

SUBORDINAÇÃO ESTRUTURAL-RETICULAR: UMA PERSPECTIVA SOBRE A SEGURANÇA JURÍDICA

Marcus Menezes Barberino Mendes*
José Eduardo de Resende Chaves Júnior**

RESUMO

Na última versão deste texto revisitamos a subordinação estrutural-reticular, a partir da “alienidade”. Cuidaremos agora de realçar, ainda que de modo sintético, a causalidade direta entre subordinação estrutural-reticular e segurança jurídica, tomando esta última como direito e ao mesmo tempo garantia dos direitos de civilização. O presente estudo, que se encontra em processo permanente e aberto de desenvolvimento, pretende resgatar a noção jurídica de subordinação, a partir das idéias esboçadas por Mauricio Delgado, que enfatiza seu caráter estrutural, articulando-as com a feição reticular da reorganização produtiva, que mescla características protocapitalistas à contemporaneidade do empreendimento em rede. Reconhecendo a necessidade de estabilidade e sistematicidade da regulação do trabalho na sociedade capitalista, buscamos no alheamento do trabalho - em função dos frutos, dos riscos e da utilidade patrimonial - a devida consistência conceitual da subordinação jurídica, ressaltando o caráter essencial da “alienidade” no Direito do Trabalho.

PALAVRAS-CHAVE: contrato de emprego - subordinação - parassubordinação - dependência econômica - alienação - subsunção formal e material - reestruturação produtiva - direitos humanos - segurança jurídica

SUMÁRIO

- 1 INTRODUÇÃO**
- 2 SUBORDINAÇÃO JURÍDICA COMO RESPOSTA ABRANGENTE PARA A PRODUÇÃO INDUSTRIAL**
- 3 SUBORDINAÇÃO E “ALIENIDADE”**
- 4 A VELHA E A NOVA EMPRESA: O MESMO TRABALHO SUBORDINADO NA ESTRUTURA DA REDE EMPREENDEDORA**
- 5 A REORGANIZAÇÃO PRODUTIVA E A SEGURANÇA JURÍDICA**
- 6 A SUBORDINAÇÃO ESTRUTURAL-RETICULAR**
- 7 A RESSOLIDARIZAÇÃO ESTRUTURAL-RETICULAR DAS RELAÇÕES COLETIVAS DE TRABALHO**

* Juiz do Trabalho Substituto no Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região, mestre em Economia Social do Trabalho pelo Instituto de Economia da UNICAMP e doutorando em Desenvolvimento Econômico pela mesma Universidade.

** Juiz do Trabalho no Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região, Titular da 21ª Vara de Belo Horizonte-MG, doutor em Direitos Fundamentais pela *Universidad Carlos III de Madrid*; Vice-presidente do Instituto de Pesquisas e Estudos Avançados da Magistratura e do Ministério Público do Trabalho - IPETRA.

8 PRODUÇÃO E PROTEÇÃO EM REDE. CONVERGÊNCIA DOS FLUXOS DA ESPECIALIZAÇÃO DO TRABALHO. O “EMPREGADO POR INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL”

9 À GUIA DE CONCLUSÕES

1 INTRODUÇÃO

À primeira vista parece muito fácil determinar quem seria o empregador de um operador de uma colheitadeira que laborou durante seis meses colhendo grãos. Tanto a CLT como a Lei n. 5.889/73 não deixam dúvidas quanto à resposta, já que a cada atividade econômica corresponde um único sujeito de deveres que admite, dirige e assalaria, assumindo os riscos da atividade.

Mas a nova organização produtiva suscita novos problemas, por exemplo, quando a terra é arrendada, a colheitadeira pertence a um terceiro, outro, ainda, remunera o empregado e um quinto sujeito de direito se encarrega da aquisição dos insumos, do planejamento do plantio, do manejo e da comercialização, além de se encarregar de repartir entre os demais integrantes a renda auferida com a comercialização. Quem, afinal, seria o empregador do operador da colheitadeira?

E os problemas não param aí, pois, além da ambigüidade no pólo passivo da prestação do trabalho, há também ambigüidade no pólo ativo, com as figuras emergentes dos chamados trabalhadores economicamente dependentes, cujas relações jurídicas são designadas pela própria OIT, como “relações de trabalho de ambigüidade objetiva.”¹

O problema não é trivial embora acreditemos que há, sim, na atual regulação do trabalho no Brasil, e na doutrina, conceitos e elementos capazes de solucionar esse problema, que não se restringe ao campo da curiosidade científica. E o objetivo deste texto é justamente dar uma resposta jurídica a um fenômeno econômico que tem contribuído para a desestruturação, não só dos mecanismos de solidariedade entre os trabalhadores, mas inclusive das próprias relações jurídicas laborais. Trata-se das novas formas de organização produtiva que esmaecem a categoria central do Direito do Trabalho brasileiro: a subordinação jurídica, investigando inclusive suas conexões mais estendidas com o conceito de alienação.

Não se cuida, é bom sublinhar, de ser refratário a alterações regulatórias, mas de explorar as potencialidades semânticas da regulação vigente, revalorizando conceito tradicional, já sedimentado e absorvido pelo sistema e de razoável estabilidade doutrinária. O que se pretende é atualizá-lo para o contexto contemporâneo das relações capital e trabalho, de modo a permitir a operatividade do sistema jurídico, sob dois prismas fundamentais: (i) a centralidade da pessoa jurídica humana e (ii) a estabilidade das relações jurídicas trabalhistas, freqüentemente submetidas a alterações unilaterais, e que impõem uma virtual revogação do sistema jurídico nacional de tuição, pela prevalência real da vontade do hipersuficiente. Trata-se, enfim, de um chamamento à vida e à humanidade dos direitos da vida econômica do trabalhador.

¹ OIT, 2003. p. 30-35.

2 SUBORDINAÇÃO JURÍDICA COMO RESPOSTA ABRANGENTE PARA A PRODUÇÃO INDUSTRIAL

A essência da relação jurídica de emprego, como bem anotado por Evaristo de Moraes Filho², é a transformação em regra jurídica impositiva, por força de contrato, da livre disposição da força de trabalho por outrem. Vale dizer, da possibilidade de variar o uso do trabalho, aumentando a jornada, reduzindo-a, redirecionando a atividade, intensificando-a, pouco importando se o empregador possui capacidade técnica de operar essas variações, ou mesmo que venha a fazê-lo; o que é relevante é que tenha a potência de realizar tais alterações, ainda que se mantenha inerte. Em síntese, o que se contrata na relação de emprego é a pura potencialidade de direção do trabalho alheio.

Não menos relevante para a nova sociabilidade e para o caráter universal do Direito do Trabalho é a captura pela regulação das novas realidades produtivas. Cinhada a partir da grande indústria, a CLT adotou dois modelos para o enquadramento da figura do empregador. No *caput* do art. 2º, constituiu a empresa como empregador típico, correlato ao “trabalho produtivo”, desenvolvido e organizado pelos proprietários das unidades produtivas, e tendo como referente o trabalho urbano industrial.

Por outro lado, a CLT não poderia desconhecer também outro modelo de tomador de serviço, qual seja, o atinente ao labor considerado tecnicamente não-produtivo. Esse segundo modelo está previsto no § 1º do art. 2º da CLT - “os profissionais liberais, as instituições de beneficência, as associações recreativas ou outras instituições sem fins lucrativos, que admitirem trabalhadores como empregados” - que institui a figura do “empregador por equiparação”, na própria dicção da CLT.

² Diz o clássico autor

Apesar do pessimismo demonstrado por A. Hueck e H. C. Nipperdey, há mais de sessenta anos, não há como negar-se que esta é a mais segura - embora não infalível - das notas caracterizadoras da relação de emprego. O seu nítido conceito, os seus limites e o seu conteúdo não são tão fáceis, como a princípio parece. Os autores italianos referem-se a uma espécie de *status subiectionis* do empregado diante do empregador, muito semelhante ao do cidadão perante a soberania estatal. Situação esta que não é meramente um estado de fato, e sim de direito, que se evidencia através da contratualidade existente entre as partes. É do próprio contrato, do vínculo jurídico que se celebrou, que se origina este estado de sujeição. Ninguém configurou melhor o conteúdo da subordinação jurídica do que Paul Colin: “Por subordinação entende-se um estado de dependência real criado por um direito, o direito de o empregador comandar, dar ordens, donde nasce a obrigação correspondente para o empregado de se submeter a essas ordens. Eis a razão pela qual chamou-se a esta subordinação de jurídica, para opô-la, principalmente, à subordinação econômica e à subordinação técnica que comporta também uma direção a dar aos trabalhos do empregado, mas direção que emanaria apenas de um especialista. Trata-se aqui, ao contrário, do direito completamente geral de superintender a atividade de outrem, de interrompê-la à vontade, de lhes fixar limites, sem que para isso seja necessário controlar continuamente o valor técnico dos trabalhos efetuados. Direção e fiscalização, tais são então os dois pólos da subordinação jurídica.” Cfr. MORAES FILHO, 2000. p. 242/243.

Essa segunda figura é correlata ao chamado “trabalho improdutivo”, isto é, unidades de trabalho em que a acumulação de riquezas não resulte, ou não deveria resultar em apropriação do excedente de riqueza pelo tomador do trabalho, embora a própria unidade possa se expandir a partir desse excedente, como ocorre, por exemplo, numa instituição de ensino sem fins lucrativos. Nesse segundo modelo, perde relevância, para a configuração do sujeito a quem se imputa as obrigações decorrentes da relação jurídica de trabalho, o fato de auferir lucro, ou mesmo a composição técnica do capital, com a conseqüente proporção de apropriação da renda pelo trabalho.

É evidente que tal definição de sujeitos possíveis para a imputação de deveres oriundos da relação jurídica, absorvendo os riscos integrais da atividade, acaba por legitimar o uso e a exploração do trabalho humano, disfarçando o conflito imaneente entre capital e trabalho, através de um estratagema de legalização-legitimação da titularidade do resultado da atividade - o que, em termos marxianos, equivaleria à mais-valia, excedente de tempo e trabalho humanos necessários para a reprodução social. No campo simbólico, portanto, a relação jurídica empregatícia compõe a solução de compromisso político, em que a apropriação do excedente pelos proprietários lhes transfere o risco integral da atividade econômica.

Nessa ordem de idéias sobre a importância estratégica para o capitalismo da definição clara do sujeito passivo de responsabilidades trabalhistas, o conceito de “subordinação jurídica” foi a resposta doutrinária mais adequada para unificar a figura do empregado, compatibilizando-a à dicotomia básica do empregador, tanto da empresa (trabalho produtivo) como da não-empresa (trabalho improdutivo). Nesse sentido, a subordinação tem sido no Direito do Trabalho brasileiro o elemento de identificação (e unificação) da condição do prestador de trabalho tutelado pela CLT.

No que toca ao “trabalho produtivo” esse conceito atendia às necessidades do sistema de produção do período da grande indústria, ou seja, a subordinação seria o correlato da disciplina produtiva, alusiva à administração científica do trabalho pregada por Taylor.³ A organização do trabalho era, nesse contexto, rígida e linear (linha de produção).

Quanto ao “trabalho improdutivo”, a subordinação atendia ao regime de hierarquia próprio ao “empregador por equiparação”, tomador de serviço que necessita também de um sistema disciplinar mais rígido, para conseguir efetivamente auferir resultados práticos do trabalho alheio.

³ *Nor has any one workman the authority to make other men cooperate with him to do faster work. It is only through enforced standardization of methods, enforced adoption of the best implements and working conditions, and enforced cooperation that this faster work can be assured. And the duty of enforcing the adoption of standards and of enforcing this cooperation rests with the management alone. The management must supply continually one or more teachers to show each new man the new and simpler motions, and the slower men must be constantly watched and helped until they have risen to their proper speed. All of those who, after proper teaching, either will not or cannot work in accordance with the new methods and at the higher speed must be discharged by the management.*
Cfr. TAYLOR, 2007. p. 60.

Evidentemente, a subordinação jurídica conjuga elementos que a doutrina tradicional nominaria de linguagem metajurídica, dada a fusão promovida pelo positivismo jurídico entre o direito positivado pelo Estado-soberano e o fenômeno jurídico, tornando-os formalmente indistintos. Com efeito, a subordinação jurídica importa contratar o uso da força de trabalho para as finalidades escolhidas pelo empregador. Daí por que o contrato de emprego não é um contrato com escopo, ou seja, com resultado definido. Em seu formato mais ideal e abstrato, o empregado se compromete a desenvolver, genericamente, a atividade escolhida pelo empregador.

É evidente que esse enunciado comporta múltiplas gradações, já que a subordinação jurídica é uma síntese de diversos elementos socioeconômicos e que passam pelo conceito de liberdade formal, pela capacidade de organização sociopolítica do trabalho e pelo grau de controle da atividade produtiva pelo empregado, elementos que acabam por estratificar o próprio trabalho.

Numa atividade extremamente parcializada, mas com a presença de um sindicato de trabalhadores com alto grau de mobilização e coordenação, como ocorre entre metalúrgicos, a possibilidade de disposição ampla do trabalho cede lugar a uma regulação contratual, tanto em nível de regulamentamento empresarial como em sede de contrato coletivo de trabalho. Assim, a possibilidade de disposição do trabalho alheio se relativiza como emanção de ordens discricionárias, e se impessoaliza, já que o treinamento do empregado torna-o virtualmente vinculado ao poder hierárquico, que se exprime e se traduz na própria estabilidade do processo produtivo e não mais no cumprimento de ordens diretas emanadas pelo superior hierárquico imediato.

Como a estabilidade do processo produtivo estava centrada unicamente numa abordagem subjetiva da subordinação, e a subsunção formal do trabalho ainda era a marca das empresas da Segunda Revolução Industrial e o compromisso de classes envolvia o espaço do Estado-nação, o *locus* do exercício da subordinação era estável e definido como o espaço interno da fábrica, primordialmente, ou da unidade econômica dos demais setores da economia.

O avanço das sociedades industriais desenvolvidas no pós-guerra e o surgimento de novos países industrializados na periferia do capitalismo expuseram a regulação dos mercados de trabalho nacionais a profundo teste de legitimidade, cujo mais evidente é a tentativa de elisão da imputação de responsabilidade pelo risco da atividade.

3 SUBORDINAÇÃO E “ALIENIDADE”

A subordinação é, como se viu no tópico anterior, na tradição clássica do Direito do Trabalho brasileiro, o elemento de caracterização da condição de prestador de trabalho tutelado pela CLT, muito embora a doutrina tenha também conferido esse estatuto à alteridade, mesmo porque a subordinação está dicionarizada como ato ou efeito e não como condição. Ou seja, a subordinação é consequência e não a causa da relação de emprego.⁴ E enquanto consequência não é um conceito apto, sem incidir em petição de princípio, a se apresentar como elemento de definição de um dado instituto.

⁴ Reginaldo Melhado concebe, com razão, a subordinação “não como elemento essencial da relação de emprego e sim como consequência dela”. Cfr. MELHADO, 2003. p. 164.

A doutrina espanhola foca principalmente a condição e não o efeito (subordinação). O clássico Alonso Olea, por exemplo, transfere a centralidade identificadora no Direito do Trabalho para o conceito de “*ajenidad*”:

*[...] la relación de ajenidad, como definidora y esencia misma del contrato de trabajo, éste es un modo originário de adquirir propiedad por un ajeno distinto de quien trabaja.*⁵

O termo “*ajenidad*” - ou, o italiano, “*alienità*”⁶ - não é de fácil tradução para a língua portuguesa, pelo menos no Brasil, já que o vocábulo “alteridade”, pelo qual costuma ser traduzido, não se equipara aos termos espanhol e italiano. Não obstante seja a *alteridade* definida semanticamente como natureza ou condição (do que é do outro⁷), não nos parece seja um vocábulo adequado ao Direito do Trabalho, pois está mais ligado à tradição filosófica do idealismo hegeliano - que lança mão do termo alteridade para definir a relação entre natureza e a idéia⁸ - que à tradição do materialismo marxiano, que tem raízes muito mais próximas ao nosso ramo social do Direito.

Essa maior proximidade a Marx se verifica inclusive pela própria palavra *alienação*. Para Hegel, *alienação*, concebida em sentido jurídico, de submissão e subordinação, somente se operava com o estatuto da escravidão, ao passo que para Marx o simples fato de se trabalhar para o outro - por conta alheia - já configurava a alienação (e a subordinação) e o trabalho alienado.⁹

⁵ Cfr. OLEA y CASAS, 1995. p. 54.

⁶ *Nella costruzione della nozione ampia di subordinazione, un ruolo centrale viene svolto dal dato normativo della dipendenza dall'imprenditore, in quanto l'autore offre qui una rilettura di grande spessore del concetto di alienità, non sottraendosi a suggestioni di natura comparatistica (in particolare la comparazione viene svolta con riferimento alle esperienze spagnola e tedesca). Il contenuto dell'alienità è, in sintesi, quello della alienità nel mercato, formula con la quale si identifica una situazione di disconnessione giuridica fra i lavoratori e il destinatario finale del prodotto (bene o servizio) del suo lavoro. Il rapporto lavorativo subordinato nasce, in sostanza, ogni volta che tra il soggetto ed il cliente si interpone un terzo che realizza un plusvalore. Tale nozione, che consente di operare una discriminazione rispetto ai rapporti non subordinati (contratto d'opera), viene ritenuta ampia ed onnicomprensiva, al punto di inglobare ogni altro indice di manifestazione della dipendenza (potere direttivo e così via) e della alienità (assenza di rischio, di risultati, di organizzazione). Peraltro, qualora la dipendenza fosse letta, in termini tradizionali, quale mero elemento complementare rispetto alla direzione, designando appunto la situazione giuridica di soggezione del lavoratore al potere direttivo del datore (il c.d. profilo statico del vincolo di subordinazione), nessun ostacolo sarebbe opposto dalla nozione legislativa di lavoro a distanza, che pare imperniata proprio su di una sorte di "enfattizzazione" del potere direttivo rispetto agli altri elementi della subordinazione.*

Cfr. DELL'OLIO, disponível em http://web.tiscali.it/Matteo_DellOlio/. Acesso em 24 jan. 2008.

⁷ Cfr. *Dicionário Eletrônico Houaiss da Língua Portuguesa*, Versão multiusuário 1.0, junho/2003.

⁸ *Para Hegel, la Naturaleza es el objeto que la Idea se da a si misma, o, de otra forma, es la posición de la misma Idea en forma de alteridad .*

Cfr. VALVERDE, p. 108.

⁹ Cfr. OLEA, 1988, p. 171.

O efeito subordinação do Direito do Trabalho está, portanto, mais próximo da alienação marxiana que da alteridade e alienação hegelianas. É importante esclarecer que, seguindo ainda Olea, o conceito de alienação em Marx converte o vocábulo alemão *Veräußerung*¹⁰ em *Entfremdung*¹¹ - ou em seu sinônimo - *Enttäusserung*¹², refundindo a alienação que deriva da subordinação do trabalho com a condição de alheamento - estranhamento - desse trabalho.

Olea, em sua monografia sobre a história da palavra “alienação”, anota que utiliza

*el término “ajenidad”, que es el generalizado entre nuestros especialistas; por éstos se ha acuñado este término en derecho del trabajo, rehuyendo el clásico jurídico de enajenación, y con buenas razones, porque enajenación implica en derecho una transición de dominio o titularidad de una persona a otra, y por consiguiente una adquisición derivativa por parte de esta última, mientras que en el contrato de trabajo hay una adquisición originaria de propiedad por el empleador o empresario respecto de bienes de nueva creación, que no han sido antes propiedad de nadie; es claro, pues que ajenidad - o alienidad, como la llama Guasp (Derecho, Madrid, 1971, p. 548) - sigue siendo usada aún como noción distinta de enajenación, en sentido jurídico estricto y propio.*¹³

Nesse sentido de distinguir da *alienação* do Direito Real, talvez, em português, pudesse se pensar em “alheação” ou “alheamento”, mas semanticamente esses substantivos são dicionarizados também como ato ou efeito e não como condição ou natureza, o que nos remeteria novamente ao mesmo problema de tautologia da subordinação.

Outra alternativa seria o termo alheabilidade. Mas esse vocábulo designa mais uma qualidade¹⁴ que uma causa, isto é, é mais um atributo que a causa eficiente de um dado fenômeno jurídico. Para Espinosa, em sua *Ética*, é a causa que implica a existência¹⁵; o atributo é o que se percebe como constitutivo da essência¹⁶, em outras palavras, o atributo alheabilidade é constitutivo da essência

¹⁰ Ou *Veräußerung*, em alemão, alienação, no sentido jurídico de venda.

¹¹ *Entfremdung*, em alemão, alienação, no sentido de estranhamento.

¹² *Enttäusserung*, em alemão, alienação, no sentido de exteriorização.

¹³ Cfr. OLEA, 1988. p.171-172, nota 730.

¹⁴ *HOUAISS eletrônico*, junho 2003.

¹⁵ *Per causam sui intelligo id cuius essentia involvit existentiam sive id cuius natura non potest concipi nisi existens.*

(Trad. livre: “Por causa de si entendo aquilo cuja essência implica a existência, ou, o que é o mesmo, aquilo cuja natureza só pode conceber-se como existente”. *Ética*, I, Definição I)

Cfr. SPINOZA, 1913, p. 37.

¹⁶ *Per attributum intelligo id quod intellectus de substantia percipit tanquam ejusdem essentiam constituens.*

(Trad. livre: “Por atributo entendo aquilo que o entendimento percebe de uma substância como constituinte de sua essência mesma.” *Ética*, I, Definição IV)

Cfr. SPINOZA, 1913, p. 37.

da relação de emprego, mas não sua causa. O que implica sua existência - ou seja a existência desse atributo essencial - é a condição econômica de alheamento do fruto do próprio trabalho. A alheabilidade da relação de emprego tem como modo ou afecção, no sentido espinosiano¹⁷, o alheamento do fruto do trabalho, mas é a condição dessa alheabilidade a causa eficiente¹⁸ da existência da relação de emprego. Não há entre alienidade e alheabilidade uma relação de causa e efeito, senão de causalidade e essencialidade ou atribuição.

Pontes de Miranda, em sua proverbial acuidade, optou pelo termo "alienidade"¹⁹, que, aliás, é o mesmo utilizado por Ricardo Guasp, como se viu na referência anterior de Olea. Vale ressaltar, contudo, que tal termo não consta do Vocabulário Ortográfico da Língua Portuguesa - VOLP, nem essa palavra encontra-se dicionarizada²⁰, sem embargo de que seja um termo relativamente comum nas doutrinas empresarial e trabalhista de Portugal.

Da mesma forma que onerosidade e remuneração se distinguem, a primeira enquanto elemento de configuração (existência) e causa da relação de emprego e a outra como contraprestação ou efeito da referida relação jurídica, alienidade (do produto do trabalho) e subordinação têm, entre si, a mesma ordem de relação. O fato de um trabalhador laborar e não receber remuneração não descaracteriza, por si só, a existência da relação de emprego (como se dá, por exemplo, nos casos de redução do trabalhador à condição análoga à de escravo). É a onerosidade do trabalho que implica, em algum grau, a existência do contrato de trabalho subordinado, ou melhor, toda relação jurídica contém algum ônus econômico, mas o contrato de emprego pressupõe o pagamento de salário. Sua onerosidade é presumida e pecuniariamente tarifada, pois a todo contrato de emprego se destina, ao menos, o salário mínimo ao prestador de trabalho. A ausência de pagamento constitui infração ao contrato e, no caso do Brasil, à lei federal.

¹⁷ *Per modum intelligo substantiæ affectiones sive id quod in alio est, per quod etiam concipitur.* (Trad. livre: "Por modo entendo as afecções de uma substância, ou seja, aquilo que é outra coisa, por meio da qual é também concebido.", *Ética*, I, Definição V) Cfr. SPINOZA, 1913, p. 37.

¹⁸ Vale anotar aqui uma observação de um grande leitor de Espinosa, o filósofo francês Deleuze, no sentido de que, a despeito de Espinosa desarticular a noção tradicional de causa eficiente,

nem por isso deixa de haver uma causalidade eficiente (em Espinosa): aquela em que o efeito é distinto da causa, seja porque a essência e a existência do efeito se distinguem da essência e da existência da causa, seja porque o efeito, possuindo ele próprio uma existência distinta da sua própria essência, remete para qualquer outra coisa como causa de existência.

Cfr. DELEUZE, 2002, p. 62.

¹⁹ Anotando que o Direito do Trabalho opera com um conceito menos extenso de trabalho, observa que, se "exigimos ao conceito o elemento fático do interesse de outrem, já a alienidade do proveito, ou do que se espera seja proveito, põe fora do campo conceitual o que A faz para si mesmo". Cfr. PONTES DE MIRANDA, 2006, p. 118.

²⁰ Foram consultados os tradicionais CALDAS AULETE, HOUAISS E AURÉLIO.

Por outro lado, entre alienação e subordinação há, contudo, uma relação de causalidade, em que a primeira condiciona a segunda, ainda que a alienação, ela própria, seja também um ato ou efeito da condição do trabalho alheado. A alienação do produto do trabalho, ou seja, a secção entre os sujeitos da produção imediata (trabalhador) e da apropriação primária da mercadoria (patrão) é, pois, o ato que constitui a existência, inclusive jurídica, da relação de emprego, ato esse cuja causa é justamente a natureza da alienidade das condições de trabalho comum no capitalismo. O empregador é o demandador de trabalho, mas a impossibilidade de apartá-lo da pessoa humana conduz à relação jurídica em que o trabalhador cede o uso da sua energia vital e da sua atividade social.

É importante lembrar que, não obstante seja a alienidade um traço do trabalho produtivo apenas - já que só se pode falar em trabalho produtivo se há produção de excedente para ser alheado (ou apropriado por outrem) - nada impede que a lei estenda ao trabalho improdutivo (ou de consumo) os efeitos jurídicos da relação de emprego, ou seja, equipare legalmente os trabalhadores produtivos e improdutivos do ponto de vista econômico, como, aliás, verifica-se no precitado § 1º do artigo 2º da CLT.

A hermenêutica do § 1º do artigo 2º, conjugada à alínea “a” do artigo 7º da CLT, serve inclusive para demonstrar que o trabalho produtivo é, em essência, a categoria de trabalho que, nos primórdios, justifica a existência do Direito do Trabalho, porquanto por meio de seu jogo de extensão ou equiparação (art. 2º, § 1º) e exceção (art. 7º, “a”) desnuda-se o fato de que uma vez transcendida sua causa eficiente - alienidade - torna-se necessário um preceito dogmático para restringir uma extensão procedida pela lei, sem sistematicidade científica. Em outras palavras, não é por outro motivo que o artigo 7º celetista tenha de excepcionar expressamente os empregados domésticos, ou seja, a entidade familiar (outras instituições²¹ sem fins lucrativos) está compreendida perfeitamente na hipótese do empregador por equiparação ou extensão do § 1º do artigo 2º da CLT.

É importante assinalar que a doutrina espanhola tem três correntes a respeito da *ajenidad*. A primeira e mais tradicional é a de Olea, em que a alienidade é encarada a partir da alienação dos frutos do trabalho (*ajenidad en los frutos*). Uma segunda, na qual a alienidade é aferida em função da não-assunção dos riscos da atividade econômica, defendida por Bayón Chacón e Perez Botija²² (*ajenidad en los riesgos*) e uma terceira, da alienidade em razão da desvinculação da pessoa do trabalhador da utilidade patrimonial do trabalho (*ajenidad en la utilidad patrimonial*), apresentada por Montoya Melgar.²³

²¹ Vale observar que o conceito de “instituição” não tem qualquer especificidade jurídica, e nem se confunde com o de ente personalizado ou mesmo de órgão. Instituição é, inclusive, dicionarizada primeiro como estrutura social do que como organismo ou estabelecimento. Cfr. HOUAISS eletrônico.

²² Cfr. *Manual de derecho del trabajo*, 12. ed. 1, p. 15 *apud* MONTROYA MELGAR, 1999, p. 35, nota 16.

²³ Cfr. MONTROYA MELGAR, 1999, p. 36.

Consagrar, neste momento da reorganização produtiva, a centralidade do conceito de alienidade no Direito do Trabalho é fundamental para desenvolver uma exegese sistemática e estável - conceitos muito caros ao sistema capitalista, inclusive - da relação de emprego. A idéia mais tradicional de subordinação, descolada dessa perspectiva de alheamento, muitas vezes torna a subordinação, ela própria - ainda que aparentemente, apenas - suscetível a desvirtuamentos conceituais, principalmente em face da crescente concepção do trabalhador (supostamente) autônomo, mas econômica e habitualmente dependente de uma mesma rede produtiva.²⁴

4 A VELHA E A NOVA EMPRESA: O MESMO TRABALHO SUBORDINADO NA ESTRUTURA DA REDE EMPREENDEDORA

O novo quadro de acumulação flexível da produção faz ressurgir figuras de trabalhador que precederam à formação do sistema industrial tradicional.²⁵ A execução de uma atividade econômica, pouco importando a sua destinação, necessita sempre de organização do trabalho e de subordinação jurídica dos detentores de liberdade formal, para a consecução dos objetivos empresários, pouco importando o *locus* da execução do trabalho. Afinal, nos albores do capitalismo era o detentor dos insumos, às vezes dos rudimentares teares, e do capital circulante que os levava até o trabalho, impedidos que estavam os seres humanos de abandonar suas paróquias anglicanas, sem a autorização do poder eclesástico.

O teletrabalho contemporâneo sofisticou-se quanto aos instrumentos de comunicação e logística, é fato. Mas definitivamente não é uma *rerum novarum* que veio ao mundo no século XX, juntamente com a indústria da moda. As cidades de costureiras unem chinesas, brasileiras e indianas do século XXI às inglesas do século XV na prática secular conhecida no jargão econômico como “*putting out*”.

As supostamente novas figuras jurídicas de trabalhadores na Europa - *parasubordinato*, na Itália; *economically dependent worker* ou *quasi-subordinate worker* na Inglaterra; *arbeitnehmerähnliche Person* na Alemanha²⁶; *autónomo-dependiente* na Espanha²⁷ -, ressuscitam a antiga busca de subordinação do capital urbano sobre a mão-de-obra atrelada à paróquia, impossibilitados de exercer o mando direto, contratavam o trabalho por peça, modo de subsunção formal do

²⁴ Anota a Professora María Luz Rodríguez Fernández, da Universidade Castilha-La Mancha, sediada em Toledo, Espanha, que o trabalhador autônomo

que trabaja por cuenta propia para otras tantas empresas y clientes, trabaja, sin embargo, por cuenta ajena para esa empresa con la que tiene una relación duradera. Y que, en la medida que así sea, realiza un trabajo objeto del Derecho del Trabajo y debe quedar, por tanto, incluido en su ámbito.

Cfr. RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, 2004, p. 50.

²⁵ Cfr. PISTORI, 2007, p. 128-130.

²⁶ Cfr. PERULLI, 2003, p. 78-87.

²⁷ Cfr. *Estatuto del trabajo autónomo* - Lei n. 20, de 11 de julho de 2007, artigo 11 (publicada no BOE de 12 de julho de 2007, n. 166).

trabalho ao capital.²⁸ Hoje, não sendo mais estratégica a subsunção material²⁹ (ou subsunção real)³⁰ em algumas atividades econômicas, enseja-se o referido ressurgimento do trabalhador não-diretamente subordinado, quando há em verdade autêntica subsunção formal.

O transbordamento dessas figuras para a regulação desses países por iniciativa legislativa tem como pressuposto a ausência de identidade entre tais fenômenos jurídico-econômicos e o conceito interno de empregado. Com menor ou maior grau de proteção, tais conceituações buscam estender ao trabalho tipificado nesses (supostamente) novos conceitos a proteção social característica dos modelos de *welfare state*.

Todavia, à míngua de regulação própria, a análise dos próprios signos contidos na Consolidação das Leis do Trabalho do Brasil nos permite sustentar que as significações dos conceitos de empregado e empregador ainda não foram exauridas pelo sistema jurídico nacional, notadamente pela jurisprudência.³¹

²⁸ Para Marx, na fase de subsunção formal do trabalho, embora ele (o trabalho) esteja subordinado ao capital, mantém, ainda, uma subsistência distinta, exterior ao capital. O trabalho é reconhecido como fonte produtiva de riqueza, enquanto o capital é considerado mero gestor dessa riqueza. Na fase de subsunção material, segundo Marx, o trabalho perde seus traços de autonomia, de existência fora do capital. A produção é concebida não como resultado da habilidade individual do trabalhador, mas como aplicação da técnica. Cfr. MARX, 1977, p. 645. Cfr. também nos *Marxists internet archives library*. Disponível em <http://www.marxists.org/archive/marx/works/1861/economic/ch37.htm>. Acesso em 24 jan. 2008.

²⁹ É importante ressaltar que, na doutrina trabalhista, o conceito de "subsunção material" é bem manejado por Reginaldo Melhado, ao demonstrar com acuidade, como, em regra, o capitalismo subsumiu materialmente o trabalho, principalmente através da maquinaria:

O trabalhador do século XX alcança o ideal sonhado pelo capitalista da chamada Segunda Revolução Industrial: subordina-se por completo à disciplina da máquina, identifica-se com a imutável e indeclinável rotina do que era um simples ferramental e agora adquire a alma do complexo automático.

Cfr. MELHADO, 2003, p. 168-171.

³⁰ Ainda em referência à doutrina do Direito do Trabalho especificamente, Melhado enfatiza ainda, na sexta conclusão de sua obra *Poder e sujeição*, que

[...] Ao alienar sua capacidade de trabalho o operário é subsumido materialmente ao modo de produção capitalista e o trabalho morto passa a exercer seu domínio sobre o trabalho vivo. Cfr. MELHADO, 2003, p. 216.

³¹ Nosso propósito se aproxima, em alguma medida, da proposição de Richard Posner, ao analisar o comportamento intelectual e político dos juizes, ao preconizar que

Judicial Interpretation generally procedes in two steps. The first is to infer a purpose form the language and context of the contractual or statutory text in issue, or from a body or pertinent judicial decisions that have established a rule. The second step is to decide what outcome l the case at hand would serve the purpose best. Consider the Wagner Act (The National Labor Relations Act). A salient purpose, evident form the Acts's language, structure, and background, was to make it easier for unions to organize workers. That Purpose provides the essential guidance to applying the Act to specific cases.

Cfr. POSNER, 2003, p 67-68.

Desse modo, embora não sustentemos a possibilidade de que um texto, jurídico ou não, comporte interpretações infinitas, já que integram um sistema de comunicação, as possibilidades semânticas do conceito de subordinação jurídica não nos parece tenham sido esgotadas. Mais do que isso, o que vislumbramos é que o conceito de subordinação permite ainda dar ao sistema jurídico-laboral brasileiro uma interpretação que seja, ao mesmo tempo, desmercantilizadora do trabalho e promotora da segurança jurídica dos agentes (Estado, trabalho e capital) envolvidos.

O seccionamento das atividades da empresa conduz a uma necessária adequação do próprio conceito de empregador, como já se contempla na figura do consórcio de empregadores. Mas é imperioso ir além. Contemporaneamente o EM (é quem contrata) PRE (quem remunera) GA (quem dirige) DOR (é quem assume os riscos) pode ser um feixe de entidades, empresas ou pessoas, a depender dos instrumentos jurídicos que amalgamam as relações jurídicas entre aqueles a quem interessa a contratação do trabalho.

Ainda que, intuitivamente e aspirando flexibilizar o regime de contratação de trabalho no Brasil, a Súmula n. 331 do Tribunal Superior do Trabalho expressamente admitiu o seccionamento do conceito de empregador e assimilou parcialmente o que aqui se pretende nominar de subordinação estrutural-reticular.³²

A referida Súmula, contudo, enuncia duas condicionantes para se elidir a formação de vínculo de emprego com o tomador do serviço: (i) a inexistência de pessoalidade e de (ii) subordinação direta. Parece-nos, todavia, que a expressão subordinação direta seja, em se tratando da nova realidade produtiva, termo equívoco, decorrente da verificação empírica de que na maioria esmagadora dos contratos de empregos há coincidência entre a emanção de ordens relacionadas

³² No magistério de Mauricio Delgado, a "subordinação estrutural" é

a que se manifesta pela inserção do trabalhador na dinâmica do tomador de seus serviços, independentemente de receber (ou não) suas ordens diretas, mas acolhendo, estruturalmente, sua dinâmica de organização e funcionamento.

E segue Delgado precisando esse novo conceito de relação de emprego, sublinhando que a

subordinação estrutural supera as dificuldades de enquadramento de situações fáticas que o conceito clássico de subordinação tem demonstrado, dificuldades que se exacerbam em face, especialmente, do fenômeno contemporâneo da terceirização trabalhista. Nesta medida ela viabiliza não apenas alargar o campo de incidência do Direito do Trabalho, como também conferir resposta normativa eficaz a alguns de seus mais recentes instrumentos desestabilizadores - em especial a terceirização.
Cfr. DELGADO, 2007, p. 86.

Na mesma linha da impessoalidade da subordinação, Jorge Luiz Souto Maior assinala que a

subordinação, vale lembrar, não se caracteriza por uma relação de poder entre pessoas, mas sobre a atividade exercida.
Cfr. SOUTO MAIOR, 2007, p. 62.

com a organização e a execução do trabalho e a existência de uma pessoa humana integrante do quadro de empregados da empresa, encarregada da transmissão direta dessas ordens. Trata-se de evidente confusão entre espécie (ordem) e gênero (poder empregatício).

Afinal, é possível seccionar as atividades empresariais interna ou externamente. Foi Dedecca³³, a partir do texto clássico de Chandler, quem disseceu com mais rigor a combinação de elementos dos modelos organizacionais de conglomeração e divisão internas, de origem americana e que se espalhou pelas economias desenvolvidas e subdesenvolvidas durante o século XX, com os elementos horizontalizados prevalentes a partir dos anos 1980 e nitidamente inspirados no sistema industrial japonês. Três são os vetores das alterações introduzidas nas empresas: o aumento da concorrência em escala global com a emergência de concorrentes europeus e asiáticos; a perda da dinâmica das economias centrais nos anos 1970 e a necessidade de redução de custos de modo sistemático.

As estratégias para o reposicionamento das empresas frente a seus concorrentes combinam a intensificação do uso de tecnologia; a gestão do trabalho adotando estratégias nipônicas sem a correspondente garantia de emprego do país do sol nascente; e a pressão pela alteração da regulação pública do mercado de trabalho. Ao longo do tempo, esses elementos vão se mesclando, ante o grau de instabilidade do processo produtivo quando as alterações fundam-se apenas na intensificação da automação industrial. Daí a importância das formas jurídicas no processo de externalização das atividades das empresas.

5 A REORGANIZAÇÃO PRODUTIVA E SEGURANÇA JURÍDICA

Essas novas formas jurídicas que dão corpo às coalizões empresariais, quer cooperativas e coordenadas, quer hierarquizadas abalaram a estrutura das relações jurídicas empregatícias. Se numa primeira análise e sob um prisma estritamente formal é possível dizer que tais mutações encarnam o próprio espírito empreendedor e o princípio da livre iniciativa, uma análise mais acurada revela-nos a ameaça à segurança jurídica, aqui tomada na perspectiva de direito a ter direitos, e nesse sentido transmutar-se numa pedra angular do sistema de proteção dos direitos humanos.

Com efeito, se os sistemas constitucionais contemporâneos representam o compromisso social e político envolvendo todos os seus estratos, e vigendo neles uma economia de mercado, é de se convir que as relações jurídicas mais comuns nesses sistemas são relações jurídicas assimétricas, e nesse aspecto resta esmaecida a visão estrita de que a segurança jurídica estabeleça cânones de certeza para os privados em face do Estado. Essa noção emergiu das revoluções burguesas e pode ser sintetizada no princípio da não-surpresa, e representa um dos mecanismos de proteção da propriedade e do livre comércio. Em última razão, traduz-se nos mecanismos de segurança econômica dos proprietários em face da organização política, o Estado.

³³ Cfr. DEDDECA (1999), p. 66-79 e 103-116.

Assim, às noções de legalidade, devido processo legal e intangibilidade do ato jurídico perfeito, dos direitos adquiridos e da coisa julgada - prescrições relevantes acerca do agir do Estado e de seus deveres de abstenção - somam-se o dever de promover direitos à segurança econômica e ao bem-estar dos não-proprietários.³⁴ Haveria então um conflito potencial e sistêmico entre a livre iniciativa e suas prerrogativas de segurança em face do Estado, e a segurança jurídica mais espalhada e democrática dos demais cidadãos, que envolve diversas regras de conduta, tanto positiva quanto negativa, do Estado e da base econômica das sociedades contemporâneas.

Nessa perspectiva, chancelar às coalizões empresariais a possibilidade infinita de contornar a regulação do mercado de trabalho pela via contratual importaria secundar a vida social política ao contratualismo. Ora, as sociedades contemporâneas são fundadas na concentração organizacional e institucional, de modo que a assimetria entre organizações e indivíduos é a premissa básica para a análise do conteúdo das relações jurídicas, mormente quando se pretende ampliar a distribuição da carga de deveres dos sujeitos da relação. Dito de outro modo, a segurança jurídica pressupõe algum nível de segurança socioeconômica, mas como compatibilizar isso numa sociedade fundada na inovação e na competição econômicas? A seara a ser percorrida parece estar na identificação e imputação da responsabilidade imediata sobre as organizações participantes dessa própria sociabilidade competitiva.

Como se vê, nessa abordagem ampliada do direito à segurança jurídica, o mercado de trabalho assume uma feição de bem público, sobre o qual convergem a regulação pública e a regulação privada numa interação fundada na prevalência do direito a ter direitos ou, para resgatar a expressão consagrada por Delgado, num “patamar civilizatório mínimo”.³⁵ Essa premissa representa a conexão entre a indisponibilidade dos direitos humanos e sua universalidade, de modo que o léxico “direito ao trabalho”, por exemplo, não se traduza em direito a qualquer trabalho, pois segurança jurídica só tem relevância para os sistemas jurídicos se estiver atrelada à proteção à vida digna.³⁶

Trata-se, pois, de estabelecer uma conexão entre atividade, risco e responsabilidade, de modo a evitar que aqueles que desenvolvem a atividade se olvidem de atrair para o âmbito de suas relações jurídicas a responsabilidade sobre

³⁴ César Garcia Nóvoa define a segurança jurídica como sendo.

La seguridad, una de las principales aspiraciones humanas, sólo puede entenderse tomando en consideración la dimensión humana se puede definir como la pretensión de todo sujeto de saber a qué atenerse en sus relaciones con los demás. Cuando a la seguridad la adjetivamos de “jurídica”, estamos pensando e la idoneidad del Derecho para lograr ese saber a qué atenerse.
Cf. NÓVOA, 2000, p. 20.

³⁵ DELGADO, 2007, p. 72.

³⁶ A dignidade como preceito fundador do sistema jurídico é sintetizada por Luís Roberto Barroso que pontifica ser “o princípio da dignidade da pessoa humana identifica um espaço de integridade moral a ser assegurado a todas as pessoas por sua só existência no mundo”. Cfr. BARROSO, 2001, p. 47.

os riscos inerentes a essa atividade. Essa tendência evanescente da responsabilidade pela atividade econômica serve de fundamento à lei uruguaia de n. 18.099/2007, como assinalam Rosenbaum e Castello³⁷ ao esclarecer que no processo legislativo uruguaio

Los legisladores de la bancada oficialista parten de la constatación que los fenómenos de tercerización constituyen instrumentos válidos de gestión empresarial, pero señalándose que la diversidad de sujetos que aparecen como empleadores (uno contrata e paga el salario; el otro ejerce el poder de dirigir el trabajo e se beneficia del mismo), lo que provoca que el trabajador se vea sometido a un juego confuso de relaciones laborales, que as veces tien incluso un exclusivo carácter de elusión o evasión de las responsabilidades laborales e provisionales.³⁸

É interessante, a respeito, chamar à colação o debate que se trava no constitucionalismo contemporâneo acerca da mudança paradigmática dos princípios liberais - igualdade, liberdade e fraternidade - cristalizados a partir dos ideais kant-rousseauianos da Revolução Francesa, para a chamada tríade de Denninger - segurança jurídica, diferença e solidariedade.³⁹

Nesse debate, travado à luz da Lei Fundamental Alemã, e das novas constituições do leste alemão - *Bundesländer*⁴⁰ - a segurança suplementa a idéia de liberdade negativa e clássica, em permanente articulação com a idéia de solidariedade, a fim de reconstruir o Estado e a Constituição como garantas do cidadão contra todas as esferas da noção de risco e sobretudo contra os riscos sociais, que são mais iminentes que os riscos bélicos, por exemplo.

Flagra-se aqui uma relação dinâmica entre direito, economia e, sobretudo, o caracter expectacional da segurança jurídica, que pode e deve ser um compromisso do sistema jurídico, mas num contexto espraiado e universal, onde a mutabilidade da vida social não se traduza em simples refúgio da irresponsabilidade jurídica e social dos agentes sociais, mormente os agentes econômicos.

³⁷ Para uma análise mais acurada sobre a regulação uruguaia cfr. CASTELO & ROSENBAUM, 2007.

³⁸ Cfr. CASTELO & ROSENBAUM, 2007, p. 66. Acrescentam os autores que

Ante esta constatación, la justicia laboral en muchos casos ha hecho responsables solidarios de los créditos laborales al empleador directo y al que resulta beneficiario del trabajo, mediante una figura creada jurisprudencialmente: la del "empleador complejo". Por su parte la legislación uruguaia recoge históricamente un criterio de responsabilidad de tipo subsidiario, consolidado durante años en el artículo 3º de la Ley nº 10.449, de 12 de noviembre de 1943. Para la mayoría de los miembros de la Comisión, expresada por su miembro informante (diputado Juan José BETANCOR), ambas soluciones resultan insuficientes y crean un marco de inseguridad jurídica, lo que exige dotar a nuestro derecho de normas apropiadas para proteger los derechos de los trabajadores que ventualmente pudieran resultar incumplidos o conculcados.
Ibid., p. 66-67.

³⁹ Cfr. DENNINGER, 2003, p. 21-45.

⁴⁰ Para um contraponto, especialmente a respeito da não-abrangência da chamada tríade de Denninger ao constitucionalismo norte-americano, cfr. ROSENFELD, 2003, p. 47-79.

6 A SUBORDINAÇÃO ESTRUTURAL-RETICULAR

Embora as relações jurídicas, assim como todas as demais dimensões da civilização humana, sejam sempre dinâmicas e a própria concorrência entre os agentes econômicos seja travada inclusive através do uso instrumental dos marcos regulatórios dos diversos Estados nacionais, é inegável que a regulação que mais se submete às estratégias de flexibilização, quando não de simples elisão, é aquela relacionada com o uso do trabalho, onde a híbrida presença de regras de ordem pública e regras de origem privada permite um maior espaço de atuação. Ademais, a dinâmica da inovação entre os agentes econômicos envolve o trinômio tecnologia, organização produtiva e regime jurídico-trabalhista.

Como o nosso escopo é analisar os efeitos sobre o fenômeno jurídico e não tecer juízos de valor sobre as características da concorrência intercapitalista na contemporaneidade, e buscar a validação do conceito reelaborado de subordinação jurídica, temos que nos debruçar sobre a alteração do *locus* de influência da produção de bens e serviços nesta etapa da história. A reestruturação produtiva contemporânea processou intensa redução da porosidade do trabalho, com o completo domínio do processo produtivo - sistema SMED⁴¹ - o que permitiu a flexibilização da rigidez da hierarquia e disciplina taylorista. Essa flexibilização disciplinária passou, inclusive, a ser pressuposto do aumento da produtividade nos setores de grande concorrência, inclusive global. Na externalização dos ajustes internos - sistema SMED - o modelo de produção ordem-subordinação é substituído pelo modelo colaboração-dependência.

A liberdade formal dos trabalhadores passou a corresponder à demanda do sistema produtivo por trabalho humano abstrato, cuja concretude dependeria das necessidades conjunturais do tomador, a serem executadas no restrito espaço geográfico da unidade fabril, embora nos seus albores o capitalismo (ou o mercantilismo) recrutasse o trabalho e os serviços fossem executados sob a forma de “teletrabalho”, ante a ausência do direito de se afastar da sua paróquia, o que talvez seja uma das razões instrumentais do direito de ir, vir e permanecer, consagrados pelos textos constitucionais da modernidade: a transposição da subsunção formal do trabalho para a subsunção material decorrente da parcialização do trabalho.

Mas será que o seccionamento da hierarquia - ou dos elementos originários que definiam o empregador - são suficientes para afastar a incidência da relação de emprego?

Teria, então, a relativização do exercício do poder em seu aspecto subjetivo, com a criação de comandos abstratos presentes no regulamento, no treinamento ou mesmo nos contratos, criado um *tertius* até então desconhecido pela história do direito ou pela trajetória do trabalho?

⁴¹ SMED (*Single minute exchange of die*), com a técnica da separação de ajustes internos (fora das horas de produção propriamente dita) e externos (dentro das horas de produção propriamente dita) e posterior externalização dos ajustes internos. Cfr. SHINGO, 1985, p 113.

Por fim, seria ainda a relativização do aspecto objetivo do poder decorrente da expressiva remuneração ou execução do trabalho em local distante da estrutura central que esmaeceria o conceito de subordinação jurídica e o próprio conceito jurídico de empregador, como concebido pelo direito brasileiro?

Embora fosse um crítico acerbo da definição de empregador juridicizada pela Consolidação das Leis do Trabalho, Evaristo de Moraes Filho não deixou de assinalar que a regulação brasileira, ao imputar à empresa a condição de sujeito de direitos e deveres, absorveu parcialmente o conceito oriundo da sociologia e da economia em seu *caput*, e para não deixar larga margem de interpretação aos agentes do mundo do trabalho, cuidou de acrescentar o § 1º ao citado artigo consolidado.⁴² Não obstante a dicção da lei mencione os elementos integrantes do conceito de empregador no singular, é evidente que se trata de técnica legislativa e não de restrição da possibilidade de multiplicidade de sujeitos empregadores. Com efeito, a própria definição de empresa, oriunda do direito alemão e citada na nota precedente, consagra a possibilidade de concentração e de coordenação da atividade empresarial, de modo a absorver e moldar-se aos diversos instrumentos jurídicos destinados à coalizão empresarial.

7 A RESSOLIDARIZAÇÃO ESTRUTURAL-RETICULAR DAS RELAÇÕES COLETIVAS DE TRABALHO

A “subordinação jurídica” sempre compreendeu um leque mais amplo de trabalhadores, pois engloba tanto aqueles referentes ao trabalho “produtivo” como também aqueles do trabalho dito “improdutivo”. Dessa forma era um conceito mais abrangente do que o conceito de mera dependência (técnica, econômica, social). Na produção contemporânea, contudo, a empresa-rede, por diversos instrumentos jurídicos e políticos, coordena, precifica e controla a produção, mas deixa de fora da proteção da CLT os trabalhadores ditos autônomos-dependentes.

Contudo, discordamos dos que entendem não haver subordinação nas hipóteses de trabalhadores “autônomos-dependentes”. A “subordinação” nesse contexto subsiste, ainda que difusa, latente e diferida, justificando, dessa forma, a extensão a eles dos direitos celetistas. O trabalhador supostamente autônomo,

⁴² Diz Evaristo que

A verdade é que, depois de ingressar no campo do direito comercial, sob a forma de patrimônio comercial, como uma universalidade de bens, alcançou tal conceito o campo jurídico do trabalho, dando maior ênfase à universalidade de pessoas, sem esquecer, é claro, a de coisas e de bens. Mas é o aspecto propriamente organizacional pelo empresário dos serviços alheios que vem mais destacado no direito do trabalho.

Tornou-se clássica a conceituação de Jacobi, no direito alemão, como “a reunião de meios pessoais, materiais e imateriais para um escopo, visado por um sujeito (ou por vários sujeitos em conjunto), a fim de satisfazer determinadas necessidades”. Mais modernamente Hueck e Nipperdey definem a empresa como “um conjunto organizado de atividades, dirigido para um fim econômico ou ideal, ao qual servem um ou vários estabelecimentos organizadamente vinculados entre si”. Cfr. MORAES FILHO, 2000, p. 255.

mas habitualmente inserido na atividade produtiva alheia, a despeito de ter controle relativo sobre o próprio trabalho, não detém nenhum controle sobre a atividade econômica. Exemplo disso, podemos citar a hipótese do motorista agregado, que é proprietário do caminhão em que trabalha (meio de produção) e ainda que tenha liberdade relativa sobre a execução do trabalho, nada delibera sobre os dois fatores determinantes da legítima autonomia, como, por exemplo, para quem e quando será prestado o serviço.

Portanto, acreditamos que a Lei n. 11.442/2007 regulou o problema com menos eficácia do que nos permite a atividade hermenêutica a partir dos elementos já existentes no sistema jurídico. Trata-se, pois, do reconhecimento do conceito de subordinação estrutural e reticular, pois, se a prestação desse trabalho ingressa na empresa através de um contrato de prestação de trabalho autônomo, mas adere às atividades da empresa ou de uma das unidades da rede empresarial, a disposição do trabalho subsiste pelo tomador ou tomadores, já que a impessoalidade da disposição do trabalho não afasta a circunstância de ter sido contratado para desenvolver atividade e não resultado.

A força ressocializadora da idéia de subordinação estrutural-reticular vai além da perspectiva do contrato individual de trabalho. A própria jurisprudência vem se debatendo com casos complexos acerca da autonomia privada coletiva. Com efeito, se uma empresa supermercadista, por exemplo, atrai para suas hiperlojas a venda de combustíveis, deverá ou não aplicar aos frentistas dessa unidade as regras oriundas da pactuação coletiva que regula as empresas que atuam no comércio varejista de combustíveis? Ou ao reverso poderá circunscrever-se a aplicar o contrato coletivo do comércio em geral?

A abordagem estrutural e reticular acerca do conceito de subordinação permite novas soluções também nesse campo do Direito do Trabalho, relativizando, sem desprezar, a idéia de atividade preponderante do empregador, já que os grandes conglomerados industriais, comerciais, financeiros, mistos ou de qualquer outro serviço possuem múltiplas atividades econômicas e todas elas têm o mesmo e único objetivo: auferir rendas dessas atividades.

Nessas circunstâncias, há inclusive lesão potencial às próprias regras de concorrência intercapitalista, pois, ao abster-se de aplicar as regras da contratação coletiva específica, acaba por obter uma vantagem comparativa em relação aos seus concorrentes. Aqui ainda “não estamos fora do *locus* tradicional do exercício do poder jurídico-político sobre o trabalho. Mas nos permite ampliar a significação da subordinação jurídica e da força vinculante dos contratos coletivos que o empregador deve assimilar como próprios de suas atividades econômicas, principalmente quando elas são múltiplas, pois múltiplos serão os instrumentos coletivos aplicáveis à mesma pessoa jurídica que desenvolve diversas atividades econômicas.

Afinal, se o supermercado resolve usar sua frota de caminhões para concorrer no mercado de transportes e logística, não se pode emprestar o mesmo tratamento aos motoristas envolvidos nessa atividade econômica daquele preconizado pela jurisprudência quando o motorista apenas transporta mercadorias entre as unidades da mesma rede varejista. Neste último caso há certa legitimidade em condicionar a aplicação da regra à prévia participação ou tentativa de participação nas atividades negociais. No primeiro, não.

Com isso, o conceito de subordinação estrutural-reticular abre a possibilidade de sancionarmos concretamente o *dumping* social, violador das regras de concorrência intercapitalista através da eliminação de direitos sociais erigidos pela contratação coletiva entre as entidades sindicais do capital e do trabalho. Como se vê, a idéia de rede empresta à subordinação jurídica um efeito reticular, portador da idéia de proteção e promoção do trabalho e da dignidade da pessoa humana, e ao mesmo tempo chancelador da idéia de *fair trade*, sancionando a concorrência desleal fundada numa das espécies de *dumping*.

8 PRODUÇÃO E PROTEÇÃO EM REDE. CONVERGÊNCIA DOS FLUXOS DA ESPECIALIZAÇÃO DO TRABALHO. O “EMPREGADO POR INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL”

Com a externalização e o seccionamento das atividades transfere-se, ainda que parcialmente, o risco econômico da atividade ao trabalho, com repercussões tanto econômicas quanto políticas.

O conceito de “empregado por interpretação constitucional” permite reduzir a “zona gris” de aplicação do Direito do Trabalho, sem interditar a legítima atividade de especialização do trabalho e terciarização das atividades econômicas e, ao mesmo tempo, ressolidarizar o trabalho (quando a rede de empresas se configurar em verdadeira rede de em-pre-ga-dores).

Ora, se há semelhança entre o trabalhador dito “autônomo-dependente” e o empregado clássico, manda a boa regra de hermenêutica não reduzir o potencial expansivo e protetivo do Direito do Trabalho. A isonomia dos trabalhadores decorre da própria dicção constitucional, tanto dirigida aos trabalhadores habituais (*caput* do art. 7º) como aos avulsos (inciso XXXIV), não submetidos ao trato sucessivo.

Trata-se, pois, de ressignificar ou plurissignificar o conceito de subordinação jurídica, para compreendê-lo de modo dinâmico. Parafraseando o senso comum, a subordinação jurídica emerge não apenas do uso da voz do empregador, do supervisor, ou do capataz. Ela pode se formar na retina dos múltiplos agentes econômicos coordenados pela unidade central, de modo silencioso e aparentemente incolor e até indolor. A subordinação jurídica pode ser então “reticular”, também nesse sentido e através de instrumentos jurídicos de associação empresária, onde nenhuma atividade econômica especializada é desenvolvida pelo suposto empregador, que se envolve na produção de um determinado resultado pactuado com a unidade central. Suposto, não porque em verdade não o seja, mas por não ser o único empregador.

A rede econômica montada pelas empresas, quer no modelo hierarquizado, como ocorre em empresas de segurança, *call centers*, quer assuma as múltiplas formas jurídicas de cooperação empresarial, é uma realidade. Partindo dessa premissa, faz-se necessário enredar o conceito de subordinação jurídica, emprestando-lhe um caráter estrutural e reticular.

Nesse sentido, sempre que reconhecida a atividade econômica em rede, é necessário imputar a condição de empregador a todos os integrantes da rede econômica, atraindo assim a incidência do princípio da proteção e seus aspectos consequentes: a aplicação da regra ou da condição mais benéfica.

Isso torna secundária a investigação de quem seja “o empregador” para

efeitos da declaração de nulidade absoluta da pactuação contratual originária, pois o mais relevante é assegurar a efetividade do direito material do trabalho e não a imputação da fraude, afinal inexistente se todos são empregadores.

9 À GUIA DE CONCLUSÕES

Este trabalho é uma pesquisa em desenvolvimento. As sínteses abaixo declinadas não pretendem esgotar todas as feições da subordinação estrutural-reticular, pois muitas contribuições e ressalvas às idéias aqui alinhavadas serão adicionadas com o uso e o desenvolvimento desse conceito, que se pretende público, democrático e dinâmico. Esse conceito, favorecido inclusive pela articulação das idéias de “alienidade” e segurança jurídica, já permite, contudo, dimensionar algumas das repercussões de sua admissão na interpretação e aplicação do Direito do Trabalho e do Direito Processual do Trabalho. Vamos a elas:

1. Resgatar o conceito de “alienidade” no Direito do Trabalho contribui para uma extensão civilizatória e isonômica dos direitos sociais, ensejando a agregação das novas realidades decorrentes da reorganização produtiva.

2. Assumir o caráter central da idéia de “alienidade” no conceito de subordinação e, por conseqüência, no próprio Direito do Trabalho, torna esse ramo da ciência jurídica mais sistemático e estável.

3. Com o conceito de subordinação estrutural-reticular apreende-se o fenômeno das coalizões de empresas e de empregadores, quer assumam formas jurídicas explícitas e reguladas pelo direito empresarial, quer sejam coalizões factuais, reconhecendo a possibilidade de que tais empresas ou empregadores assumam cada um parte das funções diretivas que o artigo 2º da CLT estabelece como necessárias e suficientes ao reconhecimento do(s) sujeito(s) de deveres jurídicos do tomador.

4. O conceito, ao mesmo tempo, absorve como próprias da subordinação as múltiplas formas de controle e mando, tais como, regulamentos, contratos, manuais de uso de máquinas e equipamentos ou de processos produtivos, GPS, celulares, tacógrafos, *softwares* de vigilância e registro, *palm tops*, câmeras de vídeo, relatórios de atividade e desempenho, tanto analógicos quanto os digitais.

5. Espriar segurança jurídica nas relações laborais, diminuindo o uso instrumental e, frequentemente, predatório da legislação do trabalho, reconhecendo a condição de empregadores das unidades econômicas que atuam em rede, no mesmo espaço geográfico ou em locais distintos, para assegurar que o risco econômico da atividade não seja transferido ao trabalho e, via de conseqüência, aos sistemas sociais e estatais de amparo ao trabalho.

6. Flagrar a relação dinâmica entre direito, economia e, sobretudo, o *caracter expectacional* da segurança jurídica, que pode e deve ser um compromisso do sistema jurídico, mas num contexto espriado e universal, onde a mutabilidade da vida social não se traduza em simples refúgio da irresponsabilidade jurídica e social dos agentes sociais, mormente dos agentes econômicos.

7. Reconhecer a condição de “empregado por interpretação constitucional” aos trabalhadores que ingressam na estrutura da empresa ou da rede de empresas, ainda que suas contratações estejam amparadas por contratos de trabalho autônomos. Trata-se de atrair para a proteção dos direitos fundamentais

socioeconômicos aqueles que têm semelhanças com o empregado e que em outros sistemas jurídicos recebem tratamento distinto, com proteção jurídica e social inferior ao do empregado.

8. Assegurar a aplicação das normas coletivas relacionadas com a atividade econômica desenvolvida pelos empregados da rede de unidades econômicas, quando estas têm múltiplas atividades com o escopo de auferir faturamento, com a dupla finalidade de assegurar a aplicação do princípio da proteção em relação aos empregados envolvidos em cada uma das atividades econômicas da rede, e ao mesmo tempo disciplinar a concorrência intercapitalista, atraindo para o campo do direito coletivo do trabalho e do direito individual do trabalho o conceito de *dumping social*.

9. Permitir a legítima atividade de especialização do trabalho, como ocorre com setores em que a prevalência do trabalho imaterial aumenta a capacidade de resistência política e de inovação do trabalho, seja para gerar novos setores de atividade econômica, seja para permitir a otimização da sua ação coletiva.

10. Distinguir a fraude relacionada com a criação de interposta pessoa ou empresa, por uma das unidades econômicas da rede, tenha ou não idoneidade econômico-financeira, da existência de uma unidade econômica dotada de especialização técnica capaz de reconhecer nela mais um dos empregadores da rede.

11. Distinguir, também, da fraude a emergência - *rectius*: ressurgimento - de figuras de trabalhador não jungidos à subsunção material do capital, que não podem ser tratados pelo regime de regulação trabalhista como *tertius*, não só por imposição dos princípios de isonomia do trabalho humano e de expansão tuitiva dos direitos sociais, bem assim para o próprio equilíbrio do sistema de competição capitalista.

12. Compreender a possibilidade de que em certas atividades econômicas o presente abraça-se ao passado e o capital pode dar-se ao luxo de abrir mão da subsunção material do trabalho. O trabalhador, eventualmente, pode ser excepcionado do rol dos não-proprietários de meios de produção, já que a propriedade desses meios não é mais estratégica para todas as formas e etapas da produção.

REFERÊNCIA

- BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro. *Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, n. 54, 2001.
- CASTELLO, Alejandro & ROSENBAUM Jorge. *Régimen jurídico de la subcontratación e intermediación laboral*. 1. ed. Montevideu: Edição - Fundação de Cultura Universitária, 2007.
- DEDECCA, Cláudio Salvadori. *Racionalização econômica e trabalho no capitalismo avançado*. Campinas: Instituto de Economia da UNICAMP, 1999.
- DELEUZE, Gilles *Espinosa*. Filosofia prática - trad. Daniel Lins e Fabien Pascal Lins. *Rev. Tec. Eduardo Diatahy Bezerra de Menezes*, São Paulo: Escuta, 2002.
- DELGADO, Mauricio J. Godinho. Direitos fundamentais na relação de trabalho (p. 67-87) in SILVA, Alessandro *etti alli* coordenadores. *Direitos humanos: essência do direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2007.
- DELL'OLIO, Matteo WEB.tiscali. *Subordinazione e lavori atipici*. Disponível em http://web.tiscali.it/Matteo_DellOlio/. Acesso em 24 jan .2008.
- DENNINGER, Erhard. Segurança, diversidade e solidariedade ao invés de

- liberdade, igualdade e fraternidade. In *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, v. 88, dezembro de 2003, p. 21-45.
- MARX, Karl. *Capital: A critique of political economy*. V. I - trad. inglês Ben Fowkes, Nova York: Vintage Books, 1977.
 - _____. *Economic manuscripts of 1861-63, Part 3) Relative Surplus Value - i) Formal and Real Subsumption of Labour under Capital*. *Transitional Forms Marxist Internet Archives Library*. Disponível em <http://www.marxists.org/archive/marx/works/1861/economic/ch37.htm>. Acesso em 24 jan. 2008.
 - MELHADO, Reginaldo. *Poder e sujeição: os fundamentos da relação de poder entre capital e trabalho e conceito de subordinação*. São Paulo: LTr, 2003.
 - MONTOYA MELGAR, Alfredo. *Derecho del trabajo*. 20 ed. Madrid: Tecnos, 1999.
 - MORAES FILHO, Evaristo. *Introdução ao direito do trabalho*. 8. ed. rev., atualizada e ampliada por Antônio Carlos Flores de Moraes, São Paulo: LTr, 2000.
 - NÓVOA, César Garcia, *El principio de seguridad jurídica en materia tributaria*. Madrid: Marcial Pons, 2000.
 - OIT, *El ámbito de la relación de trabajo* Genebra: Oficina Internacional do Trabalho, 2003.
 - OLEA, Manuel Alonso. *Alineación. Historia de una palabra*. 2 ed. México D.F.: Universidad Autónoma de México, 1988.
 - OLEA, Manuel Alonso; CASAS BAAMONDE, Maria Emilia. *Derecho del trabajo*. Madrid: Universidad de Madrid, 1995.
 - PERULLI, Adalberto. *Economically dependent / quasi-subordinate (parasubordinate) employment: legal, social and economic aspects*. Comissão Europeia, Direção Geral de Emprego, Assuntos Sociais e Igualdade de Oportunidades. Disponível em: http://ec.europa.eu/employment_social/news/2003/sep/parasubordination_report_en.pdf. Acesso em: 08 out. 2007.
 - PISTORI, Gerson Lacerda. *História do Direito do trabalho - um breve olhar sobre a idade média*. São Paulo: Editora LTr, 2007.
 - POSNER, Richard. A. *Law, pragmatism and democracy*. Harvard: Harvard University Press, 2003.
 - RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, María Luz. *Algunas garantías frente a la descentralización productiva: límites al contrato para obra o servicio determinado y reconsideración de la ajenidad en el mercado* in Madrid: Relaciones Laborales, 19, 2004, p. 15-50.
 - ROSENFELD, Michel. *O constitucionalismo americano confronta o novo paradigma constitucional de Denninger*. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, v. 88: Belo Horizonte, dez./2003, p. 47-79.
 - SHINGO, Shigeo. *A revolution in manufacturing: The SMED system*. New York: Productivity Press, 1985.
 - SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. *Relação de emprego e direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2007.
 - SPINOZA, Benedicti de. *Opera quotquot reperta sunt: tractatus de intellectus emendatione, Ethica*. V. 1, 3 ed. - [S.l.]: Martinum Nijhoff, 1913.
 - TAYLOR, F. W. *The principles of scientific management*. Charleston: BiblioBazaar, 2007.
 - VALVERDE, Carlos. *El materialismo dialéctico - el pensamiento de Marx y Engels*. Madrid: Espasa-Calpe, 1979.