

OS NOVOS CONTORNOS DO INSTITUTO DA SUBORDINAÇÃO

Fábio Guilherme Farias Gonçalves*

Desde o final do século XIX até a segunda metade do século XX, tivemos o período do Estado do Bem Estar Social, o chamado *Welfare State*, a encíclica papal *rerum novarum* do Papa Leão XIII, o fim da I Guerra Mundial (1914-1918), a Constituição mexicana de 1917, a Constituição de Weimar de 1919, neste mesmo ano tivemos o Tratado de Versalhes, que fundou a OIT (Organização Internacional do Trabalho), órgão permanente da ONU desde o final da II Guerra Mundial.

Com o final da II Guerra, no ano de 1945, até o ano de 1970 o direito do trabalho alcançou o seu ápice, no dizer de Jean Fourasié “*os trinta anos gloriosos*”. Essa fase ficou conhecida como fase do “constitucionalismo social”. Todavia, quando mais se necessitou dessa tendência expansionista para conter os avanços do Capitalismo, os ventos passaram a soprar em sentido contrário.

A partir do final da década de 80 e ao longo da década seguinte, presenciamos a influência das ideologias, ultraliberal e desregulamentadora do direito do trabalho, que influenciaram a Europa Ocidental e os Estados Unidos, atingindo, em cheio, o Brasil. Essa tendência de regresso se deu com a derrocada da União Soviética, com a queda do muro de Berlim e, efetivamente, o fim da guerra fria – o rompimento da balança de poder que havia entre EUA e URSS.

Com a hegemonia do capitalismo no mundo, as principais ordens jurídicas capitalistas começaram a sair de uma fase de defesa, no sentido de conter os avanços trabalhistas, para buscarem a flexibilização e a desregulamentação do direito do trabalho para aumentar a influência capitalista liberal no mundo.

Foram alçados, nos principais ordenamentos jurídicos do planeta, dirigentes (presidentes e primeiros ministros) altamente liberais, a exemplo de: Ronald Reagan nos EUA, Helmut Kohl na Alemanha, Margaret Thatcher na Inglaterra e Schluter na Dinamarca.

Essa corrente de pensamento, defende notoriamente a idéia do Estado mínimo e a prevalência das negociações coletivas sobre a lei, ignorando o princípio da norma mais favorável. Esse movimento teve início no Brasil no Governo Collor (1990-1992), mas se fez presente com mais visibilidade no Governo Fernando Henrique Cardoso (1995-2002), não apenas por meio de leis infraconstitucionais e da própria jurisprudência, mas nos incisos VI, XIII e XIV, do art. 7º da CF de 88.

Pode-se citar ainda como exemplos de desregulamentação, a ampliação das hipóteses de terceirização (Súmula 331 do TST), a contratação empregatícia irregular por entes estatais (Súmula 363 do TST), a limitação da integração das gorjetas ao salário (Súmula 354 do TST), a ampliação das hipóteses de descontos salariais (Súmula 342 do TST), a lei que introduziu o § único ao art. 442 e pôs fim ao vínculo empregatício no caso dos cooperativados (Lei 8.949/94), a lei que instituiu o regime do “banco de horas” e o contrato provisório de emprego (Lei 9.601/98), a própria Lei 5.107/66 do FGTS, antes mesmo da CF de 88, que instituiu um sistema alternativo ao da estabilidade no emprego propiciando a dispensa imotivada, entre outros.

A partir da Resolução Administrativa n. 121 do TST, deu-se início a um importante processo de reestruturação de quase todas as suas súmulas, entre elas pode-se citar o da revisão à Súmula 261 do TST, que estabelecia o não pagamento das férias proporcionais para o caso do empregado demissionário e para aquele que tinha o contrato de trabalho inferior a 12 meses, em conformidade com a Convenção n. 132 da OIT.

Segundo o entendimento do brilhante Ministro do TST Mauricio Godinho Delgado, essa reestruturação foi bastante positiva, abaixo transcreve:

“ felizmente, passou a balizar, de modo muito claro, as fronteiras máximas do processo flexibilizatório, colocando aparente termo final à tendência dominante na década de 1990”¹

Outro exemplo da continuidade dessa retomada foi o cancelamento da Súmula 310 do TST, pela Resolução Administrativa n. 119, conferindo uma interpretação ampliativa ao art. 8º, III, da CF de 88, ao contrário do que rezava a mesma súmula.

¹ DELGADO, Maurício Godinho. Curso de direito do trabalho. 7. Ed. São Paulo: LTr, 2008, p. 512.

Vive-se hoje em plena 3ª Revolução Industrial, século XXI, em que a introdução da robótica, da microeletrônica e da microinformática em meio a evolução tecnológica se fazem presente no mundo globalizado, desencadeando o surgimento de novas técnicas, métodos e formas de trabalho.

Assim, a grande variedade nos modelos de emprego e trabalho a partir de 1990 põs em questão a eficácia do elemento fático-jurídico da subordinação clássica, a exemplo do teletrabalho.

Não é difícil perceber que o direito do trabalho atual já não é mais capaz de atender os anseios da sociedade contemporânea e de desempenhar sua função protetiva como outrora.

Os reflexos do avanço do Capitalismo, principalmente nas últimas três décadas, não foram seguidos na mesma marcha pela ciência laboral, causando efeitos imediatos em vários setores socioeconômicos e no crescimento do desemprego de forma assustadora. Esse descompasso provocou consequências diretas também nas relações de trabalho, que passaram a desenvolver formas cada vez mais tênues, mais volúveis, menos perceptíveis à visão do julgador.

Daí, então, deixou-se um pouco de lado o modelo tradicional clássico da heterodireção patronal forte e contínua dos tempos das grandes fábricas dos movimentos *taylorista/fordista* de produção para se adequar ao modelo *toyotista* japonês, de estoque zero (*lean production*), do pronto atendimento (*just in time*) e do enxugamento da empresa (*downsing*), tendo como finalidade inserir a qualidade total em todo processo produtivo.

Algumas propostas no sentido de atender os objetivos almejados de efetiva aplicação do direito do trabalho foram alçadas pela doutrina e vêm sendo timidamente seguidas pela jurisprudência de alguns Tribunais Regionais, em especial no TRT da 3ª Região, como se verá no julgado adiante.

Entre essas, algumas protetivas da ciência juslaboral sugerem a ampliação do já *fossilizado* conceito da subordinação, a exemplo do ministro citado e a da Procuradora do

Trabalho Lorena Vasconcelos Porto. A primeira delas é calcada na tese de uma nova subordinação denominada “*subordinação estrutural*”, na qual o ministro citado, incorporando sugestão contida na tese de doutorado da professora da UNB Gabriela Neves Delgado, sob o título “Direito fundamental ao trabalho digno”, admite a possibilidade de se estender os direitos fundamentais a certas relações de trabalho não empregatícias, a exemplo dos trabalhadores eventuais e os trabalhadores autônomos hipossuficientes, todavia adverte acerca dos riscos, nos seguintes termos:

“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 serviço”, pois “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.”²

O mesmo ministro supra citado conceitua a subordinação estrutural, nos seguintes termos:

“Estrutural é, pois, a subordinação que se manifesta pela inserção do trabalhador na dinâmica do tomador de seus serviços, independentemente de receber (ou não) suas ordens diretas, mas acolhendo, estruturalmente, sua dinâmica de organização e funcionamento”.³

No mesmo sentido, a brilhante procuradora mineira retro propõe uma denominação diferente, a *subordinação integrativa*, mas bem parecida com o conceito da anterior, *verbis*:

“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

² DELGADO, Maurício Godinho. Direitos Fundamentais na relação de trabalho. *Revista LTr*, São Paulo, LTr, ano 70, n.6, p.666, jun. 2006.

³ DELGADO, Maurício Godinho. *Op. Cit.*, p.667.

*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.*⁴

Estas duas dimensões de subordinação serviram para que, somadas qualquer destas à aceção clássica da heterodireção, que não pode ser desprezada, estaria caracterizada a relação de emprego, fazendo-se necessária uma análise mais profunda do julgador nesse sentido.

Neste sentido, segue jurisprudência recente da 4ª Turma do TRT da 3ª Região, na relatoria do Eminentíssimo Desembargador Luiz Otávio Linhares Renault, abaixo transcreve na íntegra:

DTZ4404284 - SUBORDINAÇÃO ESTRUTURAL, INTEGRATIVA OU RETICULAR - OU SIMPLEMENTE SUBORDINAÇÃO. CARACTERIZAÇÃO. A subordinação como um dos elementos fático-jurídicos da relação empregatícia é, simultaneamente, um estado e uma relação. Subordinação é a sujeição, é a dependência que alguém se encontra frente a outrem. Estar subordinado é dizer que uma pessoa física se encontra sob ordens, que podem ser explícitas ou implícitas, rígidas ou maleáveis, constantes ou esporádicas, em ato ou em potência. Na sociedade pós-moderna, vale dizer, na sociedade info-info (expressão do grande Chiarelli), baseada na informação e na informática, a subordinação não é mais a mesma de tempos atrás. Do plano subjetivo - corpo a corpo ou boca/ouvido- típica do taylorismo/fordismo, ela passou para a esfera objetiva, projetada e derramada sobre o núcleo empresarial. A empresa moderna livrou-se da sua represa; nem tanto das suas presas. Mudaram-se os métodos, não a sujeição, que trespassa o próprio trabalho, nem tanto no seu modo de fazer, mas no seu resultado. O controle deixou de ser realizado diretamente por ela ou por prepostos. Passou a ser exercido pelas suas sombras; pelas suas sobras - em células de produção. A subordinação objetiva aproxima-se muito da não eventualidade: não importa a expressão temporal nem a exteriorização dos comandos. No fundo e em essência, o que vale mesmo é a inserção objetiva do trabalhador no núcleo, no foco, na essência da atividade empresarial. Nesse aspecto, diria até que para a identificação da subordinação se agregou uma novidade: núcleo produtivo, isto é, atividade matricial da empresa, que Godinho denominou de subordinação estrutural. A empresa moderna, por assim dizer, se subdivide em atividades centrais e periféricas. Nisso ela copia a própria sociedade pós-moderna, de quem é, simultaneamente, mãe e filha. Nesta virada de século, tudo tem um núcleo e uma periferia: cidadãos que estão no núcleo e

⁴ PORTO, Lorena Vasconcelos. A subordinação no contrato de trabalho: uma releitura necessária. São Paulo: LTr, 2009, p. 253.

que estão na periferia. Cidadãos incluídos e excluídos. Trabalhadores contratados diretamente e terceirizados. Sob essa ótica de inserção objetiva, que se me afigura alargante (não alarmante), eis que amplia o conceito clássico da subordinação, o alimpamento dos pressupostos do contrato de emprego torna fácil a identificação do tipo justrabalista. Com ou sem as marcas, as marchas e as manchas do comando tradicional, os trabalhadores inseridos na estrutura nuclear de produção são empregados. Na zona grise, em meio ao fogo jurídico, que cerca os casos limítrofes, esse critério permite uma interpretação teleológica desaguadora na configuração do vínculo empregatício. Entendimento contrário, data venia, permite que a empresa deixe de atender a sua função social, passando, em algumas situações, a ser uma empresa fantasma - atinge seus objetivos sem empregados. Da mesma forma que o tempo não apaga as características da não eventualidade; a ausência de comandos não esconde a dependência, ou, se se quiser, a subordinação, que, modernamente, face à empresa flexível, adquire, paralelamente, cada dia mais, os contornos mistos da clássica dependência econômica. (TRT3ª R. - RO 00942-2008-109-03-00-2 - 4ª T. - Rel. Juiz Luiz Otávio Linhares Renault - DJ 13.12.2008)⁵

Entretanto, em sentido oposto, outros autores, não menos festejados garantem que a única maneira de se estender os direitos sociais seria por meio de um novo critério de aplicação do direito do trabalho que supostamente ficaria numa zona fronteira, entre a subordinação e a autonomia, uma espécie de terceiro gênero de relação de trabalho impulsionado pela doutrina, baseado no trabalho *coordenado*, com denominações diferentes em diversos países europeus e que, ao lado da subordinação, seria a solução para aqueles trabalhadores desprotegidos.

Esse fenômeno, denominado de *parrasubordinação* nasceu na Itália, com a Lei n. 741/59 e ganhou força com a reforma do CPC daquele país efetuada pela Lei n. 533/73, surgiu como promessa de instrumento eficaz de justiça social. Aparentemente, chega como um avanço, defendida por boa parte da doutrina italiana, trata-se de uma figura, em princípio, ampliativa e protetiva, que propicia a extensão de alguns direitos e garantias àqueles trabalhadores que nunca os gozaram.

No Brasil, algumas vozes de timbre afinado começam a fazer coro no sentido de sua implementação, entre elas: Luiz de Pinho Pedreira da Silva, Amauri Mascaro Nascimento,

⁵ Disponível em: < <http://www.notadez.> > Acesso em 23 de ago. 2010.

Alice Monteiro de Barros, Otávio Pinto e Silva, Amauri Cesar Alves, Arion Sayão Romita, José Eduardo Silvério Ramos e Murilo Sampaio Carvalho Oliveira.

Essa figura, já incorporada em diversas legislações européias com mais força na legislação italiana, significa, *data venia*, um verdadeiro retrocesso ao direito do trabalho e às tendências expansionistas anteriores.

Baseando-se nos ricos exemplos europeus, pode-se afirmar que a sua implementação no Brasil afrontaria vários dispositivos constitucionais, entre eles: o princípio do desenvolvimento nacional (art. 3º, II); o princípio da condição social (*caput* do art. 7º); o princípio da isonomia; o princípio do bem-estar social; o princípio da vedação ao retrocesso das condições sociojurídicas do trabalhador, entre outros discriminados mais adiante.

A parassubordinação propiciou uma redução do conceito da subordinação, fazendo com que trabalhadores que antes eram considerados empregados passassem a ser qualificados como trabalhadores parassubordinados, tendo seus direitos e garantias trabalhistas reduzidos significativamente, numa espécie de direito parcial do trabalho.

Em todos os países na qual ela foi implementada, sob o fundamento de tutelar a situação desses supostos “*novos trabalhadores*”, implicou-se em total e desarrazoada precarização do direito do trabalho, trazendo consequências nocivas não apenas para a dignidade do trabalhador, mas para a sua saúde e higidez, direitos de indisponibilidade absoluta, de tutela protetiva pública e que fazem parte de um patamar mínimo civilizatório.

Assim como acontece na Europa, no Brasil a parassubordinação será mais uma manobra de “fuga” do direito do trabalho por parte dos empregadores, a exemplo do que aconteceu quando da criação da já citada Lei 8.949/94 que introduziu o § único ao art. 442 ou da Lei 4.886/65, dos representantes comerciais autônomos, ou ainda, a Lei 5.889/73, dos trabalhadores rurais, mais precisamente em seu art. 17.

Estas leis puseram fim ao vínculo empregatício e fizeram com que aqueles antes chamados de empregados passassem a ser chamados do dia para a noite de *cooperados*, *representantes* e *parceiros rurais*, perdendo totalmente a proteção trabalhista que antes lhes era assegurada.

Seguindo a corrente capitaneada por Jorge Luiz Souto Maior, a qual parece-nos a mais acertada, adaptar o direito do trabalho aos desajustes econômicos, retirando direitos dos empregados, ou validar, juridicamente o semiemprego (parassubordinado), na ilusão de que se esteja ampliando a proteção do direito do trabalho a certos trabalhadores, conferindo-lhes alguns direitos trabalhistas, equivale, na verdade, a reproduzir um sistema que não deu certo, sem que se tenha, expressamente, que admitir isto.

No nosso modesto ponto de vista, a implementação dessa aberração jurídica, no direito do trabalho brasileiro sob a égide do Estado Contemporâneo de Direito, corresponderia a flagrante violação a todos os princípios acima citados, além dos princípios, do direito fundamental ao trabalho digno e da dignidade da pessoa humana, este último basilar dos demais princípios.

Referências Bibliográficas

ALVES, Amauri Cesar. Novo contrato de emprego: parassubordinação trabalhista. São Paulo: LTr, 2004.

DELGADO, Gabriela Neves. Direito fundamental ao trabalho digno. São Paulo: LTr 2006.

DELGADO, Mauricio Godinho. Capitalismo, trabalho e emprego: entre o paradigma da destruição e os caminhos da reconstrução. São Paulo: LTr, 2008.

_____. Curso de direito do trabalho. 7. ed. São Paulo: LTr, 2008.

_____. Direitos fundamentais na relação de trabalho. *Revista LTr*, São Paulo, LTr, ano 70, n. 6, p. 657-667, jun. 2006.

_____. O poder empregatício. São Paulo: LTr, 1996.

DELGADO, Mauricio Godinho; PORTO, Lorena Vasconcelos. O estado de bem-estar social no capitalismo contemporâneo. Mauricio Godinho Delgado e PORTO, Lorena Vasconcelos (Orgs.). O estado de bem-estar social no século XXI. São Paulo: LTr, 2007.

BARROS, Alice Monteiro de. Curso de Direito do Trabalho. São Paulo: LTr, 2ª edição, 2006.

MAIOR, Jorge Luiz Souto. Relação de emprego e direito do trabalho: no contexto da ampliação da justiça do trabalho. São Paulo: LTr, 2007.

PIOVESAN, Flávia; CARVALHO, Luciana Paula Vaz de. Coordenadoras. Direitos humanos e direito do trabalho. São Paulo: Atlas, 2010.

*O autor é advogado, formado em Direito pela Universidade Tiradentes (UNIT) e pós-graduado em Direito e Processo do Trabalho pela UNIT.