

c) ao julgar o recurso de revista, a Turma do TST não lhe deu provimento e houve o trânsito em julgado (10-11-2008). O início da contagem do prazo para o ajuizamento da ação rescisória do acórdão do TST, portanto, se deu no dia 11-11-2008, e o órgão competente para julgá-la é o TST (CLT, 678, I, c, 2).

Se cada capítulo da sentença transita em julgado em momentos distintos, cada um deles terá seus próprios juízo e prazo decadencial para fins de ação rescisória (Súmula TST n. 100, II).

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O breve e superficial estudo desenvolvido acima permite extrair as seguintes conclusões:

a) o pronunciamento do juiz (decisão sobre pretensão) acerca de cada um dos pedidos (processuais ou materiais) constitui um capítulo da sentença;

b) o sistema legal, ao autorizar a impugnação parcial da sentença (CPC, 505), admite a divisão substancial da sentença;

c) sempre que o recurso for parcial, o capítulo de sentença não-impugnado que:

(i) declara extinta a pretensão sem resolução do mérito (CPC, 267) transita em julgado formalmente (CPC, 467) e não será atingido pelo julgamento do recurso;

(ii) defere ou indefere o pedido relativo à relação jurídica material (CPC, 269, I), transita em julgado formal e materialmente (CPC, 467) e não será atingido pelo julgamento do recurso (salvo se o capítulo impugnado disser respeito a *preliminar expressamente rejeitada* que tenha direta ligação com o capítulo não-impugnado);

(iii) seja dependente do capítulo impugnado não transita em julgado e será atingido pelo julgamento do recurso;

(iv) expressamente rejeita preliminar (em que se debate matéria de ordem pública) ligada ao capítulo impugnado não transita em julgado e será atingido pelo julgamento do recurso;

d) cada capítulo da sentença transita em julgado em momentos distintos e cada um deles terá, por isso, seus próprios juízo e prazo decadencial para fins de ação rescisória.

REFLEXÕES ACERCA DAS NOVAS FRONTEIRAS DO DIREITO DO TRABALHO: O ALARGAMENTO DO CONCEITO DE SUBORDINAÇÃO

Arnaldo Bastos Santos Neto*

Leila Borges Dias Santos**

RESUMO

O presente artigo tem como objetivo propor uma nova visão sobre o conceito de subordinação na doutrina juslaboralista. As mudanças no mundo do trabalho colocaram em xeque um dos conceitos centrais do direito laboral, o conceito de subordinação dentro da relação de emprego. Trata-se de um conceito chave no Direito do Trabalho, pois serve para delimitar as fronteiras entre o trabalho autônomo e o trabalho assalariado. Ao final propomos um conceito alargado de subordinação capaz de abarcar tanto os aspectos subjetivos quanto os objetivos do vínculo empregatício.

Palavras-chave: Subordinação. Relação de emprego. Flexibilização. Terceirização.

1 INTRODUÇÃO

O regime do assalariamento, traço fundamental de nossa época, a do domínio do fator capital sobre toda a sociedade¹ encontrou uma regulação própria no Direito do Trabalho. A busca da harmonia e da paz social contra os excessos ameaçadores da luta de classes e do poder sindical foi a motivação maior da nova disciplina legal. Visto como um campo que reproduz as disputas mais intestinas da sociedade do capital, o Direito do Trabalho serviu aos propósitos de realizar a acomodação da classe trabalhadora dentro dos marcos da ordem. Cumpriu um papel histórico que permitiu a industrialização dos países do ocidente desenvolvido.

O capitalismo se caracterizou por uma organização racional do trabalho livre, com um grau de especialização e divisão social crescente. Massas de trabalhadores oriundas do universo agrário e do artesanato formaram o contingente industrial das fá-

* Doutorando em Direito pela UNISINOS-RS e Prof. da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Goiás.

** Doutora em Direito pela UnB e Professora da Universidade Estadual de Goiás.

1 HOBBSAWN, Eric. **La era del capital, 1848-1875**. Buenos Aires: Crítica, 1998. p. 13.

bricas que mudaram a própria divisão espacial das cidades, criando novas paisagens urbanas.

Mas além de moldura jurídica capaz de abrigar as regras do jogo das relações de trabalho, o direito laboral também representou um enorme avanço na condição dos trabalhadores, em especial no Ocidente industrializado. A condição assalariada, vista aqui em oposição à condição subproletária ou lupemproletária, adquiriu, após tormentosas jornadas de lutas e combates políticos, um estatuto mínimo de garantias capazes de lhe conferir a segurança necessária para que as crenças e esperanças no futuro não sejam totalmente desmobilizadas e que com isto não se esgotem todas as possibilidades de um projeto calcado nos valores da solidariedade e no valor do gênero humano. O discurso reinante, todavia, procura fazer passar a imagem de que é desejável, economicamente, que o emprego seja visto como um privilégio, um posto capaz de ser suprimido ao menor cálculo de redução de custos e que todos os obstáculos jurídicos devem ser removidos no intento de tornar a insegurança regra absoluta.

Da insegurança objetiva surge a insegurança subjetiva que retira do trabalhador qualquer possibilidade de antecipar racionalmente o futuro e lutar para a sua concretização, num movimento que funde esperança e mobilização, para que o presente não seja apenas a repetição do passado². O Direito do Trabalho, que representou durante o correr do século XX um modelo de regulação das relações de produção no capitalismo, encontra-se hoje em crise, motivada pelo advento dos novos paradigmas da produção capitalista e, em especial, a atomização e fragmentação das relações de trabalho. Frente a isso resta aos trabalhadores a busca de estratégias que impeçam o aprofundamento da degradação. Num dos caminhos possíveis, impõe-se a revisão da própria noção jurídica do assalariamento, da forma como este sistema organizador da vida produtiva define papéis e representações, e dos conceitos-chaves para sua configuração. Um dos conceitos em xeque é o da subordinação.

2 Em um belo livro Jacques Rancière indagou sobre os sonhos dos proletários, numa viagem de retorno ao coração da revolução industrial, vasculhando artigos da insipiente imprensa operária. Descobriu homens que mesmo submersos num mundo de intensa exploração não haviam perdido sua capacidade de ambicionar uma existência melhor. Estes sonhos formaram a base dos movimentos *saintsimonistas*, *foirieristas* e *icarianos* que imaginaram utopias de intensa solidariedade igualitarista. A intensa agitação social seguinte ajudou a criar no século XX, em especial nos países desenvolvidos da Europa Ocidental uma condição social avançada e projetou no mundo uma imagem desejada de progresso e civilização. Ver RANCIÈRE, Jacques. **A noite dos proletários**: arquivos do sonho operário. São Paulo: Companhia das Letras, 1988.

2 A SUBORDINAÇÃO NO CONTRATO DE EMPREGO

Sandra Jatahy Pesavento nos ensina, baseando-se nas idéias de Edward Paul Thompson, que a classe trabalhadora teve de ser “educada” para o sistema fabril. Os mecanismos deste aprendizado foram ora violentos e coercitivos, ora consensuais e ideológicos. As primeiras fábricas da revolução industrial tinham algo de tenebroso: “construções similares às de prisões, trabalho infantil, exploração das mulheres, aglomerações de trabalhadores em cortiços, regulamentos rigorosos, ambientes infectos, jornadas exaustivas, dura fiscalização de corpos e tentativa do controle das mentes operárias”³.

Na consciência dos trabalhadores é introjetada a noção de tempo útil. O relógio passa a regular o ritmo do trabalho industrial, numa seqüência ordenada: horas de entrada e saída, descansos, hora de acordar e dormir. A resistência esboçada pelos operários somente diminui quando a nova moral do trabalho passa a se tornar consensual⁴. Dorothee Susanne Rüdiger também destaca a contribuição de Thompson que descreveu a revolução industrial como, em primeiro lugar, uma revolução cultural no sentido da mudança da mentalidade em relação ao trabalho e à conseqüente disciplina da mão-de-obra que, por sua vez, provocou as primeiras ações operárias de resistência. A industrialização é vista, em primeiro lugar como uma questão de disciplina, de alteração de um modo de vida⁵. Rüdiger escreveu que os “operários, indisciplinados, acostumados, na sociedade agrária, ao ritmo das estações do ano, ao ritmo da natureza, devem mudar de vida nas fábricas onde o capital acaba por determinar o processo de produção”⁶.

Sem esta disciplina o mundo do trabalho essencial para o capitalismo não teria sido possível. Paul Lafargue, no seu libelo contra a exploração operária, escreveu:

3 PESAVENTO, Sandra Jatahy. **Os pobres da cidade**: vida e trabalho – 1880-1920. Porto Alegre: UFRGS, 1998, p. 28.

4 Ibidem, p. 28-29.

5 RÜDIGER, Dorothee Susanne. **O contrato coletivo no direito do trabalho**: contribuições do direito do trabalho para a teoria geral dos contratos. São Paulo: LTr, 1999. p. 14.

6 RÜDIGER, Dorothee Susanne. **O contrato coletivo no direito do trabalho**: contribuições do direito do trabalho para a teoria geral dos contratos. São Paulo: LTr, 1999. p. 15.

Uma estranha loucura apossa-se das classes operárias das nações onde impera a civilização capitalista. Esta loucura tem como conseqüência as misérias individuais e sociais que, há dois séculos, torturam a triste humanidade. Esta loucura é o amor ao trabalho, a paixão moribunda pelo trabalho, levada até o esgotamento das forças vitais do indivíduo e sua prole.⁷

Na nova moral criada pelo mundo capitalista o trabalho é glorificado, e junto com ele a disciplina fabril. Marx chamava os regulamentos industriais de “despotismo de fábrica”⁸ Nas unidades de produção reinará um “silêncio escolar”, a máquina ocupa um lugar privilegiado, a ordem se impõe com todas as suas exigências⁹. Ao contrário do mundo anterior, amparado no trabalho servil, onde a lealdade era tudo e o senhor controlava a própria vida pessoal dos servos sem se ocupar muito da produção, em que estes se viravam como podiam, no mundo capitalista ocorre o inverso: cada vez ocorre menos interferência na vida pessoal dos empregados e maior é o controle sobre o processo do trabalho. Mara Regina Chuairi da Silva escreveu que a partir de então, não “se precisa mais da lealdade, porque agora o controle é controle mesmo, operacionalmente implantado, medido, corrigido, ciberneticamente estabelecido”.¹⁰

É neste novo mundo produtivo, seduzido por um progresso incessante, porém em permanente ebulição e revolta, que surgem as leis de proteção ao trabalho, numa trajetória já bastante conhecida em seus traços maiores. E as leis do trabalho são construídas tendo em vista esta realidade das ordens diretas, da supervisão efetuada pelos “mestres” e “contra-mestres”. É de disciplina que falamos aqui. Uma rígida disciplina de corpos e mentes. Edgar Salvatori de Decca escreveu:

7 LAFARGUE, Paul. **O direito à preguiça**. Tradução de Teixeira Coelho. São Paulo: HUCITEC, 1999. p. 63.

8 André Gorz salienta ainda: “O despotismo de fábrica é tão velho quanto o próprio capitalismo industrial.” Ver GORZ, André. O despotismo de fábrica e suas conseqüências. In: _____. **Crítica da divisão do trabalho**. Textos escolhidos e apresentados por André Gorz. Tradução de Estela dos Santos Abreu. 3.ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996. p. 81.

9 PESAVENTO, Sandra Jatáhy. **Os pobres da cidade: vida e trabalho – 1880-1920**. Porto Alegre: UFRGS, 1998. p. 30.

10 SILVA, Mara Regina Chuairi da. A sustentação psicológica da relação subordinada. In: ROMITA, Arion Sayão. **Cinquenta anos da Consolidação das Leis do Trabalho**: debatendo a legislação trabalhista. Rio de Janeiro: Petrobrás, 1993. p. 70.

Na fábrica, a hierarquia, a disciplina, a vigilância e outras formas de controle tornaram-se tangíveis a tal ponto que os trabalhadores acabaram por se submeter a um regime de trabalho ditado pelas normas dos mestres e contramestres, o que representou, em última instância, o domínio do capitalista sobre o processo de trabalho.¹¹

A hierarquização-estratificação do mundo fabril obedece às exigências da divisão do trabalho e do controle sob o operariado, configurando um dos cenários da “racionalização científica”.¹² Os dois personagens deste drama são então descritos pela norma. A lei atribuirá a cada um deles o seu papel e a sua responsabilidade. Como observa Mara Regina Chuairi da Silva:

As duas figuras: o empregador e o empregado, seus atributos, respectivamente, o que corre risco, assalariado e dirige *versos* o prestador de serviços, dependente e pago. Os dois retratos estão feitos, os papéis estão definidos, um manda, o outro obedece, um corre o risco e o outro é dependente. Também poderia ter sido usado para falar do casamento, dos papéis do homem e da mulher, ou de qualquer outra situação onde esteja claro que há uma relação de poder, e que, por algum motivo, reconhece-se a um dos pólos o domínio sobre o outro.¹³

A própria inserção do empregado no sistema capitalista ocorre de forma subalterna, por força de sua condição de desposuído dos meios de produção. O empregador, por força da própria racionalidade do sistema, é quem organiza e dirige a produção. O empregado trabalha de forma diligente e se põe em condição de sujeição. Fecha-se um circuito, delimita-se uma relação e seus dois pólos.

A subordinação ocupa, desta forma, um lugar central na relação de emprego. Para Adilson Bassalho Pereira, a subordinação, sob a ótica do empregador, é o próprio objeto do contrato de emprego. A maior característica deste é ser subordinante. Discutindo com diversos autores que afirmam que o objeto do contrato

11 DECCA, Edgar Salvatori de. **O nascimento das fábricas**. 8.ed. São Paulo: Brasiliense, 1991. p. 24.

12 LAINO, André. **Controle fabril: poder e autoridade do capital**. Petrópolis, 1983. p. 11.

13 SILVA, Maria Regina Chuairi da. A sustentação psicológica da relação subordinada. In: ROMITA, Arion Sayão. **Cinquenta anos da Consolidação das Leis do Trabalho**: debatendo a legislação trabalhista. Rio de Janeiro: Petrobrás, 1993. p. 70.

de emprego, do ponto de vista do empregador, é a prestação do trabalho, Bassalho Pereira argumenta que este também é o objeto dos contratos de prestação de serviços autônomos. Para melhor delimitar os campos jurídicos melhor seria apontar o trabalho subordinado ou dependente como sendo o objeto do contrato de emprego. Ao contratar um empregado, “o empregador tem em mente tanto seu trabalho quanto a sua subordinação”¹⁴. Não se trataria, essencialmente, de uma obrigação de fazer, mas sim uma obrigação de estar subordinado.¹⁵

A precarização das relações de trabalho, fenômeno que alcança todo o mundo capitalista, atinge a subordinação como elemento central na caracterização da relação de emprego, fazendo com que assuma outras formas. Na opinião de Rubens Ricupero:

Chegara-se, assim, à situação em que o empregado aceitava alto grau de subordinação e controle disciplinar da parte do empregador, mas deste recebia, em troca, nível de estabilidade elevada, bem como garantias e compensações sociais. A tendência atual é para tipos de relação que erodem, quer a estabilidade e as garantias, quer a subordinação, ou ambos: os contratos de duração determinada, de tempo parcial, de substituição provisória, a terceirização, a subcontratação, a relação que os italianos denominam de “parassubordinação” e definem como “colaboração coordenada e contínua” etc.¹⁶

Tarso Fernando Genro, citado por Reginaldo Melhado, entende que “no contexto do capitalismo pós-fordista será enfraquecido ou desaparecerá o exercício da subordinação jurídica direta”¹⁷. Luiz Carlos Amorim Robortela vai mais adiante e entende que o próprio conceito de subordinação não pode mais se colocar como um elemento central na relação de emprego, abrindo as portas, com tal afirmação para o retorno ao civilismo. Robortela escreveu:

14 PEREIRA, Adilson Bassalho. **A subordinação como objeto do contrato de emprego**. São Paulo: LTr, 1991. p. 38-39.

15 Como parece reconhecer o próprio legislador da Consolidação das Leis do Trabalho, no caput do art. 4º: “Considera-se como de serviço efetivo o período em que o empregado **esteja à disposição do empregador, aguardando ou executando ordens**, salvo disposição expressamente consignada.” [grifei].

16 RICUPERO, Rubens. Tempo para trabalhar, tempo para viver. **Folha de São Paulo**, São Paulo, 19 set. 1999. caderno 2, p.2.

17 MELHADO, Reginaldo. Mundialização, neoliberalismo e novos marcos conceituais da subordinação. In: DALLEGRAVE NETO, José Affonso (Coord.). **Transformações do Direito do Trabalho**. Curitiba: Juruá, 2000. p. 86.

O trabalho subordinado deve ser abandonado enquanto centro de gravidade do direito do trabalho, perdendo, conseqüentemente, a subordinação, o monopólio da *vis attractiva* de incidência da tutela jurídica. Sofre a disciplina uma transformação estrutural, com a ruptura do estatuto por conta alheia e subordinado, que polarizava sua regulação. O velho esquema conceitual dualista (subordinação versus autonomia) é assediado pelas novas formas de trabalho, excepcionando ou derogando os valores normativos gerais imperativos e suas técnicas de tutela.

Segundo estes autores, as alterações no mundo do trabalho estão conduzindo a um enfraquecimento da subordinação subjetiva, do relacionamento direto entre o empregado e o empregador ou seus prepostos. Mas tal enfraquecimento dos aspectos subjetivos da subordinação não a elimina, pois permanece a dependência do empregado e o caráter do seu trabalho, que pode ser apreendido pela inserção do trabalhador na empresa. Entende Antônio Monteiro Fernandes que o Direito do Trabalho passou por um processo de cristalização, onde se configurou uma persistente exclusividade da subordinação jurídica como elemento demarcador das realidades sociais que no objeto do Direito do Trabalho se comportam. A subordinação funciona como um esquema formal que permite identificar numa mesma ordem categorial as situações do operário industrial, o médico de empresa e o diretor de produção.¹⁸

A subordinação é, assim, um conceito demasiado elástico: “a subordinação jurídica – que, como mera potencialidade susceptível de concretizações muito diversas, pode abranger estados de plena dependência técnico-disciplinar ou de absoluta autonomia técnica e desvanecida dependência pessoal”.¹⁹ O exclusivismo da subordinação como elemento caracterizador se revela insuficiente, por exemplo, no caso do trabalho a domicílio que “não incorporando a subordinação” jurídica, se caracteriza por outro tipo de dependência, a econômica. Ou ainda o problema dos quadros dirigentes e técnicos das empresas. Neste caso, se por um lado aumenta a confiança como referência básica da relação, por outro “a intensidade da subordinação diminui”²⁰

Estas situações, a do trabalhador a domicílio e o caso dos quadros dirigentes é encaixada de modo forçado nos moldes genéricos da posição de trabalhador subordinado. Uma vez verificada a dependência jurídica, mesmo que de forma superficial, “é bastante

18 FERNANDES, Antônio Monteiro. **Temas laborais**. Coimbra: Almedina, 1984. p. 37.

19 Ibidem, p. 38.

20 Ibidem, p. 39.

para que se deva cobrir a situação desses profissionais com o vasto manto do estatuto comum do trabalhador subordinado.”²¹

Mas o Direito do Trabalho não manteve esta visão da subordinação inalterada. Para Monteiro Fernandes, a proletarização das profissões liberais provocou novas reflexões jurisprudenciais. Estes trabalhadores operam em condições tecnicamente complexas ou funcionalmente autônomas, o que gera uma diminuição na intensidade do comando prático do empregador. A subordinação foi observada, então como um estado potencial, não necessariamente atual, de sujeição a ordens e instruções do empregador. Monteiro Fernandes escreveu:

Assim, se a subordinação passou a encarar-se como uma potencialidade correspondente a um abstrato poder de comando do empregador, é a própria obrigação laboral a cargo do trabalhador que assume um caráter virtual: o trabalhador não se obriga, imediatamente, à prestação de actividade efectiva, mas sim a essa “prestação de si próprio” que consiste em colocar-se e em manter-se à disposição da outra parte, activo ou inactivo.²²

A subordinação deve ser reconstruída conceitualmente no sentido de abranger idéias de pertinência a empresa alheia e de alienidade. Trabalhador será aquele que “pertence a uma empresa.”²³ Monteiro Fernandes nos propõe que o elemento dependência econômica, entendido sem os matizes “pauperistas” que o cobriram na origem, mas sim como expressão de um certo tipo de relação funcional entre a atividade do trabalhador e os fins econômicos-produtivos da empresa. E esclarece que a “dependência econômica, nessa acepção, consiste fundamentalmente na integração da referida actividade num processo produtivo controlado por outrem. Ocorre, por isso, também quando se verifica existir um processo produtivo dominante a um processo produtivo dependente.”²⁴

Trata-se de resgatar o aspecto econômico da dependência, articulando-a com a subordinação jurídica. Para tanto é preciso reconhecer que o critério da subordinação jurídica não é mais suficiente como instrumento de qualificação para a proteção legal do trabalho. Que é uma característica das situações laborais merecedoras de tutela a condição de dependência econômica, não no sentido estritamente salarial, mas no sentido orgânico funcional da inserção do trabalho no processo produtivo.

21 FERNANDES, Antônio Monteiro. **Temas laborais**. Coimbra: Almedina, 1984. p. 40.

22 Ibidem, p. 42.

23 Ibidem, p. 43.

24 Ibidem, p. 43.

Gonzalo Dieguez nos remete à jurisprudência inglesa, que procura deduzir dos fatos (*criteria or factors*), de forma pragmática, se o trabalho é subordinado ou não, verificando situações como a sujeição ou não a jornada e horário, sua condição perante a previdência, caráter exclusivo do trabalho ou ainda se o trabalhador se acha sob vigilância.²⁵ Para Dieguez, antes de tudo, dependência (usada aqui como sinônimo de subordinação) é antes de tudo controle. Poder do empresário de verificar o cumprimento das obrigações e deveres do trabalhador. Esta possibilidade última de controle ou interferência constitui a explicação mais concreta que se pode oferecer para a dependência.²⁶

Compreendemos a subordinação como constituída de dois pontos essenciais:

a) *aspecto subjetivo*: que indica a sujeição do trabalhador ao direcionamento do trabalho. Esta sujeição diretiva se exterioriza através das ordens, instruções e regulamentos que emanam da direção constituída pelo capital. Sua outra face, como decorrência lógica, é justamente o poder disciplinar do empregador, cujos limites são estabelecidos em lei, ao mesmo tempo em que se configura o direito de resistência às ordens abusivas;

b) *aspecto objetivo*: implica, grosso modo, na inserção do trabalhador na estrutura empresarial.

3 A DOUTRINA ESPANHOLA DO TRABALHO POR CONTA ALHEIA

Enquanto a doutrina brasileira enfatiza a subordinação como traço mais importante para configuração da relação de emprego, a doutrina espanhola nos ensina que o fundamental é que o trabalho seja executado por conta alheia e não por conta própria. A singularidade do trabalho por conta alheia reside no fato de que os frutos do trabalho não pertencerão ao executor do próprio trabalho. Nas condições do mundo capitalista, mundo gerador do Direito do Trabalho tal qual nós o conhecemos, esse trabalho por conta alheia assume a forma de trabalho assalariado. Uma pessoa distinta do trabalhador, que ocupa no mundo da produção um lugar diferenciado, é quem se apropria dos frutos do trabalho, pagando para isso a remuneração estipulada. Surge então a diferença entre o trabalho por conta própria e o trabalho por conta alheia.

25 DIEGUEZ, Gonzalo. **Lecciones de derecho del trabajo**: introduccion, etapas historicas fundamentales, contrato de trabajo. Madri: Editorial Civitas, 1984. p. 38.

26 DIEGUEZ, Gonzalo. **Lecciones de derecho del trabajo**: introduccion, etapas historicas fundamentales, contrato de trabajo. Madri: Editorial Civitas, 1984. p. 40.

Esta "singular relação social que se estabelece entre o trabalhador e o adquirente dos frutos, e que preexiste à execução do trabalho"²⁷ assume a forma de relação de emprego. Somos apresentados então, através de Manuel Alonso Olea à noção de alheabilidade (em espanhol *ajenidad*) nota fundamental da relação de trabalho que se estabelece através do vínculo de emprego. Gonzalo Dieguez explica o termo "*ajenidad*":²⁸

El término "*ajenidad*", sin correspondencia en el vocabulario jurídico de otros países, fue puesto en circulación por la doctrina española al sustantivar el calificativo de la expresión "por conta ajena" o de otro, de gran tradición en nuestro derecho común, del cual fue tomada por la primera ley laboral importante, la de "accidentes de trabajo" de 1900. Quiere expresar la idea de que quien trabaja de algún modo para otro no lo hace por su cuenta de ese otro o ajena.²⁹

Nas palavras de Alonso Olea:

Novamente se deixa à margem a reflexão filosófica sobre o sentido da alheabilidade própria do trabalho alheio; a alheabilidade se toma aqui no sentido jurídico estrito próximo da expressão alheação, também tomada em sua acepção jurídica estrita e tradicional de transferência de titularidade; se não se usou desta é porque, conforme se disse, quanto aos frutos do trabalho prestado a outro não há propriamente uma transferência a, ou uma aquisição derivativa por este outro, mas uma aquisição originária.³⁰

O trabalho é executado em virtude de uma decisão do próprio trabalhador, daí ser livre, embora sócio-economicamente condicionado por diversos fatores. A subordinação e a dependência advinda da condição do empregado não podem ser vistas como

27 OLEA, Manuel Alonso. **Introdução ao direito do trabalho**. Curitiba: Gênese, 1997. p.56.

28 Olea prefere usar alheabilidade (*ajenidad*), e não alienação (*alienación*), conceito a seu ver correto para furtar-se a uma terminologia já um tanto confusa e carregada de uma pesada carga filosófica e sociológica. Ver BAAMONDE, Maria Emilia Casas; OLEA, Manuel Alonso. **Derecho del Trabajo**. 17. ed. Madri: Civita, 1999. p. 42.

29 DIEGUEZ, Gonzalo. **Lecciones de Derecho del Trabajo**: introducción, etapas históricas fundamentales, contrato de trabajo. Madri: Civitas, 1984. p. 27

30 OLEA, Manuel Alonso. **Introdução ao direito do trabalho**. Curitiba: Gênese, 1997. p.56.

absoluta, pelo contrário. Na condição de trabalhador livre e assalariado, e esta a condição que o distingue do escravo e do servo da gleba, o que ocorre é justamente a limitação da dependência.³¹ O fundamento do poder de direção que possibilita ao empregador impor ordens sobre o lugar, o tempo e o modo de produção, é justamente o pacto firmado que estabelece a alheabilidade, ou seja, que os frutos do trabalho serão apropriados por um adquirente alheio ao trabalhador.³²

Para Alonso Olea, todavia, é preciso reconhecer que a dependência ou subordinação "é no contrato de trabalho uma consequência ou um efeito da alheabilidade".³³ O enfoque deve estar na alheabilidade e não na dependência. Assim sendo, argumenta Olea:

(...) a submissão a ordens é muito relativa em numerosos contratos de trabalho, e em alguns casos virtualmente inexistente, aparecendo como uma potencialidade que não tem porque atualizar-se – senão quem sabe em momentos críticos –, que de fato não se atualiza e que, se se atualizasse, romperia o esquema lógico de prestações e seu desenvolvimento normal. Por isso, hoje a dependência tem que ser concebida como um mero estar dentro de um quadro orgânico de funções e de competências, dentro de um "círculo que rege" ou "esfera organizativa", enlaçando assim com a idéia de trabalho prestado para organizações (...).³⁴

José Augusto Rodrigues Pinto, que traduz *ajenidad* por *alteridade*, argumenta em sentido contrário. Para este, subordinado é o trabalhador cuja energia é utilizada para outrem, por isso, lhe dirige a aplicação. Desta forma, só é possível encontrá-lo trabalhando para proveito alheio³⁵. Para Rodrigues Pinto a alteridade é apenas um elemento da subordinação. O fato da prestação em favor

31 OLEA, Manuel Alonso. **Introdução ao direito do trabalho**. Curitiba: Gênese, 1997. p.59.

32 No caso do trabalho em regime familiar, o adquirente dos frutos do trabalho não é pessoa estranha ao trabalhador, e neste ponto reside o não enquadramento desta forma de proteção nos moldes do Direito do Trabalho. O trabalho é então tido como por conta própria. Ver a respeito BAAMONDE, Maria Emília Casas e OLEA, Manuel Alonso, op. cit. p. 42.

33 OLEA, Manuel Alonso, op. cit. p. 66.

34 OLEA, Manuel Alonso. **Introdução ao direito do trabalho**. Curitiba: Gênese, 1997. p. 66-67.

35 PINTO, José Augusto Rodrigues. **Curso de Direito Individual do Trabalho**: noções fundamentais de direito do trabalho, sujeitos e institutos do direito individual. 3.ed. São Paulo: LTr, 1997. p. 108.

de outrem, não constitui o bastante para caracterizar a relação de emprego. Sendo assim: "A subordinação nasce junto com a relação de emprego e, embora seja elemento caracterizador da prestação do trabalho, chega a mostrar-se antes dela, porque pressupõe a disponibilidade da energia por quem irá dirigi-la".³⁶ Rodrigues Pinto conclui seu ponto de vista:

Manuel Alonso Olea, por sua vez, indica outro suposto elemento essencial de caracterização da prestação do empregado, a que denomina de alteridade, consistindo, segundo ele, em ser sempre o trabalho do empregado prestado em benefício de outrem, no caso, o empregador. A despeito de ser verdadeira esta constatação, como até fizemos questão de notar, a alteridade não caracteriza, essencialmente, por si só, a prestação do empregado, por se tratar de mero elemento componente da subordinação, pois é em razão desta que o empregado não pode aplicar sua energia em proveito próprio.³⁷

Prosseguindo nas considerações de Alonso Olea, a insistência sobre o conceito de dependência (subordinação), e não sobre suas limitações, que são as características do trabalho livre, produzem como consequência, entre outras, "que trabalhos alheios típicos, assinaladamente o trabalho a domicílio, fiquem fora do Direito do Trabalho ou ascendam a ele por extensão, quando, precisamente, foram (...) das primeiras manifestações históricas do trabalho livre por conta alheia."³⁸ As reflexões de Alonso Olea nos conduzem à conclusão de que a subordinação não pode ser considerada como ponto mais importante para caracterização da relação de emprego e, como consequência, para atrair a proteção legal trabalhista. O enfoque deve se voltar para o trabalho por conta alheia e para o seu substrato, a alheabilidade. Na sua visão são crescentes as limitações da dependência (subordinação) do trabalhador por conta alheia, fruto da evolução social. Como na seguinte passagem:

Y así, bien pudiera decirse que lo que caracteriza desde este plano el Derecho del Trabajo no estando la re-

36 PINTO, José Augusto Rodrigues. **Curso de Direito Individual do Trabalho:** noções fundamentais de direito do trabalho, sujeitos e institutos do direito individual. 3.ed. São Paulo: LTr, 1997. p. 110.

37 PINTO, José Augusto Rodrigues. **Curso de Direito Individual do Trabalho:** noções fundamentais de direito do trabalho, sujeitos e institutos do direito individual. 3.ed. São Paulo: LTr, 1997. p. 112.

38 OLEA, Manuel Alonso. **Introdução ao Direito do Trabalho.** Curitiba: Genesis, 1997. p. 67.

lación de dependencia como su progresiva limitación a la estrictamente debida en virtud de las exigencias organizativas y técnicas del proceso productivo. En alguna medida, el hecho anómalo de que la denominación del contrato de trabajo aluda a su objeto y no a su causa – explicable históricamente por la necesidad de distinguir, dentro de la denominación causal arrendamiento, el de cosas, el de obras y el de servicios o de trabajo – ha podido en ocasiones relegar la causa a un segundo plano y traer el objeto, el trabajo, al primero y con él aquel de sus rasgos que es, o más bien ha sido, más patente, obvio y normal, a saber: la sujeción a órdenes, elevando así una nota derivada como la dependencia a calificadora de un contrato claramente definido – ya que no denominado, como los más de los contratos – por su causa, esto es, por la cesión originaria y onerosa de los frutos.³⁹

Na visão de Olea importa mais verificar se a cessão dos frutos do trabalho se dá de maneira originária (trabalho assalariado) ou derivada (trabalho autônomo). Mas só podemos aferir o modo em que ocorrerá a cessão dos frutos quando da pactuação contratual. Não é o ponto de vista que aqui adotamos. Caso a pactuação não seja clara, ou até mesmo inexistente na sua forma expressa, já que admissível a forma tácita, como saber a natureza da cessão dos frutos do trabalho? Restará ainda determinar a natureza jurídica do trabalho desenvolvido, se autônomo ou subordinado. Adilson Bassalho Pereira se pronunciou sobre o tema:

É interessante a posição de boa parte da doutrina espanhola, da qual um dos expoentes é Manuel Alonso Olea, para quem "o traço característico do trabalho livre executado por conta alheia não é a presença da dependência, mas, pelo contrário, a limitação da própria dependência" (OLEA, 1984, p. 26).⁴⁰ Mas mesmo deixando de lado a óbvia observação de que só se limita algo que existe, não é demais lembrar que o mestre espanhol acaba admitindo, no último capítulo da obra citada, haver uma área imune à referida limitação, "dentro da qual continuará atuando sobre a relação de trabalho a vontade do empregador".⁴¹

39 BAAMONDE, Maria Emilia Casas ; OLEA, Manuel Alonso. **Derecho del Trabajo.** 17. ed. Madri: Civita, 1999. p. 45-46.

40 OLEA, Manuel Alonso. **Introdução ao Direito do Trabalho.** São Paulo: LTr, 1984.

41 PEREIRA, Adilson Bassalho. **A subordinação como objeto do contrato de emprego.** São Paulo: LTr, 1991. p. 12

Por outro lado, a subordinação e seu conseqüente, o poder de impor punições disciplinares, continuam de grande valia na aferição do vínculo existente.

É correto dizermos que a inserção do trabalhador na esfera organizativa da empresa condiciona a sua subordinação. Esta ocorre em decorrência da inserção, mas a revela. O pertencer a esta estrutura que é a empresa moderna leva o trabalhador a se adaptar aos padrões de comportamento estabelecidos corporativamente. A esta revelação do trabalhador inserido no contexto empresarial chamamos de *o lado objetivo da subordinação*.

A divergência aqui consiste na maneira como o problema se apresenta. Para nós a subordinação tanto possui um lado subjetivo, das ordens diretas, da supervisão imediata, quanto um lado objetivo, que pode ser medido pela sua inserção na estrutura empresarial ou na lógica de funcionamento do negócio. Obviamente, uma quanto a outra existem porque o trabalhador encontra-se na condição de laborar por conta alheia. Mas como chegamos à conclusão que o trabalho é realmente por conta alheia e não por conta própria? E voltamos para o critério da existência ou não da subordinação. Acreditamos mais valioso no dia-a-dia dos tribunais a discussão da subordinação do que uma pergunta sobre o caráter derivado ou originário do pacto de cessão dos frutos do trabalho.

Sem subordinação não existe relação de emprego, é o que defendemos. Não fosse sua condição subalterna na relação que se estabelece e o trabalho assalariado seria outro, com uma natureza totalmente distinta, talvez sem merecer a proteção legal das leis trabalhistas. A contribuição de Alonso Olea consiste em destacar a especificidade de um modelo de relações de trabalho que foi construído pela história, o do trabalho livre por conta alheia. E de verificar o movimento histórico em curso que aponta para um avanço, ao menos nos países do Ocidente, de limitações à condição subalterna do trabalhador, independentemente dos discursos flexibilizadores e/ou desregulamentadores. Dizemos independentemente, pois Olea compreende o tempo histórico em sua obra de uma forma ampla, buscando na história social do trabalho, da escravidão dos antigos até os dias atuais, os contornos para a compreensão das relações de trabalho.⁴²

42 Como deixa claro na seguinte passagem: "Habría de nuevo que acudir a la indagación histórica para contemplar cómo al tiempo que se acentúan la libertad y la temporalidad del trabajo por cuenta ajena se reduce y concreta el ámbito dentro del cual las órdenes son impartidas y obedecidas; frente a las generales e indiferenciadas a que estaban sujetos el esclavo y el siervo – y aun el "servidor fiel" de la sociedad doméstica – aparecen gradualmente las muy precisas y delimitadas a que ajusta su prestación el trabajador libre;" Ver BAAMONDE, Maria Emilia Casas ; OLEA, Manuel Alonso. **Derecho del Trabajo**. 17. ed. Madri: Civita, 1999. p. 45

4 CONCLUSÃO

O último dobre de finados para a subordinação foi escrito por Pedro Proscurcin. Para este a democratização organizacional está fazendo desaparecer o paternalismo e a cooptação. A administração participativa muda a própria qualidade do relacionamento intersubjetivo entre empregado e empregador. O desaparecimento progressivo e/ou total da subordinação independe da vontade das partes. Como conclusão "a moribunda subordinação clássica trabalhista perdeu o sentido."⁴³

Todavia, é preciso lembrar que as novas técnicas administrativas utilizadas pelo capitalismo moderno não implicam numa democratização da empresa, pois o poder empresarial repousa na detenção do capital e não nos instrumentos gerenciais adotados. O poder do capital revela toda a sua força inquestionável quando das decisões acerca das demissões massivas. Diante da necessidade de reestruturar as linhas produtivas, a parte do sacrifício é paga, antes de tudo, pelos empregados.

A superação do "despotismo de fábrica" não implica necessariamente em democratização fabril, pois tal resultaria num poder compartilhado entre o capital e as organizações dos trabalhadores. Mas como considerar estes temas diante do enfraquecimento dos sindicatos, fenômeno que ocorre em escala mundial, o desemprego estrutural e a precarização patrocinada pela terceirização e até mesmo quarteirização das prestações de trabalho? A verdade é que a democracia permanece além dos muros das fábricas. O poder do capital, ao contrário do que pode ser sugerido, nunca esteve tão robusto, dispondo de novos arsenais. Um exemplo eloqüente é desconcentração produtiva, com a transferência de fábricas do ABC paulista, no caso brasileiro, região de sindicalismo consolidado, para outras regiões do país, com o apoio entusiasmado do poder público, mostrando, entre outros temas, o poder e a mobilidade inédita do grande capital. O mesmo processo da chamada "guerra fiscal" entre os Estados brasileiros ocorre em inúmeros outros pontos do globo, para o agrado das corporações multinacionais.

Antes de tornar-se uma categoria jurídica, a subordinação já se encontrava presente nas relações de trabalho, como um dos principais traços de uma relação social específica, a do assalariamento. O fato de que o trabalho é prestado de forma subordinada traz conseqüências tais que não é possível ignorar. Este traço ca-

43 PROSCURCIN, Pedro. O fim da subordinação clássica no direito do trabalho. **Revista LTr**, v. 65, n. 3, p. 279-291, mar. 2001.

racterístico da relação de assalariamento, de que o mesmo ocorre sempre entre sujeitos desiguais e onde a subordinação encontra-se presente, foi captado pela doutrina clássica do Direito do Trabalho. Como contrapartida ao reconhecimento da condição subordinada, estipularam também as garantias do princípio protetor. Na própria construção do Direito do Trabalho, a condição subordinada é um dos alicerces para a justificação do protecionismo das leis trabalhistas, que é sua própria razão de ser e seu traço distintivo do direito civil. O reconhecimento da condição subordinada foi a pedra essencial que fundamentou o apartamento do Direito do Trabalho de sua matriz civilista. Enquanto o direito comum repousa na idéia de igualdade entre as partes e na livre estipulação, o direito trabalhista procurou compensar a condição subordinada com limitações à autonomia da vontade das partes, regrando os aspectos substanciais da relação de emprego.

O conceito de subordinação foi apreendido em sua manifestação direta, das ordens e comandos emanados pelo empregador ou seus prepostos na tarefa de conduzir as atividades empresariais. Esta pessoalidade acentuada, de uma sujeição típica dos chamados regimes de "despotismo de fábrica", cede terreno. Corresponde a um mundo do trabalho de padrão taylorista e fordista, onde a compartimentação do conhecimento monopolizado pela gerência técnica se torna anacrônico. Esta subordinação, a das ordens diretas, do poder disciplinar quase em moldes policiais, da noção estrita de obediência, é que se encontra em crise.

Como enxergar a subordinação, por exemplo, na "empresa virtual", onde a própria noção do espaço tradicional de trabalho (escritório, loja, fábrica) desaparece e o vínculo da prestação dos serviços se desenvolve através do telecontato, via comunicação à distância? Mas a inexistência dos contatos diretos, da presença física dos envolvidos, não elimina a condição em que o trabalho é prestado, sua forma subordinada.

O advento da acumulação flexível e do toyotismo alteram sobremaneira as condições nas quais o trabalho é aproveitado e dirigido. Transforma-se a organização do trabalho, bem como a prestação dos serviços. Os novos modelos organizacionais são flexíveis e não-hierarquizados e o próprio grau de autonomia dos empregados na determinação do conduzir cotidiano aumenta. O controle dos meios se torna menos importante que o controle dos resultados. O relacionamento com os clientes passa a ser destacado, com maiores responsabilidades para o empregado. Deste é exigida uma atualização constante dos seus conhecimentos, sob o risco de se tornar peça obsoleta num mundo do trabalho em permanente mutação. A terceirização de todas as atividades que

não sejam estritamente ligadas à atividade-fim (e em muitos casos até mesmo de parcelas significativas da atividade-fim) diminui o efetivo funcional direto. A fábrica se descentraliza do ponto de vista físico e a tecnologia informática e as comunicações permitem o trabalho à distância. As mutações do capitalismo pós-industrial reorganizam o mundo do trabalho dotando-o de um centro protegido, melhor remunerado e qualificado, ao passo que a periferia do sistema se vê envolvida num processo de precarização de suas condições de trabalho.

A formulação clássica da subordinação jurídica como elemento estrutural da relação de emprego, entretanto, mesmo frente à expansão do Direito do Trabalho, permaneceu apreendida apenas em suas manifestações subjetivas. Porém, as profundas mudanças deste final de século no modo de produção capitalista, em sua fase pós-industrial, nos fazem pensar na revisão deste postulado básico. No que poderíamos chamar de modelo clássico, a subordinação do empregado ao empregador encontra-se destacada pelo poder de comando exercido por este. O empregado, face ao empregador, encontra-se em estado de sujeição, aguardando ou executando ordens, como na fórmula do art. 4º, *caput*, da Consolidação das Leis do Trabalho. O trabalho do empregado é um trabalho por conta alheia e nele a dependência surge como decorrência da alienação do seu autogoverno, do controle sobre sua própria atividade laboral, que passa a ser dirigida pelo empregador.

A concepção marxista acerca da relação de emprego nos fornece elementos nesta direção, ao demonstrar que na estrutura econômica capitalista o trabalho ocupa, já no processo produtivo, um papel subordinado (no que é chamado também de *subsunção* do trabalho ao capital). Este conteúdo objetivo da relação de emprego é o pano de fundo da subordinação traduzida juridicamente. Esta condição subordinada do fator trabalho ao capital é a essência mesma do modo de produção capitalista. Resulta do simples fato do trabalhador não ser o proprietário dos meios de produção. Enquanto o capitalismo aprofundou o caráter socializado da produção, construindo corporações industriais com milhares de operários, a apropriação desigual dos resultados com a extração da mais-valia reproduz a condição subordinada do assalariado.

As relações de trabalho ocorrem uma vez que as pessoas precisam reproduzir as suas condições materiais de existência e então buscam vender a sua mercadoria disponível, o trabalho, no mercado capitalista. O capital é antes de tudo uma relação social, mas não uma relação entre iguais. A negação desta contribuição básica e ainda atual da crítica feita pelo marxismo no século XIX apenas serve para mascarar a realidade. Neste sentido, tanto

marxistas como juristas contratualistas acertam ao combater a teoria da instituição como comunidade de interesses comuns. O conflito entre capital e trabalho existe objetivamente e apenas continua, sob novas formas. A competição entre os capitalistas gera inovações constantes e faz do capital um eterno revolucionário de si mesmo.

Em nosso inventário crítico em torno do quadro conceitual desenvolvido acerca da subordinação não poderíamos deixar de tratar o conceito do trabalho por conta alheia e a noção de alheabilidade encontrados na doutrina espanhola. A visão de que o mais importante é aferirmos a forma da cessão dos frutos do trabalho, se originária (trabalho assalariado) ou derivada (trabalho autônomo), do que a existência da subordinação (dependência), não nos pareceu convincente, pois se a natureza da relação desenvolvida não for explicitada na pactuação, a determinação da natureza do vínculo permanecerá em aberto.

Neste novo quadro merece reavaliação a teoria anticontratualista de cunho institucional, que negando a existência de um vínculo contratual e, portanto, de um acordo de vontades no nascedouro da relação de emprego, punha grande ênfase na adesão do trabalhador a uma empresa, vista enquanto instituição. O defeito maior desta teoria reside no fato de mascarar a existência de contradições de classe, a partir do momento em que as figuras do empregado e do empregador se dissolvem na instituição, com interesses comuns a comungar. Entretanto, ao descrever a existência de um caráter objetivo na inserção do empregado na estrutura orgânica da empresa, os institucionalistas fornecem luzes para a revisão do conceito de subordinação. De fato, frente a estas novas modalidades de trabalho, o caráter objetivo da subordinação ganha novo relevo. Rechaçando as teorias anticontratualistas de fundo autoritário, como a teoria da instituição, ficamos então com uma formulação mais adequada para a compreensão das mudanças, adotando o *relacionismo moderado*, um ponto de vista teórico que entende o vínculo empregatício antes de tudo como uma relação de conteúdo fático, mas sem negar a possibilidade, desejável até, do contrato. Esse se constitui como um espaço aberto a partir do mínimo de garantias estabelecidas pela regulação indisponível para a vontade das partes.

Com isso esperamos contar com a *possibilidade de agregar ao conceito de subordinação*, visto como um elemento chave na relação de emprego, o *pressuposto objetivo da inserção na estrutura produtiva da empresa como critério caracterizador do vínculo empregatício*, conforme já se utiliza na jurisprudência dos

tribunais brasileiros. O desafio consiste em valorizar o aspecto objetivo da subordinação, a inserção na estrutura produtiva, sem transformar o trabalhador num autômato desprovido de vontade. Não se trata de uma subordinação que gravita em torno da atividade desenvolvida pela empresa, como um elemento circunstancial. Trata-se, isso sim, de uma subordinação que emerge da condição em que o empregado se insere na estrutura empresarial. A inserção é subordinada em sua própria gênese. Podemos trabalhar com a idéia de alargamento do conceito de subordinação, abrangendo tanto aspectos subjetivos quanto objetivos, mostrou-se acertada. Essa ampliação conceitual responde aos desafios atuais do Direito do Trabalho.

O critério da subordinação permanece, assim, como um marco diferenciador entre os dois grandes campos do trabalho, o assalariado e o autônomo. Podemos, todavia, num exercício de imaginação, pensar também um mundo do trabalho onde o critério jurídico da subordinação esteja plenamente esgotado. Se a subordinação atua como critério demarcador das fronteiras do Direito do Trabalho, delimitando os campos entre o empregado e o autônomo, entre o protegido e o desprotegido, a eliminação destes marcos tornará o conceito anacrônico. A adoção de um sistema de regulação que proponha uma proteção mínima universalizada para todos os que trabalham, na linha da *Teoria Integral* de Trueba Urbina, eliminará a disputa tradicional nos tribunais sobre o reconhecimento ou não do vínculo empregatício.