução nominativa, que nada mais é que a criação de nomes, digamos assim, mais chiques, para explicar o mesmo fenômeno, mas, ou com a intencionalidade de conferir um tom mais ameno à exploração do trabalho alheio para satisfação de necessidades pessoais, ou, simplesmente, para conferir a fantasia de um maior *status* para o profissional respectivo. Foi assim, por exemplo, que o contínuo se transformou em *office boy*; o empregado em domicílio, em *home office*; o servente, em ajudante de pedreiro; o ajudante geral, em auxiliar de produção; a empregada doméstica, em secretária do lar; a faxineira, em diarista; o lixeiro, em gari e, depois, coletor de lixo; a aeromoça, em comissária de voo; o vendedor, em assistente de vendas; o estivador, em trabalhador portuário; o juiz de futebol, em árbitro; o juiz do trabalho, em magistrado trabalhista; o juiz do tribunal do trabalho, em desembargador...

Dizem até que há um banco, que nem parece banco, que não tem *office boy*, auxiliar, escriturário, caixa, chefe de seção. Só tem gerentes e assistentes de gerentes...

O ponto crucial da presente investigação, no entanto, é a constatação de que em paralelo a essa linha da evolução nominativa nas relações de trabalho desenha-se outra em sentido inverso de natureza involutiva (para criar mais um nome...) no que tange à efetivação dos direitos trabalhistas. Em outras palavras, a uma melhora na forma de nomenclatura contrapõe-se, paradoxalmente, uma piora no que tange à consagração de direitos, sobretudo de natureza social.

Nessa perspectiva, a *merchandage*, nome francês utilizado para designar a mercantilização da mão-de-obra, considerada ilegal, passou a se denominar, meramente, terceirização e validou-se. À onda de redução de direitos trabalhistas apelidou-se, eufemisticamente, flexibilização, que abalou a efetividade dos princípios da irrenunciabilidade e da irredutibilidade.

Pela utilização de palavras mais dóceis para uma mesma situação procurou-se (e tem-se conseguido) burlar a regra fundamental do Direito do Trabalho de perseguição da melhoria progressiva da condição econômica e social do trabalhador.

E, presentemente, como a palavra flexibilização caiu em desgraça, visto que sua retórica foi percebida, já se fala em “flexissegurança” (*flexisecurité*, *flexisecuridade*), que, para os europeus, significa discutir a possibilidade de trocar o direito de estabilidade no emprego pelo implemento de uma política pública de seguro-desemprego com prazos bastante longos (em alguns casos, sem prazo definido, como na Dinamarca), mas que foi traduzida no Brasil pelos adeptos da “desregulamentação”, espertamente, como mera intensificação da flexibilização, já que não temos, sob o ponto de vista da teoria dominante, a estabilidade no emprego.

Esse movimento de redução progressiva dos direitos trabalhistas está entre nós há muito tempo, com intensificação na década de 90. Desde então, como destaca o autor uruguaio Barbagelata, quem passou

para uma quase desesperada defensiva são os sindicatos que não só já não se sentem animados a lutar por melhorias nas condições de trabalho, mas aceitam, inclusive, negociar concessões que reduzem os níveis de proteção e os benefícios anteriormente conquistados.⁵

E, além disso,

os governos legítimos, sustentados por eleição, perderam toda inibição para enfrentar o poder dos sindicatos e para adotar medidas legislativas ou administrativas inequivocamente destinadas a destruí-los.⁶

Em termos de reconhecimento da relação de emprego, o Direito do Trabalho, tradicionalmente, seguia um caminho expansivo. Vários foram os doutrinadores a tratar do movimento expansivo do Direito do Trabalho a partir da integração ao conceito de relação de emprego de várias relações de trabalho antes alheias a esse direito, que, inicialmente, lembre-se, era apenas de um "direito operário".

Do ponto de vista dos direitos e obrigações, as interpretações e aplicações das normas primavam pelo pressuposto da necessária melhoria da condição social do trabalhador. A jurisprudência refletia tal pensamento.

Mas, desde os anos 60, com intensificação nas décadas seguintes, o Direito do Trabalho caminhou em sentido contrário. Inúmeros foram os institutos jurídicos cuja eficácia protecionista foi diminuída: limitação da jornada de trabalho; intermediação de mão-de-obra; natureza salarial da parcela paga; contratos a tempo parcial; proteção contra dispensa, com reflexos na via processual (comissões de conciliação prévia e arbitragem de conflitos individuais trabalhistas).

A linha da regressão das garantias trabalhistas, encontrando solo fértil, vai se aprofundando e ganhando sofisticação. Conta-se que algumas empresas, quando querem reduzir o custo do trabalho, em vez de providenciarem uma dispensa coletiva, que é sempre custosa e juridicamente arriscada, procuram criar desconfortos para a execução do serviço, cortando benefícios, como vales-refeição e vales-transporte ou utilizam estratégias mais sutis como, simplesmente, "deixar quebrar" o ar condicionado e com isso chegar ao número de pedidos de demissão correspondente ao corte desejado.

Valendo-se da onda do artificialismo nominativo, assiste-se, agora, à tentativa de obscurecer a própria relação de emprego, com o nítido propósito, embora não declarado, de fugir totalmente das obrigações decorrentes do Direito

⁵ BARBAGELATA, Héctor-Hugo. *O particularismo do direito do trabalho*. Revisão técnica Dr. Irazy Ferrari. Tradução de Edilson Alkmim Cunha. São Paulo: LTr, 1996, p. 141.

⁶ *Idem*, p. 141-142.

do Trabalho. Evita-se, assim, de todos os modos, pronunciar a palavra “empregado”.

Desse modo, o empregado não é mais empregado, é um “colaborador”, e que, às vezes, é também “cooperado” (coletivamente, os trabalhadores se “cooperam” para “colaborar”...)

Em muitas situações o trabalhador até perde o nome e a própria condição humana, pois passa a ser uma pessoa jurídica, identificada pelo acréscimo da sigla ME ao seu nome original. O João da Silva, empregado do escritório, passa a ser João da Silva ME, deixando de ser empregado, embora a situação fática pertinente ao trabalho continue exatamente a mesma. E, quando se conduz o João da Silva ME para execução de suas tarefas fora do estabelecimento do antigo empregador, impelindo-o a manter parte da estrutura empresarial, confere-se ao João a alcunha de “empreendedor”, trabalhador “independente”.

Tratando desse tema, impossível não se lembrar de um desenho animado cujo protagonista, o super-herói, era um elefante (o Elefantástico), que, na linha do que se passava em filmes como Batman, para não ser reconhecido, colocava uma máscara sobre os olhos. Todos os demais personagens eram pessoas comuns e o elefante não era identificado por ninguém, porque tinha colocado uma pequeníssima máscara sobre os olhos. O seu ajudante era um rato, que também ficava surpreso quando o Elefantástico, revelando sua identidade, tirava a máscara. - Nossa, Elefantástico, que disfarce maravilhoso. Eu não tinha percebido que era você! - dizia o rato.

Pois bem, o que se está criando pela tática das novas denominações de antigos fenômenos é a saga dos “empregados elefantásticos”. Trabalhadores com máscaras nos olhos e que, desse modo, embora sendo típicos empregados, passam à condição formal de trabalhadores autônomos sem ser.

3 INDUÇÃO DO RACIOCÍNIO INVERTIDO EM MATÉRIA TRABALHISTA

Tudo isso tem gerado uma situação extremamente confortável para alguns segmentos empresariais (pois não são todos, evidentemente) que se utilizam de tais subterfúgios. E, quanto maior a perversão maior a vantagem, pois, afinal, quanto mais se distancia da linha da normalidade (tomando-se como parâmetro a eficácia dos direitos constitucionalmente consagrados) mais difícil se torna retomar o padrão da legalidade.

Se uma empresa registra seu empregado e lhe paga todos os direitos regularmente, pecando apenas no aspecto, por exemplo, da concessão integral do intervalo para refeição e descanso, um acordo judicialmente formulado sobre esse aspecto traz a situação muito próxima do ideal, que é, por óbvio, o do pleno respeito aos direitos. Assim, se a supressão do intervalo, mesmo com pagamento respectivo, for habitual, não se pode considerar atingido o ideal, pois o intervalo é preceito de ordem pública que visa preservar a saúde do trabalhador e a saúde não está à venda.

Mas, se outra empresa, ao contrário, sequer efetua o registro do empregado e os olhares externos consideram que o desrespeito a todos os demais direitos é apenas uma consequência do primeiro ato, a formulação de um acordo, com pagamento de um valor fechado, permite que se desconsidere a necessária

incidência de todas as obrigações trabalhistas decorrentes. O conflito se soluciona numa perspectiva individual, satisfazendo interesses imediatos, mas fica muito longe da linha da normalidade delineada pelo Direito construído dentro da lógica social.

O pacífico convívio com a ilegalidade em termos de obrigações trabalhistas (que se apresenta pelo eufemismo “informalidade”) tem-nos imposto uma inversão de valores. Somos mais rigorosos com quem respeita o Direito do Trabalho e incorre em algum deslize, apoiado em tese jurídica equivocada, do que com quem descumpre, deliberadamente, as normas jurídicas trabalhistas. Tendemos a achar estranho uma reclamação trabalhista em que o reclamante pleiteie unicamente, por exemplo, a incidência da multa do § 8º do art. 477 da CLT, em razão do pagamento fora do prazo das verbas rescisórias e não nos incomoda o fato de que um trabalhador, empregado há vários anos em uma mesma empresa, seja posto, de um dia para o outro, na condição de desempregado, sem que sequer suas verbas rescisórias tenham sido pagas, fato, aliás, que habita o cotidiano das Varas do Trabalho por este Brasil afora.

Ficamos discutindo o pagamento, ou não, das verbas rescisórias e nos esquecemos de pôr em debate e efetivar a garantia constitucional contra a dispensa arbitrária. Conseguimos, até, reprimir moralmente o trabalho escravo (que insiste em não nos abandonar) e a exploração do trabalho infantil, mas não somos capazes de dizer, juridicamente, que aquele que escraviza deve perder o seu patrimônio em favor daqueles que escravizou e que o sujeito que explorou o trabalho infantil, às vezes em condições de trabalho degradante, deve pagar uma vultosa indenização por dano pessoal, por ter agredido o direito fundamental à infância, além de outra de natureza social, já que a proteção da infância é uma questão de ordem pública, essencial para a preservação da própria humanidade.

4 REPERCUSSÕES NA EXPERIÊNCIA PROCESSUAL

Analisando-se a experiência vivenciada nas Varas do Trabalho, é fácil perceber a repercussão desse fenômeno do abalo progressivo das garantias trabalhistas.

Primeiramente, muitos empregadores instituíram a prática de não respeitar regularmente os direitos trabalhistas para depois, simplesmente, dispensarem seus empregados sem o correspondente pagamento das verbas rescisórias, forçando os trabalhadores a buscarem a Justiça do Trabalho para reaverem seus direitos, e, nas reclamações trabalhistas propostas, formularem propostas de acordo para pagamento de apenas parte dos direitos devidos, com a obtenção do benefício da quitação do extinto contrato de trabalho.

Essas situações, embora confortáveis para esses empregadores, traziam os incômodos dos efeitos jurídicos do atraso no pagamento das verbas rescisórias (§ 8º do art. 477 da CLT) e da necessidade do acerto de tais verbas no momento da realização da audiência, sob pena de incidência da multa prevista no art. 467 da CLT.

Assim, seguindo a linha do ataque à eficácia dos direitos trabalhistas, percebeu-se que melhor seria estabelecer uma controvérsia jurídica a respeito da cessação do vínculo, para evitar a incidência desses dois dispositivos e mesmo

para tornar mais nebuloso o direito ao recebimento das demais verbas rescisórias. Passou-se, então, à utilização da dispensa por justa causa, de modo sistemático, como forma de criar, processualmente, uma situação mais favorável para a empresa na formulação da proposta de acordo. Inúmeros foram os acordos formulados na Justiça do Trabalho que previam apenas “reversão da justa causa e liberação do FGTS”, saindo a empresa, inclusive, com o título de benfeitora. Era comum em nossa realidade (e ainda é) a existência de empresas, ou mesmo de segmentos econômicos inteiros, em que todos (ou quase todos) os contratos de trabalho se encerravam por justa causa do empregado.

Mas, nem todos os empregados faziam acordos. Muitas justas causas eram revertidas e as reclamações trabalhistas não se limitavam ao aspecto das verbas rescisórias, trazendo à discussão, portanto, vários outros institutos jurídicos trabalhistas. Além disso, tendo havido o reconhecimento da relação de emprego, sobre o pagamento dos salários já incidiam contribuições sociais e FGTS.

Diante da falência estrutural dos entes de fiscalização, percebeu-se que melhor mesmo seria não registrar o empregado, pois nenhuma incidência tributária precisaria ser respeitada e em eventual futura reclamação trabalhista, movida pelo “ex-empregado”, o próprio vínculo poderia ser posto em discussão. O acordo, então, passava a ter uma abrangência global. Pagamento de um valor “x” pela “quitação” de tudo, incluindo a própria natureza do vínculo. Inúmeros são os acordos na Justiça do Trabalho em que, por conta de uma soma em dinheiro, são “quitados” todos os direitos trabalhistas que pudessem advir de uma relação de emprego, inclusive de natureza previdenciária, não se reconhecendo, ademais, ter existido relação de emprego.

Mesmo sem a concretização do acordo, a situação configurava-se vantajosa porque parcela da Justiça do Trabalho, um tanto quanto desatenta à realidade social e aos preceitos da teoria geral do processo, considerava que o vínculo jurídico declarado em juízo não gerava incidência das multas pertinentes aos descumprimentos da legislação trabalhista. Assim, quem registrava seus empregados e pagava as verbas rescisórias com um dia de atraso estava sujeito a pagar a multa prevista no § 8º do art. 477 da CLT. Já quem não registrava e, conseqüentemente, sequer pagava verbas rescisórias, não estava sujeito a multa alguma.

No processo, quem não pagou as verbas rescisórias vê-se, de certo modo, protegido pelas garantias do “devido processo legal”, e o trabalhador que não as recebeu é obrigado a submeter-se à demora do processo ou aceitar receber menos do que lhe é devido em um “acordo”.⁷ Assistimos, diariamente, trabalhadores tendo que suportar intermináveis ritos processuais para receber verbas alimentares incontroversas (ou com controvérsia habilmente instaurada) e tendemos a achar isso normal, mas, se um trabalhador resiste em não deixar o imóvel no qual reside em função da relação de emprego finda, somos induzidos

⁷ E, conforme tem entendido a jurisprudência trabalhista, a arcar sozinho com os custos de seu advogado, mesmo na hipótese de julgamento que declare a procedência de sua pretensão.

a pensar que a situação exige imediata correção, sendo imperdoável qualquer tipo de demora processual. Se uma execução se arrasta por longos anos e culmina com a penhora *on-line* das contas do devedor (que fez de tudo para enrolar o processo), sendo bloqueado valor superior à execução, em razão do saldo existente em várias contas diversas, exige-se a imediata liberação dos valores bloqueados a mais, inclusive pela via do “remédio heróico” do mandado de segurança. Se o juiz, em audiência, determina o pagamento em 24 horas das verbas rescisórias incontroversas, declarando a responsabilidade do tomador dos serviços diante do sumiço da prestadora ou da sua notória insolvência, sai-se da audiência batendo o pé e acusando o juiz de arbitrário... É o direito à sobrevivência do mais novo desempregado, oh!

A visão distorcida da ordem jurídica fez com que se tenha institucionalizado entre nós, na prática processual, uma espécie de “direito a descumprir o direito”. Em reclamações trabalhistas é comum ver empresas invocando a ordem jurídica para se verem livres de efeitos pelo descumprimento do direito. Acredita-se, em geral, que, se não houve o pagamento das horas extras, tendo estas sido prestadas de forma habitual e em quantidade superior ao limite de duas horas, legalmente previsto, o máximo que pode advir, em termos jurídicos, é uma condenação ao pagamento das horas extras não pagas, com a incidência de juros de 1% não capitalizados e correção monetária.

A inversão de valores, incentivada pela teoria do “direito à ilegalidade” na esfera trabalhista, vai tão longe que muitas vezes se pensa que a criação de intermináveis incidentes processuais protelatórios está inserida na cláusula do devido processo legal, e que o renitente e contumaz na prática de atos que tumultuam o processo tem o direito de apenas ser condenado a uma multa de 1% sobre o valor da causa e, assim, a má-fé processual não tem fim. Outro dia uma reclamada ofereceu em audiência uma exceção de incompetência em razão do lugar, aduzindo que o reclamante não trabalhou em cidades abrangidas pela jurisdição da Vara. Indagado o reclamante, este disse que trabalhou em duas obras na cidade da sede da Vara, versão que, imediatamente, foi confirmada pelo preposto da reclamada. Alguém pode, então, dizer, trata-se de má-fé e nada mais. Tudo bem, imaginemos, então, que se limite a isso. Mas, e se adicionarmos à história o dado, efetivamente ocorrido, de conhecimento da reclamada e propositalmente omitido, de que aquela reclamação tinha vindo de outra Vara, após acolhimento de sua exceção de incompetência lá apresentada, o que se vai dizer? É a mesma má-fé? É só má-fé no sentido dos artigos 17 e 18 do CPC? A pensar!

5 A FUNÇÃO DA EXPRESSÃO PARASSUBORDINAÇÃO

Juridicamente, para tentar legitimar os tipos de trabalho fugidios da relação de emprego, criou-se um bonito nome: parassubordinação.

Sob uma crítica mais severa, no entanto, pode-se dizer que o parassubordinado é um ser da mitologia jurídica moderna. Uma espécie de trabalhador minotauro, meio subordinado, meio autônomo. Só não se sabe se da metade para cima ou da metade para baixo...

A nomeação em questão não guarda nenhuma correspondência com a realidade. Diz-se que a utilidade da criação de uma espécie intermediária entre

subordinados e autônomos é a de eliminar a zona cinzenta que muitas vezes se forma na separação dos dois, facilitando a aplicação do Direito do Trabalho em relações de trabalho não abrangidas por este. No entanto, o efeito concreto é o de se criar mais uma linha de fronteira, também cinzenta, entre o empregado e o parassubordinado, além daquela que separa este do autônomo (verdadeiramente, autônomo).

Além disso, a proteção jurídica daquele a que se atribui o nome de parassubordinado, até para manter a pertinência da divisão, acaba sendo, necessariamente, inferior que a dos subordinados. O capital, que é quem controla a forma de correlação entre si e o trabalho, sabendo do parâmetro jurídico intermediário criado, no qual os direitos trabalhistas são menos evidentes, trata, então, de transferir todos os antigos empregados para a “nova” situação. Assim, do ponto de vista geral, em vez de se ampliar o leque social de incidência do Direito do Trabalho, caminha-se em direção contrária. Lembre-se, a propósito, do que se passou, no Brasil, com as cooperativas de trabalho: os “cooperados”, em geral, não eram desempregados que adquiriram um trabalho ainda que juridicamente menos protegido, eram os antigos empregados.

Em recente palestra proferida na Faculdade de Direito da USP, o professor italiano Luigi Mariucci destacou que, após anos de desenvolvimento da tese da parassubordinação na Itália, constatou-se que todos os que se anunciavam como trabalhadores parassubordinados eram autênticos empregados.

Na perspectiva da teoria da parassubordinação há, por certo, o reconhecimento da existência de um movimento de fuga da configuração da relação de emprego, mas a teoria, em vez de servir para apontar os equívocos da situação, do ponto de vista da preservação do pacto do Estado Social Democrático de Direito, simplesmente acaba representando uma mera adaptação à situação imposta pelos arranjos econômicos. Assim, até se tenta fazer uma leitura correta da realidade, mas comete-se o sério equívoco de apenas legitimá-la, oferecendo-lhe um tipo jurídico específico.

Essa legitimação, por óbvio, não inverte o caminho acima destacado. Vai na mesma linha da regressão de direitos, pois, como dito, o parassubordinado, coerentemente com a sua nomenclatura, não se equipara ao subordinado, possuindo, por isso mesmo, direitos trabalhistas menores, atraindo o grave problema da indefinição quanto aos seus direitos. Assim, tais direitos nem são direitos, são dádivas que a jurisprudência lhe concede, mas que, ao mesmo tempo, pode não conceder porque não está juridicamente obrigada a fazê-lo.

A parassubordinação, desse modo, exerce uma função de evitar, criando um obstáculo teórico, que o Direito do Trabalho atinja por completo os novos modos que o capital encontra para explorar o trabalho.

É exatamente por isso que, *data venia*, é equivocado o pressuposto de que o Direito do Trabalho deve se adaptar à realidade, amoldando-se a ela numa perspectiva da inevitabilidade da linha regressiva de direitos. O Direito do Trabalho, ademais, só existe, na qualidade de ramo autônomo do Direito, ligado à raiz do Direito Social, por conta da sua finalidade específica de impor limites ao poder econômico e promover a justiça social, que é o fundamento da garantia da paz mundial, conforme revela o preâmbulo da Constituição da OIT, fixado no Tratado de Versalhes:

Considerando que a paz para ser universal e duradoura deve assentar sobre a justiça social;

Considerando que existem condições de trabalho que implicam, para grande número de indivíduos, miséria e privações, e que o descontentamento que daí decorre põe em perigo a paz e a harmonia universais, e considerando que é urgente melhorar essas condições no que se refere, por exemplo, à regulamentação das horas de trabalho, à fixação de uma duração máxima do dia e da semana de trabalho, ao recrutamento da mão-de-obra, à luta contra o desemprego, à garantia de um salário que assegure condições de existência convenientes, à proteção dos trabalhadores contra as moléstias graves ou profissionais e os acidentes do trabalho, à proteção das crianças, dos adolescentes e das mulheres, às pensões de velhice e de invalidez, à defesa dos interesses dos trabalhadores empregados no estrangeiro, à afirmação do princípio "para igual trabalho, mesmo salário", à afirmação do princípio de liberdade sindical, à organização do ensino profissional e técnico, e outras medidas análogas; Considerando que a não adoção por qualquer nação de um regime de trabalho realmente humano cria obstáculos aos esforços das outras nações desejosas de melhorar a sorte dos trabalhadores nos seus próprios territórios.

AS ALTAS PARTES CONTRATANTES, movidas por sentimentos de justiça e humanidade e pelo desejo de assegurar uma paz mundial duradoura, visando os fins enunciados neste preâmbulo, aprovam a presente Constituição da Organização Internacional do Trabalho.

Assim, contraria a própria lógica de sua existência dizer que, malgrado os desajustes provocados no mercado de trabalho pelos arranjos econômicos, a regulação do Direito do Trabalho deve seguir o parâmetro fático posto, que propugna uma progressiva redução das garantias sociais.

Para isso, ou seja, para seguir os efeitos das correlações naturais entre o capital e o trabalho, que tenderão sempre a favorecer o detentor do capital⁸, não se precisa manter vivo o Direito do Trabalho.

Em relações entre desiguais, o Direito deve interferir na realidade, forjando-a, para o fim da produção da justiça social. Para legitimar a lei do mais forte não se precisa de um Direito Social. Aliás, para a produção de injustiças não se precisa do Direito. Pode deixar que as injustiças se produzem por si.

Se as objeções quanto à necessária interferência do Direito na realidade forem de natureza econômica, aduzindo-se que ela impede o desenvolvimento econômico ou que gera custo contrário ao interesse da concorrência internacional, então é o mesmo, primeiro, que negar a utilidade do Direito Social para a realização da tarefa a que se propôs realizar e que, aliás, foi a causa principal da

⁸ Vide nesse sentido interessante passagem de Adam Smith:

Os trabalhadores desejam ganhar o máximo possível, os patrões pagar o mínimo possível. Os primeiros procuram associar-se entre si para levantar os salários do trabalho, os patrões fazem o mesmo para baixá-los. Não é difícil prever qual das duas partes, normalmente, leva vantagem na disputa e no poder de forçar a outra a concordar com as suas próprias cláusulas.

(*A riqueza das nações*. São Paulo: Abril Cultural, 1983, p. 92)

supressão do projeto revolucionário de natureza socialista, e, segundo, assumir a inevitabilidade do caráter autodestrutivo do capitalismo, inviabilizando-o como projeto de sociedade.

Se dentro da lógica capitalista só é possível raciocinar na perspectiva da redução das garantias sociais, aprofundando as desigualdades e reduzindo o nível da condição humana, então por que continuar seguindo esse sistema?

Por todas essas razões, a figura da parassubordinação, que nos impõe um modo de pensar que meramente acompanha a lógica da destruição dos parâmetros sociais vislumbrados como essenciais a partir de meados do século passado, não tem utilidade jurídica para o Direito Social, não passando de um belo nome (nem tão belo assim), utilizado somente para mascarar ou fantasiar a realidade. Claro, se, por um lado, serve para tentar legitimar práticas reducionistas de direitos trabalhistas, por outro, há de se reconhecer, é fonte econômica relevante, pois favorece a elaboração, a edição e a comercialização de teses, livros, cursos, seminários etc.

6 REVERTENDO A LÓGICA REDUCIONISTA

Não pretendo apenas destacar os equívocos da parassubordinação. Seguindo o itinerário do texto, quero também exercer o meu direito de inventar um nomezinho, conforme item seguinte.

Antes, porém, cumpre esclarecer que essa preocupação não é apenas para satisfação do ego. É fruto da constatação de que precisamos traçar, de uma vez, um caminho em sentido contrário ao da precarização dos Direitos Sociais. Um pressuposto importante nesse aspecto é o de que a reversão da lógica reducionista não se fará apenas com condenações que buscam a mera reposição da ordem jurídica que fora desrespeitada.

Diante de uma situação em que se constata que uma determinada empresa deliberadamente se utilizou de mecanismos fraudulentos para evitar a incidência dos Direitos Sociais, condená-la unicamente a pagar tudo aquilo que já deveria ter pago é o mesmo que dizer que a ausência do cumprimento do direito não é um ilícito.

O não pagamento sistemático de horas extras, examinado com os olhos não impregnados pela epidemia da precarização, não é simplesmente um inadimplemento contratual. Trata-se de um ilícito grave, pois, além de representar um furto no que tange ao patrimônio alheio, ainda fere preceitos fundamentais da livre concorrência e do desenvolvimento do tão preconizado capitalismo socialmente responsável. E, esse ilícito, por óbvio, deve ter efeito específico.⁹

⁹ Falando de ilícito e da lógica de achar que direitos podem advir da prática ilícita, vale lembrar, sobretudo no contexto deste estudo, do trabalho externo. Imagina-se que a previsão do inciso I do art. 62 da CLT possa ser suficiente para negar ao trabalhador o direito constitucional à limitação da jornada de trabalho, também assegurado na Declaração Universal dos Direitos do Homem. A consciência desse pretensão direito é tão forte que muitas empresas, em suas defesas apresentadas em reclamações trabalhistas, assumem, claramente, que o reclamante, porque trabalhava externamente, mesmo que fosse dirigindo veículo com carga de propriedade da reclamada, poderia fazer "o horário que bem entendesse"...

Pensemos bem: quando uma empresa contrata um trabalhador para lhe prestar serviços e, respeitando a lei, efetiva o seu registro na condição de empregado, com anotação na CTPS, deve pagar-lhe todos os direitos trabalhistas, inclusive de natureza coletiva. A visualização da regularidade da situação se faz de forma estrita. Qualquer deslize é punível pelo Ministério do Trabalho, pelo sindicato de trabalhadores e, eventualmente, pela Justiça do Trabalho, em reclamação trabalhista. Há reclamações trabalhistas em que as discussões jurídicas são bastante limitadas: supressão do intervalo; ou até supressão parcial do intervalo; validade do acordo de compensação. Todos os direitos foram pagos e sobre o que resta há rigor de avaliação (como deve ser mesmo).

Mas, inversamente, se uma empresa sequer registra o empregado, não lhe pagando férias, 13º salário, direitos coletivos, FGTS e até verbas rescisórias, por ocasião de uma futura reclamação trabalhista, o valor pago em acordo engloba tudo, sem multas e ainda com isenções tributárias e das custas do processo. Ou seja, acaba-se sendo menos rigoroso com quem descumpra o Direito do Trabalho do que com quem quase não o descumpra ou mesmo com quem não o descumpra de modo algum (quantas vezes já não ouvi em audiência uma espécie de “pedido” para o empregador pagar algum valor para acordo mesmo após ter este demonstrado a regularidade do pagamento com relação aos pedidos formulados pelo reclamante!).

Mas, a lógica regressiva, não encontrando limites, aperfeiçoa-se. Assim, para criar uma situação mais confortável, muitas empresas passaram a engendrar vinculações com o trabalho por intermédio de negócios jurídicos que negam na aparência a relação de emprego. Mesmo sabendo da irregularidade, a controvérsia lhes é benéfica, porque dificulta a ação do Ministério do Trabalho e dos sindicatos.

Em eventuais reclamações trabalhistas, então, o único “risco” que se corre, ironicamente falando, é o da tese jurídica “colar” e não haver o constrangimento quanto ao cumprimento de qualquer obrigação trabalhista, ou de se ver unicamente obrigado, por meio de uma responsabilidade de natureza secundária, ao adimplemento, ao adimplemento de poucos valores, nas denominadas “terceirizações”. Por isso, na formulação de névoas para negação da relação de emprego ou no desenvolvimento de teses jurídicas quanto à legitimação da terceirização, muitas empresas estão cada vez mais criativas. A última que eu vi foi a de um lava-carro que “alugava” parte do seu pátio para os lavadores, que, assim, eram considerados trabalhadores autônomos, trabalhando para pagar o aluguel e extrair como ganho a sobra mensal.

Do ponto de vista de uma avaliação técnico-jurídica, deve-se lembrar de que trabalhador autônomo é apenas aquele que ostenta os meios de produção e trabalha para si, sem intermediários, junto ao mercado de consumo, usufruindo, integral e livremente, do fruto de seu trabalho.

Pessoas que trabalham por comissão para outras, mesmo que não recebam ordens diretas, não tenham horário fixo de trabalho..., são trabalhadores subordinados, aos quais se deve aplicar o Direito do Trabalho.

Cada vez que se nega, jurisprudencialmente, a existência da relação de emprego em relações de trabalho não-autônomas, ou seja, naquelas em que uma pessoa vende sua força de trabalho com habitualidade a outrem, que explora economicamente o resultado do trabalho, ou que o utiliza para satisfação de um

interesse particular, tomando-se por base um dado periférico (não-cumprimento de horário fixo, não recebimento de ordens diretas, recebimento por comissão, recebimento de alta remuneração), estabelece-se uma abertura no padrão jurídico da configuração da relação de emprego que vai sendo apropriado pelo capital. Com isso, a relação de emprego tende mesmo a uma situação excepcional.

Esse caminho é muito sério porque toda a construção do Estado Social baseia-se na política do pleno emprego, que atrai a incidência de garantias trabalhistas e previdenciárias, com a efetiva possibilidade de efetuar o custeio consequente. Na ilusão da generalização de relações de trabalho semiautônomo, com semidireitos, toda a lógica do Estado Social se perde e nada se põe no lugar. Nosso projeto de sociedade está fincado na eficácia dos Direitos Sociais: interferência concreta do Estado nas relações de produção capitalista, visando à construção obrigatória do solidarismo social. Não será com políticas privadas de solidariedade que o Estado Social vai se concretizar. Não se constrói uma nação apenas com “HSBCs Solidariedades...” (tiiiirghirghirghri... passado o cartão de crédito e pronto: o nosso compromisso frente aos problemas sociais está satisfeito!).

É sumamente importante compreender que, se um determinado segmento do capital pudesse se correlacionar com o trabalho sem a contrapartida das obrigações fiscais e sociais, todos os demais segmentos também poderiam. Desse modo, sem construção de uma política social concreta, a única coisa que se produz é a reconstrução da barbárie, que ainda não se instalou porque as instituições estão funcionando.

O padrão estabelecido para desenvolvimento da sociedade capitalista foi o da eficácia dos Direitos Sociais. Esse sistema econômico tem como fundamento de sua própria existência a acumulação de um capital que permite a seu possuidor, o capitalista, utilizar a força de trabalho livre, dita “assalariada”, para incremento de uma atividade que lhe permita adicionar mais capital (obter lucro), exatamente pela utilização do trabalho alheio. A venda da força de trabalho no mercado produtivo, para um capitalista que extrai do trabalho prestado a fórmula da reprodução de seu capital, com vistas à sobrevivência e à aquisição de valor monetário necessário ao consumo, foi o alvo principal da incidência das normas jurídicas, criadas, na Europa, desde o final do século XIX, com difusão no século XX para outras regiões do mundo, transformando-se mais tarde naquilo que hoje concebemos como Direito do Trabalho. A relação de trabalho, formada com essas características, foi identificada como relação de emprego.

O surgimento do Direito do Trabalho, ademais, importante dizer, não foi uma consequência natural do modelo. Fora, sobretudo, uma reação aos movimentos sociais de cunho revolucionário¹⁰, que, baseados em teorias de cunho marxista, buscaram, pela tomada de consciência da classe proletária, a superação da sociedade de classes, com a consequente eliminação da própria classe burguesa dominante.

¹⁰ Sem se desprezar, por óbvio, a importância dos movimentos operários reivindicatórios, na busca de melhores condições de trabalho.

O Direito do Trabalho constitui-se, portanto, uma forma de proteção e ampliação dos direitos da classe trabalhadora, servindo, ao mesmo tempo, à manutenção do próprio sistema. Não se trata, portanto, meramente, da quantificação econômica do trabalho no contexto da produção capitalista. Trata-se de um fenômeno jurídico que envolve aspectos sociais, macroeconômicos e políticos extremamente relevantes. Base dos Direitos Sociais, o Direito do Trabalho acabou representando a imposição de limites necessários ao capitalismo, servindo-lhe, ao mesmo tempo, como oxigênio.

Essa relação de trabalho básica do desenvolvimento do modelo foi identificada como relação de emprego, exatamente para se distinguir de outras relações de trabalho que estavam, e estão, fora dessa correlação de forças. Assim, enquanto se mantiver o sistema capitalista, haverá relação de emprego. Como explica Riva Sanseverino,

Havendo atividade produtiva organizada em forma de empresa, o seu titular há de servir-se de mão-de-obra alheia, que sendo destituída de capacidade técnica e econômica para assumir riscos, coloca à disposição de outrem esses serviços, livrando-se, assim, dos referidos riscos. A presença de massas de trabalhadores subordinados atende, aliás, às exigências da técnica produtiva e do seu natural progresso e, a seu turno, o trabalhador autônomo e, também, com maior razão, o empresário representam, em certo sentido, o resultado de seleção natural na luta pela vida.¹¹

Nesse sentido, impõe-se concordar com Mário de La Cueva, quando diz que o essencial para o Direito do Trabalho é ocupar-se do trabalho no contexto da empresa capitalista, ou, mais propriamente, nas formas como esse modelo se baseia e se reproduz: a indústria, a agricultura e o comércio.

Claro, há de se reconhecer, o Direito do Trabalho, inicialmente, foi pensado apenas na perspectiva do operário das grandes fábricas, tanto que a legislação correspondente era denominada de legislação industrial ou legislação operária. O próprio Direito do Trabalho, no momento de sua formação, era, por muitos, denominado “direito operário” e com o tempo o Direito do Trabalho foi se expandindo para outras relações de trabalho no comércio, na agricultura, no âmbito familiar, no trabalho prestado a domicílio, eliminando-se, aliás, a diferença entre trabalho manual e intelectual etc. Mas, não se perdeu, nesse caminho expansivo, a linha mestra da existência do Direito do Trabalho que foi a identificação da exploração da força de trabalho para a satisfação do interesse de outrem, interesse este que, conforme qualificação jurídica, deixou de ser, unicamente, o econômico.

Desse modo, a verificação da relação de emprego é, efetivamente, uma questão de ordem pública e sua configuração parte do pressuposto jurídico do elemento “subordinação”, entendida como “estado de sujeição”, ou integração à estrutura empresarial alheia (subordinação integrativa ou subordinação estrutural).

¹¹ SANSEVERINO, Riva. *Curso de direito do trabalho*. Tradução de Elson Guimarães Gottschalk. São Paulo, LTr, 1976, p. 56-57.

Mas, a subordinação, há de se reconhecer, é apenas um nome, criado no meio jurídico para fins metodológicos. A ideia central da incidência do Direito do Trabalho é o trabalho sob dependência alheia. É a proteção jurídica daquele que serve (com seu trabalho somente) ao implemento das relações de produção capitalista. A subordinação, embora traga essa conotação semântica do trabalho sob as ordens de outrem, não se limita a isso, pois a razão de ser do Direito do Trabalho, como visto, está muito além do aspecto de uma pessoa, individualmente considerada, submeter sua atividade aos comandos alheios.

A propósito, oportuno dizer que o empregado não é submisso, do ponto de vista pessoal, ao empregador. A relação de emprego é de natureza objetiva e não subjetiva, tendo como ponto identificador a venda habitual da força de trabalho de uma pessoa para a satisfação dos interesses organizacionais e produtivos de outrem. E, mesmo nas ditas mudanças do mundo do trabalho, esse elemento não se perde.

Não se está negando que muitas mudanças no mundo do trabalho possam ter, efetivamente, trazido alguns aspectos positivos, sobretudo no que tange à amenização da penosidade do trabalho. Não se está, igualmente, saindo em defesa do elemento subordinação, desconsiderando o aspecto hierárquico, pelo menos do ponto de vista semântico, que traz consigo.

Parece evidente que do ponto de vista de uma avaliação comparativa não se pode deixar de reconhecer os benefícios da eliminação do trabalho nas fábricas, prestado em condições insalubres e perigosas, inserido em uma estrutura hierárquica, quase sempre não-democrática. Nesse sentido, um trabalho prestado com maiores liberdades pode se constituir um avanço.

Como já explicava Riva Sanseverino, em obra publicada na década de 70:

...na evolução histórica, o trabalho demonstra certa tendência a se tornar autônomo. De fato, o evoluir da civilização exerce influência direta sobre o desenvolvimento da personalidade, também sob o aspecto de suas manifestações econômicas, tanto que, ao lado das grandes empresas concentradas, existem as pequenas e médias, hoje, em grande número, e representam em muitos países, como na Itália, o núcleo central da economia do país. De igual modo, ao lado da tendência da economia política que divisa o futuro no desfrute ao máximo do progresso técnico - o qual somente pode ser realizado por meio de grandes empresas - outras tendências se manifestam contrárias à concentração da atividade econômica, e consideram preferível seja dado impulso às médias e pequenas empresas. O incremento do artesanato e o fracionamento do latifúndio constituem realizações práticas desta última tendência.¹²

Nessa perspectiva até se pode compreender um pouco a ideia da parassubordinação, para identificação de uma espécie de “porta de saída” da condição de empregado, mas isso, repare-se, para falar de uma situação socioeconômica que fosse, efetivamente, mais favorável ao trabalhador. De todo modo, há vários problemas insuperáveis aí: primeiro, gera uma tendência de se

¹² *Idem*, p. 57.

confundir com autonomia o mero aumento na liberdade na execução de serviços (identifica-se nesse aspecto formal uma mudança na posição social, que, de fato, não houve, pois o trabalhador, embora mais livre, não atingiu a condição de capitalista); segundo, fomenta a desconsideração da relação de emprego, fazendo supor que pela condição de empregado não se pode atingir um patamar digno dos pontos de vista social, econômico e humano.

Assim, o pressuposto da melhoria da condição social e econômica do trabalhador não seria mais que mera figura de retórica e todo o Direito Social, uma fórmula de suprimir a dignidade humana. Só haveria liberdade e dignidade fora do trabalho subordinado e tudo aquilo que apregoa o Direito do Trabalho seria uma farsa. O grande propósito dos Direitos Sociais, portanto, seria o de extrair o trabalhador da condição de empregado, conferindo-lhe, enfim, a tão almejada autonomia econômica e abominado estaria o modelo capitalista...

Mas, será factível uma sociedade capitalista só com trabalhadores verdadeiramente autônomos?

Certamente não, pois as diversas oportunidades geradas pelo livre aproveitamento do mercado de consumo, típico desse modelo de sociedade, geram, naturalmente, diferenças econômicas entre as pessoas e essas tendem a aproveitar-se da situação, sobretudo se forem antigos trabalhadores que tenham, digamos assim, "subido na vida". Como dizia La Boétie, a tirania se instala no próprio desejo que todos têm de ser tiranos também.¹³

Os "novos" autônomos, para incremento de sua atividade, acabam utilizando mão-de-obra alheia, passando a ostentar, eles próprios, a condição de empregadores, conforme esclarece Riva Sanseverino, na mesma obra acima citada:

Todavia, também as médias e pequenas empresas necessitam, sempre, de trabalhadores subordinados, e, malgrado o grande desenvolvimento da civilização e do individualismo, haverá sempre uma parte respeitável de trabalhadores que prefere, ou a isso é constrangida, a não suportar os riscos inerentes ao trabalho autônomo, optando pelo serviço prestado a outrem.¹⁴

Desse modo, em uma sociedade capitalista ter-se-á sempre a exploração do trabalho alheio como forma de desenvolvimento do sistema econômico, mantendo-se, por consequência, a pertinência da inserção do Direito do Trabalho na realidade social.

Pior, ainda, é falar de parassubordinação para estabelecer um óbice à configuração da relação de emprego, apregoaando a redução da subordinação a partir, pura e simplesmente, da forma de execução do serviço.

A expansão do Direito do Trabalho deve seguir caminho diverso, partindo do pressuposto de uma compreensão instrumental, numa perspectiva integrativa, dos elementos que caracterizam a relação de emprego.

¹³ *Apud* Marilena Chauí. *Convite à filosofia*. São Paulo: Ed. Ática: 1995, p. 407.

¹⁴ *Idem*, p. 57.

A “diarista”, por exemplo, sempre apontada como exemplo de trabalhador que se encontrava na porta de entrada da relação de emprego, e para a qual, dizia-se, a teoria da parassubordinação era útil, começa a ser, como devido, integrada ao contexto da relação de emprego.

Vide, nesse sentido, a seguinte ementa:

RECONHECIMENTO DE VÍNCULO EMPREGATÍCIO - DIARISTA - TRABALHO SEMANAL PRESTADO AO LONGO DE VINTE SETE ANOS PARA A MESMA EMPREGADORA CONTEMPLANDO TODAS AS SUAS NECESSIDADES BÁSICAS E COTIDIANAS DO SERVIÇO DOMÉSTICO. A Reclamada não conseguiu demonstrar a existência de pressupostos válidos contidos no art. 896 da CLT, visto que, *in casu*, não restou demonstrada afronta ao art. 3º da CLT e nem ao art. 1º da Lei 5.859/72, porquanto consignou o Regional que a continuidade da prestação de trabalho não quer dizer ininterruptividade, pois trabalhar um dia por semana, em todas as semanas do ano, durante 27 anos e contemplando suas necessidades básicas e cotidianas do serviço doméstico é, sem dúvida, prova de continuidade. Ademais, no Dicionário Aurélio, o vocábulo contínuo significa seguido, sucessivo. Melhor dizendo, não há necessidade de que o labor ocorra todos os dias da semana, e, sim, de que, na forma contratada pelas partes, seja habitual, conforme o caso dos autos. Recurso não conhecido. (TST, RR-18756/2003-002-09-00.0, 2ª Turma, Rel. Min. José Simpliciano Fontes de F. Fernandes, DJ 30.05.08)

O maior problema da distorção causada pela crítica à subordinação, no entanto, é o de considerar que as preconizadas mudanças no mundo do trabalho geraram, automaticamente, como um passe de mágica, a eliminação do dado concreto pertinente à exploração do trabalho, isto é, que a correlação do trabalho com o capital não se desenvolve mais na perspectiva da utilização do trabalho alheio para satisfação de interesses econômicos de uma classe dominante.

Essa situação não é factível em um mundo ainda capitalista e não será deixando de falar da subordinação ou tratando-a com um nome mais ameno que o dado concreto da exploração do trabalho alheio, para o qual deve estar voltado, necessariamente, o Direito do Trabalho, terá deixado de existir.

A melhora em certas condições de trabalho, acompanhada de um traço de liberdade, traz uma perigosa aparência de que a correlação entre capital e trabalho deixou de representar aquilo que efetivamente é: a mera venda da força de trabalho, ou o trabalho em troca de salário (daí por que até mais correto do que falar em trabalhador subordinado é tratá-lo, como antigamente, de trabalhador assalariado).

Importante perceber, também, que a mudança do modo de execução de trabalho muitas vezes é acompanhada de outras perversidades que precisam ser visualizadas, sob pena de partirmos de um pressuposto ilógico de que toda novidade é boa só pelo fato de ser nova. Como dito por Chico Buarque de Holanda, para rebater as críticas dos tropicalistas, “Nem toda loucura é genial, nem toda lucidez é velha” (o que cito não é para tomar partido no embate musical).

Não trabalhar na fábrica, sob os comandos diretos de um “capataz”, que impõe muitas só porque se olha para o lado, e trabalhar com maior liberdade em um ambiente menor e mais humano, é, evidentemente, um avanço, mas não raro o benefício traz consigo inúmeros complicadores.

O trabalhador que leva o trabalho para casa, por exemplo, quebra o ambiente familiar, traz para si, sem perceber, parte dos custos da produção (conta de luz etc.), e não vislumbra a responsabilidade daquele que explora economicamente seu trabalho quanto ao meio ambiente do trabalho, no que tange ao aspecto ergonômico e no que diz respeito à limitação da jornada de trabalho.

Esses novos arranjos acabam provocando novos problemas, mas sempre ligados à mesma lógica. Isso explica, em certa medida, um efeito não previsível da pretensa liberdade de trabalhar em casa, conforme notícia reportagem da *Revista Veja* (edição n. 2072, de 06.08.08), “Saudosos do escritório”:

Trabalhar em casa era um sonho acalentado por funcionários de algumas das maiores multinacionais na década passada. Com o surgimento da *internet*, parte delas aderiu ao *home office*, modalidade que deu àquelas pessoas, pela primeira vez, a alternativa de executar tarefas longe do escritório. Nos Estados Unidos, 10 milhões de empregados passaram a cumprir parte do expediente em casa. No Brasil, foram 4 milhões. Depois de uma década levando uma vida que eles próprios definiam como “mais livre” e “menos entediante”, a novidade é que uma parcela começa a dar inesperados sinais de nostalgia em relação aos tempos de escritório. É o que explica o fato de algo como 10% desses brasileiros terem saído em busca de uma alternativa. Eles estão alugando salas em espaços povoados por centenas de pessoas. Lembra o passado, mas com uma diferença fundamental: essas pessoas permanecem fora das empresas para as quais trabalham. A experiência é relatada com grande entusiasmo por profissionais como o engenheiro Cledson Sakurai, 36 anos, desde 2002 numa multinacional francesa na área de tecnologia. Ele trocou o silêncio do *home office* por um desses escritórios abarrotados de gente. “Trabalhar sem ninguém ao lado pode se tornar solitário e improdutivo.”

O modelo de escritórios compartilhados, nos quais atuam pessoas das mais diversas empresas e áreas, popularizou-se nos Estados Unidos de três anos para cá, quando firmas especializadas no aluguel de salas comerciais perceberam estar diante de um novo fenômeno. Pessoas que haviam conquistado o direito de trabalhar em casa começavam a se queixar do isolamento e de certa falta de infra-estrutura. Em pesquisas, esses profissionais diziam sentir saudade da secretária e da velha sala de reuniões (“tratar de negócios em casa nunca deu certo”). Mas não queriam voltar à vigilância dos chefes. Os novos escritórios suprem tais demandas - e têm se revelado ainda ambientes favoráveis à produtividade tão almejada pelas empresas. É por isso que algumas delas, as mesmas que haviam liberado seus funcionários para trabalhar em casa, patrocinam sua estada nas salas compartilhadas. Lincoln Brasil, diretor da Silva Rosa, consultoria na área de tecnologia, diz que, há dois anos, banca o aluguel de empregados nessas salas. “Eles passaram a organizar melhor o tempo e a respeitar mais os prazos.” Houve também um ganho financeiro para a empresa. “Enxugamos a estrutura fixa e, com isso, cortamos 85% dos gastos.”

Esse modelo, muitas vezes incentivado pelas próprias empresas que se ocupam, à distância, de tais trabalhadores, por óbvio, tende a tornar-se mais uma estrutura organizada, com novas correlações de trabalho e capital. As salas

coletivas atraem a necessidade de contratação de secretárias e demais serviços. Além disso, geram um novo nicho de mercado, desenvolvendo-se um segmento empresarial, de natureza locatícia, para atender a essa demanda.

Essa tentativa de reconstrução do “local de trabalho” é feita, no entanto, sem vinculação direta do trabalho ao capital e sem se perceber que relevante parcela do custo do trabalho é transferido para os próprios trabalhadores.

Não raro, ademais, a pulverização da fábrica se dá com a criação de “corpos intermediários”. O antigo empregador não contrata mais empregados, contrata contratantes, para usar feliz figuração do professor Carlos Chiarelli. Esses contratantes, uma vez contratados, contratam trabalhadores ou até mesmo outros contratantes, instaurando-se uma rede de subcontratações que provocam, na essência, uma desvinculação, em razão da distância física, entre o capital e o trabalho. O dado da exploração se esfumaça, tornando muito difícil a responsabilização, pois o empregador aparente, que se apresenta de forma imediata, é, quase sempre, desprovido de capacidade econômica.

Esse modelo provoca o esfacelamento da noção de classe política entre os trabalhadores. Esses não se vinculam por similitude de condições de vida e de trabalho. Pelo contrário, tendem a concorrer uns com os outros pelos postos de serviço oferecidos, pouco importando as suas condições e garantias trabalhistas asseguradas. O sistema favorece uma espécie de “*dumping social*” no nível do próprio trabalho.

Ou seja, o novo modelo, que esfumaça a relação de emprego, gera: excessivas jornadas de trabalho; usurpação do domicílio; mascaramento das responsabilidades do poder econômico frente ao meio ambiente do trabalho; aumento das doenças do trabalho (com relevante custo social e humano); afastamento do capital frente ao trabalho; eliminação do antagonismo de classes, mantendo-se apenas com tal feição a classe dominante; extinção da consciência de classe daqueles que não ostentam a condição de capitalistas e que têm como alternativa de sobrevivência a venda da força de trabalho.

O necessário confronto democrático entre os interesses do capital e do trabalho (peças fundamentais numa sociedade capitalista), que se constitui à base de formação e de desenvolvimento do Estado Social, tende a ser eliminado. Nesse sentido, funciona, ademais, a retórica da colaboração...

Se pensarmos bem, não há, verdadeiramente, nada de novo nisso, pois se trata da reprise da eterna intenção do capital de fugir das obrigações determinadas pelo Direito Social.

Mas, há efeitos sociais relevantes que precisam ser reconhecidos para que possam ser enfrentados. Com efeito, as relações sociais, como fruto da forma de organização do trabalho, também se precarizam. O raciocínio efêmero norteia as relações entre as pessoas. Vide, nesse aspecto, a interessante obra de Richard Sennett, *A corrosão do caráter*.

Concretamente, por uma maior liberdade na execução do trabalho, pague-se um alto preço.

O mais grave equívoco que se pode cometer na análise das complexidades atuais é não entender que as aparentes mudanças, justificadas por belos nomes, escondem a reprodução da mesma razão que justificou, historicamente, a criação de um Direito do Trabalho numa perspectiva estrutural e estruturante.

Identificar a subordinação nesses novos arranjos do mundo do trabalho é relevante não para se fazer uma apologia da subordinação, mas para deixar claro que ela existe e, assim, para que se faça a necessária incidência das garantias do Direito Social na realidade, pois, afinal, foi essa a ficção jurídica que se criou para identificar a relação de emprego, que, por sua vez, representa a expressão que retrata a exploração do trabalho alheio numa lógica produtiva.

Bem se poderia dizer, tentando simplificar as coisas, que o Direito do Trabalho deve ser aplicado em qualquer relação de trabalho, mas essa afirmação, muitas vezes bem intencionada, faz uma indevida equiparação entre um autêntico trabalho autônomo, que efetivamente existe, e outros, de natureza puramente assalariada, que apenas têm aparência de autonomia.

Talvez o ideal fosse que todos pudessem ser donos do resultado de seu trabalho, mas isso, dentro de uma lógica capitalista, não ocorrerá sem que, antes, o próprio modelo se tenha rompido e não se pode imaginar que meramente negar, do ponto de vista teórico, a existência da subordinação seja uma atitude revolucionária.

Falar da subordinação e apontar sua existência não é evitar que se possa avançar nesse aspecto da correlação entre capital e trabalho, muito pelo contrário, pois só se pode mudar uma realidade que se conheça. As aparências, determinadas por nomes e codinomes, fazem com que se vislumbre uma realidade que de fato não existe.

Por exemplo, estamos aqui fazendo uma interlocução com a tese das mudanças no mundo do trabalho, mas, percebe-se, a partir dessa discussão, estamos formalizando uma generalização completamente alheia à realidade. Diz-se que o mundo do trabalho mudou e pronto, atraindo a formação de vínculos autônomos. Mas, a realidade demonstra que, do ponto de vista geral, as mudanças atingem um pequeno número de trabalhadores. A maior parcela ainda está vinculada, certamente, a profissões que nenhum efeito sofrem dessas alterações (a não ser no prisma da realidade virtual típica de filmes como *Matrix*): cortadores de cana, colhedores de laranja, escriturários em bancos, secretárias, pedreiros, serventes, ajudantes, telefonistas, operadores de *telemarketing*, vendedores, balconistas, escriturários, faxineiros, operários, auxiliares de toda espécie, forneiros, operadores de máquinas, operadores de empilhadeira; torneiros mecânicos; açougueiros; padeiros; porteiros; vigias; vigilantes; enfermeiros; auxiliares de enfermagem; cozinheiros; garçons; caixas; carpinteiros; montadores; carregadores; azulejistas; cabeleireiros; manicures; cobradores; mecânicos de manutenção; estoquistas; repositores; professores; eletricitistas; digitadores; maquinistas; técnicos em eletrônica; motoristas; gerentes; subgerentes; chefes de seção; lixeiros; domésticos; isso sem falar nas profissões liberais (médicos; engenheiros; advogados) tantas vezes utilizadas no contexto do empreendimento alheio...

7 A SUPERSUBORDINAÇÃO: INSTRUMENTALIZANDO A REVERSÃO

Pois bem, o que fazer?

Inicialmente, há de se reconhecer que toda essa análise, para efeitos jurídicos, não pode se limitar à constatação dos fatos como são. Não se trata da realização de um roteiro de novela: "A vida como ela é!"

Essa avaliação deve instigar a busca de soluções concretas para os problemas detectados. A fórmula, no entanto, já está dada: a efetivação dos Direitos Sociais.

Ou seja, o que precisamos, urgentemente, constatando que na essência o modelo de sociedade é ainda o mesmo, é recobrar a autoridade dos dispositivos constitucionais do Direito Social, postos para a formação de um regime capitalista com responsabilidade social.¹⁵

Em segundo lugar, é importante reconhecer que a reconstrução da ordem jurídica não se dará com a mera declaração judicial de vínculos de emprego cuja configuração fora fraudada, pois isso apenas incentiva a repetição do mesmo fato, ou seja, apenas dá seguimento à lógica da mesma linha de destruição dos Direitos Sociais. Ora, se o único risco que o empresário que não registra corre é o de se ver condenado a registrar e pagar o que deveria já ter pago, então, vale a pena não cumprir, imediatamente, o direito.

Para mudar o rumo dessa história, é preciso não se deixar levar por cantos da sereia. As palavras, como estamos vendo, exercem grande influência em nosso raciocínio. Avaliamos os fatos por um aspecto predeterminado e não somos capazes de enxergá-los por outros ângulos. Ficamos enquadrando o mundo nas palavras que criamos.

Em épocas distintas muito próximas, cumpriram esse papel de nos cegar palavras como “globalização”, “modernidade”, “pós-modernidade”, “positivismo”, “flexibilização”, “parassubordinação”...

Juridicamente, para caminhar, efetivamente, em sentido contrário é essencial que se diga, por exemplo, que a mera contratação de um trabalhador, com as características do empregado, sem o devido reconhecimento jurídico dessa relação (registro e anotação da CTPS), não é simples irregularidade formal. Trata-se, isso sim, de uma ilegalidade que gera, por si, autêntico dano de natureza pessoal (não é, propriamente, um dano moral, embora com tal designação insista a doutrina) e social, sendo o infrator sujeito passivo de demandas reparatórias nesses dois sentidos. Não é somente de interesses individuais que se cuida, pois a eficácia do Direito do Trabalho está ligada à fórmula de sobrevivência do próprio modelo de sociedade.

O desrespeito deliberado e inescusável de direitos trabalhistas conduz o trabalhador a uma condição de subcidadania, já que o Direito do Trabalho, conforme expressa o Min. Mauricio Godinho, é o marco regulatório mínimo da cidadania (ou o patamar mínimo civilizatório). Não cumprir direitos trabalhistas de forma grosseira, intencional, portanto, não é mero “inadimplemento contratual”. Trata-se, isso sim, de uma agressão ao cidadão trabalhador e, porque não dizer, a toda a sociedade.

¹⁵ Lembre-se de que a Constituição Federal consagrou em seu artigo 1º, como princípios fundamentais da República, a proteção da “dignidade da pessoa humana” e os “valores sociais do trabalho e da livre iniciativa”. No artigo 170, *caput*, estabeleceu que a ordem econômica deve seguir os ditames da “justiça social”, observando o valor social da propriedade (inciso III) e a busca do pleno emprego (inciso VIII). E fixou os direitos dos trabalhadores, arts. 7º a 9º, como direitos fundamentais.

Lembre-se de que o Direito do Trabalho é o retorno de natureza socioeconômica que se confere ao trabalhador para que este venda a sua força de trabalho ao modelo de produção capitalista. A economia se desenvolve à custa dos serviços dos trabalhadores. Vislumbre-se, por exemplo, uma cidade como São Paulo: tudo que se nela vê - e não é pouca coisa - foi fruto do trabalho (muito trabalho) - quase sempre trabalho por conta alheia. E o tudo que se vê não são apenas as pontes, as ruas, os carros (muitos carros), praças, túneis, edifícios (muitos edifícios)... São também as roupas e alimentos (muitos alimentos...)

Mas, essa exploração foi acordada (e assim aceita) pela promessa de projeto social. No contexto do Estado Social Democrata, mantendo-se a lógica capitalista, a exploração do trabalho, que não deixa de existir, é amenizada, atraindo um aspecto de harmonização de interesses, em razão da concessão de garantias trabalhistas e sociais.

Assim, se há uma relação de trabalho, pela qual o trabalho alheio é utilizado para o desenvolvimento de um projeto de acumulação de capital, sem o efetivo respeito aos direitos sociais (que servem, muitos deles, para preservação da saúde e para o convívio social e familiar), quebra-se o vínculo básico de uma sociedade sob a égide do Estado de Direito Social. O dado da exploração é o único que sobressai. É a exploração pela exploração, nada mais. Aliás, a compensação de natureza social não existindo gera uma superexploração. Juridicamente falando, a subordinação se potencializa, fazendo surgir, então, a figura da supersubordinação.

O supersubordinado, portanto, por definição, é o trabalhador, ser humano, reduzido à condição de força de trabalho, já que desrespeitados, deliberadamente e como estratégia econômica, seus direitos fundamentais.

O supersubordinado não é um tipo específico de trabalhador. É a designação do trabalhador, em qualquer relação de emprego, que tenha tido a sua cidadania negada pelo desrespeito deliberado e inescusável aos seus direitos constitucionalmente consagrados.¹⁶

Aquele a quem se denomina parassubordinado é, na verdade, quase sempre, um supersubordinado.

É imperativo inverter a lógica do raciocínio que nos tem sido imposta e que, como dito, cega-nos. De tanto falar em “flexibilização” esquecemos que a função essencial do Direito do Trabalho é melhorar a condição social e econômica do trabalhador, considerando que já seria uma grande conquista garantir os direitos mínimos consagrados nas leis e na Constituição, os quais, de direitos mínimos foram transformados, então, em direitos máximos; ao analisarmos os aspectos formais da compensação de jornada, não mais colocamos em discussão a ilegalidade da utilização de trabalho em horas extras de forma ordinária e até legitimamos a situação criando o instituto das “horas extras habituais”...

Cumpramos esclarecer que não é meramente a falta do registro que delimita a figura aqui tratada. Um empregado, devidamente registrado, por óbvio, pode

¹⁶ Não se pode conceber que o ordenamento jurídico agasalhe um pretensão “direito a desrespeitar direitos fundamentais”.

ser um supersubordinado quando seus demais direitos sejam pura e simplesmente desconsiderados, como, por exemplo, trabalho em horas extras de forma ordinária com ausência do pagamento correspondente ou até mesmo com o pagamento respectivo se prestadas as horas extras de forma ordinária¹⁷ (variando, nesse caso, apenas o grau da supersubordinação); instituição de um banco de horas que se desenvolve com nítido propósito de fraudar o direito ao recebimento de horas extras; terceirização, que nada mais é que a mercantilização do ser humano; terceirização no setor público; “dispensas” sem qualquer motivação, com agressão, por conseguinte, aos preceitos jurídicos essenciais da boa-fé e do necessário exercício não-abusivo de direitos, sobretudo quando não acompanhadas do pagamento das ditas “verbas rescisórias”; atraso reiterado no pagamento de salários; pagamento de salário por produção com baixo valor unitário, forçando a execução de tarefas em ritmo acelerado e extenuante etc.

Qualquer pessoa de mediana inteligência e que tenha a capacidade de se colocar no lugar do outro, que também é um cidadão, saberá compreender os problemas pessoais (de natureza patrimonial e extrapatrimonial) sofridos por alguém, que tem na venda da força de trabalho a sua única fonte de sobrevivência e de inserção social, quando, por exemplo, não recebe em dia o seu salário e quando perde o emprego e, pior ainda, quando isso se dá sem sequer o recebimento das verbas rescisórias.

Há, evidentemente, graus de supersubordinação, mas em todas as situações destaca-se o ponto em comum que é o da tentativa deliberada de fraudar a concreta e devida aplicação dos Direitos Sociais. Uma desconsideração pura e simples do parâmetro jurídico da cidadania em termos trabalhistas, visando obter vantagem econômica a partir disso.

Deve-se perceber que todo vínculo humano precisa ser pautado pela boa-fé, sendo este um dos postulados mais importantes da vida em sociedade. Ora, se alguém busca, intencionalmente, conduzir outra pessoa a firmar um negócio pelo qual esta se vê obrigada a abrir mão de direitos fundamentais, não se pode deixar de reconhecer que, no mínimo, houve agressão ao princípio da boa-fé, que requer uma repercussão jurídica específica.

Há pouco tempo atrás, um amigo de um amigo, médico, que reside em Passárgada, perguntou-me o que ele poderia fazer diante da proposta de um hospital de que ele constituísse uma pessoa jurídica para continuar trabalhando no hospital, executando os mesmos serviços, mediante salário, e realizando plantões... Em situações como essa o trabalhador, mesmo de alto nível cultural e econômico, tende a aceitar a proposta, pois, na verdade, não tem alternativa: é pegar ou largar.¹⁸ Instaura-se, assim, nítida coação moral qualificada, pois se busca obter proveito da impossibilidade concreta de reação da vítima.

Importante recordar, ainda, que, nos casos específicos da ausência de registro, em muitas situações, o trabalhador se vê privado também dos direitos

¹⁷ Incentivada por uma política de baixos salários.

¹⁸ E largar emprego não é mesmo uma atitude muito sensata, ainda mais em um mundo onde se difunde a ideia de que o emprego não mais existe.

previdenciários. Passa, posteriormente, por uma verdadeira saga para conseguir reconhecer seu tempo de serviço perante a Previdência Social e auferir seus benefícios.¹⁹ Mesmo que o venha a conseguir, sabe-se lá quanto tempo depois, isso não retira o dano pessoal experimentado durante o tempo em que se viu privado de tais direitos, mesmo que deles, efetivamente, não tenha necessitado, pois a ideia principal da noção de seguro, e, por óbvio, também do seguro social, é conferir conforto (segurança) à pessoa, fruto da consciência de que poderá contar com o benefício acaso dele precise.

É evidente que nem toda ausência de registro ou descumprimento de direitos trabalhistas pode ser entendida como fraude a ponto de se identificar a supersubordinação. Bem se sabe que há negócios jurídicos mal formados, seja por uma leitura equivocada dos preceitos jurídicos, seja por conta até de uma razoável controvérsia acerca de um instituto jurídico específico, seja, ainda, pela própria dinâmica das relações de trabalho, que às vezes se iniciam de um modo, com nítidas características de um trabalho não subordinado (eventual), e depois vai transmudando sem uma percepção plena das partes.

Mas, é impossível negar ter havido má-fé e, conseqüentemente, a ocorrência da supersubordinação nas situações em que o empregador é reincidente²⁰ na conduta já declarada ilegal ou mesmo nas hipóteses em que, do conjunto da obra, não se possa deixar de extrair a sua verdadeira vontade²¹ de meramente vilipendiar (negar por convicção) a ordem jurídica social.

Um raciocínio induzido pela busca da identificação da supersubordinação permitirá perceber, ademais, que, não raro, quanto maior a liberdade maior o estado de sujeição ao trabalho, sendo que, na busca de elementos jurídicos para a correção da realidade, possibilitará recobrar que o bem jurídico do Direito do Trabalho não é o trabalho e sim o ser humano...

Permite, ainda, constatar que em muitas situações o supersubordinado não é meramente o trabalhador subordinado transformado, formalmente, em "autônomo". Supersubordinado, também, e até em grau mais elevado, é aquele a quem se confere, por relações negociais em rede, a aparência de empregador.

Importa saber que, quando partes da produção deixaram as grandes fábricas, passando a ser realizadas em pequenas unidades, houve uma grave repercussão na condição pessoal de inúmeros trabalhadores. Tais atividades passaram a ser geridas por ex-empregados da grande empresa, quase sempre o gerente, o supervisor, ou o chefe de seção, os quais foram transformados em

¹⁹ Ainda mais agora após decisão do Supremo Tribunal Federal, que declarou incompetente a Justiça do Trabalho para cobrar as contribuições previdenciárias decorrentes da sentença declaratória do vínculo empregatício, mesmo que se possa apontar a inconstitucionalidade da decisão.

²⁰ A noção jurídica da reincidência, vale lembrar, atrai a figura do dolo, do qual se pode validamente extrair a má-fé, e foi trazida, expressamente, no art. 59 da Lei n. 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor) e, no Direito Penal, constitui circunstância agravante da pena (inciso I do art. 61 do CP) e impede a concessão de fiança (inciso III do art. 323 do CPP).

²¹ A atitude deliberada e assumida de desrespeito à ordem jurídica é um valor jurídico, haja vista o disposto no inciso LXVII do art. 5º da CF.

empresários, mas mantendo-se na execução das mesmas tarefas anteriores de organizar a produção, subordinando mão-de-obra alheia.

Esse “empresário” é um empresário aparente. Não é um microempresário, é um nano empresário, ou um pseudoempresário. Não possui capital, embora o ostente pelos utensílios que lhe são transferidos, e sua atividade empresarial limita-se a se inserir no contexto do interesse econômico de outra empresa, ou empresas, que lhe exploram os serviços.

É a esse fenômeno que o Direito do Trabalho, modernamente, precisa estar voltado e isso implica, necessariamente, uma releitura do pressuposto básico de que uma pessoa jurídica não pode ser empregado. O fato é que esse empresário é tão empregado da grande empresa como seria se estivesse dentro da fábrica, exercendo a função de gerente (ou supervisor) de uma unidade ou seção específica, organizando os fatores da produção, neles inclusos a subordinação da mão-de-obra.

Na verdade, não se trata de uma alteração do pressuposto jurídico de que a pessoa jurídica não se integra numa relação de emprego na condição de empregado, até porque a proteção do ser humano constitui a essência do Direito do Trabalho, e sim de fixar o alerta de que mesmo a transformação do trabalhador em empresário não muda a sua vinculação jurídica ao capital.

Com efeito, não se dirá que a pessoa jurídica em questão é empregada da outra empresa que toma os seus serviços, e sim que a pessoa cujo trabalho sirva à satisfação do interesse econômico de outrem é empregado, ainda que ostente, do ponto de vista fático e jurídico, a condição de empresário. Imaginemos a seguinte situação: uma pequena empresa cuja atividade seja admitir pessoas para costurar calçados, sendo que esses calçados são direcionados (ou mesmo vendidos) a uma grande empresa, que os comercializa livremente no mercado, adicionando-lhes o valor da marca. A própria estipulação do valor dos calçados costurados (ou mesmo prontos) é uma via de mão única, ou seja, uma manifestação unilateral de vontade da grande empresa. Ao pequeno empresário resta, como se diz popularmente, fazer um milagre, para que possa pagar os salários daqueles que lhe prestam serviços, satisfazer os custos da produção no que se refere à matéria-prima, aluguel do imóvel, contas de água, luz, telefone e tributos diversos e ainda extrair uma parcela de lucro, que, no fundo, não é, propriamente, um lucro, é a remuneração do seu próprio trabalho. Essa situação, não raramente, força o pequeno empresário a descumprir algum dispositivo legal de nível social ou tributário, para que possa extrair o seu pagamento.

É assim que muitas vezes se apresentam perante o juiz do trabalho, em uma reclamação trabalhista, de um lado, um empregado, naturalmente, miserável, e, de outro, um “empregador” tão ou, às vezes, ainda mais miserável, o que induz à aparência de que o Direito do Trabalho gera um custo excessivo para o empregador.

Esse empresário não é, propriamente, um capitalista. Trata-se, isso sim, de um trabalhador travestido de empresário. Ele possui apenas a aparência de empregador e não o é porque lhe falta a essência da aquisição dessa condição, qual seja, o capital. Do ponto de vista da sociedade de classes, ele se insere, inquestionavelmente, na classe trabalhadora, não se confundindo, nem de longe,

com o autêntico capitalista, embora até possa ter prazer em ostentar a condição de “empregador”.²²

Adite-se, no que se refere ao empresário aparente, que sua exploração embute, ainda, um aspecto ainda pior que é o de lhe ter sido transferida parcela do risco econômico, que era própria da grande empresa, situação que, para ser corrigida, requer uma indenização específica de cunho pessoal, além de outra de natureza social, já que a formalização do negócio jurídico por parte da grande empresa teve apenas o condão de evitar a sua responsabilidade com o custo social do trabalho.

Destaque-se, por fim, que muitas vezes ao próprio trabalhador pode parecer interessante ostentar a condição de pessoa jurídica ou empresário, seja pelo aspecto da *capitis diminutio* que, culturalmente, atribuiu-se ao termo empregado, seja por conta do proveito tributário que possa auferir, qual seja, deixar de pagar imposto de renda referente à pessoa física, pagando apenas imposto de pessoa jurídica, que possui, como se sabe, várias possibilidades de descontos de despesas.

No entanto, como por várias vezes já manifestado, nem mesmo o interesse do trabalhador pode ser invocado como causa excludente da relação de emprego, já que o custo social do trabalho, que incide sobre a relação de emprego, serve (ou deve servir) a toda sociedade, sobretudo àqueles que não conseguem se inserir no mercado de trabalho.

Nessas situações, portanto, há de se reconhecer que esse “empresário” é empregado da empresa que se vale da sua atividade, não inibindo tal configuração o fato de executar esses serviços a mais de uma empresa, integrando-se todas, para fins trabalhistas, ao conceito de grupo econômico. Por consequência, os empregados do tal “empresário” serão, verdadeiramente, empregados da empresa final.

A situação refletida na supersubordinação, nas hipóteses de mascaramento da relação de emprego por intermédio de negócios jurídicos fraudulentos, de mera ausência de registro, de desrespeito deliberado e contumaz de direitos trabalhistas mesmo em relações de emprego assumidas como tais e de transferência do risco econômico para parcela de trabalhadores, transformados, formalmente, em falsos autônomos, pessoas jurídicas ou empregadores aparentes, revela, portanto, claramente, um dano à dignidade humana que deve ser reparado, além de um inquestionável dano de natureza social

Na perspectiva da repercussão social, é evidente que o reconhecimento da supersubordinação e a determinação de sua reparação não devem estar sujeitos ao interesse particular do trabalhador lesado. Lembre-se de que a fiscalização do trabalho é um dever do Estado, já instituído como direito fundamental no Tratado de Versalhes, de 1919.

²² Quantos não são os “empresários”, proprietários de empresas de terceirização, por exemplo, que se apresentam em reclamações trabalhistas completamente desprovidos de capacidade econômica, embora tenham colocado inúmeros trabalhadores a serviço de grandes empresas?

A situação, portanto, requer atuação *ex officio* do juiz, que é um ente, igualmente, estatal. Dizer que o juiz não pode atuar nesse sentido é negar-lhe a condição de representante do Estado. É uma mera discussão a respeito de distribuição de competências, que se utiliza apenas para negar eficácia à atuação do Estado.

A Consolidação das Leis do Trabalho, aliás, possui várias determinações de atuação de ofício do juiz a respeito: arts. 39²³, 832, § 1^o²⁴, e 652, “d”²⁵, da CLT, por exemplo.

Na mesma linha, o art. 84 do Código de Defesa do Consumidor garantiu ao juiz a possibilidade de proferir decisão alheia ao pedido formulado, visando a assegurar o resultado equivalente ao do adimplemento: “Art. 84. Na ação que tenha por objeto o cumprimento da obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento.” Permite-lhe, ainda, “impor multa diária ao réu, independentemente de pedido do autor, se for suficiente ou compatível com a obrigação, fixando prazo razoável para o cumprimento do preceito” (§ 4^o). Acrescenta o § 5^o que:

Para a tutela específica ou para a obtenção do resultado prático equivalente, poderá o juiz determinar as medidas necessárias, tais como busca e apreensão, remoção de coisas e pessoas, desfazimento de obra, impedimento de atividade nociva, além de requisição de força policial.

Em âmbito mundial, vários são os exemplos de penalização de empresas que descumprem seus compromissos sociais em termos de preservação de direitos humanos. Muito se fala a respeito da proteção do meio ambiente, mas é óbvio que a proteção do ser humano está em primeiro plano, pois um meio ambiente saudável sem homens saudáveis que dele possam usufruir nada vale.

Roberto Basílone Leite, em sua obra, *Introdução do Estudo do Consumidor*²⁶, traz uma análise de caso paradigmático dessa atuação

²³ “Verificando-se que as alegações feitas pelo reclamado versam sobre a não existência de relação de emprego ou sendo impossível verificar essa condição pelos meios administrativos, será o processo encaminhado à Justiça do Trabalho ficando, nesse caso, sobrestado o julgamento do auto de infração que houver sido lavrado.

§ 1^o - Se não houver acordo, a Junta de Conciliação e Julgamento, em sua sentença ordenará que a Secretaria efetue as devidas anotações uma vez transitada em julgado, e faça a comunicação à autoridade competente para o fim de aplicar a multa cabível.

§ 2^o - Igual procedimento observar-se-á no caso de processo trabalhista de qualquer natureza, quando for verificada a falta de anotações na Carteira de Trabalho e Previdência Social, devendo o Juiz, nesta hipótese, mandar proceder, desde logo, àquelas sobre as quais não houver controvérsia.”

²⁴ “Quando a decisão concluir pela procedência do pedido, determinará o prazo e as condições para o seu cumprimento.”

²⁵ “Art. 652 - Compete às Juntas de Conciliação e Julgamento:
[...]

d) impor multas e demais penalidades relativas aos atos de sua competência”.

²⁶ LEITE, Roberto Basílone. *Introdução ao direito do consumidor*. São Paulo: LTr, 2002. p. 97-100.

jurisdicional corretiva, ocorrido nos EUA. Trata-se do caso *Gore vs BMW*, do qual se extraiu o princípio jurídico do desestímulo, que é “princípio oriundo do Direito Penal, apropriado pela doutrina civilista que trata da responsabilidade por danos metapatrimoniais”. Esclarece o autor que,

diante de uma lei destinada a garantir determinado direito consumerístico, tanto individual quanto difuso ou coletivo, presume-se implícito, nas punições nela estipuladas, o intuito de desestimular o possível infrator à prática do ato ou omissão lesivos.

Dada a pertinência, convém reproduzir o relato de Basilone:

Exemplo bem ilustrativo da aplicação do princípio do desestímulo, colhido por Paulo Soares Bugarin, consiste na decisão prolatada no caso *BMW of North America, Inc. versus Gore*. Após²⁷ adquirir um veículo BMW novo de um revendedor do Estado do Alabama, Gore descobriu que o carro fora repintado. Ajuizou ação de ressarcimento de danos (*compensatory damages*) e de punição por danos (*punitive damages*) contra a *American Distributor of BMW*, em que a empresa foi condenada ao pagamento de US\$4.000,00 a título de *compensatory damages* e mais US\$4 milhões a título de *punitive damages*.

A sanção foi reduzida posteriormente pelas Cortes superiores, mas o que interessa, neste passo, é apenas destacar o raciocínio lógico da primeira decisão. US\$4 milhões teria sido o valor dos lucros obtidos pela empresa com a venda de todo o lote “condenado” de veículos repintados. Com tal punição, pretendia o juiz criar um precedente tendente a eliminar no produtor justamente o interesse econômico da assunção do risco de lançar produto defeituoso no mercado.

É comum o empresário pautar suas decisões exclusivamente com base em cálculos financeiros. Suponhamos que, num lote de determinada mercadoria pronto para a comercialização, o produtor constata um certo defeito em todas as unidades. O cálculo das probabilidades, no entanto, indica que poucos consumidores acabarão notando ou sofrendo prejuízos em decorrência desse defeito. O empresário poderá sentir-se tentado a ceder ao seguinte raciocínio: se vier a ocorrer dano a uns poucos consumidores e o ressarcimento das respectivas despesas for pequeno em relação aos lucros obtidos com a colocação daquele lote no mercado, compensa a ele correr o risco.

Contudo, se ele souber que a ocorrência de lesão a um único consumidor o sujeitará a uma pena pecuniária equivalente ou até superior aos referidos lucros, não valerá mais a pena correr o risco: estará eliminada a própria vantagem subjacente à decisão de risco de comercializar o lote “defeituoso” que seria a certeza de algum lucro. O fator psicológico instaurador da tentação restará bastante enfraquecido, pois seu objeto principal “a certeza do lucro” terá sido eliminado. Nisso consiste o princípio do desestímulo.

²⁷ BUGARIN, Paulo Soares. “O direito do consumidor e o devido processo legal na moderna jurisprudência constitucional norte-americana: o caso *BMW of North America, Inc. V. Gore*”. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, DF, v. 36, n. 143, jul./set. 1999, p. 234.

Pode-se concluir, afinal, este tópico, mencionando que a indenização de desestímulo tem três funções distintas: a) a função reparatória ou compensatória, conforme se trate, respectivamente, de dano material ou imaterial; b) a função pedagógica ou didática, que procura sanar as eficiências culturais do lesante; c) a função punitiva ou de desestímulo, que diminui no lesante a pulsão para a prática lesiva.

A posição em questão vem se difundindo na jurisprudência brasileira nas matérias pertinentes ao Código do Consumidor, conforme decisão proferida em 2007 pela 3ª Turma Recursal Cível dos Juizados Especiais Cíveis do Rio Grande do Sul, no processo n. 71001280866, que tinha como partes, EVA SHIRLEI MELLO MACHADO e KATER ADMINISTRADORA DE EVENTOS LTDA., e da qual foi relator o Dr. Eugênio Facchini Neto, que contém a Ementa abaixo transcrita:

Toto bola. Sistema de loterias de chances múltiplas. Fraude que retirava ao consumidor a chance de vencer. Ação de reparação de danos materiais e morais. Danos materiais limitados ao valor das cartelas comprovadamente adquiridas. Danos morais puros não caracterizados. Possibilidade, porém, de excepcional aplicação da função punitiva da responsabilidade civil. Na presença de danos mais propriamente sociais do que individuais, recomenda-se o recolhimento dos valores da condenação ao fundo de defesa de interesses difusos. Recurso parcialmente provido.

1. Não há que se falar em perda de uma chance, diante da remota possibilidade de ganho em um sistema de loterias. Danos materiais consistentes apenas no valor das cartelas comprovadamente adquiridas, sem reais chances de êxito.

2. Ausência de danos morais puros, que se caracterizam pela presença da dor física ou sofrimento moral, situações de angústia, forte estresse, grave desconforto, exposição à situação de vexame, vulnerabilidade ou outra ofensa a direitos da personalidade.

3. Presença de fraude, porém, que não pode passar em branco. Além de possíveis respostas na esfera do direito penal e administrativo, o direito civil também pode contribuir para orientar os atores sociais no sentido de evitar determinadas condutas, mediante a punição econômica de quem age em desacordo com padrões mínimos exigidos pela ética das relações sociais e econômicas. Trata-se da função punitiva e dissuasória que a responsabilidade civil pode, excepcionalmente, assumir, ao lado de sua clássica função reparatória/compensatória. “O Direito deve ser mais esperto do que o torto”, frustrando as indevidas expectativas de lucro ilícito, à custa dos consumidores de boa-fé.

4. Considerando, porém, que os danos verificados são mais sociais do que propriamente individuais, não é razoável que haja uma apropriação particular de tais valores, evitando-se a disfunção alhures denominada de *overcompensation*. Nesse caso, cabível a destinação do numerário para o Fundo de Defesa de Direitos Difusos, criado pela Lei 7.347/85, e aplicável também aos danos coletivos de consumo, nos termos do art. 100, parágrafo único, do CDC. Tratando-se de dano social ocorrido no âmbito do Estado do Rio Grande do Sul, a condenação deverá reverter para o fundo gaúcho de defesa do consumidor.

No acórdão em questão, destaca o relator:

A função punitiva, presente na antiguidade jurídica, havia sido quase que esquecida nos tempos modernos, após a definitiva demarcação dos espaços destinados à responsabilidade civil e à responsabilidade penal. A esta última estaria confinada a função punitiva. Todavia, quando se passou a aceitar a compensabilidade dos danos extrapatrimoniais, especialmente os danos morais puros, percebeu-se estar presente ali também a ideia de uma função punitiva da responsabilidade civil. Para os familiares da vítima de um homicídio, por exemplo, a obtenção de uma compensação econômica paga pelo causador da morte representa uma forma estilizada e civilizada de vingança, pois no imaginário popular está-se também a *punir* o ofensor pelo mal causado quando ele vem a ser condenado a pagar uma indenização.

Com a enorme difusão contemporânea da tutela jurídica (inclusive através de mecanismos da responsabilidade civil) dos direitos da personalidade, recuperou-se a ideia de penas privadas. Daí um certo *revival* da função punitiva, tendo sido precursores os sistemas jurídicos integrantes da família da *common law*, através dos conhecidos *punitive* (ou *exemplary*) *damages*. Busca-se, em resumo, “punir”²⁸ alguém por alguma conduta praticada, que ofenda gravemente o sentimento ético-jurídico prevalecente em determinada comunidade.²⁹

E, mais adiante, destaca o aspecto da relevância social do dano, que não se repara na perspectiva individual, sobretudo quando este se apresente ínfimo:

[...] individualmente os danos sofridos foram ridiculamente ínfimos. Mas na sua globalidade, configuram um dano considerável. Tratando-se de fenômeno de massa - e fraudes do gênero só são intentadas justamente por causa disso (pequenas lesões a milhares ou milhões de consumidores) - a Justiça deve decidir levando em conta tal aspecto, e não somente a faceta individual do problema.

²⁸ “Quanto à não exclusividade do direito penal para o exercício de funções sancionatórias, veja-se Paolo Cendon, *Responsabilità civile e pena privata*, in: Francesco D. Busnelli e G. Scalfi (org.), *Le pene private*, Milano, Giuffrè, 1985, p. 294, os estudos de Paolo Gallo, especialmente *Pene Private e Responsabilità Civile*, Milano: Giuffrè, 1996, e *Introduzione al Diritto Comparato*, vol. III, *Analisi Economica del Diritto*, Torino: Giappichelli, 1998, esp. p. 91s., e Giulio Ponzanelli, *La responsabilità civile - profili di diritto comparato*, Bologna, Il Mulino, 1992, p. 30 e s. No direito francês, v. menção feita por Geneviève Viney, na sua *Introduction à la Reponsabilité*, volume integrante do *Traité de Droit Civil*, dirigido por Jacques Ghestin, Paris: L.G.D.J., 1995, p. 122 e 123. No direito norte-americano, na obra coletiva *Punitive Damages* (Chicago: University of Chicago Press, 1992), v. especialmente a introdução de Cass Sunstein, “To punish or not” (p. 75/76), além de Thomas H. Koenig and Michael L. Rustad, *In Defense of Tort Law*, New York: New York University Press, 2003, esp. p. 23/28.”

²⁹ “Trata-se de uma função frequentemente invocada pelos tribunais, do que serve de exemplo o seguinte acórdão: ‘Responsabilidade civil. Dano moral. Acusação injusta de furto em mercado. A injusta imputação de furto a cliente de mercado e a sua revista causam constrangimento passível de indenização. A fixação do dano deve levar em conta o caráter compensatório e punitivo’ (TJRS, 6a CC, CC 70001615152, j. em 11.04.01, rel. Des. Cacildo de Andrade Xavier).”

Ainda em matéria consumerista, recentemente, a Microsoft foi multada pela Comissão Europeia da Concorrência em 899 milhões de euros, por ter quebrado regras da livre concorrência, conforme revela a reportagem do Portal da Revista Exame na *internet* (<http://www.portalexame.abril.com.br/ae/economia/m0152907.html>).

No Brasil, em março de 2008, o PROCON do Distrito Federal notificou a TAM em razão da alegação de ter servido lanche com data vencida aos passageiros de um voo. O fato, segundo notícia o PROCON, sujeita a TAM ao pagamento de uma multa que varia de R\$212,00 (duzentos e doze reais) a R\$3.100.000,00 (três milhões e cem mil reais).

Em abril de 2008, a Volkswagen assinou acordo com o Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor, órgão do Ministério da Justiça, pelo qual se fixou o prazo de 30 dias, prorrogáveis por mais 30, para que a Volkswagen desse início ao procedimento de *recall* dos 477 mil Fox produzidos pela empresa desde 2003, além da obrigação da empresa de “recolher R\$ 3 milhões ao Fundo Federal de Defesa de Direitos Difusos, uma espécie de multa ou compensação por ter exposto os consumidores a risco”³⁰, representado pelo fato de que o manuseio do banco traseiro teria machucado e até mutilado dedos de usuários.

É evidente que esses efeitos jurídicos devem repercutir também em matéria trabalhista. Assim, a adoção das práticas acima indicadas, identificadas como hipóteses de supersubordinação, deve gerar indenizações em nível pessoal e social, passando, assim, a ser um efetivo risco para seus autores e não mais um prêmio, risco este, aliás, que deve servir como desestímulo para a reiteração das atitudes fraudulentas. A repercussão econômica do ilícito, em termos de indenização, não se destina, propriamente, a enriquecer a vítima e sim a punir o agressor da ordem jurídica social, para que a situação, efetivamente, altere-se. Para a consecução dos fins próprios do projeto de Estado Social, a maior relevância é a real aplicação dos preceitos jurídicos trabalhistas, que não são, vale lembrar, revolucionários, mas contribuem sobremaneira para o implemento de uma sociedade capitalista mais saudável e humana.

A destinação da penalidade de natureza social não é fixada por lei e fica, portanto, ao critério do juiz, podendo ser destinada ao próprio trabalhador, vítima direta do ilícito, ou, dependendo do montante, diante da maior gravidade do fato, ser revertida, nos termos do art. 13 da Lei n. 7.347/85, ao Fundo de Defesa dos Direitos Difusos, instituído pela Lei n. 9.008/95 (regulamentada pelo Decreto n. 1.306/94)³¹, com autorização judicial para que fique a cargo do Ministério Público do Trabalho a fiscalização da efetiva aplicação da verba em atos de reconstituição dos bens lesados, sobretudo no que tange a inibir a repetição da aludida prática, tais como a realização de diligências conjuntas com o Ministério do Trabalho;

³⁰ Segundo: <http://www.1.folha.uol.com.br/folha/dinheiro/ult91u392014.shtml>

³¹ Ou, ainda, ao Fundo de Garantia das Execuções Trabalhistas, tratado no art. 3º da Emenda Constitucional n. 45: “Art. 3º A lei criará o Fundo de Garantia das Execuções Trabalhistas, integrado pelas multas decorrentes de condenações trabalhistas e administrativas oriundas da fiscalização do trabalho, além de outras receitas.”

implementação de cursos de formação e de requalificação de trabalhadores quanto a conhecimento de seus direitos; concretização de fóruns sobre a saúde do trabalhador no campo; desenvolvimento de pesquisas e armazenamento de dados sobre as condições de trabalho; divulgação de campanhas educativas e de esclarecimentos sobre a ilegalidade cometida, voltando-se sempre à realidade das comunidades locais abrangidas pela situação apurada.

As fórmulas jurídicas, para se trilhar um caminho em sentido contrário ao do movimento reducionista, são, portanto: a) a do dano social³², configurado pela deliberada ou reincidente agressão à ordem jurídica dirigente econômico-social estabelecida na Constituição Federal e nos mais diversos tratados internacionais sobre a questão trabalhista; b) a do dano pessoal, vislumbrado na supersubordinação a que se submetem os trabalhadores cujos direitos trabalhistas são vilipendiados como estratégia de obtenção de benefício concorrencial ou de auferir maior lucro e, principalmente, aqueles que são transformados, formalmente, em pessoas jurídicas ou em empresários aparentes; c) a da subordinação estrutural, integrativa ou reticular, para ligar, efetivamente, numa perspectiva obrigacional, o autêntico capital³³ ao trabalho, suplantando as aparências.

A respeito da subordinação reticular destaca-se a ementa a seguir transcrita:

EMENTA: "SUBORDINAÇÃO RETICULAR" - TERCEIRIZAÇÃO - EXTERNALIZAÇÃO DAS ATIVIDADES ESSENCIAIS - EMPRESA-REDE - VÍNCULO DE EMPREGO COM BANCO. 1. A nova organização produtiva concebeu a empresa-rede que se irradia por meio de um processo aparentemente paradoxal, de expansão e fragmentação, que, por seu turno, tem necessidade de desenvolver uma nova forma correlata de subordinação: a "reticular". 2. O poder de organização dos fatores da produção é, sobretudo, poder, e inclusive poder empregatício de ordenação do fator-trabalho. E a todo poder corresponde uma antítese necessária de subordinação, já que não existe poder, enquanto tal, sem uma contrapartida de sujeição. Daí que é decorrência lógica concluir que o poder empregatício do empreendimento financeiro subsiste, ainda que aparentemente obstado pela interposição de empresa prestadora de serviço. O primado da realidade produtiva contemporânea impõe reconhecer a latência e o diferimento da subordinação direta.

(Processo n. 01251-2007-110-03-00-5, Partes Recorrentes: 1. BANCO ABN AMRO REAL S/A. 2. RODRIGO JOSÉ MACHADO. Recorridos: OS MESMOS e FIDELITY NATIONAL SERVIÇOS DE TRATAMENTO DE DOCUMENTOS E INFORMAÇÕES LTDA. TRT 3ª Região, 1ª Turma, Relator Juiz convocado José Eduardo de R. Chaves Jr.)

³² Para maiores considerações sobre o dano social vide SOUTO MAIOR, Jorge Luiz, "O dano social e sua reparação", in *Revista LTr: Legislação do trabalho* - v. 71, n. 11, nov. 2007, *Revista Justiça do Trabalho*, n. 228, dez./07, *Revista IOB Trabalhista e Previdenciária*, ano 19, n. 225, março/08, p. 58-72.

³³ Segundo relata o economista Márcio Pochmann, a economia mundial está concentrada nas mãos de 500 empresas.

Não se querendo ir muito longe em argumentos teóricos para se chegar à configuração da relação de emprego nas contratações em rede, basta lembrar que o art. 2º da CLT considera empregador a empresa que assume os riscos da atividade econômica. Ou seja, em palavras mais diretas: é empregador o capital e não a pessoa física ou jurídica que pura e simplesmente emite ordens ao trabalhador. Fosse assim, o chefe de seção, que aluga do supermercado a seção de frios, seria o empregador e não o supermercado. Lembre-se, ainda, do § 2º do mesmo artigo que considera, para fins trabalhistas, solidariamente responsáveis a empresa principal e todas as demais que com ela se interliguem na forma de um grupo econômico.

Cabe aos que constroem e aplicam o Direito do Trabalho terem a visão da necessária reconstrução jurídica da relação entre o capital e o trabalho, pois esse ramo do direito, para ser eficaz, depende - e só tem sentido neste contexto -, logicamente, do capital que o sustenta.

8 CONCLUSÃO

A compreensão do novo instituto proposto, a supersubordinação, é extremamente útil, pois que se apresenta ao Direito do Trabalho como um instrumento eficaz para uma inserção adequada desse ramo jurídico na realidade atual no sentido da proteção da dignidade humana em face do trabalho.

O mundo do trabalho está cada vez mais complexo e, embora as novidades na maioria das vezes apenas signifiquem a criação de uma roupagem diversa para a mesma situação, não se pode deixar de reconhecer que, para que o Direito do Trabalho cumpra o seu papel de regulador do mundo do trabalho de forma clara, direta, contundente, eficaz, os seus institutos, sem criar fantasias que o afastem da realidade, devem ser constantemente atualizados.

Muitas vezes somos induzidos a acreditar em autênticos fatalismos históricos, como se nosso percurso na Terra já estivesse traçado. É evidente que não se pode ceder a esse tipo de raciocínio. Em termos de relações de trabalho, não se há de supor que as complexidades produtivas gerem, naturalmente, um mundo onde o desrespeito à condição humana seja visto como algo natural. Uma sociedade assim não tem como sobreviver e nem merece ser defendida.

Devemos sempre pensar na perspectiva do ideal. Mas, se nosso raciocínio estiver viciado em uma lógica de valores invertidos, seremos induzidos a considerar que o ideal é apenas um sonho, uma ilusão. A realidade, a vida como ela é, será sempre o avesso do ideal. Mas, que mundo é esse em que a justiça é um sonho e a injustiça algo natural?

Pensando, restritamente, nas relações de trabalho, o ideal é o império absoluto da boa-fé, da confiança, e do respeito mútuo, onde as divergências, naturalmente existentes, por incidência dos postulados democráticos, sejam instigadas apenas pelo debate em busca da melhor forma de aperfeiçoar as relações humanas, e não a partir dos propósitos de enganar e de levar vantagem sobre o outro.

Não se pode, jamais, conceber como natural essa inversão e muito menos que o direito e seus “operadores” estejam a serviço de sua perpetuação. Os direitos trabalhistas, constitucionalmente assegurados, foram consagrados como direitos fundamentais. Para usar expressão do prof. Mauricio Godinho Delgado,

os direitos sociais trabalhistas constituem o patamar mínimo civilizatório. Querer obter vantagem econômica com o sacrifício desses direitos é, claramente, portanto, uma ofensa de caráter pessoal e social.

Impõe-se, de uma vez por todas, uma mudança de perspectiva no Judiciário trabalhista a respeito da eficácia dos direitos sociais, até por conta da alteração constitucional imposta pela EC n. 45 ao art. 114, uma vez que foi retirada a ênfase que antes existia sobre a conciliação. A Justiça do Trabalho, que era competente, para conciliar e julgar, agora deve “processar e julgar”.

O fato é que, enquanto o mundo do trabalho passa por enormes efervescências, exigindo uma visão estrutural do modelo de produção (sobretudo por conta da reiterada iniciativa de diversos segmentos econômicos de terceirizar sua produção ao infinito, de utilizar de trabalhadores sem o devido reconhecimento da relação de emprego, de desenvolver sua atividade por intermédio de contratos precários ou por meio de uma política de rotatividade da mão-de-obra), não há como seguirem-se reproduzindo incontáveis esforços mentais, de pessoas extremamente capazes e inteligentes, na Justiça do Trabalho, em discussões diárias para definir se o intervalo para refeição e descanso não cumprido gera reflexos em FGTS, férias e 13º salário, ou se há, ou não, incidência de INSS sobre aviso prévio indenizado...

A propósito da terceirização, por exemplo, reconhecida como juridicamente válida pela Justiça do Trabalho, por intermédio da Súmula n. 331 do TST, tem-se difundido um autêntico canto da sereia. A formalização do contrato de emprego e a declaração da responsabilidade subsidiária do tomador de serviços fornecem a ilusão de que o terceirizado está devidamente protegido e em situação muito melhor que a do cooperado ou a do suposto autônomo, que sequer são registrados. Mas, por detrás dessa aparente situação favorável, escondem-se discriminações, desconsideração da condição humana, insegurança social, econômica e jurídica para os trabalhadores, que “pingam” de um local para outro, ineficácia das normas trabalhistas e redução constante de direitos. Trata-se de um sistema extremamente perverso, uma vez que descansa sobre a retórica do fornecimento de oportunidade de trabalho, mas que aniquila toda a base existencial das garantias trabalhistas.

A própria terceirização já aperfeiçoou seu dado de perversidade, gerando a expulsão dos trabalhadores do âmbito da fábrica pelo processo de subcontratações acima referido. Onde antes havia uma fábrica, na qual se efetivava toda execução das tarefas necessárias para a consecução de um produto, agora há apenas uma espécie de montagem do produto final a partir de componentes que foram fabricados sabe-se lá onde. Esse sistema tem o nítido propósito de desvincular o capital do trabalho, dificultando sobremaneira a vida dos trabalhadores, que se veem diante de um empregador aparente, desprovido de capital, com relação ao qual não têm sequer como exigir o cumprimento de direitos, sendo impensável, então, engajarem-se em um movimento associativo para busca de melhores condições de trabalho.

Está mesmo na hora de dar outro nome para nossa história. Somos instigados a pensar que nada muda para melhor e que todos os arranjos socioeconômicos conduzem à degradação dos valores humanos. Mas, devemos acreditar que seja exatamente o contrário.

A inteligência humana, ademais, só pode ser exercida em prol da construção de uma sociedade mais justa. Esse é o postulado necessário de todo raciocínio jurídico, conforme imperativo do art. 1º da Declaração Universal dos Direitos do Homem, no sentido de que todos os homens são dotados de razão e consciência e que devem utilizá-las para agir, concretamente, em relação aos outros, considerados membros de uma família, a família humana, com espírito de fraternidade e com respeito aos seus direitos e à sua dignidade. Vimos, recentemente, que estamos sendo capazes de produzir atletas com superpoderes. Será que estamos avançando, na mesma proporção, na formação de seres humanos, ou o raciocínio reducionista tem nos impulsionado a reduzir o próprio nível de consciência da condição humana?

Em termos jurídicos trabalhistas, diante das perplexidades provocadas pelos arranjos propositalmente complexos do mundo do trabalho, para que o Direito do Trabalho possa, de forma eficaz, cumprir seu relevante papel de preservação do padrão mínimo de civilidade, caminhando em direção progressiva no sentido da elevação da condição humana, é essencial e urgente uma mudança de postura na avaliação desses arranjos, partindo do reconhecimento de que habita entre nós a supersubordinação, que merece efeito jurídico específico como imperativo da efetivação dos Direitos Humanos e da necessária reversão da lógica de um jogo perverso cuja reta final é a destruição da sociedade.

São Paulo, 11 de setembro de 2008.