

DA RELAÇÃO DE TRABALHO

Arnaldo Süssekind*

I – CONCEITO

O conceito de relação de trabalho é tão amplo, abrangendo todo contrato de atividade, que o fundamento da sua conceituação é a pessoa do trabalhador, qualquer que seja a modalidade do serviço prestado.

Como bem observou o professor Rodrigues Pinto, ao tratar da relação de trabalho:

“De todos os contratos de atividade, somente o de emprego é trabalhista. Entretanto, todos eles têm por sujeito a pessoa do trabalhador, não mais apenas a do empregado, o que mostra a realidade de que o novo critério da determinação da competência passou a ter seu centro, ou eixo, na pessoa do trabalhador, o qual atrai para si toda matéria de suas relações possíveis, seja ela trabalhista (quando o trabalhador é empregado) ou cível (quando o trabalhador não é empregado).”¹

A relação de trabalho corresponde ao vínculo jurídico estipulado, expressa ou tacitamente, entre um trabalhador e uma pessoa física ou jurídica, que o remunera pelos serviços prestados. Ela vincula duas pessoas, sendo que o sujeito da obrigação há de ser uma pessoa física, em relação à qual o contratante tem o direito subjetivo de exigir o trabalho ajustado. O trabalhador autônomo, ao contrário do empregado, assume o risco da atividade profissional que exerce. No mesmo sentido, entre outros, o ministro João Oreste Dalazen e o professor Amauri Mascaro Nascimento.

O magistrado Sergio Pinto Martins, depois de acentuar que “o prestador de serviços será necessariamente uma pessoa física e o tomador dos serviços uma pessoa física ou jurídica”, pondera, com razão, que a subordinação, que

* *Ministro Aposentado do Tribunal Superior do Trabalho; Titular da Academia Brasileira de Letras Jurídicas.*

1 “A Emenda Constitucional nº 45/2004 e a Justiça do Trabalho”. In *Revista LTr*, São Paulo, nº 05/09, p. 525.

existe na relação de emprego, “não existe na relação do trabalhador autônomo com o tomador dos serviços”².

A pessoalidade na prestação de serviços é comum a vários tipos de contratos; mas a direção da prestação pessoal dos serviços contratados representa fator de relevo na configuração da relação de emprego. O mais importante, no entanto, é, sem dúvida, a assunção do risco da atividade empreendida. Como observa Renato Corrado:

“A noção de subordinação, pela generalidade de sua concepção e pela multiplicidade que assume na linguagem técnica, não pode ser de muita ajuda para a definição do contrato de trabalho, se não esclarecer o sentido específico que se lhe pretenda atribuir.”³

Na execução do contrato de trabalho, o empregado, em hipótese alguma, pode participar do risco do negócio. Aliás, a subordinação jurídica peculiar a esse contrato explica-se e justifica-se por caber exclusivamente ao empregador os riscos da atividade que empreende. Para repetir Jean-Claude Javillier, “no regime capitalista o empregador assume todo o risco econômico. O empregado, nenhum. A subordinação é, portanto, o reflexo dessa relação de produção”⁴.

O empregado distingue-se do *trabalhador autônomo*, porque, além de ficar juridicamente subordinado ao poder de comando do empregador, este é que assume todo o risco da atividade econômica empreendida. Já o autônomo executa o trabalho que contrata por vontade própria e assume o risco dessa atividade, explorando sua força de trabalho em seu benefício. Daí a definição legal:

“Trabalhador autônomo é aquele que exerce habitualmente, e por conta própria, atividade profissional remunerada.” (art. 4º, alínea c, da Lei nº 5.890/1973)

II – ALGUMAS MODALIDADES DE RELAÇÃO DO TRABALHO

No *contrato de empreitada*, o “locador de serviços obriga-se a fazer ou mandar fazer certa obra, mediante retribuição determinada ou proporcional ao trabalho executado”⁵. Trata-se – convém sublinhar – de contrato cujo pagamento

- 2 “Elementos para a caracterização do trabalho”. In *LTr, Suplemento Trabalhista nº 78*, São Paulo, 2005, p. 345.
- 3 *Tratado di diritto del lavoro*. Turin: Uted, 1966, v. 1, p. 246.
- 4 *Manual de droit du travail*. Paris: LGDJ, 1978, p. 50.
- 5 BEVILACQUA, Clóvis. *Direito das obrigações*. 3.ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1931, p. 351.

é ajustado em função de determinada obra, cuja execução é feita pelo próprio empreiteiro ou por intermédio de empregados seus, cujos serviços ele dirige pessoalmente ou mediante prepostos, utilizando material próprio ou fornecido pelo contratante.

A empreitada está regulada pelos arts. 610 a 626 do Código Civil. Ao empreiteiro cabe o risco pela má realização da obra, se fornece os materiais. Se ele só fornece a mão de obra, todos os riscos em que não tiver culpa correrão por conta do dono. Entretanto, cabe-lhe o risco pela má execução da obra se fornecer os materiais.

A *locação de serviços* de pessoa jurídica ou natural, para executar trabalho na empresa contratante, deve ser examinada com rigor, pois tem sido ajustada, por vezes, para fraudar a aplicação da legislação social-trabalhista⁶. Ela deve ser apenas para misteres que não se enquadrem entre as atividades necessárias permanentes ao empreendimento econômico da locatária e cujas condições especiais de execução justifiquem o apelo a sociedades civis ou comerciais ou, ainda, a profissionais especializados (p. ex.: serviço de segurança ou vigilância, conservação de máquinas, elevadores e outros aparelhos ou equipamentos, higienização de estabelecimentos, exploração de restaurantes, etc.). A operação triangular, em virtude da qual a empresa contratada fornece pessoal para trabalhar sob o poder de comando da contratante, só é possível nas hipóteses restritas de trabalho temporário regidas pela Lei nº 6.019/1974.

O *representante comercial* promove a venda dos produtos, objeto do contrato de representação, encaminha os “pedidos” ao representado e aguarda a decisão deste para concluir as operações mercantis. Mas poderá concluir desde logo os negócios que promove, se o representado outorgar-lhe poderes de mandato⁷. Já o agente, no dizer de Pontes de Miranda, “age até onde o seu agir não o põe no lugar do agenciado”⁸.

É evidente, porém, que nem os autênticos agentes comerciais, mandatários e representantes comerciais são empregados. Mesmo a finalidade protecionista do Direito do Trabalho pode, em bom direito, confundir conceitos juridicamente distintos.

Releva ponderar que a existência de certa dose de subordinação, ainda que se trate de indiscutível exercício de atividade comercial, ressalta da simples

6 Cf. o que escrevemos sobre a terceirização e a empresa de trabalho temporário no Título III, Capítulo I, Seção VI.

7 Cf. REQUIÃO, Rubens. *Do representante comercial*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1977, p. 32.

8 *Tratado de direito privado*. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, v. XXIV, 1972, p. 35.

leitura da Lei nº 4.886, de 9.11.1965, que regula as atividades dos representantes comerciais autônomos⁹. A exclusividade a favor do representado está, por igual, prevista na lei (art. 27, alínea *i*). Sequer o controle da produção é incompatível com o contrato típico de representação comercial autônomo.

Certo é que pode haver contrato de trabalho com *poderes de representação*. No dizer de Orlando Gomes, a outorga desse poder é “um ato jurídico unilateral, que não se vincula necessariamente ao mandato e, mais do que isso, que tem existência independentemente da relação jurídica estabelecida entre quem o atribui e quem o recebe”¹⁰. A representação pode ser conferida a um empregado, o que geralmente se verifica com os que exercem cargos de direção, por isso mesmo considerados de confiança imediata do empresário. Pode, portanto, coexistir, ou não, com o contrato de trabalho.

O mandato é contrato pelo qual uma pessoa obriga-se a praticar determinados atos jurídicos por conta de outrem. Como esclarecem Délio Maranhão e Luiz Inácio Carvalho, poderá ser objeto de contrato específico ou agregar-se ao contrato de trabalho. “Mas será de um ou de outro, conforme a maneira independente, ou não, pela qual a obrigação é executada.”¹¹

Tal como a representação comercial, a corretagem de imóveis também está regulada em lei (nº 6.530, de 12.5.1978), que dispõe:

“Compete ao corretor de imóveis exercer a intermediação na compra, venda, permuta e locação de imóveis, podendo, ainda, opinar quanto à comercialização imobiliária.”

Essa atividade pode ser exercida tanto por pessoa física como jurídica (parágrafo único do art. 3º) e supõe, justamente, independência e autonomia do corretor. Há casos, porém, em que o agenciador imobiliário trabalha com todas as características da relação de emprego. Nesta hipótese, evidentemente, não existe contrato de corretagem, mas uma simulação em fraude à lei.

III – CONTRATOS DE SOCIEDADE

Em algumas modalidades de *contrato de sociedade*, a atividade pessoal de sócios corresponde à prestação de serviço. Por exemplo, cooperativa de trabalho e parceira agrícola. Neles, em vez da subordinação jurídica ca-

9 MIRANDA, Pontes de. *Op. cit.*, v.XLIV, p. 35.

10 *Contratos*. 7.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979, p. 423.

11 *Direito do trabalho*. 17.ed. Rio de Janeiro: FGV, 1993, p. 70-71.

racterística da relação de emprego, existe a *affectio societatis*. Conforme assinalaram Evaristo de Moraes Filho e Antônio Carlos Flores de Moraes, “no contrato de sociedade obrigam-se as pessoas, mutuamente, a caminhar seus esforços ou recursos para lograr fins comuns” (art. 1.363 do Código Civil). É a *affectio societatis*¹². Nele não há salário, mas divisão do lucro, na forma contratada.

IV – LEGISLAÇÃO APLICÁVEL

É incontroverso que, independentemente da competência da Justiça do Trabalho para processar e julgar os respectivos litígios, o direito material aplicável será:

a) em se tratando de relação de emprego, a CLT e legislação complementar;

b) as relações de trabalho são reguladas no Código Civil ou em lei especial, as correspondentes disposições.

Consoante prescreve o art. 593 do novo Código Civil:

“A prestação de serviço que não estiver sujeita às leis trabalhistas ou à lei especial, rege-se-á pelas disposições deste Capítulo.”

Tanto o Supremo Tribunal Federal¹³ como o Superior Tribunal de Justiça¹⁴ vêm decidindo que, se a relação de trabalho determina a competência da Justiça do Trabalho, cumpre-lhe aplicar, para dirimir o litígio, a norma pertinente ao respectivo ramo do Direito.

Os princípios gerais do Direito e, especialmente, os do Direito do Trabalho, podem e devem ser invocados, não só para sanar omissão, como para iluminar a interpretação das normas aplicáveis. Segundo Orlando Gomes, constituem eles regras gerais induzidas dos sistemas jurídicos pela ciência e pela filosofia do Direito, tendo cunho de universalidade¹⁵.

Aliás, o novo Código Civil refletiu as tendências sociais contemporâneas, prestigiando princípios e normas que se sintonizam com as consagradas pelo

12 *Introdução ao direito do trabalho*. 5.ed. São Paulo: LTr, 1991, p. 284.

13 RE-238.737-4, rel. min. Sepúlveda Pertence, DJ, 05.02.99.

14 CC-1.866, rel. min. Eduardo Ribeiro, *Revista LTr*, julho de 1992, p. 855.

15 *Introdução ao Direito Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1957, p. 57.

Direito do Trabalho. A diretriz *mater*, a meu ver, está inserida no art. 421, segundo o qual:

“A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato.”

Consoante sublinhou mestre Miguel Reale, que presidiu a comissão elaboradora do Código Civil, em carta de 30 de abril de 2003 dirigida ao autor deste trabalho, o novo ordenamento do Direito Privado consagrou “os princípios de eticidade, socialidade, sociabilidade e operabilidade”. A boa-fé objetiva transformou-se em dever jurídico, inerente a todos os contratos.

A fraude, como soe acontecer, pode verificar-se, tal como explicita o Código Civil, em virtude de simulação, que se caracteriza, dentre outros motivos, quando o negócio jurídico contiver “declaração, confissão, condição ou cláusula não verdadeira” (art. 167, inciso II). Nas relações de trabalho é comum a simulação de modalidade contratual com o objetivo de encobrir inquestionável relação de emprego. E o vício de consentimento imposto ao trabalhador pode advir de erro, dolo, coação, estado de perigo ou lesão irresistível.

V – PRINCÍPIOS PERTINENTES

No que tange aos princípios, bem enfatizou Francisco Meton de Lima, que os atinentes do Direito do Trabalho são aplicáveis aos litígios decorrentes de relações de trabalho, porquanto o bem protegido “é o trabalho na sua expressão mais larga, sob todas as formas de relação contratual (...) Ora, as modalidades contratuais de trabalho se diversificam, a Justiça do Trabalho se atualiza e amplia o seu objetivo, lógico que o manto protetor do trabalho continua cada vez mais necessário”¹⁶.

Da Constituição, por concernirem aos fundamentos da República Federativa do Brasil, os princípios da dignidade do trabalho humano e dos valores do trabalho (art. 1º, III e IV) deveriam ser rigorosamente respeitados. Outros, aplicáveis quando for o caso, estão explicitados ou podem ser deduzidos da Carta Magna.

Nas palavras do ilustre professor português J. J. Gomes Canotilho:

16 “Por que aplicamos os princípios trabalhistas nas relações de trabalho não subordinado”. In *Revista LTr*, abril de 2005, p. 393.

17 *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2004, p. 1.310.

“O princípio da interpretação conforme a Constituição é mais um princípio de prevalência normativo-vertical ou de integração hierárquico-normativa de que um simples princípio de conservação de normas.”¹⁷

O mais relevante princípio do Direito do Trabalho é o da proteção do trabalhador, do qual são filhos legítimos os princípios da norma mais favorável, da condição mais benéfica, do *in dubio pro operario*, da primazia da realidade e outros de aplicação limitada à relação de emprego.

VI – TRABALHADORES AUTÔNOMOS

O trabalhador autônomo é uma das modalidades da relação cogitada pelo art. 114, I, da Constituição. Ele corresponde tanto ao trabalhador que habitualmente e por conta própria exerce uma atividade profissional remunerada em favor de terceiros, como ao que eventualmente executa o serviço contratado. E pouco importa que essa relação se estabeleça por um ajuste verbal ou em razão de um contrato escrito de locação de serviços. O relevante é que o trabalho seja realizado por pessoa física e praticado sem as características da relação de emprego, cujos elementos estão enunciados nos arts. 2º e 3º da CLT. A relação de trabalho, no concernente ao trabalhador, é sempre *intuitu personae*.

O Capítulo VII do Título VI do Código Civil trata dos contratos de prestação de serviços, com ou sem prazo determinado, ainda que episódica. Dentre esses, cumpre destacar a empreitada de labor, o mandato, o contrato de agenciamento e distribuição, o contrato de comissão e corretagem e o contrato de transporte. A parceria agrícola e a representação comercial são disciplinadas por leis especiais.

Destarte, um profissional liberal ou um marceneiro, contratados sem os elementos configuradores da relação de emprego, são trabalhadores autônomos. Entretanto, se o ajuste for com a pessoa jurídica formada pelos trabalhadores que executam os serviços, é evidente que não haverá relação de trabalho.

VII – RELAÇÃO DE TRABALHO E RELAÇÃO DE CONSUMO

Há quem sustente que a relação entre o profissional liberal e o cliente, seja pessoa física ou jurídica, é de consumo e não de trabalho. Mas vale acentuar que o art. 3º, § 2º, do Código de Defesa do Consumidor assevera que o “serviço”, para efeito de conceituar o “fornecedor”:

D O U T R I N A

“É qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, *salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista.*” (grifos nossos)

Afigura-se-nos indubitável que o profissional liberal que, na qualidade de pessoa física, obriga-se a prestar determinado serviço ao contratante, estabelece típica relação de trabalho.

O ilustrado ministro do TST, Ives Gandra Martins Filho, é incisivo ao acentuar que a relação de trabalho não se confunde com a “relação de consumo (regida pela Lei nº 8.078/1990), cujo objeto não é o trabalho realizado, mas o produto ou serviço consumível, tendo como pólos o fornecedor (art. 3º) e o consumidor (art. 2º) que podem ser pessoas físicas ou jurídicas”¹⁸.

18 “A reforma do Poder Judiciário e seus desdobramentos na Justiça do Trabalho”, *rev. cit.*, p. 34.