

A RELAÇÃO DE EMPREGO: CONCEITO DE EMPREGADOR E EMPREGADO E A PARASSUBORDINAÇÃO

JOSÉ EDUARDO SILVÉRIO RAMOS

Advogado e Professor de Direito Constitucional no Centro Universitário São Camilo ES, Mestre em Direito pela Faculdade de Direito de Campos - RJ, Pós-graduado em Direito Tributário Material e Processual pela Faculdade Cândido Mendes de Vitória e IBET - Instituto Brasileiro de Estudos Tributários.

1. Introdução. 2. Conceito de empregador e empregado no direito brasileiro. 2.1. Trabalho autônomo, trabalho eventual e trabalho avulso. 2.1.1. Trabalho autônomo. 2.1.2. Trabalho eventual. 2.1.3. Trabalho avulso. 2.2. “Zona Grise”. 3. A revolução tecnológica da informação: inovações tecnológicas e novas modalidades de trabalho. 3.1. Do fordismo-taylorismo ao pós-fordismo. 3.2. Flexibilização. 3.3. A função do contrato individual de trabalho na diversificação de tutelas dentro do próprio sistema jurídico-trabalhista: as relações de trabalho atípicas. 4. Trabalho parassubordinado. 5. Conclusão. 6. Referências

1. Introdução

O conceito de empregador e empregado está na Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943 ¹, refletindo a realidade brasileira da primeira metade do Século XX.

A partir da revolução tecnológica, conhecida como III Revolução Industrial, iniciada nos anos 70 do mesmo século, a sociedade mundial sofreu em poucos anos transformações maiores que aquelas ocorridas nos últimos séculos, com reflexos na economia mundial, processo produtivo, padrões de consumo e especialmente nas relações de trabalho.

O direito do trabalho, que visa à tutela do trabalhador, não pode parar no tempo e desconsiderar tais mudanças.

O presente trabalho tem como objeto a averiguação do conceito de empregador e empregado, contrapondo-os as transformações sociais ocorridas a partir dos anos 70 do século XX, com a revolução tecnológica da informação.

2. Conceito de empregador e empregado no direito brasileiro

Preliminarmente há que se distinguir a relação de trabalho da relação de emprego. Jean Vincent utiliza a expressão contrato de atividade para designar “todos os contratos nos quais a atividade pessoal de uma das partes constitui o objeto da convenção ou uma das obrigações que ela comporta” ². E Alice Monteiro

¹ BRASIL. *Consolidação das Leis do Trabalho* instituída pelo *Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943*. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 10.01.2006.

² VICENT, Jean. *La dissolution du contrat de travail*, p. 27, Apud BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de Direito do Trabalho*. São Paulo: LTR, 2005, p. 199.

de Barros assevera que “os contratos de atividade geram uma relação de trabalho, da qual a relação de emprego é uma espécie”³.

“A relação de emprego tem natureza contratual exatamente porque é gerada pelo contrato de trabalho”⁴. Para Alice Monteiro de Barros

Os principais elementos da relação de emprego gerada pelo contrato de trabalho são: a) pessoalidade, ou seja, um dos sujeitos (o empregado) tem o dever jurídico de prestar os serviços em favor de outrem pessoalmente; b) a natureza não-eventual do serviço, isto é, ele deverá ser necessário à atividade normal do empregador; c) a remuneração do trabalho a ser executado pelo empregado; d) finalmente, a subordinação jurídica da prestação de serviços ao empregador⁵.

Constata-se, portanto, que não é qualquer relação de trabalho estará sujeita ao Direito do Trabalho, mas somente aqueles que possuam as características antes mencionadas, as ditas relações de emprego. “Existem relações de trabalho *lato sensu* que não se confundem com a relação de emprego, considerada relação de trabalho *stricto sensu*. São elas o trabalho autônomo, o eventual, o avulso, entre outros”⁶.

O conceito legal de empregador e empregado está delimitado no art. 2º e 3º da Consolidação das Leis do Trabalho⁷.

De acordo com o conceito legal “considera-se empregador a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite,

³ BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de Direito do Trabalho*. São Paulo: LTR, 2005, p. 199.

⁴ BARROS, Alice Monteiro de. *Idem Ibidem*, p. 200.

⁵ BARROS, Alice Monteiro de. *Idem Ibidem*, p. 200.

⁶ BARROS, Alice Monteiro de. *Idem Ibidem*, p. 200.

⁷ BRASIL. Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 09.01.2006.

assalariado e dirige a prestação pessoal de serviços” (art. 2º, CLT). A lei equipara ao empregador “os profissionais liberais, as instituições de beneficência, as associações recreativas e outras instituições sem fins lucrativos, que admitem trabalhadores como empregados” (art. 2º, § 1º, CLT). Constata-se que, tanto a pessoa jurídica quanto a pessoa física podem ser empregadores, para efeitos da relação de emprego.

E no conceito legal “considera-se empregado toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência dele e mediante salários” (art. 3º, CLT).

De acordo com Alice Monteiro de Barros

Empregado pode ser conceituado como a pessoa física que presta serviço de natureza não-eventual a empregador mediante salário e subordinação jurídica. Esses serviços podem ser de natureza técnica, intelectual ou manual, integrantes das mais diversas categorias profissionais ou diferenciadas.

Daí se extraem os pressupostos do conceito de empregado, os quais poderão ser alinhados em: pessoalidade, não-eventualidade, salário e subordinação jurídica (art. 3º da CLT). Esses pressupostos deverão coexistir. Na falta de um deles a relação de trabalho não será regida pela disciplina em estudo ⁸.

Como já dito pela autora acima citada, faltando qualquer dos requisitos não haverá vínculo de emprego, não sujeitando a relação jurídica de serviço a tutela da legislação trabalhista. E dentre os requisitos da relação de emprego, a

⁸ BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de Direito do Trabalho*. São Paulo: LTR, 2005, p. 237.

subordinação é o de maior relevância para o presente estudo, tendo dito a autora que

Encarada sob o prisma subjetivo, a subordinação apresenta três aspectos: pessoal, técnico e econômico. Quando o empregado está sujeito a controle de horário e acata as ordens recebidas, ele subordina-se pessoalmente ao empregador; quando atende às regras de execução, aflora a subordinação técnica; e quando seu orçamento familiar e seu patrimônio são constituídos basicamente do salário que recebe do empregador, fica patente a subordinação econômica. Em geral, esses três aspectos estão presentes na subordinação jurídica.⁹

O poder diretivo atua em razão da subordinação existente no contrato de trabalho. Só empregador tem poder diretivo.

2.1. Trabalho autônomo, trabalho eventual e trabalho avulso.

Faltando qualquer dos requisitos da relação de emprego, o trabalhador estará fora da égide do Direito do Trabalho.

2.1.1. Trabalho autônomo

Ao trabalhador autônomo falta a subordinação para caracterização da relação de emprego, e por isso não está sujeito à tutela do Direito do Trabalho.

⁹ BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de Direito do Trabalho*, LTR, março de 2005, p. 241.

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 consequência, suportar os riscos daí advindos ¹⁰.

2.1.2. Trabalho eventual

O trabalho eventual não gera vínculo empregatício, pois a não eventualidade é requisito da relação empregatícia como visto acima, não estando sujeito à proteção da legislação trabalhista.

São várias as correntes que procuram explicar o que seja serviço eventual. Filiamo-nos à corrente segundo a qual o trabalho eventual é aquele que não se insere no âmbito das atividades normais de uma empresa, como é o caso de um técnico chamado momentaneamente para reparar o elevador de um estabelecimento comercial. Outros autores afirmam que o trabalho eventual é ocasional em relação à fonte para o qual o serviço é prestado. Há ainda quem considere trabalhador eventual aquele que não se fixa a uma fonte de trabalho

¹¹.

¹⁰ BARROS, Alice Monteiro de. *Idem ibidem*, p. 201.

¹¹ BARROS, Alice Monteiro de. *Idem ibidem*, p. 201.

2.1.3. Trabalho avulso

“O termo avulso tem origem no latim: “*avulsus*”, participio do verbo *avellere*, cujo significado é arrancar, separar, dastacar”¹².

A primeira referência a trabalhadores avulsos consta no Decreto nº 1.577, de 8 de abril de 1937 (lei previdenciária) e posteriormente na Lei nº 3.807 de 1.960 (Lei Orgânica da Previdência Social) e a Lei nº 8.212 de 24 de julho de 2001, que instituiu o Plano de Custeio de Benefícios da Previdência Social e seu respectivo regulamento.

E como afirma Alice Monteiro de Barros

a confusão introduzida pela legislação tem reflexos na doutrina”, existindo várias correntes doutrinárias definindo o trabalho avulso. (...) Hoje, o trabalhador avulso é visto como “aquele que, devidamente habilitado e registrado como tal, pelo órgão gestor da mão-de-obra, trabalha para operador portuário, remunerado por este, ma pago pelo primeiro¹³.

Como exemplos de trabalho avulso pode-se citar:

capatazia: movimentação de mercadorias nas instalações de uso público; estiva: movimentação de mercadorias nos conveses ou porões de embarcações; conferência de carga: contagem e verificação de volumes e demais serviços correlatos nas operações de carregamento e descarga de embarcações; conserto de cargas: conserto e reparo de embalagens de mercadoria; reembalagem,

¹² BARROS, Alice Monteiro de. *Idem ibidem*, p. 201.

¹³ BARROS, Alice Monteiro de. *Idem ibidem*, p. 202.

marcação, remarcação, carimbagem, etiquetagem, abertura de volumes para vistoria...; vigilância de embarcações: fiscalização de entrada e saída de pessoas a bordo das embarcações atracadas e fundeadas ao largo, bem como da movimentação de mercadorias dos portalós, rampas, porões...; bloco: limpeza e conservação de embarcações mercantes e de seus tanques, incluindo abatimento de ferrugem, pintura, reparos de pequena monta e correlatos ¹⁴.

O trabalho avulso, inicialmente regulamentado exaustivamente pela Consolidação das Leis do Trabalho, passou a ser disciplinado supletivamente por legislação especial e com o advento da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 os trabalhadores avulsos passaram a ser equiparados aos empregados (art. 7º, XXXIV da CF) ¹⁵.

Surgiu, nesse contexto, a regulamentação da Lei n. 5.085, de agosto de 1966, o Decreto n. 61.851, de dezembro de 1967, que reconheceu o direito às **férias** aos trabalhadores avulsos, pagas pelos tomadores de serviços mediante um adicional ao salário administrado e controlado pelo sindicato. Em 1968, a Lei n. 5.480 estendeu ao avulso o direito ao **FGTS** e à **gratificação natalina** e, em 1982, a Lei n. 7.002 autorizou as administrações dos portos a adotarem **jornada noturna especial**, com duração de seis horas contínuas de 60 minutos de cada hora. A hora noturna especial é aquela compreendida entre as 19 horas e as 7 horas do dia seguinte (Orientação Jurisprudencial n. 60 do SDI-1 do TST, editada com

¹⁴ BARROS, Alice Monteiro de. *Idem ibidem*, p. 202.

¹⁵ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 10.01.2006.

amparo no art. 4º da Lei n. 4.860, de 1965). Em 1988 foram equiparados aos empregados (art. 7º, XXXIV da CF) ¹⁶.

2.2. A “Zona Grise”

Entre a subordinação e a autonomia existe a denominada “zona grise”, zona cinzenta. Trata-se de situação fronteira habitada por trabalhadores que tanto poderão ser enquadrados com empregados como autônomos.

Alice Monteiro de Barros

No campo da ciência jurídica, ao lado de casos típicos, cujo enquadramento, no art. 3º da CLT, não acarreta dúvidas, existem situações intermediárias, cuja classificação enseja certas dificuldades, em face do conteúdo diversificado do trabalho, em que a subordinação é insuscetível de especificação antecipada passível de ser utilizada para qualquer relação de trabalho.

A qualificação, em concreto, de uma determinada relação como de trabalho subordinado ou autônomo poderá ser difícil e controvertida, principalmente nas hipóteses que situam na chamada “*zona grise*”, isto é, zona cinzenta ou fronteira habitada por trabalhadores que tanto poderão ser enquadrados como empregados quanto como autônomos, fora da órbita do Direito do Trabalho. A jurisprudência tem sustentado que a questão deverá ser resolvida em face de circunstâncias específicas de cada caso concreto ¹⁷.

¹⁶ BARROS, Alice Monteiro de. *Idem Ibidem*, p.203/204.

¹⁷ *Idem Ibidem*, p. 290.

São exemplos de trabalhadores na “*zona grise*”

além dos trabalhadores a domicílio e dos intelectuais, cuja subordinação técnica ou está ausente ou é muito reduzida, os cabeleireiros, os motoristas de táxi, os motoqueiros entregadores, os “chapas”, os corretores, entre outros, dadas as peculiaridades que norteiam essas funções, entre as quais a maior liberdade no tocante a horário, a impessoalidade e/ou a assunção de risco pelo trabalhador ¹⁸.

3. A revolução da tecnologia da informação: inovações tecnológicas e novas modalidades de trabalho.

De acordo com o relato de Manuel Castells

No fim do segundo milênio da Era Cristã, vários acontecimentos de importância histórica transformaram o cenário social da vida humana. Uma revolução tecnológica concentrada nas tecnologias da informação começou a remodelar a base material da sociedade em ritmo acelerado. Economias por todo o mundo passaram a manter interdependência global, apresentando uma nova forma de relação entre economia, o Estado e a sociedade em um sistema de geometria variável. (...) O próprio capitalismo passa por um processo de profunda reestruturação caracterizado por maior flexibilidade de gerenciamento; descentralização das empresas; considerável fortalecimento do papel do capital *vis-à-vis* o trabalho, com declínio concomitante da influência de trabalhadores; individualização e

¹⁸ BARROS, Alice Monteiro de. *Idem Ibidem*, p. 292/293.

diversificação cada vez maior das relações de trabalho; (...) intervenção estatal para desregular os mercados de forma seletiva e desfazer o estado do bem-estar social com diferentes intensidades e orientações, dependendo da natureza das forças e instituições políticas de cada sociedade; aumento da concorrência econômica global em um contexto de progressiva diferenciação dos cenários geográficos e culturais para a acumulação e a gestão de capital ¹⁹.

As transformações ocorridas na sociedade a partir da revolução da tecnologia da informação, a III Revolução Industrial, que tem como marco histórico a década de 1970, ocasião em que “um novo paradigma tecnológico, organizado com base na tecnologia da informação, veio a ser constituído, principalmente nos Estados Unidos” ²⁰ e repercutiram por todo o mundo não podem ser ignoradas pelo Direito do Trabalho.

O papel do Estado é fundamental para o desenvolvimento ou estagnação da sociedade, advertindo Manoel Castells que

(...) embora não determine a tecnologia, a sociedade pode sufocar seu desenvolvimento principalmente por intermédio do Estado. Ou então, também principalmente pela intervenção estatal, a sociedade pode entrar num processo acelerado de modernização tecnológica capaz de mudar o destino das economias, do poder militar e do bem-estar social em poucos anos ²¹.

¹⁹ CASTELLS, Manoel. *A Sociedade em Rede (a era da informação: economia, sociedade e cultura – volume 1)*. São Paulo: Paz e Terra, 2005, 8. ed., p. 39/40.

²⁰ CASTELLS, Manoel. *Idem* *Ibidem*, p. 43.

²¹ CASTELLS, Manoel. *Idem* *Ibidem*, p. 44.

O autor cita o exemplo da China, que durante séculos esteve tecnologicamente à frente de outros países e esteve a ponto de se industrializar a partir do final do século XIV, mas por opção do Império Chinês manteve-se isolada e “em 1842, as Guerras do Ópio motivaram imposições coloniais da Grã-Bretanha, a China percebeu, tarde demais, que o isolamento não conseguia proteger o Império do Meio das conseqüências maléficas resultantes da inferioridade tecnológica”²². E continua dizendo “que o fator determinante do conservadorismo tecnológico eram os temores dos governantes pelos impactos potencialmente destrutivos da transformação tecnológica sobre a estabilidade social”²³.

Manoel Castells extrai

dois ensinamentos dessa experiência fundamental da interrupção do desenvolvimento tecnológico: de um lado, o Estado pode ser, e sempre foi ao longo da história, na China e em outros países, a principal força de inovação tecnológica; de outro, exatamente por isso, quando o Estado afasta totalmente seus interesses do desenvolvimento tecnológico ou se torna incapaz de promovê-lo sob novas condições, um modelo estatista de inovação leva à estagnação por causa da esterilização da energia inovadora autônoma da sociedade para criar e aplicar tecnologia²⁴.

O Estado deverá acompanhar as mudanças ocorridas na sociedade, especialmente as transformações pertinentes à atividade econômica, e adaptar o direito do trabalho à nova realidade.

Otávio Pinto e Silva constata que

²² CASTELLS, Manoel. Idem Ibidem, p. 44.

²³ CASTELLS, Manoel. Idem Ibidem, p. 47.

²⁴ CASTELLS, Manoel. Idem Ibidem, p. 47.

O desenvolvimento tecnológico nas últimas décadas do século XX trouxe uma espetacular evolução para a atividade econômica, tendo em vista a absorção de fatores como a crescente automação, os novos tipos de materiais usados em todos os setores da produção, as imensas facilidades obtidas no campo das comunicações.

É evidente que essas inovações tecnológicas repercutiram no direito do trabalho, como não poderia deixar de ser, uma vez que levaram a um radical processo de modificações nas técnicas de organização do trabalho, marcado por profundas reestruturações produtivas ²⁵.

Ainda de acordo com Otávio Pinto e Silva

Surgem novas modalidades de trabalho, mas fora da equação tradicional “emprego = trabalho subordinado”, levando então a uma necessária revisão do contrato de trabalho.

Parece-me que a noção de parassubordinação, desenvolvida pelo direito italiano, pode ser bastante útil nesse contexto, caso seja utilizada para regulamentar algumas dessas novas modalidades de trabalho ²⁶.

Com as transformações sofridas na sociedade, especialmente na economia, empresas e mercado de trabalho, há casos em que num primeiro momento verificar-se-á ausência de vínculo empregatício e, conseqüentemente, falta de proteção do trabalhador.

Em junho de 1999, em entrevista à revista *Você S/A*, o economista irlandês Charles Handy aconselhava aqueles que buscam o sucesso profissional

²⁵ SILVA, Otávio Pinto e. *Subordinação, Autonomia e Parassubordinação nas Relações de Emprego*. São Paulo: LTr, 2004, p. 111.

²⁶ *Idem Ibidem*, p. 112.

que procurem clientes e não emprego. Disse o economista que “é fundamental eliminar a palavra “emprego” do dicionário. Emprego, aliás, é um termo que só começou a ser usado em meados do século 20. Até então, a maioria das pessoas trabalhava por conta própria”. Disse ainda que as empresas “serão compostas, em grande parte, por especialistas altamente qualificados”. Na mesma revista, edição de agosto de 2005, analisando as previsões do economista foi dito que “algumas dessas previsões se confirmaram: as pessoas estão controlando a própria carreira; o emprego não existe mais como cargo; e a empresa é um núcleo de especialistas no principal negócio, convivendo com terceirizados”²⁷.

3.1. Do fordismo-taylorismo ao pós-fordismo

De acordo com Otávio Pinto e Silva

No início do século XX algumas descobertas tecnológicas foram responsáveis por importantes modificações da organização do trabalho e da produção, justamente em um momento de construção do direito do trabalho protetor²⁸.

Nessa época o modelo de produção adotado por Henry Ford, com base na teoria da administração científica de Frederick Winslow Taylor, que consistia basicamente “na divisão do processo produtivo em operações elementares, correspondentes a movimentos mecânicos, rápidos e repetitivos, executados pelo trabalhador com a utilização de máquinas padronizadas”²⁹.

²⁷ Revista Você S/A. São Paulo: Abril, edição nº 86, agosto 2005, p. 48/49.

²⁸ *Idem Ibidem*, p. 112.

²⁹ SILVA, Otávio Pinto e; *Idem Ibidem*, p. 112.

Os princípios de Taylor foram consagrados por *Henry-Ford* na produção em série de automóveis, o que tornou a referência a um método de organização do trabalho chamado de “*fordismo-taylorismo*” e caracterizado pelas formas de produção em massa, pela expansão da economia de escala e pelo amplo uso de métodos científicos nos processos produtivos.

(...)

Ao longo do século XX as empresas moldadas nesse modelo se multiplicaram, ao mesmo tempo em que novas tecnologias surgiram e foram absorvidas.

O *fordismo-taylorismo* continua vivo, porque essas novas tecnologias não implicaram necessariamente o uso de novos conceitos de organização de trabalho (...) ³⁰.

“Mas o grande desenvolvimento, em especial da automação e microeletrônica veio trazer diferentes perspectivas de produção, levando ao surgimento dos modelos que hoje podem ser classificados como *pós-fordismo*” ³¹.

Com isso surgiu no Japão o chamado “*toyotismo*”

método de organização que se caracterizou pelo trabalho em equipe, desenvolvimento com uma grande rotação dos trabalhadores pelos postos de trabalho, conforme as necessidades da demanda.

A produção deve se desenvolver por meio de um processo flexível e enxuto, visando atender exigências individualizadas do

³⁰ SILVA, Otávio Pinto e; *Idem Ibidem*, p. 113/114.

³¹ SILVA, Otávio Pinto e; *Idem Ibidem*, p. 114.

mercado, de modo que o trabalhador passa a operar várias máquinas, combinando diferentes tarefas e expressando o que se denominou de “multifuncionalidade”.

A subcontratação de trabalhadores surge como elemento-chave no processo de produção, com a redução da esfera produtiva da empresa: boa parte das atividades é transferida para outras empresas.

Passa-se de economia de grande escala à economia da flexibilidade, pois a empresa deve produzir para repor seus estoques, conforme as necessidades conjunturais (“*just in time*”) ³².

Variações desse modelo podem ser encontradas no mundo ocidental, representando o que se chama de “paradigma emergente”, que dentre outras características, possui “como política de recursos humanos, em lugar das grandes concentrações fabris, a nova empresa deve se preocupar com a contínua otimização do pessoal ocupado e com a terceirização das atividades não estratégicas, oferecendo remuneração seletivamente atraente segundo critérios de compromisso com os objetivos da empresa e de produtividade individual ou setorial” ³³.

De acordo com relato de Otavio Pinto e Silva

Esse setor econômico emergente estaria, assim, capacitado para absorver novos contingentes de trabalhadores, porém mediante vínculos precários, atípicos, tendo em vista a perda de centralidade

³² SILVA, Otávio Pinto e; *Idem Ibidem*, p. 114.

³³ SILVA, Otávio Pinto e; *Idem Ibidem*, p. 115.

do trabalhador subordinado típico em suas relações com as políticas públicas destinadas ao fomento da ocupação.

(...)

Trata-se de trabalhadores que não dispõem de instrumentos de produção tradicionais mas que possuem uma “nova riqueza”: um patrimônio de conhecimento, de *know-how*, de especialização profissional, que os torna capazes de fornecer um resultado, um serviço, um programa, sem a necessidade da rigorosa direção que tipifica o trabalho subordinado. Esses trabalhadores necessitam coordenar-se de modo estável e continuado com as empresas para desenvolver suas atividades pessoais.

Desse modo, *Raffaele de Luca Tamajo* assevera que a tipificação legislativa do trabalho “coordenado” é vista hoje, na Itália, como oportuna e necessária, porque demonstra a forte capacidade de agregar fenômenos emergentes da realidade produtiva e organizacional das empresas pós-fordistas do final do século XX³⁴.

No modelo pós-fordista constata-se, especialmente nas grandes empresas, os fenômenos da descentralização produtiva, terceirização e parasubordinação, com questionamentos nos conceitos de empregador e empregado.

Nesse modelo, onde existem trabalhadores altamente especializados, detentores de *know-how*, de acordo com Antonio Baylos, constata-se que

“a partir da segunda metade dos anos 80, começa a difundir-se uma visão que revaloriza a autonomia individual e o contrato

³⁴ *Idem Ibidem*, p. 115.

como sua máxima expressão, no sentido de fortalecer as potencialidades do livre acordo de vontades na regulação das condições de trabalho”.

Há “uma preocupação da doutrina do trabalho que aceita e considera positiva a retomada de espaços de liberdade individual como resposta às exigências de maior diversificação das condições de trabalho, gerada pela própria variedade de situações e interesses presentes atualmente nas relações de trabalho, que exige sistemas de determinação das condições de trabalho “menos rígidos, como maior capacidade de adaptação as circunstâncias específicas da empresa e do local de trabalho e as exigências e aspirações individuais”³⁵.

A autonomia da vontade, sempre tida como relativa para o direito do trabalho, ganha particular relevância com a descentralização produtiva e contratação de determinados trabalhos atípicos, com a livre acordo de vontades com funções diretamente reguladoras nas relações de trabalho.

E ainda de acordo com Antonio Baylos

“Na medida em que cabe à autonomia das partes determinar o tipo de relação, inserindo-a na tipologia contratual do trabalho por conta própria, torna-se difícil desvincular o acordo de vontade livre e individual da problemática que contrapõe trabalho autônomo e trabalho assalariado. A intenção e a vontade das partes regula diretamente o conteúdo e as condições do serviço prestado, de modo

³⁵ BAYLOS, Antonio. *Direito do Trabalho: modelo para armar*. São Paulo: LTr, 1999, p. 104/105.

a que a relação obrigatória resultante desse acordo individual fique fora do alcance das regras de proteção garantidas pela aplicação do Direito do Trabalho, entre elas a ação sindical e a regulação coletiva das condições de trabalho”.

Para o autor “a utilização destas formas de trabalho “em regime de autonomia” pode determinar não apenas a retomada de “espaços livres de negociação” que estipulam a prestação de serviço para terceiros, mas também o surgimento de novas ocupações, geradas pelas transformações do sistema produtivo”³⁶.

A manifestação de vontade das partes assume papel relevante, que culminou, inclusive, com alteração na legislação trabalhista espanhola, mais especificamente no art. 8.1 do Estatuto dos Trabalhadores.

“A partir de 1980, no ordenamento espanhol, a presunção de existência de contrato de trabalho reduz sua incidência aos casos em que as partes não manifestaram expressamente sua vontade de obrigar-se. Nos casos em que, ao contrário, opta-se pelo tipo contratual não trabalhista (arrendamento de serviços, agenciamento, contrato de transporte etc.) a caracterização da relação de trabalho como de emprego só é possível mediante a comprovação – sem presunção legal que substitua a prova – de todos seus pressupostos materiais”.³⁷

³⁶ BAYLOS, Antonio, *Idem Ibidem*, p. 107.

³⁷ BAYLOS, Antonio, *Idem Ibidem*, p. 107.

Como consequência das transformações sociais narradas pode-se constatar

Uma forte tendência dos ordenamentos jurídico-trabalhistas dos anos 80 é a busca da chamada *flexibilização* dos níveis de proteção assegurados pelo Direito do Trabalho no interior do próprio sistema, através da delimitação de tipos contratuais diferentes do protótipo normativo ou da relação normal de trabalho ³⁸.

3.2. Flexibilização.

Como adverte José Affonso Dallegrave Neto “o surgimento do direito do trabalho se deu numa época de rigidez das relações entre trabalhador e empregador, que se apoiava numa linha de produção em série” ³⁹.

Como já visto acima o modelo de produção em série o *fordismo*, que embora não tenha sucumbido, não mais prevalece junto às grandes corporações. O modelo atual é o modelo atual predominante é o *pós-fordismo/taylorismo*, que ao contrário do modelo anterior é flexível. A mudança no modelo produtivo alterou o paradigma do direito do trabalho, culminando com a flexibilização e desregulamentação do direito do trabalho.

Para José Affonso Dallegrave Neto “a flexibilização importa, inevitavelmente, a precarização das relações de trabalho. Direitos outrora conquistados são abruptamente revogados. Tudo em nome da “modernização” e da

³⁸ BAYLOS, Antonio. *Idem Ibidem*, 108.

³⁹ NETO, José Affonso Dallegrave. *Inovações na Legislação Trabalhista: Reforma Trabalhista Ponto a Ponto*. São Paulo: LTr, 2002, 2. ed., p. 158.

competitividade das empresas”⁴⁰. E o autor cita as principais medidas legislativas que alteraram os contratos de trabalho no direito brasileiro:

1) Lei n. 9.601/98 - flexibiliza o acordo de compensação de jornada que passa a ter um banco de horas quadrimestral e introduz o contrato por prazo determinado sem qualquer vínculo a fatos de índole transitória, alargando as hipóteses taxativas previstas no art. 443, § 2º da CLT. Não bastasse tal distorção, a nova espécie de contratação a prazo diminui de uma só vez o FGTS em 75% (de 8% passa para 2%) e em 50% as contribuições sociais (Sesi, Sesc, Senai, Senac, Sebrae, etc.).

2) Leis ns. 8.949/94 e 9.608/98 - incidem, respectivamente, sobre o serviço prestado em cooperativa e sobre o trabalho voluntário, afirmando que nenhum deles enseja o reconhecimento de vínculo empregatício. Abre-se uma porta para a contratação fraudulenta de mão-de-obra permanente.

3) Medida Provisória n. 1.709/98 - introduz o art. 58-A na CLT, admitindo a contratação a tempo parcial para o pagamento salarial proporcional à jornada e a possibilidade de o empregado, a tempo integral, optar pelo novo regime com a correspondente diminuição do valor do salário. Em qualquer dessas hipóteses o empregado tem ainda sua duração de férias diminuídas em relação aos demais empregados celetistas.

4) Medida Provisória n. 1.779/99 introduz o art. 476-A na CLT criando uma nova modalidade de suspensão contratual com diminuição do salário e ausência de recolhimento do FGTS e do INSS durante o

⁴⁰ *Idem Ibidem*, p. 158/159.

período de vigência. A medida contempla o uso da verba do Fundo de Amparo ao Trabalhador - FAT para viabilizar a suspensão de interesse do empregador.

5) Lei n. 9.958/00 - implementa as Comissões de Conciliação Prévia que dificultam o livre acesso do empregado à Justiça do Trabalho e ainda possibilitam acordos extrajudiciais com eficácia liberatória geral.

6) Lei n. 10.243/01 altera o § 2º do art. 458 da CLT, ampliando o número de utilidades concedidas em troca do trabalho e que, doravante, deixam de ser consideradas salário *in natura*⁴¹.

3.3. A função do contrato individual de trabalho na diversificação de tutelas dentro do próprio sistema jurídico-trabalhista: as relações de trabalho atípicas.

De acordo com Antonio Baylos no Estatuto dos Trabalhadores da Espanha de 1984, além do contrato de trabalho típico

“prevê também um leque de modalidades de inserção, as quais por sua vez decompõem-se em modalidades de contrato de trabalho propriamente ditas – trabalho temporário em suas diversas formas, incluída a denominada “fomento ao emprego” – e num elenco de “relações de trabalho de caráter especial”.

“Aqui nos interessa o fato de que desta extensa e heterogênea gama de tipos contratuais intermediários – com temporariedade como elemento comum a todos eles – desprendem-se um dado que

⁴¹ *Idem Ibidem*, p. 159/160.

gradualmente assume maior relevância: a importância fundamental da autonomia individual para determinar as condições concretas de trabalho nestas relações atípicas, um aspecto diferenciador se comparado ao espaço que autonomia individual tem no contrato de trabalho por tempo indeterminado”⁴².

Ainda de acordo com o citado autor

Este fato conduz a uma grande valorização da lei e da regulamentação estatal como instrumentos reguladores das condições e do objeto de tais trabalho atípicos. Entretanto, a “carga flexibilizadora” que esta intervenção adota em relação à norma estatal está dirigida à autonomia individual das partes, sem deixar lugar para a mediação coletiva⁴³.

E para o autor

A individualização das relações de trabalho “atípicas” não supõe de nenhuma maneira um sinal de recuperação positiva dos espaços de liberdade individual. O contrato realizado desta forma é símbolo de uma radical desigualdade. Implica a privação de todos os direitos e garantias vinculados à estabilidade no emprego, a impossibilidade efetiva de promoção profissional, a imunização frente à ação sindical e o aumento desmedido dos espaços de poder unilateral do empresário, além da pior posição do trabalhador “atípico” dentro do sistema de proteção da Previdência Social. O acordo negociado “livremente” entre empresário e trabalhador não é mais que a

⁴² Baylos, Antonio, *op. cit.*, p. 108/109.

⁴³ BAYLOS, Antonio. *Idem Ibidem*, p. 109.

expressão do predomínio indiscutível da vontade unilateral do empregador. Mas, justamente por essa razão, o contrato individual cumpre uma função essencial na diversificação da tutela, fracionada e desigual, a que se submetem parcelas significativas da força de trabalho ⁴⁴.

O autor reconhece a importância da autonomia contratual individual na ausência de regulação legal.

A importância fundamental da autonomia contratual individual na regulação das condições de trabalho também se observa em outras situações. Às vezes, na ausência de outras fontes normativas, o contrato individual é o único elemento regulador. Outras vezes, ele permite colocar em prática determinados aspectos das condições de trabalho, que alteram a regulação coletiva ou geral ⁴⁵.

4. O trabalho parassubordinado

A subordinação, como já visto, é um dos requisitos da relação de emprego.

De acordo com Alice Monteiro de Barros, a subordinação apresenta três aspectos:

Encarada sob o prisma subjetivo, a subordinação apresenta três aspectos: pessoal, técnico e econômico. Quando o empregado está sujeito a controle de horário e acata as ordens recebidas, ele

⁴⁴ BAYLOS, Antônio. *Idem Ibidem*, p. 108/110.

⁴⁵ BAYLOS, Antônio. *Idem Ibidem*, p. 110/111.

subordina-se pessoalmente ao empregador; quando atende às regras de execução, aflora a subordinação técnica; e quando seu orçamento familiar e seu patrimônio são constituídos basicamente do salário que recebe do empregador, fica patente a subordinação econômica. Em geral, esses três aspectos estão presentes na subordinação jurídica.⁴⁶

Geralmente esses três aspectos manifestam-se nas relações de emprego típicas.

De acordo com o autor espanhol Antônio Baylos

É preciso considerar os pressupostos materiais e dogmáticos sobre os quais se constrói o protótipo de trabalhador sujeito à aplicação da legislação trabalhista. Os conceitos normativos e classificatórios, que lhe servem de base, derivam de um raciocínio prévio que bipolariza *trabalho autônomo e trabalho subordinado* ou dependente. (...) Considerando esta contraposição entre trabalho autônomo e trabalho assalariado, pode-se afirmar que nos anos 80 ocorreu uma inversão da tendência a expandir as fronteiras do trabalho submetido à tutela do Direito laboral (...) expulsando da tutela jurídico-laboral a significativa e crescente parcela dos serviços prestados em regime autônomo⁴⁷.

Como visto, a partir dos anos 80 ocorreu aumento significativo da prestação de serviço autônomo, deixando um grande número de trabalhadores excluídos da tutela do direito do trabalho. E a retomada da contratação individual

⁴⁶ BARROS, Alice Monteiro de, Curso de Direito do Trabalho, LTR, março de 2005, p. 241

⁴⁷ BAYLOS, Antonio, p. 105/106.

não representa na maioria dos casos beneficia apenas o empregador, detentor do capital, que impõe suas condições ao trabalhador, inexistindo propriamente autonomia de vontade do trabalhador; com exceção a essa regra, temos os trabalhadores altamente qualificados, detentores de *know-how*, que têm poder de barganha junto ao empregador.

De acordo com Antonio Baylos

Existe atualmente nos ordenamentos europeus a tendência de atenuar a dicotomia entre trabalho autônomo e trabalho subordinado, através da criação de uma figura intermediária capaz de oferecer uma gradação articulada do conjunto de direitos e garantias que constituem o *standard* médio de tutela reconhecida ao trabalhador protegido pelo Direito do Trabalho. Exemplo típico é o italiano, que desenvolveu a noção de “parasubordinação” como espaço intermediário de proteção entre trabalhador autônomo e assalariado

⁴⁸.

O fenômeno da parassubordinação está relacionado com

a estratégia da descentralização empresarial que se associa ao significativo crescimento do setor serviços. Na Espanha, a revalorização do trabalho por conta própria em sua forma individual e coletiva se deu como resultado da reorganização e descentralização

⁴⁸ BAYLOS, Antonio, p. 106.

do sistema produtivo e do aumento do setor de serviços, num contexto de acelerada destruição de postos de trabalho ⁴⁹.

Alice Monteiro de Barros adverte que

Atenta a essa realidade, boa parte da doutrina italiana mostra a necessidade de adotar novos modelos para disciplinar as transformações operadas nas modalidades de trabalho. Para isso, sugere-se um modelo intermediário entre o trabalho subordinado e o trabalho autônomo, isto é, o trabalho parassubordinado ou coordenado. Os trabalhadores, nesse caso, não são subordinados, mas prestam uma colaboração contínua e coordenada à empresa e, por motivos fáticos e de desnível econômico, contratam seus serviços com esta em condições de inferioridade, sob a modalidade de contratos civis ou mercantis, como o de obra, prestação de serviços profissionais, transporte, etc., sem, entretanto, possuírem uma efetiva liberdade negocial. Propõe-se para o trabalho parassubordinado uma tutela adequada, sem a intensidade prevista no trabalho subordinado e sem a ausência de tutela eficaz que ainda caracteriza o trabalho autônomo ⁵⁰.

E sobre o trabalho parassubordinado conclui a autora

A instituição do trabalho parassubordinado, ao lado do trabalho autônomo e do trabalho subordinado, implica, sem dúvida, redimensionamento do Direito do Trabalho. Em primeiro porque, se

⁴⁹ BAYLOS, Antonio, p. 106.

⁵⁰ Op. cit., p. 262.

esses trabalhadores estão fugindo da esfera tutelar do Direito do Trabalho, o correto será estender-lhes o seu âmbito de aplicação e “perseguir os fugitivos”, como alerta Ernida Uriarte, na hipótese de burla a subordinação jurídica. Afora essa hipótese, é necessário definir, para as situações de trabalho humano parassubordinado, a extensão dessa disciplina, analisando quais institutos seriam devidos ao trabalhador ⁵¹.

As transformações no cenário econômico e social têm colocado em crise a tradicional dicotomia entre trabalho autônomo e trabalho subordinado. Para atender às novas exigências, tem sido proposto um terceiro gênero: o trabalho parassubordinado, cujo conceito ainda é bastante controvertido. A doutrina italiana ora o considera como trabalho contínuo e coordenado, ora o considera apenas como trabalho coordenado. Sugere-se sejam incluídos nesse terceiro gênero alguns trabalhos artísticos, como o de produtor, apresentador, atores principais, entre outros.

A instituição do trabalho parassubordinado implica redimensionamento do próprio Direito do Trabalho, a fim de que se definam as situações que serão por ele abrangidas. A utilidade desse terceiro gênero, ou seja, dessa alternativa, consiste na possibilidade de se incluírem no seu âmbito situações fronteiriças, localizadas nas chamadas “*zona gris*”, habitada, por exemplo, por trabalhadores intelectuais, cujo trabalho envolve situações dúbias, de qualificação jurídica difícil de ser delineada. Isso ocorre exatamente porque não há possibilidade de um critério abstrato capaz de fornecer o conteúdo da subordinação jurídica.

⁵¹ Op. cit. P. 264.

Outros autores sustentam que não é necessária a inserção desse terceiro gênero, podendo os Juízes apegarem-se a outros critérios para concluir pelo trabalho subordinado, entre os quais a dependência econômica ⁵².

A legislação trabalhista brasileira não contempla a parassubordinação, de forma que o trabalhador será considerado de acordo com o caso concreto empregado, estando tutelado pela legislação trabalhista, ou autônomo, ficando excluído da proteção do Direito do Trabalho.

5. Conclusão

O Estado e o Direito do Trabalho não pode simplesmente impedir a evolução tecnológica, tentando impedir as instabilidades sociais geradas, como feito pelo império chinês.

Também não pode deixar que o mercado se regule por si só, conforme pregado no liberalismo clássico, pois os detentores do capital sempre buscarão a otimização do resultado econômico de suas atividades, deixando de lado os trabalhadores.

A dicotomia entre empregado e autônomo, sem que haja uma regulação estatal da relação dos trabalhadores em situação intermediária, exclui grande parte da mão de obra da proteção da legislação trabalhista.

⁵² Op. Cit., p. 275.

A legislação trabalhista deve acompanhar as mudanças sociais, para compatibilizar a atividade econômica com a proteção dos trabalhadores, garantindo direitos mínimos aos trabalhadores subordinados.

REFERÊNCIAS

BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de Direito do Trabalho*. São Paulo: LTR, 2005.

BRASIL; Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em <www.planalto.gov.br>. Acesso em 10.01.2006.

_____. *Consolidação das Leis do Trabalho* instituída pelo *Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943*. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 10.01.2006.

BAYLOS, Antonio. *Direito do Trabalho: modelo para armar*. São Paulo: LTr, 1999.

CASTELLS, Manoel. *A Sociedade em Rede (a era da informação: economia, sociedade e cultura – volume 1)*. São Paulo: Paz e Terra, 2005, 8. ed.

NETO, José Affonso Dellegrave. *Inovações na Legislação Trabalhista: Reforma Trabalhista Ponto a Ponto*. São Paulo: LTr, 2002, 2. ed.

SILVA, Otávio Pinto e. *Subordinação, Autonomia e Parassubordinação nas Relações de Emprego*. São Paulo: LTr, 2004.

Você S/A; São Paulo: Editora Abril, edição nº 86, agosto 2005.