

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE MINAS GERAIS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO**

PAULO GUSTAVO DE AMARANTE MERÇON

**DA SUBORDINAÇÃO À ALIENAÇÃO DO TRABALHO:
um esboço de reconstrução da tutela trabalhista
a partir do conceito de relação de trabalho**

**Belo Horizonte
2012**

PAULO GUSTAVO DE AMARANTE MERÇON

**DA SUBORDINAÇÃO À ALIENAÇÃO DO TRABALHO:
um esboço de reconstrução da tutela trabalhista
a partir do conceito de relação de trabalho**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito do Trabalho.

Orientador: Prof. Márcio Túlio Viana

**Belo Horizonte
2012**

FICHA CATALOGRÁFICA

Elaborada pela Biblioteca da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais

M556s Merçon, Paulo Gustavo de Amarante
Da subordinação à alienação do trabalho: um esboço de reconstrução da tutela trabalhista a partir do conceito de relação de trabalho / Paulo Gustavo de Amarante Merçon. Belo Horizonte, 2012.
224f.

Orientador: Márcio Túlio Viana
Dissertação (Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais.
Programa de Pós-Graduação em Direito.

1. Trabalho - Alienação. 2. Apropriação indébita. 3. Competência profissional. 4. Relações de trabalho. I. Viana, Márcio Túlio. II. Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito. III. Título.

SIB PUC MINAS

CDU: 331.16

Paulo Gustavo de Amarante Merçon

**DA SUBORDINAÇÃO À ALIENAÇÃO DO TRABALHO:
um esboço de reconstrução da tutela trabalhista
a partir do conceito de relação de trabalho**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito.

Prof. Dr. Márcio Túlio Viana (Orientador) PUC Minas

Prof. Dr. Cléber Lúcio de Almeida

Profa. Dra. Marisa Barbato – PUC Minas

Belo Horizonte, ____ de junho de 2012

Aos meus pais, desde o início.

AGRADECIMENTOS

Muitas pessoas, algumas sem saber, participaram deste trabalho.

Aos bibliotecários da PUC e do TRT na Getúlio Vargas, sempre atenciosos e prontos a contornar eventuais atrasos na devolução dos livros.

Aos funcionários da 1ª Vara do Trabalho de Divinópolis, em especial Dora e meus assistentes Léo e Glinys.

Aos colegas e professores do mestrado da PUC, no ano de 2010. Agradeço àqueles de quem divergi, ou com os quais travei discussões e debates, porque de algum modo me fizeram crescer. Aos poucos e bons amigos que fiz naqueles dois semestres, em especial Rafael, Margarida, Roberta Dantas e Clarissa. Entre os professores, meu agradecimento especial ao Prof. Galuppo e à minha amiga Marisa.

Ao Prof. Márcio Túlio Viana, meu orientador e grande referência no Direito do Trabalho, e também como pessoa humana. Admiração que só aumentou com sua elegância e maturidade intelectual, aceitando o desafio de me orientar em tema no qual divergimos em pontos substanciais, mas convergimos na essência.

Aos meus amigos, pelos chopps que amenizaram a aridez e a solidão deste trabalho.

A Micheline, que coloriu esses meses difíceis.

A toda a minha família, em especial Mary.

RESUMO

O objetivo desta dissertação é traçar um esboço de reconstrução da tutela trabalhista, a partir do conceito de relação de trabalho, introduzido no ordenamento jurídico brasileiro pela Emenda Constitucional 45/04, que ampliou substancialmente a competência trabalhista. Adotando-se a premissa de que é horizontal a eficácia dos direitos fundamentais trabalhistas (ou seja, entre as partes da relação jurídica), desenvolve-se um projeto de extensão do núcleo daqueles direitos a trabalhadores não-empregados, que alienam seu trabalho a uma empresa, a outro tipo de organização ou a um tomador, detentor dos meios de produção. A metodologia consistiu basicamente em pesquisa a doutrinas trabalhista, constitucional e de economia e filosofia política, além de pesquisa jurisprudencial, priorizando sempre a análise crítica sobre a mera reprodução do referencial teórico e normativo.

Palavras-chave: Alienação do trabalho. Apropriação do trabalho alheio. Tomador. Organização.

ABSTRACT

The purpose of this dissertation is to draw a sketch of a new labour law, from the concept of labour relationship, introduced in the national legal order by Constitutional Amendment 45/04, which enlarged labour jurisdiction. Adopting the premise that the effectiveness of labour rights is horizontal (in other words, among the parts of legal relationship), a project is developed extending nuclear labour rights to not-employees workers, who alienate their labour to an enterprise or another kind of organization, or someone else who owns the means of production. The methodology consisted basically in research of labour, constitutional, economics and political philosophy doctrine, beyond jurisprudence research, always prioritizing critical analysis upon the mere reproduction of theoretical and legal reference.

Key-words: Alienation of labour. Appropriation of alien labour. Enterprise. Organization.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	21
2 TRABALHO E HISTÓRIA	27
2.1 Pré-história e antiguidade.....	27
2.1.1 Trabalho escravo na antiguidade.....	27
2.1.2 Trabalho livre na Roma antiga	28
2.2 Idade média e feudalismo	29
2.3 Do feudalismo ao capitalismo: uma lenta transição	30
2.3.1 Expansão do comércio.....	31
2.3.2 Crescimento das cidades.....	31
2.3.3 Corporações de ofício	32
2.3.4 Sistema de produção doméstico ou por empreitada.....	34
2.3.5 A legitimação dos juros	36
2.3.6 Acumulação primitiva	36
2.3.7 Emancipação do camponês, fechamento das terras	37
2.3.8 Manufatura e divisão do trabalho.....	38
2.4 A revolução industrial.....	40
2.4.1 Maquinaria e nova divisão do trabalho	40
2.4.2 O sistema fabril.....	42
2.4.3 Concentração industrial e financeira	43
2.4.4 Reserva de trabalhadores	44
2.4.5 Condições de trabalho na primeira fase da Revolução Industrial.....	45
2.4.6 Origens do sindicalismo	45
2.5 O liberalismo clássico	46
2.6 O Estado social de Direito.....	48
2.6.1 Keynesianismo e estado de bem-estar social.....	48
2.6.2 Taylorismo-fordismo	50
2.7 Neoliberalismo e reestruturação produtiva.....	51
2.7.1 O sistema toyota.....	52
2.7.2 Nova morfologia do trabalho	54
3 TRABALHO E ECONOMIA POLÍTICA	55
3.1 Trabalho produtivo e sociedade industrial.....	55
3.1.1 Teoria do valor-trabalho. Smith, Ricardo, Marx.....	56
3.1.2 Teoria do valor-utilidade	57
3.2 O trabalho na pós-indústria	58
3.2.1 Teoria do trabalho imaterial	58
3.2.2 Uma crítica à teoria do imaterial	59
3.2.3 Crise de medição do trabalho na pós-indústria	62
3.3 A interação produção/consumo	63
3.4 O valor-trabalho na pós-indústria	64
4 TRABALHO E DIREITO	67
4.1 Gênese e desenvolvimento do Direito do Trabalho.....	67
4.2 Evolução do Direito do Trabalho no Brasil.....	71
4.2.1 Constitucionalização do Direito do Trabalho no Brasil.....	72
4.2.2 O Direito do Trabalho e a fábrica.....	74
4.2.3 Tendência à ampliação do Direito do Trabalho	74
5 RELAÇÃO DE TRABALHO	76
5.1 A EC 45/04 e a nova competência trabalhista.....	76
5.1.1 Exegese ampliativa	76
5.1.2 Interpretação excludente das relações de consumo.....	77
5.1.3 Corrente mais restritiva	77

5.2 Relação de trabalho: tateando um conceito	78
5.2.1 <i>Estrutura da relação jurídica</i>	78
5.2.2 <i>Trabalho e Direito do Trabalho</i>	79
5.2.3 <i>Trabalho, poder e dominação</i>	70
5.2.4 <i>Relação de trabalho: matéria cível ou trabalhista?</i>	82
5.2.5 <i>Relação de trabalho e serviços de mero consumo</i>	84
5.2.5.1 <u>A Economia aplicada ao Direito</u>	88
5.2.5.2 <u>Relação de trabalho: contratualidade, poder e sujeição</u>	80
5.2.5.3 <u>Poder e sujeição na relação de consumo</u>	93
5.2.5.4 <u>Trabalho e consumo: tutela legal reversa</u>	94
5.2.5.5 <u>Superposição de relações de trabalho e consumo</u>	95
5.2.6 <i>A hipossuficiência trabalhista como condição relativa</i>	97
5.2.7 <i>Alienação do trabalho: essência da relação trabalhista</i>	89
5.2.7.1 <u>Alienação e estranhamento do trabalho</u>	90
5.2.8 <i>Destinação produtiva dos serviços</i>	102
5.2.8.1 <u>Inserção do trabalho na cadeia produtiva do tomador</u>	107
5.2.8.1.1 Trabalho eventual alienado a um tomador	108
5.2.8.1.2 Trabalho em proveito de instituições sem fins lucrativos	109
5.2.8.1.3 Trabalho doméstico	100
5.3 Elementos da relação de trabalho	115
5.3.1 <i>Trabalho prestado por pessoa física e personalidade</i>	115
5.3.2 <i>Onerosidade</i>	116
5.3.3 <i>Dependência econômica do trabalhador: pressuposto da relação de trabalho?</i>	117
5.4 Sugestão de um conceito legal de relação de trabalho.....	118
5.5 O Projeto de Lei 6542/06.....	119
5.6 Relação de emprego, alienação do trabalho e subordinação	122
5.6.1 <i>Subordinação: da concepção clássica ao expansionismo</i>	123
5.6.1.1 <u>O expansionismo do conceito de subordinação</u>	124
5.6.2 <i>Tendência reducionista e parassubordinação</i>	126
5.6.3 <i>Nova tendência expansionista do direito do trabalho</i>	129
5.6.3.1 <u>As correntes pluralista e monista na Itália</u>	129
5.6.3.2 <u>A doutrina espanhola e o conceito de alienação</u>	129
5.6.3.3 <u>A doutrina alemã e a proposta de Rolf Wank</u>	130
5.6.3.4 <u>A doutrina brasileira</u>	131
5.6.4 <i>A subordinação como efeito da relação de emprego</i>	133
5.6.4.1 <u>Alienação do trabalho e ajenidad</u>	136
5.6.4.1.1 Ajenidad e uso da capacidade de trabalho	138
5.6.4.2 <u>A idéia de trabalho em proveito de organização</u>	142
5.7 Relações de trabalho não-empregatícias	144
5.7.1 <i>Trabalho autônomo</i>	145
5.7.1.1 <u>Trabalho autônomo e doutrina</u>	145
5.7.1.2 <u>Trabalho autônomo em proveito de empresa ou organização</u>	147
5.7.1.3 <u>Tutela trabalhista do autônomo</u>	150
5.7.1.3.1 O trabalhador autônomo-dependente.....	151
5.7.1.3.2 Empregado e autônomo: tutelas distintas	153
5.7.1.4 <u>Trabalho autônomo e jurisprudência</u>	154
5.7.2 <i>Trabalho em pequena empreitada</i>	160
5.7.3 <i>Trabalho eventual</i>	161
5.7.4 <i>Trabalhador avulso</i>	165
5.7.5 <i>Estágio de estudante</i>	167
5.7.6 <i>Profissionais liberais</i>	170
5.7.6.1 <u>Cobrança de honorários</u>	170
5.7.7 <i>Relação de trabalho doméstica</i>	172
5.7.7.1 <u>Diarista doméstico</u>	173
5.7.8 <i>Trabalho cooperado</i>	175
5.7.8.1 <u>Relação de trabalho cooperado</u>	175
5.7.9 <i>Parceria rural</i>	177
5.7.10 <i>Relação de trabalho com a Administração Pública</i>	180

5.7.10.1 <u>A ADIN n. 3.395-6</u>	180
5.7.10.2 <u>Natureza jurídica do vínculo agente-Estado</u>	182
5.7.10.2.1 A aproximação entre os regimes público e privado de trabalho	183
5.7.10.2.2 A oposição entre os regimes estatutário e contratual de trabalho	184
5.7.10.3 <u>Relação de trabalho jurídico-administrativa</u>	185
6 DIREITO DO TRABALHO NOVO	188
6.1 Direito do trabalho e direitos humanos	190
6.1.1 <i>Direitos humanos, fundamento e caráter histórico</i>	191
6.2 Perspectiva argumentativa dos direitos fundamentais	192
6.2.1 <i>Trabalho digno: Direito Social de todo trabalhador?</i>	193
6.2.2 <i>Os trabalhadores excluídos</i>	195
6.2.3 <i>Reconstruir o Direito do Trabalho sobre os mesmos pilares</i>	197
6.3 Direito do Trabalho: esboço de reconstrução	198
6.3.1 <i>Direito do Trabalho: dinâmica de expansão</i>	199
6.3.2 <i>Regulação trabalhista das relações de trabalho não-empregatícias: um esboço</i>	201
6.3.2.1 <u>Aplicação dos princípios do Direito do Trabalho à relação de trabalho lato sensu</u>	202
6.3.2.2 <u>Não-regulamentação do serviço eventual prestado por profissional liberal</u>	203
6.3.2.3 <u>FGTS: direito fundamental do trabalhador</u>	203
6.3.2.4 <u>Trabalho autônomo</u>	203
6.3.3 <i>Garantia de emprego e redução da jornada</i>	204
6.4 Por um Direito Social	206
6.4.1 <i>A concepção de Direito Social de Cesarino Jr.</i>	209
7 CONCLUSÃO	213
REFERÊNCIAS	214

*as citações literárias inaugurando os capítulos
foram extraídas da obra Grande Sertão: Veredas,
de João Guimarães Rosa.*

*...mas o que se aprende, mais,
é só a fazer outras maiores perguntas.*

1 INTRODUÇÃO

Há romances que descrevem vidas, lugares, pessoas. Outros esboçam *o homem, o mundo, a vida*.

Em *A Caverna*, de José Saramago, Cipriano Algor é um trabalhador à distância da fábrica. Em sua casa, na própria e modesta olaria, com matéria-prima e utensílios seus e o auxílio da filha, Algor produz as peças de barro que lhe encomenda com habitualidade o *Centro*, poderoso complexo comercial e residencial situado na cidade, a quilômetros dali. Em uma das visitas ao *Centro* para a entrega dos produtos, o oleiro recebe a súbita notícia de que a encomenda das louças rústicas está sendo cancelada. Vendo em jogo a subsistência de sua família, apela em vão à solidariedade dos colegas de classe, que aguardam a vez na fila:

– Vejam esta situação, um homem traz aqui o produto do seu trabalho, cavou o barro, amassou-o, modelou a louça que lhe encomendaram, cozeu-a no forno, e agora dizem-lhe que só ficam com metade do que fez e que lhe vão devolver o que está no armazém, quero saber se há justiça neste procedimento.

O trabalho humano existe desde os tempos primitivos. À medida em que evolui, o homem descobre como dominar a natureza. Quando é a civilização que se desenvolve, o poder sobre a natureza passa a supor o poder sobre o trabalho do outro homem.

A apropriação do trabalho do homem pelo homem remonta ao trabalho escravo na antiguidade, estabiliza-se na servidão feudal e brutaliza-se na escravidão indígena e negra do período colonial.

O capitalismo é o capítulo mais recente dessa história. Com a Revolução Industrial, se alastra e se institucionaliza a exploração do trabalho formalmente livre, mas desprovido dos meios de produção.

No modo capitalista de produção, a lógica da apropriação do trabalho alheio assume feições novas. À liberdade formal do trabalho contrapõe-se o maior potencial de exploração, proporcionado pelo maquinário e a indústria.

Entra em cena o Direito do Trabalho.

Nesse ponto, é importante salientar que o direito, ao regular instituições e relações sociais, atrela-se a um contexto socioeconômico e histórico. O ordenamento jurídico resulta

de processos políticos, que por sua vez tendem a refletir a cultura hegemônica, incorporando os valores considerados socialmente relevantes (DELGADO, 2006, p. 121). Assim, o direito assume seu caráter finalístico e teleológico, ainda mais intenso no ramo jurídico trabalhista.

Folheemos as gravuras da história.

Entre os séculos XVII e XIX, a indústria e o modo de produção capitalista consolidam-se no Ocidente. A primeira fase da Revolução Industrial é marcada por condições de trabalho degradantes, fruto de um liberalismo econômico desmedido e do excesso do contingente de trabalhadores, agravado pela propagação da maquinaria, que viabilizou o emprego generalizado de mulheres e menores.

Na correção a esses abusos dos primórdios da sociedade industrial encontram-se as raízes do Direito do Trabalho.

A legislação trabalhista tem o ar da fábrica, as feições do trabalho industrial. Na letra de Márcio Túlio Viana (2005, p. 261), o Direito do Trabalho moldou-se à imagem e semelhança da fábrica.¹ Uma indústria concentrada, com seus produtos previsíveis, suas máquinas grandes e potentes, ao redor das quais se agregou um trabalho homogêneo e em série, subordinado à hierarquia e direção empresarial.

Assim se estruturou o trabalho livre por conta alheia na sociedade industrial, emergindo a relação empregatícia como categoria hegemônica de inserção do trabalhador no modo de produção. E sobre essas bases edificou-se o Direito do Trabalho.

O Direito do Trabalho é um contrapeso ao modo de produção capitalista.

Mas o capitalismo é um sistema dinâmico, em constante transformação. Por isso o direito do trabalho existe em processo contínuo de formação.

Mas o capitalismo é um sistema dinâmico, em constante evolução. E por isso o direito do trabalho existe sempre em processo de formação.

A partir das últimas décadas do século XX, a produção urbana passa a transcender a indústria. Os serviços e demais faces do trabalho imaterial proliferam, contendo ainda mais valor que a mercadoria palpável. As tecnologias de informação e o conhecimento delineiam a sociedade pós-industrial.

Se no capitalismo primitivo o empresário dispersava a produção, distribuindo a matéria-prima aos trabalhadores em unidades familiares, a Revolução Industrial veio concentrar a produção na fábrica. Na pós-modernidade, *passadopresentefuturo* se misturam.

¹ Olea (1984, p. 203) destaca as denominações *direito industrial* e *direito das fábricas* como sinônimas de Direito do Trabalho, em seus primórdios.

Produção à distância ou no chão da fábrica, trabalho braçal, imaterial, *chip* e mercadoria palpável, tudo interage, e de forma cada vez mais produtiva.

Nessa nova paisagem, ainda que a hegemonia do trabalho subordinado persista (muitas vezes sob o disfarce de trabalho informal), outras formas de exploração do trabalho humano, das mais sofisticadas às precárias, tendem a se desenvolver no sistema. Trabalhadores desprotegidos pela legislação trabalhista participam cada vez mais, e de forma hipossuficiente, do modo de produção capitalista, ainda que às suas margens.

Viana, depois de discorrer sobre a fase moderna do Direito do Trabalho, na qual ele “imitou” a grande fábrica fordista, reflete sobre os dias atuais:

Hoje, como tudo o mais que nos cerca, o Direito do Trabalho se deixa contaminar pelo cambiante e pelo heterogêneo. Mesmo mantendo formalmente a maior parte das antigas regras, já não as valoriza como antes, não as aplica no mesmo grau, e – o que é pior – não as percebe por inteiro; não as enfeixa nas mãos, como se faz com um ramalhete

Em outras palavras, as regras começam a se soltar dos princípios, o que significa que o Direito se faz cada vez menos sistema e por isso menos Direito. Tal como o próprio trabalhador, a norma vai perdendo a sua identidade; olha-se no espelho e já não se reconhece, ou não reconhece as outras de sua classe. É fugaz, precária, instável, pragmática. (VIANA, 2010b, p. 487).

No limiar do século XXI, o Direito do Trabalho parece meio disperso, tateando as paredes do tempo, como à procura de sua identidade, de sua essência. Cientistas políticos e filósofos vislumbram, num futuro não muito distante, o fim do emprego. Outros, olhando outros horizontes e direções, imaginam uma tutela trabalhista mais ampla, que resguarde a centralidade do trabalho e do ser humano na sociedade pós-industrial.

Não é de hoje que os juízes do trabalho deparam, nos processos e salas de audiência, com trabalhadores informais pleiteando o reconhecimento de um vínculo empregatício. No mais das vezes trata-se de trabalho subordinado, contratado de forma irregular. Mas há aquelas situações dúbias que confundem o próprio juiz, as chamadas *zonas gris*. Em muitas delas, o trabalhador acaba voltando para casa, literalmente, de mãos vazias. É quando o juiz se convence de que, mesmo contratado por empresa ou outro ente produtivo, o trabalho era prestado sem subordinação. Ou o labor era subordinado, mas eventual. Ou os serviços eram subordinados e habituais, mas se enquadravam na previsão legal de estágio de estudante. Ou ainda, em se tratando de trabalho doméstico, faltava-lhe o requisito legal da continuidade...

O operador do Direito do Trabalho, um pouco mais inquieto ou sensível em algum momento, já se descobriu questionando: – Por que os trabalhadores que cumprem na íntegra os requisitos do art. 3º da CLT, e apenas estes, merecem a proteção trabalhista?

O alargamento das fronteiras trabalhistas vem sendo prenunciado ao longo das décadas pela melhor doutrina. Na 1ª edição de sua obra, que remonta a 1966, Délio Maranhão (1993, p. 4) já vislumbrava tal tendência. Em nota prévia à primeira edição de sua obra clássica, datada de 1975, Paulo Emílio Ribeiro de Vilhena afirmava que

o Direito do Trabalho brasileiro é um direito em formação, à procura de sistematização própria. Em franca ebulição, as leis que lhe preenchem a superestrutura denunciam a insatisfação do agrupamento não homogêneo e certa inspiração em ordens jurídicas estrangeiras. (VILHENA, 1999).

Mais recentemente, Alice Monteiro de Barros (2006, p. 87) ressalta que a tendência do Direito do Trabalho à ampliação crescente levou alguns autores a apelidá-lo de *direito em vir a ser*.

A Emenda Constitucional 45/2004 alargou a competência material trabalhista, que passa a alcançar os contornos da relação de trabalho, mais largos que os do emprego. Amplia-se por ora, contudo, apenas o foco da jurisdição trabalhista. Trata-se, inegavelmente, de notável avanço político, mas por enquanto restrito ao âmbito processual. Em suas relações jurídicas com os tomadores, os trabalhadores *não-empregados* continuam em geral descobertos da tutela trabalhista. Isso inevitavelmente esvazia o conceito de relação de trabalho, e a própria eficácia da norma constitucional que elasteceu a competência trabalhista.

Nesse ponto, é interessante ponderar que, muito além de mero critério de competência, relação de trabalho é conceito de direito material – e *direito material do trabalho*. De algum modo, e ao longo do tempo, tal conceito irá afetar o Direito do Trabalho, seja expandindo suas fronteiras sem lhe alterar a essência, seja convertendo-o em direito comum, esvaziado das fontes materiais e princípios que o moldaram como instrumento de correção dos excessos do capital frente ao trabalho humano.

O tempo é de misturas, contradições e incertezas. A pós-modernidade abrevia o futuro e, ao mesmo tempo, resgata elementos do passado. Se a informação e o conhecimento atingem o centro da criação do valor, a exploração do trabalho material remonta aos primórdios da Revolução Industrial. O Primeiro Mundo concentra a concepção dos produtos e a gestão do capital, e o trabalho menos qualificado desloca-se aos países periféricos – entre os

quais ainda figura o Brasil, em perspectiva de crescimento econômico exuberante e cenário de precarização, desregulamentação e flexibilização trabalhistas.

Esse o contexto social e histórico ao qual, a nosso ver, deve se amoldar o processo de expansão do direito do trabalho brasileiro. Tendo sim, por núcleo, a relação de emprego, categoria mais segura, estável e eficaz de integração do trabalhador menos favorecido ao modo de produção capitalista. Mas sem excluir outras formas de apropriação do trabalho humano, que não se enquadrem nos moldes do art. 3º da CLT. Um direito do trabalho que não renuncie à sua identidade e papel fundamental enquanto subsistir o modo de produção capitalista: o de correção das distorções do sistema e proteção ao trabalho humano explorado.

A delimitação precisa do tema a investigar é um dos requisitos de uma dissertação de mestrado eficiente. Umberto Eco (2010, p. 7-10) ensina ser menos arriscado optar pela tese monográfica que pela panorâmica. Por isso o presente trabalho circunscreve-se ao âmbito do direito individual do trabalho. O direito coletivo do trabalho é abordado como mera referência na análise histórica e político-econômica do trabalho. Pelo mesmo motivo, este estudo não se estende em referências a dados e pormenores históricos, nem se aprofunda em temas periféricos já consolidados na doutrina.

O segundo capítulo apresenta uma evolução histórica do trabalho, e do poder e dominação sobre ele exercidos, desde os primórdios da civilização, atravessando a Revolução Industrial e alcançando a reestruturação produtiva, da década de 1970 aos dias atuais.

No terceiro capítulo, formula-se uma análise político-econômica do trabalho na sociedade industrial e na contemporaneidade. Tal investigação é importante para a compreensão das formas de exploração do trabalho no capitalismo.

O quarto capítulo aborda a gênese do Direito do Trabalho na sociedade industrial e a evolução da legislação trabalhista no Brasil.

No quinto capítulo, a relação de trabalho e a relação de emprego são dissecadas em sua substância socioeconômica e jurídica, reunindo-se substratos a um esboço de reconstrução do direito do trabalho, objeto do sexto e último capítulo.

Se as artes moderna e contemporânea são abertas à livre interpretação, também o direito, guardadas as proporções, deve conter certa plasticidade e abstração, e assim sobreviver às misturas e contradições da pós-modernidade.

Que esta dissertação seja recebida então, e na medida do possível, como um texto em aberto, sujeito a leituras várias, e em constante transformação, como aliás seu próprio objeto, o direito do trabalho.

E que o texto de alguma forma auxilie o Leitor, mais que a obter uma resposta, a se indagar, como o fez o oleiro Cipriano Algor, sobre a situação de tantos trabalhadores informais explorados pelo sistema, sem qualquer forma de proteção:

– *Quero saber se há justiça neste procedimento.*

2 TRABALHO E HISTÓRIA

O trabalho em sentido mais amplo, de esforço humano com vista a uma utilidade, existe desde os tempos mais primitivos.

Friedrich Engels (1876, p. 4, 6, 7 e 12) observa que a mão do homem foi aperfeiçoada pelo trabalho por centenas de milhares de anos, o que a fez distanciar da mão primitiva dos macacos. A mão humana seria, portanto, não apenas instrumento, mas produto do trabalho. Engels ressalta ainda a origem da linguagem a partir do trabalho, e depois dele, e com ele, a palavra articulada, sendo esses “os dois estímulos principais sob cuja influência o cérebro do macaco foi se transformando gradualmente em cérebro humano”.

2.1 Pré-história e antiguidade

Na mais remota pré-história, o homem convivia com a natureza em relação de reciprocidade e dependência. Nas palavras de Viana (2010a, notas de aula), “o homem era a natureza e a natureza era o homem”.

Ao não dominar os recursos naturais, o homem obrigava-se a ser nômade. Sobrevivia da caça, pesca e coleta de frutos e raízes, o que levaria, já no *paleolítico (idade da pedra lascada)*, à primeira divisão do trabalho: o homem na caça dos animais, a mulher na coleta de raízes e vegetais. Os meios de produção, feitos de osso e mais tarde de pedra, eram de uso e propriedade coletivas.

Na *era neolítica (pedra polida)*, que os historiadores situam em torno de 8.000 A.C., o homem começa a dominar e transformar a natureza. A agricultura, a criação e domesticação de animais fixam-no à terra, tornando-o sedentário. Surge a atividade econômica.

2.1.1 Trabalho escravo na antiguidade

À medida em que as civilizações se desenvolvem, torna-se insuficiente explorar a natureza: o homem passa a se apropriar do trabalho de outro homem. Nasce a relação de trabalho, nas formas do *trabalho forçado*.

Os primeiros escravos eram prisioneiros de guerra. Fala-se também em condenação penal, descumprimento de obrigações tributárias e deserção do exército como origens do trabalho forçado na Antiguidade. Alguns escravos mais tarde tornavam-se livres, por liberalidade ou morte de seus senhores. Daí anotar Viana (2010a, notas de aula) que ser escravo, na Antiguidade, era questão de circunstância.

Olea (1984, p. 67) destaca que a escravidão foi uma instituição universal no Mundo Antigo, tendo sido essencial para a economia das civilizações greco-romanas². Um terço dos habitantes de Atenas foram escravos, e Roma edificou-se sobre o trabalho escravo.

O jurista espanhol ressalta que o trabalho escravo era por conta alheia, no sentido de que a titularidade dos resultados do trabalho pertencia imediatamente ao dono, nunca ao escravo. Relegado à condição de coisa ou semovente, o escravo era privado do controle sobre sua própria pessoa, incapaz de domínio sobre qualquer objeto³, inclusive os frutos de seu trabalho, e por isso a aquisição dos resultados do trabalho do escravo por seu senhor não configurava uma transferência, mas aquisição originária de propriedade. (OLEA, 1984, p. 67).

Com o crescimento da população e da vida econômica, iniciou-se o arrendamento dos serviços de escravos entre senhores, através da *locatio conductio rei*, ou locação de coisas, que surgiu por volta dos séculos VI e VII, e da qual mais adiante iriam se originar os arrendamentos de serviços livres. (MORAES FILHO, 1994, p. 117).

2.1.2 Trabalho livre na Roma antiga

Os primeiros indícios de um trabalho propriamente livre por conta alheia encontram-se no Direito Romano.

Com a crescente complexidade das relações sociais e da vida econômica, os próprios homens livres passam a arrendar seus serviços no mercado. (MORAES FILHO, 1994, p. 119). Inicialmente, esse trabalho é contratado através da *locatio conductio*, como já ocorria com o arrendamento de escravos. Do arrendamento de serviços livres pela *locatio conductio rei* originam-se mais adiante a locação de obras e a locação de serviços.

A estrutura jurídica da *locatio conductio operis* guarda correspondência com o que conhecemos por trabalho autônomo ou por conta própria, em execução de obra ou empreitada.

² Em que pese na Grécia Antiga o trabalho escravo ter servido também ao ócio das elites.

³ Origina-se da escravidão a etimologia da palavra trabalho: *tripalium*, instrumento de tortura formado por três paus.

O resultado do trabalho é cedido depois de sua execução, versando o contrato, portanto, sobre a obra ou resultado do trabalho, a risco do executante, e não sobre o trabalho necessário para sua execução. (OLEA, 1984, p. 80).

Diversamente, na *locatio conductio operaris* o que há é a cessão do próprio trabalho como objeto do contrato, ainda que seja a cessão dos seus frutos a finalidade econômica do pacto – mas esse resultado fica a risco do contratante dos serviços. Olea destaca que o efeito desse tipo de contrato “é operar uma mudança na titularidade dos resultados, desde o próprio momento de sua produção”, de forma que estes resultados, em troca de uma remuneração, passam direta ou imediatamente ao poder do contratante dos serviços, “sem nunca terem estado, enquanto frutos ou produtos concluídos, no patrimônio do arrendador” (trabalhador).

No mesmo sentido, Moraes Filho (1994, p. 123) anota que na *locatio operarum* o trabalhador percebe salário periodicamente pelo simples fato de exercer uma atividade para outrem, ao passo que na *locatio operis* o que interessa é o resultado encomendado, podendo o empreiteiro trabalhar quando e como quiser, sem que o encomendante possa se imiscuir no seu serviço – e por isso o risco corre por conta daquele.

O autor salienta ainda que na *locatio operis* e na *locatio operaris* a remuneração era denominada *merces*, e não abrangia os serviços de profissionais liberais como o agrimensor, o professor, o médico e o advogado, que recebiam o pagamento denominado *honorarium*. (MORAES FILHO, 1994, p. 122).

A *locatio operarum* dos romanos, tendo por objeto o trabalho livre e por conta alheia, é apontada pela doutrina como o antecedente mais remoto do contrato de trabalho.

2.2 Idade média e feudalismo

Com a queda do Império Romano, segue-se na Europa ocidental longo período marcado pela inexistência de governos centralizados e sistemas legais organizados. Trata-se da época medieval, na qual predomina o sistema sócio-econômico feudal.

A sociedade feudal era composta basicamente por três classes: clero, nobreza e trabalhadores. O trabalho no campo era em regime de servidão. A terra era dividida em *feudos*, de propriedade de um senhor e formados por uma aldeia e centenas de acres de terra arável ao redor. Uma parte da terra arável constituía os domínios do senhor feudal, sendo cultivada pelos servos em alguns dias da semana, sem qualquer contraprestação. A outra parte

era dividida em faixas entre os servos (arrendatários). A prioridade era o trabalho na terra do senhor.

O camponês (servo) não possuía, portanto, a condição de genuíno escravo. Não era propriedade do senhor, vinculando-se apenas à terra. Se o senhor feudal transferisse a posse do feudo a terceiros, o servo continuaria utilizando a mesma terra arrendada, agora com um novo senhor. Os servos possuíam o direito de herdar animais e objetos pessoais. Isso por vezes fazia com que um homem livre, sem lar, terra ou comida, viesse se oferecer a um senhor para trabalhar como seu servo.

Mas a liberdade do camponês era tolhida pelas quase ilimitadas imposições do senhor, conforme os costumes do feudo. Como a economia era centrada na terra, de propriedade do senhor feudal, este se apoderava da quase totalidade dos direitos. As restrições a que se sujeitavam os camponeses atingiam inclusive seu deslocamento e locomoção para outras terras.

Após ressaltar que havia vários graus de servidão, Leo Huberman (1967, p. 15) destaca a figura dos *servos dos domínios*, permanentemente ligados à casa do senhor feudal; os camponeses *fronteiriços*, que mantinham pequenos arrendamentos à orla da aldeia; e os *aldeões*, que não possuíam arrendamento algum, apenas uma cabana, e trabalhavam em troca de comida. E havia também os *vilãos*, arrendatários mais privilegiados, quase homens livres, com menos deveres para com o senhor.

A organização feudal variava de acordo com as tradições e os costumes locais. Muitas vezes o arrendamento da terra ocorria entre senhores, ou entre um nobre e um senhor, ou mesmo entre o rei e um nobre. A Igreja foi a maior proprietária de terras na Idade Média, adquirindo-as e acumulando-as através de doações. E, ao lado da nobreza, constituiu a classe dominante no período feudal.

2.3 Do feudalismo ao capitalismo: uma lenta transição

Como assinala Karl Marx (2005, p. 828), a estrutura econômica da sociedade capitalista nasceu da estrutura econômica da sociedade feudal. A decomposição desta liberou elementos para a formação daquela.⁴

⁴ No mesmo sentido, Moraes Filho (1994, p. 9) pondera que cada sociedade contém em si mesma, como sua própria negação, o gérmen da sociedade que lhe há de suceder.

A transição do sistema feudal para o modo capitalista de produção foi gradual, estendendo-se por alguns séculos. Analisaremos a seguir alguns fatores que impulsionaram tal transformação, e as novas formas de trabalho que se desenvolveram nesse período que precedeu a Revolução Industrial.

2.3.1 Expansão do comércio

Nos primórdios da Idade Média, as aldeias feudais eram autossuficientes. O comércio era exíguo, havia pouco intercâmbio de mercadorias. Praticamente tudo o que se necessitava era obtido ou fabricado no próprio feudo. Com um comércio pouco desenvolvido, não havia necessidade de uma produção de excedentes em larga escala, e o dinheiro era escasso. A pouca riqueza acumulada pelos nobres e pela Igreja era estática, ou seja, não era aplicada ou reinvestida.

A partir do século XI, o forte crescimento populacional e os movimentos das Cruzadas impulsionam o comércio na Europa ocidental. Olea (1984, p. 97) destaca que tal desenvolvimento mercantil foi motivado pela lenta abertura e renovação do sistema econômico a partir do século X, cujos alicerces foram, entre outros, os excedentes agrícolas resultantes de desmatamentos maciços dos bosques, o cultivo dos terrenos desmatados e o aumento dos rendimentos dos cultivos, inclusive com alguns avanços tecnológicos.

O desenvolvimento dos mercados induz a circulação do dinheiro, uma vez que este facilita o intercâmbio de mercadorias e estimula as transações financeiras e o próprio comércio.

A partir do século XII, a economia natural do feudo autossuficiente começa a se transformar em economia de dinheiro.

2.3.2 Crescimento das cidades

Um dos efeitos mais notáveis da expansão do comércio foi o desenvolvimento das cidades.

A cidade medieval, como unidade administrativa e econômica independente da estrutura feudal⁵, difunde-se no Ocidente a partir do século XI. Além de centro mercantil,

⁵ Tal autonomia era o que distinguia a cidade das meras aglomerações urbanas.

converte-se em núcleo de produção industrial, ou seja, de produção de bens para o mercado, distintos dos bens agrícolas.

Esse tipo de produção, por sua reduzida escala, inicia-se por conta própria, sendo o trabalhador ou a comunidade familiar os proprietários dos resultados de seu trabalho, lançando-os ao mercado através de operações de troca. Porém, à medida em que a atividade mercantil se desenvolve, e a cidade se converte em centro fornecedor de produtos industriais para as zonas rurais contíguas, ou mesmo para abastecimento de sua própria população em crescimento, surgem, de um lado, fenômenos incipientes de divisão do trabalho e, de outro, explorações de maior porte que as puramente pessoais ou familiares. (OLEA, 1984, p. 99).

2.3.3 Corporações de ofício

Olea (1984, p. 96) observa que, ainda que o período crítico de transição ao trabalho livre por conta alheia, como realidade social relevante, situe-se na Revolução Industrial (final do século XVIII e princípio do XIX), seus germens sociais, jurídicos e econômicos remontam à Idade Média.

Reportando-se às relações de trabalho que vigoravam na cidade medieval, em regime formalmente livre, ou seja, sem liames de escravidão ou servidão, o i. doutrinador aduz que esse tipo de trabalho por conta alheia marcaria, no segundo período da idade média (a partir do século XI), aquilo que historicamente se convencionou denominar *regime corporativo*.

As corporações de ofício eram associações de mestres-artesãos e trabalhadores, ou apenas de mestres, por profissão ou ramo da produção industrial ou de serviços.⁶ Os mestres obtinham o cargo em razão de suas aptidões profissionais.⁷ Eram auxiliados por aprendizes e trabalhadores assalariados, os oficiais (também denominados jornaleiros ou companheiros). A admissão na corporação era em grande parte reservada a ligações familiares.

As corporações produziam e vendiam para o mercado local. O mestre não apenas produzia, como negociava a matéria-prima, ensinava o ofício aos aprendizes, dirigia seu trabalho e dos oficiais e ainda vendia o produto ao consumidor, no balcão. (HUBERMAN, p. 23). Tratava-se, portanto, de um trabalhador por conta própria ou de um modesto empresário, com reduzidíssimo número de trabalhadores em suas pequenas oficinas.

⁶ As corporações originárias, e talvez as mais poderosas, foram as de comerciantes. O presente estudo, contudo, restringe-se às corporações de ofício, embriões do Direito do Trabalho que brotaria séculos à frente.

⁷ Mais tarde passou a predominar nas corporações o sistema oligárquico.

O contrato de aprendizagem foi o instrumento jurídico utilizado para a formação do especialista e, ao mesmo tempo, para a atribuição de um posto dentro da estrutura hierárquica da corporação. Tratava-se de um contrato misto, geralmente de longa duração, associando a cessão de serviços do aprendiz à obrigação assumida pelo empresário-mestre de iniciar a formação profissional do aprendiz, para o que o mestre se valia do exercício de poderes disciplinares. (OLEA, 1984, p. 102-103).

Olea acentua a importância da aprendizagem, em numerosos ofícios, para a formação de trabalhadores qualificados, em que pese o gradativo surgimento de trabalhos industriais semi-especializados ou não especializados.

Concluída a aprendizagem, o aprendiz galgava o posto imediatamente superior na hierarquia laboral da corporação: o de oficial, ou companheiro. Normalmente, após longo período como oficial, e após rigoroso exame de aptidão, o oficial poderia ser promovido a mestre.

Todo o sistema corporativo estruturava-se, portanto, sobre o *ofício*, que consistia em um conjunto de conhecimentos teóricos e, ao mesmo tempo, na técnica ou habilidade no manejo de instrumentos, relativos a processos produtivos artesanais, ou seja, completos ou pouco fragmentados. O ofício era uma arte, originando-se daí a expressão *mistérios do ofício*.

Olea sublinha que a corporação baseava-se na existência do trabalho livre, e que a relação de trabalho não se estabelecia entre o trabalhador e a corporação, mas entre o mestre e o trabalhador, ambos na qualidade de membros da corporação.

Mas, se no alvorecer das corporações e com a pequena dimensão das explorações industriais havia uma proximidade entre o trabalhador e o mestre, que participava diretamente do ofício, tais caracteres personalistas vão desaparecendo à medida em que as indústrias se avolumam. O trabalhador por conta alheia vai se tornando um associado de segunda categoria, concentrando-se ainda mais o controle da corporação nas mãos dos mestres, agora empresários no sentido estrito da expressão. Pouco a pouco, as corporações de ofício convertem-se em associações de empresários, tornando cada vez mais rara a possibilidade de ascensão do trabalhador à condição de mestre.

Em qualquer caso, a relação estabelecida entre empresário e trabalhador fundava-se em um contrato de trabalho, para cuja estruturação recorria-se à velha *locatio-conductio operarum* dos romanos. (OLEA, 1984, p. 100 e 103).

É importante salientar ainda que as corporações eram grupos sociais auto-regulamentados. Tal normatização não se restringia às relações de trabalho, abrangendo as

relações da corporação com o público consumidor. Havia, por exemplo, rigoroso controle de qualidade dos produtos e preços.

Essa regulamentação acabou resultando no hermetismo e no monopólio corporativos: impedia-se o exercício do ofício a quem não fosse membro da corporação, com o intuito de se garantir a procedência e a qualidade dos produtos, assegurando-se por via oblíqua sua escassez, e o nível das rendas.

No tocante às relações de trabalho, os estatutos das corporações limitavam o número de aprendizes, a duração do aprendizado, proibiam horas extras e o trabalho aos domingos, além de regular o trabalho dos oficiais, inclusive o valor de sua remuneração, com o intuito de inibir a concorrência desleal.

As sanções pelo descumprimento das normas variavam das penas pecuniárias à expulsão da corporação.

Olea (1984, p. 114) proclama que “o regulamento corporativo do trabalho livre por conta alheia, na cidade medieval, é o antecedente mais próximo do Direito do Trabalho”, sem deixar de ressaltar que, à época, não mais que dez por cento da população era urbana, bem como que nas ordenanças corporativas a regulação da relação de trabalho subordinava-se a uma ordenação geral da economia corporativa.

Com o tempo, as corporações foram abandonando ou contradizendo suas finalidades em benefício de interesses pessoais ou oligárquicos, o que acarretou a redução de sua autonomia na própria regulamentação, passando a prevalecer a exigência de aprovação das ordenanças por órgãos públicos alheios à corporação.

As corporações de ofício, cuja origem foi a associação religiosa e de culto, foram ainda, em maior ou menor grau, entidades beneficentes, prestando assistência a seus membros e familiares nos casos de enfermidade, desemprego forçado, etc., em verdadeiro sistema, ainda que rudimentar, de previdência social.

2.3.4 Sistema de produção doméstico ou por empreitada

A estrutura das corporações destinava-se ao comércio local, limitado e estável. Com o crescimento populacional e a expansão do mercado, a produção passa a ser distribuída também a locais longínquos, fazendo necessária a figura do intermediário, que passa a atuar entre o artesão e o consumidor.

À medida que se expande a área do mercado e o pequeno produtor se vê impossibilitado de distribuir suas mercadorias aos consumidores, aumenta o poder do intermediário, e o primeiro passa a depender economicamente deste último. A um só intermediário passam a se vincular vários pequenos produtores, até há pouco independentes e dispersos. (MORAES FILHO, 1994, p. 20). O intermediário passa a entregar a matéria-prima ao pequeno artesão, e este se obriga a produzir para o primeiro mercadorias a preço previamente combinado, que o intermediário (comerciante) distribui ao consumidor. (p. 20). Leo Huberman (1967, p. 27) refere-se a esse método como *sistema de produção doméstica*. Referindo-se à mesma forma de produção, Moraes Filho (1994, p. 19-20) anota que a *indústria a domicílio* adquire características próprias e em larga escala nos primórdios do século XVI, persistindo ainda hoje como forma de produção industrial, mesmo com todo o desenvolvimento do capitalismo universal.

Olea (1984, p. 103-104) utiliza a designação *trabalho por empreitada* ao descrever o mesmo fenômeno, no qual o empresário aparece como proprietário da matéria-prima, contratando seu aprimoramento a trabalhadores, geralmente agrupados em unidades familiares, trabalhando em seus próprios domicílios, mas cumprindo as determinações do empresário, e sendo remunerados por ajuste de preço ou por peças.

Nesse ponto, é importante a observação de Moraes Filho (1994, p. 20), no sentido de que o pequeno produtor vendia não o produto do seu trabalho, e sim a sua própria força de trabalho, tratando-se, portanto, de trabalho assalariado.⁸

A nova forma de negociação das mercadorias, inerente ao trabalho por encomenda, demanda a especialização e a divisão do trabalho, em colisão com as tradições e o monopólio das corporações. Desse modo, a indústria a domicílio contribui para a decadência das corporações, sem mencionar o fato de que sua execução era confiada a trabalhadores não associados, buscando-se predominantemente as áreas rurais.

Mesmo ressaltando que o retrocesso das corporações não significou a desaparecimento da artesanaria doméstica e aldeã, Olea (1984, p. 164) afirma que o trabalho por empreitada (especialmente na indústria têxtil) assinala a transição para o modo de produção

⁸ Na distinção entre o trabalhador a domicílio e o artesão, o autor cita Charles Gide: “Estas palavras de indústria a domicílio, ainda que muito usadas hoje, prestam-se a equívoco; é *salariado a domicílio* o que se deveria dizer. Com efeito, não se trata aqui [...] de produtores autônomos que exercem um ‘ofício’ e que se chamam ‘artesãos’ – o sapateiro, o serralheiro, o encadernador, o pintor, o ferrador. Estes trabalham também em suas casas, mas trabalham para eles mesmos, com seu próprio capital, e vendem a um cliente. Quando se fala da indústria a domicílio, trata-se de operários que trabalham em suas casas, mas por conta de um patrão e com matérias primas fornecidas por ele” (*apud* MORAES FILHO, 1994, p. 55).

que iria caracterizar a Revolução Industrial, ainda que à época tal produção fosse limitada pelos escassos avanços tecnológicos. E acentua que, mesmo com origem e desenvolvimento muito anterior, o trabalho por empreitada encontra-se em pleno apogeu no início da Revolução Industrial, convivendo com os primeiros estágios desta, especialmente na indústria têxtil, tanto na tecelagem como em tecidos, além de prolongar-se até nossos dias, através do trabalho a domicílio.

O sistema de corporações de ofício foi minado de forma gradual. Entre os séculos XVI e XVIII, os artesãos independentes da Idade Média tendem a desaparecer, passando a predominar o trabalho assalariado, cada vez mais dependente do capitalista-empresendedor. A partir de fins do século XVIII e princípio do século XIX, será decretada na França e na Inglaterra a dissolução das corporações e associações e o estabelecimento da liberdade do exercício de profissões ou indústrias. (HUBERMAN, 1967, p. 27).

2.3.5 A legitimação dos juros

No princípio da Idade Média, cobrar juros pelo empréstimo de dinheiro era considerado crime. Para a Igreja, emprestar a juros era usura, e usura era pecado.

Havia uma lógica nessa ideologia. Naquela época, se alguém recorria a um empréstimo, não o fazia para investir ou enriquecer, apenas para viver, ou enfrentar uma adversidade.

Com o desenvolvimento dos mercados, tomar dinheiro emprestado passou a ter conotação completamente distinta. Ante a nova economia monetária que emergia, muitos continuaram apegados aos padrões da *economia natural* do feudalismo. Gradualmente, a doutrina que condenava os juros foi cedendo, e a prática comercial passou a predominar.

2.3.6 Acumulação primitiva

Um novo modo de produção estava despontando. A riqueza era hábil agora a gerar mais riqueza, ou lucro.

Mas a produção capitalista tinha por pressuposto a existência de grandes quantidades de capital e de força de trabalho. Na análise de Karl Marx:

O dinheiro converte-se em capital, o capital em fonte de mais-valia, e a mais-valia transforma-se em capital adicional. A acumulação capitalista supõe a existência da mais-valia, e esta, a da produção capitalista que, por sua vez, não se pode realizar enquanto não se encontram acumuladas, nas mãos dos produtores-vendedores, massas consideráveis de capitais e de forças operárias. Todo este movimento parece estar encerrado em um círculo vicioso do qual não se pode sair sem admitir uma acumulação primitiva (*“previous accumulation”*, diz Adam Smith) anterior à acumulação capitalista e servindo de ponto de partida à produção capitalista, em lugar de ser por ela originada. (MARX, 1977, p. 11).

Marx (1977, p. 13) sublinha que a acumulação primitiva ocorreu por meio da conquista, da dominação, do predomínio da força bruta, diversamente do que pregavam os “manuais beatos da economia política”, segundo os quais nunca houve outros meios de enriquecimento senão o trabalho e o direito. E prossegue:

Para que o sistema capitalista viesse ao mundo foi preciso que, ao menos em parte, os meios de produção já tivessem sido arrancados sem discussão aos produtores, que os empregavam para realizar seu próprio trabalho; que esses meios de produção se encontrassem já nas mãos dos produtores comerciantes e que estes os empregassem para especular sobre o trabalho dos outros. O movimento histórico que separa o trabalho de suas condições exteriores indispensáveis, eis a causa da acumulação chamada “primitiva”, porque ele pertence à idade pré-histórica do mundo burguês. (MARX, 1977, p. 14-15).

Marx assinala que, embora houvesse esboços da produção capitalista nos séculos XIV e XV em algumas cidades mediterrâneas, o comércio e o mercado mundiais inauguram no século XVI a moderna história do capital. A descoberta e extirpação de ouro e prata na América, a conquista e o saque das Índias Orientais, o comércio de escravos negros africanos são fatos históricos que concretizam a acumulação primitiva do capital, acendendo a aurora da produção capitalista.

2.3.7 Emancipação do camponês, fechamento das terras

Para o trabalhador tornar-se um livre vendedor de sua força de trabalho, precisava deixar de se vincular à gleba e escapar ao regime das corporações, com seus mestres, seus jurados, suas leis de aprendizagem. A libertação da servidão e do sistema corporativo configura, portanto, o movimento histórico que converte os trabalhadores em assalariados. (MARX, 1977).

Quanto aos capitalistas empreendedores, tinham não somente de desalojar os mestres de ofícios, mas também os detentores feudais das fontes de riquezas, entraves ao livre desenvolvimento da produção e à “livre exploração do homem pelo homem”. (MARX, 1977).

A expansão do comércio, o surgimento de uma economia monetária e o crescimento das cidades proporcionam ao camponês meios para romper os laços que o prendiam ao sistema feudal. O crescimento vertiginoso do mercado impõe a produção de excedentes, e o camponês passa a ter contato com o dinheiro. O senhor feudal, por sua vez, passa a aceitar moeda em troca da utilização de suas terras. As relações feudais de posse da terra, servidão e direitos senhoris tornam-se anacrônicas. Leo Huberman (p. 57-61) anota que a Peste Negra, no século XIV, foi outro fator relevante para a emancipação do campesinato, na medida em que valorizou fortemente o trabalho e originou as primeiras revoltas dos camponeses. A consequência desse processo foi uma gradual substituição do trabalho servil pelo contratual, ainda que alguns senhores resistissem a essa nova realidade. Em meados do século XV, na maior parte da Europa ocidental, os arrendamentos em dinheiro haviam substituído o trabalho servil, e muitos camponeses haviam conquistado a emancipação completa. A servidão perdurava nas áreas mais afastadas das vias de comércio.

O enfraquecimento das relações de servidão no campo estimularia a migração dos trabalhadores para a cidade, tendência que seria reforçada mais tarde com o processo de mecanização agrária e o fechamento de fazendas rústicas.

O desaparecimento definitivo do regime senhoril no campo e das obrigações pessoais dos antigos servos só ocorreria no final do século XVIII, à época da Revolução Francesa e do início da Revolução Industrial.

2.3.8 Manufatura e divisão do trabalho

A partir do final do século XVI, verifica-se considerável aumento nas explorações industriais, que começam a se dividir, com o surgimento de empresários que, em lugar de produzir diretamente para o consumidor, fabricam bens semi-elaborados para utilização no processo produtivo de um outro empresário. (OLEA, 1984, p. 164).

Como salienta Olea (1984, p. 165), os empresários passam a fazer investimentos maiores, não tanto em novos processos de produção, mas na incrementação dos antigos. Observam-se melhorias, ainda que incipientes, no campo tecnológico, determinantes de métodos mais aperfeiçoados de divisão de trabalho. Passa a predominar o trabalho por conta

alheia sobre bases contratuais, oferecendo os empregados ao empresário, em troca de uma remuneração, não um bem determinado, mas uma contribuição parcial no processo produtivo.

Moraes Filho (1994, p. 31-32) acentua que, para o incremento da produção, era necessário que a divisão do trabalho ultrapassasse a fase de cooperação simples, de mera divisão social do trabalho, para alcançar a fase mais orgânica e diferenciada da divisão técnica do trabalho. O capitalista passa a reunir em uma mesma oficina trabalhadores de ofícios diversos e independentes. O autor afirma que com a manufatura inicia-se o capitalismo industrial propriamente dito, nascendo o contrato de trabalho em sua forma empregatícia clássica, pela qual se obriga o operário a trabalhar para o patrão, sob suas ordens e instruções, recebendo em troca o pagamento de um salário. (MORAES FILHO, 1994, p. 36-37).

Citando W. Sombart, Moraes Filho (1994, p. 35-37) assinala que o conceito de manufatura deriva da união da grande empresa com o trabalho a mão. A origem da manufatura é, pois, o artesanato. Mas, se o artesão executava uma série de operações diversas para fabricar um mesmo produto, na produção manufatureira cada artesão executa um trabalho parcial, ou parcelar. O ofício do artesão é decomposto em operações diversas, que passam a constituir etapas parciais do processo de produção de uma única mercadoria. (MARX, 2006, v. 1, liv. I, p. 393).

Tomando o exemplo da produção de carruagens, Marx observa que no início a manufatura de carruagens era uma combinação de ofícios independentes, reunindo em uma oficina diferentes artífices (carpinteiro, estofador, costureiro, serralheiro, etc.), que trabalhavam simultaneamente e em colaboração. Progressivamente, a manufatura foi se transformando num sistema que dividia a produção de carruagens em suas diversas operações especializadas, sendo cada operação efetuada em função exclusiva de um trabalhador.

Uma outra espécie de manufatura, descrita por Marx, consiste na reunião, ao mesmo tempo e na mesma oficina, sob o comando do mesmo capital, de vários trabalhadores que exercem a mesma atividade. Era o caso, na época, dos trabalhadores especializados na produção de papel, tipos de imprensa ou agulhas.

A manufatura inaugura uma nova divisão do trabalho no processo de produção. Calcada na repetição contínua da mesma ação limitada, economiza tempo e eleva sobremaneira a produtividade do trabalho, não apenas ao concentrar a ação e a atenção do trabalhador, como possibilitando, com a decomposição do trabalho em suas diversas partes, a execução de todas elas ao mesmo tempo. (MORAES FILHO, 1994, p. 394-399).

O “período manufatureiro” estende-se de meados do século XVI ao último terço do século XVIII, quando começa a preponderar o regime fabril. Mas a manufatura subsiste até os dias atuais como forma de produção industrial, especialmente no setor têxtil.

2.4 A revolução industrial

A partir da segunda metade do século XVIII, os avanços tecnológicos inovam e aceleram o processo de industrialização. Iniciando-se na Grã-Bretanha, o fenômeno viria a eclodir, no início do século XIX, naquilo que se tornou conhecido como Revolução Industrial. (OLEA, 1984, p. 161).

Olea (1984, p. 159), citando C.M. Cipolla, ressalta que a Revolução Industrial foi algo sem precedentes na história da humanidade, uma transformação não apenas industrial, mas também social e intelectual, gerando uma nova civilização, uma nova cultura, transformando radicalmente a estrutura da sociedade humana que emergiu como *sociedade industrial*, germinando novas ciências, como a Sociologia, e fazendo girar substancialmente outras, como a ainda incipiente Economia.

Viana (2011b, p. 25) observa que o capitalismo industrial incorporou a ciência e a técnica, que até então viviam desgarradas.⁹

A Revolução Industrial acelerou também o processo de urbanização, em crescimento cada vez mais desordenado. A invenção da máquina a vapor e sua fácil instalação fomentaram a ocupação da cidade pela indústria. Apenas em momento bem posterior as indústrias seriam deslocadas para a periferia. Os progressos na qualidade dos transportes e o decréscimo na mortalidade da população urbana também potencializaram a migração do campo para a cidade, resultando na formação de um excesso inicial de trabalhadores urbanos.

2.4.1 Maquinaria e nova divisão do trabalho

A Revolução Industrial, em sua origem e essência, é uma revolução tecnológica.

O símbolo da nova tecnologia, concebida e disseminada na Revolução Industrial, é a *máquina*. A máquina industrial é um mecanismo composto de três partes essencialmente distintas: motor, transmissão e máquina de operação. Enquanto a força provém do motor, a transmissão é um conjunto de engrenagens, polias e fios que regulam o movimento, o

⁹ O autor menciona o exemplo das invenções de Da Vinci, que em sua imensa maioria não saíram do papel.

distribuem e o transmitem à máquina de operação ou máquina-ferramenta. Esta última é formada por instrumentos mecânicos que reproduzem as operações antes executadas pelo trabalhador.

Olea (1984, p. 160) observa que o modo de produção derivado da maquinaria repercute não apenas nas condições de trabalho, mas nas esferas mais íntimas da vida social, influenciando na inteira existência do homem.

Aplicadas à produção industrial, as novas máquinas e ferramentas geram enorme aumento de produtividade do trabalho humano, logo impulsionada pelas mudanças qualitativas nos modos de produção. Já não há os limites naturais da força física humana, próprios do trabalho manufatureiro.

Referindo-se à simbiose ciência-tecnologia, o doutrinador espanhol aduz que as máquinas da Revolução Industrial possibilitaram ao homem armazenar grandes quantidades de energia, em extensão inconcebível na era bucólica precedente. E destaca a invenção da *máquina a vapor de Watt* (1769) capaz de executar, mediante o fácil controle de um homem, o trabalho de milhares deles; de disponibilizar novas fontes de energia que poderiam, em princípio, ser utilizadas para o movimento de qualquer instrumento, em enorme variedade de processos de produção e transporte, de máquinas e instalações a meios de transporte, como a navegação e as ferrovias.¹⁰

Merece destaque ainda a invenção, na segunda metade do século XVIII, da máquina de fiar de Arkwright, que veio revolucionar os antigos métodos de produção têxtil. (MORAES FILHO, 1994, p. 41-42).

Potencializando a produção, as novas tecnologias multiplicavam os bens e serviços ofertados no mercado, além de criar necessidades novas ou artificiais de consumo.

Internamente, a exploração industrial caracteriza-se pelo substancial aumento em sua dimensão (tanto física quanto em relação ao número de trabalhadores empregados) e por uma nova especialização e divisão do trabalho.

Ainda na primeira fase da industrialização, analisando diversos bens de uso da civilização no século XVIII, do navio à tesoura, passando pelo tear do tecelão, Adam Smith (2003, p. 17). destaca a variedade de trabalhos empregados na manufatura, e que sem a

¹⁰ Moraes Filho (1994, p. 41-41) destaca que a máquina a vapor de Watt engendra sua própria força motriz, consumindo água e carvão, não sendo esse motor condenado, como acontecia antes, a funcionar exclusivamente nos lugares especiais onde se encontrasse a força natural motriz, podendo-se transportar e instalar onde quer que fosse necessário.

cooperação de muitos milhares de trabalhadores “não seria possível atender às necessidades da mais ínfima pessoa de um país civilizado”.

A eficiência da máquina, no capitalismo industrial, pressupõe sua aplicação a uma operação determinada, impondo-se a fragmentação do processo produtivo em operações tais que otimizem seu aproveitamento. A isso se refere Olea (1984, p. 175) quando afirma que a Revolução Industrial imprime novo caráter à divisão do trabalho, cuja finalidade passa a ser a separação e particularização das especialidades e ofícios impostos pela máquina, de forma qualitativamente diversa do fenômeno, bem anterior, da divisão social em tarefas e funções. No mesmo sentido, Moraes Filho (1994, p. 46) afirma que a divisão do trabalho encontra o seu mais alto grau de desenvolvimento na indústria moderna, com perda de tempo infinitamente menor, tornando o trabalho consideravelmente mais barato, se comparado à pequena indústria.

Moraes Filho (1994, p. 38-39) ressalta que a manufatura e a fábrica coexistiram, e que mesmo no período manufatureiro empregavam-se máquinas para certas tarefas rudes ou por demais exaustivas para o homem, como a ruptura de minério e a extração de água das minas. Mas, como pondera o autor, em todo período histórico há a predominância de uma certa forma econômica. Se, entre os séculos XVI a XVIII, a aplicação da máquina era limitada pela ausência de grandes conhecimentos técnicos, a era moderna – com a conjugação de ciência e técnica, as possibilidades ilimitadas de criação pelo homem, a produção em larga escala, o “espírito” do ganho ilimitado – prepara o terreno propício para o surto de invenções científicas, em curto espaço de tempo, que caracterizariam a Revolução Industrial.

2.4.2 O sistema fabril

A produção para um mercado cada vez maior e oscilante desenvolve-se, não mais em unidades familiares, mas nos edifícios do empregador, e sob rigorosa supervisão. Os trabalhadores perdem completamente sua independência. Diversamente dos mestres das corporações, já não possuem a matéria-prima; ao contrário dos trabalhadores no sistema doméstico, não detêm os instrumentos. A habilidade e os conhecimentos do ofício deixam de ser relevantes. O trabalho agora reduz-se a operar o instrumento mecânico, a máquina.

Esse fenômeno é denominado por Karl Marx (2005, v. 2, liv. I, p. 851-877) de *subsunção material* do trabalho ao capital. Na fase da “fábrica disseminada” e da *subsunção formal*, o trabalho, como fonte de riqueza, mantém uma subsistência distinta, exterior em

relação ao capital, este na condição de mero gestor da riqueza produzida. O modo de produção não possui ainda caráter especificamente capitalista. Na análise marxista, com a gênese do capitalismo industrial ocorre a subsunção material do trabalho, que perde seus traços de autonomia, de existência fora do capital. A produção passa a ser concebida não como resultado do ofício ou habilidade do trabalhador, mas como mera aplicação da técnica industrial:

A relação oficial entre o capitalista e o assalariado é de caráter puramente mercantil. Se o primeiro desempenha o papel de senhor e este o de servidor, é graças a um contrato pelo qual este não somente se pôs ao serviço daquele, e portanto sob sua dependência, mas por cujo contrato ele renunciou, sob qualquer título, à propriedade sobre seu próprio produto. Por que, então, teria o assalariado feito este negócio? Porque ele nada mais possui senão a sua força física, o trabalho em estado potencial, ao passo que todas as condições exteriores necessárias a dar corpo a esta força, tais como a matéria-prima e os instrumentos indispensáveis ao exercício útil do trabalho, o poder de dispor das subsistências necessárias à manutenção da força operária e à sua conversão em movimento produtivo, tudo isto se encontra do outro lado, isto é, com o capitalista. (MARX, 1977, p. 13-14).

2.4.3 Concentração industrial e financeira

No período das corporações o oficial raramente alcançava a condição de mestre ou empresário, menos ainda ao generalizar-se o trabalho por empreitada, pelas dificuldades em reunir os meios econômicos necessários à aquisição não apenas dos bens de capital, como do capital circulante necessário à exploração do negócio.

Essas dificuldades acentuam-se com a generalização do uso da maquinaria na indústria, na medida em que o capital necessário ao desenvolvimento do negócio passa a exigir fortes somas para a aquisição e instalação do maquinário. O estabelecimento de uma indústria tornou-se, por consequência, empreendimento ao alcance apenas dos possuidores de grandes fortunas pessoais (OLEA, 1984, p. 176), em geral herdeiros da acumulação primitiva mercantilista.

Com o incremento da grande indústria e a produção em massa de mercadorias, torna-se inevitável a disputa pelos mercados e o fenômeno da *concorrência*.

Como salienta Moraes Filho (1994, p. 46), a grande indústria economiza em tudo: nos edifícios, máquinas, iluminação, aquecimento, compra da matéria-prima, produção de grande massa de mercadorias por atacado, venda das mercadorias, crédito em geral, sendo inviável ao pequeno empresário concorrer com ela em preços e condições de mercado. Há ainda uma

série de ramos de produção que não pode ser ocupada pela pequena empresa, por exigir alta técnica ou maior infraestrutura. É o caso da construção de vagões, couraçados, exploração de minas, etc.

Quanto mais se desenvolve, mais se concentra a indústria capitalista, resultando no desaparecimento da pequena empresa artesã.

A concentração industrial, pela integração de explorações independentes, que passam a depender de uma só empresa ou atuar de forma coordenada (fusão, cartel, etc.) é acompanhada pela concentração comercial e financeira, sempre em prejuízo da livre concorrência e do pequeno empresário.

2.4.4 Reserva de trabalhadores

As necessidades cada vez maiores de mão-de-obra nas indústrias e a intensa propulsão demográfica ao longo do século XVIII, particularmente no norte da Europa, geram considerável aumento no número absoluto dos trabalhadores industriais e na proporção destes em relação aos trabalhadores do campo. (OLEA, 1984, p. 177).

A migração dos camponeses para os centros industriais urbanos foi diretamente favorecida pelo fechamento das fazendas rústicas e pelo desaparecimento dos últimos resíduos feudais. Olea (1984, p. 164-178) salienta que a Revolução Industrial foi primeiramente uma revolução agrícola, em que pese o desenvolvimento tecnológico fundamental ter sido o industrial. Os fechamentos favoreceram uma agricultura mais mecanizada e rentável, proporcionando novos incentivos para o deslocamento até a cidade..

A pressão demográfica, agravada pela redução da mortalidade, e a impossibilidade do campo de gerar novos empregos em proporção suficiente foram determinantes para o êxodo rural, que resultaria na formação de um excedente de trabalhadores urbanos e no surgimento de uma nova classe social, o proletariado industrial.

Olea (1984, p. 179) observa que a “classe trabalhadora” distinguia-se das demais por seus modos de vida e trabalho, e não apenas por sua pobreza absoluta ou relativa, podendo-se assim destacar, entre os variados efeitos da Revolução Industrial, a renovação da sociedade em sua própria substância. O autor ressalta que o nascimento da classe operária tem sido qualificado como o “grande acontecimento histórico-social do século XIX”.

2.4.5 Condições de trabalho na primeira fase da Revolução Industrial

A formação de grandes contingentes potenciais de trabalhadores foi determinante para as péssimas condições de trabalho características da primeira fase da industrialização. Outro fator relevante foi o abuso do trabalho dos menores e mulheres, com a imposição de jornadas de trabalho de 14 a 16 horas, em ritmo continuado, a crianças de até oito e nove anos, em oficinas ou minas, e idades inferiores na indústria têxtil. (ALONSO OLEA, 1984, p. 179).

O trabalho do menor foi usado sem restrições, e de forma às vezes desumana, especialmente com o desaparecimento ou revogação, a partir de meados do século XVIII, das normas corporativas restritivas do número de aprendizes.

O sistema de iluminação a gás, instituído em princípios do século XIX, fomentou a prorrogação das já excessivas jornadas de trabalho.

Olea (1984, p. 182) menciona o *truck-system*¹¹ como outra dificuldade de trabalho nos primórdios da Revolução Industrial, aduzindo que se tratava, à época, de uma tentativa de organizar a produção industrial sobre as mesmas bases de trabalho semiforçado, que caracterizara outrora as servidões agrícolas.

As condições precárias de trabalho nessa fase eram acentuadas nos ambientes de trabalho. Frise-se que a insalubridade não se limitava aos estabelecimentos de trabalho, sendo comum à época no meio urbano em geral, inclusive nas residências.

Olea anota que as más condições de trabalho, e a ânsia de modificá-las e melhorá-las, foram raízes psicológicas do novo ordenamento jurídico que começava a se estruturar, com vista justamente no trabalho industrial:

Trataremos do tema no capítulo 4.

2.4.6 Origens do sindicalismo

À medida em que as corporações de ofício se industrializavam, o trabalhador por conta alheia tornava-se um associado de segunda categoria, concentrando-se ainda mais o controle da corporação nas mãos dos mestres, agora empresários no sentido estrito da

¹¹ Consiste o *trucksystem* no pagamento de salários em outras espécies que não o dinheiro, ou então em dinheiro emitido pelo próprio empresário, vales resgatáveis apenas em estabelecimentos comerciais de sua propriedade, ou por ele controlados. Outra modalidade consiste na antecipação ao trabalhador de mercadorias, ou crédito para adquiri-las, cujo valor deve efetivar depois, mediante seu trabalho. A prática é muitas vezes estimulada pela escassez de moeda fracionária para os pagamentos frequentes de salários, principalmente em centros industriais distantes e isolados.

expressão. Aos poucos, as corporações de ofício convertiam-se em associações de empresários, inviabilizando cada vez mais a ascensão do trabalhador à condição de mestre.

Foi nesse contexto que começaram a germinar as primeiras associações de trabalhadores por conta alheia, com o objetivo da melhoria nas condições de trabalho.

Olea (1984, p. 55 e 215-216) contesta a relação dos sindicatos que surgem na Revolução Industrial com as associações secretas da época das corporações, que reuniam trabalhadores especializados de determinadas profissões. Mas admite que o sindicalismo é a resultante histórica de um lento processo de configuração. O autor observa que, não obstante o regime de liberdade da indústria ter sucedido ao desaparecimento formal do monopólio corporativo, o novo modelo associativo dos trabalhadores especializados, ao começar de maneira uniforme, tende a ter inicialmente o mesmo ou similar caráter restritivo das corporações, “no sentido de agrupar a minoria dos trabalhadores, zelosos defensores de sua singularidade e a de seus ofícios.” (OLEA, 1984, p. 216)

O sindicato, como associação permanente, é precedido por um longo período de agrupamentos intermitentes de trabalhadores, em geral oriundos de conflitos coletivos por questões salariais.

Os doutrinadores costumam segmentar a análise do desenvolvimento do sindicato em fases.

Na primeira fase, o sindicalismo encontra-se à margem do ordenamento jurídico. Na condição de associação ilícita, o sindicato sofre reação hostil do Estado. As ideologias políticas, jurídicas e econômicas da época não contemplam a regulamentação do trabalho, considerado mera mercadoria.

A segunda fase do desenvolvimento sindical é a da tolerância.

Na terceira fase, ocorre o fomento da atividade sindical pelo direito. As convenções coletivas começam a demonstrar sua eficácia regulamentar, desobrigando o Estado de ditar por si regulamentações minuciosas para cada setor laboral.

2.5 O liberalismo clássico

As primeiras fases da Revolução Industrial são marcadas pela perspectiva individualista nos planos econômico, político e jurídico.

O individualismo político prega a não existência de instâncias ou organismos intermediários entre o cidadão e o Estado, devendo a ordem pública constituir-se por mera concorrência. (OLEA, 1984, p. 186).

O individualismo jurídico é intimamente ligado à concepção política, e expressa o dogma da *autonomia da vontade*, da abstenção normativa e, em matéria contratual, da faculdade teórica ou formal das partes de fixar, por si mesmas, o conteúdo de suas relações, dentro do marco amplo das normas gerais do direito dos contratos.

A idéia de liberdade contratual repousava, na primeira fase da industrialização, sobre o *princípio de igualdade formal perante a lei*, a repelir explicitamente o da igualdade material. Nessa perspectiva, a prosperidade de cada indivíduo decorreria de seu esforço e mérito, harmonizados com o funcionamento natural do sistema capitalista.

A primeira grande sistematização legislativa do direito dos contratos foi o Código de Napoleão, de 1804, fruto político da Revolução Francesa.

O liberalismo econômico repousa na convicção da existência de leis econômicas que contêm uma ordem subjacente natural, que se não interferida produz efeitos também naturais. As *mãos invisíveis* do mercado (SMITH, 2003, p. 39) operam, nessa perspectiva, de forma independente ou até mesmo contra a vontade dos homens.

Olea (1984, p. 189) menciona algumas ideologias do século XIX que teriam contribuído para assentar a hegemonia do pensamento liberal, tais como o *utilitarismo* de Jeremy Bentham e o *darwinismo social*. Segundo esta última doutrina, a evolução (inclusive a econômica), decorreria da luta humana pela sobrevivência e da seleção natural, sujeita a leis independentes do arbítrio humano.

O autor destaca que o *darwinismo social*, além de seu liame quase natural com o *laissez-faire*, tem em sua composição um ingrediente étnico ou racial, ou rigorosamente racista. Olea faz alusão ainda ao *determinismo*, teoria segundo a qual a pobreza seria fruto ou resultado de uma deficiência moral ou inadequação natural imputável ao pobre.

O pensamento liberal afetou a análise econômica, social e jurídica do trabalho, favorecendo sua mercantilização, dentro da lógica do modo de produção capitalista, em contexto de nítida primazia do capital sobre o trabalho. Em observância ao cânon da postura não intervencionista do Estado, as condições de contratação e remuneração dos trabalhadores deveriam ser ditadas pelo mercado.

Desse modo, nas primeiras fases da Revolução Industrial o contrato de trabalho expressa a mera adesão ou submissão tácita ou expressa do trabalhador à vontade empresarial. As condições de trabalho sujeitam-se ao arbítrio empresarial.

Ainda na primeira metade do século XIX emerge uma versão ainda mais radical de liberalismo econômico, que desaguaria, já no século XX, na escola austríaca, de Frederick Hayek, e na escola de Chicago, de Milton Friedman.

Em contraponto à clássica teoria do *valor-trabalho* de Smith e Ricardo (1982)¹², a *escola neoclássica* atribui a fonte do valor na economia à utilidade subjetiva do bem, realçando a atuação do mercado e desprestigiando o trabalho, considerado mero fator de produção, tal como o capital e os recursos naturais.

Essa matriz liberal radical inspiraria o ultraliberalismo, que se disseminou hegemonicamente no mundo ocidental nas últimas décadas do século XX.

2.6 O Estado social de Direito

O intervencionismo estatal na regulação do trabalho, a partir do século XIX, será objeto do capítulo 4.

Por ora, saltamos ao período de construção do Estado de Bem-estar Social, em pleno século XX.

2.6.1 Keynesianismo e estado de bem-estar social

Ao longo do século XIX, constrói-se uma concepção mais igualitária de gestão do capitalismo, visando atenuar seus efeitos sociais maléficos e adequá-lo às necessidades socioeconômicas e culturais. Essa vertente reformista ganha força na primeira metade do século XX, com o avanço da ameaça comunista, especialmente após a Revolução Russa de 1917.

Mas é a partir da crise econômica americana de 1929 – que nos anos seguintes se aprofunda, propagando-se por todo o Ocidente –, que a linha reformista do capitalismo irá superar a hegemonia do pensamento liberal ortodoxo. Alicerçada na obra de John Maynard Keynes, desponta a *escola neoclássica intervencionista ou reformista*.

¹² Nessa concepção, o valor de troca de uma mercadoria deriva de duas fontes: sua *escassez* e a *quantidade de trabalho necessário* à sua produção.

Keynes, considerado o pai da macroeconomia moderna, e o economista mais influente do século XX, preconizava uma política econômica intervencionista, na qual o Estado manejasse medidas monetárias e fiscais para mitigar as adversidades ínsitas à alternância de ciclos econômicos.

Delgado destaca que

a hegemonia do pensamento reformista e intervencionista no capitalismo, desde os anos 1930, conferiu aos países industrializados ocidentais, a partir de 1945, cerca de três décadas de elevado crescimento econômico, de generalizada distribuição de serviços públicos e de significativa participação da renda-trabalho nas respectivas riquezas nacionais. (DELGADO, 2006, p. 78).

Citando o economista francês Dominique Plihon, Delgado descreve três pilares da sociedade e economia capitalistas nesse período da história: a) uma política salarial fordista, apta a distribuir os ganhos de produtividade provenientes da organização científica do trabalho; b) a existência de políticas públicas de estabilização macroeconômica; c) o controle dos sistemas financeiros, viabilizando o financiamento bancário competitivo e eficiente das forças econômicas, mediante taxas de juros baixas.

E o doutrinador mineiro acentua o papel do *keynesianismo* na construção do Estado de Bem-estar Social (ou *Welfare State*) nos países do ocidente europeu, nas décadas acima mencionadas:

Noutras palavras, uma política pública intervencionista, apta a garantir o equilíbrio, a estabilidade e o crescimento econômico, assegurando o ganho empresarial em face da combinação de fatores como a ampliação permanente do mercado, a renovação tecnológica e o financiamento a custo razoável, tudo permitindo a contrapartida empresarial e de todo o conjunto do sistema no sentido de assegurar a participação consistente dos trabalhadores nos benefícios conquistados pelo sistema econômico. *Um círculo virtuoso, portanto, de crescimento e distribuição de renda à base do emprego e da correspondente retribuição material e cultural assegurada a este.* (DELGADO, 2006, p. 79).

Valéria Marques Lobo (2010, p. 11) destaca o papel da organização dos trabalhadores no processo de formação do Estado de Bem-Estar, seja pressionando o poder público em direção à implementação daquelas políticas, seja porque o Estado, antecipando a ação ideologicamente enraizada dos trabalhadores, assegurou-lhes direitos sociais com o fim de inibir uma mobilização que pusesse em risco as bases do desenvolvimento capitalista.

Por outro lado, nos países periféricos como o Brasil, de industrialização tardia, o *Welfare State* não chegou a se consolidar. A análise de Valéria Marques Lobo, transcrita a seguir, foca o *desenvolvimentismo* da era Kubitschek:

[...] mesmo no contexto democrático da década de 50, o crescimento industrial tinha caráter excludente, em boa medida porque, além do elemento concentracionista, assentava-se em processos tecnológicos poupadores de mão-de-obra, deixando de fora parcela significativa da população brasileira, correspondente àqueles que não se incluíam no mercado formal de trabalho, fator decisivo para que o fordismo não se completasse no Brasil. Mesmo que os trabalhadores sem vínculos formais também tivessem, em geral, se beneficiado com a acelerada industrialização, sua presença, marcada pela instabilidade de sua condição e pela ausência de proteção, contribuía para que não se consolidassem no país padrões salariais e um mercado de massas típico do fordismo. (LOBO, 2010, p. 36).

A autora ressalta ainda o forte corporativismo existente no período, tanto na organização sindical como na política social; o movimento sindical cada vez mais ativo, mas num cenário de incipiência de outros movimentos sociais; e a falta, dentre as prioridades governamentais, da implementação de políticas sociais, considerando que na perspectiva desenvolvimentista a inclusão social decorreria do crescimento econômico acelerado.

De todo modo, mesmo nos países ocidentais que não viveram o *Welfare State* em sua plenitude, muitos de seus valores acabariam se introjetando, mais cedo ou mais tarde, às respectivas culturas jurídicas. No caso do Brasil, pode-se citar vários fundamentos e princípios estabelecidos pela Constituição Federal de 1988, tais como os do art. 1º, IV, art. 3º, III e IV e art. 7º.

2.6.2 Taylorismo-fordismo

No início do século XX, após analisar detidamente o trabalho nas indústrias americanas, F. W. Taylor publica a clássica obra *Os Princípios da Administração Científica*, onde propõe a utilização de métodos cartesianos para racionalizar a produção e aumentar a eficiência operacional na gestão industrial. Para tanto, o engenheiro americano demonstra como potencializar a produtividade do trabalho, decompondo-o e fragmentando-o segundo padrões rigorosos de tempo e estudo do movimento, na busca do melhor método de produção (*one best way*).

O método proposto por Taylor pressupõe a separação das atividades de planejamento (concepção, controle e gerência) dos trabalhos de execução. O controle do tempo de trabalho

é viabilizado por sua fragmentação e mecanização, o que requer que cada trabalhador exerça um tipo específico de tarefa. Esse sistema é caracterizado pela pouca qualificação do trabalho.

O método taylorista de produção seria aprimorado anos depois, já na vigência do Estado Social de Direito, por Henry Ford. O incremento se dá especialmente no processo de divisão do trabalho, que passa a chegar ao trabalhador em uma posição fixa, na linha de montagem, visando otimizar ainda mais o processo de produção. A indústria fordista é vertical, concentrando todas as atividades produtivas. O modelo fordista caracteriza-se ainda pela rigidez e estabilidade nas relações de trabalho, e pela padronização e massificação dos produtos.

Como observa David Harvey, o que havia de especial em Ford era a sua visão de que

produção de massa significava consumo de massa, um novo sistema de reprodução da força de trabalho, uma nova política de controle e gerência do trabalho, uma nova estética e uma nova psicologia, em suma, um novo tipo de sociedade democrática, racionalizada, modernista e populista. (HARVEY, 2001, p. 122).

Henry Ford mirava uma maior produtividade e o controle da resistência operária, num tempo em que o Estado assegurava-lhe infra-estrutura e ao mesmo tempo garantia-lhe o consumo, com políticas de bem-estar keynesianas. (VIANA, 1999, p. 885).

A grande indústria dos países desenvolvidos, ao longo do século XX e até o início da década de 1970, consagrou o modelo produtivo taylorista-fordista, centrado na fabricação em massa de mercadorias padronizadas e na mão-de-obra pouco qualificada, mas estável. O símbolo do taylorismo-fordismo é a grande planta industrial, os trabalhadores conectados à linha de montagem por uma esteira rolante, exercendo funções mecânicas e repetitivas. Esse método de trabalho ainda prevalece nos países de industrialização tardia, como o Brasil.

2.7 Neoliberalismo e reestruturação produtiva

A partir da segunda metade da década de 60, a queda da produtividade e da lucratividade, as instabilidades da demanda e o acirramento da competição internacional expõem a rigidez do sistema fordista. Rigidez do capital, dos mercados, do poder entrenchado da classe trabalhadora. Uma rigidez então incompatível com os interesses dos grandes grupos capitalistas. Como se não bastasse, as inovações comerciais, tecnológicas e

organizacionais sugeriam uma maior flexibilidade dos processos de trabalho, dos mercados de trabalho, dos produtos e padrões de consumo. (HARVEY, 2001, p. 140).

Com o *choque do petróleo* e a crise econômica de 1973/74, os países europeus que adotavam a política keynesiana passam a enfrentar sérias dificuldades. O período de profunda recessão abre espaço para que o pensamento econômico ultraliberal aos poucos reconstrua sua hegemonia. A ideologia neoliberal propugna o esgotamento do modelo do Estado de Bem-estar Social, resgatando a primazia do mercado na estruturação da economia e da sociedade, em nítida contraposição à centralidade do trabalho, cujo valor é reduzido a critérios mercantilistas.

2.7.1 O sistema toyota

Nos anos seguintes à crise de 1973/74, assiste-se nos países capitalistas centrais a uma profunda reestruturação empresarial, mirando maior qualidade e flexibilidade na produção e nos padrões de consumo.

A reestruturação produtiva é calcada em inovações comerciais e organizacionais, na adoção das inovações tecnocientíficas da robótica, eletrônica e microinformática e na implementação, ainda que de forma readaptada, dos métodos japoneses de gestão da força de trabalho (*toyotismo/ohnismo*). Assiste-se, paralelamente, a uma notável expansão do setor de serviços.

Idealizado por Taichi Ohno¹³ no capitalismo japonês pós-2ª Guerra Mundial, o toyotismo estrutura-se em uma produção autoativada pelo consumo. Minimizam-se os estoques, e as mercadorias são produzidas na medida exata, em pronto atendimento à demanda (*sistema just in time*).

O *espírito Toyota* (CORIAT, 1994, p. 29-31) consiste no avesso do taylorismo-fordismo. Ao invés de baixar os custos com uma produção em quantidades crescentes, de variedade restrita, Ohno propõe fabricar, em séries reduzidas, produtos diversificados. Os ganhos de produtividade passam a não depender da quantidade da demanda. Na eliminação dos supérfluos, recorre-se ao trabalho em equipe, à *gestão pelos olhos* (o fluxo de produção é controlado por cartazes luminosos) e ao método *Kanban*, inspirado em técnicas de gestão dos estoques dos supermercados norte-americanos.

Como explica o próprio Ohno:

¹³ Taichi Ohno era engenheiro-chefe da montadora japonesa de automóveis Toyota.

Enquanto o sistema clássico de produção de massa planejado é relativamente refratário à mudança, o sistema Toyota, ao contrário, revela-se muito plástico; ele adapta-se bem às condições de diversificação mais difíceis. (OHNO *apud* CORIAT, 1994, p. 30).

Esse modelo produtivo pressupõe a *redução de efetivos* (pessoal, equipamentos e estoques) e a conseqüente *redução dos custos*. É a idéia da *fábrica mínima* e enxuta: a empresa concentra-se em sua atividade essencial, subcontratando as demais.

A reestruturação da produção irá afetar os processos de trabalho e a própria pessoa do trabalhador. O sistema toyota exige uma mão-de-obra multifuncional e mais qualificada. E a busca da *qualidade total* impõe o controle da subjetividade do trabalhador, invadindo seus espaços privados e sobrecarregando-lhe cada vez mais no ônus produtivo. (DELGADO, G., 2006, p. 181). As atividades em equipe aguçam a competição entre os trabalhadores e a prática da “cooperação forçada”. (DRUCK *apud* DELGADO, G, 2006). Tudo isso, além de afetar a vida particular do empregado, podendo ser causa de doenças, implica um processo de “ruptura da identidade social do trabalhador”. (p. 181).

No âmbito coletivo, derrui-se o forte *sindicato de indústria*, transformando-o em um *sindicato de empresa*, interno e corporativista. Como contrapartida, asseguram-se aos trabalhadores o emprego vitalício e o salário por antiguidade.

Ricardo Antunes (1997, p. 28-45) sublinha que, precisamente por atender às exigências de maior competitividade e *qualidade total*, o toyotismo supõe uma intensificação da exploração do trabalho. O autor salienta que o apregoado sistema de qualidade total na realidade segue a lógica de uma produção supérflua e descartável. E ressalta que a necessidade de uma produção mais flexível, adaptada às necessidades do mercado, impõe uma igual flexibilização da força de trabalho, definida a partir de um número mínimo de trabalhadores e ampliada através de sobrejornada, trabalho parcial, temporário ou, ainda, de subcontratação. O i. sociólogo destaca as conseqüências negativas do toyotismo para a sociedade do trabalho, refutando seu lema de “democracia nas relações de trabalho” ao argumento de que, mais envolvente e participativo, o modelo é em verdade mais manipulatório.

Maurício Godinho Delgado (2006a, p. 19 e 102) formula crítica semelhante, situando o modo de produção toyotista no contexto hegemônico do pensamento econômico neoliberal. Mas ressalva que não há evidências de sua efetiva generalização mundial, deduzindo que parece prevalecer uma combinação diferenciada de modos de organização e gestão de força de trabalho, qualificados, de qualquer forma, pela deterioração das garantias trabalhistas.

2.7.2 Nova morfologia do trabalho

Outro traço marcante da economia pós-industrial é a *mundialização do capital*. O avanço tecnológico nos transportes e telecomunicações encurta as distâncias, e o resultado é a *desterritorialização da produção* e a *internacionalização dos ciclos produtivos*, desenvolvendo-se nas economias dominantes as atividades de concepção e gestão do capital, e destinando-se aos países periféricos (nos quais predomina o sistema fordista) a exploração do trabalho menos qualificado.

Antunes (2005, p. 41-44 e 59-65) descreve, como resultado dessa reestruturação do capital, uma *nova morfologia do trabalho*, destacando a redução do proletariado fabril estável (em especial nos países de capitalismo avançado), a intelectualização do trabalho na indústria e a expansão do trabalho assalariado no setor de serviços; ao mesmo tempo, na periferia do sistema produtivo dissemina-se o *trabalho precário*, sob a forma de contratação a termo, parcial, temporária, terceirizada ou informal – resultando numa classe trabalhadora mais *heterogênea, fragmentada e complexa*. Antunes relata ainda uma expansão, sem precedentes na era moderna, do desemprego estrutural. E acrescenta que tais mutações provocam uma crise sindical, decorrente do abismo no interior da própria classe trabalhadora, envolvendo trabalhadores estáveis e precários. Em tentativa de readaptação a essas mudanças, o *sindicalismo vertical* (herança do fordismo, e vinculado à categoria profissional) transmuda-se em *sindicalismo horizontalizado*, com maior abrangência e aptidão para aglutinar o conjunto dos trabalhadores. Como reflexos de tal crise, Antunes destaca a crescente individualização das relações de trabalho, a desregulamentação e a flexibilização trabalhistas.

Essa nova morfologia do trabalho não pulveriza, entretanto, a supremacia da relação de emprego no modo de produção. Trata-se de mera alteração na *configuração* da relação capital/trabalho, sem lhe modificar a essência.

3 TRABALHO E ECONOMIA POLÍTICA

No presente capítulo, procedemos a uma análise político-econômica do trabalho, desde a sociedade industrial até os dias atuais, mirando uma compreensão mais nítida das formas de exploração do trabalho no capitalismo.

3.1 Trabalho produtivo e sociedade industrial

A economia política clássica reduz a noção de trabalho produtivo à atividade humana que se incorpora em mercadoria palpável.

Na lição de Adam Smith:

Existe um tipo de trabalho que acrescenta algo ao valor dos objetos sobre os quais se aplica, e existe um outro tipo que não tem tal efeito. Por produzir um valor, é possível chamar o primeiro de trabalho produtivo; ao último, de improdutivo. Assim, o trabalho de um empregado de manufatura geralmente acrescenta, ao valor das matérias-primas às quais se aplica, o valor de sua própria manutenção, e o do lucro de seu patrão. O trabalho de um criado, ao contrário, nada acrescenta ao valor de qualquer coisa. (SMITH, 2003, p. 413-415).

Smith, ainda no século XVIII, acentua que o trabalho produtivo “fixa-se e se realiza num objeto particular ou mercadoria vendável, que perdura, pelo menos, durante algum tempo após o término do trabalho”. E cita o exemplo da manufatura. O trabalho improdutivo, ao contrário, “perece no instante mesmo de sua produção”. Nessa perspectiva, era improdutivo o trabalho dos criados, dos advogados, médicos, servidores públicos e todos os gêneros de letrados e artistas.

Karl Marx, em sua *crítica da economia política*, grifou o conceito de trabalho produtivo da *escola clássica* com o traço da mais-valia:

Ademais, restringe-se o conceito de trabalho produtivo. A produção capitalista não é apenas produção de mercadorias, ela é essencialmente produção de mais-valia. O trabalhador não produz para si, mas para o capital. [...] Só é produtivo o trabalhador que produz mais-valia para o capitalista. (MARX, 2005, v. 2, liv. I, p. 578).

Nesse ponto, é importante sublinhar que ambas as doutrinas (a economia política clássica e a teoria marxista) foram formuladas à época da dominação industrial. Daí a análise

de Marx, no mesmo sentido de Smith, de que os serviços, não se transformando em mercadorias autônomas, constituíam (ainda que exploráveis pelo capital) magnitudes insignificantes, se comparados com o volume da produção capitalista à época.

O mesmo Marx (1993, p. 85), todavia, fez questão de ressaltar: “Para se falar em produção deve-se ou buscar o processo de desenvolvimento histórico através de suas diferentes fases, ou declarar de antemão que se está lidando com uma época específica.”

Antes de analisarmos o trabalho produtivo na perspectiva pós-industrial, convém abordar o clássico antagonismo entre as duas teorias do valor, que dividiu a economia em duas escolas antagônicas: a *marxista* e a *marginalista*.

3.1.1 Teoria do valor-trabalho. Smith, Ricardo, Marx

Aprimorando a doutrina de Adam Smith, David Ricardo (1982, p. 43-44) formula sua *teoria do valor*, segundo a qual o valor de troca¹⁴ de uma mercadoria derivaria de duas fontes: sua escassez e a quantidade de trabalho necessário à sua produção. Sendo as mercadorias com valor determinado somente pela escassez (uma obra-de-arte, por exemplo) parte muito pequena da massa de artigos diariamente trocados no mercado, ao falar em mercadorias e das leis que regulam seu valor de troca Ricardo refere-se àquelas cuja quantidade pode ser aumentada pelo trabalho. E observa que não só o trabalho aplicado diretamente às mercadorias afeta o seu valor, mas também o materializado em ferramentas, maquinaria e construções que contribuem para sua execução¹⁵, às quais denomina *capital fixo* – em contraposição ao *capital circulante*, composto pelos bens consumidos rapidamente no processo produtivo (por exemplo, a matéria-prima).

Partindo da teoria do valor de Ricardo, e retomando Smith, Marx observa que a troca das mercadorias, como produtos do trabalho e reflexo da divisão social do trabalho (cada homem depende do esforço alheio para satisfazer suas próprias necessidades, ninguém produz tudo o que necessita) consiste na troca do próprio trabalho, que seria, portanto, o conteúdo do valor. Elabora então a idéia do “duplo caráter do trabalho materializado na mercadoria”:

¹⁴ A utilidade de uma coisa faz dela um *valor de uso*. Somente se afigura como mercadoria o bem que, além do valor de uso, adquire *valor de troca*, expresso na proporção de sua troca por outras mercadorias ou dinheiro. Smith observa que as coisas com maior valor de uso (como a água e o ar) têm freqüentemente pequeno ou nenhum valor de troca e, ao contrário, as que têm maior valor de troca podem ter valor de uso restrito, como por exemplo o diamante. (SMITH, 2003, p. 36).

¹⁵ Marx criaria a terminologia *trabalho vivo* e *trabalho morto*, contrapondo a força de trabalho ao capital fixo, no qual se materializou o trabalho pretérito. (MARX, 2005. v. 2, liv. I, p. 228).

trabalho concreto (o trabalho visto em seu aspecto útil, de produção de valor de uso); e *trabalho abstrato* (trabalho humano homogêneo que cria o valor de troca das mercadorias – valor este que, logicamente, não é definido a cada mercadoria produzida, mas de forma abstrata) (MARX, 2006, v. 1, liv. I, p. 63-68).

Em objeção a Ricardo (que a misturava com o lucro), Marx (2006, v. 2, liv. I, p. 605-609) formula sua própria concepção de mais-valia, sintetizando-a na idéia de trabalho alheio não-pago. A quantidade de trabalho prestado pelo trabalhador seria dividida em duas partes: uma equivaleria ao valor pago, pelo capitalista, por aquela força de trabalho (*trabalho necessário*); a outra figuraria o *trabalho excedente*, ou mais-valia. Ou seja, o capitalista paga o preço da força de trabalho e recebe em troca o direito de dispor daquela *força viva*, excluindo o trabalhador da participação no *produto excedente*.

Marx consolida a noção de trabalho abstrato como essência do valor fundado na divisão social do trabalho, e rompe com a economia política clássica ao conferir ao *valor-trabalho* uma dimensão histórico-social, proclamando que o modo de produção capitalista determina o conjunto das próprias relações sociais.

A *teoria do valor-trabalho* investiga, portanto, a atividade econômica e o valor a partir das relações sociais e da divisão social do trabalho. Nessa perspectiva, o valor econômico não surge no mercado, mas na produção; o trabalho é o centro da criação de valor na economia, advindo daí a idéia de *centralidade do trabalho*.

3.1.2 Teoria do valor-utilidade

Em abordagem completamente distinta, a teoria do *valor-utilidade* atribui a fonte do valor na economia à utilidade subjetiva do bem. O valor, nessa concepção, é definido pelo comportamento do consumidor, por suas necessidades subjetivas.

No final do século XIX, desenvolve-se a idéia do *valor-utilidade marginal*: com o aumento do consumo de um bem, a satisfação por ele proporcionada (utilidade marginal) diminui. Em outras palavras, o grau de utilidade do bem varia em decorrência do aumento ou diminuição de sua oferta. Surgiu a *escola neoclássica*, e a tese de que o preço de um bem é definido pelo encontro das curvas de demanda e oferta – ou seja, pelo mercado. O trabalho é considerado não o conteúdo do valor de troca, mas mero fator de produção, ao lado do capital e dos recursos naturais.

Se é certo que a escola marginalista contrapõe-se à teoria marxista, refutando a centralidade do trabalho na economia, em certo ponto as duas abordagens tendem a uma complementaridade, como observa Paul Singer (1982, p. 24), na medida em que a concepção do valor-trabalho é essencialmente macroeconômica, sendo pouco operacional em relação ao cotidiano e à individualidade da economia – exatamente onde a teoria do valor-utilidade oferece contribuições válidas para o conhecimento econômico. Por outro lado, se o preço dos produtos é ditado pelo mercado, é evidente que tal definição não é aleatória, tampouco deriva exclusivamente da curva de demanda e oferta – antes considera uma complexidade de fatores, que incluem logicamente o valor da força de trabalho.

3.2 O trabalho na pós-indústria

Como observam Michael Hardt e Antonio Negri (2005a, p. 302-303), a evolução dos paradigmas econômicos desde a Idade Média demarca três momentos distintos: um primeiro paradigma no qual a agricultura e as atividades extrativas dominaram a economia; um segundo, no qual a indústria e a fabricação de bens duráveis tornaram-se hegemônicas; e um terceiro e atual paradigma, no qual a oferta de serviços, a troca de informações e a informatização são o coração da produção econômica.

A análise que os autores propõem é qualitativa, e eles lembram que, quando Marx vislumbrou no trabalho industrial e na produção capitalista uma tendência econômica transformadora, a agricultura ainda era predominante em termos quantitativos.

3.2.1 Teoria do trabalho imaterial

André Gorz (2005, p. 15-19) frisa que, se o capitalismo moderno centrou-se na valorização do capital fixo material, o capitalismo pós-industrial valoriza um capital dito imaterial; em consequência, o centro da criação de valor passa a ser o trabalho imaterial, ao qual os padrões clássicos de medida (unidades de produto por unidades de tempo) não podem se aplicar.

Nessa nova paisagem socioeconômica, soa antiquado o conceito de trabalho produtivo formulado pela economia política clássica. Na sociedade pós-industrial, o conhecimento e o trabalho intelectual produzem ainda mais valor econômico que o trabalho material ou imediato, mesmo no âmbito industrial, na medida em que a informação e a informatização

passam a dominar o capital fixo material da indústria. Passa a ser mais estratégico para a empresa, por exemplo, o trabalho envolvendo conhecimento tecnológico-científico, que irá potencializar a própria produção dos bens materiais. Ademais, no *capitalismo cognitivo* a indústria enfoca mais a comercialização que a produção das mercadorias, intervindo o trabalho imaterial na integração da relação produção/consumo. Fora da fábrica, a notável expansão e valorização do setor de serviços¹⁶ apenas acentuam a produtividade do trabalho imaterial na economia pós-moderna.

O trabalho imaterial – que Hardt e Negri (2005b, p. 150) denominam *biopolítico*¹⁷ – é todo aquele que cria produtos imateriais, como conhecimento, informação, comunicação ou relações. Os autores o realçam em suas formas intelectual (ou lingüística) e afetiva, mas incluem no conceito a prestação de serviços que não resultam em produto material. Destacam ainda o trabalho industrial informatizado e a produção integrada ao consumo (*marketing*, publicidade, moda, produção audiovisual, de *software*, etc.).

3.2.2 Uma crítica à teoria do imaterial

Os ideólogos da *economia do imaterial* apregoam que o trabalho interativo em rede das comunidades da internet e as qualidades cooperativas da força de trabalho imaterial subverterão gradualmente a lógica capitalista que perdura desde a Revolução Industrial: a separação entre os trabalhadores e o produto do seu trabalho.

Gorz (2005, p. 15, 21 e 37) argumenta que, com a universalização do computador e da internet, os meios de produção tornam-se apropriáveis e partilháveis, e o conhecimento passa a ser a força produtiva principal, substituindo o trabalho vivo por trabalho acumulado (e economizado) na forma de *softwares*. E conclui que, se o conhecimento é fonte de valor, “ele destrói muito mais valor do que serve para criar”, abrindo então a perspectiva de uma “crise do capitalismo em seu sentido mais estrito”, rumo a uma economia da abundância ou gratuidade.

¹⁶ Ricardo Antunes relata tendência de vertiginosa expansão do setor de serviços em todos os países de economia central (ANTUNES, 1997, p. 46-47). Também o Brasil, na condição de país emergente, apresenta índices expressivos de expansão dos serviços, com participação cada vez maior no PIB, conforme dados do IBGE. Antunes, que perfilha o conceito ortodoxo de trabalho produtivo, por vezes inclina-se à noção mais abrangente, como quando afirma que “o capital de nossos dias amplificou a lei do valor, extraindo sobretrabalho nas fábricas, bancos, escolas, nos serviços, etc.”, e que “há trabalho produtivo hoje onde não existia ontem” (ANTUNES, 1997, p. 97).

¹⁷ *Biopolítico* no sentido de criar não apenas bens materiais, mas também relações e a própria vida social.

Hardt e Negri (2005a, p. 315) aduzem que, na pós-modernidade, a produtividade assume a forma de interatividade cooperativa, mediante redes lingüísticas, de comunicação e afetivas. Negri vislumbra, nesse contexto, uma “independência progressiva da força de trabalho, enquanto força de trabalho intelectual e trabalho imaterial, em face do domínio capitalista.” (LAZZARATO; NEGRI, 2001, p. 26-33). O i. filósofo italiano desenvolve o conceito marxista de intelecto geral (*general intellect*¹⁸) reputando-o o ator fundamental do atual processo social de produção, seja sob a forma do trabalho científico geral, seja articulado através da cooperação social. E enxerga nas energias criativas do trabalho imaterial o potencial de “um tipo de comunismo espontâneo e elementar”. (HARDT; NEGRI, 2005a, p. 315).

Esse capítulo da *teoria do imaterial* deve ser examinado com certo cuidado.

De início, percebe-se na análise dos filósofos do imaterial um corte claramente eurocêntrico. Soa ainda artificial falar em força de trabalho rica em capacidade e criatividade, ou em articulação da cooperação social do trabalho com independência do capital em países como o Brasil, onde o acesso ao conhecimento é privilégio de uma minoria, e a pós-grande indústria ainda se infiltra no modo de produção fordista.

Feita essa ressalva, a internet decerto possibilita uma partilha gratuita do conhecimento e sua reprodução em quantidades ilimitadas a um custo desprezível. Por outro lado, como assinala o próprio Gorz (2005, p. 40), a conversão do conhecimento em *capital imaterial* da empresa se realiza através da limitação de sua difusão e do controle de acesso, por intermédio de meios jurídicos (certificados, direitos autorais, licenças, contratos), ou do monopólio (franquias, estratégias de *marketing*, valor comercial da marca, etc.).

A distribuição e reprodução gratuitas do conhecimento, portanto, em que pese se alastrarem a cada dia no mundo virtual, não passam de um desvio na lógica capitalista de apropriação dos meios de produção. Ademais, trata-se muito mais de uma partilha do consumo que propriamente da produção – esta última envolve, em geral, atividades ilícitas como a pirataria.

No âmbito das relações de trabalho, a capitalização do conhecimento é assegurada através da apropriação, pelo capital, dos direitos decorrentes da criação intelectual ou científica do trabalhador a ele subordinado.

¹⁸ Em genial abstração, Marx anteviu que o progresso da ciência e da tecnologia faria do *general intellect* (o saber social geral acumulado) a força produtiva que dominaria o processo da vida social. (MARX, 1993, p. 706).

Talvez se possa cogitar de uma dependência do capital em relação ao saber intelectual e tecnocientífico dos trabalhadores mais-qualificados. Mas, como destacam Antunes (2005, p. 52) e Gorz (2005, p. 34), tais trabalhadores em verdade personificam o capital: investidos do poder de comando, representam o patronato e exercem papel central no controle e gestão do processo de valorização do capital. De todo modo, enquanto permanecerem a serviço do capital tais trabalhadores terão seu conhecimento explorado em algum grau; somente o emanciparão ao se desligarem da empresa, mas para ativá-lo com eficácia dependerão novamente do capital alheio – a menos que se tornem, eles próprios, capitalistas, quando então, ainda que microempresários, certamente passarão a expropriar o trabalho alheio, especialmente o menos qualificado.

Do que se conclui que, mesmo nas economias dominantes, a produção interativa/cooperativa e emancipada do capital, de que cogitam Lazzarato e Negri (2001, p. 26-27), esboça-se como força produtiva secundária, que não elide a lógica da produção capitalista. Essa força de trabalho social e autônoma, capaz de organizar o próprio trabalho e as próprias relações com a empresa, circunscreve-se de todo modo ao *ciclo do trabalho imaterial*, particularmente o mais-qualificado.

Por outro lado, nos países periféricos (mesmo os emergentes) prolifera e se intensifica o trabalho menos qualificado¹⁹ – justamente o mais explorado pelo capitalismo neoliberal. Eis a realidade que interessa mais diretamente ao Direito do Trabalho brasileiro.

Essa a nossa ressalva à teoria do trabalho imaterial. Ao contrário dos marxistas ortodoxos, convergimos com a perspectiva de uma tendência hegemônica do conhecimento e do trabalho imaterial na sociedade pós-industrial, em termos qualitativos. Apenas não vislumbramos nesse fenômeno uma quebra ou mesmo ameaça à lógica da produção capitalista, na medida em que também o trabalho imaterial pode ser, e é, expropriado pelo capital.²⁰ Ademais, analisando-se a economia em perspectiva global, a exploração do trabalho menos qualificado – ainda que deslocada aos países periféricos – subsiste como elemento indispensável ao processo de produção pós-industrial.

¹⁹ Se o capital é global, os pontos de exploração são determinados e concretos. (HARDT; NEGRI, 2005b, p. 102)

²⁰ O próprio Gorz sugere que na *economia do imaterial* subsiste a lógica capitalista, ao acentuar que os trabalhadores pós-fordistas devem entrar no processo de produção com toda a bagagem cultural que adquiriram, e esse saber a empresa pós-fordista põe para trabalhar, e *explora*. (GORZ, 2005, p. 19). Os exemplos de trabalho imaterial aventados por Hardt e Negri (notadamente os envolvidos na informatização da produção industrial) demonstram igualmente sua inserção no modo de produção capitalista. Os dois autores chegam a discorrer sobre as formas peculiares de exploração do trabalho afetivo. (HARDT; NEGRI, 2005b, p. 153).

3.2.3 Crise de medição do trabalho na pós-indústria

Discorrendo sobre a economia do imaterial, Gorz (2005, p. 29) afirma que “a heterogeneidade das atividades de trabalho ditas cognitivas, dos produtos imateriais que elas criam e das capacidades e saberes que elas implicam, torna imensuráveis tanto o valor das forças de trabalho quanto o dos seus produtos”, o que “põe em crise a pertinência das noções de *sobretalho* e de *sobrevalor*”.

Decerto, se nos primórdios do capitalismo industrial o valor de troca de uma mercadoria equivalia, em regra, à quantidade de trabalho social necessário para produzi-la, na pós-indústria o preço do produto irá refletir uma complexidade de forças produtivas heterogêneas e não-mensuráveis – além da própria curva da demanda e oferta.

Exemplifiquemos.

A quantidade de trabalho necessária à fabricação da Coca-Cola é a mesma de um refrigerante de marca desconhecida. O produto da Coca-Cola, no entanto, além de vender mais, possui maior valor de troca, o que se explica por sua maior qualidade²¹ – resultante do conhecimento tecnocientífico desenvolvido e patenteado pela empresa – e pelo valor comercial da marca, fruto de longo e intenso trabalho de *marketing*.

É interessante constatar que, ao contrário do capital fixo material (instalações, maquinaria, ferramentas), o capital imaterial pode valorizar o produto sem se consumir em seu próprio valor de uso. Mas o processo de produção capitalista jamais prescindirá da interação entre o trabalho vivo e o trabalho morto (armazenado no capital material ou imaterial da empresa). O exemplo do refrigerante demonstra bem isso: sem o trabalho de produção industrial, e mesmo sem a renovação do trabalho imaterial de publicidade, a marca Coca-Cola resultaria em capital imaterial estéril.

Do que se conclui que, mesmo na pós-indústria, o trabalho vivo é elemento indispensável à produção capitalista. Apenas já se torna inviável mensurar o valor-trabalho agregado ao preço do produto – da mesma forma que não é quantificável a influência das demais forças produtivas (saber tecnocientífico armazenado pela empresa, valor da marca, etc.) na definição daquele preço pelo mercado.

Partindo-se da premissa de que todas as forças produtivas têm o potencial de influir na estipulação do preço do produto pelo mercado – e, por conseguinte, na geração do lucro do capitalista –, e reduzindo-se a análise ao trabalho vivo, deduz-se que a lógica da extração de

²¹ Ao menos na avaliação do consumidor, que também é induzida pelo trabalho de *marketing*.

mais-valia subsiste no capitalismo contemporâneo.²² Apenas, ao invés de mais-valia quantificável, exprimível em fórmulas e taxas²³, o *excedente* na produção capitalista pós-industrial será de modo geral não-mensurável (ainda que se trate de produção material, que terá, de todo modo, algum traço ou componente imaterial, além de sujeitar seu valor de troca às flutuações do mercado). Será ainda *proveito potencial* (como, aliás, na própria análise marxista), inerente ao fato de o capitalista ter à sua disposição a força de trabalho alheia, com a potencialidade de extrair dali um excedente econômico, do qual se apropria.

Para os marxistas mais ortodoxos, a produção direta de mais-valia restringe-se ao trabalho de produção material. Talvez por isso refutem a tese da vigência de uma sociedade pós-industrial. O próprio Marx (2006, v. 2, liv. I, p. 578), contudo, mesmo sustentando à época o conceito clássico de trabalho produtivo, assim se manifestou, referindo-se à mais-valia: “Utilizando um exemplo fora da esfera da produção material: um mestre-escola é um trabalhador produtivo quando trabalha não só para desenvolver a mente das crianças, mas também para enriquecer o dono da escola.”

Do que se conclui que em todo trabalho alienado à produção capitalista (o denominado “trabalho produtivo”) há a potência de produção de excedente para seu tomador, quer se trate de trabalho material ou imaterial, braçal, afetivo ou intelectual.

3.3 A interação produção/consumo

Analisando o ciclo da produção imaterial, Lazzarato e Negri (2001, p. 44-47) ponderam que “a mercadoria pós-industrial é o resultado de um processo de criação que envolve tanto o produtor quanto o consumidor”. A participação do consumidor na definição do produto verifica-se mesmo na produção material da indústria. Por exemplo, um automóvel muitas vezes é colocado na linha de produção somente depois que a rede de vendas o encomenda. No sentido inverso, o trabalho imaterial não apenas materializa as necessidades, o imaginário e os gostos do consumidor, como produz o desejo ou a necessidade (artificial) de consumo, por meio do *marketing* e da publicidade.

Marx (1993, p. 90-93) percebeu a interação produção/consumo ainda na sociedade industrial, ressaltando sua mútua dependência e mediação, e observando que a produção é

²² O que resta evidenciado pelo deslocamento da produção material do capital global para os países periféricos, onde a mão-de-obra é mais barata, extraindo-se máxima mais-valia.

²³ Marx elaborou fórmulas alternativas da taxa de mais-valia, tendo como denominador a quantidade do tempo de trabalho ou o valor da força de trabalho. (MARX, 2006, vol. 2, p. 605).

meio de consumo, criando a “última matéria”, sem a qual o consumo careceria de objeto; e o consumo “produz a produção”, na medida em que cria a necessidade por nova produção – ou seja, “cria o motivo da produção”. Se a produção oferece ao consumo seu objeto externo, o consumo cria o objeto da produção numa forma ainda subjetiva, idealizando-o como uma imagem interna, como uma necessidade.

De todo modo, é importante sublinhar que a integração da relação produção/consumo não dilui a natureza das duas categorias. O próprio Marx (1993, p. 93) fez tal ressalva, ao aludir a “um movimento que os relaciona um ao outro, torna-os indispensáveis um ao outro, mas ainda assim deixa-os externos um ao outro”. Assim é que, ao intervir na criação do produto, o consumidor integra o processo produtivo na qualidade de consumidor; da mesma forma, ao produzir desejo de consumo o trabalho imaterial não se despe de sua identidade de fator de produção – ainda que produção de subjetividade.

Uma última observação: ao escrever sua doutrina na época do capitalismo industrial, Marx dividiu o ciclo da economia em quatro etapas: produção, distribuição, troca (circulação) e consumo. Na economia pós-industrial, os três primeiros momentos condensam-se no conceito de atividade produtiva.

3.4 O valor-trabalho na pós-indústria

Gorz (2005, p. 39) relata que a Nike não possui instalações ou maquinário industrial, limitando sua atividade à concepção e ao *design*, e terceirizando sua produção material.

Se considerarmos que a concepção dos produtos é trabalho imaterial realizado por um grupo reduzido e qualificado de trabalhadores, e que a Nike pode variar e deslocar pelo globo a subcontratação da produção industrial, sem perda da identidade de seus artigos esportivos, concluiremos que o trabalho material não é o elemento central que diferencia os produtos da Nike frente à concorrência.

Por outro lado, se ponderarmos que sem aquele trabalho imediato, e sem o trabalho imaterial de *design*, a marca Nike resultaria em capital imaterial estéril, chegaremos à não menos irrefutável conclusão de que o trabalho vivo é (ainda que em parte à distância) elemento indispensável à atividade produtiva da Nike.

O discurso da moda entre os pensadores europeus centra-se na primeira ilação. Claus Offe, André Gorz, Jeremy Rifkin, Jürgen Habermas e Dominique Méda, dentre outros pensadores de renome, vislumbram que a revolução tecnológica resultará no progressivo

desaparecimento do trabalho imediato ou material e na diminuição generalizada do tempo de trabalho necessário, em proveito do não-trabalho e do tempo livre. Apregoando o “fim do emprego”, o “adeus ao proletariado” ou o “desaparecimento do trabalho”, dentre outros clichês do gênero, o que aqueles intelectuais decretam é o *fim da centralidade do trabalho* (apud ANTUNES, 2005, p. 23-25).²⁴

Antunes (2005, p. 23-63) admite que o avanço tecnocientífico, a automação e a correspondente redução do trabalho imediato acarretam uma “crise do trabalho abstrato”²⁵. Mas enfatiza, com propriedade, que o capital não pode se reproduzir sem alguma forma de interação entre *trabalho vivo* e *trabalho morto*. E acrescenta que a reestruturação produtiva do capital altera qualitativamente e ao mesmo tempo amplia as formas de exploração do trabalho, com apropriação crescente da dimensão intelectual do trabalho, seja nas atividades industriais informatizadas, seja no setor de serviços. Por conseguinte, e em contraponto à tese do fim da centralidade do trabalho, Antunes propõe uma concepção mais abrangente do trabalho, contemplando sua nova morfologia e caráter multifacetado.

Parece-nos interessante, a essa altura, uma dissecção da idéia de centralidade do trabalho em dois prismas: o puramente econômico e o social. Se é inegável certa retração da centralidade do trabalho abstrato enquanto fonte de criação de valor (diga-se, valor de troca das mercadorias), reforça-se, no momento histórico que presenciamos, a importância de se destacar o trabalho como elemento primordial de realização da pessoa humana e meio fundamental de integração social. Na era do individualismo, do estímulo à competitividade, do império do capital financeiro e oligopolista, vemos como essencial tal reflexão sobre a *centralidade social do trabalho*.

²⁴ É importante frisar que os referidos pensadores projetam para o futuro não propriamente o fim do trabalho, mas do trabalho subordinado, ou mesmo do trabalho produtivo. A perda da centralidade do trabalho é vista aqui sob o prisma socioeconômico, não se desprezando a importância do trabalho como elemento de realização da pessoa humana.

²⁵ Entendida como uma retração do papel do trabalho abstrato na criação do valor de troca das mercadorias, decorrente da redução do trabalho vivo e ampliação do trabalho morto. Tal tendência foi renunciada por Marx ainda no século XIX, ao antever que, com o desenvolvimento da grande indústria, a criação da riqueza dependeria menos do tempo e da quantidade de trabalho imediato, e cada vez mais do nível geral da ciência e do progresso da tecnologia, vinculando-se o trabalho vivo mais às atividades de vigilância e regulação do processo produtivo. O trabalho deixaria então de ser a medida da riqueza, e o valor de troca deixaria de ser a medida do valor (MARX, 1993, p. 704-706). Antunes pondera que Marx teria formulado mera abstração, cuja efetivação plena suporia uma ruptura em relação à lógica do capital. E argumenta que, linhas à frente, Marx teria sugerido que enquanto perdurar o modo de produção capitalista não se pode concretizar a eliminação do trabalho como fonte criadora de valor. Antunes ressalta que a generalização da automação industrial no capitalismo contemporâneo acarretaria a destruição da própria economia de mercado, pela incapacidade de integralização do processo de acumulação de capital, na medida em que, não sendo assalariados nem consumidores, os robôs não participariam do mercado. (ANTUNES, 1997, p. 51). Em outras palavras, a inutilidade absoluta do trabalho vivo resultaria na própria superação do capitalismo.

Mauricio Godinho Delgado pondera que a centralidade do trabalho e do emprego no sistema capitalista desponta, essencialmente, como uma escolha, uma perspectiva, e ressalta que,

acolhido o núcleo neoliberal de reflexão, com desprezo pelo trabalho e pelo emprego e o conseqüente super-privilégio conferido ao capital financeiro-especulativo, restarão evidentemente menos espaços, iniciativas, recursos e energia para a geração de empregos e disseminação da renda nos respectivos países e economias. (DELGADO, 2006a, p. 35-45 e 95-99).

No mesmo sentido, Valéria Marques Lobo sustenta a necessidade de um processo de desmercantilização da força-de-trabalho, a depender não apenas da regulação trabalhista, mas de uma maior abrangência das políticas sociais. E enfatiza que “a desmercantilização ocorre quando a prestação de serviços e a oferta de benefícios são concebidas como um direito social, desvinculando a sobrevivência e o bem-estar das pessoas da venda de sua força-de-trabalho no mercado”. (DELGADO, 2006a, p. 14).

Talvez seja esse um dos grandes desafios das sociedades na pós-modernidade: condicionar o incremento da automação e da informatização no modo de produção ao respeito à dignidade da pessoa humana e ao bem-estar social.

Frise-se que a Constituição Federal brasileira erigiu o “valor social do trabalho” ao *status* pétreo de fundamento da República (art. 1º, inciso IV).

4 TRABALHO E DIREITO

A análise histórica e político-econômica do trabalho deságua agora em conteúdo jurídico.

4.1 Gênese e desenvolvimento do Direito do Trabalho

Como foi visto no capítulo 2, a primeira fase da Revolução Industrial foi marcada pelas péssimas condições de trabalho na fábrica. Imperava um regime de liberdade econômica desmedida, figurando o Estado como mero espectador. Em ambientes assim, a opressão aos menos favorecidos torna-se inevitável.

A generalização da maquinaria reduziu a necessidade de esforço físico no trabalho e permitiu o emprego generalizado de mulheres e menores, menos propensos à reivindicação. Isso ainda agravou o problema do excesso de contingentes de trabalhadores. A consequência, além do abuso do trabalho de menores e mulheres, foram salários ínfimos, jornadas excessivas e condições de trabalho degradantes. (BARROS, 2006, p. 59).

Na correção aos abusos dos primórdios da sociedade industrial encontram-se as raízes do novo ordenamento jurídico que começaria a se estruturar.

Como expõe Alice Monteiro de Barros, as causas originárias do intervencionismo estatal encontram-se no aparecimento da sociedade de massas, no surgimento de uma consciência coletiva e de um sentimento de solidariedade.

Como assinala a i. doutrinadora mineira, “o conflito entre o coletivo e o individual ameaçava a estrutura da sociedade e sua estabilidade. Surge daí a necessidade de um ordenamento jurídico com um sentido mais justo de equilíbrio”. (BARROS, 2006, p. 60).

Os abusos da propriedade privada e da livre iniciativa, e o próprio liberalismo, passam a ser questionados através de ideologias revolucionárias ou reformistas.

Os *socialistas utópicos* questionavam o direito de propriedade e a exploração do proletariado, de mulheres e crianças, mas acreditavam na idéia de uma reforma social. Mario De La Cueva afirma que “estes socialistas foram os iniciadores do Direito do Trabalho”. (apud SEGADAS VIANNA, in SÜSSEKIND *et al.*, 1995, p. 95). Segadas Vianna anota que ao nome de Robert Owen vincula-se a formação das primeiras “Trade Unions” na Inglaterra,

tendo ele próprio sido um dos inspiradores dos regulamentos de fábrica. (*In SÜSSEKIND et al.*, 1995, p. 95).

O *socialismo científico*, capitaneado por Marx e Engels, assenta-se na doutrina do *materialismo histórico*, segundo o qual a economia e o modo de produção constituem a estrutura da sociedade, determinando sua superestrutura (cultura, ideologias, religião, direito). O Manifesto Comunista, de Marx e Engels, publicado pela primeira vez em 1848, é historicamente um dos tratados políticos de maior influência mundial e, como ressalta Segadas Vianna, teve grande relevância nas lutas proletárias na segunda metade do século XIX. O autor ressalva, todavia, que tal influência recaiu mais sobre a criação de uma mentalidade de luta do proletariado contra a exploração capitalista do que propriamente na fixação de princípios do Direito do Trabalho. (*SÜSSEKIND et al.*, 1995, p. 96).

Nesse ponto, é interessante salientar que o papel do Direito do Trabalho no sistema capitalista não tem matiz revolucionária, ou de transformação de sua lógica de exploração²⁶. Como observa Maurício Godinho Delgado, dentre as várias funções do Direito do Trabalho – entre elas a de melhoria das condições de trabalho, seu caráter modernizante e progressista do ponto de vista econômico e social, o papel civilizatório e democrático no contexto do capitalismo – desponta sua *função política conservadora*:

Esta função existe à medida que este segmento normativo especializado confere legitimidade política e cultural à relação de produção básica da sociedade contemporânea. A existência do Direito do Trabalho não deixa de ser, assim, um meio de legitimação cultural e política do capitalismo – porém concretizada em padrão civilizatório mais alto (e não nos moldes do capitalismo sem reciprocidade, sem peias). (DELGADO, 2006a, p. 121-126).

Daí Segadas Vianna afirmar que as origens do Direito do Trabalho, especialmente o vigente no Brasil, encontram-se mais fortemente vinculadas à orientação cristã para a solução da questão social. (*SÜSSEKIND et al.*, 1995, p. 96).

A doutrina social da Igreja, cujo marco é a *Encíclica Rerum Novarum*, de Leão XIII (1891), condena os excessos capitalistas, socialistas e comunistas, e prega a intervenção do

²⁶ Mesmo não sendo o Estado a fonte única do Direito, a atribuição de *dizer o direito* em última instância é estatal (art. 5º, XXXV da CF/88). Não há, portanto, como dissociar Estado e Direito, o que faz concluir que um “Direito revolucionário” seria um contrassenso, na medida em que uma revolução consiste em transformar radicalmente a estrutura política, econômica e social vigente, e esta é legitimada pelo Estado. Exemplificando, a Constituição da República brasileira tem como um de seus fundamentos a livre iniciativa (art. 1º, IV), e garante o direito de propriedade como direito fundamental, atendida sua função social (art. 5º, XXII e XXIII). Assim, por mais progressista que se revele o Direito do Trabalho na proteção ao trabalho, seu conteúdo de alguma forma será conservador em relação aos direitos individuais assegurados constitucionalmente e à ordem econômica vigente, que é capitalista (arts. 170 a 181 da CF/88).

Estado nas relações de trabalho para regular e fixar condições em favor dos menos favorecidos, coibindo a exploração de mulheres e crianças e assegurando a dignidade da pessoa humana no trabalho. (BARROS, 2006, p. 60).

Sobre o intervencionismo estatal na questão social, merecem destaque as lúcidas considerações de Mário De La Cueva, novamente citado por Segadas Vianna:

A existência das classes sociais é um elemento real que se impõe ao sociólogo, ao político e ao jurista, mas o Estado atual, o Estado democrático, não é patrimônio de nenhum grupo ou classe, e sim os reúne e representa a todos; [...] como elemento regulador das classes não pode permanecer inativo [...]; sua função consiste, conseqüentemente, na intervenção nos fenômenos econômicos, a fim de que, dentro do sistema jurídico dominante, cada classe obtenha aquilo que justamente lhe pertence. Não tolerará, por isso, a exploração de uma classe por outra e, para impedi-lo, promulga a legislação do trabalho [...]. É evidente que essa forma de apresentar o problema alcançou êxito extraordinário na maioria dos países e, se bem que ofereça matizes diferentes, repousa em um princípio fundamental, *a necessária participação do Estado nos fenômenos da produção e distribuição*, com duplo propósito de impedir a exploração de uma classe e de evitar o caos que resultou da economia liberal. O Direito do Trabalho não vem a ser senão uma das formas dessa intervenção [...]. (DE LA CUEVA *apud* SEGADAS VIANNA, *in* SÜSSEKIND *et al.*, 1995, p. 97).

No mesmo sentido, Alice Monteiro de Barros (2006, p. 63) destaca que o Direito do Trabalho despontou na Europa, no século XIX, em contexto de forte desigualdade econômica e social, o que tornou necessária a intervenção do Estado através de uma legislação predominantemente imperativa, insuscetível de renúncia pelas partes, com rol reduzido de normas dispositivas e pouco campo para a autonomia da vontade.

Olea (1984, p. 199) afirma que o “o desenvolvimento fundamental do Direito do Trabalho reside na multiplicação e na diversificação dos contratos e relações de trabalho e situações jurídicas conexas ou destes dependentes, que são objeto de sua regulamentação”. Daí o caráter descritivo e bastante pormenorizado das primeiras normas trabalhistas:

Assistimos, neste momento, nas normas assim geradas, ao nascimento do Direito do Trabalho em sentido próprio e estrito, como conjunto de normas especializadas, e referidas a uma realidade sócio-econômica que vai, aos poucos, se tornando importante e básica para a vida em sociedade: o trabalho por conta alheia, prestado em regime de liberdade jurídica e assentado sobre bases contratuais. (OLEA, 1984, p. 183).

Como anota o jurista espanhol, o desenvolvimento do sistema normativo trabalhista não foi linear, mas pode-se identificar certa ordem nesse processo.

As primeiras normas estatais de Direito do Trabalho regulamentaram o trabalho das mulheres e, especialmente, dos menores. É a fase que a doutrina costuma denominar de *formação*, tendo por marco inicial o *Moral and Health Act* (1802), considerado o primeiro diploma legal de proteção ao trabalhador, e que proibiu o trabalho noturno dos menores, limitando sua jornada em 12 horas diárias. As normas desse período possuem caráter limitativo ou proibitivo, estabelecendo limites mínimos de idade e duração máxima da jornada diária e semanal, que mais tarde seriam estendidas aos demais trabalhadores.²⁷ Delgado (2004, p. 94) aduz que as leis trabalhistas, nessa época, não se traduziam, ainda, como um conjunto sistemático de normas, consistindo em meros esforços dispersos de contenção da superexploração do trabalho de mulheres e menores na indústria.

Olea segue sua ordem de exposição do desenvolvimento do Direito do Trabalho destacando as normas estabelecendo o descanso semanal remunerado e as férias anuais como direitos dos trabalhadores.

As normas relacionadas à segurança e higiene do trabalho vieram impor obrigações baseadas na possibilidade de controle, pelo empresário, da higiene e segurança do meio ambiente de trabalho. Eram normas minuciosas, que regulamentavam desde as proteções dos tornos, até as dimensões e os parapeitos dos andaimes; desde as condições de ventilação de uma mina até as precauções a adotar nas pinturas. Normas que, como anota Olea, constituem, ao lado da regulamentação do trabalho de menores e mulheres, a base do *Direito Industrial* ou *Direito das fábricas*, denominação primitiva do Direito do Trabalho:

A importância e a influência que as normas sobre acidentes tiveram sobre todo o Direito do Trabalho foram consideráveis. Se bem se observa, os epítetos de “tutelar”, “protetor” ou “defensor” que costumam, de um modo geral, aplicar-se ao Direito do Trabalho, são, não realidade, característicos da legislação sobre acidentes e da jurisprudência correspondente[...]. (OLEA, 1984, p. 202).

As normas de segurança social despontam em outro momento, calcadas no *princípio de solidariedade social*, mediante o qual assegura a sociedade, na qualidade de beneficiária da produção, um mínimo de rendimentos aos trabalhadores impossibilitados de trabalhar por questões de saúde ou baixa oferta de empregos. (OLEA, 1984, p. 205). Originam-se daí não apenas as normas previdenciárias, como aquelas relativas ao seguro-desemprego. Nessa fase de *sistematização e consolidação* do Direito do Trabalho, que a doutrina situa entre 1848 (ano

²⁷ Olea observa que a tendência à eliminação do trabalho do menor e à redução da jornada diária, semanal e anual tem sido uma constante ao longo da história, sendo que a redução da jornada acompanhou o aumento na produtividade do trabalho. (OLEA, 1984, p. 202).

da publicação do *Manifesto Comunista*) e 1919, os conflitos coletivos trabalhistas passam a ser objeto de regulamentação estatal. Na França, é reconhecido o direito de associação e greve. Nessa mesma fase são publicadas as primeiras normas regulamentando os salários e instituindo o salário-mínimo (Austrália, 1896).

Todos esses direitos somente viriam a ser reconhecidos universalmente com a criação da Organização Internacional do Trabalho (OIT), em 1919, através do Tratado de Versalhes. São símbolos dessa fase, de *autonomia* e *institucionalização* do Direito do Trabalho, a Constituição Mexicana (1917) e a Constituição Alemã de Weimar (1919), pioneiras no processo de constitucionalização do Direito do Trabalho, que seria uma das marcas distintivas do século XX (DELGADO, 2004, p. 96), juntamente com a ação internacional na universalização do Direito do Trabalho (BARROS, 2006, p. 64).

4.2 Evolução do Direito do Trabalho no Brasil

Para não escaparmos à delimitação do tema deste trabalho, não iremos esmiuçar em pormenores a cronologia da história do Direito do Trabalho no Brasil. Focaremos apenas alguns dados que possam auxiliar a compreensão desse processo, que tem na promulgação da Consolidação das Leis do Trabalho, em 1943, e na Constituição Federal de 1988, seus pontos mais relevantes.

A primeira lei nacional regulando o contrato de prestação de serviços de brasileiros e estrangeiros é datada de 1830. Mas a doutrina costuma fixar como marco inicial de referência da formação do Direito do Trabalho brasileiro o ano de 1888, quando foi abolida a escravatura. Como salienta Delgado (2004, p. 106), a escravidão institucionalizada é incompatível com o ramo jurídico-trabalhista, que pressupõe o trabalho formalmente livre.

Entre os anos de 1888 e 1930, diversos diplomas legislativos brasileiros regulamentam desde a sindicalização de trabalhadores urbanos até matérias como férias, acidente do trabalho e higiene nas fábricas. Trata-se, entretanto, de um período de manifestações incipientes e esparsas do Direito do Trabalho no Brasil (DELGADO, 2004, p. 106), em razão inclusive da imaturidade do movimento operário, em um país de industrialização tardia.

O período que a doutrina denomina de *institucionalização* do Direito do Trabalho no Brasil, com marco inicial em 1930, é marcado por intensa atividade administrativa e legislativa de um Estado mais intervencionista na questão social. Essa fase consagra a estrutura jurídica e institucional de um novo modelo trabalhista, até o final da ditadura

getulista (1945), mantendo contudo seus efeitos por várias décadas, até pelo menos a Carta Constitucional de 1988. (DELGADO, 2004, p. 109).

A criação do Ministério do Trabalho, em 1930, é considerada o marco do surgimento do Direito do Trabalho no Brasil. Nos anos seguintes, o modelo jurídico-trabalhista é formado a partir de políticas integradas, normatizando-se através de decretos a área sindical, o sistema de solução judicial de conflitos trabalhistas, o sistema previdenciário, a legislação profissional e protetiva. Esse modelo viria a ser integrado em um único diploma normativo, a Consolidação das Leis do Trabalho (Decreto-lei n. 5.452/43), ainda em vigor e o mais importante para a disciplina trabalhista. Como anota Delgado, “a CLT, na verdade, também alterou e ampliou a legislação trabalhista existente, assumindo, desse modo, a natureza própria a um *código do trabalho*”. (DELGADO, 2004, p. 112).

4.2.1 Constitucionalização do Direito do Trabalho no Brasil

A elevação de certas normas trabalhistas ao *status* de preceito constitucional expressa uma visão do trabalho além do aspecto meramente econômico ou de subsistência, alcançando seu sentido social e de dignificação da pessoa humana.

A Constituição do Império, de 1824, assegurava a liberdade de trabalho, tratando-o, portanto, como direito individual.

A Constituição de 1891 veio garantir a liberdade associativa.

A Constituição da República de 1934 foi a primeira a tratar da ordem econômica e social (BARROS, 2006, p. 66), e reconheceu os sindicatos e associações profissionais.

A Carta de 1937 coloca o trabalho ao mesmo tempo como dever social e direito de todos, bem a ser protegido pelo Estado. Esse texto constitucional dispõe sobre assuntos como o trabalho noturno e a sucessão trabalhista, institui a unicidade sindical e a contribuição sindical e remete à legislação ordinária a regulação de diversas outras matérias trabalhistas.

A Constituição de 1946, em ares novamente democráticos, trata em seu art. 157 de diversos direitos trabalhistas. O mesmo o faz a Constituição de 1967.

Por fim, a Constituição Federal de 1988 elenca em seu art. 7º os direitos fundamentais trabalhistas, com importantes inovações em relação às Cartas anteriores. São equiparados os trabalhadores avulsos aos empregados. Os direitos fundamentais são assegurados aos empregados urbanos e aos trabalhadores rurais, estendendo-se vários direitos sociais aos trabalhadores domésticos. O regime do FGTS passa a prescindir de opção, a jornada semanal

é reduzida para 44 horas, o adicional de horas extras é majorado para 50%, a remuneração das férias passa a ser acrescida de 1/3, dentre outras importantes garantias. Ainda assim, em meio a tantos avanços democráticos, entre os quais o incentivo à negociação coletiva, a Carta Constitucional de 1988 conserva alguns resquícios autoritários, reminiscências do corporativismo fascista (BARROS, 2006, p. 77) que inspirou a Constituição de 1937: a contribuição sindical obrigatória, de origem legal, e a unicidade sindical.

Analisando seu papel na renovação da cultura jurídica brasileira, Delgado ressalta que a Constituição de 1988.

produziu um clarão renovador na cultura jurídica brasileira, permitindo despontar, no estuário normativo básico do país, a visão *coletiva* dos problemas, em anteposição à visão individualista preponderante, oriunda do velho Direito Civil. Essa nova perspectiva embebe-se de conceitos e óticas próprias ao Direito do Trabalho, em especial a noção de *ser coletivo* (e de fatos/atos coletivos) (...). Ao constitucionalizar o Direito do Trabalho, a Carta de 1988 praticamente impôs ao restante do universo jurídico uma influência e inspiração justralhistas até então desconhecidas na história do país. (DELGADO, 2004, p. 124-125).

Mas a constitucionalização do Direito do Trabalho transcende a inclusão dos direitos fundamentais trabalhistas no texto constitucional. Muito além disso, deve ser analisada sob o prisma da *nova interpretação constitucional*, assentada em um modelo de princípios, que adquirem normatividade, na *interpretação conforme a Constituição* e em uma perspectiva pós-positivista do Direito.

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

Nessa nova hermenêutica constitucional, perde prestígio a exegese por mera subsunção²⁸. Como salienta Barroso (2004, p. 472), à vista dos elementos do caso concreto, dos princípios a serem observados e dos fins a serem realizados é que será determinado o sentido da norma pelo intérprete, mirando a solução constitucionalmente adequada para o

²⁸ Pela técnica tradicional da subsunção, enquadram-se os fatos (premissa menor) na norma (premissa maior) para se alcançar a conclusão. Trata-se de um processo de racionalização menos sofisticado, em que o operador do direito adequa os fatos à previsão abstrata da norma, ao invés de proceder à sua interação.

problema a ser resolvido. Nessa nova interpretação constitucional, ocorre uma interação dos fatos com os elementos normativos, e uma integração dos princípios, normas com maior grau de abstração que as regras.

No âmbito do Direito do Trabalho, adquirem relevo especial os princípios da *dignidade da pessoa humana* e do *valor social do trabalho*, erigidos à condição de fundamentos da República (art. 1º, III e IV da Constituição). À luz desses princípios devem ser interpretadas a norma constitucional do art. 7º e a legislação ordinária, como sustentaremos adiante.

4.2.2 O Direito do Trabalho e a fábrica

A legislação trabalhista é produto da fábrica. Sua referência é o trabalho urbano-industrial, o modelo taylorista-fordista de produção. Nas palavras de Viana (2005, p. 261), o Direito do Trabalho moldou-se à imagem e semelhança da fábrica.

Analisando as primeiras regulamentações dos ambientes de trabalho, Olea (1984, p. 183 e 203) observa que é precisamente o surgimento das condições ruins de trabalho, e a ânsia de modificá-las e melhorá-las, uma das raízes psicológicas do novo ordenamento jurídico que então começava a se estruturar, visando justamente o trabalho nas indústrias.

Como já anotamos, o doutrinador espanhol refere-se às expressões *Direito industrial* e *Direito das fábricas* como denominações primitivas do Direito do Trabalho.

Sobre a lógica da produção industrial foram, portanto, delineados boa parte dos conceitos e institutos do Direito do Trabalho. Desde a concepção clássica de subordinação jurídica até normas sobre duração do trabalho, dentre outras.

4.2.3 Tendência à ampliação do Direito do Trabalho

Se as raízes do Direito do Trabalho são industriais, sua razão de ser, enquanto ramo jurídico especializado, é mais fundamental e abrangente: a tutela do trabalho hipossuficiente.

No capitalismo industrial, a hegemonia absoluta da relação de emprego no modo de produção fez com que o Direito do Trabalho se erigisse sobre tal *pedra fundamental*, não abarcando outras formas de trabalho hipossuficiente, como o trabalho eventual ou autônomo prestado a empresa.

A expansão das fronteiras trabalhistas vem sendo prenunciada ao longo das décadas pela melhor doutrina. Em sua obra *Direito do Trabalho*, cuja 1ª edição remonta a 1966, Délio Maranhão já vislumbrava tal tendência.

Mais recentemente, Barros (2006, p. 87) discorria sobre o fenômeno já em esboço: “A sua tendência à ampliação crescente levou alguns autores a apelidar o Direito do Trabalho, há muitos anos, de ‘direito em vir a ser’ (Photoff, em 1928).”

No mesmo sentido, Antônio Álvares da Silva proclama que

o Direito do Trabalho está em permanente transformação, pois caminha junto com a expansão do capital, verdadeiro motor que puxa todas as mudanças da humanidade, para o bem e para o mal. Tendo de andar junto com esta força, que impele o setor econômico para a frente, o Direito do Trabalho também é um direito inacabado. [...] Amplia fronteiras e está em permanente expansão. Não pode estagnar-se, porque em nossa era tudo que não se atualiza envelhece precocemente. (SILVA, 2005, p. 85).

5 RELAÇÃO DE TRABALHO

Atingimos agora o coração de nosso estudo. Os capítulos anteriores são apenas substrato para o conceito de relação de trabalho que esboçaremos, na busca de uma expansão tuitiva do Direito do Trabalho.

5.1 A EC 45/04 e a nova competência trabalhista

A Emenda Constitucional n. 45, promulgada em 08/12/2004 e em vigor desde 31/12/2004, ampliou substancialmente a competência da Justiça do Trabalho, que passa a abranger, com eficácia plena e imediata, as ações oriundas da relação de trabalho.²⁹

A ampliação da competência trabalhista pela EC 45/2004 marca a consolidação de longo processo de afirmação da jurisdição trabalhista, que teve como capítulos importantes a extinção dos cargos de “juízes leigos” (os classistas), e o reconhecimento, pelo Supremo Tribunal Federal, da competência da Justiça do Trabalho para as ações de acidente do trabalho.³⁰

Antes mesmo da entrada em vigor da EC 45/04, intensa controvérsia difundiu-se no meio jurídico trabalhista acerca do alcance da expressão *relação de trabalho* e, por conseguinte, da nova competência trabalhista³¹. As diversas concepções podem ser abreviadas em três correntes:

5.1.1 Exegese ampliativa

Por essa linha de entendimento, a novel competência trabalhista abrange todas as relações jurídicas onde haja prestação de trabalho humano a outra pessoa, natural ou jurídica.

²⁹ O texto original do art. 114 da Constituição Federal de 1988 restringia a competência material da Justiça do Trabalho às lides entre trabalhadores e empregadores. A competência trabalhista para outras controvérsias decorrentes da relação de trabalho era remetida à lei ordinária.

³⁰ Respectivamente, EC 24/99 e Acórdão no Conflito de Competência 7.204-1, julgado pelo Pleno do STF em 29/06/2005,

³¹ Como sustentaremos adiante, muito além de critério de competência, relação de trabalho é tema de direito material. Ocorre que o legislador brasileiro (poder constituinte derivado), ao ditar a ampliação da competência material trabalhista, partiu da espécie empregatícia para o gênero relação de trabalho, sem que este último conceito tenha se estabelecido no meio jurídico. Tal paradoxo obriga-nos a inaugurar o estudo da relação de trabalho pela controvérsia acerca do alcance da nova competência trabalhista.

Invoca-se o *princípio da máxima efetividade da norma constitucional* ao argumento de que o texto da EC 45/04 não excepciona as relações de consumo do conceito de relação de trabalho, tampouco discrimina as pessoas que possam figurar como contratantes dos serviços na relação jurídica. Com variações de enfoque e profundidade, essa é a posição defendida por Arnaldo Süssekind *et al.* (2010), Arion Sayão Romita (2006), Amauri Mascaro Nascimento (2010), Jorge Luiz Souto Maior (2005b), Souto Maior (2005a)³², Antônio Álvares da Silva (2005), Márcio Túlio Viana (2005) e Estêvão Mallet (2005).

5.1.2 Interpretação excludente das relações de consumo

Os doutrinadores dessa vertente, dentre os quais Carlos Henrique Bezerra Leite (2006, p. 187), Otavio Amaral Calvet (2005), Alice Monteiro de Barros (2005) e Mauricio Godinho Delgado (2006b), ponderam que a inclusão dos serviços de consumo no conceito de relação de trabalho acarretaria perda do foco da Justiça do Trabalho, considerando que na relação de consumo a parte hipossuficiente não é o prestador dos serviços, mas seu contratante, que figura na qualidade de consumidor. Os autores invocam a sistemática constitucional, argumentando que, em se tratando de matéria consumerista, a Constituição estrutura todo um sistema de proteção ao consumidor e de efetividade jurisdicional vinculados à competência da Justiça Comum Estadual e dos juizados cíveis especiais. Ao abordar o conteúdo da relação de trabalho, alguns seguidores dessa corrente recorrem à noção de *dependência* ou *subordinação econômica* do prestador dos serviços em relação à outra parte contratante.

5.1.3 Corrente mais restritiva

O terceiro posicionamento, minoritário desde o advento da Emenda Constitucional n. 45/04, sustenta que nenhuma ampliação substancial da competência material trabalhista teria ocorrido, e que a expressão *relação de trabalho* remeteria ao conteúdo da própria relação de emprego.

Tal posicionamento, que se prevalecesse faria do texto da Emenda *letra morta*, serviu mais como um escudo em face da exegese ampliativa do que propriamente como uma diretriz científica.

³² Nesse artigo, i. o jurista revê seu posicionamento anterior, em sentido mais restritivo.

Paralelamente à divergência conceitual acima simplificada, foram-se esboçando, nas duas primeiras correntes interpretativas, elementos inerentes à relação de trabalho, visando delimitar com mais precisão os contornos da competência da Justiça do Trabalho. Não obstante algumas vezes sustentando uma interpretação mais abrangente, que alcançasse os serviços prestados por pessoa jurídica, prevalece o entendimento no sentido de que a *o trabalho prestado por pessoa física é elemento essencial da relação de trabalho*. O caráter *diferido* ou *continuado* da prestação (como antítese ao trabalho de *ato instantâneo*) e sua *onerosidade* são critérios controvertidos tanto na primeira quanto na segunda vertente.

É interessante anotar que os estudos, seminários e publicações sobre o tema, intensos e fecundos à época da promulgação da Emenda 45/04, acabaram não se aprofundando no decorrer dos anos.

5.2 Relação de trabalho: tateando um conceito

Ainda no escuro, tentaremos começar a distinguir os contornos da relação de trabalho *lato sensu*.

5.2.1 Estrutura da relação jurídica

O Direito, ao regular as condutas intersubjetivas, confere direitos e impõe obrigações às pessoas, originando-se daí as relações jurídicas.

Pietro Perlingieri observa que as situações subjetivas encontram sua justificação e ponto de confluência na relação jurídica. O doutrinador italiano pondera que, na maioria das vezes, a atenção detém-se nas situações individualmente consideradas, independentemente de suas relações, quando seria necessário não se limitar à análise de cada direito e obrigação, mas, sim, examinar as suas correlações:

Em uma visão conforme aos princípios de solidariedade social, o conceito de relação representa a superação da tendência que exaure a construção dos institutos civilísticos em termos exclusivos de atribuição de direitos. O ordenamento não é somente um conjunto de normas, mas também um sistema de relações [...]. (PERLINGIERI, 2002, p. 105).

São elementos de uma relação jurídica: sujeitos, objeto e conteúdo.

Antônio Álvares da Silva (2005, p. 76) afirma que a relação jurídica, por mais variado que seja seu conteúdo, é sempre uma relação entre pessoas. E aduz que em uma relação jurídica há no mínimo dois sujeitos, em dois polos: aquele a quem se impõe o dever e o outro a quem se confere o direito.

Perlingieri (2002, p. 114-115), ao invés de “relação entre sujeitos”, prefere falar em “relação entre situações subjetivas”, argumentando que pode haver relação juridicamente relevante entre dois ou mais centros de interesses sem que ela se traduza necessariamente em relação entre sujeitos. O autor refere-se ainda às hipóteses de relação cujos sujeitos não são determinados ou individualizados ou em que não há sujeitos de um ponto de vista jurídico-formal, como é o caso do direito de propriedade, que a coletividade tem o dever de respeitar. E observa ainda que as qualidades de credor e devedor podem confluir na titularidade de um mesmo sujeito.

Objeto da relação jurídica é o bem da vida, ou utilidade, pelo qual as partes se relacionam, e que as vincula, como centro irradiador de deveres e direitos subjetivos.

Silva (2005, p. 73-74) assinala que “coisas são objetos do mundo exterior, susceptíveis de apropriação pelo homem, para satisfação de suas necessidades. Quando servem a estes propósitos, as coisas transformam-se em bens, que podem ser materiais ou imateriais.” E ressalta que, também como objeto da relação jurídica, situam-se os serviços, atividades que se destinam a satisfazer necessidades humanas.

Conteúdo da relação jurídica é o fim por ela pretendido. Em se tratando de relação jurídica obrigacional, são as prestações a que se obrigam cada um dos sujeitos.

Como anota Silva (2005, p. 75), “o Direito não cria fatos nem comportamentos, mas relaciona-os criando direitos e deveres entre eles.” O fato social passa a ser jurídico.

O Direito não cria, pois, o conteúdo da relação jurídica, mas o regula, atribuindo direitos e obrigações entre os sujeitos ou situações subjetivas.

5.2.2 Trabalho e Direito do Trabalho

Para Pontes de Miranda (1964, p. 78), trabalho, em sentido amplo, é qualquer espécie de atividade humana que tenha finalidade produtiva, ou qualquer atividade com intenção de melhora material ou espiritual.

Silva (2005, p. 76-77) observa que o homem não convive com a natureza através de mera relação adaptada, como os demais seres vivos. Ao contrário, “atua sobre o mundo

exterior, transformando-o em sua forma e conteúdo para a satisfação de suas necessidades e desejos”. O jurista mineiro, depois de ponderar que os animais, se dominados e dirigidos, e as máquinas, também criam bens e produzem serviços, ressalta que só o trabalho humano é capaz de dar finalidade útil ao que faz. O trabalho é, nessa perspectiva, atividade que produz um resultado útil.

Salientando que o trabalho consiste na modificação do mundo exterior pelo homem, Olea (1999) discorre sobre o trabalho humano enquanto objeto do Direito do Trabalho. Após conceituar *trabalho manual* (o homem atua sobre o meio natural ou físico, manejando matéria) e *trabalho intelectual* (o homem interage com o meio cultural ou social, manejando signos ou símbolos), o autor aduz que ambos interessam ao Direito do Trabalho, e frisa que “o essencial é a presença do homem no ponto inicial de ação sobre o mundo exterior, ainda que existam diferenças profundas de esforço, controle e ritmo entre os vários tipos de trabalho manual”, observação esta pertinente também ao trabalho intelectual, sobretudo na atualidade, com os avanços da microinformática e das tecnologias de informação.

Olea (1984, p. 39) aponta então como objeto do Direito do Trabalho o “trabalho produtivo”, que define como aquele através do qual o homem emprega seu esforço com o fim de obter os meios materiais ou bens econômicos necessários à sua subsistência.

O conceito de “trabalho produtivo” de Olea é centrado, pois, no intuito de quem trabalha, e contrapõe-se à atividade lúdica ou dirigida à formação pessoal ou à prática do altruísmo.

Ao mesmo tempo, o doutrinador espanhol circunscreve o âmbito de incidência do Direito do Trabalho ao trabalho livre e por conta alheia. Sobre esse último traço teremos a oportunidade de discorrer ao longo deste trabalho. No que se refere à liberdade do trabalho, tem-se em vista o conceito de *liberdade formal*, que exclui o trabalho forçado ou prestado mediante coação imediata.

5.2.3 Trabalho, poder e dominação

O poder e a dominação do homem sobre o homem assumem feições várias ao longo da história³³. Mas quando o objeto dessa dominação é o trabalho, parece haver, entre os séculos e as civilizações, um *fio condutor*.

Realidades diversas do ponto de vista histórico e socioeconômico, como o trabalho escravo na antiguidade, a servidão medieval, a escravidão indígena ou negra do período colonial, o trabalho livre alienado ao modo de produção capitalista, guardam um traço em comum, como um *elo invisível* da condição social humana a partir de determinado ponto da história: o fato da apropriação do trabalho alheio.

Analisando o caráter relacional do trabalho, Antônio Álvares da Silva expõe:

Observando-se a relação de trabalho através dos tempos, no amplo caleidoscópio dos momentos, notam-se os traços marcantes, que sobre ela a história foi sedimentando.

Fora o curto momento das sociedades primitivas, em que o homem trabalhou para si mesmo, o trabalho assumiu a forma relacional, isto é, como trabalho prestado a outrem. E assim se desenvolveu através dos tempos. (SILVA, 2005, p. 83).

Nesse ponto, é interessante observar que os livros e compêndios de História, Sociologia e Economia, ao se referirem às relações de trabalho ao longo da história, miram o trabalho humano enquanto instrumento de dominação e sujeição, ou no mínimo de apropriação.

Mesmo os doutrinadores jurídico-trabalhistas – mesmo aqueles que, no curso de suas obras, adotam uma conceituação genérica ou mais ampla de relação de trabalho –, ao analisarem os antecedentes históricos do Direito do Trabalho esses autores, quase que instintivamente, invocam a expressão “relações de trabalho” para se referir à escravidão na antiguidade, ao regime de servidão feudal, ao trabalho nas corporações de ofício da cidade medieval, ao tráfico de escravos no mercantilismo, ao sistema de produção doméstica no capitalismo mais primitivo, ao trabalho na manufatura e mais adiante na indústria capitalista.

Nessa perspectiva, o fenômeno *relação de trabalho*, enquanto realidade socioeconômica, precede o capitalismo – embora a apropriação do trabalho alheio, em sua compleição atual, origine-se do período que germinou na transição do feudalismo para o capitalismo, irrompendo na Revolução Industrial como o modo de produção capitalista,

³³ Bobbio, Matteuci e Pasquino definem poder, no sentido social, como a “capacidade do homem de determinar a conduta do homem; poder do homem sobre o homem. O homem não é só o sujeito senão também o objeto do *poder social*”. (BOBBIO; MATTEUCI; PASQUINO, 2000, v. I, p. 1224).

assentado no direito de propriedade, no trabalho formalmente livre³⁴ e em uma nova divisão do trabalho. (OLEA, 1991, p. 9-11).

Se em uma perspectiva histórica e socioeconômica a expressão *relação de trabalho* tem uma acepção mais estrita, centrada no trabalho humano enquanto meio de dominação ou no mínimo de apropriação por outrem, pode-se então indagar qual o prisma a ser adotado em sua prospecção pelo direito ou, mais precisamente, pelo Direito do Trabalho.

Inicialmente, há que se ponderar que o direito, enquanto ciência humana, não opera com certezas ou verdades absolutas – estas, próprias às ciências exatas, em cujo campo, de todo modo, vão sendo refutadas e superadas ao longo do tempo. O que o direito oferece ao intérprete, e também ao doutrinador, são caminhos, possibilidades, escolhas.

Por outro lado, há que se considerar também que o direito, mesmo operando através de um código próprio, não é um sistema fechado ou auto-referente³⁵. O que faz a ordem jurídica é filtrar e traduzir o conjunto de valores socialmente relevantes e inerentes a determinado contexto histórico, bem como o conteúdo fornecido por outros ramos científicos. (SOUZA, 1970, p. 29). Desprendido da realidade histórico-social que o cerca, o direito perde o significado e o sentido, baila no vazio.

5.2.4 Relação de trabalho: matéria cível ou trabalhista?

Antes de prosseguirmos na busca do conteúdo da relação trabalhista, é importante ressaltar que, mais que critério de competência, relação de trabalho é conceito de direito material.

O estudo das relações jurídicas concerne ao direito material, em que pese a natureza daquelas relações possa determinar normas processuais de competência e procedimentos especiais. As relações jurídicas patrimoniais na sucessão, por exemplo, são matéria de direito civil, não obstante o inventário e a partilha sejam disciplinados pelo direito processual.

Sendo a relação de trabalho tema de direito material, surge a questão: trata-se de matéria cível ou trabalhista?

³⁴ À liberdade formal do trabalho contrapõe-se o maior potencial de criação de valor do trabalho alienado ao capital e, por conseguinte, a intensificação do grau de exploração. Esse fenômeno se torna mais nítido quando se analisam as relações de trabalho dos períodos anterior e subsequente à Revolução Industrial.

³⁵ Niklas Luhmann (1996), jurista e sociólogo, desenvolveu sua *teoria dos sistemas*, segundo a qual o direito seria um sistema autônomo e diferenciado em relação ao ambiente, funcionando em fechamento operacional. (LUHMANN, 1996). Tal concepção é refutada pela maior parte dos constitucionalistas e filósofos do direito.

É certo que a maior parte das relações de trabalho *lato sensu* ainda são reguladas pelo direito comum. Há que se considerar, contudo, que tal regulamentação é residual, e deve-se justamente à indefinição do conceito de relação de trabalho, a desaguar na inexistência de normas trabalhistas que regulem as relações de trabalho não-empregatícias.

Não parece razoável cogitar que o conteúdo da relação de trabalho seja estranho ao Direito do Trabalho, e que o propósito da Emenda Constitucional 45/2004 tenha sido bifurcar a jurisdição trabalhista em causas trabalhistas (envolvendo relação de emprego) e cíveis (oriundas da relação de trabalho).

A não delimitação dos contornos da relação de trabalho acaba, contudo, relegando-a à vala do direito comum. Nesse ponto, cumpre lembrar que a regulamentação do Direito Civil, na clássica divisão aristotélica, é predominantemente *comutativa*, enquanto a das normas trabalhistas deve ser essencialmente *corretiva* ou *compensatória*.³⁶ Do que se deduz que a regulação cível da relação de trabalho, além de residual, deve ser circunstancial ou provisória, por não atender às exigências inerentes a uma relação jurídica de relevo especial, marcado pela desigualdade entre as partes.³⁷

Nessa perspectiva, o conceito e regulação da relação de trabalho pertence, ainda que potencialmente, aos domínios do Direito do Trabalho.

Vislumbrando-se na relação de trabalho *matéria trabalhista em potencial*, cumpre salientar que a razão de ser do Direito do Trabalho, enquanto ramo jurídico autônomo e especial, é a tutela do trabalho. A proteção ao trabalhador hipossuficiente não apenas configura princípio cardeal do Direito do Trabalho, confere-lhe a própria identidade.

Como anota Maurício Godinho Delgado (2004, p. 84-85), a relação empregatícia foi a categoria socioeconômica e jurídica que se estruturou no processo da Revolução Industrial, construindo entre os séculos XVII e XVIII uma hegemonia como modelo de vinculação do trabalhador ao sistema produtivo que iria se consolidar ao longo do século XIX, com a generalização do sistema industrial europeu e americano, alcançando a sociedade industrial contemporânea.

Apenas como consequência dessa hegemonia da relação empregatícia – e aqui a ilação é nossa – o Direito do Trabalho erigiu-se como *espelho da relação de emprego*, e não de seu gênero relação de trabalho.

³⁶ Cfr. Höffe (2003, p. 14 e 101-104), é inerente à “justiça comutativa” a equivalência no dar e receber, decorrente da igualdade entre as partes. Diversamente, a “justiça corretiva” pressupõe uma situação de desigualdade entre as partes.

³⁷ Em que pese ser o novo Código Civil (Lei n. 10.406/2002) um dos diplomas legais mais avançados do país.

Discorrendo sobre conceito e natureza do Direito do Trabalho, Pontes de Miranda, depois de observar que “em todos os tempos houve direitos especiais (= ramos *especiais* do sistema jurídico)”, tece suas considerações:

As divergências quanto a definições do Direito do Trabalho em grande parte procedem de *momentos* da evolução desse direito, ou de elementos que preponderaram na técnica legislativa. Onde o Direito do Trabalho exsurgiu como um dos setores em que a política igualitária tomou a frente, compreende-se que se tenha o Direito do Trabalho como um dos ramos do Direito Social, isto é, de direito especial, mais amplo, em que os legisladores avançam na dimensão da igualdade. (MIRANDA, 1964, t. 47, § 5.051, p. 71-72),

Mais adiante, o notável jurista salienta que o Direito do Trabalho, como direito especial que atende a política jurídica protetiva, cuja finalidade é evitar maior desigualdade, “começa por cuidar, em separado, dos que trabalham permanente e dependentemente”, isto é, dos empregados. (MIRANDA, 1964, p. 72).

É interessante notar que a visão de Pontes de Miranda, ao mesmo tempo em que abre o conceito de Direito do Trabalho no tempo, deixando implícita a possibilidade de uma expansão além das fronteiras empregatícias, enfatiza seu caráter de direito especial, ainda que, em algum momento, “direito especial mais amplo”.

5.2.5 Relação de trabalho e serviços de mero consumo

Antônio Álvares da Silva (2005, p. 394) vislumbra “claro parentesco social e econômico entre o consumidor e o trabalhador”, destacando que ambos se submetem ao poder de controle dos titulares de produção, embora por razões diversas, sendo que em geral o consumidor é o assalariado que adquire bens, e o assalariado, pela via inversa, consome com o dinheiro proveniente de seu trabalho. E pondera que consumidor e trabalhador, agora submetidos a jurisdição única, terão condições de melhor se defender.

Antes de aprofundarmos uma comparação entre a relação de trabalho e os serviços de consumo, seria importante que o Leitor assimilasse a idéia sintetizada a seguir, chave para a compreensão da proposição que iremos desenvolver, e que foi esboçada pela primeira vez entre os dias 13 e 15 de março de 2005 no grupo de discussões pela internet dos juízes trabalhistas da 3ª Região:

Quando um trabalhador presta serviços a uma empresa, o proveito econômico principal segue na mesma direção do serviço prestado, beneficiando o tomador dos serviços. O trabalho é agregado à atividade produtiva do tomador.

No fornecimento de serviços de consumo, o proveito econômico relevante segue na direção contrária, favorecendo o prestador dos serviços.

Tome-se como exemplo a relação jurídica entre um médico, dentista ou terapeuta e seu paciente: como o cliente apenas consome o resultado do serviço contratado, o proveito econômico relevante é auferido pelo prestador; o patrimônio material do consumidor dos serviços não apenas não aumenta, como diminui após o fornecimento do serviço e seu pagamento. O mesmo ocorre quando uma pessoa física vai ao salão de beleza, ou contrata um advogado para representá-la em uma causa individual, ou ainda quando entra em um táxi e pede ao motorista que a conduza ao aeroporto.

O inverso se verifica quando aquele mesmo médico, o dentista ou o terapeuta prestam serviços a uma clínica, ainda que de forma autônoma: tal prestação beneficia economicamente o tomador dos serviços – no caso, a clínica.

Trazendo a análise a uma perspectiva socioeconômica, cumpre salientar que, quando uma pessoa física trabalha de forma autossuficiente, sua capacidade de trabalho, e o produto daquele trabalho, permanecem sob seu domínio. Ainda que o serviço seja objeto de uma relação jurídica com outra pessoa física, esta não tem a capacidade de se apropriar daquele trabalho.

A partir do momento em que é prestado a uma empresa ou organização, o trabalho passa a ser apropriado pelo contratante, que assume a qualidade de autêntico *tomador*. Nesse contexto, e no âmago da relação jurídica, o trabalho caracteriza-se como hipossuficiente, sujeito a algum grau de poder e dominação.

Se analisarmos o sistema capitalista, veremos que sua lógica de dominação e exploração divide-se em duas etapas distintas, que interagem em mútua dependência e complementaridade: produção e consumo. Em ambas, a sujeição recai sobre a figura do hipossuficiente, a pessoa desprovida de capital, dos meios de produção. No enredo do capitalismo, portanto, a mesma pessoa (o hipossuficiente) encarna duas personagens, em cenas distintas: o trabalhador, no ato da produção; e o consumidor, no momento do consumo.

Não sem razão o modo de produção capitalista concentra tanta riqueza nas mãos de tão poucos. A lógica desse sistema assenta-se na exploração das *massas de hipossuficientes*, que se submetem ao poderio econômico e às determinações dos detentores do capital, às

condições e preços por eles estipulados. E essa lógica não se invalida, antes pelo contrário, é reforçada em uma economia regulada pelo mercado.

Percebe-se, assim, que a exploração capitalista trafega em duas vias alternadas e invertidas – produção e consumo –, em ambas figurando o capital como o detentor do poder, ao qual se sujeita a população em geral, individualmente na condição ora de trabalhador, ora de consumidor. Se traduzirmos tal realidade socioeconômica para o código jurídico, estaremos mais próximos dos contornos das relações de trabalho e de consumo.

Figurando o hipossuficiente no papel de prestador de serviços na relação de trabalho, e no de consumidor na relação de consumo, pergunta-se: *poderia ele figurar como trabalhador em relação de consumo?*

Abordaremos o tema no tópico “superposição de relações de trabalho e consumo”, mas desde já é importante salientar que a lógica do trabalho e consumo em vias inversas de exploração não se aplica apenas à produção capitalista, abrangendo também as relações sociais que se desenvolvem às suas margens, integrando a estrutura do sistema. Pode-se citar o exemplo das entidades sem fins lucrativos e dos profissionais liberais, e mesmo o trabalho no âmbito doméstico.

Assim é que, quando um profissional liberal presta serviços a uma pessoa física, nessa relação jurídica trabalhador³⁸ e consumidor figuram em polos opostos. O trabalho, na hipótese, não é objeto de dominação ou apropriação. Ao contrário, por exercer seu ofício de forma autossuficiente, sem se submeter ao poder de uma outra organização, o profissional liberal que atende diretamente o público consumidor coloca-se em posição de maior afirmação na relação jurídica, estipulando as condições da prestação, o preço do serviço, etc. E ao exercer tal poder, adquire o potencial de maior proveito econômico na relação jurídica – o contrário do que sucede com o trabalhador em genuína relação de trabalho.

O exemplo a seguir, envolvendo os mesmos sujeitos (um deles profissional liberal) em vias inversas de poder e sujeição, pode ser ilustrativo:

(A) trabalha como secretária para um dentista (B) e em determinado momento submete-se a um delicado tratamento odontológico com o mesmo. Como B detém a *organização* (clínica, meios de produção, clientela), A sujeita-se às condições determinadas por B tanto ao trabalhar para ele quanto ao se submeter ao tratamento dentário. Agora suponha-se que A resolva ingressar em juízo pleiteando, de um lado, direitos trabalhistas, e de outro indenização por danos materiais e morais em razão de imperícia de B no tratamento. Ou que B resolva pleitear indenização em razão de

³⁸ A expressão “trabalhador” é utilizada aqui em sentido mais amplo, e não na acepção estrita do *caput* do art. 7º da CF/88, que iremos adotar no conceito de relação de trabalho.

doença que alega ter adquirido durante o tratamento odontológico de A. Será razoável considerar que aquelas duas relações jurídicas pertencem a um mesmo gênero: relação de trabalho, devendo ser apreciadas pelo mesmo Juízo, com aplicação dos mesmos princípios e normas?

Repare-se que, quando A trabalha para B como secretária, A é a parte mais vulnerável da relação jurídica. Em sentido inverso, quando B atende A em seu consultório, B detém maior afirmação e poder na relação jurídica. Ou seja, nas duas situações A figura como hipossuficiente. Ocorre que, na primeira hipótese, o trabalho é objeto de sujeição, enquanto na segunda a dominação é exercida não sobre o trabalho alheio, mas sobre o consumo do serviço. Assim, ao julgar o pedido de verbas trabalhistas, o Juiz deverá aplicar as regras e princípios que tutelam o trabalho, enquanto o pedido de indenização por erro do dentista deverá ser analisado à luz das normas que protegem o consumidor dos serviços. Do mesmo modo, ao apreciar o pedido de indenização decorrente de doença, que o dentista alega ter contraído durante o tratamento da paciente, não será razoável que o juiz aplique os princípios e normas do Direito do Trabalho.

Os adeptos do conceito mais amplo de relação de trabalho costumam argumentar que, em certas relações de consumo (como a do exemplo anterior), existe trabalho humano. Mas, na produção industrial o trabalho do empregado muitas vezes é consumido. Seria então razoável concluir que existe ali, entre empregado e empregador, uma relação de consumo?

É interessante observar que o próprio Álvares da Silva, ao se referir a um “parentesco social e econômico” entre consumidor e trabalhador, tempera-o com as expressões “por razões diversas”, “pela via inversa”.

O dualismo socioeconômico entre a sujeição do trabalho e a exploração do consumo talvez possa ser melhor visualizado no exemplo a seguir:

Imagine-se que uma pessoa física (C) ingresse na economia informal preparando salgadinhos congelados para festas, tendo como um de seus clientes outra pessoa física (D) nas festas de aniversário de sua família. É fácil presumir que o preço dos salgadinhos será definido por C, tendo D que se sujeitar a essa estipulação, ou procurar outro vendedor de salgadinhos, ou então preparar seus próprios salgadinhos para as festas da família. Suponha-se que D, depois de organizar tantas festas, resolva empregar o *know-how* adquirido, montando um bufê. É mais lógico ainda supor que, nesse novo contexto, D irá renegociar com C o preço dos salgadinhos, e também estabelecerá certas condições à prestação dos serviços (ainda que não exista subordinação jurídica), mesmo porque a partir de então D estará detendo uma organização produtiva, um empreendimento econômico. Na situação original, havia mero consumo dos serviços prestados por C; quem ditava o preço dos salgadinhos era C; o vulnerável na relação era D. A partir do momento em que D monta seu próprio negócio e passa a produzir, o produto do trabalho de C passa a ser apropriado por D, e assim C assume a condição de hipossuficiente na relação

jurídica, ainda que trabalhando de forma autônoma, sendo o preço e as condições de trabalho ditados por *D*.

Enfim, a percepção da relação de trabalho na *contramão econômica* da relação de consumo pode ser assim sintetizada:

“Na relação de trabalho, o tomador dos serviços explora o trabalho do prestador; na relação de consumo, o fornecedor dos serviços explora uma necessidade do contratante”.

Se o proveito econômico da relação de trabalho e dos serviços de mero consumo segue direções inversas, será plausível enquadrar as duas situações em um mesmo modelo jurídico?

O Direito é um sistema impermeável à realidade econômica?

5.2.5.1 A Economia aplicada ao Direito

O juslaboralista francês André Rouast afirma que “as categorias jurídicas devem corresponder às realidades da vida econômica”. (*apud* MARANHÃO, *in* SÜSSEKIND *et al*, 1995, p. 282).

Para Evaristo de Moraes Filho (1994, p. 101), “[...] o direito, afinal de contas, nada mais representa do que a transposição em códigos e leis mais ou menos rígidas das relações econômicas, realmente existentes.”

Na mesma linha de pensamento, Washington Peluso Albino de Souza assim discorre sobre as adjacências entre a Economia e o Direito:

As considerações relacionadas com o conhecimento jurídico e o conhecimento econômico despertam um tipo de estudo teórico e prático que se reveste das características das chamadas *ciências-fronteiras*, isto é, de ramos do conhecimento de tal maneira próximos que os seus campos tendem a sugerir tratamento diferenciado daquele recebido nas ciências de origem. Seria uma zona de vizinhança que, sem registrar superposição ou, mesmo, fusão, é oferecida ao estudo para que os conceitos aí revelados atendam a outros tipos de solicitações e de entendimentos, que não exclusivamente os anteriores, do qual provieram. O exemplo se multiplica na Físico-Química, na Bioquímica, na Físico-Matemática, e assim por diante. (SOUZA, 1980, p. 63).

O i. catedrático em Direito Econômico e Economia Política observa que os estudos desenvolvidos no sentido da Economia Pura, voltada à determinação de leis científicas e às abstrações de cálculos e modelos próprios às ciências exatas, acabaram desviando a Economia do comprometimento com a realidade social. Segundo o autor, esse foi o grande responsável pelo distanciamento entre a Economia e o Direito, que hoje se procura corrigir.

Para o doutrinador, “certos conceitos da Economia são de tal modo intimamente ligados ao entendimento jurídico, que este se torna praticamente impossível sem aqueles. Por outro lado, lhes dão o sentido operacional que lhes garante justificativa de existência cultural.” E complementa:

O conhecimento econômico, dirigido no sentido de garantir ao conteúdo econômico do Direito aqueles dados e juízos de valor indispensáveis ao tratamento jurídico, apresenta-se, hoje, e cada vez mais, como o objeto de estudos desta ciência-fronteira que toma corpo sob a forma de *Economia Aplicada ao Direito*. (SOUZA, 1980, p. 63-64).

Em outra obra de sua autoria, Souza (1970, p. 24-27) ensina que o fato jurídico pode ser analisado de dois modos diferentes: sem relacioná-lo com os demais fatos, para descobrir-lhe a uniformidade e as leis; ou tomando-o justamente pelo prisma daquele relacionamento. No primeiro caso, chega-se ao conhecimento *empírico*; na segunda hipótese, atinge-se o *conhecimento científico*.

O autor pondera que ao Direito Aplicado, traduzindo uma autêntica política jurídica, não se pode negar a importância do método teleológico, o que lhe confere a condição de um ramo dos conhecimentos humanos que toma como dados os princípios cientificamente determinados e destinados a compor as normas jurídicas. Tais dados, que podem ser fornecidos por outros ramos científicos, figuram como conteúdo daquela norma.

De forma bastante didática, o doutrinador expõe que a Ciência Econômica explica o fenômeno econômico por suas leis próprias, mas este fenômeno econômico, como fato social, tem implicações que afetam também a área do Direito. A ação econômica tem por sujeito o homem agindo em sociedade, e essa conduta submete-se ao Direito. Desse modo, a norma jurídica a ser imposta na realidade irá se afirmar como “*norma de ação econômica juridicamente determinada*. É norma jurídica regulamentando ação econômica e também ação jurídica”. (SOUZA, 1970, p. 29).

Mais adiante, o autor desenvolve um estudo sobre a Economia aplicada aos diversos ramos do Direito Positivo. Na abordagem do Direito do Trabalho, destaca que o trabalho é considerado, em Economia, como um dos fatores da produção, e que o Direito Trabalhista foca o contrato de trabalho e a proteção ao trabalhador, a parte mais fraca e que precisa dessa assistência. E aduz que “o conceito de jornada de trabalho, a determinação do salário, as implicações do salário tanto no custo do produto como no poder aquisitivo do trabalhador, são dados decisivos que se elaboram com o emprego das leis da Economia e que vão ser

utilizados pelo Direito Trabalhista”, e que “a importância do conhecimento econômico no Direito do Trabalho, portanto, é indiscutível e fundamental”. (SOUZA, 1970, p. 35-36).

A interação entre a Economia e o Direito do Trabalho revela-se ainda mais complexa e profunda quando se mergulha na realidade do modo de produção. Ali viceja toda uma *biologia socioeconômica* à qual a doutrina trabalhista não vem conferindo maior destaque, mas que pode ser fundamental à ciência do Direito do Trabalho pós-industrial. Referimo-nos em especial a conceitos de economia política como *valor de uso* e *valor de troca*, *trabalho vivo* e *trabalho morto*, *capacidade* e *força de trabalho*, *alienação* e *apropriação do trabalho*, *mais-valia*, *excedente econômico*, dentre outros, que podem ser úteis à assimilação não apenas do conteúdo da relação de trabalho, mas de outras categorias do direito do trabalho desses novos tempos.

5.2.5.2 Relação de trabalho: contratualidade, poder e sujeição

A relação jurídica trabalhista tem por objeto o trabalho humano. Sua análise não se exaure, pois, no plano econômico.

Elementos como a existência de um genuíno tomador, ao qual se direciona o proveito econômico da prestação, caracterizam e distinguem a relação de trabalho, mas seu estudo científico não se esgota aí. O conteúdo científico mais relevante do Direito do Trabalho diz respeito à condição humana do trabalhador no âmago da relação jurídica.

Em estudo acerca dos *fundamentos do poder nas relações entre capital e trabalho*, Reginaldo Melhado (2003, p. 210-217) sustenta que a natureza da relação jurídica estabelecida entre capital e trabalho é contratual, mas o fenômeno de poder, autoridade e sujeição nela presente só pode ser compreendido mediante a apreensão do conteúdo mesmo desse contrato de *compra e venda de força de trabalho*.

O autor refuta o institucionalismo, enfatizando que “a relação entre capital e trabalho configura um contrato e, como tal, deriva de um concerto de vontades”. Mas rechaça igualmente a identidade com o contratualismo clássico, aduzindo que o contrato de trabalho caracteriza um negócio jurídico de compra e venda através do qual a capacidade de trabalho passa por um processo de intercâmbio *sui generis*, já que seu proprietário (o trabalhador), ao aliená-lo não recebe em troca outra coisa senão o trabalho mesmo, convertido em dinheiro.

Melhado formula então um modelo teórico de poder como “uma rede dinâmica, complexa e dialética, cujos pontos de apoio estão na própria relação jurídica considerada em

sua especificidade (as causas primárias ou endógenas) ou no seu entorno (as causas secundárias ou heteronômicas)”. E cita o exemplo dos vendedores externos de uma grande companhia industrial, cuja clientela é composta por atacadistas ou grandes firmas distribuidoras. O vendedor atua praticamente ao largo de todas as formas disciplinares tradicionais em que o capital radica seu poder. Nessa situação, salienta Melhado, a empresa funda sua autoridade, basicamente, na discricionariedade que detém sobre certas condições contratuais, de modo que todas as demais fontes (primárias) de desequilíbrio de poder cumprem um papel coadjuvante:

A ausência de um dos seus pontos de sustentação leva o capital a buscar sua hegemonia nos demais centros de irradiação de poder. Tanto menor será a atuação de sistemas disciplinares mais rigorosos quanto maior for a presença de outros elementos suficientes à consecução do objetivo precípua de auto-incrementação do capital.

A relação de poder entre capital e trabalho resulta, pois, de uma rede dinâmica, complexa e dialeticamente cambiante. A debilidade de uma de suas fontes desloca o poder para as demais, que assim adquirem relevância. (MELHADO, 2003, p. 213-214).

O i. jurista acentua que a “dependência permanente”, própria da relação jurídica de emprego, implica uma relação de dominação social, e que esse domínio do capital sobre o trabalho não deriva de fenômenos extracontratuais de natureza patriarcal, política ou religiosa:

O poder do capitalista [...] tem no fenômeno da alienação mercantil da capacidade de trabalho, tomado em si mesmo, seu *fundamento primário* mais elementar. Ao alienar sua capacidade de trabalho o operário é subsumido materialmente ao modo de produção capitalista. (MELHADO, 2003, p. 216).

A análise de Melhado é direcionada ao trabalho subordinado, mais especificamente à relação de emprego, mas é aplicável ao estudo da relação de trabalho *lato sensu*. Mesmo porque, como veremos ao longo deste trabalho, o trabalho subordinado, ainda que não-empregatício, é a tônica da relação trabalhista. As formulações de Melhado são adequáveis, por conseguinte, a todas as relações trabalhistas marcadas pelo trabalho subordinado.

Quanto ao trabalho autônomo cujo produto é alienado a um tomador, não há dúvida de que a relação de poder entre capital e trabalho difere em grau e intensidade daquela existente no trabalho subordinado. A sujeição do trabalhador autônomo é menor, não afetando a disposição de sua capacidade de trabalho, apenas do produto de seu trabalho. Por consequência, a dinâmica de poder entre o capitalista e o trabalhador é mais limitada, e menos complexa. Nem por isso, contudo, deixa de haver a dominação social do capital sobre o

trabalho, o vínculo de poder e sujeição inerente à relação de trabalho. Quando tratarmos do trabalho autônomo teremos a oportunidade de discorrer sobre o tema.

No que toca à contratualidade da relação de trabalho, entendemos de forma ligeiramente distinta de Melhado. É uma divergência sutil, mas que merece ser explanada.

A nosso ver, a relação entre capital e trabalho não propriamente “configura um contrato”, em que pese derivar desse concurso de vontades – ou de um estatuto, na hipótese de figurar a administração pública como tomadora dos serviços.

Assim é que um mesmo trabalhador poderá celebrar com uma mesma empresa um contrato de trabalho (ou seja, de emprego), ou um contrato para prestação de serviços autônomos, ou de serviços eventuais, ou um contrato de estágio. Serão modalidades distintas de contrato, manifestações diversas de vontade, que produzirão efeitos próprios e peculiares. Basta mencionar a subordinação, efeito do contrato de emprego que não se verifica no contrato de trabalho autônomo. Não obstante, de todas aquelas modalidades de contrato entre trabalhador e empresa decorrerá basicamente um mesmo fato, que conforme sustentaremos adiante configura a própria essência da relação de trabalho: o fenômeno da alienação do trabalho.

Nessa perspectiva, a apropriação do trabalho alheio ou, em linguagem menos científica, a “exploração do trabalho”, não é (ou não é necessariamente) objeto de contratação entre as partes. Tal fenômeno pode inclusive não ser percebido pelas partes da relação jurídica, e mesmo o legislador, e muitos dos operadores do direito do trabalho não irão vislumbrar tal fenômeno na relação de trabalho. Em nossa concepção, contudo, e como iremos aprofundar oportunamente, a alienação do trabalho constitui a substância da relação trabalhista, ambas transcendendo o contratualismo.

É certo, por outro lado, que o que distingue a relação de trabalho moderna e contemporânea de outras modalidades de relação de produção que foram hegemônicas na história ocidental, como a escravidão e a servidão, é que no capitalismo a apropriação do trabalho alheio *decorre* de um contrato. Nesse sentido, convergimos com a afirmação de Reginaldo Melhado de que o domínio do capital sobre o trabalho “não deriva de fenômenos extracontratuais de natureza patriarcal, política ou religiosa: ao contrário, radica em uma racionalidade contratual”.

5.2.5.3 Poder e sujeição na relação de consumo

Comentando os arts. 1º a 3º do Código de Defesa do Consumidor, ao lado de outros autores do anteprojeto (dentre os quais Ada Pellegrini Grinover) (2005, p. 22-33), José Geraldo Brito Filomeno observa que a lei adotou o conceito econômico de consumidor, ao defini-lo como o destinatário final do produto ou serviço, pressupondo que o consumidor adquire bens ou contrata a prestação de serviços com vistas ao atendimento de uma necessidade própria, e não para o desenvolvimento de uma outra atividade negocial.

Analisando o direito comparado, Filomeno destaca a legislação portuguesa, que aloca o consumidor na relação produção/consumo como sendo o último desta cadeia; e a lei argentina, estabelecendo que não são consumidores aqueles que adquirem, armazenam, utilizam ou consomem bens ou serviços para integrá-los em processos de produção, transformação, comercialização ou empréstimo a terceiros. Daí o i. jurista adotar a *teoria finalista* do conceito de consumidor, que exclui a figura do *consumidor profissional*, realçando na distinção o elemento da vulnerabilidade econômica.

Filomeno observa que “a relação de consumo destina-se à satisfação de uma necessidade privada do consumidor, e este, não dispondo, por si só, de controle sobre a produção de bens de consumo ou prestação de serviços que lhe são destinados, arrisca-se a submeter-se ao poder e condições dos produtores daqueles mesmos bens e serviços”. Daí a perspectiva do consumidor como parte vulnerável na relação de consumo.

Corroborando sua explanação, o autor cita a doutrina de Fábio Konder Comparato e José Reinaldo de Lima Lopes. (FILOMENO, p. 31-32). E acentua a demarcação do papel do Estado na defesa do consumidor, erigido à estatura de preceito constitucional.

No mesmo sentido, Ada Pellegrini Grinover (2005, p. 6-7) sublinha que o fornecedor inegavelmente assume a posição de força na relação de consumo, e por isso “dita as regras”, sobrevivendo a legislação de proteção ao consumidor para reequilibrar a relação.

Analisando o tema sob a perspectiva trabalhista, assim se posiciona Alice Monteiro de Barros:

“Estão, entretanto, fora do âmbito da competência da Justiça do Trabalho as relações de consumo, que, a teor do art. 1º do Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078/90), ocorrem quando o destinatário final dos bens ou serviços é o consumidor.” (BARROS, 2005, p. 71-72).

A i. doutrinadora mineira sublinha que, na relação de consumo, o consumidor utiliza-se do serviço para satisfazer a uma necessidade própria, e não a uma atividade produtiva. E exemplifica com a relação entre a cabelereira do salão de beleza e os clientes que atende, o motorista de táxi e o passageiro, o médico e o paciente.

Entendemos, no mesmo sentido, que o fornecimento de serviços em atendimento a necessidade própria do consumidor não perfaz a essência da relação trabalhista. Não apenas porque não se verifica, nesse tipo de relação jurídica, a apropriação do trabalho pelo contratante dos serviços (que apenas o consome), mas por inexistir ali qualquer forma de sujeição do fornecedor de serviços, sendo o consumidor a parte vulnerável na relação jurídica.

5.2.5.4 Trabalho e consumo: tutela legal reversa

Em sintonia com a realidade socioeconômica, a sistemática do ordenamento jurídico induz à contraposição entre os serviços de consumo e a relação de trabalho.

Assim é que a Constituição da República consagra ao mesmo tempo a proteção e defesa do trabalhador e do consumidor (arts. 1º, IV e 7º; arts. 5º, XXXII e 170, V).

Ora, em uma relação bilateral, a proteção legal não pode logicamente beneficiar as duas partes, ou nenhuma delas será afinal protegida³⁹. Como destacaremos no item 3.6, em uma relação jurídica a hipossuficiência da parte se dá *em relação à outra parte* – e o mesmo ocorre com a tutela legal mais ampla.

Do que se deduz, como corolário lógico, que na sistemática constitucional as duas figuras (trabalhador na acepção do art. 7º e consumidor) não podem figurar em uma mesma relação jurídica.

Em harmonia com a lógica constitucional, o Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8078/90), após conceituar o *consumidor* de um serviço como toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza aquele serviço como *destinatário final*, define o serviço objeto de consumo como qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, *salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista* (art. 2º e art. 3º, § 2º).

³⁹ O que não significa que, em determinado contexto, uma norma específica não possa proteger o fornecedor dos serviços em relação de consumo, ou o tomador em relação de trabalho. O *princípio da proteção* ao hipossuficiente não implica em privar a parte contrária de qualquer resguardo. Ou o direito, a pretexto de corrigir desigualdades, tornar-se-ia, ele próprio, um instrumento de arbitrariedade e opressão. Seria, contudo, um contrassenso, em uma relação jurídica bilateral, o princípio da proteção beneficiar simultaneamente as duas partes.

Nesse ponto, é importante salientar que as normas trabalhistas tutelam essencialmente o trabalhador, em relação ao contratante dos serviços, enquanto os preceitos que regulam a relação de consumo trilham a direção contrária: protegem o consumidor, ainda que no outro pólo da relação jurídica figure um prestador de serviços (arts. 2º e 3º, *caput* e § 2º, da Lei n. 8078/90, c/c art. 5º, XXXII e art. 170, V da Constituição Federal).

Há que se ressaltar ainda que a Lei n. 8.078/90 foi editada dois anos após a promulgação da Constituição de 1988, cujo art. 114, *caput*, já previa expressamente a relação de trabalho como gênero da espécie relação de emprego. Do que se deduz que a *mens legis* do art. 3º, § 2º do CDC é afastar, do conceito de serviço de consumo, não apenas a espécie empregatícia, mas a relação de trabalho *lato sensu*.

5.2.5.5 Superposição de relações de trabalho e consumo

Discorrendo sobre a controvérsia envolvendo as relações de trabalho e de consumo, Maurício Godinho Delgado pondera:

A dificuldade surge quando se trata de uma relação de prestação de serviço, que pode ser também relação de consumo; sendo o vínculo consumerista aquele em que alguém adquire bem ou serviço na qualidade de tomador final, desponta aí uma mistura de relações, a de trabalho e a de consumo. Nestes casos dúbios, há no interior da relação de consumo uma prestação de trabalho. Não está se negando isso, não haveria como negar semelhante fato, há clara superposição de relações jurídicas. A questão é saber exatamente, conforme já exposto, qual a relação que absorve a outra para fins de competência jurisdicional? (DELGADO, 2006, p. 143-147).

E o i. jurista e Ministro do TST conclui que deve prevalecer o respeito à lógica e harmonia do sistema constitucional, que na hipótese dá ênfase à matéria consumerista, delegando-a à competência da Justiça Comum Estadual e ao sistema dos juizados cíveis especiais.

O complicador da formulação de Delgado emerge ao se analisar a relação empregatícia doméstica. O empregador doméstico figura inegavelmente como “tomador final” dos serviços do empregado (ou seja, como consumidor), e nem por isso se questiona a competência trabalhista.⁴⁰

⁴⁰ No mesmo paradoxo esbarra a argumentação de Otavio Amaral Calvet (2005, p. 56), no sentido de que numa relação de trabalho “o tomador dos serviços não pode ser o usuário final, mas mero utilizador da energia de trabalho para consecução da sua finalidade social”. De forma pioneira, Calvet formulou elementos científicos consistentes na caracterização da relação de trabalho mas, ao centrá-los na contraposição à idéia de

Na realidade, Delgado parece estar se referindo às hipóteses de prestação de serviço no interior de genuína relação de consumo, como no exemplo do paciente que é atendido pelo dentista em seu consultório. Mesmo em tais situações, contudo, não distinguimos propriamente uma superposição das relações de trabalho e de consumo, apenas o fornecimento de um serviço e seu conseqüente consumo, no âmago de genuína relação de consumo. O objeto desse tipo de contrato não é o trabalho, *em seu potencial produtivo*, apenas o consumo do *resultado do serviço*.

Entendemos, portanto, que no âmago de uma relação de consumo pode haver trabalho, mas não relação de trabalho. Do mesmo modo que, na relação de emprego, os serviços prestados pelo empregado muitas vezes são consumidos pelo empregador, e nem por isso se vislumbra ali uma superposição de duas relações jurídicas.

Frise-se que a mistura, em uma mesma relação jurídica, de duas situações jurídicas com tutelas antagônicas (na relação de trabalho, o protegido é o trabalhador; na relação de consumo, o contratante dos serviços) tornaria um verdadeiro tormento a atividade jurisdicional, embaralhando os princípios jurídicos e dissipando os focos de proteção.

Situação bem distinta seria aquela envolvendo duas relações jurídicas paralelas (uma de trabalho, outra de consumo) envolvendo os mesmos sujeitos.

Entendemos que a *pedra de toque* da nova competência material trabalhista há de ser um conceito científico de relação de trabalho, que identifique sua essência e delinee seus contornos enquanto categoria jurídica. Compreender que a sistemática constitucional afasta as relações de consumo da competência trabalhista é, a nosso ver, passo fundamental, mas que por si só não resolve o maior dilema: decidir, nos casos limítrofes, se a prestação de serviços por pessoa física é atraída ou não pela norma do art. 114, *caput* da Constituição da República.

Concluindo, entendemos que a exegese constitucional mais compatível com os princípios da *unidade, proporcionalidade e razoabilidade* é aquela no sentido de que a figura do trabalhador (na acepção estrita do art. 7º) e a do consumidor não podem figurar em pólos opostos *de uma mesma relação jurídica*. Ainda que corram em paralelo, com os mesmos sujeitos, relação de consumo e relação trabalhista serão duas relações jurídicas não apenas distintas, mas com conteúdo econômico e tratamento legal antagônico.

Em genuína relação de trabalho, o contratante dos serviços jamais será a parte hipossuficiente, do mesmo modo que em autêntica relação de consumo o fornecedor dos

destinatário final, acabou não contemplando a relação de trabalho doméstica, e mesmo o trabalho eventual em proveito de empresa.

serviços não irá figurar naquela condição. Isso não significa, como já salientamos, que uma norma especial não possa proteger o fornecedor dos serviços em relação de consumo, ou o tomador em relação de trabalho. A pretexto de corrigir desigualdades, o direito não pode, ele próprio, se tornar um instrumento de arbitrariedade ou opressão, deixando de resguardar o direito da parte mais forte na relação jurídica. Exemplificando, na relação de emprego a lei tutela o empregador na hipótese de o empregado cometer falta grave (art. 482/CLT), e nem por isso ocorre ali um desvirtuamento da hipossuficiência do trabalhador, ou o afastamento do princípio da proteção ao trabalho.

A se entender, em direção contrária, que os serviços de consumo podem caracterizar relação de trabalho, o operador do direito do trabalho irá defrontar sérios complicadores, verdadeiros paradoxos jurídicos. Quem, afinal, será a parte hipossuficiente na relação jurídica? O trabalhador (fornecedor dos serviços) ou o consumidor? Partindo-se da premissa de que, conforme a situação concreta, um ou outro possa ser protegido pela lei, qual dos dois será agasalhado pelo princípio da proteção, pela tutela legal mais abrangente? Por exemplo, qual deles será beneficiado pela *inversão do ônus da prova*, que a teor do art. 6º, VIII do CDC favorece o consumidor⁴¹? Esse é o tipo de questão que vai se tornando mais complexa na medida de sua aplicação prática. E o que pode estar em risco é a própria identidade da jurisdição trabalhista.

5.2.6 A hipossuficiência trabalhista como condição relativa

Como sustentamos anteriormente, quando um profissional fornece serviços diretamente ao público consumidor, a força e o produto de seu trabalho permanecem sob seu domínio. A partir do momento em aquele mesmo profissional aliena seu trabalho a uma empresa ou outro tipo de organização, no contexto da relação jurídica o trabalho torna-se hipossuficiente.

Nessa perspectiva, em uma relação jurídica a hipossuficiência da parte é aferida de forma intrínseca à relação, e em referência à outra parte – ou seja, como uma condição relativa.

⁴¹ Dispõe o art. 6º do Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: São direitos básicos do consumidor: [...] VIII – a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiência.

Assim, por exemplo, quando um médico trabalha para uma clínica, figura na relação jurídica como parte hipossuficiente, diversamente do que ocorre quando atende pacientes em seu consultório particular.

A desigualdade econômica que desfavorece o trabalhador na relação de trabalho decorre de sua carência de meios, *naquela relação*, para produzir (bens ou serviços) para o mercado de consumo. Como o escopo de todo trabalho social é, de alguma forma, produzir,⁴² aquele trabalhador se obriga a alienar sua força de trabalho, ou no mínimo o produto de seu trabalho, a um tomador, detentor de uma organização produtiva. Disseca-se, assim, nossa concepção de hipossuficiência trabalhista.

É interessante destacar que A.F. Cesarino Junior (1980, p. 44-45) fundou sua clássica *teoria da hipossuficiência* no elemento econômico, classificando as pessoas naturais em *autossuficientes* (proprietários de capital, imóveis, terras), *hipossuficientes* (possuidores apenas de sua força de trabalho) e *hipersuficientes* (autossuficientes em posição econômica superior). O insigne jurista aduzia que “os hipossuficientes estão, em relação aos autossuficientes, numa situação de hipossuficiência absoluta”, e os autossuficientes, “em relação aos hipersuficientes, numa situação de hipossuficiência relativa.”

O que ponderamos é que, em uma relação jurídica, a hipossuficiência será sempre uma condição relativa. Um mesmo trabalhador poderá ser hipossuficiente em uma relação jurídica e autossuficiente em outra, alienando seu trabalho a um tomador, no primeiro caso, ou fornecendo o serviço diretamente ao público consumidor, na segunda hipótese. E tal desigualdade na relação jurídica em regra, mas não necessariamente, será definida pela posição socioeconômica das partes no lado externo da relação jurídica.

Em tal perspectiva, a hipossuficiência trabalhista é analisada não como uma condição pessoal, mas como situação econômica e jurídica.

Mas, se a origem da hipossuficiência trabalhista é socioeconômica e inerente à relação jurídica trabalhista, seus efeitos alcançam a própria condição humana do trabalhador, entremeadada ao objeto do contrato – o trabalho –, do qual o trabalhador depende para sua subsistência e de sua família. Eis a grande singularidade da relação jurídica de trabalho, a exigir uma tutela especial ao trabalhador, destacada dos padrões civilistas.

A hipossuficiência na relação jurídica irá afetar a pessoa do trabalhador de diversos modos, desde a constrição de sua vontade até a posição vulnerável na negociação do contrato

⁴² Frise-se que, na sociedade pós-industrial, a produção não mais se restringe à fábrica ou à mercadoria palpável, e a noção de trabalho produtivo alcança todo trabalho social, inclusive, e principalmente, os serviços e demais faces do trabalho imaterial.

e exigência de seu cumprimento. Tal situação é mais acentuada e nítida no trabalho subordinado, mas pode ser percebida também, ainda que de modo rarefeito ou oblíquo, no trabalho autônomo alienado a um tomador.

5.2.7 *Alienação do trabalho: essência da relação trabalhista*

Antônio Álvares da Silva, citando Lauro Campos (2005, p. 79), afirma que não existe nenhum fenômeno cultural – a moeda, o Estado, a bolsa, o direito, as ideologias, as esculturas, os transportes, a linguagem, as religiões, etc. – que não tenha sido produzido pelo trabalho humano. E sustenta que, toda vez que o trabalho é prestado por meio de uma relação jurídica, “há uma relação entre duas ou mais pessoas que se vinculam pelo fator trabalho, pela qual alguém o presta em proveito da outra. Ou seja, há uma relação de trabalho”.

É certo que o i. jurista mineiro adota uma concepção mais abrangente de relação de trabalho, abarcando toda e qualquer relação jurídica onde haja prestação de trabalho humano. De sua doutrina, pinça-se, assim mesmo, uma expressão que pode ser útil à assimilação de nossas idéias sobre o conteúdo da relação de trabalho: “[...] pela qual alguém o presta *em proveito da outra*”.

Pontes de Miranda, depois de conceituar o trabalho em sentido amplo (“qualquer espécie de atividade humana, que tenha finalidade produtiva”, “quem apanha as frutas do jardim, ou do quintal, ou do sítio, ou da fazenda, trabalha. Não importa para quem sejam as frutas”), parte para uma acepção mais limitada e adequada aos propósitos do Direito do Trabalho⁴³:

Se exigirmos 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, ou para o grupo social a que pertence, como se fizesse para si mesmo (e.g., o chefe de família ou o simples membro da família que conserta a janela da casa, a mulher que passa a ferro a roupa do marido). Já não se chama trabalho a qualquer atividade produtiva. (MIRANDA, 1964, p. 78-79).

A idéia de trabalho *em proveito de outrem*, ou de *alienidade do proveito do trabalho*, pode ser assim traduzida: o objeto de uma relação de trabalho é o próprio trabalho – ou seu produto, na hipótese de trabalho autônomo. Como se trata de uma *relação*, é lógico deduzir que ela só existirá se houver a possibilidade de transferência daquele objeto (o trabalho, ou o

⁴³ O próprio autor destaca “como se limitou, para o conceito de Direito do Trabalho, o conceito de trabalho. Em consequência, tornou-se de emprego estritíssimo a expressão ‘trabalhador’”. (MIRANDA, 1964, p. 78).

resultado do trabalho) de um polo a outro da relação jurídica, ou seja, do trabalhador para o contratante dos serviços.

Essa, a nosso ver, a essência da relação de trabalho, que se traduz no conceito de alienação do trabalho. O tema será desenvolvido no próximo tópico.

5.2.7.1 Alienação e estranhamento do trabalho

Parte da doutrina, na busca de um conceito da relação de trabalho, elege como um de seus elementos a idéia de *alteridade*. Reginaldo Melhado (2006, p. 202-205) pondera que a alteridade não deve ser confundida com a responsabilidade pelos riscos do negócio. Reportando-se ao termo espanhol *ajenidad*, Melhado vincula a noção de alteridade ao conceito marxista de alienação do trabalho.

Entendemos, no entanto, que o conceito de alteridade não é apropriado à caracterização da relação de trabalho *lato sensu*, por remeter à idéia de *trabalho por conta alheia* (MELHADO, 2006, p. 204)⁴⁴, excluindo a figura do trabalhador autônomo. Mais apropriados à essência da relação de trabalho nos parecem os conceitos de *alienação* e *estranhamento* do trabalho, elaborados por Karl Marx (2004, p. 124-125).

A alienação do trabalho decorre da lógica capitalista segundo a qual, em regra, os meios de produção não são propriedade de quem produz⁴⁵. Por conseguinte, os frutos do trabalho aparecem como algo alheio ao trabalhador.

Analisando o processo de apropriação do trabalho pelo capital, Marx (1993, p. 301 e 307) ora se refere à compra da capacidade de *dispor da força de trabalho, ora à apropriação do trabalho alheio (the act of buying the capacity of disposing over the worker; the appropriation of alien labour)*.

O trabalho alienado, segundo Marx (2004, p. 125), deixa de ser forma de realização da pessoa humana e do ser social, reduzindo-se a simples meio de subsistência. A força de trabalho torna-se mercadoria, resultando daí o efeito *estranhamento do trabalho*, que pode ser percebido no curso da atividade laboral.

Analisando o mesmo fenômeno na perspectiva jurídico-trabalhista, Olea (1984, p. 22-23) observa que, no *estado original* das coisas, ou no de *pura natureza*, os frutos do trabalho

⁴⁴ O próprio Melhado ressalta que “no direito espanhol a *ajenidad* não é explicada com base no risco do empreendimento, e sim a partir do binômio *trabalho por conta própria* e *trabalho por conta alheia*”.

⁴⁵ O trabalhador autônomo detém seus próprios meios de produção, mas não os da organização produtiva à qual aliena o produto do seu trabalho.

revertem para seu executor, como recompensa natural do trabalho. Mas a realidade social com que lida o Direito do Trabalho é justamente a contrária, isto é, aquela em que os frutos do trabalho são atribuídos inicial e diretamente a pessoa distinta da que executa o trabalho. (OLEA; BAAMONDE, 1999, p. 41-42).

A doutrina de Olea é centrada no estudo da relação de emprego, categoria jurídica objeto do Direito do Trabalho espanhol e dos demais países europeus⁴⁶. Daí o autor ter direcionado o conceito de alienação do trabalho à noção de trabalho por conta alheia, focalizando a aquisição originária do produto do trabalho alheio.

Por ora, no estudo mais amplo e abrangente da relação de trabalho, identificamos a essência dessa categoria jurídica na noção de *alienação do trabalho a um tomador*.

Por *tomador de serviços* deve-se entender a pessoa física ou jurídica que detém os meios de produção (material ou imaterial) ou outro tipo de *organização*, ainda que não-lucrativa, capacitando-se desse modo a se apropriar do trabalho alheio. Adiante, desenvolveremos o conceito de *organização* enquanto sujeito da relação de trabalho e, em especial, da relação empregatícia.

Mesmo que se atenuar o rigor da análise marxista – afinal, nem todo trabalho alienado à produção capitalista é “pervertido e depauperado” (MARX, 2004, p. 147-158 *apud* ANTUNES, 1997, p. 124-125)⁴⁷ –, parece-nos inegável que o trabalho alienado a um tomador (com as exigências e cobranças de um resultado que afinal será apropriado por pessoa distinta de quem o produziu), não proporciona ao trabalhador o mesmo proveito e a mesma realização pessoal experimentados no trabalho emancipado e autodeterminado.

Na relação de consumo, inexistente alienação ou estranhamento do trabalho, na medida em que, não detendo os meios de produção ou uma organização, o consumidor não tem a capacidade de dispor da força de trabalho alheia, tampouco de se apropriar do produto daquele trabalho. O fornecedor do serviço atua em proveito econômico próprio, com maior poder e afirmação na relação jurídica.

A alienação da força ou capacidade de trabalho produz o efeito da subordinação jurídica, traço distintivo não apenas da relação empregatícia, mas de outras espécies de

⁴⁶ Mesmo na atualidade, o ordenamento jurídico brasileiro é o único a adotar a relação de trabalho *lato sensu* como critério definidor da competência trabalhista.

⁴⁷ Dentre outras afirmações ainda mais contundentes, Marx acentua que na sociedade capitalista “o trabalho é degradado e aviltado”; o trabalhador só se sente “junto a si fora do trabalho e fora de si no trabalho”; “seu trabalho não é, portanto, voluntário, mas compulsório, *trabalho forçado*”, “não é a satisfação de uma necessidade, mas somente um meio para satisfazer necessidades fora dele”.

relação de trabalho trazidas para a competência trabalhista pela EC 45/04, como o trabalho eventual em proveito de empresa e o estágio de estudante.

O trabalhador autônomo⁴⁸, por sua vez, opera os meios de sua própria produção, mas será hipossuficiente em uma relação de trabalho toda vez que alienar, não sua força de trabalho (ou não seria um genuíno autônomo), mas o produto daquele trabalho a um tomador. Nessa situação, os meios de produção do trabalhador autônomo são reduzidos a um papel mediato e coadjuvante, em relação à organização tomadora.

Finalmente, na relação de trabalho doméstico a alienação e, principalmente, o estranhamento do trabalho verificam-se com quase a mesma nitidez da produção capitalista, com o diferencial de que a pessoa ou família, ao se apropriarem do produto daquele trabalho, o consomem integralmente, não o destinando ao mercado.

5.2.8 Destinação produtiva dos serviços

Em estudos anteriores, apontamos a destinação produtiva dos serviços como pressuposto da relação de trabalho.

Afirmávamos então:

A relação de trabalho é, portanto, *relação social de produção*, em que o trabalhador não detém os meios de produção ou, se os possui, subjugá-os à produção mais poderosa do tomador dos serviços (é o que se verifica no trabalho autônomo). Por isso afirmamos que é da substância da relação de trabalho a *separação entre o trabalhador e os meios de produção*. (MERCÇON, 2007, p. 70).

As categorias jurídicas trabalhistas, como já foi visto, possuem conteúdo essencialmente socioeconômico, e forte componente econômico em sentido estrito.

Francisco Nitti conceitua economicamente o trabalho como “toda energia humana empregada tendo em vista um escopo produtivo” (*apud* MORAES FILHO, 1960, p. 213). Adotando-se tal conceito, pode-se deduzir que a relação de trabalho pressupõe a possibilidade de transferência do trabalho, *em sua latência produtiva*, do trabalhador para o tomador.

Ocorre que, pela clássica *teoria do valor*, o conceito de atividade produtiva é mais estrito. Para Adam Smith (2003, p. 411), trabalho produtivo é o que acrescenta algo ao valor dos objetos sobre os quais se aplica, ou se incorpora em mercadoria palpável. Nessa

⁴⁸ Em variante de trabalho autônomo, o trabalhador usufrui dos meios de produção do tomador, sem interferência deste na prestação dos serviços, e repassa-lhe, além do aluguel mensal, um percentual sobre a produção. É comum no trabalho de médicos, dentistas e taxistas.

concepção, seria improdutivo o trabalho dos criados, servidores públicos, profissionais liberais, artistas, etc.

Na teoria marxista, produtivo é o trabalho que gera mais-valia ou excedente econômico para o detentor do capital. (MARX, 2005, v. 2, liv. I, p. 578). Além da atividade industrial e agropecuária, tal conceito abrange o comércio e o setor de serviços.

A concepção mais restrita de atividade produtiva é até hoje invocada por alguns economistas ao se referirem, em determinado contexto, à indústria como *o setor produtivo* da economia. Com efeito, não obstante o crescimento vertiginoso do setor de serviços nas últimas décadas, é o setor urbano-industrial o que produz as riquezas materiais e a infraestrutura, fundamentais para a geração de riqueza e o desenvolvimento de uma nação. O setor industrial é ainda o *termômetro* da atividade econômica. Decréscimo na atividade industrial sinaliza depressão econômica, aumento na produção daquele setor é indicativo de crescimento da economia do país.

Mas o conceito de atividade produtiva que prevalece na atualidade, nas ciências políticas e econômicas, refere-se, de forma mais ampla, aos bens e serviços negociados no mercado. Essa concepção é associada à definição do Produto Interno Bruto (PIB), que consiste no valor de mercado de todos os bens finais produzidos na economia em um dado período de tempo. (MONTORO FILHO, 1998, p. 275; MANKIWI, 2006). Nessa perspectiva, é produtivo o trabalho cujos frutos refletem-se no mercado, gerando riqueza para a economia e o país.

Alguns autores ainda se reportam à doutrina marxista, considerando produtivo o trabalho em que há produção de excedente, a ser apropriado por outrem. (CHAVES JÚNIOR, 2011, p. 92). Na prática, esse conceito não se distancia muito do anterior, desde que abranja a atividade não-lucrativa que se projeta no mercado e no PIB.

Com efeito, a produção de excedente econômico não pressupõe atividade lucrativa. Muitas instituições não-lucrativas produzem valor de troca. É o caso das instituições de ensino. Essas entidades gerenciam seus gastos e sua receita, e podem acumular reservas, apenas não as distribuem sob a forma de lucros entre seus dirigentes. Ou seja, o eventual *superavit* da produção não-lucrativa deve ser revertido integralmente à manutenção e desenvolvimento de seus objetivos sociais, ou ao incremento de seu ativo imobilizado (art. 12, § 2º, *b* e § 3º da Lei 9.532/97). Esse tipo de atividade econômica, mesmo não se traduzindo em lucros, tem forte expressão no PIB⁴⁹, sendo considerada produtiva.

⁴⁹ Conforme dados publicados pela *Primapágina* em 24.03.2006, as atividades das organizações sem fins lucrativos representavam, à época, 5% do PIB brasileiro, superando a indústria extrativa mineral.

Por outro lado, existem as entidades *puramente beneficentes*, que não produzem valor de troca, ou seja, não negociam bens ou serviços no mercado. É o caso de asilos, orfanatos e outras instituições filantrópicas, que sobrevivem à base de doações. O trabalho prestado a essas instituições é, técnica e oficialmente, improdutivo. O mesmo se diga com relação ao trabalho doméstico, que igualmente gera apenas valor de uso, não produzindo bens ou serviços para o mercado.

É certo que o trabalho doméstico e o labor prestado às entidades puramente beneficentes não produzem excedente econômico, não gerando portanto riqueza para o país, no sentido tecnicista da palavra. Não obstante, alguns economistas e cientistas sociais vêm, há algum tempo, questionando o *dogma* do desenvolvimento associado ao crescimento econômico e industrial. Esses autores não têm em mira o tema que ora se desenvolve (conceito de trabalho produtivo), mas seus ensinamentos podem ser proveitosos ao nosso estudo.

O economista indiano Amartya Sen, prêmio Nobel de Economia, reconhece que a base material do processo de desenvolvimento é fundamental, mas deve ser considerada como um meio, e não como um fim em si. E propõe uma revisão dos conceitos tradicionais de bem-estar, que pela economia tradicional é avaliado pelo domínio sobre bens e serviços, ao invés de meio para a promoção da liberdade, do horizonte social e cultural da vida humana:

Por exemplo, a abordagem da capacidade diferencia-se da avaliação utilitarista (e, mais genericamente, da avaliação “welfarista”) por abrir espaço para uma variedade de ações e estados considerados importantes por si mesmos (não somente *porque* eles podem produzir utilidade, nem apenas na proporção que a produzem). Neste sentido, a perspectiva das capacidades fornece um reconhecimento mais completo da variedade de maneiras sob as quais as vidas podem ser enriquecidas e empobrecidas. Também se diferencia daquelas abordagens que baseiam sua avaliação em objetos que não são, em nenhum sentido, funcionamentos e capacidades pessoais, p.ex., quando se julga o bem-estar pela renda real, riqueza, opulência, recursos, liberdades formais, ou bens primários. (SEN, 2001, p. 83).

Nessa perspectiva, pode-se perguntar: o trabalho prestado a uma entidade filantrópica, um orfanato ou asilo, por exemplo, não seria produtivo para o país, no sentido de melhoria do padrão de vida da população? Ou tal labor somente passaria a ser produtivo na hipótese do orfanato ou asilo cobrarem pelos serviços, no mercado?

Analisando os critérios de mensuração do PIB, Mankiw destaca a exclusão dos itens produzidos e consumidos em casa, e que portanto não entram no mercado, o que pode levar a resultados paradoxais:

As verduras que você compra na quitanda fazem parte do PIB; já as verduras que você cultiva em sua casa, não. [...] Quando Karen paga a Doug para que corte seu gramado, a transação faz parte do PIB. Se ela se casasse com Doug, a situação mudaria. Embora Doug possa continuar a cortar o gramado de Karen, o valor do serviço deixa de ser incluído no PIB porque o serviço de Doug não está mais sendo vendido em um mercado. Assim, quando Karen e Doug se casam, o PIB se reduz. (MANKIWI, 2006, p. 502).

Se o padrão de vida de um país depende de sua capacidade de produzir bens ou serviços, não deveriam ser considerados (de alguma forma) produtivos o trabalho e os serviços que não vêm ao mercado, mas contribuem para o bem-estar da população?.⁵⁰

A dupla de filósofos políticos Michael Hardt e Antonio Negri (2005b, p. 147), investigando um novo conceito de classe, mais aberto e expansivo que a classe operária, sustenta que “não existe uma prioridade política entre as formas de trabalho: todas as formas de trabalho hoje em dia são socialmente produtivas, produzem em comum e também compartilham um potencial de resistir à dominação do capital.”

Cumprе ressaltar que a concepção de Hardt e Negri não é técnico-econômica, tampouco jurídico-trabalhista. Trata-se de uma abordagem mais ampla, voltada para o campo da filosofia política. De qualquer forma, sua doutrina pode ser valiosa para a formulação de um conceito menos tecnicista e estrito de trabalho produtivo, que seja aplicável ao estudo da relação de trabalho.

Primeiramente, cumprе assinalar que a destinação produtiva dos serviços, na ótica jurídico-trabalhista, deve ser aferida em análise *microeconômica*⁵¹, focalizando a relação jurídica entre trabalhador e tomador dos serviços. É irrelevante, nessa perspectiva, perquirir se o trabalho prestado gera riqueza para o país, se é produtivo em termos macroeconômicos.

Por outro lado, se a concepção de Hardt e Negri é pertinente enquanto mira a face social (ou mesmo político-cultural) do trabalho, omite o enfoque econômico e o conteúdo jurídico-trabalhista da prestação do serviço, ao não diferenciar o trabalho em proveito próprio daquele alienado à produção de um tomador. E tal distinção, a nosso ver, é a *pedra de toque* na caracterização jurídica da relação de trabalho.

⁵⁰ No que toca ao trabalho doméstico, vários estudiosos defendem que o IBGE passe a calcular a participação desse “trabalho invisível” no PIB. É o caso da professora de Economia da Universidade Federal Fluminense Hildete Pereira de Melo, que ressalta que esse trabalho é feito por mulheres que permanecem em casa e não têm a sua contribuição reconhecida pela sociedade. (disponível em: <<http://www.cfemea.org.br>>. Acesso em: 04 dez. 2011).

⁵¹ A *microeconomia* examina o comportamento das unidades econômicas individuais (indivíduo, família e empresa). A *macroeconomia*, por sua vez, estuda o comportamento das variáveis econômicas agregadas, traduzindo-o nos índices de inflação, desemprego, crescimento econômico, etc.

Se todo trabalho que reproduz a sociedade é socialmente produtivo, a abordagem jurídico-trabalhista deve mirar o escopo produtivo da prestação *na perspectiva de seu tomador*. Isso porque, como um negócio jurídico bilateral, uma relação jurídica que envolve trabalho humano somente se perfaz, *enquanto relação*, quando aquele trabalho deixa a esfera do prestador e alcança a do tomador. Por conseguinte, a destinação produtiva do trabalho, para o efeito de caracterização da relação de trabalho, deve ser aferida na ótica do tomador dos serviços.

Na perspectiva jurídico-trabalhista, o trabalho terá destinação produtiva sempre que não se exaurir em mero consumo, na relação jurídica. Ou seja, sempre que o contratante dos serviços tiver a capacidade de dispor da força de trabalho contratada, ou de no mínimo se apropriar do produto do trabalho alheio, para produzir bens ou serviços – ainda que os mesmos não sejam vendidos no mercado.

Voltemos ao exemplo do médico ou dentista. O trabalho que exercem atendendo o público é socialmente produtivo. Mas os pacientes que são atendidos por aqueles profissionais, não detendo uma organização produtiva, não têm a capacidade de se apropriar daquele trabalho, e por isso apenas o consomem. O trabalho, nesse contexto, é produtivo, mas não tem destinação produtiva na relação jurídica. Diversamente, quando trabalham para uma clínica ou empresa, ainda que de forma eventual ou autônoma, o médico ou dentista alienam o potencial produtivo de seu trabalho ao tomador.

Em artigo publicado pouco tempo após a vigência da EC45/04, Alice Monteiro Barros expõe concepção semelhante:

Na relação de consumo, o serviço prestado é episódico, exaure-se muitas vezes em um dia ou em algumas horas, e o consumidor que dele se utiliza o faz para satisfazer a uma necessidade própria, e não a uma atividade produtiva. Daí inexistir relação de trabalho entre, por exemplo, uma cabelereira do salão de beleza e os clientes que atende, o motorista de táxi e o passageiro, o médico e o paciente, entre outras relações de consumo, nem sempre fáceis de serem identificadas. (BARROS, 2005, p. 71).

Com base nessa acepção mais ampla de trabalho ou atividade produtiva, analisaremos nos próximos itens algumas situações trabalhistas controvertidas.

De todo modo, é importante frisar que o conceito técnico-econômico e mais estrito de atividade produtiva de forma alguma se incompatibiliza com nossa concepção de relação de trabalho. O trabalho “tecnicamente improdutivo”, prestado basicamente a entidades puramente beneficentes e no âmbito doméstico, é minoritário ou residual no sistema capitalista. E, para que esse tipo de trabalho seja abrangido pelo nosso conceito de relação

trabalhista, basta que se suprima a idéia de “destinação produtiva dos serviços”, assimilando-se a noção de tomador de serviços pela idéia mais ampla de *organização*, que será desenvolvida no item 7.4.2 deste capítulo.

5.2.8.1 Inserção do trabalho na cadeia produtiva do tomador

Comentando decisão do Tribunal Superior do Trabalho que declarou a incompetência da Justiça do Trabalho em ação de cobrança de honorários advocatícios, Amauri Mascaro Nascimento (2007, p. 136-137)⁵² critica a restrição do conceito de relação trabalhista ao “trabalho com objetivo econômico”, ou seja, aquele que se insere em *cadeia produtiva do tomador*. E sustenta que tal conclusão choca-se com outras da jurisprudência dos Tribunais, nas quais tem sido admitida a competência trabalhista ainda que se trate de trabalho prestado para destinatário final ou não integrante de cadeia econômica. Menciona os exemplos do trabalho doméstico e do trabalho prestado para as instituições sem fins lucrativos.

Em nossos estudos anteriores sobre o tema (MERÇON, 2006), (MERÇON, 2007), publicados anteriormente à referida decisão do TST, tivemos a oportunidade de argumentar que tanto o trabalho em proveito de entidade sem fins lucrativos quanto o trabalho doméstico têm destinação produtiva e, portanto, objetivo econômico.

Tal análise, como já frisamos, parte de uma concepção mais abrangente de trabalho e atividade produtiva, que não se restringe aos bens e serviços negociados no mercado, tampouco ao trabalho que gera excedente econômico. Repise-se: quando nos referimos a “trabalho com destinação produtiva”, para fins de caracterização da relação de trabalho, não temos como parâmetro o PIB do país, ou outros referenciais macroeconômicos. A análise da relação trabalhista é microeconômica, focando apenas o comportamento do trabalhador e o do tomador dos serviços.

Experimentemos nossa concepção examinando algumas situações trabalhistas controvertidas.

⁵² O autor alude a decisão do STF, mas a ementa que transcreve é de Acórdão proferido pela 3ª Turma do TST, no processo RR-2455/2007-037-12-00.

5.2.8.1.1 Trabalho eventual alienado a um tomador

É certo que o trabalho eventual atende necessidade acidental ou fortuita do tomador, não se inserindo nos *fins normais* da empresa. Ocorre que, mesmo não se incorporando diretamente à cadeia produtiva, o trabalho eventual beneficia de forma mediata o empreendimento econômico. Pode-se citar o exemplo do eletricitista que presta serviços ocasionais a uma empresa. É inegável que, com a rede elétrica funcionando, a empresa produzirá mais. Do que se conclui que o trabalho eventual insere-se na cadeia produtiva da empresa, mesmo que de forma *mediata ou difusa*.

Convém aqui ventilar novamente a controvérsia acerca do *consumidor profissional*, abordada no item 3.5. Como relatamos, José Geraldo Brito Filomeno é adepto da *teoria finalista* do conceito de consumidor, e por isso critica o critério do Código brasileiro de incluir a pessoa jurídica como consumidora de produtos e serviços, no que, adverte o jurista, “discrepa da própria filosofia consumerista”, considerando que “o consumidor, geralmente vulnerável como pessoa física, defronta-se com o poder econômico dos fornecedores em geral”, o que não ocorre com as pessoas jurídicas que, bem ou mal, grandes ou pequenas, detêm maior informação e meios de defender-se umas das outras quando houver impasses e conflitos de interesses. (GRINOVER *et al.*, 2005, p. 34).

Citado por Filomeno, José Reinaldo de Lima Lopes pondera que o enfoque do Código, abrangendo a pessoa jurídica no conceito de consumidor, pode pôr a perder “um elemento essencial, que no fundo é o que justifica a existência da própria relação de consumo: a subordinação econômica do consumidor”. (*apud* FILOMENO, em GRINOVER *et al.*, 2005, p. 32).

Não obstante, ante a literalidade do *caput* do art. 2º do CDC, Lima Lopes sugere que uma pessoa jurídica somente será consumidora em relação a outra pessoa jurídica, e desde que haja entre ambas um desequilíbrio econômico que favoreça a fornecedora – no que é endossado por Filomeno. (GRINOVER *et al.*, 2005, p. 32-33). Tal concepção, no âmbito da tutela legal do consumidor, harmoniza-se com a nossa perspectiva na esfera trabalhista, ambas confluindo em observância aos princípios da *unidade, proporcionalidade e razoabilidade* na interpretação constitucional – lembrando que a defesa do consumidor é preceito constitucional, da mesma forma que a competência atribuída à Justiça do Trabalho.

Conclui-se, portanto, que o trabalho prestado por pessoa física a pessoa jurídica jamais irá configurar relação de consumo. Ainda que a prestação seja autônoma e atenda necessidade

acidental do tomador (trabalho eventual), estará caracterizada a relação de trabalho. Mesmo porque a *alienação do trabalho a um tomador*, a própria essência da relação de trabalho, identifica-se também nesse tipo de trabalho, ainda que de forma instantânea.

5.2.8.1.2 Trabalho em proveito de instituições sem fins lucrativos

Ainda que à margem da produção capitalista, as instituições sem fins lucrativos⁵³ ocupam posição ativa na economia, produzindo bens e, especialmente, serviços à comunidade. Na lição de Maranhão (*In SÜSSEKIND et al*, 1995, p. 290), a atividade econômica traduz-se na produção de bens ou serviços para a satisfação das necessidades humanas, não supondo, necessariamente, a idéia de lucro.

Repise-se que as instituições não-lucrativas gerenciam seus gastos e sua receita, podendo acumular reservas, com a peculiaridade de que o eventual *superavit* da produção deve ser revertido integralmente à manutenção e desenvolvimento de seus objetivos sociais, ou ao incremento de seu ativo imobilizado (art. 12 da Lei 9.532/97).

Em se tratando de trabalho subordinado, não há dúvida: a entidade sem fins lucrativos, ainda que *puramente beneficente*, apropria-se do valor de uso da capacidade de trabalho do prestador, tanto quanto o faria uma empresa.

Mas, e com relação ao trabalho autônomo?

No trabalho autônomo prestado a empresa ocorre, ainda que potencialmente, a alienação de excedente econômico em proveito do tomador. O mesmo se verifica no trabalho prestado a instituição sem fins lucrativos que negocia bens ou serviços no mercado.

Por outro lado, no que se refere ao trabalho autônomo prestado a entidades *puramente beneficentes*, ou outros entes que não vendem os frutos do trabalho no mercado, é certo que não se realiza a alienação de excedente econômico na relação de trabalho.

Entendemos, todavia, que esse tipo de tomador deve ser equiparado, para os efeitos da relação de trabalho, à empresa ou organização “tecnicamente produtiva”, tal como faz a CLT no tocante ao “empregador por equiparação” (art. 2º, § 1º). E as razões são substanciais.

No aspecto jurídico, reportamo-nos à conclusão do tópico anterior, fundada na *teoria consumerista finalista*, de que o trabalho prestado por pessoa física a pessoa jurídica jamais irá configurar relação de consumo.

⁵³ O conceito deve abranger, entre outros, os partidos políticos, entidades sindicais e condomínios residenciais.

Sob o prisma socioeconômico, no que toca às entidades filantrópicas, deve-se sublinhar a lição de Maranhão (*In SÜSSEKIND et al, 1995, p. 290*), de que elas ocupam posição ativa na economia, produzindo⁵⁴ bens ou serviços para a satisfação de necessidades humanas. Mesmo desenvolvendo-se à margem do modo de produção capitalista, essas atividades, de caráter predominantemente assistencial, encerram algum conteúdo econômico. Muito além disso, são atividades com forte conteúdo social.

Tome-se o exemplo das instituições religiosas ou filantrópicas. Mesmo sem interagir com o mercado, prestam serviços à comunidade, contribuindo para o bem-estar da comunidade. A instituição religiosa, além das atividades de caridade e assistência que costuma prestar aos necessitados, canaliza nos cultos a necessidade espiritual de seus fiéis. O oferecimento de serviços pela instituição beneficente à sociedade é ainda mais evidente.

Para viabilizar a prestação desses serviços à comunidade, tais entidades na maior parte das vezes recorrerão ao trabalho voluntário. Em outras, contratarão trabalho oneroso. Na segunda hipótese, ainda que se trate de trabalho autônomo, entendemos que estará formada autêntica relação de trabalho, cuja essência, a alienação do trabalho a um tomador, estará configurada. Afinal, serão os frutos daquele trabalho que irão possibilitar à entidade beneficente a consecução de seus objetivos sociais. O trabalho apropriado pela instituição não-lucrativa é o *óleo* que a faz funcionar, ativando os serviços de assistência social, caridade, lazer, etc., prestados à comunidade.

5.2.8.1.3 Trabalho doméstico

A doutrina trabalhista é unânime em afirmar que o trabalho doméstico configura atividade de mero consumo. Tal leitura deriva, igualmente, da idéia de trabalho produtivo que prevalece nas ciências econômicas: o trabalho cujo resultado reflete-se no mercado, gerando riqueza para o país.

No trabalho doméstico, inexistente produção direcionada ao mercado. Ali não se produz valor de troca. Por isso o trabalho doméstico *não enriquece* seu tomador. Mas, na sociedade pós-industrial, a sentença de Adam Smith (2003, p. 413) (“um homem enriquece empregando inúmeros manufatores; empobrece mantendo uma multidão de criados”) é apenas parcialmente válida.

⁵⁴ É interessante observar que o autor faz uso da expressão “produção” em acepção mais ampla que a técnico-econômica.

É certo que o trabalho no âmbito doméstico produz apenas valor de uso, suprindo necessidades de consumo do próprio tomador (pessoa ou família). Mas isso não anula seu escopo produtivo intrínseco – não na acepção técnico-econômica de trabalho produtivo, mas no sentido jurídico-trabalhista e microeconômico de *trabalho cujo valor de uso é apropriado pelo tomador*. E tal apropriação se processa de forma similar à do trabalho prestado a empresa ou organização lucrativa, como veremos adiante.

Inicialmente, para demonstrar o traço produtivo contido no trabalho doméstico, lembramos a lição de Karl Marx (1993, p. 93), de que existe uma mútua dependência e mediação entre produção e consumo. “Sem produção, nenhum consumo.” Ora, se o trabalho doméstico se restringe à economia de consumo da pessoa ou família, *de que atividade produtiva resulta então o objeto daquele consumo?*

Eis a nossa leitura: quando a família recorre, por exemplo, aos serviços de lavanderia ou restaurante para prover sua subsistência, está consumindo serviços produzidos pelo mercado. Ao contratar o trabalho doméstico, o que faz a família é substituir a atividade produtiva do mercado pela apropriação do valor de uso da força de trabalho contratada. A produção (no sentido técnico e estrito) é então deslocada ao âmbito residencial, assumindo nova roupagem, desvinculada do mercado e dos índices macroeconômicos. Com efeito, não se destinando ao mercado, a *produção doméstica* resta invisível nos gráficos do PIB (do mesmo modo, por exemplo, que o *produto* da agricultura de subsistência, comum no meio rural). Mas, como já ressaltamos, a destinação produtiva dos serviços, para o fim de caracterização da relação de trabalho, é aferida em análise microeconômica. Logo, se o trabalho doméstico é improdutivo para a economia do país, no âmago da relação de trabalho por certo ele é produtivo.

Como o trabalho no âmbito residencial não produz valor de troca, resta ao tomador doméstico a capacidade de se apropriar do *valor de uso* da força de trabalho contratada.

Assim, na relação de trabalho doméstico o trabalhador aliena o uso de sua força de trabalho à pessoa ou família e esta, detendo atípicos ‘meios de produção’⁵⁵, adquire a capacidade de dispor daquela força de trabalho.

⁵⁵ Imagine-se o lar como uma *fábrica anômala*, que produzisse apenas para *autoconsumo*. Comporiam seu ‘capital fixo’ o fogão, a geladeira, o ferro e a tábua de passar roupas, a máquina de lavar. Os alimentos *in natura*, detergentes e demais mantimentos, que a família adquire toda semana no supermercado, seriam o ‘capital circulante’. Apenas, ao invés de ser direcionada ao mercado (o trabalhador poderia estar prestando aqueles mesmos serviços a um hotel ou restaurante, por exemplo), a *produção doméstica* supre necessidades próprias do tomador. Ou seja, a figura do detentor dos ‘meios de produção’ e a do consumidor misturam-se na mesma pessoa: a do tomador dos serviços.

Estudando o processo de produção da mais-valia, Marx (2006, v. 1, liv. I, p. 227-228) enfatiza que o valor de uso específico da força de trabalho consiste em ser ela fonte de valor, e de mais valor que o pago por ela. Como o vendedor da força de trabalho aliena seu valor de uso, o tomador do trabalho paga o valor diário (ou semanal, ou mensal) da força de trabalho e *adquire seu uso pela jornada inteira*. Marx compara o processo de produzir valor com o processo de trabalho, destacando que este consiste no trabalho útil que produz valores de uso, em atividade considerada de forma qualitativa, enquanto que, na produção de valor, o mesmo processo de trabalho é considerado apenas sob o aspecto quantitativo.

Mesmo mirando a produção capitalista, os ensinamentos de Marx elucidam com perfeição o *duplo aspecto do proveito econômico* auferível da relação de trabalho doméstico. Assim é que, mediante um pagamento estipulado, o empregado ou diarista doméstico aliena diretamente à pessoa ou família o uso de sua força de trabalho pela inteira jornada contratada (dia, semana ou mês). Trata-se, portanto, de *valor de uso expansível*, que não se exaure em um serviço individualizado. Imagine-se, por exemplo, que a família receba um parente em sua casa, por uma semana. A empregada doméstica lavará e passará mais roupas, terá mais trabalho na cozinha, o valor de uso de sua força de trabalho será estendido – mas o valor pago por ela não irá variar. Isso porque o valor de uso da força de trabalho já não pertence à empregada doméstica, mas à família que dele se apropriou. Eis o *proveito econômico qualitativo* extraível pelo tomador na relação de trabalho doméstico.

Mas o processo de trabalho doméstico também contém *valor*. Apenas, não sendo a produção doméstica direcionada ao mercado (isto é, não produzindo valor de troca), o *proveito econômico quantitativo* dela extraível, além de não-mensurável, só poderá ser inferido de forma oblíqua, pela diferença potencial entre o custo dos serviços de subsistência oferecidos no mercado e os gastos do tomador doméstico na *produção de subsistência* correlata, que compreenderão – além das despesas com mantimentos e provisões domésticas – os encargos trabalhistas e previdenciários decorrentes da contratação do trabalho doméstico⁵⁶. A potência desse proveito econômico terá ainda mais magnitude nos grandes centros urbanos, onde o custo dos serviços é mais elevado. Pode-se invocar aqui, como mera ilustração, o *princípio da vantagem comparativa* (SMITH, 2003, p. 436), utilizado pelos economistas para explicar os ganhos de comércio.

Alguém irá argumentar que a família poderia executar os serviços domésticos por conta própria, sem recorrer ao mercado – por exemplo, cozinhando, lavando e passando suas

⁵⁶ Ou seja, o trabalho doméstico não enriquece a família, mas pode lhe ser econômico.

próprias roupas⁵⁷. Ora, mas também o *microempresário* (por exemplo, o proprietário de um pequeno estabelecimento comercial) seria capaz de, em tese, exercer as funções do balconista ou caixa que contratou, e isso não invalida a lógica de que existe proveito econômico naquela relação de emprego, em favor do empregador.

Quanto ao argumento de que a economia política clássica e a teoria marxista consideravam improdutivo o trabalho dos criados, há que se considerar que, à época, a exploração capitalista dos serviços era insignificante. Por conseguinte, o trabalho no âmbito residencial não substituía a atividade produtiva do mercado, apenas servia ao luxo e à preguiça da elite. Não havia naquela prestação conteúdo econômico, sequer presumível. Diversamente, na sociedade pós-moderna a vertiginosa expansão do setor de serviços valoriza cada vez mais a força de trabalho doméstica.

Assunto dos mais intrigantes é a distinção entre o trabalho doméstico e o fornecimento de serviços de consumo no âmbito residencial.

Veja-se: na relação de trabalho doméstico o tomador apropria-se do valor de uso da força de trabalho contratada em substituição à atividade produtiva do mercado. O trabalho é, portanto, alienado e estranhado. Por se tratar de *valor de uso expansível*, que não se consome em um serviço ocasional, o trabalho doméstico atenderá sempre *necessidade normal* da pessoa ou família, no âmbito residencial⁵⁸ (isto é, *não profissional ou comercial*). É o caso dos serviços de cozinheira, lavadeira e passadeira de roupas, faxineira, caseiro, jardineiro, motorista, segurança, enfermeiro, babá ou acompanhante, dentre outras formas menos comuns de trabalho doméstico.

Na relação de consumo, ao contrário, o serviço supre, em geral, necessidade fortuita do contratante. O valor de uso produzido pelo fornecedor do serviço é *não-expansível*, esgotando-se em um serviço específico – e por isso o consumidor não tem a capacidade de dispor daquela força de trabalho. O fornecedor detém, em regra, os meios de *produção* (ferramentas), exercendo sua atividade produtiva em proveito econômico próprio – e como o contratante dos serviços não detém os meios de produção, apenas consome o produto do trabalho. Ou seja, o trabalho do fornecedor do serviço não é explorado pelo consumidor, não é

⁵⁷ Aqui, pode-se argumentar que a contratação do trabalho doméstico propicia ao seu tomador maior tempo e disponibilidade física e mental para se dedicar à sua atividade profissional, na qual auferir remuneração mais vantajosa que aquela paga ao empregado ou diarista doméstico.

⁵⁸ Maurício Godinho Delgado define com precisão o âmbito residencial como “todo ambiente que esteja vinculado à vida pessoal do indivíduo ou da família, onde não se produza valor de troca”, abrangendo “não somente a específica moradia do empregador, como também, unidades estritamente familiares que estejam distantes da residência principal da pessoa ou família”. (DELGADO, 2004, p. 373).

alienado ou estranhado. Por estar resolvendo um problema ocasional no âmbito residencial, o consumidor, ao invés de substituir a atividade produtiva do mercado, *traz o mercado para dentro de sua casa e consome ali dentro o mesmo serviço ofertado lá fora*. É o caso dos serviços de encanador, eletricista, conserto de utensílios domésticos em geral – muitos dos quais poderiam ser fornecidos ao consumidor fora do âmbito doméstico.

Essa distinção em comparação à relação de trabalho que tem como tomador pessoa jurídica pode causar estranheza. Mas, veja-se: assim como a relação de emprego doméstico constitui exceção ao conceito geral da relação empregatícia (v. art. 3º da CLT e art. 1º da Lei 5859/72), o mesmo ocorrerá em se tratando da relação de trabalho doméstico. Se, para a caracterização do vínculo empregatício doméstico, exige-se o requisito temporal da *continuidade* (diversamente do que ocorre na relação de emprego celetista) assim também o alcance da relação trabalhista doméstica será mais restrito em confronto com a relação de trabalho em geral.

Ademais, na linha que exclui do conceito de relação de trabalho os serviços de mero consumo, que outro critério utilizar para distinguir a relação trabalhista doméstica da relação de consumo? O mero ingresso do prestador nas dependências domésticas do contratante dos serviços? Haveria, por exemplo, relação de consumo quando o paciente fosse atendido no consultório médico, e relação de trabalho quando a consulta fosse realizada na residência do paciente? Esse critério não parece plausível. Como considerar, por exemplo, que a visita de um técnico de computador à residência do cliente configura relação de trabalho, e o fornecimento do mesmo serviço fora do âmbito residencial caracteriza relação de consumo?

Por outro lado, a contratação direta dos serviços de arquiteto ou engenheiro em obra residencial configura, a nosso ver, relação de trabalho (“não-doméstica”). Assim é que o dono da obra apropria-se do produto daquele trabalho, considerando que a construção ou reforma agrega valor no mercado.

Por fim, é interessante observar que a categoria do trabalhador doméstico biparte-se nas figuras do empregado e do diarista – ambos prestando serviços de forma subordinada⁵⁹. A subordinação é, portanto, pressuposto da relação de trabalho doméstico. Isto porque, diversamente do que ocorre na atividade econômica (onde o produto do trabalho pode ser apropriado à distância e destinado à produção de valores de troca), no âmbito residencial (onde só se produzem valores de uso) somente o valor de uso da força de trabalho diretamente

⁵⁹ Distingüindo-se o vínculo de emprego doméstico pela *continuidade* da prestação dos serviços (art. 1º da Lei 5859/72).

alienada (isto é, subordinada) é expansível e capaz de conferir proveito econômico ao seu tomador. O que significa dizer que, no âmbito doméstico, o trabalho autônomo configura sempre relação de consumo⁶⁰.

5.3 Elementos da relação de trabalho

Reconhecida a *alienação do trabalho a um tomador* como a essência da relação trabalhista, cumpre distinguir os pressupostos para sua configuração.

A *não-eventualidade* da prestação e a *subordinação jurídica* serão elementos contingentes na relação de trabalho. O trabalho autônomo, por exemplo, poderá ser alienado de forma habitual a um tomador. O trabalho eventual poderá ser (e em regra será) subordinado. Mas poderá haver relação de trabalho sem os elementos da habitualidade e subordinação na prestação.

A seguir, analisaremos os demais elementos fático-jurídicos da relação de trabalho.

5.3.1 Trabalho prestado por pessoa física e pessoalidade

Entendemos que a pessoalidade é pressuposto da relação trabalhista, tanto sob o prisma do *trabalho prestado por pessoa física* quanto do *caráter personalíssimo da obrigação de prestar os serviços*, sendo este último o traço que define propriamente a pessoalidade.

Como assinala Maurício Godinho Delgado (2004, p. 291), a prestação de serviços que o Direito do Trabalho considera é aquela pactuada por uma pessoa física (ou natural), uma vez que “os bens jurídicos (e mesmo éticos) tutelados pelo Direito do Trabalho (vida, saúde, integridade moral, bem-estar, lazer, etc.) importam à pessoa física, não podendo ser usufruídos por pessoas jurídicas”. E o i. doutrinador conclui que:

“Por essa razão, a pactuação – e efetiva concretização – de prestação de serviços por pessoa jurídica, sem fixação específica de uma pessoa física realizadora de tais serviços, afasta a relação jurídica que se estabelece no âmbito jurídico-trabalhista.”

Deve-se ressaltar, evidentemente, a hipótese de fraude ou simulação na constituição da pessoa jurídica, camuflando a contratação de pessoa física para a prestação dos serviços e atraindo a aplicação do preceito geral contido no art. 9º da CLT.

⁶⁰ Divergimos, portanto, dos doutrinadores que classificam o diarista doméstico como trabalhador doméstico autônomo.

No que se refere ao caráter personalíssimo da prestação, não nos parece adequado um apego ao conceito clássico utilizado na aferição da relação de emprego, se a ampliação da competência veio justamente contemplar novos feitios de relação de trabalho, que não se enquadram juridicamente naquela fôrma. Parece-nos mais adequado o critério já utilizado na caracterização da *pequena empreitada* (art. 652, inciso III da CLT): o fato do trabalhador contratar auxiliares ou se fazer substituir não descaracterizará a relação de trabalho, desde que também ele preste pessoalmente os serviços, isto é, seja *operário* ou *artífice*, conceito que deve ser interpretado de forma plástica, para abranger também o trabalho intelectual ou artístico.

Entendemos ainda que o conceito de relação de trabalho não pode desprezar a figura da “empresa de uma pessoa só” (firma individual), mais comum na prestação de serviços mais qualificados, como os intelectuais e artísticos. É quando as figuras da pessoa jurídica e da pessoa física diluem-se em uma só. Na relação jurídica com o tomador dos serviços, a pessoa física é ao mesmo tempo empresário-individual e trabalhador. Há que se atentar sempre para a possibilidade de fraude na constituição da pessoa jurídica prestadora de serviços, mascarando o vínculo empregatício com a tomadora. Nem sempre, porém, a contratação de serviços a uma empresa individual desvirtua a legislação trabalhista. Muitas vezes o profissional liberal, o intelectual ou artista presta serviços de forma autônoma ou eventual em proveito de um tomador, atuando como empresário individual. Desde que a prestação seja pessoal, ainda que com auxiliares, entendemos que a hipótese é de relação de trabalho.

5.3.2 Onerosidade

A onerosidade exprime a substância da qual se modelam as normas trabalhistas. O trabalho prestado por pura benevolência poderá gerar obrigações de natureza civil – jamais atrairá, contudo, a aplicação de normas trabalhistas.

Pode-se argumentar que a competência trabalhista não se esgota nas lides envolvendo direitos materiais estritamente trabalhistas, podendo resvalar parcelas de natureza civil oriundas da relação de trabalho (por exemplo, indenização por dano moral ou material decorrente de acidente do trabalho). É certo, contudo, que tais pretensões serão sempre conexas às obrigações trabalhistas, ao passo que o litígio oriundo de *trabalho puramente voluntário* atrairá exclusivamente a incidência de normas de direito comum.

Deve-se considerar, ainda, que a graciousidade da oferta do labor (DELGADO, 2004, p. 343) subtrai-lhe a impressão do estranhamento. Esse tipo de trabalho é marcado precisamente por aquilo que o trabalho estranhado turva: a realização pessoal, o enobrecimento humano. Ademais, o prestador desse tipo de serviço não se submete ao mesmo tipo de exigência e cobrança por parte do tomador de trabalho oneroso.

Assim sendo, é razoável entender que, mesmo na hipótese de trabalho alienado a um tomador, o ânimo puramente benevolente descaracteriza a relação de trabalho.

Por outro lado, no tocante especificamente ao trabalho voluntário disciplinado pela Lei 9.608/98, os arts. 3º e 3º-A autorizam a previsão de ressarcimento do prestador por despesas efetuadas, além do pagamento de auxílio financeiro. Mesmo não se tratando de parcelas trabalhistas em sentido estrito, tanto que insuscetíveis de gerar obrigações de natureza trabalhista ou previdenciária (art. 1º, parágrafo único da lei citada), pode-se entrever traços de onerosidade nesse tipo de trabalho, sendo sustentável o entendimento no sentido de se caracterizar relação de trabalho. Até de estranhamento do trabalho é razoável se cogitar, em especial na hipótese do trabalho de jovens egressos de unidades prisionais (art. 3º-A, I).

De qualquer forma, a questão envolvendo o trabalho voluntário e o conceito de relação de trabalho é das mais controvertidas, e não cairemos na tentação da opinião definitiva. Aguardemos a sedimentação doutrinária e jurisprudencial.

5.3.3 Dependência econômica do trabalhador: pressuposto da relação de trabalho?

Se a essência da relação trabalhista é a alienação do trabalho a um tomador, em regra o trabalhador será a parte vulnerável daquela relação, submetendo-se ao poderio econômico do detentor dos meios de produção, de modo similar ao consumidor na relação de consumo. Mesmo na hipótese de trabalho por conta própria, sendo o produto do trabalho alienado a outra organização, o trabalhador autônomo acaba se sujeitando economicamente aos titulares daquele empreendimento. Sendo habitual a prestação, poderá advir ainda a dependência econômica do trabalhador em relação àquela fonte pagadora.

Erigir, contudo, a dependência ou a subordinação econômica do trabalhador à condição de elementos ou pressupostos da relação de trabalho *lato sensu* pode criar um complicador no exame do caso concreto, porquanto haverá hipóteses de genuína relação de trabalho em que aqueles traços surgirão rarefeitos, ou mesmo inexistirão. É o que ocorrerá no trabalho eventual em que a prestação seja singularmente efêmera, ou em que o prestador

ostente afirmação socioeconômica. Como cogitar, por exemplo, de dependência econômica do eletricitista à empresa que lhe contrata o serviço fortuito por algumas horas? Ou de subordinação econômica do advogado à empresa de pequeno porte que ele representa em ação judicial ocasional?

Referindo-se à relação de emprego, Vilhena (1999, p. 469) salienta que, se por um lado é decisiva a dependência econômica com relação a certas pessoas, via de regra, nelas falta, quando a prestação de trabalho é diversificadamente ofertada.” E cita o caso do trabalhador cujo rendimento da prestação a determinado contratante é diminuto, e sua subsistência depende de uma quantidade de iguais serviços prestados.

Há ainda a possibilidade, aventada por Vilhena e também por Maranhão⁶¹, de que o trabalhador possua renda própria, ou ostente nível econômico que o torne “independente” do empregador.

Por essa razão, identificamos a dependência e a subordinação econômica do trabalhador não propriamente como elementos, mas como importantes traços distintivos da relação de trabalho, especialmente em seu cotejo com os serviços de consumo.

5.4 Sugestão de um conceito legal de relação de trabalho

A teor dos arts. 2º e 3º da CLT, caracteriza-se a relação de emprego pela prestação não-eventual, subordinada e onerosa de serviços por pessoa física a empresa, profissional liberal ou instituição sem fins lucrativos.

Eis a nossa sugestão de conceito legal de relação de trabalho:

“Caracteriza relação de trabalho a prestação onerosa de serviço por pessoa física ou firma individual em proveito de empresa, profissional liberal, instituição sem fins lucrativos ou ente que produza bens ou serviços para o mercado”.

Como se percebe, os dois conceitos são afins, sendo o da relação de emprego mais específico, com a inclusão dos elementos da subordinação e não-eventualidade da prestação. Ora, mas sendo a relação de trabalho gênero da espécie relação de emprego, nada mais lógico que ambas tenham em comum a *plataforma jurídica*, sobre a qual se erige o conceito mais típico da relação empregatícia.

Repare-se que o conceito proposto abrange a empreitada contratada à pessoa física, ainda que no âmbito residencial, porquanto, em tese, a obra valoriza o bem no mercado.

⁶¹ SÜSSEKIND, 1995, v. I, p. 240.

Nossa proposição de um conceito legal da relação de trabalho no âmbito doméstico:

“Caracteriza relação de trabalho doméstica a prestação subordinada de serviços por pessoa física, no âmbito residencial, atendendo necessidade normal de pessoa ou família, sem finalidade lucrativa”.

Alice Monteiro de Barros, depois de ponderar que a finalidade do preceito contido no inciso I do art. 114 da Constituição foi incluir no âmbito da Justiça do Trabalho uma gama de trabalhadores do mercado informal, situados nas chamadas zonas fronteiriças entre o trabalho subordinado, autônomo e eventual, apresenta um rol exemplificativo daqueles trabalhadores, todos abrangidos pelos conceitos legais que sugerimos acima:

Habitam essas zonas grises os chapas que trabalham no transporte de carga e descarga; os cabelereiros, manicures e pedicures que exercem suas funções nos salões de beleza em favor do proprietário; os vendedores praticistas de empresas de representação comercial; os corretores imobiliários ou de seguros; os *motoboys* e perueiros que trabalham transportando pessoas e objetos; os pintores, eletricitas e pedreiros em obras da construção civil, de um modo geral, inclusive em residências; os cooperados e respectivas cooperativas ou tomadores; os chamados “parceiros” e “meeiros” que laboram para proprietários de terras; os estagiários nas empresas que os remuneram; os diaristas no âmbito doméstico; os diretores de sociedade; os taxistas que trabalham para proprietários de veículos, entre outros. (BARROS, 2005, p. 71).

5.5 O Projeto de Lei 6542/06

Em junho de 2010, sem que a comunidade científica sedimentasse um conceito de relação de trabalho, a Comissão de Constituição e Justiça da Câmara Federal aprovou o Projeto de Lei n. 6.542/2006, com o propósito de regulamentar o inciso IX do art. 114 da Constituição da República, enumerando (segundo o Relator do projeto, de forma meramente exemplificativa) espécies de relação de trabalho.

Ocorre que o PL disciplina, em verdade, o inciso I do art. 114, pois é ali que a Constituição dispõe sobre a competência trabalhista para as ações cuja causa de pedir seja a própria relação de trabalho (*oriundas da relação de trabalho*). O inciso IX remete à regulamentação legal a competência relativa a controvérsias *decorrentes da relação de trabalho*, ou seja, que irradiem de uma relação de trabalho, mas tenham como causa de pedir uma nova relação jurídica (por exemplo, as lides previdenciárias).

Deduz-se, portanto, que a matéria disciplinada pelo PL 6542/2006 não dependia, como não depende, de lei ordinária, tendo sido outorgada à Justiça do Trabalho de forma plena e

imediatamente pela EC 45/04. Por isso aquela enumeração exemplificativa é inócua. Em seu lugar, a lei deveria conceituar de forma abstrata a relação de trabalho⁶², tal como faz o Código de Defesa do Consumidor no tocante à relação de consumo, e a CLT quanto à relação de emprego.

De todo modo, a iminente conversão do PL 6542/06 em lei induz o operador do Direito à sua *interpretação conforme à Constituição*.

O projeto acrescenta a alínea *e* ao art. 652 da CLT, atribuindo competência à Justiça do Trabalho para processar e julgar litígios envolvendo relações de trabalho não-empregatícias, enumeradas, repise-se, de forma exemplificativa, nos incisos I a XI, que se referem às seguintes ações:

- I – resultantes de contrato de representação comercial ou de agenciamento e distribuição, quando o representante, agente ou distribuidor for pessoa física;
- II – de cobrança de quota-parte de parceria agrícola, pesqueira, pecuária, extrativa vegetal e mineral, em que o parceiro outorgado desenvolva seu trabalho direta e pessoalmente, admitida a ajuda da família;
- III – decorrentes de execução e de extinção de contratos agrários, entre o proprietário rural e o parceiro outorgado, quando este desenvolva seu trabalho direta e pessoalmente, ainda que com a ajuda dos membros da família;
- IV – de cobrança de honorários decorrentes de exercício de mandato oneroso, exceto os que se qualifiquem como relação de consumo, nos termos da Lei nº 8.078, de 1990;
- V – de cobrança de créditos de corretagem, inclusive de seguro, em face da corretora, em se tratando de corretor autônomo;
- VI – de cobrança de honorários de leiloeiros, em face da casa de leilões;
- VII – entre trabalhadores portuários e operadores portuários ou o Órgão Gestor de Mão de obra – OGMO;
- VIII – entre empreiteiro e subempreiteiro, ou qualquer destes e o dono da obra, nos contratos de pequena empreitada, sempre que os primeiros concorrerem pessoalmente com seu trabalho para a execução dos serviços, ainda que mediante o concurso de terceiros;
- IX – entre cooperativas de trabalho e seus associados;
- X – de conflitos envolvendo as demais espécies de trabalhadores autônomos, tais como encanador, eletricista, digitador, jardineiro, entre outros.

Os incisos I, II, III, V, VI e VII harmonizam-se de plano à sistemática constitucional, referindo-se, todos eles, ao trabalho prestado por pessoa física em proveito de um tomador. É o caso do contrato de representação comercial ou agenciamento e distribuição; parceria agrícola, pesqueira, pecuária, extrativa vegetal e mineral, ou parceria rural entre o proprietário

⁶² Em nossa sugestão de conceito legal, configura relação de trabalho a prestação de serviço por pessoa física (ou firma individual) em proveito de empresa, profissional liberal, instituição sem fins lucrativos ou outro ente que produza bens ou serviços para o mercado.

A relação de trabalho doméstico caracteriza-se pela prestação subordinada de serviços por pessoa física, no âmbito residencial, atendendo necessidade normal de pessoa ou família, sem finalidade lucrativa.

rural e o parceiro outorgado (aqui, admite-se a ajuda da família na prestação); corretagem, inclusive de seguro, em face da corretora; cobrança de honorários de leiloeiros, em face da casa de leilões; ações entre trabalhadores portuários e operadores portuários ou o Órgão Gestor de Mão-de-Obra – OGMO.

No que se refere ao inciso IV (cobrança de honorários decorrentes de exercício de mandato oneroso), o texto do PL, novamente em conformidade com a Constituição, exclui expressamente as relações de consumo. Entendemos que tal inciso deva ser aplicado analogicamente a outras relações jurídicas envolvendo profissional liberal autônomo (médico, dentista, terapeuta, etc.) e cliente/pessoa física. Ressalte-se que o objeto desse tipo de relação jurídica não é o trabalho (em sua *latência produtiva*), na medida em que o cliente, não detendo os meios de produção, não tem a capacidade de se apropriar daquele trabalho, prestado sem subordinação, e em razão disso apenas consome o resultado do serviço.

A mesma hermenêutica constitucional merecem o inciso X, que enumera conflitos envolvendo as demais espécies de trabalhadores autônomos, tais como encanador, eletricitista, digitador, jardineiro, entre outros, e o inciso XI, que trata das ações decorrentes de assédio moral.

O inciso VIII do texto atribui competência à Justiça do Trabalho para as ações entre empreiteiro e subempreiteiro, ou qualquer destes e o dono da obra, nos contratos de pequena empreitada, sempre que os primeiros concorrerem pessoalmente com seu trabalho para a execução dos serviços, ainda que mediante o concurso de terceiros. No que se refere aos litígios entre empreiteiro e subempreiteiro, não há dúvida que o PL se harmoniza à sistemática constitucional. Com relação ao dono da obra, há que se considerar que, ainda que não desenvolva atividade econômica no mercado, e a construção ou reforma seja destinada a seu uso pessoal, o trabalho fatalmente irá agregar valor de mercado à obra, configurando-se o objetivo econômico e a destinação produtiva da empreitada, e ficando afastada a hipótese de atividade de mero consumo.

Quanto ao inciso IX (ações entre cooperativas de trabalho e seus associados), revendo posicionamento anterior, entendemos que o fato de os cooperados ostentarem a condição de autênticos sócios, com os requisitos da *dupla qualidade e retribuição pessoal diferenciada*, não obstrui a relação de trabalho dos mesmos com a cooperativa de trabalho, que figura como peculiar tomadora: o *membro do corpo* aliena o trabalho ao *corpo inteiro*.

Por outro lado, se a cooperativa mascarar mera intermediação de mão-de-obra, o juiz do trabalho deverá declarar o vínculo de emprego entre o *falso cooperado* e a empresa tomadora dos serviços.

5.6 Relação de emprego, alienação do trabalho e subordinação

Dentre as espécies de relação de trabalho, o emprego é a de maior relevância econômica e social no sistema capitalista.

Maurício Godinho Delgado (2004, p. 84-85) observa que a relação de emprego, enquanto categoria socioeconômica e jurídica, desponta em seus pressupostos com a ruptura do sistema feudal, mas apenas adiante, no desenrolar do processo da Revolução Industrial, estrutura-se como categoria específica, construindo, entre os séculos XVII e XVIII, sua hegemonia como modelo de vinculação do trabalhador ao modo de produção. O autor ressalta que essa supremacia somente se afirma com a generalização do sistema industrial na Europa e nos Estados Unidos, ao longo do século XIX.

A partir da segunda metade do século XX, a sociedade se pós-industrializa. A produção passa a transcender a fábrica. Os serviços e demais faces do *trabalho imaterial* passam a conter ainda mais valor que a mercadoria palpável. Nessa nova paisagem socioeconômica, uma corrente de pensadores e filósofos do direito vislumbra o fim da centralidade do emprego, e do próprio trabalho, na sociedade pós-moderna.⁶³

Uma análise mais acurada do mercado de trabalho e da realidade do modo de produção revela, contudo, que a primazia da relação empregatícia persiste na pós-indústria, etapa capitalista que, de todo modo, ainda não foi alcançada pelos países de industrialização tardia, como o Brasil.

É certo que formas genuinamente não-empregatícias de trabalho germinam no sistema produtivo pós-industrial, mas de forma minoritária ou residual ao emprego. Ou seja, em sua maior parte essas “novas formas de trabalho” não passam de variações, ou inovações, da mesma categoria socioeconômica e jurídica que se tornou hegemônica no capitalismo industrial: a relação de emprego.

Nesse ponto, faz-se importante uma reflexão sobre o primado do emprego no capitalismo.

⁶³ V., a respeito, o item 4 do capítulo 3.

Como ressalta Delgado (2006, p. 29-30), a relação de emprego constitui-se no mais importante veículo de afirmação socioeconômica dos trabalhadores na sociedade capitalista. O jurista sublinha que o emprego, regulado e protegido por normas jurídicas, propicia ao trabalhador menos favorecido um patamar consistente de afirmação individual, familiar, social, econômica e até ética.

Em suma, na desigual sociedade capitalista⁶⁴ o emprego configura um dos meios mais consistentes de inclusão social dos trabalhadores destituídos de riqueza. Além disso, a relação de emprego é sem dúvida a forma mais estável e segura de inserção do trabalhador no sistema produtivo.

É certo que o trabalho autônomo propicia muitas vezes maior potencial de rendimentos e melhores condições de trabalho ao indivíduo. Esse tipo de atividade, todavia, favorece apenas aquele trabalhador que detém previamente uma maior afirmação no contexto socioeconômico, além de maior aptidão à iniciativa e auto-organização, realidade estranha à imensa maioria da população, especialmente nos países pobres ou emergentes, como o Brasil.

5.6.1 Subordinação: da concepção clássica ao expansionismo

O Direito do Trabalho, como um *contrapeso* às distorções na relação capital/trabalho, edificou-se sobre as bases do capitalismo industrial. Na letra poética de Márcio Túlio Viana (2005, p. 261), *o Direito do Trabalho moldou-se à imagem e semelhança da fábrica*. Uma fábrica concentrada, de produtos previsíveis, máquinas grandes e potentes, ao redor das quais se agregou um trabalho uniforme e em série.

Essa forma tradicional de interação capital/trabalho pressupõe a sujeição do trabalhador à disciplina de uma ordem hierárquica direta e mais rígida, originando-se daí a idéia clássica de subordinação jurídica: a submissão do empregado ao poder diretivo e disciplinar do empregador.

A concepção de subordinação jurídica teve origem na jurisprudência francesa do início do século XX, e um de seus conceitos clássicos foi formulado por Paul Colin:

por subordinação jurídica entende-se um estado de dependência real criado por um direito, o direito do empregador de comandar, dar ordens, donde nasce a obrigação

⁶⁴ É importante sublinhar que tal análise positiva da relação de emprego tem por parâmetro o contexto extremamente iníquo e desigual do capitalismo, dentro do qual o Direito do Trabalho atua em sua função progressista, civilizatória e democrática, mas sem subverter a ordem do sistema. Em linguagem vulgar, “ruim com o Direito do Trabalho, pior seria sem ele”.

correspondente para o empregado de se submeter a essas ordens. Eis a razão pela qual se chamou de subordinação jurídica, para opô-la à subordinação econômica e à subordinação técnica que comporta também uma direção nos trabalhos do empregado, mas direção que emanaria apenas de um especialista. (COULIN *apud* CATHARINO, 1965, p. 39).

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

Nesse ponto, deve-se frisar que, mesmo ao analisar a subordinação jurídica em sua matriz clássica, a doutrina costuma destacar sua variação em graus e intensidade, em função da natureza dos serviços prestados pelo empregado, sua posição hierárquica na empresa, ou de se tratar de trabalho externo ou a domicílio, por exemplo.

Evaristo de Moraes Filho e Antonio Carlos Flores de Moraes (2010, p. 255) aduzem que “a fiscalização e o controle do empregador não precisam ser constantes e permanentes, nem se torna necessária a vigilância técnica contínua dos trabalhos efetuados”. No mesmo sentido, Messias Pereira Donato (1975, p. 94) sublinha: “não é mister que o empregador exerça sua autoridade sobre o empregado em todo o curso da prestação do trabalho. Basta que tenha a possibilidade de fazê-lo.” Tal fenômeno é denominado pela doutrina de *potencialidade do poder empregatício*. (PORTO, 2009, p. 72).

A corrente contratualista destaca ainda o caráter jurídico da subordinação, como assinala Délio Maranhão:

a subordinação do empregado é *jurídica*, porque resulta de um *contrato*: nele encontra seu fundamento e seus *limites*. O conteúdo desse elemento caracterizador do contrato de trabalho não pode assimilar-se ao sentido predominante na Idade Média: o empregado não é ‘servo’ e o empregador não é ‘senhor’. Há de partir-se do pressuposto da liberdade individual e da dignidade da pessoa do trabalhador. [...] Tem razão, portanto, Sanseverino, quando frisa que a subordinação própria do contrato de trabalho não sujeita ao empregador toda a pessoa do empregado, sendo, como é limitada ao âmbito da execução do trabalho contratado. A subordinação não cria um *status subjectionis*: é, apenas, uma *situação jurídica*. (MARANHÃO, 1995, p. 242).

5.6.1.1 O expansionismo do conceito de subordinação

Como assinala Lorena Vasconcelos Porto (2009, p. 47), a acepção clássica e estrita de subordinação jurídica acarreta a exclusão, do campo de incidência do Direito do Trabalho, de

vários obreiros que necessitam de sua tutela. É o caso dos trabalhadores intelectuais ou detentores de maior *know-how*.

Ao longo do século XX, e até meados da década de 1970, verifica-se uma tendência expansionista do conceito de subordinação e do próprio Direito do Trabalho (VILHENA, 1999, p. 219), que passa a abranger, além dos trabalhadores intelectuais e altos empregados, os trabalhadores em domicílio, trabalhadores rurais sem vínculo empregatício e, mais adiante, os trabalhadores avulsos (art. 7º, XXXIV, CF/88).

Nesse contexto, e com base na observação de que a subordinação pode existir em situações nas quais o dever de obediência e a sujeição não se exteriorizam, a doutrina européia construiu uma nova concepção de subordinação, de caráter objetivo, que pode ser sintetizada na idéia de “integração da atividade do trabalhador à organização produtiva alheia”.

No Brasil, Paulo Emílio Ribeiro de Vilhena foi quem melhor desenvolveu a doutrina da *subordinação objetiva*, realçando o aspecto de que, no contrato de trabalho, o objeto da prestação é a função ou tarefa a ser exercida pelo empregado, que se integra ao giro total da empresa em movimento. A atividade do prestador acopla-se, desse modo, à atividade da empresa:

Desde que esse acoplamento seja resultante de uma posição anterior de *recíprocas expectativas* que se reiteram, conclui-se que à atividade da empresa é imprescindível a atividade do trabalhador e este se vincula àquela em razão da integração de atividades, o que redundará em uma situação de *dependência*. (VILHENA, 1999, p. 466).

No original de sua obra, datado de 1975, Vilhena sublinha que tal inserção se dá “de atividade em atividade e não de pessoa em pessoa”. E, depois de ressaltar que o elemento constante, que delimita a posição do trabalhador na empresa, “não se define com fidelidade como subordinação, mas como a participação integrativa (mais ou menos intensa) de sua atividade na atividade desta”, este i. doutrinador conclui:

“Tem-se, pois, conceitualmente, a subordinação como a participação integrativa da atividade do trabalhador na atividade do credor de trabalho”. (VILHENA, 1999, p. 477-478).

Esse movimento expansionista do Direito do Trabalho processou-se não apenas pela formulação de novos conceitos, mas pelo fortalecimento de noções antigas, como a *dependência econômica*, a *potencialidade do poder empregatício* e a *assunção dos riscos do empreendimento*. A jurisprudência, estimulada pela doutrina, passa então a aplicar esses

critérios, por meio da técnica do “conjunto de indícios”, para a identificação da subordinação no caso concreto. (PORTO, 2009, p. 48).

Pela técnica do “feixe de indícios”, o juiz deve proceder a uma valoração global da relação de trabalho em exame (tipo de remuneração, propriedade dos meios de produção, organização do horário de trabalho, tipo e intensidade dos controles exercidos, etc.), para então concluir pela configuração ou não da relação de emprego. Porto narra que essa técnica foi empregada pela jurisprudência na maior parte dos países europeus, contribuindo significativamente para ampliar o conceito tradicional de subordinação e adaptando-o aos novos tempos. No que concerne às críticas apontando o risco de insegurança jurídica, a doutrinadora sugere o caminho do diálogo constante entre jurisprudência e doutrina. (PORTO, 2009, p. 48-50).

5.6.2 Tendência reducionista e parassubordinação

Porto (2009, p. 94-95) descreve, sobretudo a partir da década de 1980, uma clara mudança de orientação da jurisprudência, da doutrina e do próprio legislador: de uma posição progressista, de proteção aos trabalhadores e ampliação do conceito de subordinação, regride-se a uma orientação mais conservadora, de restrição do conceito de subordinação e desvalorização dos princípios basilares do Direito do Trabalho. Tal mudança coincide com o fim da “era de ouro” nos países capitalistas desenvolvidos, com a crise econômica do sistema, a ascensão e o fortalecimento do pensamento ultraliberal (v. capítulo 3, item 8).

Porto (2009, p. 95-102) registra então o seguinte paradoxo: em razão das transformações ocorridas no mundo do trabalho, a ampliação do conceito de subordinação – tendência que vinha se verificando até então – tornava-se ainda mais necessária, e ao contrário disso ocorreu um retrocesso em décadas de elaboração doutrinária e jurisprudencial, não apenas nos países europeus, mas também no Brasil⁶⁵.

⁶⁵ PORTO (2009, p. 99-100) menciona a iniciativa do Governo Collor em instituir uma “Comissão de Modernização da Legislação do Trabalho” em 1992, propondo que a regulamentação dos direitos individuais do trabalho se transformasse em “um conjunto de normas dispositivas” em nível de negociação coletiva – proposição que, felizmente, não foi levada adiante em razão do *impeachment* do Presidente; a aprovação da Lei n. 8.949/94, introduzindo o parágrafo único ao art. 442 da CLT, o qual dispõe que inexistente vínculo empregatício entre a cooperativa e os cooperados, nem entre estes e os tomadores de serviço daquela; a aprovação de diplomas notoriamente flexibilizadores no Governo Fernando Henrique Cardoso, entre os quais a alteração, por via de Medida Provisória, da Lei n. 6.494/77, relativa ao contrato de estágio, estendendo-o ao ensino médio.

O reducionismo do conceito de subordinação atinge seu estágio mais crítico na idéia de trabalho parassubordinado.

Em face das novas formas de trabalho, advindas das inovações tecnológicas e da reestruturação produtiva, o legislador de alguns países europeus (PORTO, 2009, p. 104-115)⁶⁶, impulsionado por parte da doutrina, cria um suposto *tertium genus* entre o trabalho autônomo e o subordinado. Trata-se de trabalhadores hipossuficientes, que dependem economicamente do tomador de serviços, mas em cuja prestação não se distinguem de forma nítida os traços da subordinação. A legislação daqueles países assegura-lhes então uma proteção trabalhista e previdenciária mitigada.

Na lúcida análise de Porto:

À primeira vista, trata-se de um avanço, pois se confere uma maior proteção a trabalhadores que dela não gozavam. [...] Na realidade, todavia, trata-se de verdadeiro retrocesso. Ao se criar a figura da parassubordinação, esvazia-se a noção de subordinação, dando a esta uma interpretação mais restrita. Com efeito, passam a ser enquadrados como parassubordinados trabalhadores que, caso não existisse essa figura, seriam considerados subordinados, verdadeiros empregados, fazendo jus não apenas a alguns poucos, mas a todos os direitos trabalhistas e previdenciários. (PORTO, 2009, p. 102).

A autora prossegue salientando que a parassubordinação mascara uma realidade mais profunda. Em razão das modificações ocorridas na organização produtiva, são cada vez mais comuns as situações nas quais o trabalhador detém um maior grau de autonomia na sua prestação. “Isso não significa, todavia, que ele seja mais livre do que no passado, pois, invariavelmente, deve atingir os resultados estabelecidos pela empresa”. (PORTO, 2009, p. 103).

Além de acarretar uma tutela trabalhista insuficiente, quantitativa e qualitativamente, a parassubordinação torna-se uma “via preferencial de fuga do Direito do Trabalho”, como observa Porto, na medida em que o custo do trabalhador parassubordinado é muito inferior ao de um empregado.

Márcio Túlio Viana (2011, p. 24-29) observa que “teoricamente, o parassubordinado se situaria entre o empregado e o autônomo. Seria um trabalhador *quase* (ou *à semelhança* de) subordinado”, que graças à inovação legislativa teria a seu dispor um processo mais simples, econômico e ágil. Mas o doutrinador mineiro ressalta que, em tempos de domínio das aparências sobre as essências, e de princípios em crise, apresentar-se como parassubordinado

⁶⁶ A figura do trabalhador parassubordinado foi criada na Itália, e adotada de forma analógica em outros países europeus, como a Alemanha (“pessoa semelhante ao trabalhador subordinado”), Inglaterra (“workers”), Portugal (“situações equiparadas”) e Espanha (“trabajadores autónomos económicamente dependientes”).

pode ao mesmo tempo remeter à idéia de alguém que não recebe um comando, que avança em direção à autonomia, e ocultar a realidade de um trabalhador que “a meio caminho perde a consciência de classe; privatiza-se enquanto cidadão”, passando a compor uma espécie de *não classe*, com aumento da submissão e exploração.

E o autor retrata a situação de um professor italiano que, depois de longa batalha nos tribunais, a Justiça italiana enquadrou como parassubordinado:

Ser ou não ser’ – lamentava-se o príncipe Hamlet, indeciso entre vingar a morte do pai ou viver com o coração em pedaços. “Ser e não ser” – pode estar pensando o italiano Giovanni de Franco, que depois de 20 anos como professor, sempre na mesma escola, acabou aprendendo que o seu trabalho é uma soma de subordinação e autonomia, razão pela qual os seus direitos se dividem por dois. (VIANA, 2011, p. 23).

Foi na Itália que a idéia de um *terceiro tipo* de trabalhador foi objeto, pela primeira vez, de um debate doutrinário e de uma alteração legislativa mais ampla e profunda.

Na Alemanha, a parassubordinação é prevista na ordem jurídica pela figura da “pessoa semelhante ao trabalhador subordinado”, que presta pessoalmente serviços predominantemente a um tomador, sem o auxílio de empregados, ou obtém dele mais da metade de sua renda (PORTO, 2009, p. 105-106). As formas de trabalho semiautônomo desenvolveram-se no setor de franquia, no setor dos representantes comerciais e de seguros, dos fornecedores de serviços financeiros, dos jornalistas e colaboradores livres das rádios e das televisões, dos professores, no trabalho em domicílio e no teletrabalho, entre outros. (KEMPEN; KRETZCHMAR, 2011, p. 261).

Otto Ernst Kempen e Robert Kretzschmar (2011, p. 262) alertam para o potencial conflito social por trás do fenômeno da parassubordinação, com o perigo inclusive de que os trabalhadores menos qualificados sejam empurrados da sua posição tutelada pelo Direito do Trabalho para a ‘província’ da autonomia, com privação de parte considerável das garantias previstas pelo Direito do Trabalho e pela legislação social. Os autores argumentam que “a liberdade formal obtida perde todo valor sob a pressão econômica dos tomadores de serviço (os ex-empregadores) e pode ter como consequência uma clara piora na situação social e econômica do trabalhador.”

Na Inglaterra, criou-se uma categoria de trabalhadores semelhantes aos parassubordinados, em situação intermediária entre os empregados (*employees*) e os autônomos (*self-employed*), denominados *workers*. A parassubordinação na ordem jurídica portuguesa propiciou a precarização das relações de trabalho, com retrocesso sócio-jurídico.

Na Espanha, a situação se assemelha à das ordens jurídicas italiana e alemã. Já na França, buscou-se uma equiparação legal de certas categorias profissionais aos empregados. (PORTO, 2009, p. 110-118).

5.6.3 Nova tendência expansionista do direito do trabalho

Na obra *A subordinação no contrato de trabalho: uma releitura necessária*, a jovem doutrinadora mineira Lorena Vasconcelos Porto, antes de desenvolver suas proposições acerca de um conceito de subordinação integrativa, expõe preciosa compilação de direito comparado, fruto de notável pesquisa acerca da releitura do conceito de subordinação em países da Europa.

Do vasto e profundo material apresentado pela autora, sintetizamos algumas partes, que consideramos essenciais ao estudo que desenvolveremos no item 7.4.

5.6.3.1 As correntes pluralista e monista na Itália

Como assinala Porto (2009, p. 220-224), a doutrina trabalhista italiana mais progressista há tempos discute a crise do conceito de subordinação.

Em reação à tendência de flexibilização e precarização das relações laborativas no país, despontaram duas vertentes principais: a pluralista e a monista.

A corrente pluralista mantém uma clara fronteira entre o trabalho subordinado e o autônomo, mas propõe que se estendam a este último tutelas e direitos fundamentais trabalhistas. Seus expoentes (dentre os quais Giuseppe Bronzini e Adalberto Perulli) argumentam que os direitos trabalhistas tradicionais não são compatíveis com as modalidades de trabalho não-empregatícias, sendo necessária uma modulação das tutelas para harmonizá-las às dinâmicas produtivas.

A vertente monista, por sua vez, defende a reformulação do conceito de contrato de trabalho (e, conseqüentemente, de subordinação) para abranger todos os trabalhadores dependentes socioeconomicamente, como os atuais parassubordinados. Ao novo contrato de trabalho seriam aplicadas todas as normas trabalhistas.

5.6.3.2 A doutrina espanhola e o conceito de alienação

Porto (2009, p. 234-238) descreve que a insuficiência do conceito de subordinação, em sua acepção clássica ou tradicional, foi evidenciada também pela doutrina trabalhista espanhola, destacando-se a teoria de Olea, segundo a qual a essência do contrato de emprego estaria no fato de os frutos produzidos pelo empregador pertencerem, originariamente, ao empregador (relação de alienação originária ou *ajenidad*).

A doutrina de Olea será analisada com mais profundidade adiante. De qualquer forma, merecem ser mencionadas, desde já, outras teorias ampliativas do conceito de subordinação, desenvolvidas pela doutrina espanhola a partir da noção de alienação, e narradas por Lorena Vasconcelos Porto.

Albiol Montesinos (*apud* PORTO, 2009, p. 237) apresentou, em 1971, a idéia de “alienação na titularidade da organização”, isto é, da empresa, como critério definidor do contrato de trabalho.

Montoya Melgar (*apud* PORTO, *ibidem*) formulou, em 1972, uma nova abordagem, de “alienação na utilidade patrimonial”, buscando superar algumas das objeções dirigidas à teoria da alienação nos frutos, como o fato de, na hipótese de o trabalhador prestar serviços diretamente aos clientes da empresa, não existirem frutos, em sentido estrito; ou, entendendo-os em sentido amplo (como resultado do serviço), tais frutos não entrarem na esfera patrimonial do empregador. Melgar esclareceu, assim, que é a utilidade que deriva da venda do serviço ao cliente que se incorpora ao patrimônio do empregador.⁶⁷

Por fim, em 1986, Manuel-Ramón Alarcón Caracuel (*apud* PORTO, *ibidem*) propôs uma nova concepção: a de “alienação no mercado”, definida como a desconexão jurídica entre o trabalhador e o destinatário final do produto (bem ou serviço) do seu trabalho.

5.6.3.3 A doutrina alemã e a proposta de Rolf Wank

Depois de observar que vem sendo travado também na Alemanha um grande debate sobre o conceito de subordinação e a distinção entre empregado e autônomo, Porto (2009, p. 243-249) ressalta que uma parte da doutrina, representada pelo professor Rolf Wank, defende uma noção mais ampla e abrangente de subordinação, que em vez de ser definida diretamente, através de critérios positivos, passaria a ser caracterizada de forma residual, e por isso mesmo mais ampla. Ou seja, em lugar de se distingui-la por meio de elementos inerentes à relação de

⁶⁷ Como ressalta Porto, essa nova acepção acabou sendo incorporada à teoria da alienação dos frutos.

emprego, a subordinação seria aferida pela inexistência de traços de autonomia na prestação, quais sejam: liberdade empresarial, participação nos riscos e possibilidade de realizar ganhos:

É trabalhador subordinado aquele que, com base em uma relação de Direito Privado, é ocupado sob a dependência alheia, com o respeito das diretivas a ele dirigidas, e encontra-se inserido na organização empresarial alheia, utilizando os meios e instrumentos que foram colocados à sua disposição, e cuja prestação de trabalho se insere na organização da empresa. A sujeição ao poder diretivo subsiste se o trabalhador não tem nenhuma margem de liberdade empresarial, ou se o resultado da prestação do trabalho não lhe é imputada. Em particular, a liberdade empresarial é ausente se o trabalhador não ocupa outros trabalhadores sob a própria dependência, se não é dotado de uma organização empresarial própria, se não investe capitais próprios na sua atividade e se, em linha de princípio, presta a sua atividade em favor de um único empregador. (WANK *apud* PORTO, 2009, p. 246).

Porto ressalta que “a posição defendida por Rolf Wank é acolhida por parte da jurisprudência alemã, notadamente por algumas Cortes de Apelação do Trabalho dos ‘Länder’ (unidades federativas correspondentes aos Estados brasileiros, denominadas ‘Landesarbeitsgerichte’ (LAG)”. (PORTO, 2009, p. 247). A autora menciona decisão da Corte Federal do Trabalho que aplicou os critérios propostos por Wank, investigando em caso concreto se o trabalhador atuava de forma independente no mercado, assumindo os riscos e as oportunidades do negócio.

Mais adiante, a autora brasileira faz uma análise comparativa entre as doutrinas italiana e alemã:

É interessante observar que a teoria da corrente alemã, capitaneada por Rolf Wank, embora apresente semelhanças com aquela defendida pela vertente monista italiana, adota uma perspectiva diversa para a reformulação da noção de subordinação. Enquanto os italianos buscam definir um novo conceito de subordinação, os alemães procuram delimitar bem o conceito de autonomia, de modo que a subordinação é definida de modo negativo: é subordinado aquele que não pode ser enquadrado como autônomo. (PORTO, 2009, p. 249).

5.6.3.4 A doutrina brasileira

O conceito de subordinação objetiva, elaborado décadas atrás, não se consolidou na prática forense brasileira. A doutrina costuma atribuir tal insucesso à relativa imprecisão do conceito, que acabaria por abranger em seus contornos o trabalho genuinamente autônomo. Alice Monteiro de Barros, depois de assinalar que na subordinação objetiva a base de definição da relação de emprego reside no fato de o empregado constituir parte integrante da organização, pondera:

O problema central desse critério consiste em saber o que é “organização” ou “integração”. Há quem interprete organização como empresa ou negócio; outros afirmam que a organização é constituída por uma série de fatores ou indícios que, reunidos, poderão comprovar a integração do trabalhador na empresa. Em última análise, esse critério, segundo alguns autores, nada acrescenta de substancial ao critério do controle. (BARROS, 2006, p. 262).

E a insigne doutrinadora conclui pela insuficiência da idéia de subordinação objetiva e pela necessidade do *direito residual de controle* do empregador, traduzido pela faculdade de impor sanções disciplinares ao trabalhador, inclusive a dispensa.

Lorena Vasconcelos Porto argumenta que “a falha da noção de subordinação objetiva encontra-se exatamente no fato de ela abranger trabalhadores verdadeiramente autônomos”. E invoca a doutrina de Oscar Ermida Uriarte e Oscar Hernández Alvarez:

A inserção na organização empresarial, ainda que seja um elemento próprio da relação de trabalho, não é exclusivo da mesma, já que o empregador incorpora ao desenvolvimento da atividade empresarial não só o trabalho de seus próprios trabalhadores mas também a atividade, contínua mas autônoma, de colaboradores, que mesmo não sendo empregados, estão incorporados ao cumprimento da atividade econômica organizada da empresa. (VILHENA, 1999, p. 253).

O tema é complexo, rico em nuances e sutilezas. Mas a consistência da doutrina lapidada por Vilhena reside, a nosso ver, precisamente na idéia de *integração de atividades* – atividade do trabalhador e da empresa. Tal fenômeno não se verifica no trabalho autônomo prestado por pessoa física a empresa. Esse tipo de trabalho, como ressalta o próprio Vilhena (1999, p. 482), “recai preponderantemente sobre o *resultado* e não sobre a *atividade* em si”, o que faz com que a atitude do tomador do trabalho seja passiva.

O certo é que, por outras razões, a jurisprudência guiou-se nas últimas décadas em direção contrária à da concepção objetiva, focando, na aferição da subordinação e da relação de emprego, elementos subjetivos como a sujeição do trabalhador a ordens e controle de horário.

Por outro lado, parte da doutrina trabalhista vem avançando com firmeza e consistência no sentido expansionista do conceito de subordinação.

Maurício Godinho Delgado, depois de frisar que o propósito da readequação conceitual da subordinação visa melhor adaptar este tipo jurídico às características contemporâneas do mercado de trabalho, sem perda de consistência das noções já

sedimentadas, propõe sua concepção de *subordinação estrutural*, que atenua o enfoque sobre o comando empresarial direto:

“Estrutural é, pois, a subordinação que se manifesta pela inserção do trabalhador na *dinâmica* do tomador de seus serviços, independentemente de receber ordens diretas, *mas acolhendo, estruturalmente, sua dinâmica de organização e funcionamento.*” (DELGADO, 2006b, p. 667).

E o i. jurista mineiro argumenta que a idéia de subordinação estrutural pode superar dificuldades de enquadramento de situações fáticas que o conceito clássico de subordinação tem demonstrado, como é o caso da terceirização trabalhista.

Porto, por sua vez, com o lastro doutrinário do direito comparado, desenvolve seu próprio conceito de *subordinação integrativa*, que como ela própria enfatiza parte da noção de subordinação objetiva, ou seja, da inserção da prestação laborativa do empregado nos fins da empresa:

A subordinação, em sua dimensão integrativa, faz-se presente quando a prestação de trabalho integra as atividades exercidas pelo empregador e o trabalhador não possui uma organização empresarial própria, não assume verdadeiramente riscos de perdas ou de ganhos e não é proprietário dos frutos do seu trabalho, que pertencem, originariamente, à organização produtiva alheia para a qual presta a sua atividade. (PORTO, 2009, p. 253).

Porto ressalta que o trabalho do empregado pode se inserir ou integrar nas atividades-fim ou nas atividades-meio da empresa, ambas compondo a dinâmica empresarial.

A autora aduz que a noção de subordinação integrativa, por ser mais ampla, acaba abrangendo a dimensão clássica, sendo importante, todavia, a distinção entre as duas dimensões “em razão do aspecto prático, isto é, para facilitar a produção de provas pela parte interessada e a tarefa de qualificação que deve ser cumprida pelo operador jurídico”. (DELGADO, 2006b, p. 254).

5.6.4 A subordinação como efeito da relação de emprego

Se os critérios clássicos de subordinação há algum tempo vinham se revelando insuficientes à caracterização da relação de emprego, notadamente em casos concretos envolvendo trabalho com maior grau de conhecimento, mais recentemente o capital passou a

se apropriar também do trabalho menos qualificado em formas que muitas vezes escapam aos traços da subordinação.

Não obstante os avanços doutrinários no sentido de um conceito expansionista de subordinação, nossa jurisprudência ainda se escora em elementos subjetivos (sujeição do trabalhador ao cumprimento de ordens, horário, etc.) ao aferir a natureza da prestação pessoal de serviços, mesmo quando situada em zona fronteira entre a autonomia e a subordinação.

É certo que há operadores do Direito do Trabalho – juízes, procuradores, auditores-fiscais do trabalho – que perfilham um conceito mais avançado e abrangente de subordinação, não a reduzindo a elementos de ordem subjetiva. Mas, na apreciação de casos concretos situados em zona gris, mesmo esses intérpretes menos conservadores, ao investigarem a existência do vínculo empregatício, normalmente buscam sinais ou traços de subordinação – ainda que em sua concepção objetiva ou estrutural. Ou seja, ao invés de mirar a subordinação em elementos subjetivos, esses operadores do direito do trabalho passam a buscar indícios de acoplamento do trabalho nas atividades da empresa, ou de sua inserção na dinâmica de organização e funcionamento do tomador de serviços. Trata-se, sem dúvida, de um avanço. Mas haverá situações genuinamente empregatícias que irão escapar também a esse método de aferição.⁶⁸

Isso porque, como observa Reginaldo Melhado (2003, p. 164-165), reportando-se a Oscar Correias, a subordinação é *consequencia, efeito* da relação de emprego, e não sua condição ou elemento essencial:

Tal como a metáfora da chuva: é quase sempre possível estar correta a asserção de que choveu, se o enunciado se baseia na premissa de que se podem ver as árvores e telhados molhados, a terra úmida, as poças d'água nas ruas, o céu ainda plúmbeo.

⁶⁸ Era o caso de uma reclamação trabalhista (Proc. n. 616-2010-060-03-00-0) que apreciamos em Vara do interior de Minas Gerais, ajuizada por vendedor ambulante em face de tradicional sorveteria de cidade, pleiteando o reconhecimento de vínculo empregatício. A sorveteria funcionava em ponto comercial fixo, e dispunha de dezenas de carrinhos com sua logomarca, que disponibilizava a vendedores ambulantes, mediante contrato de consignação. A prova testemunhal revelou que os ambulantes vendiam os picolés de acordo com sua própria iniciativa e conveniência, sem qualquer ingerência da empresa, que apenas estipulava o preço a ser pago em consignação pelos picolés. Não havia sujeição a horário, rota ou mínimo de vendas, ou mesmo obrigação de comparecer à sorveteria, exceto para o acerto diário dos picolés vendidos, sendo que a empresa não adotava qualquer medida para manter os ambulantes atuando, tampouco os impedia de prestar serviços a outras empresas. Ficou comprovado ainda que, no ano antecedente, o reclamante passara um mês com sua família em sua cidade natal, e já havia ficado cerca de quinze dias sem comparecer à sorveteria, sendo que esta jamais perquiriu o motivo do não comparecimento de um ambulante. A prova oral nos fez concluir que o trabalho do reclamante, além de não se amoldar aos critérios da subordinação clássica, não se inseria estruturalmente na dinâmica de organização e funcionamento da sorveteria. O acoplamento da atividade daquele ambulante às atividades da empresa tampouco era visível, uma vez que o trabalhador atuava de acordo com sua iniciativa e conveniência. Ou seja, mesmo pela concepção objetiva ou estrutural, a prestação não parecia subordinada. O detalhe era que aqueles ambulantes eram todos *meninos de rua*.

Isso não quer dizer que as árvores molhadas e as poças *sejam* a chuva. (MELHADO, 2003, p. 165).

A técnica consagrada no meio jurídico trabalhista consiste em aferir a existência de um fenômeno (relação de emprego) através de seu efeito (subordinação). Considera-se, por consequência, autônomo o trabalho no qual não se identificam sinais ou vestígios de subordinação.⁶⁹ No exemplo de Melhado, as consequências da precipitação pluviométrica (árvores e telhados molhados, poças nas ruas) fazem presumir que choveu; mas nem sempre a falta de visibilidade daqueles efeitos irá significar que *não choveu*. Do mesmo modo, a luz de uma lanterna elétrica brilhará intensamente na escuridão, mas se a acendermos em uma praia, ao sol do meio-dia, sua luminosidade será imperceptível.

Se, como pondera o próprio Melhado (*Ibidem*), a subordinação é conceito útil na distinção entre o contrato laboral e o trabalho autônomo, haverá, por outro lado, situações nas quais a relação de emprego está encoberta em penumbra, em zona cinzenta entre aquelas duas formas laborativas, e ali o *efeito-subordinação* será pouco nítido, ou até invisível. Em casos tais, perquirir a existência ou não da relação empregatícia por meio de indícios de subordinação configura método pouco científico e propenso a erros, se não uma tautologia.

Perceber a subordinação como efeito da relação de emprego não diminui seu papel e relevância para o Direito do Trabalho. A subordinação jurídica delinea os traços distintivos, o *rosto* da relação de emprego, conferindo-lhe identidade perante as outras formas de trabalho, além de informar parte considerável do conteúdo científico do Direito do Trabalho. Institutos como duração do trabalho, intervalo intrajornada e *jus resistantiae*, entre outros, exprimem limitações legais ao poder diretivo do empregador, do qual decorre o estado de dependência jurídica do empregado – a subordinação, em sua matriz clássica.

Em situações fronteiriças, contudo, o efeito-subordinação não se apresenta como critério científico e seguro à aferição da natureza da prestação. Do mesmo modo que *molhar* e *iluminar* são efeitos da água da chuva e da lâmpada da lanterna, mas não se pode concluir com segurança que não choveu, ou que a lâmpada não está acesa, apenas por não se perceberem aqueles efeitos.

⁶⁹ Também a doutrina sedimentou-se nesse sentido: “O contrato de trabalho [...] não tem conteúdo específico: dele pode ser objeto qualquer prestação de fazer, desde que realizada com *subordinação jurídica*”. MARANHÃO (1993, p. 70); BARROS (2006, p. 294-295); “em todos esses casos, a desconstituição do contrato civil formalmente existente entre as partes supõe a prova da subordinação jurídica, em detrimento do caráter autônomo aparente de que estaria se revestindo o vínculo” DELGADO (2004, p. 302).

É certo que, em ação trabalhista na qual se pleiteia a declaração de vínculo de emprego, e o reclamado reconhece a prestação de serviços por parte do autor, aduzindo sua condição de autônomo, o juiz do trabalho normalmente determina a inversão do ônus da prova. Mesmo nesse contexto, porém, o juiz acaba por apreciar a prova mirando indícios de subordinação, apenas com o ônus invertido. Assim, se o conjunto probatório dos autos revela que não havia traços de subordinação na prestação, o juiz acaba concluindo pela inexistência do vínculo empregatício. O método de se avaliar a causa através dos efeitos persiste.

Frise-se que, muito além de mera técnica processual de apreciação da prova, o que está em análise é a própria realidade socioeconômica do modo de produção capitalista, que muitas vezes não é considerada na apreciação do caso concreto. Essa realidade revela que o trabalho de pessoa física em proveito de pessoa jurídica ou outro ente produtivo apenas excepcionalmente é realizado de forma autônoma.

Mas, para superar o método tradicional, que considera autônomo o trabalho no qual não se enxergam traços de subordinação, é preciso explorar a essência do trabalho dito subordinado. Em lugar de se restringir ao estudo do efeito-subordinação, pesquisar sua causa.

Vilhena, há mais de três décadas, observava que a subordinação é um elemento historicamente condicionado, que serviu como marco divisor de relações jurídicas cujo objeto é a prestação pessoal de serviços, sendo um dado de fácil apreensão pela doutrina jurídica. E proclamava:

“Aliás, não ocorrerá muito tempo e essa palavra, sobretudo como marco de configuração de uma relação jurídica (a relação de emprego), terá sido superada, por um dado mais compreensivo e mais constante.” (*Ibidem*, p. 477)

5.6.4.1 Alienação do trabalho e ajenidad

Manuel Alonso Olea observa que, no *estado original das coisas*, ou no de *pura natureza*, os frutos do trabalho reverterem para seu executor, como recompensa natural do trabalho. Mas a realidade social com que lida o Direito do Trabalho é justamente a contrária, isto é, aquela em que os frutos do trabalho são atribuídos inicial e diretamente a pessoa distinta da que executa o trabalho. (OLEA; BAAMONDE, 1999, p. 41-42; OLEA, 1984, p. 22-23).

O jurista espanhol acentua que o essencial e diferenciador no trabalho por conta alheia reside no fato de pertencerem os resultados, *no momento mesmo em que se produzem*, a

pessoa diversa do trabalhador. A essa *aquisição originária* de propriedade dos frutos do trabalho alheio, que considera a própria essência da relação de emprego, Olea denomina “ajenidad”.

O autor esclarece que, por *resultado* ou *produto* do trabalho deve-se entender, em sentido amplo, toda a atividade produtiva do homem, seja intelectual ou manual, tenha valor por si mesmo ou associado ao resultado do trabalho de outros homens, consista num bem ou num serviço. A *ajenidad* refere-se, pois, “à utilidade patrimonial do trabalho”.

Nesse ponto, deve-se frisar que a idéia de *ajenidad* deriva do conceito de alienação do trabalho, mas não é sua mera reprodução ou sinonímia.

A alienação do trabalho decorre da lógica capitalista segundo a qual o produto ou os frutos do trabalho são apropriados pelo tomador dos serviços, aparecendo como algo alheio ao trabalhador. (MARX, 1993, p. 301 e 307).

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

A *ajenidad* define-se, pois, como a aquisição primária dos frutos do trabalho por pessoa distinta da que o executa, sendo inerente ao trabalho por conta alheia. (OLEA, BAAMONDE, 1999, p. 42).

Não sem razão Olea (1988, p. 171-172) adota a expressão *ajenidad*, em lugar de *enajenación* ou *alineación* – correlatos, na língua espanhola, do vocábulo alienação, que em direito significa transferência de domínio ou titularidade de uma pessoa a outra. Como a doutrina do autor é centrada no trabalho por conta alheia, o conceito de *ajenidad* exclui o trabalho autônomo, cujo produto é passível apenas de aquisição derivativa:

Dito de outra forma, o trabalho por conta própria não perde sua qualidade, nem se transforma em trabalho por conta alheia, pela circunstância de que o trabalhador execute atos posteriores em virtude dos quais atribua a terceiro os produtos que inicialmente lhe correspondem. (OLEA; BAAMONDE, 1999, p. 42).

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

Inexistindo vocábulo na língua portuguesa que exprima com precisão a idéia de *ajenidad*⁷⁰, parece apropriada a utilização do termo original, como um estrangeirismo⁷².

5.6.4.1.1 Ajenidad e uso da capacidade de trabalho

Se a essência do trabalho por conta alheia é a aquisição originária de propriedade dos frutos do trabalho alheio, pode-se indagar: e como exatamente se desenvolve tal processo?

Para que o produto do trabalho seja apropriável, no momento mesmo da produção, por pessoa distinta do trabalhador, faz-se necessária uma outra e paralela aquisição, que preceda os resultados do trabalho e dite o próprio modo de realização: a *apropriação da força ou capacidade de trabalho* contratada.⁷³

Esse o diferencial, o “salto qualitativo” do fenômeno *ajenidad* em relação à pura alienação do produto do trabalho.

A *alienação da capacidade de trabalho* configura assim a condição, a causa do *efeito-subordinação* no trabalho por conta alheia.

E como então se efetiva, no âmago da relação de trabalho, a apropriação da capacidade de trabalho alheia?

A essa altura, convém relembrar os conceitos de valor na economia política. A utilidade de uma coisa em particular faz dela um *valor de uso*. O valor desse mesmo objeto

⁷⁰A tradução mais próxima talvez fosse “alteridade” (“natureza ou condição do que é do outro”, cfr. Dicionário Houaiss da língua portuguesa, p.169). Ocorre que o termo já se encontra consagrado na doutrina com a acepção de transferência, ao empregador, dos riscos do empreendimento e do próprio contrato de trabalho (cfr. DELGADO, 2004, p. 393), conceito que se correlaciona, mas não coincide com o de *aquisição originária dos frutos do trabalho alheio*.

⁷¹Mendes e Chaves Júnior (2007, p. 202-215) sugerem o termo “alienidade”, que não se encontra dicionarizado, mas foi utilizado por Pontes de Miranda (1964, p. 79), ao se referir à “alienidade do proveito” do trabalho. Ocorre que o conceito formulado pela dupla de autores não demarca as noções de aquisição derivativa e originária do produto do trabalho alheio.

⁷²Entendendo-se por estrangeirismo a palavra ou construção estrangeira cuja consagração do uso não decorra apenas de influência ou dominação cultural, mas da falta de um termo correlato na língua pátria. Exs.: *réveillon*, *croissant*, *jeans*, *closet*, e os aportuguesados balé, bufê, dossiê.

⁷³Melhado (2003, p. 165-166) designa capacidade de trabalho à “propriedade do organismo humano, algo latente: a energia em estado potencial”, e aduz que “esta *potencialidade* é o que o trabalhador vende ao capitalista”. A força de trabalho, para o autor, é “esta mesma energia em estado latente, atuando sobre os meios de produção”. Vislumbramos a *capacidade* de trabalho como algo mais abrangente que a força de trabalho, alcançando o trabalho material ou imaterial, no momento da produção mas também no tempo à disposição do empregador (v. art. 4º da CLT), e mesmo nos momentos livres ou de descanso, em que é cada vez mais comum, no capitalismo cognitivo, a captura da criatividade e subjetividade do trabalhador. A expressão *força* de trabalho soa mais apropriada ao trabalho material, e de forma restrita ao momento da produção.

em comparação a outras mercadorias ou dinheiro, ou seja, seu poder de compra, expressa seu *valor de troca*.

A capacidade (ou força) de trabalho possui valor de troca e valor de uso (MARX, 2006, p. 227)⁷⁴. O primeiro, na economia capitalista, traduz-se no preço daquela força de trabalho, ou seja, o salário médio pago por ela no mercado. O valor de uso do trabalho exprime sua utilidade potencial no atendimento de necessidades humanas, ou de um empreendimento econômico. O trabalho de um torneiro mecânico, por exemplo, tem maior valor de troca que o de um ajudante de confecção, mas pouco (ou nenhum) valor de uso em uma indústria têxtil.

O empregador apropria-se da capacidade de trabalho alheia apoderando-se de seu valor de uso.

Desenvolvendo-se o pensamento de Olea (1984, p. 41-42), no “estado original das coisas” o valor de uso da capacidade de trabalho permanece sob o domínio trabalhador. No trabalho por conta alheia, ao contrário, o obreiro aliena o uso de sua capacidade de trabalho ao tomador, e isso precisamente é o que viabiliza a aquisição originária, pelo último, dos frutos daquele trabalho.

O fato de o trabalhador alienar o valor de uso de sua capacidade laborativa a um tomador tem consequências decisivas: a iniciativa, a eficiência, a criatividade, a diligência do trabalhador na prestação dos serviços revertem em proveito da empresa, restando ao primeiro o recebimento do valor de troca de sua capacidade de trabalho (o salário pactuado e demais parcelas trabalhistas). Isso reduz, substancialmente, o potencial de o trabalhador auferir proveito de seu próprio trabalho.

Assim é que, em se tratando de trabalho prestado a empresa, seus lucros ou prosperidade não necessariamente revertem em proveito dos empregados – ou pelo menos não da forma como beneficiam o proprietário ou os sócios do empreendimento.

É comum nos dias de hoje as empresas proporcionarem aos empregados alguma participação na produção, nos lucros ou resultados. Ocorre que nem mesmo essas parcelas retribuem integralmente o proveito econômico proporcionado pelo labor dos empregados à empresa. É certo, por outro lado, que dependendo do cargo ocupado pelo empregado, sua eficiência e os frutos de seu trabalho poderão resultar em promoções ou outras vantagens. Isso, entretanto, é contingencial, e não beneficia a imensa maioria dos trabalhadores, que

⁷⁴ Karl Marx (2006, p. 227) por diversas vezes faz menção ao valor de uso da força de trabalho: “mas o decisivo foi o valor-de-uso específico da força de trabalho”; “[...] o vendedor da força-de-trabalho [...] aliena seu valor-de-uso”; “o valor-de-uso da força de trabalho, o próprio trabalho, tampouco pertence a seu vendedor”.

dispõem de menor qualificação e valorização no mercado. E, mesmo no que se refere aos empregados mais qualificados, o proveito proporcionado por seu trabalho à empresa em regra não é retribuído integralmente.

A alienação do valor de uso da capacidade de trabalho tolhe ainda, do trabalhador, dose substancial da *auto-organização* e *discricionariade* no trabalho, o que, além de reduzir o potencial de proveito econômico próprio no trabalho, acaba afetando também o grau de realização proporcionada pelo exercício da profissão.

Karl Marx (2006, v. I, p. 227-228) não foi um estudioso do direito, mas talvez tenha sido quem primeiro vislumbrou a essência do trabalho por conta alheia. Ao analisar o processo de produção da mais-valia, Marx observou que, como o vendedor da força de trabalho aliena seu valor de uso, o tomador do trabalho paga o valor diário (ou semanal, ou mensal) da força de trabalho e adquire seu uso pela jornada inteira:

O possuidor do dinheiro pagou o valor diário da força de trabalho; pertence-lhe, portanto, o uso dela durante o dia, o trabalho de uma jornada inteira. [...]

Se compararmos o processo de produzir valor com o processo de trabalho, verificaremos que este consiste no trabalho útil que produz valores-de-uso. A atividade neste processo é considerada qualitativamente [...]. (MARX, 2006, p. 227-228).

Nesse ponto, há que considerar que os estudos de Marx focaram o trabalho material, que à época era o mais produtivo. Nesse contexto, o do capitalismo industrial, a apropriação do valor de uso da força de trabalho tinha como referencial a duração da jornada, o número de horas trabalhadas. Como já se salientou, essa forma tradicional de interação capital/trabalho pressupõe a sujeição do trabalhador à disciplina de uma ordem hierárquica mais rígida, instrumentalizada no poder diretivo e disciplinar do empregador.

Na sociedade pós-industrial, a produção material subsiste, mas gradualmente o imaterial alcança o centro da criação de valor. E, como salienta Chaves Júnior, “a economia imaterial privilegia a captação da inovação e da criatividade do trabalhador e não o controle disciplinar sobre as tarefas produtivas” (CHAVES JÚNIOR, 2011, p. 93). Ou seja, a apropriação da capacidade de trabalho não mais se restringe à aquisição direta do uso da força de trabalho por um determinado número de horas. A “capacidade de trabalho imaterial” é ainda mais valiosa, e sua captação é sutil, às vezes dissimulada.

É interessante observar ainda que a apropriação do valor de uso da capacidade de trabalho não se restringe à produção capitalista, ou na qual se produza excedente econômico. Também o valor de uso do trabalho “tecnicamente improdutivo” é apropriável. É o que ocorre

nos serviços prestados a entidades puramente beneficentes e no âmbito doméstico, como ilustra o seguinte exemplo:

Imagine-se uma entidade sem fins lucrativos, um asilo, por exemplo, que não produza bens ou serviços para o mercado, sobrevivendo de doações. Suponha-se que esse asilo tenha contratado empregados para auxiliar os enfermeiros no atendimento aos idosos e doentes internados, cumprindo determinada jornada diária ou semanal, e recebendo um salário estipulado. Mediante esses contratos de trabalho, os empregados estarão alienando àquela instituição filantrópica o uso de sua capacidade de trabalho pela inteira jornada contratada (dia, semana ou mês). Suponha-se então que os pacientes daquele asilo em determinado momento desenvolvam alguma patologia que exija acompanhamento e atendimento mais intenso por parte dos auxiliares de enfermagem. É fácil concluir que os empregados terão um acréscimo em seu volume de trabalho, ainda que suas jornadas não sejam prorrogadas. O valor de uso de sua capacidade de trabalho será, portanto, estendido, mantendo-se contudo o valor dos salários.

Situação bastante distinta é a do trabalhador autônomo, ainda que aliene o produto de seu trabalho a um tomador. Nessa situação, a aquisição dos frutos do trabalho pelo tomador é *derivativa*, efetivando-se em momento posterior ao do trabalho. O trabalhador autônomo produz não para uma empresa, mas para uma clientela múltipla, sem interferência dos tomadores no modo de ser da prestação⁷⁵. Nessa situação, o trabalhador figura como pequeno empresário-produtor, mantendo, por conseguinte, o domínio sobre sua capacidade de trabalho, podendo atuar com maior iniciativa, auto-organização e liberdade, o que lhe coloca em situação mais vantajosa na negociação dos contratos. Isso lhe proporciona também potencial maior de ganhos ou rendimentos, além de maior realização no trabalho, em comparação ao empregado. De todo modo, por haver a apropriação dos frutos do trabalho pelos tomadores, esse tipo de trabalho autônomo adquire contornos especiais em relação ao trabalho autônomo prestado diretamente ao público consumidor, que o tornam suscetível de atrair a incidência da tutela trabalhista. Entendemos, porém, que tal proteção jamais poderá ser igualada à do trabalho por conta alheia.

Traduz-se a *ajenidad*, por conseguinte, na alienação do valor de uso da capacidade de trabalho. Essa a essência do trabalho por conta alheia, causa, fonte da qual irradia o efeito-subordinação. Tal efeito poderá se materializar ou expressar em diversas formas – *até* sob os traços da subordinação em sua matriz clássica (sujeição do trabalhador a ordens, horário, etc.). Outras vezes, o efeito-subordinação terá pouca nitidez ou visibilidade no caso concreto. Nessa

⁷⁵ Em variante de trabalho autônomo, o trabalhador utiliza as instalações ou meios de produção do tomador, repassando-lhe um percentual dos rendimentos auferidos. É comum no trabalho de médicos e dentistas, e também no de taxistas.

zona cinzenta entre o trabalho subordinado e o autônomo, mesmo a noção de alienação do valor de uso da capacidade de trabalho poderá ser insuficiente à aferição da natureza da prestação.

É preciso encontrar um critério hábil a clarear esses casos difíceis.

5.6.4.2 A idéia de trabalho em proveito de organização

Segundo John Kenneth Galbraith (1999, p. 39 e 57-58), são três as fontes do poder: personalidade, propriedade e organização. O i. economista norte-americano sustenta ser a organização a mais importante fonte de poder nos tempos modernos, em que a propriedade e a personalidade só produzem resultado com o apoio da organização.

O conceito de organização que Galbraith tem em mira é próximo ao dos dicionários: “um número de pessoas ou grupos [...] unidos para algum propósito ou trabalho”⁷⁶. Os participantes, em maior ou menor grau, submetem-se aos objetivos da organização, que normalmente requerem a submissão de pessoas ou grupos externos à organização.

Depois de citar um exército ou um partido político como exemplos de organização, o autor menciona a empresa, que segundo ele exige um alto grau de submissão interna mas, comparada a um partido político, em uma gama restrita de assuntos (normalmente, a produção ou venda de bens ou serviços).

Galbraith desenvolve então o conceito de *simetria bimodal* entre a submissão interna e o poder externo da organização, salientando que “o indivíduo submete-se aos objetivos comuns da organização e deste exercício interno do poder advém a capacidade da organização para impor sua vontade externamente. Uma depende da outra. Esta é a característica invariável de todo exercício do poder organizado.” (*op. cit.*, p. 60) Quanto maior o grau de submissão interna dos membros da organização, maior o poder externo da mesma. A força e confiabilidade do poder externo da organização junto ao mercado e à sociedade depende da profundidade e firmeza da submissão interna.

Referindo-se mais especificamente à empresa, o autor expõe:

“A eficácia da empresa moderna em produzir e vender seus produtos – isto é, sua capacidade de conquistar submissão externa – depende da qualidade de sua organização

⁷⁶ Tal conceito de organização converge com a doutrina de comportamento e psicologia organizacional: “grupo coordenado de pessoas que realizam tarefas para produzir bens ou serviços”, entre outros. (MUCHINSKY, 2004, p. 239); (NEWSTROM, 2008).

interna, vale dizer, da extensão e profundidade de submissão dos seus empregados.” (*op. cit.*, p. 61).⁷⁷

Na formulação de um critério mais seguro na solução de casos críticos, situados em zona gris entre autonomia e subordinação, a idéia de *ajenidad*, a doutrina de Rolf Wank e o conceito de subordinação integrativa de Porto podem ser conjugados à noção de trabalho em proveito de organização.

Cumprе ressaltar, desde logo, que o conceito de organização não se restringe à empresa ou mesmo à atividade produtiva. O próprio Galbraith invoca o exemplo dos partidos políticos. O conceito deve abranger, portanto, as entidades sem fins lucrativos (inclusive as puramente beneficentes), condomínios, etc.

Nessa perspectiva, talvez seja pertinente indicar como característica de uma organização, de forma mais ampla que o *poder externo*, sua atuação ou *atividade externa*, junto à sociedade ou comunidade.

As entidades puramente beneficentes normalmente terão menor capacidade de conquistar submissão externa. Trata-se de organizações que, não produzindo para o mercado, são dotadas de menor potencial de auferir poder externo. Ao exercerem, contudo, uma atividade externa, interagindo com a sociedade ou prestando serviços à comunidade⁷⁸, essas instituições pressupõem um exercício interno de poder, através do qual a capacidade de trabalho do indivíduo submete-se aos objetivos comuns da organização.

Um profissional liberal que trabalhe sozinho em seu consultório ou escritório não detém uma organização. A partir do momento em que aquele profissional contrata um trabalhador para auxiliá-lo, passa a existir ali uma organização, uma reunião de pessoas e bens com algum propósito externo.⁷⁹

Em todas essas situações (empresa, profissional liberal ou ente sem fins lucrativos que contratem trabalhadores) a capacidade de trabalho do indivíduo naturalmente submete-se aos objetivos da organização, o que tolhe ou inibe a auto-organização e a discricionariedade do trabalhador na determinação das próprias condições de trabalho. Do que se deduz que, ao

⁷⁷ Melhado (2003, p. 15) analisando o poder disciplinar no contrato de trabalho, cita Montoya Melgar e Von Gierke e afirma que “a exigência de organização do trabalho é tão necessária na empresa capitalista típica como nas cooperativas e nas empresas de economias socializadas”.

⁷⁸ Isso já não ocorre no trabalho doméstico, voltado exclusivamente ao consumo interno. O tomador doméstico não direciona o trabalho apropriado a uma atividade externa, por isso não se pode entrever no âmbito doméstico a existência de uma organização. Por isso o critério que estamos formulando, para a investigação da natureza do trabalho prestado em zona de fronteira entre autonomia e subordinação, será inaplicável ao trabalho doméstico.

⁷⁹ É interessante constatar que todos os exemplos de “empregadores por equiparação” do art. 2º, § 1º da CLT constituem formas de organização.

laborar em proveito de uma organização, o trabalhador aliena à mesma o valor de uso de sua capacidade de trabalho. Nisso consiste, precisamente, a submissão interna à qual se refere Galbraith.

Essa alienação do uso da capacidade de trabalho aos fins da organização somente não irá se concretizar em uma hipótese: quando o trabalhador for o detentor de uma estrutura produtiva própria, independente em relação à organização tomadora – ou seja, quando o trabalho for genuinamente autônomo. Nessa situação, o trabalhador direciona sua capacidade de trabalho aos fins de sua *própria célula produtiva*, a qual, assim como a organização tomadora, atua junto ao mercado ou à sociedade. Ou seja, mesmo alienando os resultados de seu trabalho à organização tomadora, o trabalhador autônomo conserva sua liberdade e iniciativa *durante* o labor, mesmo porque a *sua* estrutura produtiva também é direcionada ao mercado. E é a esse propósito externo próprio que reflui a capacidade de trabalho desse profissional.

De todo o exposto, podemos concluir que o trabalho prestado por pessoa física a uma organização somente não irá caracterizar a aquisição originária de propriedade dos frutos do trabalho alheio se aquele mesmo trabalhador for detentor de uma organização autônoma.

E a segunda conclusão, que é um desdobramento da primeira: o trabalho não-eventual e oneroso de pessoa física em proveito de organização configura relação empregatícia – exceto se o trabalhador possuir uma organização própria.

Dentro desses novos contornos, torna-se irrelevante perquirir, nos casos situados em zona gris, acerca da existência de sinais ou indícios de subordinação.

Pelo critério que propomos, ao analisar um caso concreto na zona de fronteira entre autonomia e subordinação, o operador do Direito do Trabalho não precisará investigar a existência da subordinação, seja em seus traços subjetivos (submissão do empregado a ordens, controle de horário, etc.), seja em seu aspecto objetivo ou estrutural (inserção do trabalho nas atividades ou na dinâmica da empresa). Isso porque, em se tratando de prestado por pessoa física a organização, a subordinação é presumida.

No tópico seguinte, que trata do trabalho autônomo, esmiuçaremos o critério que estamos propondo.

5.7 Relações de trabalho não-empregatícias

Se a relação de emprego configura o núcleo das relações sociais de produção no capitalismo, a exploração do trabalho pelo sistema não se restringe a ela. Analisaremos a seguir as principais espécies de relação de trabalho não-empregatícias na realidade contemporânea.

5.7.1 Trabalho autônomo

O trabalho autônomo é tema dos que mais intrigam os estudiosos do Direito do Trabalho na atualidade. Se sua conceituação no plano teórico-doutrinário não enseja grandes controvérsias, é na apreciação do caso concreto, ou seja, no campo jurisprudencial, que as imprecisões e contradições transparecem, especialmente quando a prestação situa-se em zona cinzenta entre a autonomia e a subordinação.

O conceito de trabalhador autônomo é esboçado na legislação previdenciária, que qualifica como segurado/contribuinte individual “a pessoa física que exerce, por conta própria, atividade econômica de natureza urbana, com fins lucrativos ou não” (art. 12, V, *h*, da Lei n. 8.212/91).

A sistemática atual do ordenamento jurídico exclui o trabalho autônomo em geral da tutela especial trabalhista. O contrato de prestação de serviço, regulado pelo Código Civil (arts. 593 a 609) de forma residual às leis trabalhistas e à lei especial, acaba por abranger a maior parte das relações de trabalho autônomo.

5.7.1.1 Trabalho autônomo e doutrina

Alice Monteiro de Barros assim delinea os traços distintivos da prestação autônoma de serviços, em contraposição ao trabalho subordinado:

No trabalho autônomo, o prestador de serviços atua como patrão de si mesmo, sem submissão aos poderes de comando do empregador, e, portanto, não está inserido no círculo diretivo e disciplinar de uma organização empresarial. O trabalhador autônomo conserva a liberdade de iniciativa, competindo-lhe gerir sua própria atividade e, em conseqüência, suportar os riscos daí advindos. (BARROS, 2006, p. 204-205).

Mauricio Godinho Delgado (2004, p. 334), depois de ponderar que “o trabalhador autônomo consiste, entre todas as figuras próximas à do empregado, naquela que tem maior

generalidade, extensão e importância sociojurídica no mundo contemporâneo”, observa que os vínculos de trabalho autônomo distinguem-se da figura empregatícia essencialmente pela falta do elemento da subordinação, mas destaca que pode lhe faltar também o requisito da personalidade.

E, depois de enfatizar que “fundamentalmente, trabalho autônomo é aquele que se realiza sem subordinação do trabalhador ao tomador dos serviços”, o i. jurista arremata: “a autonomia traduz a noção de que o próprio prestador é que estabelece e concretiza, cotidianamente, a forma de realização dos serviços que pactuou prestar”.

Arion Sayão Romita analisa o tema em outro aspecto, focalizando o conteúdo da prestação, que no trabalho autônomo é um *resultado*, e não o trabalho em si:

O trabalho se diz autônomo quando o trabalhador se obriga não a prestar, isto é, a colocar à disposição de outrem a sua energia de trabalho, mas a executar ou fornecer a um comitente uma obra determinada ou um serviço em conjunto, encarado como o resultado de sua atividade. [...] Este (o comitente) pode é claro dar instruções de caráter geral referentes às características da obra ou dos serviços executados, mas não pode dar ordens. A prestação a que se obriga o comitente retribui o produto fornecido ou o serviço executado. O risco econômico da atividade recai sobre o trabalhador autônomo. (ROMITA, 1979, p. 92).

No mesmo diapasão, Paulo Emílio Ribeiro de Vilhena (1999, p. 482-483) afirma que o vínculo jurídico do trabalho autônomo recai preponderantemente sobre o resultado e não sobre a atividade em si. As prestações são predeterminadas pelas partes, e não sofrem a intervenção do credor do trabalho, sendo indiferente o fato de o serviço se prestar em caráter pessoal ou não, de a execução ser fungível ou não.

Depois de definir como autônomo “o trabalhador que desenvolve sua atividade com organização própria, iniciativa e discricionariedade, além de escolha do lugar, do modo, do tempo e da forma de execução”, este i. jurista mineiro passa a discorrer sobre alguns caracteres dessa espécie de trabalho. Em geral, como na empreitada e na locação livre de serviços, os bens e instrumentos de trabalho pertencem ao prestador, como a ele cabem os resultados, e é ele quem corre os riscos.

A seguir, Vilhena destaca a “discricionariedade técnica”, a “iniciativa” e a “auto-organização” como elementos essenciais na distinção entre o trabalho autônomo e o subordinado. E ressalta que o exercício da liberdade de trabalho abre ao autônomo constantes e reiteradas faculdades de negociabilidade com outras empresas ou credores de trabalho:

A iniciativa e a auto-organização do trabalho autônomo enfatizam a liberdade de o prestador dispor de sua atividade para mais de uma pessoa, pois qualquer delas não interferirá na execução de seu trabalho, o que não ensejará a que uma atue em detrimento da outra. Somente a auto-organização, porém, é que presidirá o princípio da oportunidade, através do qual o prestador livre atenderá a contento seus diversos credores de serviços.

E o i. jurista mineiro cita o exemplo do comissário mercantil, que realiza negócios em nome próprio, o que excluiria a subordinação. Mais adiante, sustenta que “a pluralidade de credores é ínsita ao trabalho *autônomo*. A recíproca, porém, não é verdadeira: a exclusividade não acompanha necessariamente a *subordinação*.” (VILHENA, 1999, p. 484).

5.7.1.2 Trabalho autônomo em proveito de empresa ou organização

Como sustentamos no item 6.4, o trabalho prestado por pessoa física a empresa ou outro tipo de organização presume-se subordinado, ainda que o *efeito-subordinação* não se revele nítido no caso concreto. Tal presunção decorre de uma realidade socioeconômica inerente ao modo de produção capitalista: o trabalho de pessoa física em proveito de pessoa jurídica ou outro ente produtivo apenas excepcionalmente é realizado de forma autônoma.

Com efeito, uma empresa não será capaz de desenvolver sua atividade econômica recorrendo exclusivamente, ou mesmo preponderantemente, ao trabalho autônomo. Ou em lugar de uma empresa, estaríamos diante de um núcleo econômico ativado por empresas individuais prestadoras, cuja conexão e interação à tomadora seria muito mais frágil que aquela existente em uma relação de emprego. Ou seja, a *organização interna* dessa empresa “movida a trabalho autônomo” seria pouco coesa, em prejuízo à sua capacidade de conquistar *submissão externa* e concorrer em um mercado cada vez mais competitivo, conforme a lição de John Kenneth Galbraith:

A eficácia da empresa moderna em produzir e vender seus produtos – isto é, sua capacidade de conquistar submissão externa – depende da qualidade de sua organização interna, vale dizer, da extensão e profundidade de submissão dos seus empregados. (GALBRAITH, 1999, p. 61).

Como salienta Pontes de Miranda (1964, p. 72-74), o trabalhador autônomo, ao contrário do empregado, não se faz membro dentro da empresa, inexistente sua integração ao estabelecimento do tomador.

Desse modo, o grau de *submissão interna* do trabalhador autônomo à empresa tomadora é substancialmente menor, se comparado ao do empregado, e essa desproporção fatalmente irá se refletir na sinergia produtiva do tomador. Essa a razão pela qual uma empresa ou organização produtiva apenas excepcionalmente irá recorrer à contratação de trabalho genuinamente autônomo.

Desse modo, a contratação de trabalho autônomo por empresa no mais das vezes constitui mero disfarce do vínculo empregatício existente entre as partes. Esse fenômeno vem se tornando bastante comum no contexto socioeconômico contemporâneo, e de forma ainda mais acentuada na realidade brasileira, de acentuada precarização e informalidade do trabalho.

Por isso, para coibir a fraude e a simulação e assegurar a efetividade dos direitos sociais previstos no art. 7º da Constituição da República e na legislação trabalhista, a autonomia do trabalho prestado a empresa ou outro tipo de organização deve ser perquirida como uma *condição afirmativa* ou *positiva*, jamais presumida.

Nesse sentido, a lição de Lorena Vasconcelos Porto (2009, p. 245): “a subordinação é, assim, definida de modo negativo: é empregado aquele que não atua como empresário, isto é, que não é autônomo”.

Partindo dessa premissa, o operador do direito não deve investigar se, no caso concreto, a prestação de pessoa física a empresa era subordinada, se o trabalho se inseria ou não na dinâmica produtiva do tomador. No trabalho prestado por pessoa física a empresa ou organização, a dependência do trabalhador é presumida. Para afastar a existência do vínculo de emprego nessas situações, a empresa deve comprovar de forma inequívoca que o trabalhador detinha uma organização própria e autônoma. Ou, no mínimo, deve haver nos autos fortes indícios nesse sentido.

Recorrendo à doutrina de Vilhena e Romita, conjugada às proposições do alemão Rolf Wank, propomos que o trabalho de pessoa física em proveito de pessoa jurídica ou ente produtivo somente deva ser considerado autônomo na presença das seguintes evidências de autonomia:

- a) o trabalhador desenvolve sua atividade com *organização própria*, iniciativa e liberdade de dispor e negociar o produto de seu trabalho com sua *própria clientela*, formada por outras empresas ou consumidores;
- b) o trabalhador contrata com o tomador o *resultado* do trabalho (uma *obra* ou *serviço determinado*), e não o trabalho ou a atividade em si, sendo as prestações

predeterminadas pelas partes, sem intervenção do credor do trabalho durante sua execução, atuando o trabalhador com discricionariedade técnica.

A clientela própria é essencial a uma organização autônoma. Sem essa “negociabilidade” para com clientes diversos, o trabalhador não tem a perspectiva de explorar em proveito próprio sua capacidade de trabalho e as oportunidades do negócio. O que significa dizer que, havendo habitualidade e exclusividade no trabalho de pessoa física em proveito de empresa, a presunção de trabalho subordinado será absoluta. É o que sugere Vilhena, quando afirma que a pluralidade de clientes é ínsita ao trabalho genuinamente autônomo.

Além da independência na negociação do produto de seu trabalho com seus clientes, a liberdade empresarial do trabalhador poderá ser aferida a partir de diversos elementos, tais como a iniciativa nas decisões relativas a compra de mercadorias e escolha de fornecedores.

A existência de uma organização autônoma poderá ser reconhecida ainda por outros indícios, tais como o fato de o trabalhador exercer suas atividades em um *estabelecimento próprio*⁸⁰, ou contar com auxiliares por ele contratados.

Em suma, por *organização autônoma* do trabalhador deve-se entender a reunião de bens ou pessoas com algum propósito externo que não coincida, ou ao menos não se restrinja, aos fins da empresa ou organização tomadora. Ou seja, a organização menor, possuída pelo trabalhador, deve ter existência própria e independente em relação à organização tomadora.

Outro indício de trabalho autônomo, desde que conjugado aos elementos acima, é o *padrão remuneratório acima da média* pago pelo tomador dos serviços ao trabalhador, tendo-se como parâmetro a remuneração média recebida por empregados da mesma empresa, que exerçam funções similares ou com o mesmo grau de qualificação.

O rol não é exaustivo. Em cada situação concreta poderá haver outros indícios peculiares de autonomia na prestação. Por exemplo, o fato de a empresa não possuir a *expertise* ou *know-how* do trabalho contratado, em razão de seu alto grau de especialização, ou por não estar inserido na dinâmica produtiva da empresa. O fundamental é que cada indício seja analisado de forma conjugada aos pressupostos (1) e (2) acima descritos. Não é suficiente, portanto, que o trabalhador tenha um padrão remuneratório superior, ou exerça suas atividades em estabelecimento próprio, com maquinário ou auxiliares próprios. Se o

⁸⁰ Por “estabelecimento” entenda-se não apenas o imóvel, mas o conjunto de bens corpóreos e incorpóreos organizados com objetivo econômico ou produtivo, dos móveis e maquinário até o trabalho armazenado em *softwares*.

objeto do contrato for o trabalho em si, e não seu resultado, se houver ordens e interferências do tomador no curso da prestação, a autonomia do trabalho restará descaracterizada.

A doutrina costuma mencionar, como traço de autonomia, o fato de o trabalhador assumir os riscos de sua própria atividade, riscos que no contrato de emprego são atribuídos ao empregador. Sem dúvida trata-se de diferencial fundamental entre o trabalho autônomo e o subordinado. Ocorre que sua avaliação no caso concreto é muitas vezes subjetiva e imprecisa. Parece-nos mais prática sua aferição como consequência dos pressupostos do trabalho autônomo, acima sugeridos. Como salienta Porto (2009, p. 246), com base na doutrina estrangeira, “é exatamente com base na liberdade empresarial de que goza, que o obreiro autônomo tem a possibilidade de obter lucros, realizar ganhos, e, assim, poder gerir a própria vida”. E onde há a possibilidade de lucros, existe também o risco das perdas.

Frise-se ainda que não basta, para a caracterização da autonomia da prestação, que o trabalhador detenha os meios de produção. Na etapa que vivemos do capitalismo pós-industrial, é muito comum o empregado ser o detentor não apenas de ferramentas, mas também de parte dos meios de produção. É o caso do *motoboy* que utiliza sua motocicleta em serviço, do vendedor que viaja em serviço no próprio automóvel, do transportador de cargas que faz uso de seu próprio caminhão, etc. Tampouco serão suficientes, evidentemente, elementos formais como o registro de empresa em nome do trabalhador, para que seja inferida a existência de organização autônoma.

5.7.1.3 Tutela trabalhista do autônomo

O trabalhador autônomo é o gestor de sua própria atividade, atuando com liberdade de iniciativa, como um pequeno empresário que negocia o próprio trabalho e assume os riscos daí decorrentes. Ocorre que, ao alienar o produto de seu trabalho a um tomador, esse trabalhador, mesmo não alcançando a condição de empregado, distancia-se, nessa relação trabalhista *sui generis*, da situação subjetiva do autônomo que, de forma autossuficiente, fornece serviços diretamente ao público consumidor (v.g., o médico ou dentista que atendem pacientes em seus próprios consultórios, o taxista que conduz passageiros em seu próprio automóvel).

Tal distinção, entre a situação subjetiva do trabalhador autossuficiente e a do *autônomo hipossuficiente*, em suas relações jurídicas com o consumidor e o tomador do

produto do trabalho, respectivamente, constitui o ponto de partida da idéia de expansão da tutela trabalhista ao trabalho autônomo, que será tratada no capítulo 6.

5.7.1.3.1 O trabalhador autônomo-dependente

Certos doutrinadores refutam a existência da figura do trabalhador *autônomo-dependente*, considerando-a uma contradição em termos.

Com efeito, as expressões *autônomo-dependente* e *autônomo-hipossuficiente* soam paradoxais, um verdadeiro contrassenso. E assim é a pós-modernidade. Um tempo de misturas e contradições. Uma tela abstrata de cores sem linhas definidas, onde futuro, presente e passado, verdade e conceitos, certezas – tudo se move e dilui.

Na observação poética de Márcio Túlio Viana:

Em tempos pós-modernos [...] as coisas se mexem e se quebram, com uma rapidez crescente; e – soltas no ar – às vezes se colam ao acaso, formando novas coisas, algumas delas ambíguas como sereias.

É o que acontece, por exemplo, com os trabalhadores, que se partem em empregados e autônomos, para em seguida, muitas vezes, juntar as suas metades: empregados com traços de autonomia e autônomos com dependência econômica. (DELGADO, G., 2006, prefácio, p. 14).

O conceito de trabalhador autônomo-dependente talvez pareça menos contraditório se levarmos em conta que a dependência econômica é uma situação subjetiva e relativa. Só se pode ser dependente de alguém, ou *em relação* a esse alguém. Nesse ponto, a idéia de dependência econômica conflui com nossa concepção de hipossuficiência relativa: ambas são aferidas no âmago da relação jurídica.

Na relação de trabalho, a hipossuficiência e a dependência econômica do trabalhador ao tomador em regra se exprimem no *efeito-subordinação* – mas nem sempre. Algumas vezes, mesmo detendo uma organização e clientela próprias, mesmo gozando de liberdade e iniciativa na negociação do produto de seu trabalho, o trabalhador, em razão das necessidades e contingências, celebra um contrato permanente de prestação predeterminada com uma empresa ou organização, e passa a depender da renda auferida com habitualidade daquela fonte pagadora. Esse fato, somado à hipossuficiência do trabalhador autônomo naquela relação jurídica, acarreta sua dependência econômica à empresa.

Analisando as metamorfoses no modo de produção, Viana (2005, p. 261-262) ressalta a utilização crescente de trabalhadores autônomos, não só os falsos, mas também os reais,

observando que, graças aos avanços da técnica, a nova empresa pode controlar à distância o processo produtivo, como em retorno ao modelo capitalista primitivo, no qual o capitalista distribuía a matéria-prima entre os camponeses e suas famílias, encomendando-lhes o tecido. E pondera que “nem sempre esses trabalhadores à distância são empregados. Em muitos casos, realmente assumem os riscos do negócio. Seja como for, porém, devem sempre se adequar às rígidas diretrizes da empresa-mãe, da qual dependem economicamente”.

Viana recorre à doutrina italiana acerca do *autônomo de segunda geração* para identificar esse “autônomo que trabalha sem autonomia – não só técnica como econômica”, mencionando o exemplo do produtor rural que trabalha com sua família na criação de aves, sujeito às rígidas determinações e padrões estabelecidos pela agroindústria, que lhe fornece os insumos, descontando-os do preço do produto, que ela própria estipula.

Sérgio Bologna (um dos autores italianos citados por Viana) entrevê igualmente, nesse *trabalho autônomo de segunda geração*, um retorno às formas de exploração pré-fordista. Contrapondo-se à teorização dos filósofos do imaterial de uma “produção por meio de linguagem e cooperação”, Bologna (*apud* LAZZARATO; NEGRI, 2001, p. 92-93) ressalta o lado obscuro do trabalho autônomo pós-industrial, que vislumbra como novo filão de produtividade e forma renovada de exploração. E acentua a degradação de suas condições de trabalho, a *jornada porosa* (torna-se difícil distinguir o tempo de trabalho do tempo livre, “os trabalhadores autônomos trabalham sempre”) o controle descontínuo das encomendas e do produto substituindo o controle contínuo e direto dos tempos e dos ritmos de trabalho.

Esse *estranhamento* do trabalho autônomo verifica-se mesmo em formas tradicionais de prestação não-empregatícia em proveito de empresa. Pode-se exemplificar com os arts. 27 a 29 da Lei 4.886/65 (que regulam o contrato de representação comercial), onde transparece a interferência do representado nas atividades do representante.

Frise-se que o operador do direito deverá estar sempre atento à possibilidade de que a contratação de trabalho autônomo na realidade esteja mascarando relação empregatícia existente entre as partes. Reiteramos que, em se tratando de trabalho de pessoa física em proveito de empresa ou outro ente produtivo, a subordinação será presumida.

Viana (2005, p. 269) pondera que, se antes o trabalho por conta própria era uma escolha dos trabalhadores com melhor condição financeira ou aptidão muito especial, hoje ele resta como única opção para um número crescente de trabalhadores.

Pode-se entrever, portanto, no processo de pós-modernização econômica, certa tendência migratória para o trabalho autônomo (já desconsiderados dessa perspectiva os

falsos autônomos). Como já salientamos, no Brasil a pós-grande indústria ainda se infiltra na produção capitalista. Mesmo assim, o trabalho autônomo já representa 23,3% de nossa população economicamente ativa (v. item 6). Por isso vislumbramos nos genuínos trabalhadores autônomos (em especial os autônomos-dependentes) os grandes legatários da ampliação da competência trabalhista, e de uma potencial expansão da tutela material trabalhista.

5.7.1.3.2 Empregado e autônomo: tutelas distintas

Por deter uma estrutura produtiva própria, o trabalhador autônomo não aliena sua força/capacidade de trabalho ao tomador do resultado do trabalho. Por conseguinte, e por desenvolver sua atividade com iniciativa e maior liberdade na negociação do produto de seu trabalho, a hipossuficiência desse trabalhador (mesmo o autônomo-dependente) não tem, na relação de trabalho, o mesmo grau e intensidade inerentes ao trabalho subordinado. Por isso se trata de duas categorias jurídicas distintas: autônomo-dependente e empregado. Pelo mesmo motivo, o tratamento jurídico destinado a ambos deve ser distinto. Não seria razoável estender ao trabalhador autônomo a generalidade dos direitos trabalhistas assegurados ao típico empregado. Nesse mesmo sentido, Lorena Vasconcelos Porto (2009, p. 245), referindo-se a autônomos “fortes” e autônomos “fracos”, pondera que “estes necessitam da tutela da ordem jurídica, mas esta deve ser propiciada de uma forma diferente do que no caso dos empregados[...]”.

O que se deve enfatizar é que esse tipo peculiar de trabalho autônomo, prestado a empresa ou outro tipo de organização, não merece ser excluído do Direito do Trabalho, pois de alguma forma esse trabalhador se coloca em posição vulnerável na relação jurídica, sofrendo, ainda que em menor grau e intensidade, constrição em sua vontade, desde a negociação das condições do contrato até seu cumprimento, isso sem cogitar a possibilidade de dependência econômica. Frise-se ainda que, mesmo dispondo de seus próprios meios de produção, o trabalhador autônomo subjugava-os à organização mais poderosa do tomador dos serviços.

Registre-se por fim certa resistência na doutrina a uma extensão parcial de direitos trabalhistas ao trabalhador autônomo, muito em razão do exemplo mal-sucedido na Europa, envolvendo a figura da *parassubordinação*. O tema será tratado no capítulo 6, mas desde já é fundamental ressaltar que a tutela trabalhista ao genuíno autônomo, que aliena o resultado de

seu trabalho a um autêntico tomador, de forma alguma implicaria a redução ou precarização de direitos inerentes à relação de emprego.

5.7.1.4 Trabalho autônomo e jurisprudência

Como já assinalamos, se parte da doutrina avança firmemente no sentido de um conceito expansionista de subordinação, nossa jurisprudência foca elementos subjetivos ao aferir a natureza da prestação pessoal de serviços, mesmo quando situada em zona gris entre a autonomia e a subordinação.

Para ilustrar essa tendência, claramente restritiva na definição da relação empregatícia, transcrevemos a seguir algumas ementas, extraídas das bases jurídicas do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região⁸¹, um dos mais respeitados do país na concretização dos direitos fundamentais trabalhistas. Trata-se de mera amostragem da vertente predominante na jurisprudência de nossos tribunais. Como não tivemos acesso mais detalhado aos elementos dos autos, a análise que faremos ao final deve ser lida como mero exercício, ou experimentação, da construção doutrinária que apresentamos nos tópicos anteriores.

Trabalho em domicílio

RELAÇÃO DE EMPREGO. TRABALHO EM DOMICÍLIO – TRABALHO AUTÔNOMO. A simples marcação de prazo para entrega de mercadoria é ato perfeitamente compatível com a prestação de serviços autônomos, bem como certo grau de cobrança em seu cumprimento, fatos que não se confundem com ingerência ou condução dos trabalhos. Assim, e considerando não terem sido caracterizados os requisitos previstos no art. 3º da CLT, especialmente a pessoalidade, não há como reconhecer a existência de relação de emprego (TRT 3ª R. – Proc. 00307-2004-008-03-00-7 RO – 6ª T. – DJMG 22/07/2004).

TRABALHO A DOMICÍLIO E TRABALHO AUTÔNOMO. No campo da ciência jurídica existem figuras situadas nas chamadas "zonas grises", cujo enquadramento apresenta-se complexo, ensejando certa dificuldade. É o que freqüentemente se dá quando se discute o enquadramento de trabalhador a domicílio como autônomo ou subordinado. Comprovado, porém, que a reclamante assumia os serviços de "descascadeira de alho" quando quisesse, podendo repassar os trabalhos a terceiro, sem se sujeitar a qualquer sanção disciplinar, não estando sujeita a comparecimento à empresa ou a qualquer outra fiscalização do empregador, a relação jurídica não se enquadra nos moldes do art. 3 da CLT (TRT 3ª R. – Proc. 00523/2001 RO – 2ª T. – DJMG 28/03/2001).

RELAÇÃO DE EMPREGO. AUTÔNOMO – O trabalho no próprio domicílio, prestado sem exclusividade e não sujeito a cumprimento de horário, tampouco a

⁸¹ Optamos pelo critério de utilização de uma única fonte jurisprudencial com o intuito de conferir maior cientificidade à pesquisa, considerando que cada região do país tem suas peculiaridades econômicas e culturais.

fiscalização, além de realizado com organização e discricionariedade próprias, não está amparado pelo art. 3º/CLT, já que ausentes os elementos básicos da relação de emprego (TRT 3ª R. – Proc. 00872-2003-006-03-00-0 RO – 5ª T. –DJMG 13/12/2003).

Trabalho rural

VÍNCULO DE EMPREGO – TRABALHADOR RURAL AUTÔNOMO – Demonstrado que o autor trabalhou no corte de madeira do reclamado, mas se utilizando de equipamento próprio e custeando as despesas de sua manutenção, com plena liberdade de comparecimento ao serviço e sem qualquer fiscalização ou ingerência do contratante que extrapolasse os limites da subordinação compatível com qualquer contrato de prestação de serviços, a hipótese dos autos é de nítido contrato de empreitada por obra, regido pelo Direito Civil, ou seja, de trabalho autônomo, prestado, para alguém, mas por conta e risco do prestador (TRT 3ª R. – Proc. 00100-2008-071-03-00-2 RO – Turma Descentralizada – DJMG 18/12/2008).

TRANSPORTADOR DE LEITE. TRABALHADOR AUTÔNOMO. CONFIGURAÇÃO DE NEGÓCIO PRÓPRIO. O transportador de leite que possui linha de coleta exclusiva, comerciável, arca com despesas do negócio e pode contratar ajudantes é trabalhador autônomo, que assume os riscos do seu empreendimentos, conforme o art. 2 da CLT (TRT 3ª R. – Proc. 019991-2000 RO – 3ª T. – DJMG 06/03/2001).

Catadora de materiais recicláveis

TRABALHO AUTÔNOMO. CATADORA DE MATERIAIS RECICLÁVEIS. RELAÇÃO DE EMPREGO NÃO CONFIGURADA. Embora ainda não exista regulamentação a respeito dos trabalhadores que coletam e separam materiais recicláveis, não pode ser reconhecido vínculo empregatício com a empresa que deles adquire tal material, por ausentes os pressupostos do art. 3º da CLT (TRT 3ª R. – Proc. 00956-2005-086-03-00-4 RO – 1ª T. – DJMG 24/02/2006).

Cabeleireira em salão de beleza

VÍNCULO DE EMPREGO. SALÃO DE BELEZA. CABELEIREIRA. INEXISTÊNCIA. O traço distintivo da relação que se desenvolve entre o autônomo e o tomador de serviços, e aquela inerente à relação de emprego, é a intensidade de subordinação jurídica ou, por outro ângulo, a autonomia na execução dos serviços. Provada pelo reclamado a ausência de cumprimento de horário de trabalho e o desempenho autônomo dos serviços, não se reconhece o pretendido vínculo de emprego (TRT 3ª R. – Proc. 01423-2004-029-03-00-4 RO – 6ª T. – Rel. João Bosco Pinto Lara – DJMG 11/02/2005).

Médico e dentista

AÇÃO CIVIL PÚBLICA. PROFISSIONAIS AUTÔNOMOS. O trabalho executado pelo médico tanto pode se desenvolver de forma autônoma, como em caráter subordinado. É de se notar, porém, que o simples fato de o médico desenvolver serviços diretamente relacionados à atividade fim do hospital é insuficiente para autorizar o reconhecimento da relação de emprego. A integração do trabalhador na organização empresarial, conhecida como subordinação objetiva, não constitui critério autônomo capaz de determinar a existência do contrato de emprego, pois trata-se de um fundamento teórico utilizado para conceituação do trabalhador subordinado. É indispensável, portanto, que o trabalhador esteja obrigado a observar as diretivas do empregador sobre a prestação de serviços, submetendo-se ao seu

poder disciplinar. Evidenciado pelo conjunto da prova produzida nos autos que os médicos integrantes do corpo clínico detinham pleno controle sobre sua atividade, definiam sua própria agenda e não seguiam qualquer diretriz do hospital no tocante à horários e pacientes atendidos, conclui-se pela regularidade de sua contratação como profissionais autônomos. Logo, não se vislumbra ofensa à ordem jurídica apta a determinar a procedência dos pedidos deduzidos por intermédio de ação civil pública (TRT 3ª R. – Proc. 00363-2008-085-03-00-4 RO – 7ª T – DEJT 09/07/2009).

RECURSO ORDINÁRIO - MÉDICO PLANTONISTA - AUSÊNCIA DE SUBORDINAÇÃO E PESSOALIDADE - VÍNCULO DE EMPREGO INEXISTENTE. Classicamente, cinco elementos são necessários para a caracterização da relação empregatícia (pessoalidade, onerosidade, não eventualidade, alteridade e subordinação jurídica), sendo certo que a ausência de qualquer um deles desvirtua o instituto, apontando outro tipo de relação, que não a empregatícia. Despontando do conjunto probatório que o médico cumpria plantões, recebendo, como contribuinte individual autônomo, por cada um deles, podendo se fazer substituir por outros profissionais, sem qualquer interferência da unidade hospitalar, é de se concluir que em tal relação falta o elemento da pessoalidade. Além disso, se não tem superiores hierárquicos nem recebe ordens de quem quer que seja, atuando em coordenação com os demais profissionais do corpo clínico, sujeitando-se a decisões colegiadas, falta a subordinação. Nesse contexto, não há espaço para o reconhecimento do almejado liame empregatício. Relações jurídicas dessa natureza se apresentam marcadas pela autonomia do médico (profissional liberal por excelência). Não altera a configuração autônoma o fato haver sujeição a normas de organização interna do estabelecimento, de modo que os direitos e obrigações delas decorrentes se situam na órbita civil (TRT 3ª R. – Proc. 0000124-14-2010-5-03-0037 RO – Turma Recursal de Juiz de Fora – DEJT 25/08/2010).

RELAÇÃO DE EMPREGO. DENTISTA. Os trabalhadores intelectuais, cuja atividade pressupõe uma cultura científica ou artística, como é o caso do dentista, podem exercer seu labor reunindo os pressupostos do art. 3º da CLT, ou seja, na condição de empregados, como também executar suas funções de forma independente, como autônomos. A natureza intelectual da atividade não descaracteriza o liame empregatício. Ocorre que, se o próprio prestador de serviços admite o caráter autônomo do trabalho realizado em prol da reclamada, podendo atender clientes particulares recebendo 50% da totalidade auferida e, sendo o agendamento de clientes feito conforme a disponibilidade desse profissional, a circunstância de o dentista prestar serviços relacionados à atividade-fim da clínica odontológica é insuficiente para autorizar o reconhecimento da relação de emprego. Isto porque a integração do trabalhador na organização empresarial, também conhecida como subordinação objetiva, não é um critério autônomo para determinar a existência de um contrato de emprego, mas um fundamento teórico para a conceituação do trabalhador subordinado (cf., entre outros, Luisa Galantino, *Diritto del Lavoro*. Torino: Giappichelli Editore, 2000, p. 05). Demonstrado nos autos que o reclamante não estava sujeito ao poder disciplinar da reclamada, possuindo autonomia no exercício de suas atividades, a relação jurídica estabelecida está fora da égide da CLT (TRT 3ª R. – Proc. 0069800-04-2008-5-03-0010 RO – 7ª T. – Rel. Alice Monteiro do Barros – DEJT 23/06/2009).

Advogado

ADVOGADO. RELAÇÃO DE EMPREGO. NÃO CONFIGURAÇÃO. O advogado empregado não se acha submetido às ordens e à subordinação ao empregador nos moldes admitidos para os empregados comuns, pois se trata de um profissional que, por sua qualificação, exige para o exercício do seu mister independência quanto ao “*modus faciendi*”, pressuposto que se encontra ínsito à natureza da atividade, o que, aliás, se extrai do art. 18 da Lei 8.906/94. Porém, tal delineamento não afasta, para o reconhecimento do vínculo empregatício, a necessidade de se extrair dos elementos

fáticos em que desenvolvida a prestação de serviços a presença dos requisitos previstos no art. 3º. da CLT, especialmente a subordinação jurídica, ainda que de forma mais diluída. E tal não acontece, quando se constata, da prova coligida, que a autonomia do autor residia na prestação de serviços no seu próprio escritório, sem subordinação a horário, sem obrigatoriedade de comparecimento ao estabelecimento da ré, sendo a reclamada mais um cliente no seu escritório de advocacia em que o laborista atuava em sociedade. Assim, a sua subordinação à reclamada não extrapolava o limite necessário ao desenvolvimento regular da atividade entre prestador e tomador de serviços autônomos. E ainda que presente o requisito da pessoalidade, não se afasta a possibilidade de a contratação do autônomo conter esse requisito como condição, sem que se descaracterize o instituto. É o que se dá com profissionais de determinadas áreas, a exemplo, dentre outros, dos médicos, advogados e artistas, cujo alcance do objetivo final contratado está insitamente ligado ao caráter *intuitu personae* da prestação dos serviços. Vínculo de emprego não reconhecido (TRT 3ª R. – Proc. 00288-2007-024-03-00-0 RO – 8ª T. –DJMG 05/04/2008).

Freelancer

RELAÇÃO DE EMPREGO. EMPRESA JORNALÍSTICA. ILUSTRADOR *FREE LANCER*. Impossível o reconhecimento do vínculo empregatício quando fica caracterizado o trabalho autônomo de chargista, conforme se depreende dos jornais juntados aos autos pelo reclamante. Este profissional, comumente denominado no meio jornalístico de *free lancer*, via de regra não mantém vínculo empregatício com a empresa para a qual faz suas ilustrações, oferecendo o seu trabalho também a outros jornais e meios de comunicação. Equipara-se a sua situação ao colaborador de que trata o artigo 5 do Decreto n. 83.284/79, que modificou o Decreto n. 972/69, sendo certo que não há nos autos prova de subordinação a quem quer que seja, comprometendo-se o autor apenas em entregar uma ilustração diária (TRT 3ª R. – Proc. 01455-2002-042-03-00-8 RO – 7ª T. – DJMG 20/05/2003).

Técnico em manutenção de equipamentos

TÉCNICO EM MANUTENÇÃO DE EQUIPAMENTOS – CONTRATAÇÃO PARA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS AUTÔNOMOS – DIRETRIZES E PADRÕES EXIGIDOS PELA CONTRATANTE – SUBORDINAÇÃO JURÍDICA NÃO CONFIGURADA. Em regime de contratação civil celebrada para prestação de serviços autônomos de manutenção em equipamentos, as diretrizes previamente traçadas pelo pólo empresário e a exigência de padrões de qualidade não implicam, *per se*, em existência de subordinação jurídica. São procedimentos próprios desses tipos de contratos e à bilateralidade que lhes é ínsita. Havendo fortes indícios de autonomia na relação jurídica estabelecida entre as partes, nos termos originalmente acertados, resta descartada a possibilidade de configuração de vínculo empregatício (TRT 3ª R. – Proc. 01111-2005-012-03-00-0 RO – 6ª T. – DJMG 29/03/2007).

Transportador rodoviário

RELAÇÃO DE EMPREGO. NÃO CARACTERIZAÇÃO. TRANSPORTADOR RODOVIÁRIO AUTÔNOMO. LEI 7.290/84. “Não se caracteriza relação de emprego, quando o reclamante, motorista proprietário do veículo e arcando com as despesas de sua manutenção, recebia apenas comissões pelas entregas de mercadorias e não pela simples colocação da sua força de trabalho à disposição da reclamada e também por se fazer substituir por pessoa por ele indicada, sem interferência da reclamada. A atividade do reclamante insere-se, portanto, como transportador rodoviário autônomo, ainda que formalmente não provado nos autos o cadastro no registro competente, bem como a existência de contrato escrito de prestação de serviços autônomos ou inscrição junto ao INSS. É a pura aplicação do

princípio da primazia da realidade” (TRT 3ª R. – Proc. 16199-2001 RO – 5ª T. — DJMG 23/02/2002).

INEXISTÊNCIA DA RELAÇÃO DE EMPREGO – TRANSPORTADOR AUTÔNOMO DE CARGAS - LEGISLAÇÃO ESPECIAL SOBRE A MATÉRIA. A situação do prestador autônomo de serviços difere do empregado pela ausência de subordinação ao tomador, ainda que eventualmente possam estar presentes os demais requisitos do artigo 3º CLT. O contrato de prestação de serviços também obriga, mas não pode ser confundido com a relação de emprego. Existe autonomia quando o prestador de serviços tem seu próprio veículo de transporte de cargas, suporta as despesas de manutenção e recebe os fretes das mercadorias transportadas. Aplicação das disposições das Leis nº 7.290/84 e 11.442/2007, normas especiais que regulamentam a prestação autônoma de serviços de fretes e carretos (TRT 3ª R. – Proc. 0099100-59-2009-5-03-0015 RO – 2ª T. – DJMG 23/04/2010).

Taxista

RELAÇÃO DE EMPREGO. TAXISTA. CONFIGURAÇÃO. De acordo com a Lei n. 6.094/74, embora as partes previamente acordem remuneração para o trabalho que explora atividade de taxistas, não há vínculo empregatício entre o motorista-proprietário (condutor autônomo de veículo rodoviário) e o motorista-auxiliar que utiliza o veículo por ele cedido. Em regra, trata-se de trabalho autônomo, sem subordinação capaz de gerar a configuração da relação de emprego, a não ser que elementos peculiares do caso demonstrem o contrário (TRT 3ª R. – Proc. 00738-2003-042-03-00-3 RO – 6ª T. – DJMG 28/08/2003).

EMENTA: RELAÇÃO DE EMPREGO. MOTORISTA DE TÁXI. NÃO CONFIGURAÇÃO. Se a Lei n. 6.094, de 30 de agosto de 1974, faculta ao condutor autônomo de veículo rodoviário a cessão do seu automóvel, em regime de colaboração, no máximo a dois outros profissionais; se os auxiliares de condutores autônomos de veículos rodoviários contribuirão para o INPS, atual INSS, de forma idêntica às dos condutores autônomos, ou seja, como autônomos, emergindo, em consequência, a inexistência de vínculo empregatício nesse regime de trabalho, ficando ao alvedrio das partes o acerto da forma da recompensa por essa forma de colaboração; se a Lei n. 7.046, de 11.06.99, do Município de Uberaba-MG, também prevê a possibilidade de condução de veículo pelo motorista auxiliar; se o reclamado é não só motorista de táxi como também permissionário devidamente autorizado pelo Município de Uberaba-MG; se o reclamante é cadastrado perante a referida municipalidade como motorista auxiliar de táxi autônomo, recolhendo, nessa condição, o tributo ISSQN, e é segurado da Previdência Social na categoria de autônomo; se a prova oral deixou claro que o labor se dava na forma de colaboração, sem subordinação e que as despesas com combustível e manutenção do veículo eram suportadas pelo reclamado, proprietário do veículo, não se encontram presentes os requisitos elencados nos artigos 2º e 3º da CLT, estando correta a decisão primeva quando não reconheceu o contrato de trabalho declinado na inicial. Recurso ordinário conhecido e desprovido (TRT 3ª R. – Proc. 02191-2002-042-03-00-0 RO – 4ª T. – Rel. Júlio Bernardo do Carmo – DJMG 07/06/2003)

RELAÇÃO DE EMPREGO. TAXISTA. CONFIGURAÇÃO. De acordo com a Lei n. 6.094/74, embora as partes previamente acordem remuneração para o trabalho que explora atividade de taxistas, não há vínculo empregatício entre o motorista-proprietário (condutor autônomo de veículo rodoviário) e o motorista-auxiliar que utiliza o veículo por ele cedido. Em regra, trata-se de trabalho autônomo, sem subordinação capaz de gerar a configuração da relação de emprego, a não ser que elementos peculiares do caso demonstrem o contrário (TRT 3ª R. – Proc. 00738-2003-042-03-00-3 RO – 6ª T. – Rel. Ricardo Antônio Mohallem – DJMG 28/08/2003).

Como se percebe, a maioria dos julgados que deixam de reconhecer o vínculo empregatício, no caso concreto, invocam a ausência de traços de subordinação jurídica em sua aceção clássica (cumprimento de horário, obrigação de comparecimento à empresa, sujeição a ordens, fiscalização, ingerência ou sanção disciplinar do empregador, etc.).

Ou seja, a causa é avaliada por seus efeitos, ou pela ausência de efeitos.

Na maioria dos casos retratados, o trabalho foi prestado por pessoa física a empresa ou organização. Pela concepção que perfilhamos, em tais hipóteses a subordinação é presumida, exceto se comprovado que o trabalhador detinha uma organização autônoma em relação ao tomador dos serviços, com iniciativa e liberdade para negociar com sua própria clientela, e que o objeto do contrato foi o *resultado* do trabalho (uma obra ou serviço determinado), e não a atividade do trabalhador, em si considerada.

Sublinhe-se que os conceitos de subordinação objetiva e estrutural, por si só, não bastam para uma caracterização segura da relação empregatícia, em zonas de fronteira mais crítica. Nos casos do trabalho em domicílio, trabalho rural e da catadora de materiais recicláveis, por exemplo, pode-se entender *tanto que havia como que não havia* a inserção estrutural do trabalho na dinâmica de organização e funcionamento do tomador de serviços, ou o acoplamento entre as atividades do trabalhador e da empresa.

O conceito de subordinação integrativa parece mais eficaz nessas situações de maior complexidade, desde que o operador do direito do trabalho não mire em primeiro plano a idéia de integração do trabalho às atividades do empregador, dando prevalência ao fato de o trabalhador não possuir uma organização empresarial própria.

No que se refere aos médicos e dentistas, é muito comum celebrarem contrato pelo qual utilizam as dependências do hospital ou clínica no atendimento de seus próprios clientes, conforme sua própria disponibilidade e iniciativa, repassando ao estabelecimento um percentual sobre os honorários recebidos. Entendemos que, nessas hipóteses, configura-se a relação de trabalho, mas não o vínculo empregatício, tratando-se de caso peculiar de trabalho autônomo. Parece ser o caso das ementas transcritas.

Também o trabalho do taxista-auxiliar normalmente irá configurar relação de trabalho autônomo, na medida em que esse trabalhador terá em regra liberdade e discricionariedade para angariar seus próprios clientes, com iniciativa para escolher suas próprias áreas de atuação, ainda que repassando parte dos rendimentos ao proprietário do automóvel e da licença. A relação de emprego restará caracterizada se o parceiro-proprietário interferir na prestação de serviços do auxiliar, por exemplo estabelecendo quilometragem mínima.

Por fim, no que se refere ao transporte rodoviário de cargas, a Lei n. 11.442/2007 peca, ao nosso ver, ao preceituar *in abstracto* a natureza comercial da atividade, atendidos os requisitos estabelecidos em seu art. 2º (atividade exercida por pessoa física ou jurídica, inscrita no Registro Nacional de Transportadores Rodoviários de Cargas – RNTR-C, da Agência Nacional de Transportes Terrestres – ANTT; comprovação de que o transportador é proprietário, co-proprietário ou arrendatário de, pelo menos, um veículo automotor de carga, registrado em seu nome no órgão de trânsito, como veículo de aluguel; comprovação de experiência do transportador, de no mínimo três anos na atividade, ou aprovação em curso específico).

Entendemos que, se o transportador for pessoa física, caberá ao juiz do trabalho analisar as peculiaridades da prestação, para então declarar se a hipótese era de relação empregatícia ou de genuíno trabalho autônomo, com enquadramento do trabalhador no art. 2º, I da Lei n. 11.442/2007 (transportador autônomo de cargas – TAC). Para tanto, deverá o juiz investigar, além dos requisitos formais estabelecidos em lei, se aquele transportador detém realmente uma organização autônoma, com clientela própria e auxiliares, e se o objeto do contrato foi efetivamente um *resultado*, com ajuste do frete a cada viagem.

De todo modo, em se tratando de transporte contratado por empresa a pessoa física, ainda que enquadrada como “transportador autônomo de cargas”, sustentamos que se trata de trabalho a ser tutelado pelo direito do trabalho.

5.7.2 Trabalho em pequena empreitada

Cuida-se aqui de um tipo especial de trabalhador autônomo, de condição mais humilde, que apenas não se enquadra na condição de empregado porque contrata com o tomador não uma atividade, mas um *resultado*: a obra.

Muito antes de a EC 45/04 vir ao mundo jurídico ampliando a competência material trabalhista, a CLT já determinava, em seu art. 652, *a*, III, a competência da Justiça do Trabalho para os “dissídios resultantes de contratos de empreitadas em que o empreiteiro seja operário ou artífice”⁸².

Para Maurício Godinho Delgado (2004, p. 338), a norma em questão tem em mira o empreiteiro pessoa física que executa obra de valor econômico não elevado, trabalhando só e

⁸² À época, parte da doutrina pregava a extensão de direitos materiais trabalhistas em benefício desse tipo de trabalho.

pessoalmente “ou, no máximo, com algum auxiliar”. O i. jurista pondera que a intenção legal é “manifestamente protetiva, à luz de uma peculiar (embora recorrente) situação verificada com o trabalhador autônomo mais humilde”.

Parte da doutrina e da jurisprudência entende que o fato de o empreiteiro contar com mais de um auxiliar não deturpa a *mens legis* do art. 652, a, III da CLT, desde que também ele labore pessoalmente em obra de pequeno porte, e não apenas dirija o trabalho de seus empregados.

Frise-se que o dono da obra, ainda que não exerça atividade econômica no mercado, auferirá potencialmente ganho patrimonial com a consecução da empreitada. Ou seja, ainda que o objeto da construção ou reforma seja destinado a uso pessoal, acaba guardando valor de mercado, em decorrência da potencial valorização do imóvel. Em última análise, existe objetivo econômico e destinação produtiva em uma empreitada, não se tratando, portanto, de atividade de mero consumo.

No que se refere especificamente à obra de construção ou reforma em residência, é interessante salientar que se trata de situação excepcional na qual o trabalho no âmbito doméstico tem caráter genuinamente produtivo, gerando excedente econômico em proveito do tomador. Se o empreiteiro contratado para executar a obra for pessoa física, naturalmente a relação será trabalhista.

Ressalte-se, por fim, que um segmento minoritário da jurisprudência equipara a situação do empreiteiro operário ou artífice à do empregado, no tocante aos direitos trabalhistas.

Como argumentamos acima, o objeto do contrato de empreitada não é o trabalho em si, apenas seu resultado. O pequeno empreiteiro não aliena ao dono da obra o valor de uso de sua força de trabalho, apenas o *produto de seu trabalho*. Por se tratar de trabalho autônomo típico, não vemos como lhe estender a mesma proteção assegurada aos empregados. De qualquer forma, o pequeno empreiteiro é sem dúvida um dos trabalhadores não-empregados que mais estão a carecer de uma tutela trabalhista específica, que considere sua condição de hipossuficiência na relação de trabalho com o dono da obra.

5.7.3 Trabalho eventual

O art. 3º da CLT estabelece, como um dos pressupostos da relação de emprego, a *não-eventualidade* dos serviços prestados pela pessoa física.

No ordenamento jurídico em vigor, o trabalho eventual está excluído de qualquer proteção trabalhista⁸³.

Maurício Godinho Delgado (2004, p. 339-340) destaca quatro correntes doutrinárias acerca da caracterização da eventualidade do trabalho:

- a) pela primeira concepção, eventual seria o trabalho contratado para atender a um serviço esporádico, decorrente de um evento episódico verificado na empresa;
- b) a teoria da descontinuidade, por sua vez, adota o critério temporal, considerando eventual o trabalhador que se vincula ao tomador em períodos entrecortados, de curta duração;
- c) os adeptos da terceira corrente qualificam como eventual o trabalhador contratado para tarefas estranhas aos fins do empreendimento;
- d) segundo a teoria da fixação jurídica, trabalhador eventual é aquele cuja própria dinâmica de relacionamento com o mercado de trabalho abrange, de forma simultânea e indistinta, diversos tomadores, sem fixação específica a um deles.

Para Délio Maranhão (1993, p. 63), a aferição da natureza eventual dos serviços há de ser feita em contraposição aos *fins normais* da empresa. O autor sustenta que “a descontinuidade da prestação nem sempre afastará a existência de autêntico contrato de trabalho, desde que corresponda a uma normal descontinuidade da atividade do empregador: prestação descontínua, mas *necessidade permanente*.” É o caso do trabalho prestado de forma intermitente em alguns dias da semana, ou mesmo do mês, mas atendendo necessidade normal do empregador.

Mais adiante, Maranhão salienta que, não se tratando de trabalho acidental, fortuito, a título excepcional ou de emergência, a simples *transitoriedade* da prestação não descaracteriza a condição de empregado, sendo antes condição de validade do contrato de trabalho a termo.

Tal percepção, que consideramos a mais adequada aos fins do Direito do Trabalho, contrapõe à noção de necessidade normal da empresa o caráter fortuito ou acidental da prestação, em relação à qual não haja previsão ou expectativa de repetição, sempre tendo em vista os fins do empreendimento.

⁸³ Mais adiante, trataremos do trabalho avulso regulado pela Lei n. 12.023/2009, que alguns doutrinadores qualificam de trabalho eventual.

De todo modo, se o trabalho genuinamente eventual prestado por pessoa física a empresa não configura relação de emprego, é certo que se trata de típica relação de trabalho.

Nesse ponto, é interessante observar que é intrínseca à idéia de relação sua duração ou continuidade no tempo. Soa no mínimo estranho cogitar a existência de uma relação de trabalho quando a execução do serviço contratado é instantânea, e atende necessidade accidental do tomador. Talvez por isso a tendência inicial do intérprete seja excluir do conceito de relação trabalhista a prestação eventual de serviços⁸⁴.

Uma reflexão mais acurada, no entanto, faz concluir que a ilação do parágrafo anterior é que desafina do direito, e uma nota singular acentua tal dissonância: a frequente subordinação do trabalhador eventual ao tomador dos serviços⁸⁵, o que faz do eventual um dos trabalhadores sem vínculo empregatício que mais se aproximam da figura do empregado.

Eis a nossa leitura: diversamente do que ocorre na relação de emprego, não importa, para a caracterização da relação de trabalho com empresa ou organização, que os serviços prestados atendam a uma necessidade normal do tomador. O que define a relação de trabalho, em se tratando de tomador que desenvolva atividade produtiva, é a inserção dos serviços da pessoa física no ciclo produtivo da empresa – e essa contribuição pode ser mediata. O fundamental é que o proveito econômico mais relevante siga na mesma direção do serviço prestado, beneficiando o seu tomador, e que o desequilíbrio econômico na relação jurídica o favoreça – o contrário do que ocorre na relação de consumo.

Por conseguinte, ainda que os serviços prestados socorram necessidade excepcional ou fortuita da empresa, sua finalidade será sempre produtiva, ainda que indireta ou mediata; com a consecução daqueles serviços, a empresa produzirá mais, ou deixará de produzir menos.

Imaginemos um bombeiro, eletricista, ou técnico de ar-condicionado que prestem serviços ocasionais a uma empresa (por exemplo, um supermercado ou firma de consultoria). O conserto do encanamento, da fiação elétrica ou do sistema de ar-condicionado atende a uma necessidade fortuita da empresa. O trabalho é eventual, e por isso a relação de emprego não se perfaz (v. art. 3º da CLT). Ocorre que, mesmo não se incorporando diretamente ao ciclo produtivo normal do tomador, aqueles serviços têm inegável destinação produtiva,

⁸⁴ Essa tendência, que sempre acompanhou o legislador trabalhista, reflete a estrutura da fábrica fordista, e o contexto socioeconômico que privilegiava a permanência no trabalho. É por isso que a eventualidade, no âmbito do Direito do Trabalho, em geral exclui direitos.

⁸⁵ Amauri Mascaro Nascimento define o eventual como “subordinado de curta duração” (*apud* DELGADO, 2004, p. 339). Vilhena (1999, p. 359) observa que o trabalho eventual é, via de regra, subordinado, uma vez que, ainda que a prestação de serviços seja ocasional e atenda uma necessidade desligada do funcionamento normal do empreendimento, a atividade do trabalhador passa a compor, ainda que momentaneamente, o giro de atividades da empresa.

beneficiando a dinâmica do empreendimento econômico. Com o encanamento dos banheiros, a rede elétrica e o sistema de ar-condicionado funcionando, a empresa produz mais. De outro lado, com aqueles equipamentos danificados ou fora de uso a produtividade da empresa inevitavelmente iria decair, talvez fosse mesmo interrompida.

Cumpramos ressaltar, ainda, que o trabalho eventual de pessoa física em proveito de organização, ente produtivo informal ou profissional liberal é prestado de forma hipossuficiente, no âmago da relação jurídica, na medida em que o trabalhador aliena ao tomador o uso de sua capacidade de trabalho – ou no mínimo os frutos de seu trabalho, em se tratando de trabalho autônomo.

Nesse ponto, remetemos o Leitor ao item 3.8.1 do capítulo 5, onde concluimos, em consonância com a teoria finalista do conceito de consumidor, que o trabalho prestado por pessoa física a pessoa jurídica jamais irá configurar relação de consumo. Ainda que a prestação atenda necessidade acidental do tomador, configurando trabalho eventual, estará caracterizada a relação de trabalho. Nessa hipótese, a alienação do trabalho ao tomador se perfaz de forma instantânea.

É certo que haverá hipóteses em que a apropriação do trabalho eventual pelo tomador será quase imperceptível, e a destinação produtiva da prestação será ainda mais difusa. Pode-se exemplificar com os serviços de jardinagem prestados por pessoa física a empresa que não explore atividade econômica correlata, como é o caso de um prédio comercial em cuja área externa sejam plantados jardins. Um exame superficial poderá sugerir que a hipótese é de mero consumo dos serviços, inexistindo escopo produtivo naquela prestação. A análise, contudo, deve ser menos simplista, para figurar a complexidade da dinâmica do empreendimento econômico. Se a empresa houve por bem plantar ou reformar seus jardins, ou mesmo embelezá-los com flores exóticas, algum intento produtivo existiu naquela ação, ainda que o mais oculto e sutil: por exemplo, aumentar o bem-estar e em consequência a produtividade de seus empregados; ou mesmo conquistar mais clientes⁸⁶. O mesmo raciocínio pode ser aplicado aos serviços de decoração de interior, nas dependências da empresa.

É interessante constatar que nossa perspectiva converge com a de Paulo Emílio Ribeiro de Vilhena, ainda que sua doutrina, publicada originalmente em 1975, não tenha mirado o dualismo entre as relações de trabalho e consumo. Depois de enfatizar que o trabalho eventual é, em regra, subordinado, o i. jurista mineiro assim discorre:

⁸⁶ Como enfatizam os consultores de empresas, a aparência é fundamental numa estratégia eficaz para conquistar e manter clientes.

Observa-se que a eventualidade é um pressuposto que deve ser revisto, não só pela precariedade de contornos e pela mobilidade ou fluidez com que transita de caso para caso, como por não guardar qualquer relação com o objeto básico da tutela jurídica na prestação de serviços: o trabalho por conta alheia. Eventual ou não, o trabalho foi prestado, integrou o patrimônio do credor e correspondeu a um desgaste psicofísico de seu prestador. Esses são os supostos fundamentais que dão nascimento à tutela jurídica no Direito do Trabalho. (VILHENA, 1999, p. 359).

Vilhena (1999, p. 358) ressalta que “o equívoco, que importa em grande desvio no tratamento desse problema, reside na dificuldade encontrada pelo legislador de aplicar institutos trabalhistas a situações esporádicas de trabalho”.

Esse tema, envolvendo a tutela trabalhista do trabalho eventual hipossuficiente, será novamente abordado no capítulo 6.

5.7.4 Trabalhador avulso

Segundo o *Dicionário Houaiss da língua portuguesa*, avulso é o “que não faz parte de um todo; separado do corpo de que faz parte”.

Assim é o trabalhador avulso. Em que pese sua prestação atenda necessidade normal do tomador, ainda que necessidade extraordinária⁸⁷ (e nisso o trabalho avulso se distingue do eventual), ao alienar sua força de trabalho por períodos de curta duração a diversos tomadores, sem se fixar a nenhum deles, esse trabalhador acaba não se integrando a organização produtiva alguma.

Alice Monteiro de Barros (2006, p. 205) assinala que a primeira referência a trabalhadores avulsos consta de lei previdenciária (Decreto n. 1.577/37), regulando os serviços de natureza temporária em trapiches e armazéns. A Lei n. 3.807/60 (Lei Orgânica da Previdência Social) abrangeu no conceito os estivadores, conferentes e assemelhados que prestavam serviços a diversas empresas, agrupados ou não em sindicato. E a Lei n. 8.212/91 definiu como trabalhador avulso “quem presta, a diversas empresas, sem vínculo empregatício, serviços de natureza urbana ou rural definidos no regulamento”.

O Decreto n. 612/92, que regulamentou a Lei 8.212/91, elencou como avulsos essencialmente os trabalhadores do setor portuário.

⁸⁷ Frisando novamente que à noção de necessidade normal da empresa se contrapõe a de caráter acidental ou fortuito, sempre considerando os fins do empreendimento.

Precisamente pelo fato de o trabalho avulso preencher todos os requisitos da relação empregatícia, e ao mesmo tempo se tornar inviável a formalização do vínculo de emprego com qualquer dos tomadores, face à sua multiplicidade, a lei criou a figura da entidade intermediária, ao mesmo tempo gestora da mão-de-obra avulsa e gerenciadora dos direitos trabalhistas.

A princípio, a intermediação da força de trabalho avulsa incumbia ao sindicato profissional da categoria. A Lei n. 8.630/93 determinou que tal interposição passasse a ser feita pelo *Órgão de Gestão de Mão-de-Obra* (OGMO).

A competência da Justiça do Trabalho para dirimir as lides entre os trabalhadores avulsos e seus tomadores de serviços foi atribuída pela Lei n. 7.494/86, que deu nova redação ao *caput* do art. 643 da CLT. Em agosto de 2001, foi acrescentado o § 3º à norma em questão, determinando a competência da Justiça do Trabalho também para as ações entre trabalhadores portuários e os operadores portuários ou Órgão Gestor de Mão-de-Obra, decorrentes da relação de trabalho.

A extensão dos direitos trabalhistas aos trabalhadores avulsos foi gradual. Iniciou-se com o Decreto n. 61.851/67, que regulamentou a Lei n. 5.085/66 e reconheceu-lhes o direito às férias, pagas pelos tomadores dos serviços mediante um adicional ao salário, administrado e controlado pelo sindicato. Posteriormente, o direito ao FGTS, ao 13º salário e à jornada noturna especial foram sendo assegurados por lei aos avulsos, até que a Constituição Federal de 1988 os equiparou em direitos aos empregados (art. 7º, XXXIV).

Mais recentemente, a Lei n. 12.023/2009 veio criar nova categoria de trabalhadores avulsos. Trata-se dos trabalhadores vinculados às atividades de movimentação de mercadorias em geral, desenvolvidas em áreas urbanas ou rurais, sem vínculo empregatício, mediante intermediação obrigatória do sindicato da categoria, por meio de Acordo ou Convenção Coletiva de Trabalho para execução das atividades (art. 1º, *caput*).

A lei estende a proteção trabalhista a tais trabalhadores, incumbindo ao sindicato da categoria elaborar a escala de trabalho e as folhas de pagamento, com a indicação do tomador de serviço e dos trabalhadores que participaram da operação, devendo ainda serem informadas as remunerações pagas, devidas ou creditadas a cada um dos trabalhadores (art. 4º).

É importante anotar que, diversamente do que sustenta boa parte da doutrina, a natureza do trabalho avulso não se confunde com a do trabalho eventual. Diversamente deste, no trabalho avulso configuram-se todos os elementos da relação de emprego, mas a formalização do vínculo de emprego com qualquer dos tomadores é inviável, porque as

prestações são instantâneas e os tomadores são múltiplos. Como identificar, por exemplo, o empregador de um trabalhador do setor portuário que, ao longo da semana ou mês, laborou na estiva ou conferência de cargas de dezenas de navios, de propriedade de empresas diversas?

A natureza empregatícia da relação de trabalho avulsa, e ao mesmo tempo a inviabilidade do reconhecimento do vínculo de emprego com um tomador específico, constituem a principal razão do posicionamento mais vantajoso dos trabalhadores avulsos na ordem jurídico-trabalhista, em comparação com os trabalhadores eventuais. É evidente que as conquistas legais alcançadas pela categoria dos avulsos devem-se também à sua forte capacidade de organização e pressão (DELGADO, 2004, p. 341), mas certamente não seriam concretizadas pelo Estado, pela via legislativa, não fossem as condições singulares da prestação de trabalho avulso.

De todo modo, é importante destacar o pioneirismo dos trabalhadores avulsos como beneficiários de uma extensão da tutela trabalhista, em moldes não-empregatícios.

5.7.5 Estágio de estudante

O contrato de estágio configura modalidade peculiar de relação de trabalho não-empregatícia. Como assinala Maurício Godinho Delgado (1995, p. 283-284), não obstante o estudante estagiário possa reunir, em sua relação com o concedente do estágio, todos os elementos fático-jurídicos da relação empregatícia (trabalho por pessoa física, com pessoalidade, não-eventualidade, onerosidade e sob subordinação ao tomador dos serviços), a ordem jurídica, avaliando e sopesando a causa e objetivos pedagógicos e educacionais inerentes à relação de estágio, na perspectiva do prestador de serviços, obsta a configuração do vínculo empregatício, uma vez atendidos os requisitos legais específicos, com o propósito de fomentar a concessão de estágio no mercado de trabalho.

Amauri Mascaro Nascimento destaca a importância do estágio em uma política de inserção dos estudantes no mercado de trabalho e de qualificação da mão-de-obra:

O estágio de estudantes nas empresas valorizou-se com as transformações do processo de produção de bens e prestação de serviços na medida em que a sociedade moderna convenceu-se da importância do aperfeiçoamento da formação profissional, como meio de combate ao desemprego e de integração entre escola e a empresa [...].

É fundamental o estágio para o desenvolvimento econômico-cultural de um país, principalmente a um país emergente como o Brasil, que envida todos os esforços possíveis para dar um salto de qualidade que tem como ponto de partida a sua preocupação com a educação, voltada para a efetiva utilidade profissional, que

pressupõe não apenas o conhecimento teórico, mas o domínio das exigências que resultam da realidade do exercício das profissões.

O estágio profissional de estudantes é uma parte da política de formação profissional daqueles que querem ingressar no processo produtivo integrando-se na vida da empresa [...]. (NASCIMENTO, 2003, p. 288-389).

Mas, como bem ressalta Maurício Godinho Delgado (2004, p. 324), é importante que o contrato de estágio não seja compreendido como instrumento de arregimentação de mão-de-obra barata para entidades públicas e privadas. Para tanto, prossegue o jurista, “na composição do tipo legal do estágio é essencial que compareçam os requisitos formais e materiais específicos [...] sem os quais não se considera tipificada essa relação jurídica especial e excetiva”.

A Lei n. 11.788/2008 veio atualizar a regulamentação do estágio de estudante, que já contava trinta anos. Para inibir a fraude com mais rigor, estabeleceu requisitos formais e materiais mais minuciosos que os da antiga Lei n. 6.494/1977. O art. 1º da nova lei preceitua as condições materiais do estágio:

Art. 1º Estágio é ato educativo escolar supervisionado, desenvolvido no ambiente de trabalho, que visa à preparação para o trabalho produtivo de educandos que estejam freqüentando o ensino regular em instituições de educação superior, de educação profissional, de ensino médio, da educação especial e dos anos finais do ensino fundamental, na modalidade profissional da educação de jovens e adultos.

§ 1o O estágio faz parte do projeto pedagógico do curso, além de integrar o itinerário formativo do educando.

§ 2o O estágio visa ao aprendizado de competências próprias da atividade profissional e à contextualização curricular, objetivando o desenvolvimento do educando para a vida cidadã e para o trabalho.

O art. 3º da Lei n. 11.788/2008 estabelece, por sua vez, que o estágio não cria vínculo empregatício de qualquer natureza, desde que observados os seguintes requisitos formais:

I – matrícula e freqüência regular do educando em curso de educação superior, de educação profissional, de ensino médio, da educação especial e nos anos finais do ensino fundamental, na modalidade profissional da educação de jovens e adultos e atestados pela instituição de ensino;

II – celebração de termo de compromisso entre o educando, a parte concedente do estágio e a instituição de ensino;

III – compatibilidade entre as atividades desenvolvidas no estágio e aquelas previstas no termo de compromisso.

O § 1º da norma em questão determina o acompanhamento efetivo do estágio pelo professor orientador da instituição de ensino e por supervisor da parte concedente, e o § 2º

preceitua que o descumprimento de qualquer dos requisitos materiais ou formais caracteriza o vínculo de emprego do educando com o concedente do estágio.

Frise-se que os aspectos formais apenas chancelam a validade dos requisitos substanciais do negócio jurídico. O mais importante a se aferir no caso concreto é se as atividades desenvolvidas no estágio efetivamente preparavam o estudante para a carreira, ou seja, se proporcionavam o aprendizado de competências próprias da atividade profissional e a contextualização curricular.

Duas importantes inovações instituídas pela Lei n. 11.788/2008 estão contidas nos arts. 10 e 11.

Diversamente do art. 5º da Lei n. 6.494/77, que determinava apenas a compatibilidade com o horário escolar, o art. 10 da nova lei limita expressamente a jornada diária e semanal da atividade em estágio em 4 horas diárias e 20 horas semanais (estudantes de educação especial e anos finais do ensino fundamental); e 6 horas diárias e 30 horas semanais (estudantes do ensino superior, educação profissional de nível médio e do ensino médio regular).

O art. 11 da nova lei determina, por sua vez, a duração máxima de dois anos de estágio na mesma parte concedente, exceto quando se tratar de estagiário portador de deficiência.

Não há dúvida de que em um país emergente como o Brasil, com perspectiva de forte crescimento econômico para os próximos anos e décadas seguintes, uma política de incentivo ao estágio de estudante torna-se ainda mais relevante do ponto de vista socioeconômico, face à necessidade crescente de maior qualificação dos trabalhadores, que não se exaure no conhecimento teórico.

Esses fatores legitimam ainda mais a opção estatal de não conferir ao estagiário, em sua plenitude, a proteção trabalhista assegurada ao empregado.

É inegável, por outro lado, que essa política acaba em certa medida favorecendo a precarização do trabalho. Isso porque, mesmo no contrato de estágio que cumpre os requisitos formais e materiais estabelecidos em lei, a parte concedente tende a atribuir aos estagiários, paralelamente às atividades de formação profissional, outras que acabam por atender apenas aos interesses e necessidades da empresa, em pura alienação do trabalho.

É por isso que entendemos cabível, ou no mínimo sustentável, um projeto de extensão de certos direitos trabalhistas aos estagiários, observadas as peculiaridades desse tipo de relação e a justificação de ordem política e pragmática para não equipará-la ao vínculo de emprego.

5.7.6 Profissionais liberais

Na linha do que sustentamos no item 7.2, a prestação pessoal de serviço, ainda que eventual, de profissional liberal em proveito de pessoa jurídica, outro profissional liberal ou ente produtivo informal configura relação de trabalho. É o caso de uma empresa que contrata a prestação pessoal e ocasional de serviços médicos ou odontológicos, com o intuito de resguardar a saúde (e em consequência a produtividade) de seus empregados ou diretores.

O que suscita controvérsia na doutrina é o fato dos profissionais liberais serem, tanto no enfoque histórico quanto no sócio-econômico, *trabalhadores emancipados*. Como pondera Maurício Godinho Delgado (2006b, p. 666), trata-se de profissionais que detêm parte significativa dos meios de sua própria produção. Em consequência, “afirmam-se melhor no contexto sócio-econômico circundante. [...] Geralmente correspondem a estratos reduzidos da sociedade, porém detentores de razoável poder sócio-econômico”.

Ocorre que, mesmo sendo, em tese, economicamente emancipado e detendo seus próprios meios de produção, ao prestar serviços pessoais (ainda que eventuais) em proveito de pessoa jurídica ou outro ente produtivo, o profissional liberal *aliena* o produto do seu trabalho àquela organização, configurando-se a relação de trabalho.

É certo que, sendo eventual, a prestação irá adquirir contornos peculiares, tais como a ausência de dependência ou subordinação econômica do profissional liberal ao tomador do serviço. Pode-se dizer que os profissionais liberais desempenham, na relação de trabalho eventual, papel semelhante ao dos *altos empregados* na relação de emprego. Tais elementos, contudo, concernem à esfera do direito material, devendo ser considerados em qualquer estudo que se aprofunde acerca de uma regulamentação das relações de trabalho *lato sensu*. Voltaremos ao tema no capítulo 6.

5.7.6.1 Cobrança de honorários

A competência para as ações de cobrança de honorários decorrentes do exercício de mandato oneroso ou de outros serviços prestados por profissionais liberais é tema que vem suscitando forte dissenso doutrinário e jurisprudencial.

Pela nossa concepção, a análise deve ser segmentada em dois enfoques distintos:

- a) prestação de serviços pelo profissional liberal em proveito de empresa, ente

produtivo informal ou outro tipo de organização (ou mesmo outro profissional liberal⁸⁸);

- b) serviço prestado a pessoa física que não exerça atividade econômica, ou fora do âmbito de tal atividade.

Focando os serviços de advogado, na hipótese 1 há que se destacar o inegável conteúdo econômico das demandas judiciais e seus reflexos na dinâmica do empreendimento do tomador – ainda mais visíveis nas atividades de consultoria jurídica. Por conseguinte, ainda que o advogado trabalhe de forma autônoma, o produto do seu trabalho é apropriado pela empresa ou organização tomadora, caracterizando a relação de trabalho.

Diversa é a hipótese de uma pessoa física ou família que contrata um advogado para representá-la em causa particular – aqui, há mero consumo dos serviços prestados pelo advogado. O argumento de que a atuação do causídico poderá trazer proveito econômico ao cliente não é científico. Se a parte possuía o direito material alegado, a procedência da ação apenas lhe restituirá o que de direito já lhe pertencia, e ainda subtraído do valor dos honorários devidos ao advogado; se o autor não era o titular do direito e assim mesmo obteve sentença favorável, aí sim terá auferido proveito econômico com a atuação do advogado – mas seria por demais casuísta, beirando o sofisma, uma tese que se baseasse nessa hipótese intrigante.

Abordando a relação entre o profissional liberal e seu cliente, Arnaldo (SÜSSEKIND *et al.*, 2010, p. 265) reporta-se à posição do ilustre Ministro do TST Ives Gandra Martins Filho, no sentido de que aquele tipo de relação não se confunde com a relação de consumo, cujo objeto seria não o trabalho realizado, mas o serviço consumível.

Não obstante, com toda a reverência devida aos dois eminentes juristas, entendemos que o objeto da relação jurídica entre um profissional liberal autônomo (seja ele médico, advogado, dentista, terapeuta) e um cliente-pessoa física tampouco é o trabalho realizado, na

⁸⁸ Mais uma vez ressaltamos que a hipossuficiência trabalhista deve ser aferida como uma *situação jurídica*, e não como condição pessoal. Se um profissional liberal (um médico, p.ex.) contrata um advogado para uma causa envolvendo sua atividade na clínica ou consultório (v.g., uma ação de indenização movida por um paciente), a relação que se forma entre o causídico e o médico é trabalhista. Por outro lado, se aquele mesmo médico sofre um acidente de trânsito e contrata o mesmo advogado para defendê-lo em uma ação judicial, nessa situação jurídica o médico não figura como profissional liberal, mas como uma pessoa física, como outra qualquer. Por não estar o médico se apropriando dos serviços do advogado em proveito de sua atividade econômica (profissional liberal), essa segunda relação jurídica não tem natureza trabalhista. É claro que haverá zonas fronteiriças, mas elas sempre existiram no Direito do Trabalho, e se antes o juiz do trabalho precisava investigar a existência de relação de emprego em *zona gris*, após a EC 45/04 terá de analisar, em hipóteses muito mais raras, a existência de relação de trabalho em zona de fronteira.

medida em que o cliente, por não deter os meios de produção, não tem a capacidade de se apropriar daquele trabalho, prestado sem subordinação, e em razão disso apenas consome o resultado do serviço.

Entendendo-se que o serviço prestado por profissional liberal a cliente-pessoa física não configura relação de trabalho, a controvérsia acerca da sujeição ou não desse tipo de prestação às normas do Código de Defesa do Consumidor extravasa os limites de nosso estudo.

Como relatamos no item 5, em junho de 2010 a Comissão de Constituição e Justiça da Câmara Federal aprovou o Projeto de Lei n. 6.542/2006, atribuindo competência à Justiça do Trabalho para julgar ações de “*cobrança de honorários decorrentes do exercício de mandato oneroso, exceto os que se qualifiquem como relação de consumo, nos termos da Lei n. 8078, de 1990*”.

A Súmula nº 363 do Superior Tribunal de Justiça dispõe, por sua vez, que “*competê à Justiça Estadual processar e julgar a ação de cobrança ajuizada por profissional liberal contra cliente*”.

Em nossa concepção, a Súmula nº 363 do STJ peca por não distinguir as duas situações jurídicas que aventamos acima: a da pessoa jurídica, organização, empresa ou outro ente produtivo, e a da pessoa física, como contratantes dos serviços do profissional liberal.

Também a jurisprudência predominante no Tribunal Superior do Trabalho não tem feito tal distinção, como se infere da recente ementa abaixo transcrita:

HONORÁRIOS DE ADVOGADO. AÇÃO DE COBRANÇA. INCOMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO. PROVIMENTO. Esta colenda Corte Superior tem entendido que a Justiça do Trabalho é incompetente para julgar ações de cobrança de honorários de advogado, por se tratar de relação de consumo, hipótese que não se enquadra artigo 114 da Constituição Federal, mesmo após a ampliação da competência desta Justiça Especializada. Precedentes da SBDI-1 e desta Colenda Turma.” TST-RR - 141000-26.2009.5.07.0010 Data de Julgamento: 03/10/2011, Relator Ministro: Guilherme Augusto Caputo Bastos, 2ª Turma, Data de Publicação: DEJT 07/10/2011.

5.7.7 Relação de trabalho doméstica

Como salientamos no item 3.8.1, no trabalho doméstico inexistente produção direcionada ao mercado; ali não se produz *valor de troca*. Por conseguinte, e diversamente da empresa ou outro ente que produza para o mercado, o tomador doméstico não tem a capacidade de explorar o trabalho do prestador sem se apropriar do *valor de uso* daquela força de trabalho. E

esse valor de uso somente será apropriável quando não se reduzir a um serviço individualizado.

A subordinação é, portanto, pressuposto da relação de trabalho doméstica, mas será presumida sempre que os serviços atenderem *necessidade normal* no âmbito residencial, inserindo-se assim na *cadeia microeconômica doméstica*, em substituição à atividade produtiva do mercado. É o caso dos serviços de cozinheira, lavadeira e passadeira de roupas, faxineira, caseiro, babá, dentre outras formas menos usuais de trabalho doméstico.

Tal presunção, que é relativa, decorre do fato de que o trabalho que supre necessidade normal da pessoa ou família em regra é apropriável em seu valor de uso, uma vez que o objeto da contratação não é um serviço individualizado, mas uma prestação *expansível*, que se prorroga e se desenvolve no tempo.⁸⁹

Diversa é a hipótese dos serviços que atendem necessidade acidental da família. Esse tipo de trabalho, precisamente em razão de seu caráter fortuito, individualiza-se em uma prestação determinada, cujo valor de uso, por *não-expansível*, não é passível de apropriação pelo contratante dos serviços⁹⁰. Por conseguinte, não se configura nesse tipo de prestação a alienação da capacidade ou força de trabalho. Tampouco há que se cogitar, aqui, de alienação do produto do trabalho, considerando que o contratante do trabalho não o destina à negociação no mercado. Em nosso entendimento, não se trata de relação de trabalho, mas de consumo doméstico. É o caso dos serviços de encanador, eletricista, conserto de utensílios domésticos em geral, desde que, repise-se, não se trate de necessidade normal do tomador doméstico.

5.7.7.1 Diarista doméstico

O diarista doméstico é sem dúvida um dos grandes legatários da EC 45/04, e essa herança será muito mais relevante se a ampliação da competência trabalhista frutificar a extensão da tutela trabalhista a trabalhadores não-empregados.

⁸⁹ Incumbirá, de todo modo, à pessoa ou família, demonstrar em Juízo que, mesmo sendo normal a necessidade, a hipótese era de mero consumo (ainda que continuado) de serviço prestado sem subordinação. É o que pode acontecer, por exemplo, na contratação de aulas particulares no âmbito residencial. Frise-se que as aulas poderiam ser tomadas na residência do professor, ou em qualquer outro local, sem se transfigurar a natureza da prestação.

⁹⁰ Assim é que, quando um técnico vem à residência de uma família para efetuar um reparo no aparelho de ar-condicionado ou no disco-rígido do computador, estipula um preço pelo serviço específico contratado. Uma vez efetuado o reparo, se a família pretender que aquele profissional execute um outro serviço, este será objeto de outra negociação. Ou seja, ao contrário do que ocorre na relação de trabalho doméstica, o contratante de serviços de consumo no âmbito residencial não se apropria da força ou capacidade de trabalho do fornecedor.

Como se sabe, o art. 1º da Lei 5859/72 adotou, como um dos requisitos caracterizadores do vínculo de emprego doméstico, a prestação de serviços de *natureza contínua*, optando, diversamente do art. 3º da CLT, pelo elemento temporal na definição da não-eventualidade da prestação.

O fato de a pessoa física ou família não atribuir finalidade lucrativa ao trabalho doméstico justifica o tratamento legal diferenciado conferido a esse tipo de relação de trabalho, não sendo razoável equiparar a pessoa ou família, no âmbito residencial, à empresa ou organização, em obrigações e encargos trabalhistas e previdenciários.

Ocorre que, ao longo dos anos, enorme controvérsia formou-se entre os operadores do Direito do Trabalho acerca da *medida da continuidade* do trabalho doméstico.

Considerando que o critério adotado pela norma citada é o temporal, doutrina e jurisprudência estabeleceram a semana como parâmetro de aferição da natureza contínua da prestação doméstica. Decompondo-se a semana de trabalho, em regra, em 6 dias úteis e 1 dia de repouso, é razoável concluir que não há continuidade da prestação quando esta não cobre a metade daqueles dias. Nessa linha de entendimento, não é empregado quem presta serviços domésticos em 1 ou 2 dias na semana. Pela mesmo raciocínio, o trabalho em 4, 5 ou 6 dias na semana caracteriza necessariamente o vínculo de emprego doméstico.

Parte da jurisprudência, contudo, não segue esses parâmetros. Há julgados declarando o vínculo de emprego doméstico na hipótese de prestação de serviços em 1 ou 2 dias na semana, quando os mesmos têm a abrangência peculiar ao trabalho de empregada doméstica. Pinçam-se outras decisões deixando de reconhecer a relação empregatícia quando a prestação se dava em 4 dias na semana, mas era restrita a serviços de faxina ou de lavar e passar roupas.

O grande dilema, no entanto, diz respeito ao trabalho prestado em 3 dias na semana, precisamente a metade dos dias úteis da semana de trabalho. Nessa situação, o critério temporal não basta, impondo-se recorrer a outros elementos fáticos, tais como o caráter genérico ou específico dos serviços prestados. O fato é que a jurisprudência não confluiu quanto a um critério seguro em casos tais, gerando incerteza e insegurança jurídica entre os jurisdicionados.

Com a EC 45/04, resolve-se a questão do acesso à justiça dos trabalhadores domésticos que não se enquadram no critério de continuidade estabelecido pelo art. 1º da Lei 5859/72. Esses trabalhadores, todavia, permanecem sem qualquer proteção material trabalhista.

Um processo de extensão de direitos trabalhistas aos diaristas domésticos deverá ser objeto de acurada reflexão no meio jurídico, considerando os encargos legais e previdenciários que poderão onerar a pessoa física ou família em situações distintas da relação empregatícia.

5.7.8 Trabalho cooperado

A Lei n. 8.949/94 acrescentou parágrafo único ao art. 442 da CLT, preceituando que “qualquer que seja o ramo de atividade da sociedade cooperativa, não existe vínculo empregatício entre ela e seus associados, nem entre estes e os tomadores de serviços”.

Como salienta Maurício Godinho Delgado (2004, p. 329), não se trata de excludente legal absoluta da relação de emprego, mas de mera presunção relativa de inexistência daquele vínculo, caso a prestação tenha ocorrido através de cooperativismo.

No mesmo sentido, a lição de Márcio Túlio Viana (1997, p. 51-53):

Assim, quando a lei exclui da CLT os cooperados, refere-se apenas àqueles que realmente são cooperados, mantendo entre si relação societária. Em outras palavras: pessoas que não se vinculam ao tomador de serviços, nem à própria cooperativa, pelos laços da pessoalidade, da subordinação, da não-eventualidade e do salário.

E o i. doutrinador mineiro sublinha que, ao usar a expressão *qualquer que seja o ramo de atividade da sociedade cooperativa*, a lei não está afirmando: *qualquer que seja o modo pelo qual o trabalho é executado*, mas sim que não importa o ramo da cooperativa. E conclui que

é preciso que se trate realmente de cooperativa, não só no plano formal, mas especialmente no mundo real. Ou seja: que o contrato se execute na linha horizontal, como acontece em toda sociedade, e não na linha vertical, como no contrato de trabalho. Em outras palavras, é preciso que haja obra em comum (*cooperari*) e não trabalho sob a dependência do outro (*sub ordinare*).

5.7.8.1 Relação de trabalho cooperado

Anteriormente havíamos sustentado que, na hipótese de genuína cooperativa de trabalho, na qual os cooperados ostentem a condição de autênticos sócios, atendidos os princípios da *dupla qualidade e retribuição pessoal diferenciada*, não haveria espaço para uma relação de trabalho entre o cooperado e a cooperativa, tampouco entre o cooperado e o tomador dos serviços da cooperativa.

O grande óbice que entrevíamos à configuração de uma relação de trabalho entre os (genuínos) cooperados e a empresa tomadora dos serviços consistia em que a contraprestação por esta assumida, ao contratar os serviços da cooperativa, abrange o trabalho de todos os cooperados. Não entendíamos plausível, portanto, individualizar em relação de trabalho uma obrigação *em si indivisível* (art. 258 do Código Civil).

Não víamos fundamento tampouco para se cogitar da existência de relação de trabalho entre o cooperado e a autêntica cooperativa, que a nosso ver seria tão ilógica ou paradoxal quanto uma relação trabalhista entre o sócio e a sociedade em nome coletivo.

Refletindo com mais acuidade, porém, passamos a entender que o fato de os cooperados ostentarem a condição de autênticos sócios, com os requisitos da *dupla qualidade e retribuição pessoal diferenciada*, não elide a relação de trabalho com a cooperativa de trabalho, que figura como peculiar tomadora de serviços: cada cooperado é membro da cooperativa, que se apropria coletivamente do trabalho individual de cada um deles. Em outros termos, *o membro do corpo aliena o trabalho ao corpo inteiro*.

No que se refere à relação jurídica entre os genuínos cooperados e a tomadora de serviços da cooperativa, revendo igualmente nosso posicionamento anterior, concluímos que se trata também de relação trabalhista, em que pese não-empregatícia.

Aqui, reportamo-nos ao que sustentamos anteriormente (MERÇON, 2006, p. 77): cooperativismo e capitalismo não se afinam. A idéia do trabalho cooperado é a produção de bens ou serviços para *autoconsumo* ou consumo alheio⁹¹. A essência do cooperativismo é a atividade econômica em benefício comum, ou seja, em proveito dos próprios cooperados. A partir do momento em que a produção da cooperativa é apropriada pelo capital (com a contratação, por uma empresa tomadora, dos serviços cooperados), o trabalho, de cooperado, passa a *alienado*.

Tal paradoxo explica por que a quase totalidade das cooperativas contratadas por empresas não passam de sociedades igualmente capitalistas, meras agências intermediadoras de mão-de-obra ou, na melhor das hipóteses, empresas prestadoras de serviços. Na segunda hipótese, entre o 'cooperado' e a *falsa cooperativa* forma-se vínculo de emprego, sendo responsável subsidiariamente o tomador dos serviços (Enunciado n. 331 do C. TST); no primeiro caso, a relação de emprego configura-se diretamente entre o *falso cooperado* e a empresa tomadora dos serviços.⁹²

⁹¹ É o caso das cooperativas de taxistas.

⁹² Serão indícios de fraude o trabalho subordinado dos cooperados e a inexistência de retribuição diferenciada.

Não se deve descartar, todavia, a hipótese de uma cooperativa genuína que forneça serviços a uma empresa tomadora, sem fraude aos princípios do cooperativismo e do Direito do Trabalho. Nesse caso, conforme aduzimos acima, haveria relação de trabalho entre cada cooperado e a cooperativa, e também entre cada cooperado e o tomador de seus serviços – sublinhe-se, relação de trabalho não-empregatícia.

A competência para os dissídios envolvendo o cooperado, a cooperativa e o tomador dos serviços, mesmo inexistindo relação de emprego, é da Justiça do Trabalho (art. 114 da CF/88). Comentando essa hipótese, Márcio Túlio Viana pondera:

Mas em face de quem a ação seria proposta?

Aparentemente, em face da cooperativa. Mas nesse caso o problema não se resolveria, pois a reparação viria do fundo comum – vale dizer, dos próprios cooperados, inclusive o autor da ação.

Por isso, o ideal seria responsabilizar-se a grande empresa, estendendo à hipótese as regras do grupo econômico (art. 2º, § 2º, da CLT).

Mas pergunta-se: como utilizar essas regras da CLT, se não se trata de relação de emprego?

Para contornar o problema, bastaria aplicar diretamente a teoria da desconsideração da personalidade jurídica [...]. (VIANA, 2005, p. 273-274).

A disciplina desse tipo de relação jurídica, a extensão de direitos fundamentais trabalhistas aos cooperados frente à empresa tomadora (PIRES, 2001), tudo isso a nosso ver constitui matéria a ser disciplinada por lei (v. capítulo 6).

5.7.9 Parceria rural

Ante a ausência de disciplina específica no novo Código Civil, o arrendamento e a parceria rural passaram a ser regulados pelos arts. 92 a 96 do Estatuto da Terra (Lei 4.504/64):

Art. 92. A posse ou uso temporário da terra serão exercidos em virtude de contrato expresso ou tácito, estabelecido entre o proprietário e os que nela exercem atividade agrícola ou pecuária, sob forma de arrendamento rural, de parceria agrícola, pecuária, agro-industrial e extrativa, nos termos desta Lei.

§ 1º O proprietário garantirá ao arrendatário ou parceiro o uso e gozo do imóvel arrendado ou cedido em parceria.

Entendemos que o arrendamento rural não configura típica relação de trabalho, uma vez que o arrendatário não aliena os frutos de seu trabalho ao proprietário do imóvel. Nesse tipo de contrato, estipula-se um pagamento devido pelo arrendatário pelo uso da terra, por

determinado prazo. O arrendador não se apropria, nem mesmo parcialmente, do trabalho do arrendatário, uma vez que o valor devido pelo uso e gozo do imóvel não varia em função dos resultados do trabalho do arrendatário.

Diversamente, na parceria (agrícola, pecuária, agro-industrial ou extrativa)⁹³ o trabalhador (parceiro) aliena parte do produto de seu trabalho ao proprietário, o qual, por sua vez, concorre com a terra nua e, facultativamente, com as instalações e insumos. Trata-se de forma peculiar de relação de trabalho, na qual o proprietário da terra faz as vezes do capitalista.

Na parceria rural, além do uso e gozo do imóvel cedido, a lei assegura ao trabalhador direitos importantes, dentre os quais a preferência para adquirir o imóvel arrendado na hipótese de alienação, e a não-interrupção da vigência do contrato de parceria na hipótese de alienação ou imposição de ônus real ao imóvel, ficando o adquirente sub-rogado nos direitos e obrigações do alienante (art. 92, §§ 3º e 5º da Lei n. 4.504/64).

O art. 93 do Estatuto da Terra veda ao proprietário exigir do parceiro exclusividade na venda da colheita, obrigatoriedade da aquisição de gêneros e utilidades em seus armazéns ou barracões, bem como aceitação de pagamento em *ordens*, *vales*, *borós* ou outras formas substitutivas da moeda, em proteção similar à conferida pelos arts. 462, §§ 2º e 3º e 463 da CLT ao empregado urbano.

O art. 96 determina que o prazo dos contratos de parceria, se não convençionados pelas partes, será de no mínimo três anos, assegurado ao parceiro o direito à conclusão da colheita pendente. Expirado o prazo, se o proprietário não quiser explorar diretamente a terra por conta própria, o parceiro terá preferência para firmar novo contrato de parceria, em igualdade de condições com terceiros.

A lei determina ainda que as despesas com tratamento e criação dos animais, não havendo acordo em contrário, correrão por conta do parceiro tratador e criador, sendo obrigação do proprietário assegurar-lhe casa de moradia higiênica e área para horta e criação de animais de pequeno porte (incisos III e IV da norma acima citada).

Os incisos V e VI do mesmo art. 96 (com a redação da Lei n. 11.443/2007) estabelecem ainda quota-limite do proprietário na participação dos frutos do trabalho do

⁹³ Pelo art. 96, § 1º do Estatuto da Terra (incluído pela Lei n. 11.443 de 2007), parceria rural é o contrato agrário pelo qual uma pessoa se obriga a ceder à outra, por tempo determinado ou não, o uso específico de imóvel rural, de parte ou partes dele, incluindo ou não benfeitorias, com o objetivo de nele ser exercida atividade de exploração agrícola, pecuária, agroindustrial, extrativa vegetal ou mista, podendo ainda haver entrega de animais para cria, recria, invernagem, engorda ou extração de matérias-primas de origem animal, mediante partilha, isolada ou cumulativamente, dos riscos de caso fortuito, força maior e outros enumerados em lei.

parceiro, variando na proporção das condições e vantagens asseguradas pelo proprietário ao parceiro, de 20% (quando concorrer apenas com a terra nua) até o máximo de 75% (nas zonas de pecuária ultra-extensiva com animais de cria em proporção superior a 25% do rebanho, e onde se adotarem a meação do leite e a comissão mínima de 5% por animal vendido).

Parte da doutrina enxerga na parceria (agrícola ou pecuária) verdadeiro contrato de sociedade, análogo ao da *sociedade de capital e indústria* – igualmente não regulada pelo atual Código Civil.

Divergimos, todavia, dessa interpretação, uma vez que a idéia de uma sociedade é a partilha dos lucros entre os sócios (art. 981 do Código Civil), e não a repartição dos frutos do trabalho exclusivo de um dos sócios. É certo que, na sociedade de capital e indústria, a quota de lucros do sócio de indústria será normalmente inferior à dos sócios capitalistas, mesmo porque sua responsabilidade perante os credores será mais restrita. Tal participação, contudo, alcança os resultados integrais da atividade econômica da sociedade (e não apenas os ganhos para os quais o sócio concorreu), não se configurando mera alienação (ainda que parcial) do trabalho. Na parceria rural, ao contrário, a participação do trabalhador é limitada à alienação de parte do produto de seu trabalho ao proprietário.

Frise-se que, se os serviços forem dirigidos pelo parceiro-proprietário, a hipótese será de *falsa parceria*, mascarando autêntica relação de emprego (art. 96, parágrafo único da Lei n. 4504/64).

A legislação especial já tutela, portanto, o trabalho em parceria rural, ainda que sem lhe assegurar direitos fundamentais trabalhistas (art. 7º da CF/88).

Por outro lado, os paradigmas urbanos da parceria rural permanecem sem qualquer proteção do Direito do Trabalho. É o caso do proprietário do automóvel (e detentor da licença para a prestação de serviço de táxi) que arrenda a um motorista a utilização do veículo em parte do dia, recebendo ele, o proprietário, percentual sobre o faturamento daquele trabalhador.⁹⁴

⁹⁴ Na região metropolitana das grandes capitais brasileiras, são muito comuns dois tipos de parceria entre taxistas: aquela em que o proprietário cobra um aluguel fixo do parceiro, independentemente da quilometragem; e outra na qual recebe um percentual sobre o faturamento do mesmo. Entendemos que apenas na segunda hipótese configura-se a apropriação do trabalho alheio e a relação de trabalho. Conversamos informalmente com vários taxistas ao longo dos últimos anos, em diversas capitais do país, e alguns afirmaram que o proprietário do veículo com licença para o serviço de táxi chegava a embolsar 70% do valor líquido auferido pelo parceiro, já descontados os gastos com combustível. Alguns eram proprietários de vários automóveis e detentores de diversas concessões, dispendo de oficina própria para manutenção dos veículos – ou seja, autênticos capitalistas.

5.7.10 Relação de trabalho com a Administração Pública

Desde 31 de dezembro de 2004, a competência material da Justiça do Trabalho é definida pela expressão *relação de trabalho*. Transcorridos quase sete anos, todavia, o conteúdo de tal expressão subsiste como um enigma no meio jurídico trabalhista⁹⁵.

Tal indefinição, como se verá a seguir, foi decisiva no resultado do julgamento, pelos Ministros do Supremo Tribunal Federal, da medida cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.395-6/DF, proposta pela Associação dos Juizes Federais do Brasil – AJUFE, tendo por objeto a competência para as relações jurídicas de natureza estatutária ou administrativa.

5.7.10.1 A ADIN n. 3.395-6

Em 27/01/2005, o então Ministro Nelson Jobim concedeu liminar em sede da ADIN 3.395-6/DF, suspendendo qualquer interpretação do inciso I do novel art. 114 da Constituição que incluísse na competência da Justiça do Trabalho causas envolvendo relação jurídica de natureza estatutária ou administrativa.

No ano seguinte, em 05/04/2006, os Ministros do STF, apreciando medida cautelar na referida ADIN n. 3.395-6, referendaram, por maioria, a liminar concedida.

O voto do Ministro Relator, acompanhado pela maioria dos Ministros, invocou o *princípio da unidade da ordem jurídica*, enfatizando o risco de que a suspensão da liminar acarretasse transtorno e retardamento no trâmite dos processos oriundos de conflitos de competência. O Ministro Relator frisou ainda em seu voto a necessidade de se conferir ao inciso I do art. 114 (acrescido pela Emenda Constitucional n. 45/2004) interpretação conforme à Constituição, afastando do conceito jurídico de relação de trabalho os servidores estatutários ou com vínculo de caráter jurídico-administrativo.

Feita essa narrativa, é importante salientar que, à época do referido julgamento, o conceito de relação de trabalho não se sedimentara no meio jurídico. Na realidade, até os dias atuais tal concepção não se encontra consolidada, sequer foi debatida com maior profundidade.

⁹⁵ Mais uma vez alertamos o Leitor para o paradoxo no qual incorreu o legislador brasileiro (poder constituinte derivado), ao ditar o alargamento da competência material trabalhista com base em conceito de direito material (“relação de trabalho”) ainda inexistente no meio jurídico. Daí novamente esse parêntese em nosso trabalho, para análise de questão envolvendo a competência da Justiça do Trabalho pós EC 45/04.

À míngua de uma formulação mais consistente acerca do conteúdo da relação de trabalho, os Srs. Ministros optaram pela clássica contraposição entre relação de natureza estatutária e vínculo trabalhista, entendido este em sua tradicional concepção empregatícia.

É o que se depreende de trechos dos votos dos Srs. Ministros:

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (RELATOR) – [...] Eu não quis adentrar mais profundamente a questão, nesse juízo superficial, de cognição sumária, mas parece-me, também, com o devido respeito, que a expressão “relação de trabalho” pode ser tomada em dois sentidos: primeiro, no sentido sociológico, segundo, no sentido jurídico.

No sentido sociológico, ela tem uma abrangência dentro da qual cabe até a locação de serviço disciplinada pelo Código Civil. A pergunta é: quando a Constituição, na sua redação original, aludiu à relação de trabalho, remeteu ao significado corrente na área sociológica ou tomou empregado conceito típico do Direito do Trabalho? [...]

O SENHOR MINISTRO CARLOS AYRES BRITTO – Tenho para mim, Excelência, a propósito do seu questionamento, que o uso do substantivo trabalho, desde a Constituição originária, foi ampliativo, no sentido sociológico. Daí por que o art. 193 contém a mais enfática proclamação de prestígio a essa atividade, ao dizer a Constituição que “A ordem social temo como base o primado do trabalho”.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (RELATOR) – Não me refiro à palavra “trabalho”, mas à expressão “relação de trabalho”, que é conceito típico do Direito do Trabalho e que equivale a relação de emprego.

Como ressaltou o Ministro Relator, o juízo era superficial, de cognição sumária, e isso, somado à indefinição do conceito de relação de trabalho no meio jurídico, explica a associação feita entre aquele conceito e o da relação empregatícia. Frise-se que tal concepção ultra-restritiva de relação de trabalho ganhou adeptos logo após a publicação da EC 45/04, mas deságua no paradoxo de manter inalterada a competência material trabalhista, quando o propósito da Emenda foi justamente alargá-la.

A dissecação entre o ‘sentido sociológico’ e o ‘sentido jurídico’ da expressão relação de trabalho, a que alude o Ministro Cezar Peluso em eu voto, reflete o *vazio jurídico* no qual mergulhou tal conceito. Somente a partir do momento em que a comunidade jurídica debatê-lo com maior profundidade, delineando seus contornos científicos, será possível estabelecer com maior segurança um *sentido jurídico* de relação de trabalho, mais amplo que o de sua espécie empregatícia.

Nesse quadro de incerteza e indefinição, talvez tenham agido de forma prudente os Ministros do C. STF, ao manter o *status quo* até a decisão de mérito da ADIN n. 3.395-6 (nesse sentido, o voto pragmático do então Ministro Sepúlveda Pertence, que convergia, no fundo, com o voto vencido do Ministro Marco Aurélio).

O julgamento da medida cautelar em ADIN n. 3.395-6 evidencia os riscos a que se expõe a sociedade brasileira, com a indefinição dos novos contornos da competência material trabalhista. A tendência é que esse quadro de incerteza resulte em interpretações mais estritas por parte do Supremo Tribunal Federal, com perda de fatia substancial da nova competência outorgada pela EC45/04 à Justiça do Trabalho.

5.7.10.2 Natureza jurídica do vínculo agente-Estado

Como assinala Florivaldo Dutra de Araújo, existem duas concepções básicas sobre a função pública: a unilateralista e a contratualista. (ARAÚJO, 1998, p. 56-87).

Pela concepção unilateralista, o vínculo entre o servidor e o Estado emerge de uma determinação unilateral de vontade do segundo, à qual o servidor adere coativa (teoria da coação legal) ou voluntariamente (teoria da situação legal ou regulamentar). Tanto a formação como a alteração do vínculo se dão unilateralmente, por determinação exclusiva do Estado. (CARVALHO, 2009, p. 14).

Segundo a concepção contratualista, o vínculo entre Estado e servidor forma-se através de acordo de vontades entre ambos. Há autores que concebem tal contrato como de direito privado, outros que o entendem como de direito público, e outros ainda o concebem como contrato misto, com elementos de direito público e de direito privado. (ARAÚJO, 1998, p. 56).

Francisco Liberal Fernandes assinala que as teorias contemporâneas inserem o vínculo servidor público-Estado no campo do direito público, mas divergem quanto a caracterizá-lo como advindo de contrato ou de ato unilateral, bipartindo-se, pois, em teorias do contrato de direito público e teorias unilateralistas/ estatutárias, conforme o relevo que atribuem à autonomia do particular na formação e desenvolvimento da relação. (FERNANDES, 1995, p. 75-76).

Para os contratualistas, a vontade do particular é indispensável à formação do vínculo, que se caracteriza como espécie autônoma de contrato administrativo. (CARVALHO, 2009, p. 16). Araújo (1998, p. 68). salienta que, para esta corrente, o fato de os direitos e obrigações na relação servidor-Estado estarem previstos em lei não modifica seu caráter contratual, do mesmo modo como o direito privado abrange muitos contratos cuja feição é, em parte, determinada legalmente.

Carvalho ressalta que, para os unilateralistas/ estatutários, é suficiente o ato unilateral de nomeação para que se constitua o vínculo servidor-Estado, porquanto o interesse público não pode ser objeto de transação. Neste viés, a vontade do agente limita-se à aceitação de tal submissão e não lhe é dado, pois, modificar o conteúdo da relação formada com o Estado. Este é o entendimento da maioria dos doutrinadores brasileiros, como Bandeira de Mello, C.A., Rocha, C. L. e Anastasia. (CARVALHO, 2009, p. 18-20).

5.7.10.2.1 A aproximação entre os regimes público e privado de trabalho

Diversos fatores contribuíram para a aproximação entre o direito do trabalho e o direito da função pública. Com a transição do modelo de Estado Liberal para o de Estado Social, a Administração passou a intervir com maior efetividade na esfera econômica (CARVALHO, 2009, p. 27), acarretando o aumento do contingente de servidores públicos, muitos dos quais exercendo atividades similares às dos trabalhadores do setor privado, especialmente nos setores industrial e comercial, o que contribuiu para a aproximação entre as duas categorias. (ARAÚJO, 1998, p. 50-51 e 138).

Cumpram-se ainda a alteração na origem social dos servidores, que eram, em sua maioria, egressos das camadas privilegiadas da sociedade, e passam a ser recrutados nos setores médios e proletarizados. (ARAÚJO, 1998, p. 138). Surge um novo perfil de trabalhador estatal, desempenhando atividades desprovidas de qualquer poder decisório ou prestígio social. (MATOS, 2006, p. 20).

A similaridade entre as atividades desempenhadas e o intercâmbio de pessoal entre os setores público e privado deram ensejo a que os servidores públicos reivindicassem condições de trabalho semelhantes às vigentes na seara empresarial. O ativismo sindical no setor público foi fomentado, ainda, pela progressiva “proletarização” de amplos setores profissionais da Administração, em decorrência da deteriorização de suas condições de trabalho. (FERNANDES, 1995, p. 16, 18 e 19).

O desenvolvimento da ação sindical no âmbito do serviço público, enfrentou, inicialmente, a repressão do Estado, proibindo a organização sindical, o exercício da greve e a participação dos servidores na elaboração de suas condições de trabalho. (CARVALHO, 2009, p. 29).

A partir da segunda metade do século XX, o movimento sindical dos servidores passa a ser gradualmente reconhecido pelo Estado. (CARVALHO, 2009, p. 29). Direitos como o de

associação sindical, negociação coletiva e greve passam, a partir do segundo pós-guerra, a ser assegurados constitucionalmente aos servidores públicos, ensejando profundas modificações na relação entre o Estado e seus trabalhadores. (ARAÚJO, 1998, p. 51-54).

Outro fator que contribuiu para a aproximação entre os regimes público e privado de trabalho foi a adoção de critérios empresariais na organização e gestão do trabalho público. O Estado, para o desenvolvimento de suas novas atribuições, passa a adotar modelos de organização próprios da iniciativa privada, buscando maior eficácia e rentabilidade e produtividade, recorrendo para tanto a instrumentos de Direito Privado, não apenas na organização das entidades descentralizadas, mas também na disciplina da relação de trabalho com o seu pessoal. (CARVALHO, 2009, p. 29).

A adoção do regime privado de trabalho, e sua coexistência com o regime estatutário, no interior da Administração, acabou contribuindo para a aproximação entre ambos, (ARAÚJO, 1998, p. 53-54) possibilitando intercâmbios normativos entre os dois modelos de relação de trabalho. (FERNANDES, 1995, p. 12).

Nesse sentido, as considerações de Carvalho:

Nesse processo de “osmose” entre os regimes, os institutos, princípios e normas originárias do setor privado passam a ser inseridos no setor público e vice-versa, formando-se uma disciplina comum entre o trabalho público e o privado, especialmente no que tange aos direitos fundamentais dos trabalhadores. (CARVALHO, 2009, p. 30).

5.7.10.2.2 A oposição entre os regimes estatutário e contratual de trabalho

Carvalho argumenta que a teoria administrativa tradicional, sobre a natureza do liame servidor-Estado, utiliza ainda os mesmos argumentos expendidos pela tese acontratualista, que a autora afirma superada no âmbito trabalhista. A autora concebe ambos os vínculos (servidor-Estado e empregado-empregador) como espécies do gênero *relação de trabalho livre*, por consistirem, igualmente, em espécies de prestação de trabalho subordinado, mas não escravo.

Considerando que a oposição, sustentada pela doutrina majoritária, entre os regimes contratual e estatutário refluí ao entendimento acerca da aquisição de direitos em cada um desses vínculos de trabalho, Carvalho analisa os argumentos da concepção majoritária acerca da natureza jurídica unilateral do vínculo entre o servidor público e o Estado. E verifica que as distinções que tal concepção aponta entre os regimes privado e público de trabalho derivam

de noções liberais ou autoritárias acerca do contrato, da unilateralidade, da autonomia contratual e da subordinação.

Para a autora, inexistente oposição entre os regimes estatutário e contratual de trabalho, visto que a autonomia das partes, em ambos, vê-se limitada juridicamente, por meio da instituição de um conjunto de normas impositivas que promove a padronização das relações de trabalho e retira diversas matérias do campo da livre disposição das partes. No que concerne à unilateralidade consubstanciada em lei, Carvalho aduz que a alteração unilateral do regime de função pública, por meio de atos administrativos, não se diferencia, em profundidade, do *jus variandi* trabalhista.

A autora conclui então que ambos os regimes são estatutários (porquanto submetidos a conjuntos de normas legais impositivas, proibitivas e permissivas) e contratuais (porquanto necessário o consentimento das partes em se submeterem a uma situação legal predeterminada).

5.7.10.3 Relação de trabalho jurídico-administrativa

Em se adotando o entendimento de que a relação de trabalho tem natureza contratual, a concepção contratualista da função pública adquire relevância crucial para sua caracterização como relação de trabalho, ou *relação de trabalho jurídico-administrativa*.

Nessa perspectiva, a tese defendida por Carvalho, de inexistência de oposição entre os regimes estatutário e contratual de trabalho, contém substrato doutrinário precioso.

A própria autora, contudo, reconhece prevalecer, entre os doutrinadores brasileiros, a concepção unilateralista/estatutária do vínculo servidor público-Estado – entendimento perfilhado pela maioria dos Ministros do Supremo Tribunal Federal.

Pela teoria unilateralista/estatutária, a relação servidor-Estado jamais será reconhecida como uma relação de trabalho, se a esta for atribuída natureza contratual.

Ocorre que, como sustentamos na seção 5.2.5, em nossa concepção a relação de trabalho *decorre* do contrato ou do estatuto (figurando como tomadora dos serviços a Administração Pública), mas não tem natureza contratual ou estatutária. Isso porque a essência da relação de trabalho é o fato da alienação do trabalho, o fenômeno da apropriação do trabalho alheio, e não o objeto da manifestação bilateral ou da determinação unilateral de vontade, que caracterizam o contrato e o estatuto.

Veja-se, se o contrato de emprego dita as obrigações e direitos de empregado e empregador, o servidor público adere às normas do estatuto. A relação de emprego tem

natureza contratual; o vínculo servidor público-Estado, nessa perspectiva, tem natureza unilateral/estatutária. Não obstante, de ambos, contrato e estatuto, irradia-se o “fenômeno alienação do trabalho”. Em ambos, contrato de trabalho e relação jurídica de natureza estatutária, existe uma relação de trabalho.

Frise-se que os órgãos da administração pública direta e indireta constituem organizações singulares. A simetria bimodal (GALBRAITH, 1999, p. 60) entre a submissão interna de seus integrantes e o poder externo da organização (o *poder público*) é ainda mais marcante.

Mesmo não sendo “tecnicamente produtivas”, tampouco lucrativas, as atividades da administração pública são fundamentais à concretização dos fundamentos e princípios constitucionais, e dos objetivos fundamentais da República (arts. 1º e 3º da Constituição Federal).

Para o cumprimento das atribuições que lhe são confiadas constitucionalmente, o poder estatal dispõe da *máquina administrativa*, que nada mais representa que uma estrutura, um aparato de organizações, composto por bens, pessoas jurídicas, órgãos, cargos, empregos e funções públicas, e pelos agentes públicos.

Os órgãos, funções, cargos são criações abstratas da lei. Como salienta Márcio Fernando Elias Rosa, agente “é a pessoa humana, real, que infunde vida, vontade e ação a essas abstrações legais”. (ROSA, 2006, p. 56).

Não bastam ao exercício do poder público, portanto, as verbas do orçamento, a estrutura material da administração, os prédios e demais bens públicos. Não bastam os cargos e funções. É preciso *trabalho vivo*. Na consecução de suas finalidades, a administração pública precisa dispor da capacidade de trabalho de seus servidores ou, no mínimo, de se apropriar do produto do trabalho alheio, não figurando, portanto, como mera consumidora dos serviços prestados. Mesmo porque, na relação jurídica com seus servidores e funcionários, a administração pública não figura como parte hipossuficiente.

A apropriação da capacidade de trabalho dos servidores públicos, pela administração pública, exprime-se na hierarquia funcional, correlata do poder diretivo e disciplinar na empresa privada.

Como já salientamos, a concepção moderna dos serviços públicos acarretou uma aproximação entre os regimes público e privado de trabalho. Se os fins e objetivos da administração pública distinguem-se da atividade econômica privada, suas gestão e forma de atuação aproximam-se cada vez mais dela.

Não há dúvida portanto que, mesmo no vínculo de caráter jurídico-administrativo ou estatutário, e ainda que se adote a concepção unilateralista/estatutária, verifica-se o fenômeno da alienação do produto do trabalho, geralmente sob a forma de aquisição originária, pela administração pública, do resultado do trabalho do agente público.

Em outros termos, também na relação estatutária entre servidor e administração pública vislumbra-se genuína relação de trabalho.

6 DIREITO DO TRABALHO *NOVO*

A Emenda Constitucional nº 45/2004 alargou substancialmente a competência da Justiça do Trabalho, que passou a abranger, para além da espécie empregatícia, seu gênero relação de trabalho.

A concentração, na jurisdição trabalhista, das lides envolvendo a relação de trabalho *lato sensu* representou inegável avanço político. A EC 45/04 limitou-se, no entanto, a assegurar aos *trabalhadores não-empregados* o acesso à Justiça do Trabalho. Com raras exceções⁹⁶, aqueles trabalhadores, em suas relações jurídicas cotidianas, seguem excluídos da tutela das normas trabalhistas.

É incontestável a hegemonia da relação de emprego como meio de inserção dos trabalhadores no modo de produção capitalista. Por paradoxal que possa parecer, no contexto de desigualdades e exploração que marcam o sistema capitalista, o emprego é ainda a forma mais estável e segura de integração social do trabalhador menos favorecido. Dentre as formas de alienação do trabalho legitimadas pelo sistema, a relação de emprego é a que melhor afirma a cidadania e dignidade do trabalhador como pessoa humana.

É certo ainda que a maior parte das contratações informais no mercado de trabalho apenas disfarçam o liame empregatício existente entre as partes.

Tudo isso não elide, todavia, a existência do genuíno trabalho autônomo, eventual ou de estagiário em proveito de empresa, a figura da diarista doméstica, dentre outras espécies não-empregatícias de trabalho, que exprimem desigualdade econômica similar à que norteia a relação de emprego, ainda que em grau ou intensidade distintos.

A centralidade da relação de emprego no modo de produção e no ramo jurídico trabalhista não deve excluir a proteção a outras formas de trabalho humano, de algum modo exploradas pelo sistema. Desde que preservada sua identidade, a integridade de suas fontes e princípios, o Direito do Trabalho deve ser orientado pela busca da inclusão social.

É curioso constatar que, sete anos após a publicação da EC 45/04, a ampliação da competência material trabalhista – da espécie relação de emprego para o gênero relação de trabalho – surte efeito prático ainda tímido. Pouco se veem trabalhadores autônomos,

⁹⁶ Entre os *trabalhadores não-empregados* já tutelados por normas de direito material podem-se citar o trabalhador avulso, o estagiário (com proteção parcial da Lei n. 11.788/2008) e o trabalhador em parceria rural (protegido pelo Estatuto da Terra).

eventuais, cooperados, estagiários, diaristas domésticas nos processos e salas de audiência da Justiça do Trabalho. Os que aparecem, em geral estão pleiteando o reconhecimento de vínculo empregatício. E, nestas ações, raramente utilizam do pedido em ordem sucessiva (art. 289 do Código de Processo Civil) para reclamar parcelas inerentes à relação de trabalho *lato sensu*, na hipótese de o juiz do trabalho não declarar a existência do vínculo de emprego.

E que parcelas seriam essas, afinal? A reduzida efetividade da EC 45/04, no tocante aos trabalhadores não-empregados, deve-se justamente à inexistência de direitos materiais a protegê-los. O preço do serviço, as condições pactuadas entre as partes, enfim, as parcelas contratuais de uma relação jurídica não protegida pelo Direito do Trabalho, essas costumam ser adimplidas⁹⁷. Por outro lado, a inexistência de direitos fundamentais trabalhistas a proteger aqueles trabalhadores, e sua conseqüente inexigibilidade, transmitem uma sensação de silêncio e paz que podem abafar a injustiça e a opressão no mercado de trabalho informal.

Sem normas trabalhistas⁹⁸ a preenchê-la, a relação de trabalho *lato sensu* não passa de um conceito vazio.

Como alerta Valéria Marques Lobo, o hiato ou fosso entre os trabalhadores formais e os “de fora” acarreta prejuízos para ambos os grupos, além de reforçar o caráter mercantilizado do trabalho no País. A socióloga argumenta que a presença de um grande excedente populacional desprovido de qualquer tipo de política social tende a influenciar negativamente o comportamento dos empresários no sentido de cumprir as determinações legais, “afetando, assim, as condições de vida dos trabalhadores formais, a solidariedade de classe e, por conseguinte, o próprio poder de pressão dos sindicatos”. (*op. cit.*, p. 42).

Maurício Godinho Delgado, cogitando a possibilidade da extensão de alguns dos direitos fundamentais trabalhistas aos trabalhadores eventuais e “certa fração hipossuficiente dos autônomos”, ressalta que “a oferta de trabalho no capitalismo, inclusive o brasileiro, tende a não gerar para o prestador de serviços vantagens econômicas e proteções jurídicas significativas, salvo se induzidas ou impostas tais proteções e vantagens pela norma jurídica”. (DELGADO, 2006b, p. 667).

⁹⁷ A exceção talvez seja o contrato de empreitada, a relação de trabalho não-empregatícia que vem com mais frequência à mesa de audiências da Justiça do Trabalho.

⁹⁸ Pode-se sustentar a aplicabilidade imediata, às relações de trabalho não-empregatícias, dos princípios do Direito do Trabalho. Ocorre que a falta de normas trabalhistas que protejam o trabalhador não-empregado acaba afastando-o da Justiça do Trabalho. Essa ineficácia da norma constitucional que ampliou a competência trabalhista é agravada pelas incertezas, no meio jurídico, acerca do conceito de relação trabalhista.

Gabriela Neves Delgado (2006, p. 221) acentua que a regulamentação das relações de trabalho, sobretudo em tempos de flexibilização e desregulamentação de direitos, serviria de importante instrumento de consolidação da *identidade social do trabalhador* e de viabilização do *trabalho digno*.

6.1 Direito do trabalho e direitos humanos

A *Declaração Universal dos Direitos do Homem* (1948), fonte de máxima hierarquia no Direito, consagra os princípios fundamentais da ordem jurídica internacional. No plano do Direito Individual do Trabalho, destacam-se o direito de todo homem, sem qualquer distinção, a igual remuneração por igual trabalho, o direito a uma remuneração justa e satisfatória, o direito ao repouso e ao lazer, inclusive com limitação razoável das horas de trabalho, o direito às férias remuneradas periódicas, a condições justas e favoráveis de trabalho e à proteção contra o desemprego, além do o direito ao trabalho e à livre escolha do emprego.

A OIT (Organização Internacional do Trabalho, criada em 1919 pelo Tratado de Versalhes) assume preocupação permanente em proteger o trabalhador, assegurando-lhe condições dignas de trabalho e seguridade social.

A *Declaração da Filadélfia* (1944), no âmbito da OIT, arrola os princípios fundamentais do *Direito Internacional do Trabalho*. O primeiro princípio fundamental estatui que “o trabalho não é uma mercadoria”. O terceiro e o quarto apregoam o combate à penúria, à carência e exclusão social.

Como ressalta Lobo (2010, p. 13-14), a ação estatal na regulação das relações de trabalho e na proteção ao desempregado, através de uma legislação trabalhista e securitária, é fundamental até mesmo para aumentar a segurança do trabalhador inserido no mercado formal e o poder sindical e, assim, motivar a participação na ação coletiva.

Lobo aduz que, quando os trabalhadores encontram-se em situação de inteira dependência em relação ao mercado, o custo da adesão à ação coletiva eleva-se, o que inibe o potencial mobilizador das organizações do trabalho. As divisões entre os “de dentro” e os “de fora” do mercado formal de trabalho dificultam a constituição de movimentos reivindicatórios. A autora conclui então que “as políticas sociais operam não só como instrumentos redistributivos, mas, do ponto de vista dos trabalhadores, asseguram também a solidariedade de classe necessária à preservação de uma forte presença política deste ator”.

Na 86ª Conferência Internacional do Trabalho (1998), a OIT proferiu a *Declaração dos Princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho*, apregoando a idéia de desenvolvimento econômico acompanhado de um real desenvolvimento social.

Nesse ponto, é importante frisar que os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos, uma vez ratificados pelo Brasil, adquirem normalmente a condição de *fontes formais heterônomas*, com *status* de norma infraconstitucional e qualificação de lei ordinária, submetendo-se aos critérios de constitucionalidade existentes.

Com reforma do Poder Judiciário (EC 45/2004), os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos passam a adquirir *status* de emenda constitucional, desde que aprovados com ritos e *quorum* similares (3/5 de cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos). Em dezembro de 2008, o STF curvou-se a essa nova interpretação, modificando sua jurisprudência.

Como sublinha Gabriela Neves Delgado (2010, p. 460), em se tratando de normas trabalhistas há que se observar sempre o *princípio da norma mais favorável*.

6.1.1 Direitos humanos, fundamento e caráter histórico

Norberto Bobbio (1992, p. 16-17) pondera que os direitos humanos são fins que merecem ser perseguidos e que, apesar de sua desejabilidade, não foram ainda todos eles reconhecidos. Encontrar-lhes um fundamento é, pois, um meio adequado para obter para eles um mais amplo reconhecimento. O filósofo político italiano alerta, por outro lado, para a ilusão do fundamento absoluto, “ou seja, a ilusão de que – de tanto acumular e elaborar razões e argumentos – terminaremos por encontrar a razão e o argumento irresistível, ao qual ninguém poderá recusar a própria adesão”.

Bobbio ressalta que os direitos humanos, “por mais fundamentais que sejam, são direitos históricos, ou seja, nascidos em certas circunstâncias, caracterizadas por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes, e nascidos de modo gradual, não todos de uma vez e nem de uma vez por todas.” E completa: “o que parece fundamental numa época histórica e numa determinada civilização não é fundamental em outras épocas e em outras culturas.” (BOBBIO, 1992, p. 5 e 9)

Outra relevante ponderação de Norberto Bobbio, aplicável ao estudo de uma possível extensão de direitos fundamentais trabalhistas a trabalhadores não-empregados, é a

necessidade de se levar em conta todas as dificuldades procedimentais e substantivas, evitando-se o risco de a discussão se tornar meramente acadêmica. (BOBBIO, 1992, p. 45).

6.2 Perspectiva argumentativa dos direitos fundamentais

Para sua melhor compreensão, os direitos humanos são tradicionalmente classificados em *gerações de direitos*, consoante o momento histórico em que despontaram. A doutrina mais recente prefere o termo *dimensão de direitos*, com o intuito de evitar a idéia errônea de que os direitos humanos desenvolvem-se, na linha da história, em processo de alternância.

Os direitos individuais, ou de 1ª dimensão, são herança do Estado Liberal de Direito (séculos XVII a XIX). Protegem a liberdade e autonomia individual em face dos demais membros da sociedade e dos abusos do Estado, valorizando o homem enquanto indivíduo singular, livre e independente do Estado. Possuem, por conseguinte, uma *dimensão negativa*.

Os direitos sociais, ou de 2ª dimensão, desenvolvem-se no Estado Social de Direito (meados do século XX), e suprem necessidades fundamentais da pessoa humana, atenuando as desigualdades sociais. Valorizam o homem enquanto integrante de uma coletividade. São direitos que se concretizam através de *prestações positivas*.

Os direitos de 3ª dimensão, inerentes à fraternidade ou solidariedade, surgem mais recentemente, no Estado Democrático de Direito, e são eminentemente difusos, tendo por objeto o meio-ambiente, o desenvolvimento e outros temas que transcendem a esfera individual.⁹⁹

Com propriedade, Ingo Sarlet (2004, p. 439) pondera que as dimensões negativa e prestacional dos direitos fundamentais não devem obedecer a uma dialética de antagonismo, mas de recíproca complementação.¹⁰⁰ No mesmo diapasão, Flávia Piovesan destaca o caráter indivisível, interdependente e interrelacionado dos direitos humanos, havendo uma interseção permanente do “catálogo de direitos civis e políticos ao catálogo de direitos sociais, econômicos e culturais”. (*apud* DELGADO, G., 2006, p. 454).

Marcelo Cattoni de Oliveira vai mais além, ao observar que, em diferentes casos concretos, um mesmo direito fundamental pode ser tratado em perspectivas argumentativas distintas:

⁹⁹ Essa é uma classificação didática e sintética, na qual preferimos omitir os agora anunciados direitos de “4ª” e “5ª dimensão”, ainda não chancelados pela doutrina mais científica.

¹⁰⁰ É interessante observar que mesmo os direitos individuais possuem uma dimensão prestacional, na medida em que são protegidos pelo aparato do Estado.

Conforme o caso, por exemplo, o direito ao meio-ambiente saudável pode ser tratado argumentativamente como questão interindividual de direito de vizinhança, como condições adequadas de trabalho de uma categoria profissional ou, até mesmo, como direito das gerações futuras: depende da perspectiva argumentativa, se individual, coletiva, social ou difusa de quem o defende em juízo. (OLIVEIRA, p. 137, 2003).

A percepção de Cattoni de Oliveira é preciosa para que se transcenda, na hermenêutica constitucional, à clássica segmentação dos direitos fundamentais em gerações ou mesmo dimensões, cuja única conveniência é facilitar a compreensão histórica de seu processo de concretização.

Aplicando-se a teoria de Cattoni de Oliveira ao estudo do direito fundamental ao trabalho digno, será possível analisá-lo ora como direito individual, ora como direito social, ou mesmo como direito fundamental de 3ª dimensão, como será visto a seguir.

6.2.1 Trabalho digno: Direito Social de todo trabalhador?

Dissertando sobre o trabalho digno enquanto direito fundamental e referencial axiológico da dignidade da pessoa humana, Gabriela Neves Delgado (2006, p. 26, 207, 208, 227) observa que a forma mais eficiente de sua viabilização se dá por meio da regulamentação jurídica.

A doutrinadora mineira pondera que, para acompanhar a dinâmica da realidade, o Direito do Trabalho deve ter seu objeto permanentemente investigado e reinterpretado. E propõe uma reconstrução jurídica da proteção ao trabalho, baseada na orientação filosófica de que todo trabalho digno¹⁰¹ deve ser efetivamente protegido pelo direito do trabalho:

“Por essa razão é que se impõe a necessidade de que, pelo menos, os direitos alçados à qualidade de indisponibilidade absoluta (e que sejam relacionados à prestação de serviços) estejam assegurados a todo e qualquer trabalhador.”

Antes de nos posicionarmos a respeito do tema, talvez convenha ilustrá-lo com situações do cotidiano: um taxista, proprietário do automóvel, conduzindo um passageiro ao aeroporto; um paciente sendo atendido no consultório de um dentista.

Seria plausível que aquele paciente fosse condenado, na Justiça do Trabalho, a pagar indenização por acidente do trabalho ao dentista, se este sofresse acidente ou contraísse

¹⁰¹ Se a proteção do Direito do Trabalho dignifica o trabalho, podem existir, por outro lado, trabalhos vis, ou “em si indignos”, que não devem ser legitimados pela ordem jurídica.

doença durante o tratamento? E se o taxista viesse a se ferir em acidente de trânsito, enquanto conduzisse o passageiro a seu destino? Ou, voltando ao exemplo do dentista, seria razoável que a lei viesse a lhe assegurar, na hipótese de um tratamento mais longo, o direito ao adicional de insalubridade, férias ou FGTS, a cargo do paciente?

Tentaremos demonstrar, nas próximas linhas, em que essas hipóteses contradizem a razoabilidade e a lógica do ordenamento jurídico.

Cumpre salientar, de início, a *eficácia horizontal* dos direitos fundamentais trabalhistas. Conforme a doutrina constitucionalista (CRUZ, 2007, p. 338-342), ocorre a horizontalização dos direitos fundamentais quando estes, ao invés de serem prestados diretamente pelo Estado, inserem-se nas relações entre particulares. É precisamente o caso dos direitos sociais previstos no art. 7º da Constituição, que em lugar de serem cumpridos pelo Estado são imputados ao contratante dos serviços.

Mas há um detalhe fundamental: ao invés de se ater aos empregados, o *caput* do art. 7º da Carta Magna nomina, como destinatários dos direitos sociais, os *trabalhadores*, conceito mais amplo que, pela sistemática constitucional (em nossa concepção) conjuga-se ao de relação de trabalho.

Do que se deduz, nessa perspectiva, que um projeto de extensão do núcleo dos direitos fundamentais trabalhistas a trabalhadores não-empregados deverá ser traçado a partir dos contornos da relação de trabalho *lato sensu*.

O trabalho hipossuficiente é o que carece da tutela do direito laboral. O que não significa dizer que apenas esse tipo de trabalho mereça proteção do ordenamento jurídico, mas que a ele deve ser reservada a tutela especial trabalhista, que tem eficácia horizontal, ou seja, *entre as partes* da relação jurídica.

Reportando-nos à nossa concepção de relação de trabalho, concluímos que, somente quando o contratante dos serviços figurar na relação jurídica como genuíno tomador, detentor de uma empresa ou outro tipo de organização, a lei poderá lhe imputar *prestações positivas trabalhistas*, em benefício do trabalhador. Em tal situação, sendo hipossuficiente o trabalho na relação jurídica, sua dignidade há de ser protegida na perspectiva argumentativa de *direito social* – ou mesmo de 3ª dimensão, como é o caso das tutelas metaindividuais que têm por objeto o *meio-ambiente do trabalho*.

Por outro lado, em se tratando de trabalho autossuficiente, prestado ao público consumidor (como nos exemplos do dentista e do taxista), incumbe ao próprio profissional assegurar a saúde, segurança e dignidade de seu próprio trabalho. Os custos dessa iniciativa

acabam agregados ao preço do serviço, que é cobrado aos clientes, vulneráveis na relação jurídica. Esse tipo de trabalho não carece da tutela especial trabalhista.

O trabalhador autossuficiente tem sua dignidade assegurada, no âmago da relação jurídica com o contratante dos serviços, em outra perspectiva: a de *direito individual*. Na hipótese de ter violado o direito ao livre exercício de seu ofício, ou à inviolabilidade de sua intimidade, vida privada, honra e imagem durante a prestação do serviço, o profissional poderá pleitear indenização por dano material ou moral (art. 5º, X e XIII da Constituição da República), em ação que irá escapar, contudo, à competência material da Justiça do Trabalho, por não ser oriunda de genuína relação de trabalho.

Frise-se que, mesmo na hipótese de prestação habitual, mas não subordinada, a pessoa física que não detenha uma organização, não se configura a alienação do trabalho que careça da proteção trabalhista *horizontal*, uma vez que se trata de trabalho autossuficiente. Tivemos a oportunidade de experimentar nossa tese em conversas com *personal trainers*, que asseveraram que, na relação profissional com seus clientes/pessoas físicas, não apenas obtêm remuneração mais vantajosa que aquela oferecida pelas academias de ginástica; o *modo de ser* da prestação, disseram eles, é completamente distinto e, por conseguinte, a própria realização pessoal alcançada.

6.2.2 Os trabalhadores excluídos

Pode-se argumentar que nossa formulação mantém desprotegidos trabalhadores informais, precários e os excluídos¹⁰² em geral, que prestam serviços a pessoas físicas, sem subordinação. É o caso de engraxates, *flanelinhas* e também dos menores que trabalham nas ruas, distraindo ou entretendo transeuntes ou motoristas em sinais de trânsito.

Com efeito, esse tipo de labor não se enquadra em nosso conceito de relação de trabalho, uma vez que o cliente/beneficiário dos serviços, ao não deter uma empresa, organização ou meios de produção, não se apropria do produto do trabalho alheio. Tampouco o trabalhador aliena o valor de uso de sua capacidade de trabalho, pois o preço combinado é por um serviço individualizado.

Por paradoxal que possa parecer, ainda que inegavelmente desfavorecidos ou excluídos do sistema (ou seja, *em-si hipossuficientes*), esses trabalhadores não se sujeitam, na

¹⁰² Por *excluídos* referimo-nos às pessoas desprovidas não apenas de condições materiais básicas à subsistência digna, mas também de educação e qualificação para ingressar no mercado formal de trabalho.

relação informal com as pessoas físicas que contratam seus serviços, a qualquer forma de poder ou domínio.¹⁰³ Em razão disso, seria artificioso (ou mesmo inviável) onerar aquelas pessoas, a cada prestação isolada, com parcelas trabalhistas e encargos legais daí decorrentes, equiparando-as a tomadores de serviços genuínos. *O direito não cria a categoria econômica, apenas corresponde a ela, ou a expressa.*

Analisemos alguns exemplos cotidianos.

Quando o condutor de um automóvel o estaciona em local público e é abordado por um guardador de carros (o *flanelinha*), este não se submete a qualquer exteriorização de poder do motorista, em que pese a situação socioeconômica favorecer este último. Normalmente será o trabalhador quem irá estipular o preço do serviço de guarda do carro, em valor às vezes acima do razoável, isso quando não o cobrar adiantado. Desse modo, o *flanelinha*, por mais precária que seja sua condição social e laboral, não figura como parte vulnerável nessa relação informal com o proprietário do carro.¹⁰⁴

Pode-se argumentar que o exemplo é caricato, uma vez que a sujeição do motorista às condições impostas pelo *flanelinha* decorreria da possibilidade de dano ao veículo, inclusive por parte do próprio trabalhador.

Mas, e o engraxate que atende pessoas físicas nas ruas ou avenidas, lustrando seus sapatos? Em que aspecto esse trabalhador alienaria seu trabalho àqueles transeuntes? O produto do trabalho, na hipótese, não é apropriado pelo cliente, na medida em que seus calçados são encerados para uso próprio, não se destinando o resultado do serviço à negociação no mercado. Inexiste, portanto, excedente econômico a ser alheado. Tampouco se verifica a alienação do valor de uso da capacidade de trabalho do engraxate, pois o que se contrata ali é um serviço individualizado e o preço correlato.¹⁰⁵ Se o consumidor pretender, por exemplo, que sejam engraxados vários pares de sapatos seus, pagará tantas vezes o preço estipulado pelo engraxate, inexistindo, assim, potencial de exploração do trabalho alheio. O

¹⁰³ Frise-se que, nesse tipo de prestação, é o trabalhador quem normalmente estipula o preço do serviço, ao contrário do que ordinariamente ocorre na relação de trabalho.

¹⁰⁴ Situação completamente distinta seria aquela em que, em ponto concorrido e rentável, por exemplo, alguém resolvesse contratar uma equipe de *flanelinhas* para guardar os carros, mediante um pagamento determinado (suponhamos que isso fosse legal). Nessa nova situação, o trabalho dos guardadores de carro estaria sendo apropriado por aquele empreendedor. A relação jurídica entre ele e os *flanelinhas* seria não apenas trabalhista, mas autêntica relação de emprego.

¹⁰⁵ Aqui, pode-se argumentar que o engraxate estipula um preço induzido pelo mercado, inferior ao que seria realmente justo, considerando que o sistema capitalista deprecia esse tipo de trabalho. Trata-se, contudo, de desfavorecimento desse tipo de trabalho por parte do sistema, e não de sujeição do trabalhador na relação informal mantida com *aquela* pessoa física. Por isso entendemos que, em lugar de prestações trabalhistas a cargo do contratante dos serviços, esse tipo de trabalho deve merecer proteção social vertical.

trabalho não é transferido de um pólo a outro da relação, não se perfazendo genuína relação de trabalho.

Os motoristas ou pedestres que se entretêm com o trabalho de malabaristas e outros artistas, nas ruas ou sinais de trânsito, tampouco figuram ali na qualidade de tomadores de serviços. Não se apropriam dos frutos daquele trabalho, muito menos do valor de uso da capacidade de trabalho alheia. Muitas vezes sequer apreciam aquele trabalho, e mesmo assim contribuem com algumas moedas com o intuito de aliviar as dificuldades daqueles trabalhadores excluídos do sistema. Onerar tal contribuição espontânea com encargos trabalhistas seria algo impensável.¹⁰⁶

O que sustentamos, portanto, é que a relação de trabalho configura-se pela apropriação do trabalho por um tomador, e essa lógica é aplicável a qualquer tipo de prestação, inclusive aquela envolvendo trabalhadores precários ou excluídos.

De qualquer forma, se nem todos os trabalhadores fazem jus a direitos sociais com eficácia horizontal (a cargo do contratante dos serviços), todos devem merecer a *proteção social vertical*, a ser concretizada pela Seguridade Social. No caso dos trabalhadores ditos precários ou excluídos, tal proteção há que ser repensada e intensificada, reduzindo-se o desequilíbrio que os afeta no meio socioeconômico, sem onerar injustamente (ou mesmo de forma inviável) as pessoas físicas que com eles interagem. Aliás, nisso precisamente consiste o *princípio de solidariedade social*: a sociedade (e não as pessoas individualmente consideradas) deve assegurar um mínimo de rendimentos e condições dignas de subsistência aos menos favorecidos, respondendo cada contribuinte na medida de suas condições econômicas (renda ou consumo).

Por fim, cumpre enfatizar que, pela nossa proposta, qualquer trabalhador faz jus potencialmente à tutela do direito do trabalho, tornando-se credor trabalhista a partir do momento em que passe a alienar seu trabalho a um genuíno tomador.

6.2.3 Reconstruir o Direito do Trabalho sobre os mesmos pilares

O que propomos, portanto, é que o direito do trabalho seja reconstruído sobre os mesmos alicerces e pilares, em especial o *princípio da proteção*, preservando sua identidade

¹⁰⁶ Por outro lado, havendo alguém *por trás* daquele trabalho, coordenando-o e dele se beneficiando, evidentemente estará configurada uma relação de trabalho, possivelmente empregatícia.

enquanto ramo especial do direito, como um *contrapeso* ao modo de produção capitalista e às variantes de sua lógica de apropriação do trabalho alheio.

Ao redor do núcleo ainda hegemônico da relação empregatícia, sugerimos um alargamento das fronteiras do direito do trabalho que estenda, pela via legislativa¹⁰⁷, os direitos trabalhistas de indisponibilidade absoluta às relações de trabalho não-empregatícias, adaptando-os às peculiaridades de cada espécie trabalhista. Seriam beneficiados o trabalhador eventual ou autônomo que prestam serviços a empresa, o estagiário, a diarista doméstica, dentre outros trabalhadores que têm seu trabalho apropriado por um tomador.

Num tempo em que a exploração do trabalho ao mesmo tempo se dissimula e se intensifica, parece-nos arriscado dispersar o foco de incidência trabalhista.

Sempre respeitando as opiniões em contrário, entendemos que uma extensão do núcleo dos direitos fundamentais trabalhistas a *todos* os trabalhadores, além de contrariar a sistemática da Constituição, resultaria na *pulverização* da tutela trabalhista, que com o tempo talvez viesse a se dissipar em meio à regulação de tantas relações jurídicas envolvendo o trabalho humano, algumas nuclearmente antagônicas.

Nesse sentido, a ponderação de Maurício Godinho Delgado:

A idéia de extensão dos direitos fundamentais a todo tipo de trabalho, *se não manejada com sensatez e prudência*, poderia simplesmente agregar força à tendência de desregulamentação e flexibilização do Direito do Trabalho. É que esta extensão tenderia a supor, por óbvio, a diminuição do rol de tais direitos, em face das inúmeras especificidades dos distintos segmentos de prestadores de serviços (é evidente que seria inviável estender *todos* os direitos fundamentais trabalhistas a uma pessoa física que realizasse seus serviços de maneira efetivamente autônoma e impessoal no tocante aos respectivos tomadores). (DELGADO, 2006b,p. 666).

Frise-se que o *princípio da igualdade* consiste em “tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida de suas desigualdades”.

6.3 Direito do Trabalho: esboço de reconstrução

¹⁰⁷ A nosso ver, a extensão de direitos fundamentais trabalhistas a trabalhadores não-empregados é função legislativa, não competindo ao juiz do trabalho suprir a omissão do legislador. Entendemos que o *caput* do art. 7º da CF/88, ao se referir a “trabalhadores”, configura norma constitucional de eficácia plena quanto aos empregados, e de eficácia limitada no tocante às demais relações de trabalho. Mesmo porque só a lei poderá adequar aqueles direitos a cada relação trabalhista específica (trabalho autônomo, eventual, estágio de estudante, trabalho cooperado, de diarista doméstica, etc.), cada qual com suas peculiaridades.

O processo de expansão do direito material do trabalho vem sendo prenunciado ao longo das décadas pela melhor doutrina, e teve como marco importante a isonomia de direitos entre o trabalhador avulso e o empregado, assegurada pelo art. 7º, inciso XXXIV da Constituição Federal de 1988.¹⁰⁸

Mas foi sem dúvida a promulgação da EC 45/04 que inspirou no meio jurídico a idéia de um alargamento realmente substancial da tutela trabalhista, para além das fronteiras da relação empregatícia.

O que está em questão é verdadeiro processo de *reconstrução da tutela trabalhista*, o qual deverá ser cercado de toda a cautela necessária a evitar o risco de um abalo ou trinca no ordenamento justaltrabalhista e na própria estrutura do mercado de trabalho, além do já mencionado perigo de uma pulverização da tutela trabalhista.

Uma formalização excessiva poderia acarretar ainda o *engessamento* de algumas relações trabalhistas, depreciando o patamar remuneratório e afetando a desenvoltura de alguns trabalhadores no mercado, particularmente os autônomos e eventuais.

Não obstante, se bem projetada e implementada, a regulamentação das relações de trabalho *lato sensu*, além de assegurar a inclusão social de trabalhadores não-empregados, poderá servir de poderosa ferramenta no combate à fraude e à precarização da relação de emprego, considerando que ambas são estimuladas exatamente pelo vazio normativo que cerca o trabalho autônomo, eventual, de estagiário, etc.

6.3.1 Direito do Trabalho: dinâmica de expansão

Seria evidentemente inviável a formulação de um projeto individual de expansão do Direito do Trabalho, sem a interlocução e os subsídios do meio jurídico e da própria sociedade. Não apenas a matéria é de alta profundidade e complexidade, como o próprio processo legislativo envolve questões políticas intrincadas, com relação às quais muitas vezes os argumentos pragmáticos e utilitaristas sobrepõem-se aos jurídicos.

É por isso que, neste trabalho, limitamo-nos à proposição de diretrizes, rabiscos, mero esboço de um possível direito do trabalho *novo*, sem dissecá-lo em minúcias inúteis nessa etapa de mera reflexão.

¹⁰⁸ No âmbito processual, é importante destacar o pioneirismo da atribuição de competência à Justiça do Trabalho para as demandas dos pequenos empreiteiros (art. 652, *a*, III da CLT).

A expansão do direito material do trabalho, em nossa perspectiva, preencheria os contornos da relação de trabalho *lato sensu*, resguardando a centralidade da relação de emprego no sistema normativo trabalhista, em correspondência ao papel primordial do emprego na integração da classe trabalhadora ao modo de produção, e na própria afirmação da dignidade da pessoa humana.

Esse movimento expansionista consistiria em uma dinâmica de

- a) se esticar ao máximo os contornos da relação de emprego (como quem alarga um elástico);
- b) atrair à tutela trabalhista as formas residuais de alienação do trabalho a um genuíno tomador (ou seja, as relações de trabalho não-empregatícias).

A primeira força prescinde de processo legislativo, dependendo apenas da iniciativa do juiz do trabalho. A segunda ação, a nosso ver, pressupõe a extensão do núcleo dos direitos fundamentais trabalhistas a trabalhadores não-empregados, processo mais complexo e que demanda a via legislativa.

Entendemos que, sob essa dinâmica expansionista, o risco de uma precarização do Direito do Trabalho ficaria afastado, ou muito reduzido.

Como argumentamos anteriormente, o grande paradoxo da figura da *parassubordinação*, no Direito do Trabalho europeu, consiste em tomar o efeito (subordinação) como critério diferenciador da essência empregatícia. Por conseguinte, a pretexto de se assegurar alguma proteção a certos trabalhadores, “menos” ou “quase” subordinados, precarizou-se a tutela de genuínos empregados. E isso ocorreu porque a lógica adotada é a de enfraquecimento do conceito de relação empregatícia.

O que propomos é que a dinâmica de expansão do direito do trabalho siga uma lógica inversa à que inspirou a criação da figura do trabalhador parassubordinado. Mediante a identificação e fortalecimento da essência da relação de emprego, e do alargamento de seus contornos, afasta-se o risco de uma relativização e conseqüente precarização da tutela trabalhista nuclear, resguardando-se, ao mesmo tempo, a possibilidade da extensão parcial daquela proteção a *trabalhadores verdadeiramente não-empregados*. Trata-se, sem dúvida, de formas de trabalho minoritárias no modo de produção capitalista, mas, como já ponderamos, o Direito do Trabalho deve se nortear pela busca da inclusão dos trabalhadores explorados pelo sistema.

6.3.2 Regulação trabalhista das relações de trabalho não-empregatícias: um esboço

Os caminhos e alternativas para o fortalecimento da essência empregatícia na sociedade pós-industrial foram apresentadas na seção 5.5.

A partir de agora, direcionamos este estudo à formulação de um projeto (mero esboço) de extensão dos direitos fundamentais trabalhistas a trabalhadores não-empregados.

Citando Mario de La Cueva, Vilhena (1999, p. 358 e 370) sustenta, há mais de trinta anos, a necessidade de um alargamento da tutela trabalhista, reconhecendo, por outro lado, que certos institutos trabalhistas são incompatíveis com situações esporádicas de trabalho, ou com a instantaneidade de algumas relações de trabalho. Menciona o repouso semanal remunerado, as férias e as parcelas resilitórias, dentre outros direitos trabalhistas que adquiriram o *status* de direitos fundamentais com a promulgação da Constituição Federal de 1988.

E o insigne jurista mineiro enfatiza:

O que se pretende tornar claro é que qualquer trabalho voluntário, por conta alheia e subordinado (no Direito Brasileiro), deve ser objeto de tutela jurídica. A natureza dessa tutela, entretanto, e os direitos que se possam conferir e assegurar ao respectivo prestador é que deverão guardar proporções ou ser compatíveis com o lapso de tempo do serviço prestado.

Sobre a necessidade de uma proporção entre os direitos que se possam assegurar ao prestador e o lapso de tempo do serviço prestado, Vilhena aponta na própria legislação trabalhista em vigor o crescendo de direitos à medida em que o tempo de trabalho prossegue, exemplificando com o 13º salário e as férias. E arremata, reportando-se a Mario de La Cueva:

“Exatamente dentro desses princípios, *De La Cueva* sustenta que a redução ou a esporadicidade do tempo ou do serviço prestado não devem levar à eliminação da tutela, mas à outorga de direitos mínimos[...]”. (LA CUEVA *apud* VILHENA, 1999, p. 369-370).

Na linha de pensamento de De La Cueva e Vilhena, entendemos que um projeto de expansão do direito do trabalho deve ser idealizado e implementado seguindo-se uma lógica de extensão parcial e escalonada de direitos trabalhistas aos trabalhadores à margem da CLT, observando-se as peculiaridades de cada espécie de relação de trabalho.

Dentre tais particularidades, encontram-se não apenas o lapso de tempo do serviço prestado, mas as próprias condições da prestação e o grau de sujeição do trabalhador ao poder

do tomador de serviços. Não seria plausível, por exemplo, cogitar do pagamento de horas extras em se tratando de prestação genuinamente autônoma.

Não se trata de criar subclasses de trabalhadores, muito menos de discriminar certos trabalhadores não-empregados. Ocorre que as relações de trabalho não-empregatícias não contêm todos os elementos da relação de emprego, e a extensão da tutela trabalhista deve observar essa lógica proporcional. É o que sugere, aliás, Maurício Godinho Delgado, no texto transcrito linhas atrás.

Considerando o que expusemos anteriormente, sobre a eficácia horizontal da tutela trabalhista, a idéia mencionada por Gabriela Neves Delgado (2006, p. 228.)¹⁰⁹ de uma *renda social garantida*, garantida pelo Estado aos inativos e trabalhadores informais, não confluiria com o propósito de regulamentação das relações de trabalho não empregatícias, que é eminentemente contraprestativo. A renda mínima pode configurar, contudo, precioso instrumento para a efetivação de uma proteção social vertical dos trabalhadores, como sustentaremos mais adiante.

No que se refere à criação de um *valor mínimo hora* para o trabalho autônomo ou eventual, entendemos que o tema merece ser estudado e debatido com profundidade, tendo em vista o risco de um engessamento daquelas relações de trabalho. Frise-se que, em regra, a renda mensal daqueles trabalhadores é superior não apenas ao salário mínimo, mas à própria média remuneratória dos empregados. A fixação de um “valor mínimo por hora de trabalho” poderia induzir o mercado a adotá-lo como referência de remuneração de certos profissionais, em prejuízo deles próprios.

A nosso ver, em se tratando de trabalhadores não-empregados, a questão principal não reside no *valor* da contraprestação, mas no vazio normativo que desprotege aqueles profissionais, enquanto vendedores da própria força de trabalho, ou de seu produto.

O alargamento das fronteiras do Direito do Trabalho preencheria alguns desses vãos. Seguem algumas das diretrizes que podem ser úteis na elaboração de um projeto tão delicado e complexo.

6.3.2.1 Aplicação dos princípios do Direito do Trabalho à relação de trabalho lato sensu

Sendo o trabalhador a parte mais vulnerável na relação jurídica, revelam-se plenamente aplicáveis os princípios da proteção, da norma mais favorável, da imperatividade

¹⁰⁹ A autora invoca a doutrina de Alain Bihr.

das normas trabalhistas, da irrenunciabilidade dos direitos trabalhistas, da condição mais benéfica, da inalterabilidade contratual lesiva, da irreduzibilidade remuneratória, da primazia da realidade sobre a forma. O princípio da continuidade da relação de emprego seria adaptado às relações de trabalho marcadas pela habitualidade da prestação.

6.3.2.2 Não-regulamentação do serviço eventual prestado por profissional liberal

Em que pese beneficiados pela ampliação da competência trabalhista, não nos parece razoável estender a tais profissionais o *agasalho das normas trabalhistas* – salvo, evidentemente, se houver subordinação jurídica ou econômica na prestação, o que ocorrerá na hipótese de relação de emprego ou trabalho autônomo habitual.

Exemplificando, a cobrança de honorários decorrentes do exercício de mandato oneroso em favor de ente produtivo não atrairia a incidência de normas trabalhistas; diversamente, ao advogado que prestasse serviços habituais a um escritório ou empresa, mesmo sem subordinação jurídica, seriam assegurados os direitos do trabalhador autônomo.

6.3.2.3 FGTS: direito fundamental do trabalhador

O FGTS seria erigido à condição de *direito fundamental do trabalhador*, verdadeiro instrumento de inclusão social dos trabalhadores à margem da CLT, assegurando-lhes, a longo prazo, os benefícios de autêntica *poupança forçada*, e o resguardo de seu tempo de serviço. Além do trabalhador autônomo e do eventual, seriam beneficiados o estagiário, o parceiro-outorgado rural, a empregada e a diarista domésticas.

Com relação especificamente ao trabalhador eventual, a operacionalidade dos recolhimentos demandaria alteração no sistema do órgão gestor (Caixa Econômica Federal), e o levantamento dos depósitos seria regulado por lei.

6.3.2.4 Trabalho autônomo

Como salientamos na seção 5.6.1.3, o genuíno trabalhador autônomo detém uma organização própria. Por conseguinte, não aliena sua capacidade de trabalho ao tomador (empresa ou outro tipo de organização), apenas o produto daquele trabalho, desenvolvendo sua atividade com maior iniciativa e liberdade de negociação. Em razão disso, a

hipossuficiência desse trabalho, no âmago da relação de trabalho, não contém o mesmo grau e intensidade inerentes ao trabalho subordinado.

É por isso que sustentamos que o tratamento jurídico a ser destinado ao trabalho autônomo (repise-se: prestado a empresa ou outro tipo de organização, porque só este configura relação de trabalho) deve ser distinto daquele referente ao trabalho subordinado.

Pode-se pensar em uma tutela restrita ao núcleo dos direitos fundamentais trabalhistas, a esse tipo de trabalho. Além do FGTS, esse trabalhador autônomo faria jus às férias anuais remuneradas com o acréscimo de 1/3, 13º salário e aviso prévio, por exemplo, obrigando-se o tomador ainda ao recolhimento previdenciário respectivo.

Talvez se pudesse pensar em tratamento semelhante ao trabalhador cooperado, em sua relação jurídica com a empresa tomadora dos serviços.

Além dessas diretrizes, revela-se fundamental uma política oficial de incentivo à filiação dos trabalhadores não-empregados à Previdência Social – em especial do trabalhador eventual, que seria inserido em categoria própria, como sugere Gabriela Godinho Delgado (2006, p. 229). Outro passo importante seria a criação, por via legislativa, de um modelo de sindicalização que abrangesse aqueles trabalhadores.

Entendemos ainda plenamente aplicável às relações de trabalho *lato sensu*, independentemente de alteração legislativa, o capítulo 6 da CLT, referente à saúde e segurança no trabalho (direitos de indisponibilidade absoluta), bem como a responsabilidade do tomador dos serviços pela indenização por danos materiais ou morais decorrentes de doença profissional ou acidente do trabalho, na hipótese de trabalho subordinado ou trabalho autônomo realizado nas dependências do tomador.

Nesse ponto, destacamos a ponderação de Norberto Bobbio, de que “os direitos não nascem todos de uma vez. Nascem quando devem ou podem nascer.” (BOBBIO, 1992, p. 5-6).

E é um engano pensar que tudo se resolve com a criação de novos direitos. Como adverte o próprio Bobbio, “o problema fundamental em relação aos direitos do homem, hoje, não é tanto o de *justificá-los*, mas o de *protegê-los*.” (BOBBIO, 1992, p. 24). Mais do que definir quais e quantos direitos, sua natureza ou fundamento, o desafio maior é concretizá-los.

6.3.3 Garantia de emprego e redução da jornada

A idéia de reconstrução do direito do trabalho não se exaure no projeto de extensão da tutela trabalhista a trabalhadores não-empregados. Outras mudanças urgem para fazer frente a

uma era única que se anuncia nos países emergentes, como o Brasil. A perspectiva de forte crescimento econômico nas próximas décadas mistura-se à realidade do cenário de precarização do trabalho, que tende a se agravar com o discurso dominante de desregulamentação e flexibilização trabalhistas.

Diante de tal quadro, entendemos fundamentais para o futuro do direito do trabalho a instituição da garantia de emprego e a reconstrução do regime de duração do trabalho.

Márcio Túlio Viana pondera que o Direito não é um simples retrato da realidade, reforçando-a ou corrigindo-a, e de algum modo transformando-a. E afirma que hoje “o sistema usa estrategicamente as incertezas que semeia; é preciso, portanto, que o Direito – em lugar de reforçá-lo – mais uma vez o corrija”. (VIANA, 2010b, p. 487-488).

Atento às mudanças do mundo do trabalho, o i. doutrinador sugere que “talvez seja preciso, realmente, tornar o trabalho um pouco mais cambiante, mas sem fazê-lo mais precário; e que seja também interessante enriquecê-lo, mas sem torná-lo estressante. Afinal, nem tudo eram flores no sistema fordista; antes pelo contrário. Além do mais, o próprio trabalhador – inclusive enquanto consumidor – já não é mais o mesmo; e o que vem acontecendo com ele (ou conosco) não é apenas obra da ideologia ou de jogadas de *marketing*.” (VIANA, 2010b, p. 487).

Viana invoca então a Convenção n. 158 da OIT: “embora já um tanto antiga, ela traz – pelo menos em gérmen – uma solução de consenso ou síntese entre o presente, o passado e o futuro.”

A Convenção n. 158 tem vigência internacional desde 23.11.85, mas só foi aprovada pelo Congresso Nacional em 1992, sendo ratificada pelo Governo Federal junto à OIT em 1995. Doze meses depois, em 06/01/96, começou a vigor no Brasil. O STF, porém, suspendeu liminarmente sua vigência, ao fundamento de que a Convenção dependia de necessária e ulterior intermediação legislativa para alcançar integral aplicabilidade no plano doméstico. O Presidente Fernando Henrique Cardoso, sem aguardar a decisão de mérito, denunciou a Convenção em 23.11.96.

A legitimidade do decreto do Presidente foi questionada em ADIn, proposta pela CUT e CONTAG (Confederação Nacional dos Trabalhadores na Agricultura), e pendente de julgamento no STF.

Márcio Túlio Viana (2010b, p. 489) lembra que a Convenção 158 prevê três espécies de dispensa:

- a) por justa causa;
- b) por razões justificáveis, relacionadas com necessidades de funcionamento da empresa, estabelecimento ou serviço, sendo devida indenização; e
- c) arbitrária, quando então seria cabível a reintegração do empregado.

O autor ressalta que a jurisprudência tem aberto novas hipóteses de reintegração, com base na idéia de discriminação (art. 5º, XLI da CF) e no princípio da boa-fé objetiva do novo Código Civil.

Entre as vantagens da segurança no emprego, o i. doutrinador menciona a redução da concorrência entre os trabalhadores, restaurando-se a solidariedade e as identidades coletivas; o aumento da adesão ao sindicato e o fortalecimento da luta coletiva; o acesso mais real à Justiça, mesmo no curso do contrato de trabalho e, por consequência, a prescrição parcial adquirindo base lógica. Viana conclui que até a Justiça poderá se tornar algo menos necessário. (VIANA, 2010b, p. 496).

Paralelamente à garantia de emprego, propomos que a reconstrução do direito do trabalho assente-se em um novo regime de duração do trabalho.

Para tanto, seriam revistos o inciso XIII do art. 7º da Constituição da República e o capítulo 3 da CLT, reduzindo-se os limites da jornada diária e semanal, sem redução do salário, e impondo-se severas restrições à prorrogação da jornada.

Sendo tendências do capitalismo pós-industrial a retração e a precarização do trabalho imediato, não parece razoável que a legislação trabalhista continue induzindo a prática da sobrejornada, reduzindo ainda mais o potencial da oferta de emprego, além de colocar em risco a própria saúde e a segurança do trabalhador.

É evidente que as normas relativas à jornada poderiam ser adequadas à realidade de cada atividade econômica ou categoria profissional, via negociação coletiva, considerando-se a possibilidade de escassez de mão-de-obra em setores que exigem maior qualificação, por exemplo.

6.4 Por um Direito Social

Discorrendo sobre as alternativas para o direito do trabalho dos novos tempos, e sobre “a realidade cambiante da vida do trabalhador, que hoje pode ser servente, em seguida aprendiz, no outro mês moto-boy e mais tarde, talvez, um alcoólatra de bar ou um malabarista

de rua”, Márcio Túlio Viana vislumbra um Direito do Trabalho mais abrangente, que garanta “ao homem que trabalha, ainda que sem trabalho, uma existência digna”. O Direito do Trabalho “serviria de costura a esses recortes de vida, com proteção variada e variável”. (VIANA, 2005, p. 259-275).

Valéria Marques Lobo (2010, p. 14) pondera que a ação estatal na regulação das relações de trabalho e na proteção ao desempregado, através de uma legislação trabalhista e securitária, é fundamental até mesmo para aumentar a segurança do trabalhador inserido no mercado formal e o poder sindical e, assim, motivar a participação na ação coletiva:

No limite, a utopia do mercado autorregulado corresponde à imagem de uma sociedade capitalista totalmente mercantilizada. [...] Por seu turno, a presença de direitos sociais, que tanto regulem as condições da venda e do uso da força de trabalho, bem como assegurem a fruição de bens relacionados a saúde, educação, habitação, alimentação através do provimento público, além de garantir uma renda mínima às pessoas, quando o mercado falha ou não as absorve, representaria a utopia da completa desmercantilização, ainda nos marcos da ordem capitalista. (LOBO, 2010, p. 265).

A autora menciona o exemplo do seguro-desemprego e sublinha que, ao garantir condições de sobrevivência àqueles trabalhadores que são expelidos do mercado em suas variações cíclicas – ou mesmo como retaliação patronal pela participação em ações coletivas, ou ainda como estratégia para o rebaixamento dos salários –, o benefício mitiga a o potencial do excedente de força de trabalho de afetar negativamente o comportamento dos salários:

O mesmo poder-se-ia dizer de outros benefícios sociais promovidos pelo Estado e assegurados universalmente àqueles que, por alguma razão – doença, acidente, velhice, invalidez para o trabalho, carência de vagas –, encontram-se fora do mercado de trabalho. A presença de vastos contingentes fora do mercado e sem proteção assegurada por políticas sociais aumenta a insegurança dos *de dentro*, tornando-os mais suscetíveis às imposições do Capital, cuja lógica tende a pautar-se pelas condições do mercado. *Grosso modo*, pode-se dizer que, quanto maior for a abrangência das políticas sociais, menos mercantilizada será a força de trabalho. Dessa forma, no processo de desmercantilização são importantes não apenas as leis trabalhistas, mas as políticas sociais em geral. Noutros termos, a desmercantilização ocorre quando a prestação de serviços e a oferta de benefícios são concebidas como direito social, desvinculando a sobrevivência e o bem-estar das pessoas da venda de sua força de trabalho no mercado. (LOBO, 2010, p. 265).

Para uma visão mais clara do tema, talvez seja pertinente grifar mais uma vez a distinção entre a *incidência horizontal* da regulação trabalhista e a *eficácia vertical* das normas de seguridade social. A partir de tal contraposição, torna-se possível vislumbrar uma confluência entre essas duas tutelas, em algum momento, para desaguar mais à frente na

formação de um autêntico Direito Social. Um direito que assegure uma proteção mais abrangente não apenas aos trabalhadores inseridos no mercado formal, mas também aos informais ou “de fora”.

Em sua clássica obra *Direito Social*, A.F. Cesarino Júnior desenvolveu com profundidade o assunto. Mas antes de apresentarmos uma síntese de sua doutrina, convém abordar o posicionamento de outros doutrinadores sobre os laços estreitos que vinculam o Direito do Trabalho ao Direito Previdenciário.

Olea (1984, p. 206) ressalta que a conexão da Previdência Social com o Direito do Trabalho é indiscutível, e que a integração da segurança social ao Direito do Trabalho foi determinada pela circunstância de o âmbito inicial de sua cobertura ser constituído de trabalhadores por conta alheia.

Arnaldo Süssekind assinala que, para muitos, a Previdência Social constitui ainda um dos capítulos do Direito do Trabalho. E pondera que, mesmo tendo ela se tornado disciplina autônoma, com princípios doutrinários e regras jurídicas próprias,

é inegável que os beneficiários diretos são, em sua grande maioria, trabalhadores, que se vinculam obrigatoriamente à respectiva instituição seguradora, em virtude de celebração de contrato de trabalho com empregador ou da prestação de serviços sob forma autônoma. (SÜSSEKIND, 1995, p.152).

No mesmo sentido, Maurício Godinho Delgado destaca que “os vínculos do Direito do Trabalho com o ramo previdenciário são históricos: os dois segmentos jurídicos praticamente nasceram do mesmo processo de intervenção do Estado no mercado de trabalho, a partir da segunda metade do século XIX, na Europa Ocidental”. E acrescenta:

Hoje tais vínculos preservam-se estreitos, uma vez que parte significativa da arrecadação da Previdência Oficial, no sistema brasileiro, origina-se da folha de salários das empresas, tomando como base de cálculo, no caso dos empregados, as verbas de natureza salarial por eles recebidas, inclusive as equiparadas aos salários para tais fins, como as gorjetas (arts. 29, § 1º, e 457, caput, CLT) (DELGADO, 2004, p. 79).

Gabriela Neves Delgado, referindo-se aos princípios internacionais do Direito do Trabalho e do Direito Previdenciário, ressalta-lhes o centro, eixo comum: a concepção de dignidade de pessoa humana, valor-fonte na contemporaneidade do Direito:

A compreensão de que o ser humano é o centro convergente dos Direitos Humanos é fundamento indispensável para a construção do arcabouço principiológico da

Ciência do Direito, ainda mais quando se trata de direitos sociais, como é o caso do Direito do Trabalho e do Direito Previdenciário.

Veja-se que o Direito do Trabalho e o Direito Previdenciário, respeitadas suas particularidades, têm como princípio matriz, consideradas a ordem internacional e a legislação pátria, o *Princípio da Proteção*. No Direito Previdenciário, o *Princípio da Solidariedade Social* também é seu postulado básico. (DELGADO, G., 2010, p. 453).

6.4.1 A concepção de Direito Social de Cesarino Jr.

O conceito de *Direito Social* de A. F. Cesarino Jr. transcende os vínculos históricos ou de arrecadação entre o Direito do Trabalho e a Previdência Social, bem como a correlação entre contrato de trabalho e benefícios previdenciários. O autor tem em mira um direito que tutele, de forma abrangente, a situação de hipossuficiência ou debilidade econômica:

Há no ordenamento jurídico normas que visam estabelecer o equilíbrio social, pela proteção dos economicamente fracos. Assim, a idéia que a expressão ‘Direito Social’ nos evoca é a de um complexo de normas tendentes à proteção dos economicamente débeis. Para isto basta examinar qualquer das regras referentes ao trabalho de menores, à duração do trabalho, aos acidentes do trabalho, à rescisão do contrato de trabalho, à repressão da usura, à organização e funcionamento dos sindicatos e veremos que todas se destinam à proteção dos indivíduos economicamente débeis. (CESARINO JÚNIOR, 1980, p. 41).

O autor salienta que a expressão está de acordo com as designações “política social”, “serviço social”, “assistência social”, “previdência social”, “seguro social”, “segurança social”, “ação social”. (CESARINO JÚNIOR, 1980, p. 35). Mais adiante, formula sua definição de Direito Social:

Direito Social é a ciência dos princípios e leis geralmente imperativas, cujo objetivo imediato é, tendo em vista o bem comum, auxiliar as pessoas físicas, dependentes do produto de seu trabalho para a subsistência própria e de suas famílias, a satisfazerem convenientemente suas necessidades vitais e ter acesso à propriedade privada. (CESARINO JÚNIOR, 1980, p. 48-49).

A concepção de Direito Social de Cesarino Júnior abrange o *Direito Coletivo do Trabalho* e, no plano individual, o *Direito Individual do Trabalho* e o *Direito Assistencial*, este último consistindo na heteroproteção genérica de todos os indivíduos economicamente débeis. O *Direito Previdencial*, por sua vez, conjuga auto e heteroproteção, e integrado ao Direito Assistencial produz o *Direito da Segurança Social*. (CESARINO JÚNIOR, 1980, p. 54-55).

Entre as principais objeções à denominação “Direito Social”¹¹⁰, sintetizadas por Evaristo de Moraes Filho (*apud* CESARINO JÚNIOR, 1980, p. 37), estão a de que a expressão é ambígua e genérica; que o chamado direito social é uma das manifestações da socialização do direito e não todo ele; que compreender o Direito Social como o faz Cesarino Júnior é estender demasiado o campo do Direito do Trabalho, invadindo os domínios da economia, da política social e da sociologia aplicada.

Com efeito, *nos moldes atuais* do ordenamento jurídico brasileiro (e também no da época das objeções a Cesarino Júnior) torna-se complicado equacionar um ramo único do direito que abranja as tutelas voltadas aos hipossuficientes. Não é essa a sistemática constitucional acerca dos direitos sociais e dos juízos competentes para efetivá-los. Os direitos fundamentais trabalhistas estão elencados no art. 7º (título II, capítulo 3), e a competência para as ações oriundas e decorrentes da relação de trabalho é da Justiça do Trabalho (art. 114). A seguridade social é tratada no título VIII da Constituição da República, e a competência para deferir benefícios previdenciários é do juiz federal ou, na sua falta, da Justiça Comum (art. 109). Isso acarreta inevitavelmente a segmentação do Direito do Trabalho e do Direito Previdenciário, ainda que ambos tenham em comum, como fundamento matriz, o *princípio da proteção*.

Não obstante, a doutrina de Cesarino Júnior pode servir de precioso marco teórico para uma reflexão acerca da criação futura de um *novo Direito Social*, que resulte da confluência do direito do trabalho com o as normas de seguridade social.

O primeiro passo para a criação desse *direito do trabalho e seguridade social* talvez seja a atribuição, pela via legislativa, de competência material à Justiça do Trabalho para processar e julgar as lides entre o segurado e a Previdência Social, controvérsias essas *decorrentes*¹¹¹ da relação de trabalho (art. 114, inciso IX da Constituição da República).

¹¹⁰ CESARINO JÚNIOR, 1980, p. 37.

¹¹¹ O inciso I do art. 114 confere competência à Justiça do Trabalho para processar e julgar as ações *oriundas* da relação de trabalho. O inciso IX refere-se a controvérsias *decorrentes* da relação de trabalho. Presumindo-se que o texto constitucional não contém palavras inúteis, entendemos que a exegese que melhor atende aos princípios da *unidade* da Constituição, da *proporcionalidade* e da *razoabilidade*, inerentes à interpretação especificamente constitucional, é aquela no sentido de que o inciso I do art. 114 constitui norma constitucional de aplicação plena e imediata, disciplinando a competência trabalhista *nuclear*, e alcançando apenas as ações que tenham como “causa de pedir remota” a própria relação de trabalho. O inciso IX, por sua vez, enquanto norma de eficácia limitada, autoriza o legislador infraconstitucional a incluir na competência trabalhista ações que tenham por causa de pedir outra relação jurídica, que decorra da relação de trabalho. É o caso, por exemplo, das lides entre empresas (sucedida e sucessora, prestadora de serviços e tomadora) e demais hipóteses de intervenção de terceiros cuja causa de pedir não seja a própria relação de trabalho. No inciso IX do art. 114 enquadram-se ainda, em nosso entendimento, as lides envolvendo concessão de benefício previdenciário, figurando no pólo passivo o INSS.

Além de o juiz do trabalho ser mais afeito a esse tipo de demanda que o juiz federal, em razão de sua maior experiência e sensibilidade no trato da questão social, tal ampliação da competência trabalhista garantiria a aplicação do princípio da *unidade de convicção*, evitando situações paradoxais como as que ocorrem atualmente, nas quais muitas vezes o empregado obtém tutela jurisdicional trabalhista reconhecendo vínculo empregatício com determinada empresa, e posteriormente o juiz federal julga improcedente o pleito de concessão de benefício previdenciário decorrente daquele contrato de trabalho.

Uma vez unificadas as competências trabalhista e previdenciária, seria possível cogitar da construção de um autêntico Direito Social, cujas fronteiras extravasariam os contornos da relação jurídica entre trabalhador e empregador/tomadores de serviços. Suas normas transcenderiam a regulação das relações de trabalho, para abranger a garantia de existência digna a todas as pessoas que vivam ou dependam do trabalho – ou seja, de todos os trabalhadores, no sentido mais amplo da expressão.

Nesse sentido, Gabriela Neves Delgado salienta que o princípio da proteção, no âmbito do direito previdenciário, resguarda o direito de todo trabalhador ser amparado pelo Estado em face de determinada contingência (“risco social”). A contraface desse direito consiste no dever do Estado de suportar aquelas contingências, quando houver eventos impeditivos da aquisição de meios habituais de subsistência pelo próprio trabalhador.

A autora ressalta ainda que o princípio da solidariedade social impõe a contribuição coparticipada da sociedade para o sustento de seus cidadãos, correspondendo à universalização da técnica de proteção social.

Entre esses *direitos sociais fundamentais*, a serem assegurados pelo Estado a todo cidadão, merece destaque a *renda mínima* em favor dos inativos e trabalhadores informais que lidam com a instabilidade e a insegurança no recebimento da contraprestação. Frise-se que a concretização desse direito no País depende apenas da regulamentação da Lei n. 10.835/2004, que instituiu, a partir de 2005, a *renda básica de cidadania* no Brasil.

Entendemos que a ação estatal de proteção social aos *não-empregados* deve dar um tratamento prioritário aos assim denominados *excluídos*: aqueles que, desprovidos de educação básica e plena cidadania, alternam a situação de desempregados à de trabalhadores informais, *em si hipossuficientes*, ainda que não sujeitos a uma relação de trabalho. Aqui são flanelinhas, ali malabaristas nos sinais de trânsito, vendedores de balas nos ônibus, dentre tantos personagens da economia precária e informal. Como já salientamos anteriormente, não tendo seu trabalho apropriado por um tomador, esses trabalhadores acabam desprotegidos da

tutela trabalhista em sua acepção estrita (direitos sociais com eficácia horizontal), quando são os que mais necessitam de proteção.

O que propomos é que, sem prejuízo dos programas de educação básica, incentivo ao emprego e outras formas de inserção social, esses trabalhadores excluídos do sistema sejam protegidos através de direitos sociais com eficácia vertical. O Estado concretizaria sua inserção na seguridade social e ainda lhes asseguraria, além da renda básica de cidadania, o núcleo dos direitos fundamentais trabalhistas. A viabilização do pagamento desses direitos se daria pela via tributária, e pela aplicação do princípio da solidariedade social.

Outra forma de inclusão social dos trabalhadores da economia informal seria sua sindicalização. Para isso, faz-se necessário repensar e reconstruir a idéia de sindicato, tema que refoge ao objeto deste trabalho.

*o real não está na saída nem na chegada:
ele se dispõe para a gente
é no meio da travessia*

7 CONCLUSÃO

Um trabalho como este é o percurso de uma longa e árdua estrada, que se cumpre a pé. Depois de tanto tempo, e algum sacrifício, é quase instintivo buscar-se um destino, um desfecho.

Mas o direito do trabalho é uma estrada sem fim, em permanente formação, sempre em transformação. E a escolha que fizemos foi pesquisar justamente esse seu trecho inacabado.

Por isso o que entregamos é um trabalho, também ele, inconcluso. Sem renunciarmos à nossa concepção, à nossa maneira de ver e compreender as coisas, sabemos que são meras impressões. E mesmo a realidade das coisas objetivas, o tempo e a história mudam tudo. Na paisagem desses novos tempos, as verdades ou certezas ondulam como as nuvens.

Mas, se a estrada do direito do trabalho jamais termina, abrem-se rumos, direções...

E, a nosso ver, o caminho do direito do trabalho para sobreviver à pós-modernidade é o da abertura e expansão, confluindo talvez com as veredas da seguridade social. Um direito que proteja, além dos empregados, os trabalhadores avulsos, autônomos, eventuais, cooperados, estagiários, diaristas domésticos e não se sabe que outros obreiros... em especial, os excluídos.

Que esse novo direito do trabalho nasça quando deva ou possa nascer. Mas ele não nascerá do ar, mas de dentro da sociedade, a quem cumprirá também concretizá-lo e protegê-lo.

O desafio se impõe à sociedade inteira, e em especial a juízes sintonizados com seu tempo. Nas palavras de Renato Nalini, juízes humanos, sensíveis, capazes de produzir uma justiça mais substantiva do que procedimental. Juízes de coragem, rebeldes e atentos à advertência de Kierkegaard, profeta das angústias: “Atrever-se, assumir riscos, é perder o pé momentaneamente. Não arriscar-se é perder-se a si próprio para sempre”. (NALINI, 2006, p. 286).

Que a reconstrução da tutela trabalhista seja obra não apenas do legislativo, mas das mãos ao mesmo tempo sensíveis e calejadas dos juízes do trabalho.

REFERÊNCIAS

- ANASTASIA, Antônio Augusto Junho. **Regime jurídico único do servidor público**. Belo Horizonte: Del Rey, 1990. 104 p.
- ANTUNES, Ricardo. **Adeus ao Trabalho?** Ensaio sobre as metamorfoses e a centralidade do mundo do trabalho. 4. ed. São Paulo: Cortez Editora, 1997.
- ANTUNES, Ricardo. **O Caracol e sua concha** – ensaios sobre a nova morfologia do trabalho. São Paulo: Boitempo, 2005.
- ARAÚJO, Florivaldo Dutra de. **Conflitos coletivos e negociação na função pública**: contribuição ao tema da participação em direito administrativo. 1998. 462 f. Tese (Doutorado em Direito Administrativo) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte.
- ARAÚJO, Florivaldo Dutra de. Os Regimes Jurídicos dos Servidores Públicos no Brasil e suas vicissitudes históricas. **Revista da Faculdade de Direito da UFMG**, Belo Horizonte, n. 50, p. 143-169, jan./jun. 2007.
- ASSIS, J. Carlos de. **Trabalho como direito** – fundamentos para uma política de promoção do pleno emprego no Brasil. Rio de Janeiro: Contraponto, 2002.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. 960 p.
- BARROS, Alice Monteiro de. A nova competência jurisdicional à luz da Emenda Constitucional n. 45, de 2004. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região**, n. 71, jan./jun. 2005.
- BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de direito do trabalho**. 2. ed. São Paulo, LTr, 2006.
- BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula. O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. *In*: SAMPAIO, José Adércio Leite. **Crise e desafios da constituição: perspectivas críticas da teoria e das práticas constitucionais brasileiras**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 469-508.
- BAYLOS, Antonio. **Direito do trabalho**: modelo para armar. São Paulo: LTr, 1999.
- BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nielson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.
- BOBBIO, Norberto; MATTEUCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de política**. Tradução de Carmem C. Varriale *et al.* FERREIRA, João (Coord.). 5. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2000. v. I.
- BOLOGNA, Sergio; FUMAGALLI, Andrea (Coords.). **Il lavoro autonomo di seconda generazione**. Milano: Feltrinelli, 1997.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pleno. Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.395-6-DF. Rel. Min. Cezar Peluso. EMENTA: INCONSTITUCIONALIDADE. Ação direta. Competência da Justiça do Trabalho. Incompetência reconhecida. Causas entre o Poder Público e seus servidores estatutários. Ações que não se reputam oriundas da relação de trabalho. Conceito estrito dessa relação. Feitos da competência da Justiça Comum. Interpretação do art. 114, inciso I, da CF, introduzido pela EC 45/2004. Precedentes. Liminar deferida para excluir outra interpretação. O disposto no art. 114, I, da Constituição da República, não abrange as causas instauradas entre o Poder Público e servidor que lhe seja vinculado por relação jurídico-estatutária. Julgamento: 05/04/2006. Publicação: DJ, 06-10-2006, p. Disponível in: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 17 set. 2008.

CARDOSO, Adalberto Moreira. **A década neoliberal e a crise dos sindicatos no Brasil**. São Paulo: Boitempo, 2003.

CALVET, Otavio Amaral. A nova competência da Justiça do Trabalho: relação de trabalho x relação de consumo. **Revista LTr**, v. 69, n. 1, p. 55-57, 2005.

CARVALHO, Juliana Brina Corrêa Lima de. **A mutabilidade do regime de função pública sob o prisma da contratualização do vínculo entre o servidor público e o Estado**. 2009. 257 f. Dissertação (Mestrado em Direito Administrativo) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte.

CASTEL, Robert. **As metamorfoses da questão social**. 5. ed. São Paulo: Editora: Vozes, [19--].

CATHARINO, José Martins. **Compêndio de direito do trabalho**. 3. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 1982. v. 1 e 2.

CATHARINO, José Martins. **Contrato de emprego**. Guanabara: Edições trabalhistas, 1965.

CESARINO JÚNIOR, Antônio Ferreira. **Direito social**. São Paulo: LTr, Editora da Universidade de São Paulo, 1980.

CHAVES JÚNIOR, José Eduardo de Resende. Parassubordinação e alienidade. In: RENAULT, Luiz Otávio Linhares. **Parassubordinação: em homenagem ao Professor Márcio Túlio Viana**. São Paulo: LTr, 2011, p. 92-93.

CORIAT, Benjamin. **Pensar pelo avesso: o modelo japonês de trabalho e organização**. Tradução de Emerson S. da Silva. Rio de Janeiro: Revan, UFRJ, 1994.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **Hermenêutica jurídica e(m) debate: o constitucionalismo brasileiro entre a teoria do discurso e a ontologia existencial**. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

DALLARI, Adílson Abreu. **Regime constitucional dos servidores públicos**. 2. ed. São Paulo: RT, 1990. 161 p.

DE LA CUEVA, Mario. **Derecho mexicano del trabajo**. 4. ed. México: Porrúa, 1959. v.2.

- DE LA CUEVA, Mario. **El nuevo derecho mexicano del trabajo**; história, princípios fundamentales, derecho individual y trabajos especiales. 5. ed. México: Porrúa, 1978.
- DELGADO, Gabriela Neves. **Direito fundamental ao trabalho digno**. São Paulo: LTr, 2006.
- DELGADO, Gabriela Neves. Princípios internacionais do direito do trabalho e do direito previdenciário. *In*: SENA, Adriana Goulart de; DELGADO, Gabriela Neves; NUNES, Raquel Portugal. **Dignidade humana e inclusão social**. Caminhos para a efetividade do direito do trabalho no Brasil. São Paulo: LTr, 2010, p. 451-463.
- DELGADO, Maurício Godinho. **Introdução ao direito do trabalho**. São Paulo: Editora LTr, 1995.
- DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 3. ed. São Paulo: LTr, 2004.
- DELGADO, Maurício Godinho. **Capitalismo, trabalho e emprego** – entre o paradigma da destruição e os caminhos da reconstrução. São Paulo: LTr, 2006a.
- DELGADO, Maurício Godinho. Direitos fundamentais na relação de trabalho. **Revista LTr**, v. 70, n. 06, p. 657-667, 2006b.
- DELGADO, Maurício Godinho. Relações de trabalho – competência e direito material. **Revista LTr**, v. 74, n. 2, p. 143-147, 2010.
- DELGADO, Maurício Godinho. Relação de emprego e relações de trabalho: a retomada do expansionismo do direito trabalhista. *In*: SENA, Adriana Goulart de, DELGADO, Gabriela Neves, NUNES, Raquel Portugal. **Dignidade humana e inclusão social**. Caminhos para a efetividade do direito do trabalho no Brasil. São Paulo: LTr, 2010, p. 17-33.
- DEVEALI, M. Levi. **Il rapporto di lavoro**. Milano: Giuffrè, 1937.
- DONATO, Messias Pereira. **Curso de direito do trabalho**. São Paulo: Saraiva, 1975.
- DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- ECO, Umberto. **Como se faz uma tese**. Tradução Gilson Cesar Cardoso de Souza. São Paulo: Perspectiva, 2010.
- ENGELS, Friedrich. *Sobre o papel do trabalho na transformação do macaco em homem*. 1876. Edição eletrônica. Ed. Ridendo Castigat Mores, p. 4, 6, 7 e 12, disponível em: <<http://www.jahr.org>>. Acesso em: 11. ago. 2011.
- ENGELS, Friedrich. **Sobre o papel do trabalho na transformação do macaco em homem**. 1876. Edição Ridendo Castigat Mores. Versão para eBook – eBooksBrasil.com. Fonte Digital Rocket Edition de 1999. Disponível em: <www.jahr.org>. Acesso em: 11 ago. 2011.

- FERNANDES, Francisco Liberal. **Autonomia colectiva dos trabalhadores da administração**: crise do modelo clássico de emprego público. Coimbra: Coimbra Editora, 1995. 284 p.
- FERRARI, Francisco de. **Derecho del trabajo**; de las relaciones individuales del trabajo. 2. ed. act. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1977. v. 2.
- GALBRAITH, John Kenneth. **Anatomia do poder**. Tradução de Hilário Torloni. 4. ed. São Paulo: Pioneira, 1999.
- GOMES, Orlando. **Introdução ao direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 2010, p. 108-110.
- GOMES, Orlando; GOTTSCHALK; Elson. **Curso de direito do trabalho**. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984.
- GORZ, André. **Adeus ao proletariado**. Rio de Janeiro: Forense, 1982.
- GORZ, André. **Crítica da divisão do trabalho**. Tradução de Estela dos Santos Abreu. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996.
- GORZ, André. **Metamorfoses do trabalho** – crítica da razão econômica. Tradução de Ana Montoia. São Paulo: Anna Blume, 2003.
- GORZ, André. **O imaterial**: conhecimento, valor e capital. Tradução de Celso Azzan Jr. São Paulo: Anna Blume, 2005.
- GRINOVER, Ada Pellegrini *et al.* **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor** – comentado pelos autores do anteprojeto. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005.
- GUIMARÃES, Juarez. **A esperança equilibrada**. A esperança crítica. Belo Horizonte e São Paulo: UFMG e Cortez Editora, 2009.
- HARDT, Michael; NEGRI, Antonio. **Império**. Tradução de Berilo Vargas. 7. ed. Rio de Janeiro: Record, 2005a.
- HARDT, Michael; NEGRI, Antonio. **Multidão**: guerra e democracia na era do Império. Rio de Janeiro: Record, 2005b.
- HARVEY, David. **Condição pós-moderna**. São Paulo: Loyola, 2001.
- HOBSBAWN, Eric. **Era dos extremos** – o breve século XX – 1914-1991. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.
- HÖFFE, Otfried. **O que é justiça?** Tradução de Peter Naumann. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2003.
- HUBERMAN, Leo. **História da riqueza do homem**. Tradução de Waltensir Dutra. 3. ed. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1967.

IBGE – **Censo demográfico 2009: trabalho e rendimento. resultados da amostra.** Rio de Janeiro: IBGE, 2009.

KEMPEN, Otto Ernst; KRETZCHMAR, Robert. Os problemas e as dificuldades de organizar sindicalmente os trabalhadores semiautônomos na Alemanha. Tradução de Lorena Vasconcelos Porto. *In*: RENAULT, Luiz Otávio Linhares *et al.* **Parassubordinação: em homenagem ao Professor Márcio Túlio Vianna.** São Paulo: LTr, 2011, p. 261

KEYNES, John Maynard. **Teoria geral do emprego, do juro e do dinheiro.** Rio de Janeiro: Editora Fundo de Cultura, 1964.

LAZZARATO, Maurizio; NEGRI, Antonio. **Trabalho imaterial: formas de vida e produção de subjetividade.** Tradução de Mônica Jesus. Rio de Janeiro: DP&A, 2001.

LOBO, Valéria Marques. **Fronteiras da cidadania: sindicatos e (des)mercantilização do trabalho no Brasil (1950-2000).** Belo Horizonte: Argvmentum, 2010.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de direito processual do trabalho.** 4. ed. São Paulo: LTr, 2006.

LOUREIRO, Maria Rita, **Os economistas no governo – gestão econômica e democracia.** Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1997.

LUHMANN, Niklas. A constituição como aquisição evolutiva. Tradução de Menelick de Carvalho Netto. *In*: ZAGREBELSKY, Gustavo (Coord.). **Il futuro della costituzione.** Torino: Einaudi, 1996.

MAIOR, Jorge Luiz Souto. Justiça do trabalho: a justiça do trabalhador? *In*: COUTINHO, Grijalbo Fernandes, FAVA, Marcos Neves (Coord.). **Nova competência da justiça do trabalho.** São Paulo, LTr, jan. 2005a.

MAIOR, Jorge Luiz Souto. Em defesa da ampliação da competência da Justiça do Trabalho. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 10, n. 746, 20 jul. 2005b. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/7033>>. Acesso em: 26 out. 2010.

MAIOR, Jorge Luiz Souto. **Relação de emprego e direito do trabalho.** São Paulo: LTr, 2007.

MALLET, Estêvão. Apontamentos sobre a competência da Justiça do Trabalho após a Emenda Constitucional n. 45. *In*: COUTINHO, Grijalbo Fernandes; FAVA, Marcos Neves (Coord.). **Justiça do trabalho: competência ampliada.** São Paulo: LTr, 2005.

MANKIW, N. Gregory. **Introdução à economia.** Tradução de Allan Vidigal Hastings. São Paulo: Thomson Learning Edições, 2006.

MARANHÃO, Délio. **Direito do trabalho.** 17. ed. Rio de Janeiro: Editora da Fundação Getúlio Vargas, 1993.

- MARANHÃO, Délio; CARVALHO, Luiz Inácio Barbosa. **Direito do trabalho**. 17. ed. Rio de Janeiro: Editora da Fundação Getulio Vargas, 1993.
- MARANHÃO, Délio; SÜSSEKIND, Arnaldo; VIANNA, Segadas. **Instituições de direito do trabalho**, 15. ed. São Paulo: LTr, 1995.
- MARX, Karl. **A origem do capital** (a acumulação primitiva). Tradução de Walter S. Maia. São Paulo: Global Editora e Distribuidora Ltda, 1977.
- MARX, Karl. **Grundrisse: foundations of the critique of political economy**. London: Penguin Books, 1993.
- MARX, Karl. **Manuscritos econômico-filosóficos**. São Paulo: Boitempo, 2004.
- MARX, Karl. **O capital: crítica da economia política**. 20. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2005. v. 2, liv. I.
- MARX, Karl. **O capital: crítica da economia política**. 23. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2006. v. 1, liv. I.
- MAZZUCHELLI, Frederico. **A contradição em processo**. O capitalismo e suas crises. São Paulo: Brasiliense, 1985.
- MELHADO, Reginaldo. **Poder e sujeição: os fundamentos da relação de poder entre capital e trabalho e conceito de subordinação**. São Paulo: LTr, 2003.
- MELHADO, Reginaldo. **Metamorfoses do capital e do trabalho: relações de poder, reforma do judiciário e competência da justiça laboral**. São Paulo: LTr, 2006.
- MENDES, Marcus Menezes Barberino; CHAVES JÚNIOR, José Eduardo de Resende. Subordinação estrutural-reticular: uma perspectiva sobre a segurança jurídica. **Revista Trib. Reg. Trab.** 3ª Reg., Belo Horizonte, v. 46, n. 76, p. 202, jul./dez. 2007.
- MERÇON, Paulo Gustavo de Amarante. Relação de trabalho – contramão dos serviços de consumo. **Revista LTr**, São Paulo, ano 70, n. 05, p. 590-598, maio 2006.
- MERÇON, Paulo Gustavo de Amarante. Além dos portões da fábrica – o direito do trabalho em reconstrução. **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**, v. 73, n. 3, p. 98-125, jul./set. 2007.
- MERÇON, Paulo Gustavo de Amarante. Direito do trabalho *novo*. **Revista Síntese Trabalhista e Previdenciária**, n. 256, p. 27-46, out. 2010.
- MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Tratado de direito privado**. Rio de Janeiro: Borsoi, 1964. t. 47.
- MONTORO FILHO, André Franco *et al.* **Manual de economia**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

MORAES FILHO, Evaristo de. **Tratado elementar de direito do trabalho**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1960. v. I.

MORAES FILHO, Evaristo de. **Do contrato de trabalho como elemento da empresa**. São Paulo: LTr, 1993.

MORAES FILHO, Evaristo de. **Trabalho a domicílio e contrato de trabalho**. São Paulo: LTr, 1994.

MORAES FILHO, Evaristo de. **Introdução ao direito do trabalho**. 8. ed. rev., atual. e ampl. por Antônio Carlos Flores de Moraes. São Paulo: LTr, 2000.

MORAES FILHO, Evaristo de; MORAES, Antonio Carlos Flores de. **Introdução ao direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 2010.

MUCHINSKY, Paul M. **Psicologia organizacional**. Tradução de Ruth Gabriela Bahr. São Paulo: Pioneira Thomson Learning, 2004.

NALINI, Renato. **A rebelião da toga**. Campinas: Millennium editora, 2006.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Compêndio de direito do trabalho**. São Paulo, LTr, 1976.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de direito do trabalho: história e teoria geral do direito do trabalho, relações individuais e coletivas do trabalho**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 1991.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de direito do trabalho**. 18. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2003.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. O debate sobre ações oriundas da relação de trabalho. **Revista LTr**, v. 74, n. 2, p. 136-137, 2007.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Da relação de trabalho. **Revista LTr**, v. 74, n. 03, mar. 2010.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro; FERRARI, Irany, MARTINS FILHOS, Ives Gandra da Silva. **História do trabalho, do direito do trabalho e da justiça do trabalho**. Homenagem a Armando Casimiro Costa. São Paulo: LTr, 2011.

NEWSTROM, John W.. **Comportamento organizacional**. O comportamento humano no trabalho. Tradução de Ivan Pedro Ferreira Santos. São Paulo: Mc Graw-Hill, 2008.

OLEA, Manuel Alonso. **Alineación**. Historia de una palabra. 2. ed. México D.F.: Universidad Autónoma de México, Editora IEP, 1974.

OLEA, Manuel Alonso. **Introdução ao direito do trabalho**. 4. ed. Tradução de C. A. Barata Silva. São Paulo: LTr, 1984.

OLEA, Manuel Alonso. **Alineación**. Historia de una palabra. México D.F: Instituto de Investigaciones Jurídicas Editora IEP, 1988.

OLEA, Manuel Alonso. Propriedade privada e divisão do trabalho (As raízes do trabalho alienado em Carlos Marx). **Revista Synthesis**. v. 13/91, p. 9-11, 1991.

OLEA, Manuel Alonso; BAAMONDE, Maria Emília Casas. **Derecho del trabajo**. 17. ed. Madrid: Civitas Ediciones, Universidad de Madrid, 1999.

OLIVEIRA, Marcelo Cattoni de. Teoria discursiva da argumentação jurídica de aplicação e garantia processual jurisdicional dos direitos fundamentais. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, n. 88, p. 109-147, 2003.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis de direito civil**. Tradução de Maria Cristina De Cicco. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

PIMENTA, Joaquim. **Sociologia econômica e jurídica do trabalho**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1957.

PIRES, Rosemary de Oliveira. **O trabalho cooperativado: um ensaio na harmonização de sua regulação com os direitos fundamentais do trabalhador**. 2001. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito da UFMG, Belo Horizonte.

PLÁ RODRIGUEZ, Américo. **Princípios de direito do trabalho**. Tradução de Wagner Giglio. 3. ed. São Paulo: LTr, 2000 ou 2004.

POCHMANN, Márcio. **O emprego na globalização – a nova divisão internacional do trabalho e os caminhos que o Brasil escolheu**. São Paulo: Boitempo, 2002.

PORTO, Lorena Vasconcelos. **A subordinação no contrato de trabalho: uma releitura necessária**. São Paulo: LTr, 2009, p. 47.

POSNER, Richard A. **El Análisis económico del derecho**. México: Fondo de Cultura Económica, 1998.

POSNER, Richard A. **Derecho y economía: una revisión de la literatura**. México: Fondo de Cultura Económica, 2000.

POSNER, Richard A. **Direito, pragmatismo e democracia**. Tradução de Teresa Dias Carneiro. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

RANIERI, Jesus. Alienação e estranhamento: a atualidade de Marx na crítica contemporânea do capital. 3ª Conferencia Internacional La Obra de Carlos Marx y los desafios del Siglo XXI. 2006, Havana, **Anais....** Havana, 2006.

RENAULT, Luiz Otávio Linhares *et al.* Trabalhando sem medo: novas possibilidades para a proteção ao emprego. In: SENA, Adriana Goulart de; DELGADO, Gabriela Neves; NUNES, Raquel Portugal. **Dignidade humana e inclusão social**. Caminhos para a efetividade do direito do trabalho no Brasil. São Paulo: LTr, 2010, p. 481-497.

RICARDO, David. **Princípios de economia política e tributação**. São Paulo: Editor Victor Civita, 1982.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **Princípios constitucionais dos servidores públicos**. São Paulo: Saraiva, 1999. 615 p.

ROCHA, João Batista de Oliveira. Contrato administrativo de trabalho. **Revista de Direito Público**, São Paulo, n. 82, p. 127-131, abr./jun. 1987.

ROCHA, Osiris. **A subordinação e sua insuficiência para integral visualização do contrato individual de trabalho**. São Paulo: LTr, mar. 1980. n. 3.

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

ROSA, Márcio Fernando Elias. **Direito administrativo**. 8. ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2006.

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

RUSSOMANO, Mozart Victor. **Curso de direito do trabalho**. Rio de Janeiro: José Konfino, 1972.

SANSEVERINO, Luísa Riva. **Curso de direito do trabalho**. Tradução de Elson Gottschalk. São Paulo, LTr, 1976.

SARAMAGO, José. **A caverna**. 9ª reimp. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

SARLET, Ingo. O direito fundamental à moradia na Constituição, *in* SAMPAIO, José Adércio Leite (Org.). **Crise e desafios da Constituição**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 439.

SEN, Amartya Kumar. **Choice, welfare and measurement**. Harvard: Harvard University Press, 1997.

SEN, Amartya Kumar. **Desigualdade reexaminada**. Tradução de Ricardo Doninelli Mendes. São Paulo: Editora Record, 2001.

SENA. Adriana Goulart de. **Dignidade humana e inclusão social: caminhos para a efetividade do direito do trabalho no Brasil**. São Paulo: LTr, 2010.

SILVA, Antônio Álvares da. **Pequeno tratado da nova competência trabalhista**. São Paulo: LTr, 2005.

SINGER, Paul. **Curso de introdução à economia política**. Rio de Janeiro: Forense-Universitária, 1982.

SMITH, Adam. **A riqueza das nações**. Tradução de Alexandre Amaral Rodrigues e Eunice Ostrensky. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1960. v. I.

SOUZA, Washington Peluso Albino de. **Direito econômico e economia política**. Belo Horizonte: Prisma Editora Cultural Ltda., 1970. v. 1.

SOUZA, Washington Peluso Albino de. **Direito econômico**. São Paulo: Saraiva, 1980.

STIGLITZ, Joseph E. **A globalização e seus malefícios**. A promessa não cumprida de benefícios globais. São Paulo: Editora Futura, 2002.

SÜSSEKIND, Arnaldo *et al.* **Instituições de direito do trabalho**. 15. ed. São Paulo: Editora LTr, 1995. v. I.

SÜSSEKIND, Arnaldo *et al.* Os direitos constitucionais trabalhistas. *In*: MONTESSO, Cláudio José; FREITAS, Marco Antônio de; BORGES, Maria de Fátima Coelho (Coord.). **Direitos sociais na Constituição de 1988**. Uma análise crítica vinte anos depois. São Paulo: LTr, 2008, p. 45-49.

SÜSSEKIND, Arnaldo *et al.* Da relação de trabalho. **Revista LTr**, v. 74, n. 3, p. 263-265, mar. 2010.

THOMPSON, E.P. **A formação da classe operária inglesa**. Tradução de Denise Bottman. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987. v. 3.

VASCONCELOS, Marco Antonio Sandoval de. **Economia** – micro e macro. São Paulo: Atlas, 2000.

VIANA, Márcio Túlio. Desregulamentar... Regulamentando. **Revista LTr**, São Paulo, v. 59, n. 7, p. 884-889, out. 1995.

VIANA, Márcio Túlio. **Direito de resistência**: possibilidades de autodefesa do empregado em face do empregador. São Paulo: LTr, 1996.

VIANA, Márcio Túlio. Cooperativas de trabalho: um caso de fraude através da lei. **Revista do TRT da 3ª Região**, n. 47-56, p. 51-53, jul. 1995 a jun. 1997.

VIANA, Márcio Túlio. As andanças da economia e as mudanças no direito. *In*: **O novo contrato a prazo**. São Paulo: LTr, 1998. (obra coletiva).

VIANA, Márcio Túlio. A proteção social do trabalhador no mundo globalizado. O direito do trabalho no limiar do século XXI. **Revista LTr**, São Paulo, v. 63, n. 7, p. 885-896, jul. 1999.

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

VIANA, Márcio Túlio. **Direito coletivo do trabalho**. Belo Horizonte: curso de pós-graduação em direito da PUC, 1º semestre de 2010a (notas de aula).

VIANA, Márcio Túlio. Trabalhando sem medo: novas possibilidades para a proteção ao emprego. *In*: SENA, Adriana Goulart de, DELGADO, Gabriela Neves, NUNES, Raquel Portugal. **Dignidade humana e inclusão social. Caminhos para a efetividade do Direito do Trabalho no Brasil**. São Paulo: LTr, 2010b, p. 487.

VIANA, Márcio Túlio. Trabalhadores parassubordinados: deslizando para fora do Direito. *In*: RENAULT, Luiz Otávio Linhares *et al.* **Parassubordinação**: em homenagem ao Professor Márcio Túlio Vianna. São Paulo: LTr, 2011a.

VIANA, Márcio Túlio. *In*: RENAULT, Luiz Otávio Linhares *et al.* (Coord.). **Trabalhadores parassubordinados**: deslizando para fora do Direito. Parassubordinação. em homenagem ao Professor Márcio Túlio Viana. São Paulo: LTr, 2011b, p. 25.

VILHENA, Paulo Emílio Ribeiro de. **O contrato de trabalho com o Estado**. São Paulo, LTr, 1975.

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