



FACULDADE BAIANA DE DIREITO
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

LARISSA DE CASTRO ALFAYA

**A ATUAL CONCEPÇÃO DA SUBORDINAÇÃO JURÍDICA
FRENTE À REALIDADE VIVENCIADA PELA FIGURA DO
ADVOGADO ASSOCIADO**

Salvador

2015

LARISSA DE CASTRO ALFAYA

**A ATUAL CONCEPÇÃO DA SUBORDINAÇÃO JURÍDICA
FRENTE À REALIDADE VIVENCIADA PELA FIGURA DO
ADVOGADO ASSOCIADO.**

Monografia apresentada ao curso de graduação
em Direito, Faculdade Baiana de Direito, como
requisito parcial para obtenção do grau de
bacharel em Direito.

Orientadora: Adriana Wyzykowsky

Salvador

2015

TERMO DE APROVAÇÃO

LARISSA DE CASTRO ALFAYA

**A ATUAL CONCEPÇÃO DA SUBORDINAÇÃO JURÍDICA
FRENTE À REALIDADE VIVENCIADA PELA FIGURA DO
ADVOGADO ASSOCIADO.**

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito,
Faculdade Baiana de Direito, pela seguinte banca examinadora:

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Salvador, ____/____/2015.

Aos responsáveis pela formação do meu carácter: Carlos, Alice e Solange.

AGRADECIMENTOS

Primeiramente àqueles que foram os maiores responsáveis pela minha formação pessoal, sem a qual a formação acadêmica não faria sentido algum: meus pais, Carlos e Alice; e minha avó, Solange.

Ao Carlos, meu pai, pelo exemplo de luta, determinação, responsabilidade, pela demonstração de como lidar com as adversidades da vida e tirar delas grandes aprendizados e por ter me ensinado o valor das coisas simples.

A Alice, pelo exemplo de mãe, pela demonstração contínua de amizade, pela dedicação inabalável, nas melhores e piores circunstâncias, em me proporcionar o possível e o impossível, por vezes abrindo mão das suas próprias realizações pessoais, em prol das minhas.

A Solange, por me fazer experimentar o amor incondicional e por ser o meu mais inspirador exemplo de vida.

A Ygor, meu companheiro e amigo, pela paciência e pelo incentivo diário, sem os quais, sem dúvida, teria sido mais difícil.

A professora Adriana Wyzykowsky, pelas verdades ditas em momentos necessários e pela paciência em proporcionar uma orientação extremamente cuidadosa.

A todos que integram o Escritório Pedro Paulo Ramos e Advogados Associados, por me proporcionarem grandes desafios e aprendizados, não só no âmbito da advocacia, mas de valores necessários à vida profissional e em equipe.

“Entre o forte e o fraco, entre o rico e o pobre, é a liberdade que escraviza, é a lei que liberta”.

Henri Dominique Lacordaire.

RESUMO

É cediço que a advocacia atual enfrenta crises em virtude do número exponencial de bacharéis em Direito que, todo ano, adentram no mercado de trabalho. Desse modo, a figura do advogado associado tornou-se ainda mais frequente, sendo esta utilizada, por vezes, para fraudar direitos trabalhistas em relações que, se observadas na realidade fática, possuem cunho empregatício.

Diante disso, o presente trabalho pretende analisar a possibilidade de reconhecimento de vínculo de emprego entre as Sociedades de Advogados e Advogados Associados. Para isso, faz-se necessária uma análise acerca da subordinação jurídica, tendo em vista que os demais elementos caracterizadores da relação de emprego constantes no artigo 3º da Consolidação das Leis do Trabalho, possivelmente, já encontram-se presentes no contrato associativo ora em análise.

Ademais, em virtude da precariedade de normas regulamento o tema, faz-se de suma importância também uma abordagem principiológica, em especial a aplicação do princípio da primazia da realidade sobre a forma, a fim de desconsiderar o contrato celebrado entre as partes, reputando-o nulo, para então reconhecer o contrato de trabalho ali existente.

Palavras-chave: Subordinação jurídica; Advogado Associado; Sociedade de Advogados ou Sociedade Advocatícia; Vínculo de emprego em contratos associativos; Contratos associativos.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	10
2 HISTÓRICO DO DIREITO DO TRABALHO E PRINCÍPIOS APLICÁVEIS	13
2.1 FASE PRÉ INDUSTRIAL	14
2.2 REVOLUÇÃO INDUSTRIAL E O SURGIMENTO DO DIREITO DO TRABALHO	17
2.2.1 Manifestações incipientes	21
2.2.2 Criação da OIT e consolidação	22
2.3 DIREITO DO TRABALHO NO BRASIL	24
2.4 PRINCÍPIOS DO DIREITO DO TRABALHO	25
2.4.1 Princípio da proteção	28
2.4.2 Princípio da primazia da realidade	32
2.4.3 Princípio da indisponibilidade	36
3. ELEMENTOS CARACTERIZADORES DA RELAÇÃO DE EMPREGO	39
3.1 PESSOA FÍSICA	40
3.2 PESSOALIDADE	41
3.3 ONEROSIDADE	43
3.4 NÃO EVENTUALIDADE	44
3.5 SUBORDINAÇÃO	47
3.5.1 Conceito de subordinação. Etimologia da palavra	48
3.5.2 Subordinação clássica	51
3.5.3 Outras formas de subordinação	54
4. CONTRATO ASSOCIATIVO E POSSIBILIDADE DE VÍNCULO EMPREGATÍCIO	59
4.1 CONTRATO DE TRABALHO	61
4.2 PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS	71
4.2.1 Prestação de serviços advocatícios	74
4.2.1.1 Autônomo	76

4.2.1.2 Sociedade Advocatícia	78
4.2.1.3 Contrato de associação	83
4.3 VÍNCULO EMPREGATÍCIO NOS CONTRATOS ASSOCIATIVOS	86
4.3.1 Subordinação existente no contrato associativo	89
4.3.2 Princípios aplicáveis ao contrato associativo	93
4.3.3 Pós e contras	94
5 CONCLUSÃO	96
6 REFERÊNCIAS	99

1 INTRODUÇÃO

O segundo capítulo do presente trabalho possui como escopo trazer uma análise acerca da formação histórica e surgimento do Direito do Trabalho, a fim de estabelecer um terreno para a melhor compreensão sobre a importância dos princípios específicos desse ramo jurídico.

Dessa forma, será demonstrado que o surgimento de tal ramo jurídico se deu no século XIX, notadamente com a eclosão da Revolução Industrial, a qual possibilitou um modelo de produção pautado na necessidade de um número expressivo de mão de obra e na obtenção de lucro através da constante exploração desses indivíduos.

O modelo político da época, pautado no liberalismo econômico, foi um dos grandes responsáveis pelo surgimento de uma classe operária que iria, adiante, reivindicar por melhores condições de trabalho, as quais deveriam ser garantidas pelo intervencionismo estatal.

Assim, o Direito do Trabalho surge em meio à reivindicação da classe trabalhadora, que almejavam melhores condições de trabalho, as quais se fariam possível com a intervenção do Estado como limitador da liberdade contratual.

A percepção de que na relação jurídico laboral existe uma classe hipossuficiente, carecedora de tutela estatal, proporcionou o surgimento do Direito do Trabalho como ramo autônomo, contendo princípios próprios, a fim de garantir a igualdade material entre as partes contratuais.

Assim, é importante notar que o Direito do Trabalho surge, bem como permanece até os dias atuais, como um ramo que busca colocar na balança o poder econômico e a classe trabalhadora, buscando promover a igualdade material e melhores condições de trabalho.

A criação de um ramo autônomo enseja a criação de regras e princípios próprios. Nesse sentido, o segundo capítulo do presente trabalho também se dedica a traçar uma análise acerca dos princípios do Direito do Trabalho, notadamente aqueles de maior relevância para o tema ora proposta, quais sejam o princípio protetivo, posto

que é o fundamento maior do Direito laboral e aquele que vai guiar todo o ordenamento jurídico trabalhista, bem como o princípio da primazia da realidade sobre a forma, o qual tem o importante papel de prestigiar a realidade fática em detrimento do que consta em registros formais. Além destes, o princípio da indisponibilidade também será analisado, em virtude da importância de se compreender que o contrato de trabalho não é regido pela autonomia da vontade, afinal, as normas trabalhistas são, por essência, imperativas, não havendo que se falar em disponibilidade de direitos face a constatação de hipossuficiência de uma das partes.

Tal regra, obviamente, comporta exceções, tendo em vista que há, no Direito do Trabalho, regras de disponibilidade relativa, que podem ser acordadas por instrumentos coletivos ou até mesmo individualmente.

Diante do reconhecimento de que em determinada relação jurídica existe uma parte hipossuficiente, carente de proteção, faz-se de suma importância também estabelecer os elementos caracterizadores que irão reconhecer uma relação como relação empregatícia. Este é o tema central do terceiro capítulo do presente trabalho, demonstrando que o reconhecimento do vínculo de emprego requer a existência de prestação de serviços por uma pessoa física, bem como a presença de onerosidade, não eventualidade, pessoalidade e subordinação.

Sendo a subordinação um tema central no presente trabalho, a sua análise se dará de modo mais aprofundado, perpassando pelo seu conceito clássico até as posições doutrinárias mais modernas.

Assim, o que se pretende demonstrar com a análise da subordinação jurídica é o fato de que esta não mais se resume ao exercício do poder diretivo no comando direto e intenso de ordens por parte do empregador, havendo, atualmente, outras possibilidades, como surgem por meio dos conceitos de subordinação objetiva, estrutural, potencial, dentre outras.

Assim, a doutrina vem, ao longo dos anos, ampliando o conceito de subordinação jurídica, a fim de possibilitar que o Direito do Trabalho permaneça em busca do seu verdadeiro fim, qual seja a proteção ao empregado.

O quarto capítulo irá destrinchar o tema central do presente trabalho, ou seja, analisar as possibilidades de exercício da advocacia chegando, finalmente, ao contrato associativo celebrado entre advogados e Sociedades de Advogadas.

Assim, diante da análise das novas formas de se compreender a subordinação jurídica, as quais tornam possível ampliar as relações objeto de tutela pelo Direito do Trabalho, se faz importante o reconhecimento de que, na realidade fática vivenciada pela advocacia, os contratos associativos são instrumentos de fácil captação de mão de obra barata, existindo, em várias situações, verdadeiras relações de emprego, ante o reconhecimento da subordinação existente em tais contratos.

2 HISTÓRICO DO DIREITO DO TRABALHO E PRINCÍPIOS APLICÁVEIS

Para o melhor desenvolvimento do tema proposto pelo presente trabalho, faz-se necessário adentrarmos numa breve análise acerca do surgimento, formação e evolução histórica do Direito do Trabalho como ramo específico do Direito.

A compreensão de como determinado instituto e/ou ramo do Direito surgiu, em qual momento e contexto histórico ganhou terreno, tornando-se um ramo autônomo, bem como a sua evolução histórica até os dias atuais, é um exercício de suma importância para a melhor análise crítica acerca dos princípios que norteiam tal disciplina.

Sobre a importância de se conhecer os fatos sociais, econômicos, políticos, religiosos, dentre outros, que inspiraram o surgimento e a formação de determinado ramo jurídico é tratada pelos autores do Direito em geral, dentre eles, José Cairo Júnior¹ afirma:

O Direito não surge do nada. As regras jurídicas originam-se da necessidade de viver-se em sociedade, refletindo, no tempo e no espaço, a cultura de cada povo. Nesse ponto reside a importância de se conhecer os fatos sociais, econômicos, políticos, religiosos etc., que provocaram o nascimento do Direito ou de uma de suas especialidades, facilitando a sua compreensão, interpretação e aplicação.

O trabalho, aquele compreendido como o dispêndio de energia do homem a fim de se obter sustento próprio sempre existiu, desde a existência humana. Entretanto, é importante traçar uma linha histórica e definir a partir de que ponto torna-se relevante a análise desse trabalho humano para fins jurídicos, pois como já fora dito, o trabalho existe desde que o homem é homem. Entretanto, a presente pesquisa não tem como escopo uma análise profunda acerca da evolução histórica do Direito do Trabalho, mas tão somente a exposição do necessário para a melhor compreensão do tema.

¹ JÚNIOR, José Cairo. Curso de Direito do Trabalho. 3 ed. Salvador: *JusPodivm*, 2009, p. 57.

2.1 FASE PRÉ INDUSTRIAL

As relações de trabalho, repise-se, existem desde a Pré-História. Num primeiro momento, com a busca do homem pela sua própria subsistência e, posteriormente, com o trabalho escravo na Antiguidade. Ocorre que, nessa obscura passagem da história humana, o escravo era considerado como coisa, logo, a relação estabelecida entre senhores e escravos, era uma relação de propriedade.

Tomando como marco inicial a Antiguidade Clássica, onde o trabalhador possuía justamente esse sentido material, pode-se dizer que o regime escravocrata regia o modo de produção da época. O escravo não era sujeito de direitos, sendo, portanto, reduzido à mera coisa, *res*. Assim, a relação travada entre o senhor e o seu escravo era de Direito Real, regida pelas regras do direito de propriedade.

Nesse período, obviamente, não há como se falar em Direito do Trabalho, posto que o escravo nem sequer podia ser considerado como sujeito de direito, não havendo consentimento de vontades para a celebração de um contrato. E como bem pontua Alice Monteiro de Barros², o contrato de trabalho pressupõe a existência de sujeitos de direito: empregado e empregador.

Ademais, a mencionada autora também ressalta que o avanço da complexidade presente nas relações sociais gerou a criação do contrato de *Locatio conductio*, que consistia num contrato onde uma das partes se obrigava a conceder o uso e gozo de uma coisa (locação), a prestação de serviços (contrato de prestação de serviços) ou de uma obra (empreitada), em troca de uma contraprestação. Tais contratos eram subdivididos e se chamam, respectivamente, de *locatio conductio: rei, operis, e operarum*.

A *locatio conductio operarum*, como pontua Alice Monteiro de Barros³, antecedeu o contrato de trabalho e, “segundo grande parte da doutrina, implicava a prestação de serviço por uma pessoa (*locador*), cuja remuneração era fixada tendo em vista o tempo gasto na sua execução.”

² BARROS, Alice Monteiro de. Curso de Direito do Trabalho. 8 ed. São Paulo: LTr, 20012, p. 45.

³ *Ibidem*, p. 46.

Dando um salto histórico e entrando no contexto da Idade Média, constata-se que o regime escravocrata não mais se faz preponderante, razão pela qual o homem que antes era escravo ganhou sua liberdade, tornando-se servo da gleba. Surgiu então o regime de produção que ficou conhecido como feudalismo, em que o trabalhador passou a ser compreendido como sujeito de direitos, porém, pode-se dizer que essa liberdade veio de forma mitigada. Não havia uma liberdade plena.

Assim, embora neste período não houvesse mais, ao menos em teoria, a possibilidade de um servo ser propriedade do seu senhor, a situação estabelecida naquela época era muito semelhante ao regime de escravidão. Pois, embora o servo não estivesse preso ao senhor através de um contrato de propriedade, estava preso a terra; ele precisava trabalhar nas terras do senhor feudal para garantir a sua subsistência e da sua família, bem como garantir a proteção militar que lhe era conferida caso trabalhasse em benefício do senhor feudal.

Assim é que, no regime feudal, o trabalhador, em suma, trabalhava para o senhor feudal em troca de habitação, alimentação e proteção militar para si e para seus familiares. Eram, portanto, verdadeiros “escravos alforriados”⁴, posto que, malgrado possuíssem a liberdade em sentido estrito, eram presos à terra, subordinados, portanto, ao senhor feudal.

Esses trabalhadores eram submetidos a condições indignas de trabalho, havendo a possibilidade de se submeterem a castigos aplicados pelos seus senhores, o que reforça ainda mais a constatação de que não havia liberdade nessa época. Ademais, o próprio entendimento do valor agregado ao trabalho demonstrava isso, posto que, como observa Sergio Pinto Martins⁵, o trabalho era tido como os castigos, razão pela qual os nobres não trabalhavam.

Diante de dados como esses, não há dúvida que, embora alforriados e supostamente livres, a cultura da escravidão ainda permanecia impregnada na relação travada entre senhores feudais e servos da gleba, razão pela qual não há como cogitar falar em Direito do Trabalho nessa passagem da história humana.

Após a queda do Império Romano começam a surgir as primeiras Corporações de Ofício, formadas por antigos servos, que não mais estavam satisfeitos com a

⁴ *Ibidem*, p. 47

⁵ MARTINS, Sergio Pinto. *Direito do Trabalho*. 29 ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 4.

liberdade pós escravidão, almejando condições mais dignas de vida. Buscavam, assim, serem donos dos seus próprios meios de produção, a fim de alcançar a efetiva liberdade.

Assim, o regime feudal foi sendo substituído, em meados da Idade Média, pelas Corporações de Ofício. Mas, nos dizeres de Alice Monteiro de Barros⁶:

Na época medieval, as relações jurídico-laborais que se desenvolviam nas corporações de ofício enquadravam-se dentro de uma orientação heterônoma. A regulamentação das condições de trabalho era estabelecida por normas alheias à vontade dos trabalhadores.

Ou seja, mesmo nesse contexto das Corporações de Ofício, onde em tese os antigos servos poderiam aprender a produzir de forma autônoma, ainda não se pode reconhecer a existência de um Direito do Trabalho, posto que não haviam normas advindas do Estado que regulassem essa relação.

O enfraquecimento dos feudos colaborou para que os servos migrassem às cidades, se juntassem com outros operários e formassem as tão conhecidas Corporações de Ofício. Vólia Bomfim Cassar⁷ conceitua essas agremiações como “típicas empresas dirigidas pelos respectivos mestres”. As Corporações eram formadas por mestres, aprendizes e companheiros.

É importante ressaltar que, nem mesmo nas Corporações de Ofício, havia a liberdade plena, almejada pelos antigos escravos e servos, que agora eram companheiros ou aprendizes.

Em primeiro lugar, havia um monopólio de cada Corporação. Ou seja, duas Corporações com o mesmo ofício não podiam se fazer presentes numa mesma região.

Além disso, Sergio Martins⁸ traz algumas características acerca dessas Corporações, que permitem perceber a ausência de valores atinentes ao Direito laboral. São elas: (a) estabelecer uma estrutura hierárquica; (b) regular a capacidade produtiva; (c) regulamentar a técnica de produção.

⁶ *Ibidem*, p. 48

⁷ CASSAR, Vólia Bomfim. *Direito do Trabalho*. 5 ed. Niterói: Impetrus, 2011, p. 14.

⁸ *Ibidem*, p. 4 e 5.

Além disso, os aprendizes ficavam “sob a responsabilidade do mestre que, inclusive, poderia impor-lhes castigos corporais.”⁹

Essa dependência entre companheiros/aprendizes e mestres acabou por gerar insatisfações por parte dos primeiros, o que gerou a saturação desse modelo de produção.

Com o tempo, a sociedade artesanal foi sendo substituída pelo capitalismo mercantil. O principal fenômeno que deu ensejo à crise artesanal foi a inovação tecnológica, possibilitando que o trabalho manual fosse sendo substituído pelas máquinas.

2.2 REVOLUÇÃO INDUSTRIAL E O SURGIMENTO DO DIREITO DO TRABALHO

A Revolução Industrial, atrelada aos ideais da Revolução Francesa de liberdade individual, deram início a um período marcado pelo individualismo, o qual se fazia refletir nos aspectos econômicos, sociais e políticos da época. Posteriormente, tais mudanças se fizeram refletir também no aspecto jurídico.

Alias, sobre o tema, Maurício Godinho Delgado¹⁰ esclarece que o Direito do Trabalho surge da combinação desses três fatores (social, econômico e político).

Segundo Godinho, do ponto de vista dos aspectos econômicos que colaboraram para o surgimento do Direito do Trabalho, ele destaca:

De um lado, a utilização da força de trabalho livre mas subordinada como instrumento central de relação de produção pelo novo sistema produtivo emergente; de outro lado, a circunstância de esse novo sistema produtivo também gerar e desenvolver uma distinta modalidade de organização do processo produtivo, a chamada *grande indústria*.

Ainda sobre os aspectos que contribuíram para o surgimento do Direito do Trabalho, a conjuntura social da época, sem dúvidas, foi de extrema relevância, pois em conjunto com os demais aspectos se fizeram firmes para contribuir com o

⁹ *Ibidem*, p. 5.

¹⁰ DELGADO, Maurício Godinho. Curso de Direito do Trabalho. 11 ed. São Paulo: LTr, 2012, p. 84.

surgimento de um ramo jurídico autônomo, criado para proteger uma parte dessa relação jurídica.

Maurício Godinho Delgado¹¹ cita como fatos sociais relevantes a concentração proletária na sociedade europeia e norte-americana em torno dos grandes centros industriais, bem como o surgimento de uma identificação profissional por parte da classe operária.

Por fim, do ponto de vista político, Delgado¹² cita ações advindas da sociedade civil e do Estado:

As ações gestadas e desenvolvidas no plano da sociedade civil e do Estado, no sentido de fixar preceitos objetivos para a contratação e gerenciamento da força de trabalho componente do sistema produtivo então estruturado.

O fato é que não é um fato histórico isolado que contribui para a formação e surgimento de uma determinada área jurídica. No caso específico do ramo trabalhista, não há dúvida que diversos fatores predominantes na sociedade da época se mostraram importantes e suficientes para fazer nascer na coletividade o sentimento de necessidade em se ter do Estado essa proteção que é marcante no Direito do Trabalho.

Não se pode deixar de constatar, entretanto, que são esses mesmos fatos sociais, econômicos e políticos que fazem com que o aspecto jurídico se desenvolva ao longo dos anos, desde o seu surgimento até os dias atuais, se alterando e evoluindo de acordo com esses anseios.

Ora, o Direito é dinâmico, jamais estático. Este se altera ao longo dos anos em virtude das necessidades sociais. E não é diferente com o Direito do Trabalho: o equilíbrio entre o capitalismo e a proteção dessa exploração do homem pelo homem é algo que sempre se busca, por vezes tendendo mais para um lado, por vezes ao outro, a fim de equilibrar essa balança, alcançando a justiça social.

Pois bem.

Com os avanços tecnológicos, notadamente a criação da máquina a vapor e conseqüentemente o advento das indústrias, surgem duas novas classes: a dos

¹¹ *Ibidem*, p. 84.

¹² *Ibidem*, p. 84 e 85.

industriais, detentores do poder econômico, que precisavam de mão de obra em larga escala para fazer movimentar suas máquinas, gerando cada vez mais lucro. E do outro lado surge a classe dos operários, indivíduos que agora eram donos da sua força de trabalho, e que também precisavam das indústrias para trabalhar e garantir a subsistência própria e familiar.

A indústria descobre que o tamanho da exploração dessa mão de obra é diretamente proporcional ao aumento da sua produção e, conseqüentemente, aumento de lucro. Sendo de suma relevância ressaltar que o modelo político da época, que era aquele pautado no liberalismo na sua forma mais pura e original, possibilitou a exploração do homem pelo próprio homem. A tão almejada liberdade, em verdade, escravizou.

Os operários das indústrias naquela época forneciam sua mão de obra em troca de salários ínfimos, se submetiam a jornadas excessivas, condições de trabalho deploráveis em ambientes insalubres e perigosos. O trabalho das mulheres e das crianças também era explorado de forma irresponsável, inclusive em atividades perigosas e noturnas, o que possibilitou o acidente e, até mesmo, a morte, dessas pessoas no ambiente de trabalho.

Sobre as condições de trabalho daquela época, Sergio Pinto Martins¹³ relata:

O trabalhador prestava serviços em condições insalubres, sujeito a incêndios, explosões, intoxicações por gases, inundações, desmoraamentos, prestando serviços por baixos salários e sujeito a várias horas de trabalho, além de oito. Ocorriam muitos acidentes do trabalho, além de várias doenças decorrentes dos gases, da poeira, do trabalho em local encharcado, principalmente a tuberculose, a asma e a pneumonia. Trabalhavam diretamente ou indiretamente nas minas praticamente toda a família, o pai, a mulher, os filhos, os filhos dos filhos etc. Eram feitos contratos verbais vitalícios ou então enquanto o trabalhador pudesse prestar serviços, implicando verdadeira servidão. Certos trabalhadores eram comprados e vendidos com seus filhos.

Um terceiro sujeito que teve um papel importante para o desenvolvimento da opressão dos trabalhadores perante os detentores do poder econômica foi o Estado. Os ideais burgueses da Revolução Francesa de liberdade garantia que a relação acima descrita não sofreria interferência estatal.

Assim, como aponta a doutrina, a exemplo de Sergio Pinto Martins¹⁴:

¹³ MARTINS, op. cit., p. 6 e 7.

O liberalismo do século XVIII pregava um Estado alheio à área econômica, que, quando muito, seria árbitro nas disputas sociais, consubstanciando na frase clássica *laissez faire, laissez passer, laissez aller*.

O Estado, portanto, se comporta apenas como mero telespectador, contribuindo assim para que a exploração dos operários cada vez mais se expandisse sem que houvesse qualquer freio imposto por parte do Poder Público.

Desse modo, a Revolução Francesa é o grande marco da liberdade do homem, onde se tornou possível a exploração da mão de obra operária pelos grandes industriais sem qualquer tipo de intervenção estatal ou mesmo de órgãos fiscalizadores. Enfim, era um terreno extremamente fértil para o alcance do lucro desmedido por parte da burguesia, como também para a aceitação das piores condições possíveis de trabalho por parte dos operários, tendo em vista que esses cidadãos, agora livres e detentores da sua força de trabalho, precisavam se submeter a tanto para garantir a subsistência própria e familiar. Afinal, agora ele era livre e com a liberdade vem também a necessidade de encontrar meios de sustento.

Como pontua Alice Monteiro de Barros¹⁵, “os indivíduos adquiriram com sua vontade o poder supremo para realizar toda a classe de atos jurídicos, os quais passavam a ter força de lei entre as partes, porque aceitos voluntariamente”.

Assim, o brocardo civilista do *pacta sunt servanda* se fazia presente nessas relações e era, sobretudo, o grande amuleto para se explicar, de alguma forma, a sujeição dos indivíduos a tais pactos de trabalho violadores da dignidade humana.

Como nessa época não existia ainda Direito do Trabalho, nada era feito a respeito, pois, como fora dito, o Liberalismo garantia a liberdade contratual entre esses trabalhadores e os seus patrões.

A famosa frase de Abade Lacordaire, acerca da situação histórica ora apresentada, talvez seja a mais forte expressão do lado obscuro da liberdade sem freio: “Entre o forte e o fraco, entre o rico e o pobre, entre o patrão e o operário, é a liberdade que oprime e a lei que liberta”.

¹⁴ *Ibidem*, p. 6.

¹⁵ BARROS, op. cit., p. 50.

2.2.1 MANIFESTAÇÕES INCIPIENTES

Diante do cenário de exploração a que se submeteram esses trabalhadores, as revoltas sociais por parte da classe operária, que não mais pretendiam se submeter àquelas condições desumanas, tomaram conta do ambiente político, econômico e social do período industrial, e desencadeou na necessidade de intervenção estatal para frear os abusos perpetrados pela indústria e a violação manifesta de qualquer ideal de dignidade do homem.

O fato é que o Direito do Trabalho surge em meio à reivindicação da classe operária, que suplicava pela intervenção estatal naquela relação que, embora eivada de valor econômico, acabava por propiciar uma liberdade injusta, onde o homem, de fato, virou o lobo do homem.

O intervencionismo estatal chegou como meio de proteger a classe operária, a qual tornou-se prisioneira da sua própria liberdade. Assim surgem as primeiras leis trabalhistas, que serviram como primeiras vedações às arbitrariedades cometidas no ambiente laboral, a exemplo das jornadas exorbitantes de mais de 16 horas por dia, impostas a menores e mulheres, percebendo salário inferior ao pago para os homens¹⁶. A necessidade de se regular a relação empregado-empregador passou a ser algo indiscutível e necessário.

Diante disso, o Estado, agora nos moldes do Estado de Bem Estar Social, passou a enxergar a necessidade de intervir nessa relação, a fim de garantir não só a liberdade formal, como também a liberdade material.

Diante disso, a Inglaterra torna-se pioneira nesse processo de freio ao contrato trabalhista. Em 1802, então, é fixada a jornada de 12 horas, bem como nasce a proibição ao trabalho noturno. Ao longo dos anos, outras normas vão surgindo, destacando-se a proteção ao trabalho da mulher e do menor.

¹⁶ MARTINS, op. cit., p. 7.

Ressalte-se que o Direito do Trabalho nasce com duas ramificações, quais sejam o Direito Individual do Trabalho e o Direito Coletivo. Sobre essa dicotomia, Vólia Bomfim Cassar¹⁷ explica:

O Direito Coletivo, com sua preocupação abstrata e geral de proteção dos interesses do grupo de trabalhadores (categoria) ou de empresários. O Direito Individual, com a preocupação concreta da proteção dos direitos sociais do empregado.

Porém, faz-se importante pontuar que esse processo de normatização ainda se fazia muito incipiente. Sobre esse ponto, Maurício Godinho Delgado¹⁸ afirma que “as leis trabalhistas, nessa época, ainda não deram consistência à formação de um ramo jurídico especializado, não se traduzindo, ainda, como um conjunto sistemático de normas.”

Ou seja, não existia um ramo jurídico autônomo, mas sim a intervenção estatal na elaboração de algumas normas limitadoras da exploração do trabalho operário que vinha sendo realizada.

2.2.2 CRIAÇÃO DA OIT E CONSOLIDAÇÃO

As fases de formação e consolidação do Direito do Trabalho são tratadas de forma levemente distintas na doutrina. Alice Monteiro de Barros¹⁹ pontua a criação da Organização Internacional do Trabalho como o quarto período e o denomina de fase de Autonomia, iniciando-se em 1919.

Já Maurício Godinho Delgado²⁰ chama de terceira fase aquela de institucionalização do Direito do Trabalho, a qual possui com marco a criação da OIT, em 1919.

Sem dúvidas, a criação de um organismo internacional voltado a discutir e normatizar regras de conduta a nível global acerca das condições de trabalho

¹⁷ CASSAR, op. cit., p. 15 e 16

¹⁸ GODINHO, op. cit., p. 90.

¹⁹ BARROS, op. cit., p. 55.

²⁰ GODINHO, op. cit., p. 90.

demonstra um amadurecimento desse ramo específico, bem como a sua autonomia diante dos demais.

A importância de proteger o trabalho humano, incluído a isso a proteção das condições dignas de trabalho, se fez a ponto de ensejar a criação de uma Organização Internacional voltada exclusivamente para este fim, demonstrando que a proteção às relações trabalhistas está diretamente ligada à proteção da dignidade da pessoa humana, devendo, portanto, ser uma política adotada pelos Estados como um todo.

Importante também foi a publicação da Encíclica Papal *Rerum Novarum*, do Papa Leão XIII, preconizando, dentre outras coisas, o salário justo. Alice Monteiro de Barros²¹ toma esse importante fato histórico como marco do período de Consolidação do Direito do Trabalho.

Além disso, outro importante instrumento em prol do Direito do Trabalho foi o Tratado de Versailles:

O Tratado de Versailles (de 1919) desempenha papel importante: em seu art. 427, não admite que o trabalho seja mercadoria, assegura a jornada de 8 horas, igualdade de salário para trabalho de igual valor, repouso semanal, inspeção do trabalho, salário mínimo, dispensa tratamento especial ao trabalho da mulher e do menor, além de dispor sobre o direito sindical.²²

Assim é que a preocupação com os direitos trabalhistas passou a ser matéria de ordem internacional, levando diversos Estados e instituições a adotarem posicionamentos em prol da proteção ao trabalho humano como mecanismo de resguardar a dignidade da pessoa humana.

É importante perceber que o Direito do Trabalho surge, bem como permanece até hoje, como um ramo que busca colocar na balança o poder econômico e a classe trabalhadora, que busca promover a igualdade material e, principalmente, melhorar as condições de trabalho.

Diante da breve análise acerca da formação histórica do Direito do Trabalho, identificando o cenário pelo qual tal ramo do Direito passou a ser compreendido

²¹ BARROS, op. cit., p. 55.

²² *Ibidem*, loc. cit.

como algo essencial, parece óbvio o motivo que fez com que tal ramo do Direito surgisse como mecanismo de proteção de uma classe específica, qual seja a classe trabalhadora.

2.3 DIREITO DO TRABALHO NO BRASIL

Maurício Godinho Delgado²³ cita a Lei Áurea como marco inicial de referência histórica do Direito do Trabalho no Brasil, embora a mencionada lei não tenha natureza justralhista. É que, antes de decretado o fim da escravidão, não há como falar em Direito do Trabalho, posto que, como visto, a relação de emprego (objeto do Direito do Trabalho) pressupõe a existência de um contrato firmado entre pessoas livres, sujeitos de direito.

O primeiro período que, segundo Delgado²⁴, torna-se significativa a abordagem acerca da evolução histórica do Direito do Trabalho no Brasil se deu diante das relações de trabalho travadas no ambiente agrícola cafeeiro, bem como na industrialização que se dava início na capital paulista e no Distrito Federal.

Assim, com o fim do regime escravocrata, surge de forma mais significativa as relações empregatícias e com elas algumas movimentações operárias ainda imaturas, sem força organizativa suficiente a fim de ensejar uma pressão ao Estado de intervir na relação por meio de normas.

Assim como ocorreu no âmbito internacional, havia também no Brasil o ideal liberal, marcado pelo não intervencionismo estatal na relação trabalhista, inexistindo, portanto, qualquer forma de legislação sobre a matéria.

Entretanto, Maurício Godinho Delgado²⁵ destaca o “surgimento ainda assistemática e disperso de alguns diplomas ou normas justralhistas, associados a outros diplomas que tocam tangencialmente na chamada *questão social*.”

A título exemplificativo, o mencionado Autor²⁶ cita o Decreto n. 439/1890, o qual estabeleceu as “bases para organização da assistência à infância desvalida”, o

²³ GODINHO, op. cit. P. 99.

²⁴ *Ibidem*, p. 100.

²⁵ *Ibidem*, p. 101.

Decreto n. 1.162, de 1890, que derogou a tipificação da greve como ilícito penal, dentre outras normas esparsas.

Em 1930, Godinho²⁷ pontua o início da fase de institucionalização do Direito do Trabalho, a qual foi inicialmente influenciada pela onda social que fora experimentada pelos outros Estados internacionais, dando ensejo a um Estado mais presente, interventor. Ressalte-se, ainda, que a criação de normas trabalhistas possuíam o condão também de inibir manifestações operárias.

O fato é que essas normatizações foram evoluindo, fazendo nascer um modelo justralhista, aliando políticas integradas do governo, contemplando áreas como a sindical, a criação de um sistema de solução judicial de conflitos trabalhistas, sistema previdenciário, dentre outros.

Assim, o modelo justralhista organizou-se para formar futuramente a Consolidação das Leis do Trabalho (Decreto-lei n. 5.452, de 1.5.1943).

Ocorre que a Constituição Federal de 1988 é, em verdade, “o mais relevante impulso já experimentado na evolução jurídica brasileira, a um eventual modelo mais democrático de administração dos conflitos sociais do país”²⁸. A Carta constitucional destaca o laço entre o trabalho e a dignidade da pessoa humana, trazendo preceitos a serem observados pela ordem jurstralhista, ampliando significativamente a proteção ao trabalho, as normas imperativas e inibidoras da exploração desmedida do trabalhador.

2.4 PRINCÍPIOS DO DIREITO DO TRABALHO

Partindo da premissa de que o Direito é um só, convém destacar que os Princípios gerais que o regem são de extrema relevância para o Direito do Trabalho, notadamente o princípio da igualdade, da dignidade da pessoa humana, dentre outros.

²⁶ DELGADO, loc. cit.

²⁷ *Ibidem*, p. 103.

²⁸ *Ibidem*, p. 115.

Entretanto, ante a natureza autônoma do ramo específico que rege as relações de emprego, o Direito do Trabalho possui Princípios reguladores próprios, os quais serão elemento fundante para a criação, interpretação e aplicação das normas trabalhistas. Assim, através da análise dos Princípios que regem determinada área do Direito, faz-se possível atentar para a razão de ser de tal ramo, os elementos basilares que o fundaram como ramo jurídico autônomo, bem como demonstrar a diretriz que deve ser tomando pelo aplicador e intérprete da norma jurídica.

É com base nos princípios, portanto, que será orientado o estudo do Direito do Trabalho, mais especificamente a subordinação face ao contrato associativo entre advogados e Sociedades de Advogados, em face da ausência de normatização específica suficiente sobre o tema.

O surgimento e criação de um ramo específico dentro do Direito se dá, dentre outros fatores, por meio do estabelecimento da sua autonomia perante outros ramos, bem como a delimitação dos princípios específicos que irão nortear essa fatia separada da ciência jurídica.

Antes de adentrar na análise dos princípios e regras que regem a relação jurídico-laboral, convém desenvolver um pouco acerca das funções dos princípios no direito moderno. Nesse sentido, Paulo Bonavides²⁹ cita três funções de extrema importância, quais sejam a função de ser fundamento da ordem jurídica, a função orientadora do trabalho interpretativo e, por fim, a função de fonte em caso de insuficiência da lei e do costume.

Assim, a primeira função é tida como a mais moderna e a que eleva os princípios a um grau de maior relevância dentro do Direito como um todo, posto que leva-nos a compreender os princípios como a pedra de toque de todo o ordenamento jurídico, sendo eles o fundamento das leis e atos normativos.

Esta primeira dimensão dos princípios é trazida também pela doutrinadora trabalhista Vólia Bomfim Cassar³⁰ como uma função informadora, a qual “inspira o legislador a legislar a favor do bem jurídico que deve ser tutelado, e que vai servir de fundamento para o ordenamento jurídico.”. Assim, o legislador deve estar

²⁹ BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 28 ed. São Paulo: Malheiros Editores LTDA., 2013, p. 293

³⁰ CASSAR, op. cit., p. 175

atento, dentre outros, ao princípio protetivo, privilegiando a parte hipossuficiente, estabelecendo regras que proporcionem a igualdade material entre as partes.

Por outro lado, a função orientadora do trabalho interpretativo também se faz importante, na medida em que a hermenêutica jurídica é atividade que sempre será exercida pelos aplicadores do direito, tornando-se possível que sejam suscitadas dúvidas quanto à interpretação de determinada norma. Diante de tal dúvida, entretanto, o intérprete deve guiar seu raciocínio através dos princípios, dando às normas interpretações que melhor se adequem a eles.

Assim, cabe ao aplicador da norma jurídica se ater, quando da interpretação de determinada norma, para as razões que levaram o texto legal a se posicionar de tal forma. Desse modo, na dúvida entre uma ou outra interpretação, por exemplo, cabe ao intérprete raciocinar qual, dentre as interpretações possíveis, se adequa mais aos princípios que regem àquela matéria, afinal, são estes que presumidamente o legislador quis resguardar.

Vólia Bomfim Cassar³¹ cita a título de exemplo o princípio *in dubio pro misero*, ou seja, “quando a norma comportar mais de uma interpretação razoável, o intérprete deverá optar por aquela mais favorável ao trabalhador.”

Por último, a terceira função é exposta por Paulo Bonavides³², junta à segunda, como a mais tradicional e antiga, levando ao entendimento ultrapassado de que princípios não são normas. Tal função se faz relevante quando em determinada circunstância inexistir norma específica para o caso e, diante de tal omissão legislativa, o aplicador do direito deve lançar mão dos princípios.

Essa terceira função normativa supletiva, como aponto Vólia Bomfim Cassar³³, serve como fonte supletiva, ou seja, se há lacunas na legislação, é o princípio que possui o condão de preencher esses vazios legislativos.

A mencionada doutrinadora cita ainda a função diretiva e unificadora, que por sua vez, possui como escopo unificar o ordenamento, indicando, portanto, a direção a ser tomada pelo legislador, operadores do direito e intérpretes. As regras normativas devem, assim, serem analisadas e interpretadas de acordo com o

³¹ *Ibidem*, p. 175

³² BONAVIDES, op. cit., p. 293.

³³ CASSAR, loc. cit.

ordenamento jurídico como um todo, tendo em vista que todos os dispositivos devem estar de acordo com os elementos fundantes do Direito.

É importante destacar que, malgrado a importância dos princípios se dê no Direito como um todo, tais bases possuem peculiar relevância no Direito do Trabalho, tendo em vista que tal ramo do Direito surge em um momento histórico de extrema desigualdade entre classes, de condições desumanas de trabalho e diante de tais atrocidades surge a necessária proteção estatal para inibir a perpetuação da exploração do homem pelo próprio homem. Assim, as regras que regem o Direito do Trabalho surgem em tal ambiente e, por isso, devem ser interpretadas até hoje com base nesses princípios.

Diante disso, cabe analisar os princípios específicos que regem o Direito laboral.

Efetivamente, o princípio da proteção é aquele sobre o qual nasceu o Direito trabalhista, sendo a razão de ser da criação de normas específicas protetivas a um grupo determinado de pessoas.

2.4.1 PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO

A noção de que na relação empregado-empregador existe uma parte hipossuficiente é salutar para aceitar que, de fato, o Direito do Trabalho só poderia surgir como meio de proteger essa parte, mediante a ideia de que não condiz com o ideal de justiça tratar os desiguais, igualmente, ou seja, se limitar apenas à igualdade formal não é algo almejado pela ciência jurídica. Assim, a noção de que existe um desequilíbrio na relação de emprego é de suma importância para conceber a importância do princípio protetivo.

É importante frisar, contudo, que a proteção mencionada não deve ser encarada como aquela proteção paternalista do Estado. Trata-se, pois, de uma proteção jurídica, por meio de leis que busquem a garantia de melhores condições de trabalho, ante a grande desigualdade de condições econômicas, sociais e políticas, travada entre as partes.

Assim é que, o princípio da proteção é aquele elemento fundante do Direito do Trabalho, por meio do qual todos os outros princípios irão se desdobrar como forma de perfectibilizar essa proteção inerente ao direito trabalhista.

Américo Plá Rodriguez³⁴ dedicou uma obra à exposição e análise dos princípios que regem o Direito do Trabalho e, ao falar sobre o princípio da proteção, o mesmo destaca a diferença do Direito do Trabalho se comparado aos demais ramos jurídicos:

Enquanto no direito comum uma constante preocupação parece assegurar a igualdade jurídica entre os contratante, no Direito do Trabalho a preocupação central parece ser a de proteger uma das partes com o objetivo de , mediante essa proteção, alcançar-se uma igualdade substancial e verdadeira entre as partes.

Maurício Godinho Delgado³⁵, contrariando, de certa forma, Américo Plá Rodriguez, informa que todos os outros princípios são consequência do princípio maior da proteção. Isso porque, enquanto Plá Rodriguez informa que o mencionado princípio se desdobra em mais três, Godinho³⁶ afirma que:

O princípio tutelar não se desdobraria em apenas três outros, mas seria inspirador amplo de todo o complexo de regras, princípios e institutos que compõem esse ramo jurídico especializado

O princípio da proteção, como já fora dito, trata-se de elemento fundante de todo o ordenamento jurídico laboral. Isso porque, o Direito do Trabalho surge exatamente em virtude da revolta da classe operária, a qual se insurgiu contra o Estado, fazendo com que este não mais pudesse corroborar com a exploração do homem pela burguesia, deixando com que a relação empregatícia surgisse e se desenvolvesse ao sabor da classe dominante, nos moldes do liberalismo econômico.

Assim, o princípio ora em comento, não só é premissa para a interpretação das normas jurídicas, como também para o desenvolvimento de outros princípios, que serão adiante melhor analisados.

³⁴ RODRIGUEZ, Américo Plá. Princípios do Direito do Trabalho, p. 28.

³⁶ DELGADO, Maurício Godinho. Curso de Direito do Trabalho. 11 ed. São Paulo: LTr, 2012, p. 184.

Nas palavras de Maurício Godinho Delgado³⁷, o princípio da proteção constitui-se como “teia de proteção à parte hipossuficiente na relação empregatícia – o obreiro, visando retificar (ou atenuar), no plano jurídico, o desequilíbrio inerente ao plano fático do contrato de trabalho”.

Para Américo Plá Rodríguez³⁸, o princípio protetivo manifesta-se em três dimensões distintas, quais sejam: o princípio *in dubio pro operário*, o princípio da norma mais favorável e o princípio da condição mais benéfica.

A doutrina trabalhista, diante dessa distinção trazida por Plá Rodríguez, estabelece os três princípios como subdivisões do princípio maior, que é o da proteção.

O primeiro deles, qual seja o princípio da norma mais favorável, determina que estando o aplicador do Direito diante de duas ou mais normas capazes de serem aplicadas ao caso concreto, deve dar preferêcia à norma mais benéfica ao trabalhador, posto que este é parte hipossuficiente da relação empregatícia.

O princípio em comento tem muita importância na seara laboral, tendo em vista que o Direito do Trabalho possui uma pluralidade significativa de disposições normativas, sendo que uma mesma relação de emprego pode ser regida por diversos diplomas legais. Além dos tradicionais, quais sejam a Consolidação das Leis do Trabalho e a Constituição Federal. Há ainda os instrumentos normativos coletivos particulares de cada categoria profissional: Convenções Coletivas de Trabalho e Acordos Coletivos de Trabalho. E, ainda, o próprio contrato individual de trabalho, bem como os regulamentos empresariais.

O princípio protetivo se desdobra ainda no princípio da condição mais benéfica, o qual determina que as condições vantajosas que por ventura foram alcançadas pelo empregado ao longo do vínculo empregatício não podem mais retroagir, de modo a retirar-lhe tais benefícios, colocando-os, por conseguinte, no patamar anterior menos benéfica em relação ao atual.

É a ideia de que situações pessoais mais vantajosas se incorporam ao patrimônio do empregado e, portanto, devem ser protegidas, nos dizeres de Maurício Godinho Delgado³⁹.

³⁷ *Ibidem*, p. 183.

³⁸ RODRIGUEZ, loc. cit.

O princípio da condição mais benéfica supõe a existência de sucessão normativa e, segundo Luiz de Pinho Pedreira da Silva⁴⁰, o seu fundamento jurídico é o direito adquirido.

A jurisprudência trabalhista brasileira, inclusive, já reconheceu que no âmbito dos regulamentos empresariais, aplica-se o princípio da condição mais benéfica, levando o Tribunal Superior do Trabalho a editar a Súmula 51:

NORMA REGULAMENTAR. VANTAGENS E OPÇÃO PELO NOVO REGULAMENTO. ART. 468 DA CLT (incorporada a Orientação Jurisprudencial nº 163 da SBDI-1) - Res. 129/2005, DJ 20, 22 e 25.04.2005

I - As cláusulas regulamentares, que revoguem ou alterem vantagens deferidas anteriormente, só atingirão os trabalhadores admitidos após a revogação ou alteração do regulamento. (ex-Súmula nº 51 - RA 41/1973, DJ 14.06.1973)

II - Havendo a coexistência de dois regulamentos da empresa, a opção do empregado por um deles tem efeito jurídico de renúncia às regras do sistema do outro. (ex-OJ nº 163 da SBDI-1 - inserida em 26.03.1999).

O terceiro desdobramento do princípio protetivo é a regra do *in dubio pro operario*, a qual prevê que, diante da possibilidade de duas ou mais interpretações de determinada norma trabalhista, aplicar-se-á aquela que for mais favorável ao empregado. A mencionada regra é polêmica e encontra divergência na doutrina, porém, nos dizeres de Luiz de Pinho Pedreira da Silva⁴¹, é um dos princípios fundamentais e peculiares do direito trabalhista.

O mencionado autor⁴², ao correlacionar a aplicação do princípio em comento no Direito do Trabalho e nos demais ramos jurídicos, leciona:

A singularidade do princípio interpretativo do Direito do Trabalho está em que ele constitui a inversão do seu congênere do direito comum, pois enquanto neste o favor, em caso de dúvida, é pelo devedor e pelo réu, no direito especial a que estamos nos referindo se faz, na mesma situação, em benefício do empregado, que normalmente é credor e autor. Mas em todos esses ramos jurídicos, a causa determinante da regra de interpretação é a mesma: o favor pela parte mais fraca da relação jurídica.

³⁹ *Ibidem*, p. 142.

⁴⁰ SILVA, Luiz de Pinho Pedreira da. *Principiologia do Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 1997, p. 66.

⁴¹ *Ibidem*, p. 41.

⁴² *Ibidem*, loc. cit.

Diante disso Américo Plá Rodríguez⁴³ estabelece premissas pelas quais devem ser observadas para que a regra em comento possa ser aplicada, quais sejam: existência de dúvida sobre o alcance da norma legal e que não esteja em desacordo com a vontade do legislador.

Além disso, há limitações a aplicação da regra *in dubio pro operario*, posto que esta deve ser entendida como um método interpretativo das normas de direito material, porém não devem ser aplicadas ao processo trabalhista, ou seja, o juiz não pode, sempre que estiver com dúvidas, decidir em prol do operário, mas sim de acordo com as regras processuais do ônus da prova.

2.4.2 PRINCÍPIO DA PRIMAZIA DA REALIDADE

O princípio da primazia da realidade dispõe que eventuais situações expostas em documentos formais poderão ser deixadas de lado em prol de fatos da realidade. Ou seja, o que prevalece para o Direito do Trabalho é a realidade presenciada pelas partes na relação jurídica laboral e não o que está escrito no contrato.

Sem dúvida há uma completa mitigação ao princípio do *pacta sunt servanda*, visto que as partes se obrigam ao que dispõe o contrato de trabalho, porém, eventuais cláusulas poderão ser tidas como nulas, seja em virtude de previsões contrárias ao ordenamento jurídico, seja em virtude da percepção do aplicador da norma em determinado caso concreto de que, ao longo do vínculo empregatício, a relação não se deu de fato como prevista contratualmente.

A título exemplificativo, prevendo o contrato de trabalho uma carga horária de 8 horas diárias e 44 horas semanais, mas observado, por meio de provas escritas ou orais que tais limites temporários não eram cumpridos, ou seja, que o empregado cumpria horas extras, o direito será concedido a este, tendo em vista que, embora as partes tenham acordado uma determinada carga horária, ao longo do vínculo, o empregado passou a executar tarefas em sobrelabor. Isso porque, como dito, o que importa é a realidade fática.

⁴³ RODRIGUEZ, op. cit., p. 45.

A efetivação do princípio da primazia da realidade pode ser bem observada ainda quando da falta de qualquer contrato formal. Ou seja, quando uma relação de trabalho é travada sem que haja uma expressa manifestação de vontade nesse sentido, em razão de as partes ou uma das partes não possuir o interesse de reconhecer ali uma relação de emprego, em virtude dos seus encargos. Em situações como essa, muito comum na prática, a falta de contrato pode ser afastada no caso concreto, sendo reconhecido o vínculo de emprego mesmo na falta de qualquer estipulação contratual nesse sentido.

O princípio da primazia da realidade é muito importante, pois tem como condão desmascarar relações que, em tese aparentam ser o que, de fato, não são.

O mencionado princípio tem ainda especial relevância para o desenvolvimento do tema central do presente trabalho, tendo em vista que o que se busca aqui é a possibilidade de reconhecimento de emprego entre o advogado associado e a sociedade de advogados.

Ora, não há, obviamente, um contrato de empregado escrito e assinado pelas partes. O que há, em verdade, é um contrato associativo, regido portanto pelas regras do Direito privado. Entretanto, a realidade do mercado atual nos mostra que diversas situações travestidas de contrato associativo são, em verdade, verdadeiros contrato de emprego não escritos. São esses contratos com o intuito de mascarar a realidade que podem e devem ser afastados no caso contrato, se observados presentes os requisitos para o reconhecimento do vínculo de emprego, passando a conceder a esse associado todos os direitos trabalhistas inerentes ao tipo de serviço que presta à sociedade advocatícia.

Deve-se ressaltar que o princípio ora em comento não é exclusivo da seara laboral, entretanto, no ramo jurídico trabalhista este toma forma extremamente relevante, na medida em que o vínculo empregatício é algo que muitas vezes se busca afastar, utilizando para isso a ausência de contrato ou contratos outros que se mostram como fins para fraudar a relação de emprego, mascarando-a como uma relação de prestação de serviços, por exemplo.

Alguns fundamentos para o princípio da primazia da realidade são trazidos pela doutrina. Luiz de Pinho Pedreira da Silva⁴⁴ e Américo Plá Rodriguez⁴⁵ citam que uma das justificativas para o mencionado princípio é a boa fé com que devem se conduzir das partes no contrato de trabalho, sendo esta uma exigência que inspira todo o ordenamento jurídico.

A aplicação do princípio da primazia da realidade, portanto, possibilita coibir situações fraudulentas, seja ela evitada de má fé, ou seja, quando uma das partes intencionalmente, a fim de obter vantagens ilícitas ou se desvirtuar de obrigações impostas legalmente, mascara a realidade. Ou ainda, para aplicação nas hipóteses em que o erro é fruto de meros equívocos, desconhecimento da norma.

Além disso, a dignidade da atividade humana é também trazida como fundamento para o princípio da primazia da realidade sobre a forma. Nas palavras de Américo Plá Rodriguez⁴⁶:

O Direito do Trabalho regula atividade humana que, ainda que possa originar-se da obrigação emergente de um contrato, desprende-se logo de seu texto para adquirir vida independente. Nisto influi decisivamente o fato de que se trate de um contrato de trato sucessivo, o que determina seu caráter dinâmico, que leva a possíveis e frequentes modificações, na prática. Se essas modificações se refletem ou não na documentação, o certo é que para aplicar as normas trabalhistas devemos partir do que está ocorrendo em cada momento.

O Direito do Trabalho regula o trabalho, insto é, a atividade, não o documento.

Hoje é amplamente aceita a ideia de que o trabalho humano está intimamente e diretamente ligado com a dignidade da pessoa humana. Posto isso, os contratos de trabalho são por essência contratos de trato sucessivo, logo, faz-se perfeitamente possível que o modo com que empregado e empregador se relacionam ao longo do vínculo empregatício se altere, devendo sempre o aplicador do Direito se ater para o que de fato ocorria em cada momento da relação.

A desigualdade das partes é o terceiro fundamento trazido pela doutrina, sendo que de acordo com o que já fora explanado ao longo deste trabalho, resta claro a

⁴⁴ PEDREIRA, op. cit., p. 176

⁴⁵ RODRIGUEZ, op. cit., p. 232

⁴⁶ *Ibidem*, p. 233

presença de ampla desigualdade econômica e social que na maior parte dos casos separa as partes do contrato de trabalho.

Tendo, portanto, uma das partes maior poder sobre a relação, não há dúvida que arbitrariedades podem ser impostas à parte mais fraca da relação. Nesse sentido, o princípio da primazia da realidade se mostra importante para equilibrar as forças no contrato de trabalho. Como informa Plá Rodriguez⁴⁷:

Cada trabalhador não costuma ter independência para discutir de igual para igual com seu empregador, para que os documentos que refletem o conteúdo do contrato se ajustem plenamente à realidade.

Assim, é sabido que o empregado, diante da percepção de irregularidades na execução do contrato de trabalho, dificilmente conseguirá se insurgir contra tais agruras, tendo em vista sua condição de hipossuficiente, que muitas vezes se submete a condições indesejáveis a fim de manter o seu valioso e indispensável emprego. Ademais, a própria condição de hipossuficiência intelectual em diversos casos também é óbice para tal insurgência do empregado, por muitas vezes desconhecer da lei e dos seus direitos.

A doutrina cita ainda uma quarta fundamentação, que é a interpretação racional da vontade das partes, a qual obviamente não é exclusiva da seara laboral. Entretanto, para Plá Rodriguez⁴⁸:

No Direito do Trabalho o tema adquire maior importância pela modalidade de trato sucessivo e pelo caráter dinâmico do contrato, o que faz com que as modificações sejam muito mais frequentes e importantes.

Assim é que, o princípio da primazia da realidade busca solucionar o conflito entre o que encontra-se disposto em cláusulas contratuais e o que de fato acontece no mundo real, sendo um exercício a ser feito pelo aplicador do direito quando se deparar com tais incongruências.

Diante disso, pode-se constatar que a ausência de documento específico que rege a relação de trabalho ou até mesmo da sua existência, mas de forma insuficiente ou não condizente com a realidade, nem sempre pressupõe uma má fé de uma das partes. A informalidade que rege diversas relações no Brasil afora explica o motivo

⁴⁷ *Ibidem*, p. 234

⁴⁸ *Ibidem*, p. 236

de tal carência de regulação específica própria. Além disso, também a natureza sucessiva do contrato de trabalho gera essa carência.

Isso porque, ao longo de determinado vínculo de emprego, diversas normas podem surgir no ordenamento jurídico, afinal as normas trabalhistas em regra possuem eficácia imediata nos contratos já existentes, tornando-se possível que tais relações sejam atualizadas no plano fático, mas não da documentação.

Assim, o princípio da primazia da realidade, como se vê, não é exclusiva do Direito do Trabalho, mas assume importância significativa nas relações laborais, tendo em vista os aspectos apontados, quais sejam, a tentativa frequente de se mascarar a realidade face ao alto custo econômico suportado pelo empregador quando da contratação de um empregado; o desconhecimento, em algumas situações, das partes acerca do ordenamento jurídico laboral; a natureza sucessiva do contrato de trabalho e, por via de consequência, seu caráter dinâmica; dentre outros aspectos.

2.4.3 PRINCÍPIO DA INDISPONIBILIDADE

O princípio da indisponibilidade possui como fundamento o fato de o Direito do Trabalho possuir normas cogentes, logo, irrenunciáveis.

De fato, de analisado o contexto político, econômico e social no qual surgiu o Direito laboral, bem como os fins almejados por esse ramo jurídico, torna-se fácil constatar que, se estamos diante de uma relação travada entre partes desiguais e, portanto, torna-se importante o estabelecimento de dispositivos que protejam a parte hipossuficiente, não é razoável que se aplique ao direito do trabalho as regras civilistas de que o contrato faz lei entre as partes a qualquer custo.

Ora, o reconhecimento do empregado como parte hipossuficiente da relação jurídica travada entre este e o seu empregador, proíbe ambos de pactuarem entre si cláusulas contratuais contrárias às estabelecidas pelo ordenamento jurídico trabalhista.

Mitiga-se, portanto, a autonomia contratual, posto que os direitos trabalhistas, em regra, não podem ser transacionados, caracterizando-se como normas cogentes,

indisponíveis, as quais apenas podem ser afastadas diante de situações excepcionais previstas pelo próprio ordenamento, a exemplo dos contratos coletivos de trabalho.

O discurso, por vezes propagado, de que determinadas cláusulas contratuais, mesmo que contrárias às normas fixadas no ordenamento são, aparentemente, benéficas ao trabalhador, cai por terra, em virtude do princípio da indisponibilidade.

Um dos maiores exemplos acerca desse contraponto entre o contrário a legislação e aparentemente benéfico ao empregado pode ser facilmente constatado no que diz respeito aos intervalos intrajornadas.

É sabido que a Consolidação das Leis Trabalhistas prevê, para os empregados que se submetem a uma jornada de 8 (oito) horas diárias e 44 (quarenta e quatro) horas semanais possuem o direito de usufruir de no mínimo 1 (uma) hora de intervalo para refeição e descanso e, no máximo, 2 (duas) horas.

Em razão dessa disposição legal, muitos podem interpretar que, sendo um direito garantido ao empregado, o mesmo pode abrir mão de usufruir da integralidade do tempo de intervalo intrajornada para, por exemplo, sair mais cedo do trabalho.

Entretanto, o mencionado direito, assim como a maioria prevista na legislação jurídica laboral, trata-se de um lado de um direito garantido ao empregado e, de outro, de um dever do empregador em conceder o intervalo intrajornada a todos os seus empregados.

Diante disso, eventuais acordos, ainda que escritos e assinados pelo obreiro, reduzindo o tempo a ser usufruído de intervalo intrajornada, será nulo de pleno de direito e nenhum efeito produzirá. Ainda que, aparentemente, benéfico ao empregado, posto que poderia sair mais cedo do seu trabalho, trata-se de direito que não pode ser transacionado entre as partes, nem mesmo por meio de negociação coletiva.

Num primeiro momento, à olho nu, pode parecer injusto e, por vezes, pode-se indagar o por quê de impedir uma previsão que foi autorizada pelo empregado, ou seja, o trabalhador, se utilizando da sua autonomia contratual, optou por sair mais cedo do trabalho e, em contrapartida gozar de menor tempo de intervalo para refeição e descanso.

Entretanto, a problemática a ser enfrentada pode ser explicada por um motivo muito simples, qual seja a hipossuficiente de uma das partes. Assim como podem existir situações em que a iniciativa de querer gozar de menos tempo de intervalo intrajornada pode surgir do próprio empregado, que visualiza essa alteração contratual benéfica para si; por outro lado, há situações em que tal alteração será benéfica para o empregador e, diante disso, impõe sua vontade ao empregado, o qual, na condição de hipossuficiente se vê obrigado a aceitar as ordens travestidas de negociações emanadas pelo seu empregador.

A importância do mencionado princípio como característica inata aos direitos trabalhistas é trazida pelo jurista Maurício Godinho Delgado⁴⁹, senão vejamos:

A indisponibilidade inata aos direitos trabalhistas constitui-se talvez no veículo principal utilizado pelo Direito do Trabalho para tentar igualizar, no plano jurídico, a assincronia clássica existente entre os sujeitos da relação socioeconômica de emprego.

Diante do exposto, percebe-se que o princípio ora em comento é de extrema importância para garantir a efetividade do Direito do Trabalho, tendo em vista que, repise-se, trata de relações travadas entre partes que não se encontram em pé de igualdade.

⁴⁹ DELGADO, op. cit., p. 186

3 ELEMENTOS CARACTERIZADORES DA RELAÇÃO DE EMPREGO

Como já fora explanado ao longo da análise acerca do Direito do Trabalho, tal ramo jurídico surge com uma finalidade essencial e precípua, qual seja a melhoria das condições de trabalho, a ser alcançada através da busca pela igualdade material. Para que se possa chegar a tal igualdade, faz-se necessário proteger a parte hipossuficiente da relação de emprego – o empregado.

O reconhecimento de que numa relação jurídica existe uma parte hipossuficiente, a ponto de ensejar a proteção estatal em face dessa relação, gera consequências diretas na legislação laboral, a qual possui dispositivos de caráter expressamente protetivos, visando alcançar a igualdade material, tal como ocorre, por exemplo, no Direito do Consumidor.

Assim, a Consolidação das Leis do Trabalho traz dispositivos que visam proteger o emprego face o reconhecimento de que este é parte hipossuficiente da relação de emprego, a fim de evitar arbitrariedades e a exploração do trabalho humano de forma desmedida para alimentar os anseios do capitalismo e dos sistemas de produção.

O fato é que tratando-se de uma relação na qual uma das partes tem a proteção do Estado, faz-se mister identificar o exato conceito de quem são essas partes. Afinal de contas, o Direito do Trabalho possui um escopo de atuação, sendo que o que está fora desse âmbito, normalmente, estará também fora da tutela estatal. Ou seja, delimitar quem, de fato, é emprego e quem é empregador é de suma importância tendo em vista a própria essência do Direito do Trabalho. Isso porque, reconhecido o vínculo jurídico de emprego e, portanto, identificado o indivíduo como empregado, este será abarcado pela legislação laboral, fazendo jus aos direitos e garantias dela decorrentes. Por outro lado, a prestação de serviços prestada sem a presença dos elementos caracterizados da relação de emprego, o vínculo empregatício não será reconhecido, fazendo com que esta relação seja regida pelo Código Civil.

Nesse sentido, o artigo 3º da Consolidação das Leis do Trabalho define quem será enquadrado no conceito de empregado, dispondo que “considera-se empregado

toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário.”⁵⁰

Diante de tal previsão, a doutrina trabalhista em geral, ao destrinchar o dispositivo supratranscrito, o resume em cinco elementos, os quais devem estar presentes de forma concomitante para que se enquadre determinado indivíduo como empregado e/ou enquadre determina relação como relação de emprego.

Isso quer dizer que o aplicador do direito, ao se deparar com uma relação jurídica que não se pode constatar a existência de vínculo de emprego pelas vias formais, em que o suposto empregado se afirma como tal, deverá analisar esses cinco requisitos, quais sejam: pessoalidade, onerosidade, não eventualidade, subordinação, exercido por pessoa física. Estando, portanto, presentes esses cinco elementos, sendo que necessariamente precisam estar de fato todos os elementos identificados na relação, o aplicador do direito irá reconhecer o vínculo de emprego e, portanto, será regida pela legislação específica do Direito do Trabalho.

Para o desenvolvimento do tema do presente trabalho é de suma importância a análise mais detalhada sobre cada um desses elementos.

3.1 PESSOA FÍSICA

A primeira característica da relação de emprego se reporta, em verdade, a uma das partes do contrato, qual seja o trabalhador.

É que o empregado, para que seja tido como tal, tem que necessariamente ser uma pessoa física prestando serviços para outra pessoa física ou jurídica.

Afinal de contas, se o Direito do Trabalho tem ligação direta com a proteção ao trabalhador, no que concerne a garantia de melhores condições de trabalho e a dignidade da pessoa humana, sendo que estes elementos buscam salvaguardar os direitos da pessoa natural, logicamente que estes não podem ser usufruídos por pessoas jurídicas.

⁵⁰ Consolidação das Leis do Trabalho, LTR

O elemento caracterizador ora em análise é frequentemente utilizado como óbice para o reconhecimento de relações travadas com pessoas jurídicas na sua forma, mas que em verdade foram constituídas para o único fim de fraudar o contrato de trabalho.

Tal fenômeno é utilizado por determinadas empresas para contratação de prestação de serviços, impondo que profissionais especializados constituam uma pessoa jurídica, mascarando a relação de emprego com um contrato de prestação de serviços entre pessoas jurídicas.

Diante de tais situações de fraude, não há dúvida de que o aplicador do Direito deve anular tais contratos, reconhecendo a relação de emprego existente, em razão dos princípios que regem tal ramo do Direito, a exemplo do princípio da primazia da realidade sobre a forma.

Se presentes, portanto, todos os elementos caracterizados da relação de emprego, porém, tais serviços não sejam prestados por pessoa física, não estará configurada a relação de emprego. Entretanto, se for verificada que a constituição da pessoa física se deu com o único escopo de possibilitar a contratação do profissional, fraudando a legislação laboral, deve-se anular o contrato de prestação de serviços e reconhecer o vínculo de emprego em razão da realidade fática.

Tais situações, obviamente, devem ser analisadas cuidadosamente no caso concreto, pois a regra é que estando diante de uma pessoa jurídica prestando serviços, não há que falar em relação empregatícia.

3.2 PESSOALIDADE

Como o próprio nome leva a supor, o requisito da pessoalidade exige que o empregado preste pessoalmente os serviços ao empregador. Assim, um indivíduo que trava com outrem relação de emprego não pode, por exemplo, se fazer substituir por terceiro quando porventura necessite se ausentar do trabalho, diferentemente do que ocorre em meros contratos de prestação de serviços por exemplo.

O contrato de trabalho possui natureza *intuitu personae*, o que gera a necessidade de os serviços serem prestados pelo trabalhador pessoalmente. Tal requisito também possui como foco a figura de uma das partes, qual seja a do empregado, pois é ele que não pode se fazer substituir no contrato, salvo situações aceitas eventualmente e em situações excepcionais.

Obviamente, com a evolução tecnológica e, conseqüentemente, a evolução das formas de trabalho, pode-se dizer que hoje as relações de emprego são as mais variadas possíveis, sendo que os elementos caracterizadores da relação de emprego devem ser interpretados conforme a necessidade social, afinal, o Direito é um só, porém, evolui ao passo que a própria sociedade se desenvolve.

Assim, a pessoalidade, tal como os demais elementos, evoluem no que diz respeito à sua interpretação ao passo em que as relações de emprego se desenvolvem e se modificam.

A título exemplificativo, Alice Monteiro de Barros⁵¹ cita o trabalho a domicílio, previsto no artigo 6º da Consolidação das Leis do Trabalho⁵². Isso porque, como pontuou Alice “esse empregado trabalha no seu âmbito domiciliar, em que o auxílio de familiares é normal e vem sendo permitido sem, contudo, descaracterizar o vínculo empregatício”.

Ou seja, o conceito de pessoalidade pode ser mitigado em determinadas situações, como no exemplo dado pela mencionada autora acerca do trabalho exercido pelo empregado no âmbito da sua residência, o que vem sendo cada vez mais frequente diante das inovações tecnológicas, rapidez e alcance das informações.

Logo, o fato de o empregado não trabalhar numa sede empresarial, num local em que de fato represente o seu empregador não descaracteriza de forma alguma o vínculo de emprego, estando, portanto, presente o pressuposto da pessoalidade mesmo nessas situações.

⁵¹ BARROS, Alice Monteiro de Barros. Curso de Direito do Trabalho. 5 ed. São Paulo: LTr, 2009, p. 207

⁵² BRASIL. Decreto Lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em (http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm). Acesso em: 29/04/2015.

3.3 ONEROSIDADE

O contrato de trabalho é também bilateral, sinalagmático e oneroso, envolvendo, portanto, um conjunto de prestações e contraprestações que podem ser aferidas economicamente.

A onerosidade é dividida por Maurício Godinho Delgado⁵³ em dois planos: o plano objeto e o plano subjetivo.

A onerosidade objetiva é aquela mais fácil de ser identificada, vez que representa a contraprestação paga em pecúnia ou em utilidades pelo empregador ao empregado em razão dos serviços prestados. Trata-se do valor econômico atribuído a determinado trabalho.

Por outro lado, do ponto de vista da onerosidade subjetiva, esta carrega uma maior dificuldade de ser analisada, posto que não se trata de uma contraprestação econômica. Um exemplo bastante típico e elucidado por Godinho⁵⁴ é a servidão, na qual há prestação de serviço e ausência de contraprestação onerosa. Entretanto, o servo auferir outras vantagens, que não necessariamente revestidas em pecúnia.

Um traço a ser analisado nessa relação é a intenção contraprestativa do tomador do serviço, a qual, se presente, estará configurada a onerosidade.

Assim, a não percepção de contraprestação pecuniária por parte do trabalhador não é óbice para desconfigurar a relação de emprego, devendo o aplicador do direito se ater ao aspecto subjetivo da onerosidade. Afinal de contas, a falta de pagamento pode se dar, por exemplo, por mera inadimplência do empregado, que por alguma razão não consegue arcar com suas obrigações trabalhistas.

Assim, faz-se necessária a análise do elemento subjetivo quando não há pagamento pelos serviços prestados, devendo-se indagar se havia intenção contraprestativa por parte do trabalhador. Em sendo afirmativa a resposta, estará configurada a relação de emprego, se observada em conjunto com os demais elementos caracterizadores da relação de emprego.

⁵³ DELGADO, Maurício Godinho. Curso de Direito do Trabalho. 11 ed. São Paulo: LTr, 2012, p. 299.

⁵⁴ *Ibidem*, p. 278

A identificação do trabalhador que não possui intenção contraprestativa se volta para aquele que exerce o serviço com finalidade altruísta, almejando outros valores, que não a contraprestação pecuniária, como nos casos de trabalho voluntário.

3.4 NÃO EVENTUALIDADE

A característica da não eventualidade tem ligação com o princípio da continuidade da relação de emprego. Assim, o Direito do Trabalho procura, através das suas normas, preservar no tempo o máximo possível o contrato de trabalho. Por conta disso, inclusive, que as previsões de trabalhos eventuais e temporários são estabelecidas de forma excepcional e que não podem tais hipóteses ser interpretadas extensivamente.

O caráter dignificador do trabalho é fundamento para a proteção a continuidade do trabalho, de maneira que o fim do contrato é algo que sempre que possível deve ser evitado.

Assim, para que haja configuração de relação de emprego, faz-se necessário que o trabalho seja prestado de maneira não eventual.

O conceito de não eventualidade é foco de grandes discussões doutrinárias, não havendo um consenso geral sobre o tema. Sérgio Pinto Martins⁵⁵ e Amauri Mascaro Nascimento⁵⁶ tratam do mencionado elemento como sinônimo de continuidade. Para estes autores, o serviço tem que ser prestado de maneira contínua.

Para Alice Monteiro de Barros⁵⁷, a não eventualidade em nada tem a ver com a continuidade, não havendo necessidade de prestação contínua para configuração de relação de emprego, afinal de contas, a expressão continuidade não foi utilizada pelo legislador.

⁵⁵ MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito do Trabalho*. 29 ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 107.

⁵⁶ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de Direito do Trabalho*. 24 ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 668.

⁵⁷ BARROS, op. cit., p. 209.

Alice cita o exemplo do professor, profissão na qual é perfeitamente comum que o profissional compareça na instituição de ensino apenas um ou dois dias na semana, a fim de cumprir o horário estabelecido para as aulas. Tal descontinuidade, no caso dos professores e em tantos outros não descaracteriza a relação de emprego.

Ressalte-se que o legislador utilizou a expressão continuidade na Lei do Trabalho Doméstico (art. 1º, Lei n. 5.859/72), o que reforça ainda mais a ideia de que a CLT não se coaduna com tal expressão.

A previsão da continuidade na Lei do Trabalho Doméstico, aliás, gera a necessidade de a jurisprudência fixar parâmetros objetivos para traçar um marco distintivo entre a empregada doméstica e a diarista, tendo em vista que esta segunda não estabelece vínculo de emprego com o tomador dos serviços.

Como pode ser observado, a expressão continuidade gerou a necessidade da fixação de quantos dias de trabalho na semana faz-se necessário para configurar o vínculo de emprego. Já para o empregado convencional, tutelado pela Consolidação das Leis do Trabalho, não há essa análise pela jurisprudência, posto que ele pode trabalhar até mesmo uma vez na semana, que tal situação não descaracteriza a relação de emprego.

As divergências apontadas dão ensejo a algumas teorias que buscam explicar a não eventualidade, quais sejam a teoria da descontinuidade, teoria do evento, teoria dos fins do empreendimento e teoria da fixação jurídica.

A primeira delas, a teoria da descontinuidade informa que “um trabalho que se fracione no tempo, perdendo o caráter de fluidez temporal sistemática”⁵⁸ seria um trabalho eventual.

Ressalte-se, entretanto, que de acordo com boa parte da doutrina, a exemplo de Maurício Godinho Delgado⁵⁹, a teoria da descontinuidade não foi recepcionada pela Consolidação das Leis do Trabalho. Senão vejamos:

Um trabalhador que preste serviços ao tomador, por diversos meses seguidos, mas apenas em domingos ou fins de semana (caso de garçons de clubes campestres, por exemplo), não poderia

⁵⁸ DELGADO, op. cit., p. 288.

⁵⁹ *Ibidem*, loc. cit.

se configurar como trabalhador eventual, em face da não absorção, pela CLT, da teoria da descontinuidade

O mesmo raciocínio pode ser aplicado no caso acima exposto no que se refere a Lei do Trabalho Doméstico, no qual se utilizou expressamente a expressão contínua, deixando a cargo da jurisprudência a estipulação de parâmetros objetos para fixar tal continuidade.

A teoria do evento, por outro lado, estabelece como elemento distintivo entre o trabalho eventual e o não eventual o fato que desencadeia a contratação do serviço que será prestado pelo trabalhador. Desse modo, se a contratação se deu em virtude de um evento esporádico, a exemplo de uma obra que precisa ser concluída, mas findo este evento, estará extinto também o contrato, estaremos diante de um trabalho eventual.

A teoria dos fins do empreendimento informa que o trabalho eventual é aquele que se origina e se constitui para exercer trabalho sem relação com o objeto e os fins normais da empresa que contrata o serviço. Tais tarefas, justamente por não fazerem parte do plexo de atividades comuns do empreendimento, serão esporádicas, eventuais.

A teoria dos fins do empreendimento é, sem dúvida, maior aceita na doutrina e jurisprudência. Autores como Alice Monteiro de Barros e Maurício Godinho Delgado adotam tal teoria. Aliás, o exemplo dos professores mencionado por Alice de Barros⁶⁰ podem aqui ser revistos, na medida em que os mesmos podem frequentar a instituição de ensino uma vez na semana, mas exercem atividade inerente ao fim do empreendimento e, portanto, preenchem o requisito da não eventualidade.

Por fim, a teoria da fixação jurídica ao tomador dos serviços é aquela que relaciona a eventualidade à fixação jurídica. Assim, o que é eventual não é fixo e, portanto, não caracteriza a relação de emprego. Em conjunto com a teoria da continuidade, a teoria da fixação jurídica é adotada por Amauri Mascado Nascimento, porém, pouco aceita na doutrina e jurisprudência majoritária.

Nenhuma teoria obviamente será perfeitamente aplicável a todos os casos concretos, não sendo nenhuma unânime da doutrina. Assim, o aplicador do direito

⁶⁰ BARROS, op. cit., p. 209.

deve, ao analisar o caso concreto, contrapor todas as teorias, a fim de melhor adequá-las as necessidades de cada caso.

3.5 SUBORDINAÇÃO

Dentre todos os elementos caracterizados da relação de emprego, a subordinação é aquela que, em geral, toma maior relevância do ponto de vista prático, pois em diversos casos é ela o marco distintivo que vai caracterizar ou não o vínculo de emprego.

As relações de emprego evoluíram ao longo dos anos, passando por momentos de crise e por momentos de avanços. As inovações tecnológicas também são responsáveis pelo modo de pensar a relação de emprego, tendo em vista que o modelo clássico de contrato de trabalho foi sendo ajustado ao passo do desenvolvimento social e aos anseios do mercado e dos trabalhadores.

Assim, o Direito e conseqüentemente os conceitos do Direito do Trabalho, se adequam ao modelo social da época, e não é diferente com a subordinação jurídica, a qual já passou e passa até hoje por inúmeros conceitos, mudanças e discordâncias por parte da doutrina e da jurisprudência.

Nesse ponto, Maurício Godinho Delgado⁶¹ destaca o caráter protagonista da subordinação como elemento caracterizador da relação de emprego. Senão vejamos:

A importância da subordinação é tamanha na caracterização da relação de emprego que já houve juristas, como o italiano *Renato Corrado*, que insistiram que não importava à conceituação do contrato empregatício o conteúdo mesmo da prestação de serviços, mas, sim, a forma pela qual tais serviços eram prestados, isto é, se o eram subordinadamente ou não.

Cabe pontuar que não fosse só a subordinação um elemento de suma relevância para o Direito do Trabalho, havendo quem afirme a sua superioridade diante dos demais elementos caracterizadores da relação de emprego, há que se notar também o fato de que, com relação ao tema proposto pelo presente trabalho, tal

⁶¹ DELGADO, op. cit., p. 302

conceito toma ainda maior relevância, na medida em que é a caracterização da subordinação do advogado associado face à Sociedade Advocatícia que irá ou não ensejar o reconhecimento de vínculo empregatício entre esse e a Sociedade de Advogados.

3.5.1 CONCEITO DE SUBORDINAÇÃO. ETIMOLOGIA DA PALAVRA

Embora o mencionado artigo 3º da Consolidação das Leis do Trabalho utilize a expressa dependência, a doutrina e jurisprudência remontam ao tema com a expressão subordinação.

Alice Monteiro de Barros⁶² trata as duas expressões conjuntamente, como sendo sinônimas, ao passo que Maurício Godinho Delgado⁶³ supõe a falta de amadurecimento do tema quando o legislador optou pelo termo dependência, informando que a utilização do termo corresponde a uma “fase teórica em que não se havia ainda firmado a noção essencialmente jurídica do fenômeno da subordinação.”

O fato é que, como nota Amauri Mascaro Nascimento⁶⁴, “o vocabulário *dependência* foi substituído, pela doutrina e jurisprudência, por subordinação, continuando a lei, no entanto, do mesmo jeito”.

O termo subordinação vem do latim *sub*, que significa baixo e *ordinare*, que significa ordenar. Assim, subordinar significa ordenar, comandar, “dirigir a partir de um ponto superior àquele onde se encontra outro sujeito.”⁶⁵

Por conta do contrato de trabalho, o trabalhador se submete às ordens do empregador acerca do tempo e modo de execução do trabalho.

Já tentou se defender que a subordinação se caracterizava pela dependência técnica, ou seja, faz-se necessário que o trabalhador dependa tecnicamente do seu empregador. Tal ideia, entretanto, não se coaduna com os dias atuais.

⁶² BARROS, op. cit., p. 209.

⁶³ DELGADO, op. cit., p. 295

⁶⁴ NASCIMENTO, op. cit., p. 666

⁶⁵ MARTINEZ, Luciano. Curso de Direito do Trabalho. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 153

Danilo Gaspar⁶⁶, ao criticar a concepção da subordinação sob a ótica da dependência técnica, afirma:

A existência de trabalhadores especializados e, portanto, independentes tecnicamente do tomador de serviços, fez com que tal critério fosse, já naquela época de construção do Direito do Trabalho, rejeitado. Rejeição esta que foi ganhando mais força com o desenvolvimento tecnológico e industrial que exige, nos dias atuais, cada vez mais uma especialização (*know-how*) por parte dos trabalhadores.

As mais variadas formas de trabalho não permitem que todo empregador tenha domínio técnico sobre todas as áreas exploradas em seu empreendimento. A qualificação técnica de determinados profissionais concede a eles uma maior liberdade para tomar decisões acerca do seu próprio trabalho, o que seria inviável sob a ótica da dependência técnica.

A impossibilidade de se adotar a tecnicidade do trabalhador como elemento da subordinação torna-se ainda mais evidente com relação ao trabalho intelectual, a exemplo do advogado. Com relação a este, inclusive, a própria Lei n. 8.906/94⁶⁷ preceitua que “a relação de emprego, na qualidade de advogado, não retira a isenção técnica nem reduz a independência profissional inerente à advocacia.”⁶⁸

Como se vê o Estatuto da Advocacia e da OAB procurou deixar clara a isenção técnica inerente ao advogado.

Por outro lado, já houve também quem defendesse a dependência econômica como elemento da subordinação. Tal acepção, entretanto, também não se adequa a realidade dos dias atuais, vez que são inúmeros os casos de empregados que não necessariamente dependem economicamente dos seus empregadores, malgrado esta seja a grande realidade socioeconômica brasileira, na qual a maior parte da comunidade laboral vive e se sustenta exclusivamente dos proventos do seu trabalho.

⁶⁶ GASPAR, Danilo Gonçalves. A crise da subordinação jurídica clássica enquanto elemento definidor da relação de emprego e a proposta da subordinação potencial. Salvador, 2011, p. 114.

⁶⁷ BRASIL. Lei n. 8.906 de 1994. Dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e da Ordem dos Advogados do Brasil. Disponível em: (http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18906.htm). Acesso em: 29/04/2015.

⁶⁸

Nesse sentido, o doutrinador João Leal Amado⁶⁹ esclarece que tal coincidência não deve ser ignorada, entretanto, “há casos de divórcio entre ambas, visto que a dependência econômica pode viver desacompanhada da subordinação jurídica”.

Ou seja, não se pode ignorar o fato de que a desigualdade social é marcante no Brasil e que a esmagadora maioria das relações de emprego possuem como elemento a dependência econômica por parte do empregado, sendo que nestes casos a subordinação é ainda mais evidente.

Porém, tal premissa não pode ser encarada como regra, posto que também são diversos os casos de ausência de dependência econômica, mas permanece a presença da relação de emprego e, por conseguinte, da subordinação jurídica.

A título exemplificativo, é compatível com os dias atuais que pessoas com potencial econômico bastante significativo celebrem contratos de trabalho por fins outros que não só o provento econômico.

A condição econômica desses empregados não irá de forma alguma isentá-lo de se submeter à autoridade e direção do seu empregador.

Obviamente, se além da sujeição ao poder diretivo da entidade empregadora, exista na relação de emprego também a dependência econômica, a condição de hipossuficiente se torna ainda mais forte, ante a qualidade de dependente econômico do empregado face seu empregador.

Além das duas acepções acima citadas, a subordinação social nasce da conjugação da subordinação técnica e da subordinação econômica, porém, peca por, assim como as outras, deixar de lado o caráter jurídico do instituto.

Por fim, a subordinação jurídica é aquela mais aceita pela doutrina e pela jurisprudência. Como explana Alice Monteiro de Barros⁷⁰:

Esse poder de comando do empregador não precisa ser exercido de forma constante, tampouco torna-se necessária a vigilância técnica contínua dos trabalhos efetuados, mesmo porque, em relação aos trabalhadores intelectuais, ela é difícil de ocorrer. O importante é que haja a possibilidade de o empregador dar ordens, comandar, dirigir e fiscalizar a atividade do empregado. Em linhas gerais, o que interessa é a possibilidade que assiste ao empregador de intervir na atividade do empregado. Por isso, nem sempre a

⁶⁹ AMADO, João Leal. Contrato de Trabalho. 3. Ed. Coimbra, 2011, p. 62

⁷⁰ BARROS, op. cit., p. 210

subordinação jurídica se manifesta pela submissão a horário ou pelo controle direto do cumprimento de ordens.

A subordinação jurídica nasce do contrato, onde o empregado aceita se submeter ao poder direto do empregador, o que não necessariamente se aúfere por controles de horário ou controle técnico. A estipulação de metas semanais a serem cumpridas, por exemplo, comum em diversas empresas, constitui um vínculo de subordinação, na medida em que o empregado não necessariamente terá que cumprir determinado horário, nem executar o trabalho de determinado modo, mas sim concluí-lo satisfatoriamente no modo e no tempo que entender adequado.

O empregado, ao celebrar o contrato de trabalho, manifesta sua vontade de se submeter ao comando do empregador, podendo tal comando alcançar maiores e menores graus a depender da natureza do serviço prestado.

3.5.2 SUBORDINAÇÃO JURÍDICA CLÁSSICA

O Direito do Trabalho sofreu inúmeras alterações ao longo da história no que concerne os seus elementos definidores. O seu fundamento maior, entretanto, permanece intacto, tendo em vista que é ele o elemento fundante da criação de um ramo específico para regular a relação de emprego: a proteção ao empregado, diante da sua qualidade de hipossuficiente.

As alterações ora mencionadas são aquelas relativas aos conceitos dos elementos definidores de uma relação entre empregado e empregador, as quais possuem o objetivo justamente de alcançar a principal razão de ser do Direito do Trabalho.

Não se pode negar que a evolução da sociedade possibilitou o surgimento e a evolução das mais variadas formas de emprego. Assim, o Direito do Trabalho tal como surgiu no século XIX, não mais se mostraria suficiente para galgar a sua finalidade, caso este ramo do Direito permanecesse inerte e incólume até os dias atuais. Logo, o Direito do Trabalho segue a mesma sorte do Direito como um todo, na medida em que as necessidades da sociedade evoluem, os conceitos mudam, muda-se o Direito, muito embora este possua sempre o mesmo fim. Mas este fim

só será efetivado na medida em que as mudanças jurídicas alcancem e acompanhem as mudanças nas conjunturas sociais.

Diante disso, os elementos caracterizadores da relação de emprego sofrem mudanças ao longo do tempo.

Assim, o conceito de subordinação jurídica, embora hoje aceito pela doutrina e jurisprudência, já passou por alterações. Classicamente, entendia-se por subordinação jurídica aquela que, mediante o contrato de trabalho, o emprego se submete ao poder diretivo do empregador, o qual vai controlar o tempo, modo e lugar do exercício do serviço prestado.

Esse modelo de subordinação jurídica clássica se adequa aos modelos de produção fordista e taylorista, basicamente enfrentados nas fábricas à época do surgimento do direito do trabalho, onde o trabalho basicamente braçal dos operários era submetido aos comandos dos seus empregadores.

Esses trabalhadores estavam submetidos a um comando superior hierárquico extremamente rígido, afinal, no início desse processo nem sequer existia normatização do direito laboral.

Luciano Martinez⁷¹ destrincha o conceito da subordinação jurídica clássica:

Entende-se como **definição de tempo** toda interferência do tomador dos serviços no que diz respeito ao instante de início e de término da atividade contratada, inclusive em relação aos momentos de fruição dos intervalos para descanso acaso existentes. Compreende-se, por outro lado, como **definição de modo** toda intercessão do tomador na maneira de ser operacionalizada a atividade contratada, resultando uma intromissão consentida pelo prestador nos meios por força dos quais serão alcançados os fins (os resultados da atividade contratada).

Percebe-se que a ideia da subordinação jurídica clássica é, em primeiro lugar, a existência de uma subordinação que nasce e encontra seus limites no contrato de trabalho. Assim, através do instrumento contratual, o trabalhador se sujeito ao comando do seu empregado. Comando este que, numa visão clássica, deve ser entendido como aquele relativo à atividade desempenhada pelo prestador dos serviços, notadamente no que diz respeito ao modo e tempo de execução, não

⁷¹ MARTINEZ, op. cit., p. 153.

podendo tal submissão ser confundida com uma submissão pessoal, da pessoa do trabalhador.

O modelo clássico de subordinação jurídica entra em crise, como demonstra Danilo Gaspar⁷²:

As alterações detectadas na economia mundial e na forma de produção a partir da segunda metade do século XX, entretanto, inauguraram o período de crise do Direito do Trabalho e, conseqüentemente, e crise da subordinação jurídica clássica.

Assim, com a crise dos modelos de produção fordista e toyotista, a subordinação jurídica clássica que se fazia suficiente para explicar a realidade das fábricas à época da Revolução Industrial, não mais se mostra suficiente, tendo em vista os avanços sociais.

Murilo Carvalho Sampaio Oliveira⁷³, ao dispor sobre a crise da subordinação jurídica, informa que “em condições gerais, estabelece-se uma forma sutil e discreta de controle, inclusive mais eficiente e flexível, a partir do enfoque nas obrigações de resultado, numa cultura de autonomia”.

O fato é que o modelo Toyotista exige do trabalhador novas características, um maior grau de especialização, a ideia de pagamento por produção e não mais por tempo a disposição. Enfim, novas formas de trabalho surgem e, conseqüentemente, uma alteração na relação entre empregado e empregador faz surgir uma subordinação jurídica sob uma nova ótica. Afinal de contas, como observa Danilo Gaspar⁷⁴:

Se, portanto, não há mais efetivo controle sobre os serviços prestados pelos trabalhadores, não há, a partir de uma visão clássica de subordinação jurídica, uma relação de emprego, mas sim relações civis de prestação de serviços autônomos.

Ressalte-se que, não se quer dizer com isso que o modelo fordista/taylorista foi extinto; ao revés, o mesmo encontra-se vivo até os dias atuais em diversas empresas e para estas a concepção da subordinação jurídica clássica encontra-se em perfeita sintonia, entretanto, não se trata mais de um modelo único,

⁷² GASPAR, Danilo Gonçalves. A crise da subordinação jurídica clássica enquanto elemento definidor da relação de emprego e a proposta da subordinação potencial. Salvador, 2011, p. 114.

⁷³ OLIVEIRA, Murilo Carvalho Sampaio. Relação de emprego, dependência econômica & subordinação jurídica: revisitando os conceitos – critérios de identificação do vínculo empregatício. Curitiba: Juruá, 2014.

⁷⁴ GASPAR, op. cit., p. 143.

hegemônico, devendo o direito do trabalho se adequar a esses novos formatos trazidos pelo capitalismo.

Diante disso, constata-se que o conceito clássico da subordinação jurídica não atende mais aos fins que se propõe o Direito do Trabalho, posto que não é mais capaz de explicar satisfatoriamente as diversas formas de relações de emprego.

3.5.4 OUTRAS FORMAS DE SUBORDINAÇÃO

Diante dessa nova necessidade do Direito frente à crise da subordinação jurídica clássica, surgem novas propostas acerca da subordinação jurídica.

Uma delas é a subordinação objetiva, a qual relaciona o empregado aos objetivos empresariais. Não há aqui a necessidade de controle sobre a pessoa do empregado (visão subjetiva), mas sim sobre a sua atividade (visão objetiva). Assim, a subordinação guarda relação com a integração de sua atividade na organização do tomador de serviços.

Maurício Godinho Delgado⁷⁵, entretanto, propõe a subordinação estrutural. Segundo o mencionado autor:

Na essência, é trabalhador subordinado desde o humilde e tradicional obreiro que se submete à intensa plethora de ordens do tomador ao longo de sua prestação de serviços (subordinação clássica ou tradicional), como também aquele que realiza, ainda que sem incessantes ordens diretas, no plano manual ou intelectual, os objetivos empresariais (subordinação objetiva), a par do prestador laborativo que, sem receber ordens diretas das chefias do tomador de serviços, nem exatamente realizar os objetivos do empreendimento (atividades-meio, por exemplo), acopla-se, estruturalmente, à organização e dinâmica operacional da empresa tomadora, qualquer que seja sua função ou especialização, incorporando, necessariamente, a cultura cotidiana empresarial ao longo da prestação de serviços realizada (subordinação estrutural).

A subordinação estrutural, portanto, vai se configurar quando o empregado se integra na dinâmica do tomador, acolhendo-a estruturalmente e dinamicamente, bem como o funcionamento do empreendimento.

⁷⁵ DELGADO, op. cit., p. 306 e 307.

Assim, fazendo um quadro comparativo entre a subordinação objetiva e a subordinação estrutural, nota-se que na primeira o fato de o trabalhador executar serviços ligados à atividade fim do tomador, seria suficiente para a caracterização do vínculo de emprego. Ao passo que para a subordinação estrutural, faz-se necessário que o trabalhador esteja integrado na dinâmica organizativa e operacional do tomador dos serviços, se submetendo a sua cultura corporativa.

Segundo João Leal Amado⁷⁶:

A subordinação jurídica conhece *limites* (sob pena, aliás, de a condição do trabalhador se degradar a uma condição servil), devendo acrescentar-se que também comporta *graus* distintos, tanto podendo ser muito intensa como exprimir-se em moldes bastante ténues e até potenciais (desde logo, a subordinação jurídica não é incompatível com a autonomia técnica-executiva, típica, p. ex., das chamadas “profissões liberais”).”

Assim, não se pode conceber um exclusivo conceito de subordinação, tendo em vista que existem diversas espécies de ofício, formas de atuar nestes, graus de especialização, dentre outros fatores.

Nesse sentido, Lorena Porto⁷⁷ informa:

Essa ampliação permite que esse ramo jurídico cumpra a sua elevada missão de assegurar a maior distribuição de riqueza e de poder em nossa desigual sociedade, em busca da justiça social. Esta é essencial à implementação de um verdadeiro Estado de Bem-estar Social em nosso país, ordenada pela Carta Constitucional.

Como se vê, a doutrinadora propõe uma noção universalizante do conceito de subordinação, a qual resulta da soma entre a subordinação clássica e a subordinação integrativa. Assim, se no caso concreto, restar configurada a subordinação clássica ou integrativa, o aplicador do direito deve entender que há a subordinação.

Não é demais pontuar que, de acordo com a doutrina de Lorena Porto⁷⁸, não se pode abandonar por completo o conceito de subordinação clássica, tendo em vista que nos dias atuais, ainda que em menor escala, pode-se encontrar diversas relações de emprego nas quais a subordinação ali constatada é aquela estabelecida no seu molde clássico.

⁷⁶ AMADO, op. cit., p. 61.

⁷⁷ *Ibidem*, loc. cit.

⁷⁸ *Ibidem*, op. cit., p. 136.

Por outro lado, não se pode se ater exclusivamente ao conceito clássico, posto que há na atualidade diversas situações configuradas como relação de emprego, mas que não está presente a subordinação em sua acepção clássica.

Diante da necessidade de se ampliar o conceito de subordinação jurídica, Lorena Vasconcelos Porto⁷⁹ propõe a subordinação integrativa:

O conceito de subordinação integrativa, por sua vez, parte da noção de subordinação objetiva, que consiste na inserção da prestação laborativa do empregado nos fins da empresa. Importa observar que essa não.

A proposta da subordinação objetiva é bastante ampla, na medida em que o empregado, estando inserido na prestação de serviços de atividades-fim ou atividades-meio da empresa, estará configurada a subordinação objetiva.

Diante de tamanha amplitude proposta pela subordinação objetiva, a mesma sofreu críticas pela doutrina, de modo que a situação do profissional autônomo restou indubitosa, pois é perfeitamente possível que este preste serviços ligados a atividade-meio da empresa, por exemplo, mas como autônomo, não gerando vínculo de emprego.

Diante disso, a noção de subordinação integrativa foi proposta por Lorena Porto⁸⁰ como um ajuste à noção de subordinação objetiva, conceituando-a da seguinte forma:

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 riscos de ganhos ou de perdas e não é proprietário dos frutos do seu trabalho, que pertencem, originariamente, à organização produtiva alheia para a qual presta a sua atividade.

Dessa forma, Lorena Porto adota em partes o conceito da subordinação objetiva, mas adequando-o a situação do profissional autônomo.

O controle acerca do tempo e modo de produção é conceito ultrapassado, posto que em diversas empresas de impacto globalizado, onde preponderam estruturas

⁷⁹ PORTO, Lorena Vasconcelos. A necessidade de uma releitura universalizante do conceito de subordinação. Revista de Direito do Trabalho, 2008, p. 136.

⁸⁰ *Ibidem*, p. 138.

modernas no lidar com os seus empregados, é comum a inexistência de um controle excessivo de horários, por exemplo, sendo que o controle do trabalho se faz através da fiscalização do cumprimento de metas, prazos, etc. Assim, é um controle de resultado e não de execução.

Há, portanto, inovações no que diz respeito ao modo de controle de funcionários por parte de grandes empreendimentos. Atualmente, concepções mais modernas existentes em grandes corporações costumam dar maior autonomia aos seus funcionários.

Danilo Gaspar⁸¹ tece alguns comentários sobre o tema:

O principal efeito da crise da subordinação jurídica é justamente o fato de que este é requisito, pensando classicamente, acaba por fazer com que o Direito do Trabalho proteja os trabalhadores que estão sujeitos a um controle intenso e efetivo por parte do tomador de serviços, e ignore trabalhadores, igualmente hipossuficientes, em razão de uma suposta autonomia na prestação dos serviços.

Assim, é importante notar a necessidade de ampliação do conceito de subordinação jurídica originalmente formado, como também pontua Arion Sayão Romita *apud* Danilo Gaspar⁸²: “O tradicional critério subjetivista e personalista, que considera a subordinação pelo prisma da direção e fiscalização, do poder de mando e dever de obediência mostra-se, hoje em dia, insuficiente.”.

Assim, o mencionado autor propõe a subordinação jurídica sob uma ótica objetiva, de modo que não há a necessidade de um exercício de poder diretivo direto pelo empregador sobre o empregado; ficando a subordinação do empregado configurada quando o exercício da sua atividade se integra à atividade organizacional do tomador de serviços.

Ainda sobre a concepção objetiva da subordinação jurídica, esta, para Danilo Gaspar⁸³, traz uma grande contribuição, qual seja a superação do entendimento de que o subordinado, necessariamente, é aquele que se encontra sujeito, constante e intensamente ao exercício efetivo do poder diretivo do empregador.

⁸¹ GASPAR, op. cit., p. 146.

⁸² ROMITA, Arion Sayão. A subordinação no contrato de trabalho. Rio de Janeiro: Forense, 1979 *apud* GASPAR, Danilo Gonçalves. A crise da subordinação jurídica clássica enquanto elemento definidor da relação de emprego e a proposta da subordinação potencial. Salvador, 2011.

⁸³ *Ibidem*, p. 207.

Diante do exposto, o ponto principal a ser notado é que a ampliação do conceito de subordinação é algo que vem sendo defendido pela doutrina e que merece atenção, tendo em vista as alterações sociais e, por via de consequência, as alterações no mercado de trabalho, fazendo nascer novas formas de relação empregatícia.

4 CONTRATO ASSOCIATIVO E POSSIBILIDADE DE VÍNCULO EMPREGATÍCIO

Chegando ao tema central do presente trabalho, faz-se mister traçar algumas observações acerca do momento atual vivenciado pela advocacia.

Em primeiro lugar, a necessidade de especialização ante as novas exigências do mercado tornou-se algo praticamente essencial para adentrar no mercado de trabalho. Assim, a figura do advogado iniciante que atua em todas as áreas jurídicas num pequeno escritório tem sido cada vez menos frequente; aumentando, em contrapartida, o número de profissionais altamente especializados, atuando em escritórios de advocacia com algo grau de desenvolvimento tecnológico, possibilitando resolver os mais variados tipos de problemas demandados pelos seus clientes.

Acrescido a isso, o aumento acelerado do número de cursos de Direito, formando por ano diversos bacharéis da área jurídica propicia também o inchaço do mercado, possibilitando a proletarização da classe profissional.

O advogado possui algumas possibilidades de atuação no mercado de trabalho, dentre elas a possibilidade de associar-se, sem vínculo empregatício, a uma Sociedade de Advogados.

O Regulamento Geral da OAB⁸⁴, no seu artigo 39, trouxe a seguinte redação:

Art. 39. A sociedade de advogados pode associar-se com advogados, sem vínculo de emprego, para a participação nos resultados.

Parágrafo único. Os contratos referidos neste artigo são averbados no registro da sociedade de advogados.

Da redação do mencionado dispositivo, é perceptível que o legislador procurou deixar clara a inexistência de vínculo de emprego entre o advogado associado e a respectiva Sociedade que com ele contrata.

⁸⁴ BRASIL. Regulamento Geral do Estatuto da Advocacia e da OAB. Dispõe sobre o Regulamento Geral previsto na Lei n. 8.906, de 04 de julho de 1994. Disponível em: (<http://www.oab.org.br/Content/pdf/LegislacaoOab/RegulamentoGeral.pdf>). Acesso em: 29/04/2015.

Não há como negar a importância de tal previsão, a fim de tornar menos engessada a atividade do profissional da área dentro de escritórios, que sem essa possibilidade teriam que arcar com o alto curso do contrato de emprego.

Ocorre que, a vivência prática nos grandes Escritórios de Advocacia proporciona a percepção muito clara de enfoque em uma única estrutura, qual seja a existência de alguns poucos sócios, que proporcionam toda a estrutura de um espaço organizado tecnicamente e tecnologicamente para que os advogados ali exerçam suas profissões e, em contrapartida, auferem a imensa maioria do lucro proporcionado pelas demandas do escritório. No outro lado da moeda, existe os advogados associados, que são, em verdade, a maioria em termos de quantidade nesses escritórios, formados por advogados recém formados e dispostos a encarar quase que qualquer tipo de realidade, e que se sujeitam a uma carga de trabalho muito grande em troca de uma remuneração ínfima.

Em diversos casos, a relação desses profissionais com a Sociedade de Advogados é estabelecida de forma que facilmente, ou não tão fácil assim, podem ser encaixados todos os elementos caracterizados da relação de emprego, previstos no art. 3º da CLT, em especial a subordinação jurídica.

Assim, no contexto dos escritórios de advocacia, os advogados associados possuem verdadeiras relações de subordinação com seus entes contratantes. Nesse contexto, será a subordinação o elemento essencial a ser analisado a fim de identificar a existência ou não de uma relação jurídico laboral travada entre as partes.

Deve-se, contudo, ressaltar que a subordinação jurídica existente no contrato de trabalho do advogado é bastante tímida, tendo em vista a natureza da prestação do serviço objeto do contrato. Assim, a atividade intelectual enseja uma menor submissão do empregado face ao empregador, o que não retira a existência de subordinação jurídica em razão desse menor grau observado. Do mesmo modo, o poder exercido sobre o advogado associado pode ser muito sutil, traçando uma linha muito tênue entre a existência ou não do vínculo de emprego.

O fato é que não se pode comparar a atuação do advogado associado com a atuação autônoma do profissional liberal contratado para prestar um determinado serviço.

Não se pode deixar de observar que o número de advogados associados é assustador e cresce a cada dia. Isso porque, tornou-se uma mão de obra barata, vez que tal figura não é sócio, logo não participa da repartição dos lucros, mas também não é empregado, não possuindo portando os direitos trabalhistas inerentes a tal figura e, ainda, não é contratado como autônomo para exercer um serviço certo e determinado, não possuindo, portanto, a autonomia decorrente desta última forma de exercer a atividade. Desse modo, a figura do advogado associado encontra-se como uma figura intermediária, criada pelo Regulamento Geral da Advocacia.

4.1 CONTRATO DE TRABALHO

Uma análise acerca do contrato de trabalho é atividade também de grande importância, tendo em vista ser esse o instrumento hábil através do qual se realiza o acesso ao trabalho subordinado.

Primeiramente, deve-se ter em mente que a expressão contrato de trabalho é gênero, da qual decorre a espécie contrato de emprego. Afinal, é sabido que nem todas as relações de trabalho são abarcadas pelo Direito do Trabalho e, portanto, regidas pela Consolidação das Leis do Trabalho.

Assim, malgrado a legislação laboral e até mesmo a doutrina e jurisprudência tenham adotado a expressão contrato de trabalho, esta, em verdade, se refere ao contrato celebrado a fim de reger uma relação de emprego.

Não à toa, o art. 442 da CLT⁸⁵ dispõe que “contrato individual de trabalho é acordo, tácito ou expresso, correspondente à relação de emprego.”

⁸⁵ BRASIL. Decreto Lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: (http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm). Acesso em: 29/04/2015.

A redação do mencionado dispositivo é criticada por parte da doutrina, a exemplo de Luciano Martinez⁸⁶, que observa o fato de que a definição trazida pela redação do artigo produz a falsa ideia de que o contrato individual de trabalho sempre corresponderia a uma relação de emprego, o que não é verdade.

No mesmo sentido, Maurício Godinho Delgado⁸⁷ também ao criticar o artigo supra, informa que:

O texto da CLT não observa, como se nota, a melhor técnica de construção de definições: em primeiro lugar, não desvela os elementos integrantes do contrato empregatício; em segundo lugar, estabelece uma relação incorreta entre seus termos (é que em vez de o contrato *corresponder* à relação de emprego, na verdade ele *propicia* o surgimento daquela relação); finalmente, em terceiro lugar, o referido enunciado legal produz um verdadeiro círculo vicioso de afirmações (contrato/relação de emprego; relação de emprego/contrato).

Assim, é amplamente aceito que a denominação contrato de trabalho se refira às relações de emprego, embora se saiba que poderia abarcar outras espécies de relações de trabalho.

Alice Monteiro de Barros⁸⁸ adota o seguinte conceito acerca do contrato de trabalho:

O contrato de trabalho é o acordo expresso (escrito ou verbal) ou tácito firmado entre uma pessoa física (empregado) e outra pessoa física, jurídica ou entidade (empregador), por meio do qual o primeiro se compromete a executar, **pessoalmente**, em favor do segundo um serviço de **natureza não eventual**, mediante **salário e subordinação jurídica**.

Luciano Martinez⁸⁹ define o contrato de trabalho como:

O negócio jurídico pelo qual uma pessoa física (o empregado) obriga-se, de modo pessoal e intransferível, mediante o pagamento de uma contraprestação (remuneração), a prestar trabalho não eventual em proveito de outra pessoa, física ou jurídica (empregador), que assume os riscos da atividade desenvolvida e que subordina juridicamente o prestador.

Como se vê, a denominação é construída pela doutrina mediante os elementos fáticos e jurídicos presentes no contrato de trabalho.

⁸⁶ MARTINEZ, op. cit., p. 152.

⁸⁷ DELGADO, op. cit., p. 462.

⁸⁸ BARROS, op. cit., p. 185.

⁸⁹ MARTINEZ, op. cit., p. 152.

Diante disso, a doutrina traz alguns elementos caracterizados do contrato de trabalho, informando que este é um contrato de direito privado, sinalagmático, consensual, celebrado *intuito personae*, de trato sucessivo, de atividade e oneroso.

Atualmente, não há mais que se discutir quanto à natureza privada do contrato de trabalho. O caráter imperativo das normas trabalhistas não torna o Direito do Trabalho como ramo jurídico de Direito Público.

Cabe notar que, embora nos dias atuais a distinção entre Direito Público e Privado tenha perdido boa parte da sua utilidade prática, ainda há essa distinção entre os variados ramos jurídicos, enquadrando-os de um lado ou de outro.

Ademais, não é a imperatividade das normas que regem o ramo jurídico em estudo que irá definir a sua inserção no âmbito do direito público ou privado. Sendo assim, a natureza privada das partes envolvidas no contrato de trabalho, bem como os interesses nele envolvidos e a relação jurídica objeto do contrato tornam esse negócio jurídico como elemento de direito privado.

O contrato de trabalho é, ainda, sinalagmático, tendo em vista que os dois polos do negócio jurídico possuem prestações contrapostas. De um lado, o empregado se obriga a prestar a sua força de trabalho; e do outro lado, o empregador se obriga a pagar uma contraprestação pelo serviço prestado. Assim, formalmente falando, as partes no contrato de trabalho encontram-se em pé de igualdade.

Há que se notar, entretanto, que diferentemente do que ocorre nos contratos de natureza cível, no âmbito laboral há a possibilidade de percepção de pagamento por parte do empregado sem que haja a efetiva prestação de serviços. Nesse sentido, a doutrina, a exemplo de Maurício Godinho Delgado⁹⁰ aponta para a situação demonstrativa em que o empregado se encontra em período de férias:

Pondera a doutrina que o sinalagma característico do contrato de trabalho é distintamente aferido caso comparado com o que tende a caracterizar os contratos civis em geral. No âmbito empregatício, ele seria aferido tomando-se o *conjunto* do contrato e não apenas o contraponto de suas obrigações específicas (trabalho *versus* salário, por exemplo). É que o instituto da interrupção contratual (pelo qual o obreiro não presta serviços, mas recebe as verbas integrais do contrato, como férias, ilustrativamente) eliminaria, por

⁹⁰ DELGADO, op. cit., p. 465

exemplo, o caráter sinalagmático do pacto empregatício, caso a comparação fosse tópica, parcela contra parcela.

Assim, deve-se encarar a característica sinalagmática do contrato de trabalho de forma um tanto quanto diversa dos contratos celebrados na seara cível, vez que, como pontuou o doutrinador Godinho, tal característica é auferida no contrato de trabalho observando o conjunto contratual, pois o contrato laboral pode sofrer interrupções, como no caso também do repouso semanal remunerado.

O contrato de trabalho é consensual, na medida em que não há necessidade alguma de manifestação expressa das partes para que ele seja celebrado. Assim, tais espécies contratuais “se formam unicamente pelo acordo de vontades (*solo* consenso), independentemente da entrega da coisa e da observância de determinada forma.”⁹¹

Nesse sentido, o artigo 442 da Consolidação das Leis do Trabalho não deixa pairar dúvidas, ao dispor que o “contrato individual de trabalho é acordo tácito ou expresso, correspondente à relação de emprego”.

O princípio da primazia da realidade se faz muito relevante no tema ora abordado, tendo em vista que não são raras as situações em que as partes deixam de lado as formalidades, formando entre si verdadeiras relações de emprego, as quais podem ser auferidos todos os elementos caracterizados do vínculo empregatício, sem, contudo, formalizar tal relação ou até mesmo manifestar expressamente suas vontades.

Assim, a ausência de contrato escrito ou de vontade manifesta não é óbice para o reconhecimento do vínculo empregatício, pois o que interessa é a realidade prática vivenciada pelas partes.

Tal situação pode ser observada também quando há contrato formalizado com nome diverso do contrato de trabalho, porém que na realidade podem ser observados os elementos caracterizadores da relação de emprego, razão que levaria o aplicador do direito a declarar nulo o contrato firmado entre as partes e decretar a existência de vínculo empregatício. Assim, a denominação data ao instrumento contratual é irrelevante.

⁹¹ GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro: contratos e atos unilaterais. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 110.

O fato é que o simples consentimento é suficiente para tornar o contrato de trabalho existente, válido e eficaz, salvo algumas exceções, a exemplo do contrato de atleta profissional de futebol e de artista profissional, os quais devem ser devidamente formalizados.

A quarta característica trazida pela doutrina ao contrato de trabalho diz respeito apenas uma das partes do contrato, qual seja o empregado. Tal característica é o fato deste instrumento ser celebrado *intuito personae*, a qual está intimamente ligada a um dos elementos caracterizadores da relação de emprego – a personalidade.

Alice Monteiro de Barros⁹² explica que, tendo em vista tal característica do contrato de trabalho, “o empregado não poderá se fazer substituir por outrem na prestação de serviços, salvo esporadicamente e com a aquiescência do empregador.” (referência)

Há que se notar que a depender da natureza do serviço que esteja sendo prestado, esse caráter *intuito personae* pode se fazer presente com maior ou menor grau. Na contratação de um artista plástico, por exemplo, é de extrema importância que o mesmo não seja substituído, em razão da sua contratação ter se dado em virtude das suas características pessoais, de modo que o trabalho não poderá ser prestado de forma satisfatória, se não pelo seu talento pessoal.

Por outro lado, em serviços puramente manuais de mão de obra de larga escalada, por exemplo, os quais não demandam grandes especificidades nem riqueza técnica, a natureza *intuito personae* se faz menos presente, porém continua existente no contrato. Isso porque, o empregador pode não ter contratado o empregado pela sua especialidade quando da prestação do serviço, mas sim em razão de algumas características pessoais, como a pontualidade, responsabilidade, dentre outras.

A doutrina costuma trazer o elemento ora em comento atrelando-o à presença de *fidúcia*. É o que demonstra Maurício Godinho Delgado⁹³:

A característica da infungibilidade obreira supõe a presença de uma *fidúcia* especial com relação ao empregado: a prestação laboral

⁹² BARROS, op. cit., p. 207.

⁹³ DELGADO, op. cit., p. 465.

contratada é subjetivamente infugível, não podendo ser cumprida por outrem que desonere o empregado contratado. É, desse modo, *atividade pessoal*, que não pode, por isso mesmo, ser pactuada por pessoas jurídicas (que contratam, não obstante, prestação de serviços no sentido amplo).

Alice Monteiro de Barros⁹⁴, entretanto, com relação ao tema, pondera que:

O caráter personalíssimo da relação de emprego deriva, segundo alguns autores, do fato de o empregado colocar à disposição do empregador sua energia psicofísica e não da infungibilidade da prestação de serviços, pois é sabido que no âmbito da organização empresarial existem funções que pressupõem qualificações relativamente homogêneas, em que é normal a substituição de um trabalhador por outro, como também em um regime de revezamento.

De fato, há diversas estruturas empresariais que em determinados setores se admite a substituição de empregados, a fim de revezar, por exemplo, a execução de serviços mais ou menos cansativos. Tal possibilidade não retira o caráter *intuito personae*, posto que são situações pontuais, determinadas e autorizadas pelo empregador no âmbito do seu poder diretivo, e que presumem a substituição entre profissionais de pelo menos um mesmo setor, não incluindo pessoas externas ao quadro profissional da empresa.

Com relação ao empregador, a doutrina admite algumas situações excepcionais em que o caráter *intuito personae* recai também sobre ele, ao exemplo do “jornalista cuja empresa em que trabalha sofreu mudança radical na orientação”, como exemplo dado por Alice Monteiro de Barros⁹⁵. Nesse caso, então, poderia o obreiro se recusar a seguir as novas orientações por irem de encontro aos seus anseios profissionais e pessoais.

A onerosidade é também uma das características do contrato de trabalho, a qual também tem íntima relação com um dos elementos caracterizadores da relação de emprego, pois esta precisa ter caráter oneroso. O serviço prestado deve, obrigatoriamente, ser remunerado. Com relação a tal requisito, a contraprestação *in natura* não descaracteriza o contrato de trabalho, logo, o empregador pode remunerar o empregado em pecúnia ou em utilidades, desde que, com relação a essas últimas, sejam observados os requisitos da lei.

⁹⁴ BARROS, op. cit., p. 187.

⁹⁵ *Ibidem*, p. 188.

O contrato oneroso é aquele no qual ambas as partes contribuem com obrigações economicamente mensuráveis, havendo troca de sacrifícios e percepção de vantagens em ambos os polos contratuais.

O contrato de trabalho é também dotado de alteridade, que tem a ver com os riscos do empreendimento assumidos pelo empregador, independente de qualquer ajuste tácito ou expresso preexistente. Assim, “a prestação laboral do tipo empregatício corre por conta alheia ao prestador”, como pontua Maurício Godinho Delgado⁹⁶.

É também de trato sucessivo, pois “não é instantâneo, não se exaurindo no cumprimento de uma única prestação”⁹⁷. Nesse sentido, convém lembrar que a continuidade da prestação dos serviços é um dos princípios que norteiam o Direito do Trabalho. Assim, tal ramo jurídico não almeja o fim do contrato, mas sim a sua continuidade no tempo, tanto assim que as possibilidades de contratação de empregados temporários, por prazo determinado são restritas a situações excepcionais previstas taxativamente na legislação laboral.

Por fim, Alice Monteiro de Barros⁹⁸ pontua que o traço realmente caracterizador do contrato de trabalho é a subordinação jurídica, que se manifesta na “observância a diretivas constantes e analíticas sobre o modo e o tempo em que deverá ser executada a prestação de serviços.”

Um ponto muito importante acerca do contrato de trabalho diz respeito ao estudo da sua morfologia, ou seja, os elementos que compõem tal instituto. O estudo morfológico do contrato de trabalho é executado com base na teoria geral dos contratos, assim, os elementos do contrato de trabalho serão os mesmos elementos do contrato civil.

É importante notar, primeiramente, que a análise dos elementos do contrato de trabalho adquirem relevância após o reconhecimento do vínculo empregatício entre as partes. Isso porque, apenas após analisados os elementos caracterizados do vínculo de emprego e, reconhecida a existência de relação jurídica laboral, torna-se relevante adentrarmos no estudo dos elementos do contrato, pois na ausência de contrato, tal análise torna-se inútil.

⁹⁶ DELGADO, op. cit., p. 467.

⁹⁷ NASCIMENTO, op. cit., p. 109.

⁹⁸ BARROS, op. cit., p. 189.

Assim, não se pode confundir a análise acerca dos elementos fático jurídicos da relação empregatícia com os elementos jurídicos formais do contrato de trabalho que rege tal relação. Nesse aspecto, Maurício Godinho Delgado⁹⁹ expõe um comparativo entre os dois conceitos:

Do ponto de vista comparativo, pode-se afirmar que a pesquisa sobre os *elementos fático-jurídicos da relação empregatícia* permite responder à pergunta sobre a existência ou não da relação de emprego no caso concreto, ao passo que a pesquisa sobre os *elementos jurídico-formais do respectivo contrato* empregatício permite responder à pergunta sobre a validade (ou não) e extensão de efeitos jurídicos daquela relação configurada entre as partes.

Na mesma linha comparativa, pode-se ainda aduzir que, enquanto os elementos fático-jurídicos constituem dados do mundo fático ou ideal que existem independentemente do fenômeno que irão compor, os elementos jurídico-formais constituem construções teóricas e normativas efetuadas pelo Direito, cuja presença passa a ser considerada relevante à validade jurídica do próprio fenômeno a que se integram.

Os elementos jurídico-formais, que são os elementos essenciais, consistem em capacidade das partes, licitude do objeto, forma regular ou não proibida e higidez de manifestação da vontade.

No Direito Civil, a capacidade para celebrar contratos, segundo a doutrina, a exemplo de Carlos Roberto Gonçalves¹⁰⁰, “nada mais é do que a capacidade de agir em geral, que pode inexistir em razão da menoridade, da falta do necessário discernimento ou de causa transitória”. Nesse passo, “*capacidade trabalhista é a aptidão reconhecida pelo Direito do Trabalho para o exercício de atos da vida laborativa*”.¹⁰¹

Com relação à capacidade de ser empregador, não há restrições exclusivas da matéria laboral, coincidindo esta com a capacidade civil. Com relação à capacidade de ser empregado, entretanto, o ordenamento jurídico traz algumas restrições.

Como se sabe, a Emenda Constitucional n. 20, de 1998, trouxe a proibição ao trabalho do menor de 14 anos. Enquanto na faixa etária entre 14 e 18 anos o trabalho é permitido mediante autorização do representante legal, caracterizando a capacidade relativa, que ainda assim sofre restrições, a exemplo da

⁹⁹ DELGADO, op. cit., p. 468 e 469

¹⁰⁰ GONÇALVES, op. cit., p. 34

¹⁰¹ DELGADO, op. cit., p. 469.

impossibilidade de prestar serviços em horário noturno. A partir dos 18 anos, o trabalhador torna-se absolutamente capaz para os atos da vida civil e também na seara laboral.

Quanto à licitude do objeto, o artigo 166, II do Código Civil de 2002¹⁰² prevê a validade apenas de contratos que tenham objeto lícito. O Direito do Trabalho segue o mesmo pensamento, logo, “para que haja a tutela do Direito do Trabalho é necessário que o objeto do contrato seja lícito (art. 104 do Código Civil de 2002).”¹⁰³

A doutrina, entretanto, se preocupa em distinguir a atividade ilícita com a atividade proibida ou irregular. Ilícito, segundo Maurício Godinho Delgado¹⁰⁴:

É o trabalho que compõe um tipo legal penal ou concorre diretamente para ele; irregular é o trabalho que se realiza em desrespeito a norma imperativa vedatória do labor em certas circunstâncias ou envolvente de certos tipos de empregados.

Alice Monteiro de Barros¹⁰⁵ informa que no primeiro caso (atividade ilícita), o contrato nem sequer produz efeitos, por violar valores de ordem pública. Já no segundo caso (atividade proibida/irregular), o contrato produz alguns efeitos, prevalecendo o direito do trabalhador antes do interesse pela preservação da ordem pública.

Ora, não se pode conceber que um menor de 14 anos, por exemplo, preste seus serviços e, pela ausência de capacidade, não tenha o direito a percepção das verbas trabalhistas. É certo que esse contrato não será preservado, em virtude do interesse público envolvido e da ordem jurídica protegida, mas os seus direitos trabalhistas serão salvaguardados nesse caso.

Quanto a forma, o contrato precisa ter forma regular ou não proibida. Assim, tanto no Direito Civil como no Direito do Trabalho inexistem, em regra, formas específicas para a prática de atos contratuais. Assim, “o caráter meramente consensual do contrato de trabalho faz com que sua existência comprove-se através de qualquer meio probatório juridicamente válido, inclusive indício e presunções.”¹⁰⁶

¹⁰²

¹⁰³ BARROS, op. cit., p. 194.

¹⁰⁴ DELGADO, op. cit., p. 472.

¹⁰⁵ BARROS, loc. cit.

¹⁰⁶ DELGADO, op. cit., p. 473.

Assim, o contrato de trabalho pode se dar de forma expressa ou tácita, salvo exceções previstas em lei, a exemplo do já citado contrato de atleta profissional.

O consentimento é o último elemento que deve ser observado no contrato, sendo este um “fator decisivo na formação do negócio jurídico”.¹⁰⁷ A autora pontua, entretanto, que “nos contratos de trabalho, em geral, o consentimento do empregado toma a forma de adesão.”

É relevante, ainda, observar a importância da aplicação do princípio da boa fé no contrato de trabalho. Não é de hoje que o mencionado princípio tomou grande espaço na aplicação do direito como um todo e nas mais variadas formas contratuais. Assim, as relações jurídicas devem sempre ser pautadas visando atingir o princípio da boa fé.

Tais premissas, embora se saiba que o princípio ora em comento abrange o direito como um todo e todas as formas contratuais, foram abordadas de forma especial com relação ao contrato de emprego pelo doutrinador Francisco Rossal de Araújo¹⁰⁸. Diante disso, de um lado pode ser observado a obrigação do empregado em prestar os seus serviços de gerando rendimento “adequado e razoável”. Em contraponto, deve o empregador também fornecer e estipular os serviços que devem ser prestados.

Além disso, as partes devem respeitar valores como a fidelidade e a lealdade, mantendo o segredo quando o bom senso indicar e, por parte do emprego exclusivamente, há ainda o dever de não concorrer com o seu empregador.

4.2 PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS

Como se sabe, desde o Direito Romano o conceito de prestação de serviços encontrava-se incluído no conceito de *locatio conductio*, o qual era subdividido por outras três espécies contratuais: a locação de coisas (*locatio conductio rerum*), a locação de serviços (*locatio conductio operarum*) e a empreitada (*locatio conductio operaris*).

¹⁰⁷ BARROS, op. cit., p. 197

¹⁰⁸ ARAÚJO, Francisco Rossal. A Boa-fé no Contrato de Emprego. São Paulo: LTr, 1996, p. 155.

O avanço da ciência jurídica e, conseqüentemente, a evolução do Direito Civil, proporcionou a alteração dessa divisão trazida pelo Direito Romano e que constava ainda no Código Civil brasileiro de 1916. O Código Civil de 2002, entretanto, inaugurou uma nova forma de disciplinar as supramencionadas espécies contratuais, assim como o contrato de trabalho, de agência e de aprendizagem, trazendo-os de maneira autônoma.

Assim, a locação, no novel diploma, passou a ser utilizada exclusivamente para se referir ao contrato de locação, o qual “se destina a proporcionar a alguém o uso e gozo temporários de uma coisa infungível, mediante contraprestação pecuniária”¹⁰⁹

Diante das alterações sofridas pelo Direito Civil e das novas faces de divisão dos contratos em geral, a locação de serviços restou desdobrada em duas outras espécies contratuais, quais sejam o contrato de trabalho e o contrato de prestação de serviços. O primeiro, como se sabe, não regulado pelas normas de Direito Civil, aplicando-se instrumento normativo autônomo, que é a Consolidação das Leis Trabalhistas, com normas dotadas de imperatividade. Já o contrato de prestação de serviços, este sim, regulado pelo Código Civil, regido pela autonomia da vontade. Aliás, as regras contidas no Código Civil, como pontua Carlos Roberto Gonçalves¹¹⁰, possuem caráter residual, ou seja, aplicam-se às relações que não serão regidas pela Consolidação das Leis do Trabalho e pelo Código do Consumidor, posto que estes instrumentos trazem consigo normas de ordem pública, as quais não podem ser afastadas pela vontade das partes, salvo exceções pontuais taxativamente previstas.

O mencionado autor, ainda, ressaltando a importância dos serviços no mundo moderno e globalizado, há uma gama cada vez mais extensa de prestação de serviços que passaram a ser regidas pela legislação trabalhista, afastando-se a regência do Código Civil, a exemplo do serviço doméstico e o rural (p. 361).

O artigo 594 do Código Civil de 2002, dispõe que “toda a espécie de serviço ou trabalho lícito, material ou imaterial, pode ser contratada mediante retribuição”.

É importante notar, todavia, que diante desse caráter residual constante no aludido diploma civil, o contrato de prestação de serviços é tido como aquele em que existe

¹⁰⁹ GOLÇAVES, op. cit., p. 307.

¹¹⁰ *Ibidem*, p. 361.

um serviço prestado sem habitualidade, com autonomia técnica e sem subordinação.

Não se pode negar, entretanto, que ambos os contratos são similares, como observa Alice Monteiro de Barros¹¹¹:

A prestação de serviços guarda similitude com o contrato de emprego, mormente quanto aos efeitos, porém o traço distintivo, por excelência, é a subordinação jurídica, ausente na prestação de serviços, que se realiza sempre com autonomia.

Aqui, mais uma vez pode-se constatar a importância do conceito de subordinação jurídica, sendo ele tido como elemento diferenciador entre o contrato de prestação de serviços e o contrato de trabalho. Sobre o tema, Cristiano Chaves¹¹² informa:

Enfim, se há subordinação jurídica (além de pessoalidade, continuidade e remuneração), o contrato é de trabalho, regido pela legislação especial (cuidadosamente protecionista). Não havendo subordinação jurídica, trata-se de prestação de serviços, submetido ao Código Civil. O que interessa, pois, é a essência do negócio. É a sua percepção ontológica. Não se leva em conta a indicação constante do instrumento contratual. Assim, é irrelevante se o instrumento intitula o negócio como *contrato de prestação de serviços* quando estão presentes os elementos caracterizadores do *contrato de emprego* e vice-versa. Leva-se em conta a situação *fática* existente.

Além disso, assim como o contrato de trabalho, o contrato de prestação de serviços é sinalagmático, pois gera obrigações para ambas as partes contratuais. Enquanto o prestador se incumbe da obrigação de executar o serviço pactuado, o dono do serviço, por outro lado, se obriga a remunerá-lo por isso.

Outra característica é a onerosidade, por trazer benefícios e vantagens para ambas as partes, e consensual, pois a simples coincidência de vontade das partes é suficiente para a formação do contrato.

Por fim, é não solene, porque não existe forma específica prevista no ordenamento jurídico para a sua celebração, podendo ser celebrado verbalmente ou por escrito, como dispõe o artigo 595 do Código Civil de 2002.

As características ora apontadas se fazem presentes tanto no contrato de prestação de serviços, como no contrato de trabalho. Entretanto, o traço distintivo entre um e

¹¹¹ BARROS, op. cit., p. 401.

¹¹² ROSENVALD, Cristiano Chaves de Farias Nelson. Curso de Direito Civil: Contratos – Teoria Geral e Contratos em Espécie. 2 ed. Salvador: JusPodivm, 2012.

outro será auferido na análise do caso concreto, sendo a subordinação, em conjunto com os demais elementos caracterizados da relação laboral, um elemento de extrema relevância nesse aspecto, posto que a sua presença ou ausência na relação travada entre as partes irá fixar o contrato no ramo jurídico trabalhista ou civilista.

Deve-se chamar atenção ainda para outra característica distintiva, que diz respeito à duração do contrato. Nesse sentido, o Código Civil, em seu artigo 598, prevê expressamente que o tempo de duração do contrato de prestação de serviços é limitado a quatro anos. Em contrapartida, já vimos que o contrato de trabalho é por prazo indeterminado, sendo o princípio da continuidade um dos elementos norteadores do Direito laboral. Assim, os contratos de trabalho estipulados por prazo determinado são possíveis em situações excepcionais e taxativamente previstos na Consolidação das Leis do Trabalho.

Segundo Cristiano Chaves¹¹³, “*toda relação de emprego é uma espécie de relação de trabalho qualificada por uma subordinação jurídica (funcional), com sujeição do empregado às ordens legítimas emanadas do empregador.*”

A prestação de serviços pode ser pactuada com ou sem personalidade no que tange à figura do prestador laboral. Desse modo, como pontua Maurício Godinho Delgado¹¹⁴, a diferença essencial entre as duas figuras repousa na dicotomia entre a autonomia e a subordinação. Assim, “a prestação de serviços abrange, necessariamente, prestações laborais autônomas, ao passo que o contrato empregatício abrange, necessariamente, prestações laborais subordinadas.”

É importante observar, contudo, que na prática a análise acerca da autonomia e subordinação nem sempre é fácil, posto que há uma linha muito tênue entre os dois elementos. Até porque, como pontua Maurício Godinho Delgado¹¹⁵, “dificilmente existe contrato de prestação de serviços em que o tomador não estabeleça um mínimo de diretrizes e avaliações básicas à prestação efetuada”. Sendo que, segundo o autor, esse mínimo de diretrizes básicas não descaracteriza a autonomia.

¹¹³ *Ibidem*, p. 787.

¹¹⁴ DELGADO, op. cit., p. 549.

¹¹⁵ *Ibidem*, loc. cit.

4.2.1 PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS ADVOCATÍCIOS

A doutrina costuma chamar a atenção para a antiguidade do exercício da advocacia, sendo uma das profissões mais remotas na história da humanidade. Nesse sentido, Paulo Lôbo¹¹⁶ traz um dado histórico, ao informar que a advocacia “teria nascido no terceiro milênio antes de Cristo, na Suméria”.

O advogado é o primeiro intérprete da Lei que, em contato com o caso concreto apresentado, irá observar o direito que ali deve ser aplicado na defesa do seu cliente.

Os atos e atividades da advocacia são exclusivas dos inscritos na Ordem dos Advogados do Brasil, os quais devem ser bacharéis em Direito e aprovados em prova aplicada para este fim.

O artigo 1º da Lei n. 8.906, de 4 de julho de 1994 traz um rol de atividades privativas de advocacia, o qual não deve ser encarado de forma exaustiva, sendo um rol meramente exemplificativo.

O inciso I do mencionado dispositivo traz a postulação como elemento da advocacia, que é “ato de pedir ou exigir a prestação jurisdicional do Estado”¹¹⁷. Assim, o *jus postulandi* possibilita o monopólio da atuação em juízo como representante e assistente das partes. Por isso para ir em juízo qualquer pessoa precisa estar sob assistência de advogado, salvo hipóteses excepcionais permitidas pelo ordenamento jurídico, a exemplo da Justiça do Trabalho.

A atividade da advocacia não se resume, porém, ao exercício em juízo na defesa dos interesses de outrem, sendo a atividade de consultoria, assessoria e direção jurídicas também característica privativa desta profissão.

Ainda com relação ao exercício extrajudicial da advocacia, há que se notas a importância desse profissional na participação de atos e contratos. Evidentemente que, como regra geral, não se exige a presença de advogado quando da celebração de negócios jurídicos. Porém, a presença de um profissional da área

¹¹⁶ LÔBO, Paulo. Comentários ao Estatuto da Advocacia e da OAB. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 19.

¹¹⁷ *Ibidem*, p. 30

pode evitar problemas futuros, ainda mais levando em consideração a complexidade a que se chegou as mais diversas espécies contratuais.

Ressalte-se que há, ainda, disposições expressas acerca da presença obrigatória do advogado em casos pontuais, como, por exemplo, a imposição da presença de um advogado no registro de empresas mercantis, prevista na Lei n. 8.934 de 1994.

O artigo 2^a do Estatuto traz as características essenciais da advocacia, quais sejam indispensabilidade, inviolabilidade, função social e independência. Quando ao primeiro elemento, encontra previsão constitucional no artigo 133¹¹⁸ da Constituição Federal de 1988, quando prevê que “o advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei”.

O princípio da indispensabilidade, portanto, ressalta o caráter essencial do advogado na ordem social e deve ser encarada sob a ótica de garantia à parte, e não uma norma protetiva da categoria profissional, como pontua Paulo Lôbo¹¹⁹:

O princípio da indispensabilidade não foi posto na Constituição como favor corporativo aos advogados ou para reserva de mercado profissional. Sua *ratio* é de evidente ordem pública e de relevante interesse social, como instrumento de garantia de efetivação da cidadania. É garantia da parte e não do profissional.

Assim, tendo capacidade civil, diploma de graduação em direito, possuir regularidade eleitoral e militar e ser aprovado no Exame da Ordem, estará o profissional apto adentrar no mercado de trabalho, atuando como advogado.

Assim, pode o advogado optar, dentre as diversas possibilidades proporcionadas pela área, adentrar no mercado de trabalho da forma que lhe seja mais adequada com suas características pessoais, bem como com os seus anseios profissionais. Entretanto, é sabido que por vezes, tais anseios e características são deixadas de lado, em virtude da necessidade de obter resultados financeiros mais rapidamente.

¹¹⁸ Vade Mecum.

¹¹⁹ LÔBO, op cit., p. 42

4.2.1.1 AUTÔNOMO

A figura do advogado autônomo vem sendo menos frequente na sociedade atual. É bem verdade que o exercício da advocacia de maneira autônoma traz imensas vantagens e, a olho nu, a mais chamativa é o fato de que os frutos de todos os esforços serão seus. Assim, o autônomo presta os serviços para seus clientes com ampla liberdade técnica e procedimental, possibilitando a organização de sua vida profissional e pessoal da maneira que melhor compreender. É, afinal, tentador não precisar dividir seus resultados com outrem, ser autossuficiente, cumprir metas e se submeter a horários que ele mesmo se comprometeu, dentre outras vantagens.

Entretanto, as mesmas características tentadoras do exercício autônomo da advocacia geram, por outro lado, ônus os quais muitos profissionais encontram-se despreparados para enfrentar.

A tomada de decisões não só atinentes ao mundo jurídico, como também da própria organização das tarefas, administração das parcerias, serão tomadas sozinhas, gerando, portanto, uma maior responsabilidade.

Os resultados, sejam eles bens ou ruins, serão suportados unicamente pelo autônomo, logo, se por um lado é atraente, é também de risco o exercício autônomo da advocacia.

O avanço da sociedade e dos problemas que regem as relações entre indivíduos, conseqüentemente, o avanço e aumento da complexidade dos mais variados ramos jurídicos também é fato determinante à dificuldade de se atuar de forma autônoma.

A complexidade a que se alcançou o mundo do Direito gera a necessidade de se associar com outros colegas da área. Diante disso, atualmente, tornou-se difícil, ao menos em grandes capitais, encontrar profissionais com nome, que prestam serviços sozinhos, de forma competente e eficiente. A necessidade de comparecer em audiências, se reunir com clientes, cumprir prazos processuais, bem como as tarefas atinentes à própria organização da atividade, como a contratação ou dispensa de outros profissionais, a manutenção de um ambiente de trabalho, dentre outras, gera a dificuldade em se conceber tudo isso solitariamente.

Além disso, o advogado moderno precisa estar altamente atualizado, sendo esta uma tarefa que demanda estudo e tempo para estar a par de todas as alterações legislativas, publicações, atualizações jurisprudenciais e doutrinárias, etc. O profissional do Direito desatualizado não pode exercer a profissão da maneira eficiente, podendo prejudicar seriamente a defesa do seu cliente.

Atrelado a isso, é de se pontuar também que o advogado iniciante que encontra-se buscando sua dependência financeira ou até mesmo aqueles que já a possuem, mas necessitam de igual modo do trabalho para conseguir manter seus padrões de vida, não pode se dar ao luxo de possuir em seu comando uma quantidade ínfima de processos, ainda mais levando em consideração o fato de existir a possibilidade de êxito ou não e, ainda, face a demora do judiciário, que não permite contar apenas com meia dúzia de processos para se auferir proventos.

Então a necessidade de se chegar à independência financeira também é fato impeditivo, tendo em vista que associar-se a outras pessoas ou empregar-se em escritórios ou empresas pode trazer rendimentos de forma mais rápida, para quem não pode contar com um certo tempo de puro investimento.

O exercício autônomo enseja também a experiência prática para que o exercício da profissão se dê de forma responsável e atendendo da melhor forma a demanda da parte a que representa. Por isso, muitas vezes advogados recém formados buscam trabalhar antes em escritórios de advocacia, associando-se a eles para obter conhecimento prático, o que geralmente não é satisfatoriamente atendido pelo curso de graduação.

A atuação da advocacia em conjunto com colegas da área propicia também o melhor atendimento à clientela, que pode enxergar em uma única banca o atendimento a variadas searas jurídicas e espécies de conflitos. Assim, a complementariedade de conhecimentos é um fator de importância no mundo moderno, tendo em vista que as pessoas procuram cada vez mais serviços de maior completude, sendo este um favor positivo à atuação em conjunto.

Diante de tal cenário, surgem as Sociedades de Advogados, buscando atender ao maior número de clientes e satisfazer, o máximo possível, seus anseios.

4.2.1.2 SOCIEDADE ADVOCATÍCIA

Segundo José Edwaldo Tavares Borba¹²⁰, “a sociedade é uma entidade dotada de personalidade jurídica, com patrimônio próprio, atividade comercial e fim lucrativo.”

A união de pessoas que possuem um fim lucrativo é capaz de gerar um ente dotado de personalidade jurídica, que não se confunde com a figura de cada sócio, nem mesmo de todos eles em conjunto; mas sim de um terceiro ente, dotado de poder comercial e de personalidade jurídica distinta, capaz de contrair direitos e obrigações. Ademais, o patrimônio da sociedade é destacado do patrimônio dos sócios individualmente, de modo que um não se confunde com o outro. Esta última característica possui o objetivo fundamental de dar maior segurança ao investimento de determinadas atividades que, não fosse tal blindagem patrimonial, provavelmente não seriam de fácil captação de investimento.

Não é demais ressaltar que a mencionada blindagem patrimonial não é encarada de forma absoluta, sendo que esta pode ser por vezes desconsiderada face a constatação de que no caso concreto houve fraude ou abuso de direito.

Ainda segundo José Edwaldo Tavares Borba¹²¹, a sociedade pode ser encarada no seu âmbito interno e externo:

Olhando externamente, avulta a entidade, na sua condição de sujeito de direito, a exercer o seu objeto social, mediante, por exemplo, a produção de bens e serviços, a contratação de empregados, o pagamento de empréstimos, a aquisição de equipamentos, a venda de mercadorias. Vista de dentro, divisa-se um outro plano de relações, que são as dos sócios entre si e destes para com a sociedade.

As Sociedades de Advogados surgiram ante a complexidade a que se chegaram os mais diversos ramos do Direito. O trabalho do advogado se aprofundou, de modo a ensejar a percepção de que atuar em grupo é o caminho a ser seguido pelo modelo moderno, a fim de atender da melhor forma possível e da maneira mais ampla possível a sua clientela.

¹²⁰ BORBA, José Edwaldo Tavares. Direito Societário. 13 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2012, p. 27.

¹²¹ *Ibidem*, p. 28.

Do mesmo modo, a velocidade com que se modificam as informações, as inovações jurisprudenciais, os problemas surgidos na sociedade, as mudanças legislativas em tantos diplomas, gera uma grande dificuldade no que concerne a atuar solitariamente atendendo a todas essas demandas.

Assim, Alfredo de Assis Gonçalves Neto apud Sérgio Ferraz¹²², conceitua a Sociedade de Advogados:

Sociedade de advogados é aquela constituída por dois ou mais advogados, para lhes permitir ou facilitar o exercício da advocacia em regime de colaboração recíproca, com disciplinamento do expediente e da divisão dos resultados patrimoniais auferidos no atendimento que os advogados a ela vinculados prestam para os clientes.

Assim, “a sociedade de advogados não tem por fim *atuar na advocacia*, mas sim, possibilitar que os advogados o façam, congregados, de modo racional e organizado.”¹²³

Nesse sentido, é importante ressaltar que a Sociedade de Advogados possui natureza societária peculiar, pois essa figura existe para regular a relação entre os sócios advogados, como a repartição de responsabilidades e lucros, mas não se relaciona com seus clientes do mesmo modo que uma sociedade empresária qualquer se relaciona. Nesse sentido, Orlando Gomes *apud* por Sérgio Ferraz¹²⁴, afirma que “os efeitos propriamente societários do ente criado restringem-se, limitam-se, circunscrevem-se à distribuição dos resultados obtidos com a remuneração do trabalho dos advogados e à disciplina do expediente do escritório.”

Assim, a blindagem patrimonial característica da maioria das sociedades no mercado atual não é elemento que pode ser atribuída à sociedade advocatícia. Isso porque, a personalidade jurídica formada por esse tipo societário possui como fim a relação entre os próprios sócios na organização da sua atividade, ou seja, ela tem efeito apenas no âmbito interno da sociedade.

A Lei n. 8.906/94, a qual dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil, manteve a natureza da Sociedade de Advogados como sociedade civil exclusivamente de pessoas e de finalidades profissionais. Paulo

¹²² FERRAZ, Sérgio. Sociedade de Advogados. Edição do Conselho Federal/OAB: Brasília, 2000, p. 19.

¹²³ *Ibidem*, loc. cit.

¹²⁴ *Ibidem*, p. 17.

Lôbo¹²⁵ afirma que “é uma sociedade *sui generis*, que não se confunde com as sociedades previstas no Código Civil.” Isso porque, além do aspecto meramente interno, ou seja, da relação dos sócios entre si, o que move e o que forma a sociedade advocatícia é a produção intelectual dos profissionais que a compõem, e não as coisas ou valores financeiros, como pontua mencionado doutrinador. Sendo este também um ponto que as difere das demais sociedades que estamos acostumados a lidar, posto que nestas o patrimônio da sociedade, seus bens financeiros são de relevância para estipular a grandeza e segurança econômica que detém uma sociedade.

Assim, enquanto as sociedades em geral devem se ater ao objeto social estipulado no ato constitutivo da respectiva sociedade, a sociedade de advogados, ao revés, existe em prol da sua atividade-meio, e não atividade-fim da advocacia. Ainda segundo Paulo Lôbo¹²⁶, a Sociedade Advocatícia “é a organização de meios comuns aos advogados que se associam.”

O Regulamento Geral da Advocacia, nesse sentido, informa no seu artigo 15, parágrafo 3º, que:

§ 3º É proibido o registro, nos cartórios de registro civil de pessoas jurídicas e nas juntas comerciais, de sociedade que inclua, entre outras finalidades, a atividade de advocacia.

Como se vê, nem mesmo a Sociedade de Advogados pode ter como objeto social atividades próprias do exercício da advocacia, sendo, portanto, uma mera entidade coletiva com o intuito de organizar meios que permitam a atividade associativa de profissionais, distribuindo tarefas, receitas e despesas. A formação de tais entidades se torna necessária, na medida em que o exercício da profissão atinja um grau de complexidade que torne impossível ou dificultoso a atuação individual.

Uma característica marcante das Sociedades de Advogados é sua finalidade exclusiva. Seus fins únicos são as atividades de advocacia, não podendo incluir qualquer outra atividade, lucrativa ou não. Por isso, as Sociedades Advocatícias não podem adotar qualquer dos tipos de sociedade simples ou de sociedade empresária previstos no Código Civil.

¹²⁵ LÔBO, op. cit., p. 126.

¹²⁶ *Ibidem*, loc. cit.

Pelas mesmas razões, não podem adotar a forma de cooperativa, porque esta, ainda que não tenha finalidade lucrativa, é entidade empresária.

Há que se notar, inclusive, que mesmo que a Sociedade Advocatícia se transforme em demasiadamente grande e complexa, não pode adotar qualquer forma de sociedade simples ou empresária, evitando o exercício mercantil da advocacia, vedado expressamente pelo ordenamento jurídico.

Tal característica peculiar possui fundamento na vedação ao exercício da advocacia empresarial, mercantilizada. Não a toa o artigo 16 da Lei n. 8.906 de 1994, dispõe que:

Art. 16. Não são admitidas a registro, nem podem funcionar, as sociedades de advogados que apresentem forma ou características mercantis, que adotem denominação de fantasia, que realizem atividades estranhas à advocacia, que incluam sócio não inscrito como advogado ou totalmente proibido de advogar.

Malgrado haja essa expressa vedação legal, já há quem cite uma flexibilização desse paradigma. Nesse aspecto, em artigo publicado na *internet*, Bruno Ponich Ruzon¹²⁷, já chama a atenção para essa nova face da advocacia, incluindo essa roupagem empresarial que vem tomando conta de grandes escritórios de advocacia no mundo moderno, os quais agem como verdadeiros centros empresariais.

Nesse sentido, o mencionado autor informa:

A contradição interna na advocacia é evidente: tem-se um modelo liberal instituído, nos termos da Lei 8.906/94, tem-se uma vedação expressa à concepção empresarial, mas existem inúmeros escritórios trabalhando a pleno vapor como verdadeiras empresas. Há, portanto, um descompasso entre realidade e norma. No século XXI pode-se ver dois resultados, a depender da postura dos advogados e, principalmente, da OAB: (a) ou se muda a norma, e se admite de uma vez por todas, o exercício da advocacia em um modelo empresarial; (b) ou se muda a realidade, e passa-se a combater estes grandes escritórios.

Ressalte-se que a análise feita por Ruzon diz respeito a escritórios de advocacia que tomaram estruturas exponenciais e complexas, com número enorme de sócios, de advogados, empregados, colaboradores, dentre outros profissionais. Não se

¹²⁷ RUZON, Bruno Ponich. O desafio da advocacia no século XXI: uma perspectiva crítica. Disponível em: (<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo.o-desafio-da-advocacia-no-seculo-xxi-uma-perspectiva-critica,47824.html>). Acesso em: 02/05/2015).

pode deixar de lado, obviamente, que ainda existem, notadamente em interiores, a atuação da advocacia de maneira tradicional. Entretanto, tornou-se comum nas grandes capitais esse exercício de maneira praticamente mercantil.

Quanto a constituição da sociedade e seus registros, o seu ato constitutivo deve obedecer os requisitos exigidos pelas Sociedades em geral, quais sejam, denominação, finalidade, sede, duração, administração, valor do capital social e sua distribuição entre os sócios, regime de responsabilidade dos sócios, dentre outros.

Com relação à finalidade, nas Sociedades de Advogados esse elemento é completamente restrito, posto que, como dito, só pode conter como tal a atividade da advocacia; caso contrário, será negado o registro do referido ato constitutivo.

Há que se notar, ainda, que com relação aos danos que a sociedade, um sócio ou um advogado empregado causa, quando do exercício da advocacia, o regime de responsabilidade civil a ser aplicada é a solidária, subsidiária e ilimitada, independentemente do capital social integralizado. Assim, como pontua Paulo Lôbo¹²⁸, os bens individuais de cada sócio respondem pela totalidade dessas obrigações, sendo nula qualquer cláusula do ato constitutivo que limite esse regime de responsabilidade.

Diante do exposto, pôde ser observado que na realidade atual que perpassa o mundo da advocacia, é de extrema relevância o papel desempenhado pelas Sociedades de Advogados, bem como sua contribuição para a evolução e preservação da profissão. Assim, a possibilidade de se prestar um serviço mais eficiente e mais completo quando se está numa realidade de trabalho conjunto é inegável, sendo algo que vem sendo cada vez mais buscado pelos advogados, notadamente aqueles que atuam em grandes centros urbanos.

Por outro lado, há que se notar, ainda, que alguns escritórios de advocacia têm atingido grandes proporções, funcionando, por vezes, como verdadeiros centros empresariais e levando alguns a já começar a questionar sobre a validade da atual vedação legislativa a respeito do exercício mercantilizado da advocacia.

¹²⁸ LÔBO, op. cit., p. 134.

4.2.1.3 CONTRATO ASSOCIATIVO

Dentro do contexto das Sociedades de Advogados, nasce a possibilidade de celebrar com outro advogado um contrato associativo, por meio do qual o profissional presta seus serviços advocatícios, normalmente de maneira contínua, mas sem subordinação.

O Regulamento Geral do Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil, por meio do seu artigo 39, passou a prever a figura do advogado associado, sendo “um tipo intermediário entre o sócio da sociedade e o advogado empregado.”¹²⁹

O mencionado dispositivo prevê que “A sociedade de advogados pode associar-se com advogados, sem vínculo de emprego, para participação nos resultados.”

Assim, redação do artigo ora em comento procurou deixar bem clara a inexistência de relação de emprego nesse contrato de associação. Aliás, a nova possibilidade de exercício da advocacia trazida pelo ordenamento possui exatamente o escopo de possibilitar uma maior liberdade de contratação de advogados, profissionais liberais em sua essência, sem que isso signifique o reconhecimento de um vínculo de emprego, tendo em vista que esse é demasiadamente oneroso para entidades que visam à lucratividade, razão pela qual os empreendimentos buscam, sempre que possível, afastá-lo.

Faz-se importante pontuar distinções entre o advogado associado e as demais formas de exercício da advocacia, sendo que com tal análise já se pode traçar algumas características inerentes ao contrato associativo celebrado entre Sociedades de Advogados e advogados.

Primeiramente, no que diz respeito ao advogado empregado, este não se confunde com a previsão que estabelece o contrato associativo entre Sociedades de Advogados e advogados particulares, posto que a subordinação jurídica é inexistente nesse tipo de relação, restando o advogado associado a prestar seus serviços de maneira autônoma. E essa é a principal distinção entre ambas as espécies de advogados: a presença ou não de subordinação jurídica. Isso porque, o Regulamento Geral é claro ao afastar completamente a subordinação dessa

¹²⁹ *Ibidem*, p. 136.

espécie contratual, por ser elemento do contrato de emprego, afastando, por conseguinte, a existência de vínculo de emprego nesta relação.

O advogado associado logicamente também não se confunde com o sócio, pois ele não é dono do empreendimento, não fazendo parte da distribuição dos lucros, característica inerente à condição de sócio e que não abarca a figura do advogado associado.

O mencionado artigo 39 do Regulamento Geral, ao prever a possibilidade de vínculo associativo ora em análise, como visto, já menciona também a contraprestação.

Com relação à redação do dispositivo supratranscrito, não se deve confundir a participação nos resultados por ele prevista com a Participação nos Lucros e Resultados prevista na Lei n. 10.101, de 2000 para os contratos empregatícios. Nessa senda, como pontua José Ferraz¹³⁰, esta Lei destina-se aos contratos de emprego, não sendo este o caso do advogado associado. Assim, “a participação é em resultados, conforme for prevista em contrato firmado entre a Sociedade de Advogados e o Advogado-associado”.

Com relação ao autônomo, os traços distintivos são menos evidentes, mas também não se deve confundir. Assim, a simples contratação de um autônomo pressupõe aplicação de outras regras, que nada tem a ver com o contrato associativo.

Uma das distinções é a característica da exclusividade, que deve estar presente na relação associativa entre a Sociedade e o advogado, além de que este último deve prestar serviços apenas a uma Sociedade. Já o advogado autônomo, ao revés, não deve prestar serviços com exclusividade, posto que ele exerce atividades pontuais a que foi contratado para um ou mais clientes, envolvendo Sociedades de Advogados, pessoas físicas ou jurídicas. Assim, a exclusividade é característica inerente apenas ao advogado associado.

Há que se observar ainda a continuidade da prestação dos serviços advocatícios, pois como pontua Paulo Lôbo¹³¹, “essa providência pressupõe que haja certa

¹³⁰ FERRAZ, op. cit., p. 67.

¹³¹ LÔBO, op. cit., p. 136.

continuidade dos serviços, não podendo abranger a associação episódica, por exemplo, em apenas uma causa.”

Não a toa que o Provimento n. 112/2006 estabelece uma formalidade quando da celebração dessa espécie contratual, pois estes devem ser apresentados ao Conselho Secciona para averbação no registro da sociedade de advogados.

Como pode ser observado, o contrato associativo pressupõe onerosidade, pessoalidade e não-eventualidade. Assim, o que não enseja o reconhecimento do vínculo empregatício é a ausência de subordinação jurídica, sendo portando este o elemento de fundamental análise no tema ora proposto, pois o que se pretende demonstrar é justamente a sua presença na realidade fática da maioria dos contratos associativos.

Sobre o tema, Paulo Lôbo¹³², em linhas gerais, informa que:

O advogado associado não estabelece qualquer vínculo de subordinação ou de relação de emprego com a sociedade ou com os sócios dela. Associa-se em causas de patrocínio comum, atuando em parceria e auferindo o percentual ajustado nos resultados ou honorários percebidos. Pode utilizar as instalações da sociedade, mas não assume qualquer responsabilidade social. Além disso, o advogado associado, ao contrário do autônomo, deve prestar serviços com exclusividade a apenas uma Sociedade de Advogados.

Importante pontuar, ainda, que em razão do advogado ser enquadrado na espécie de trabalhador intelectual, a análise sobre a existência ou não de subordinação jurídica se torna mais dificultosa, não só pela autonomia funcional mais evidente nos trabalhos intelectuais, mas também pela própria independência funcional instituída pela Ordem dos Advogados do Brasil.

Em razão disso, é a análise do caso concreto que poderá possibilitar o reconhecimento ou não do vínculo de emprego, sob a ótica do princípio da proteção e da primazia da realidade sobre a forma.

¹³² *Ibidem*, loc. cit.

4.3 VÍNCULO EMPREGATÍCIO NOS CONTRATOS ASSOCIATIVOS

Como já fora explanado ao longo do presente trabalho, o reconhecimento do vínculo empregatício nos contratos associativos celebrados entre Sociedades de Advogados e advogados requer a análise da presença ou não de subordinação jurídica, vez que os demais elementos caracterizadores da relação de emprego, constantes no artigo 3º da Consolidação das Leis do Trabalho, possivelmente já se fazem presente na relação ora em análise, quais sejam a pessoa física, personalidade, onerosidade e não eventualidade.

Além disso, já fora visto também a importância que permeia o conceito de subordinação jurídica, não só com relação aos contratos associativos, mas para o Direito do Trabalho como um todo, sendo para alguns doutrinadores o elemento caracterizador mais importante a ser analisado ante a verificação da existência ou não de vínculo de emprego.

O conceito de subordinação foi evoluindo ao longo dos anos, deixando de lado a subordinação jurídica clássica e adentrando em novos conceitos do instituto, que de certo modo acaba por ampliar o escopo de atuação do Direito do Trabalho, pois na medida em que o conceito deixa de perpassar por uma análise mais objetiva, como a dependência econômica, e abre espaço a uma análise mais subjetiva, como a subordinação estrutural ou jurídica, o fenômeno da subordinação amplia o rol de tutelados pelo Direito do Trabalho e dá uma maior importância à análise do caso concreto.

Assim também observa Lorena Vasconcelos Porto¹³³, ao informar que o conceito de subordinação, em consonância com as Constituições, dentre as quais temos a nossa Constituição Federal de 1988, deve ser interpretado de forma “ampliativa e *universalizante*”.

Assim, a evolução social e, por via de consequência, a evolução das relações jurídicas, incluídas a estas as relações de emprego, se modificam e evoluem. Diante disso, conceitos originalmente construídos diante de um dado momento

¹³³ PORTO, Lorena Vasconcelos. A necessidade de uma releitura universalizante do conceito de subordinação. Revista de Direito do Trabalho, 2008, p. 140.

histórico, podem se tornar obsoletos e não mais suficientes para atingir o fim a que foi criado. Desse medo, os conceitos jurídicos devem evoluir junto aos anseios sociais, para que se prestem aos seus devidos fins.

Diante dessa realidade enfrentada pela evolução das relações jurídico laborais é que a doutrina, como já fora explanado em tópico específico, vem propondo novos conceitos de subordinação, a exemplo da subordinação estrutural proposta por Maurício Godinho Delgado, a subordinação potencial proposta por Danilo Gaspar e a subordinação integrativa, proposta por Lorena Vasconcelos Porto.

O Regulamento Geral, no artigo 40, prevê a responsabilidade subsidiária e ilimitada dos advogados associados pelos danos causados ao cliente:

Art. 40. Os advogados sócios e os associados respondem subsidiariamente e ilimitadamente pelos danos causados diretamente ao cliente, nas hipóteses de dolo ou culpa e por ação ou omissão, no exercício dos atos privativos da advocacia, sem prejuízo da responsabilidade disciplinar em que possam incorrer.

Em artigo publicado pela Ordem dos Advogados do Brasil, a Seccional de Minas Gerais¹³⁴, sobre o tema, adotou posicionamento no sentido de que, tendo em vista o artigo 40 do Regulamento Geral, o qual dispõe que os sócios e os associados da Sociedade respondem subsidiária e ilimitadamente pelos danos causados diretamente ao cliente, tal previsão fortalece, para a Seccional de Minas Gerais, o caráter não empregatício do vínculo travado entre sociedade e associado. Isso porque, “é de exclusividade do empregador arcar com os riscos do empreendimento”. Assim, se advogado associado adquire essa responsabilidade, ela estaria compartilhando com a Sociedade que com ele contrata uma característica inerente de empregador.

Porém, tal fundamento deve ser apurado com bastante cautela, frente à realidade que de fato é vivenciada pela figura do advogado associado, pois é sabido na vivencia prática que o advogado associado em nada adquire feições de empregador; ao revés, na grande maioria dos casos é verdadeiro empregado, pois se submete ao poder diretivo dos sócios. Ainda que tal poder não seja exercido de maneira tão intensa e direta, como no controle de horários, por exemplo, não se

¹³⁴ Comissão de Sociedade de Advogados. OAB/Seção Minas Gerais. Sociedade de advogados e o Advogado Associado (<http://www.oabmg.org.br/pdf/SocADV.pdf>). Acessado em: 01/05/2015, às 14:35.

pode negar que há um controle no modo de execução do seu trabalho, como em quais processos atuar, quais prazos deve cumprir, dentre outros.

Além disso, a mesma seccional afirma que “ao nosso sentir, muito difícil será verificar a hipossuficiência do advogado perante a sociedade de advogados em todos os aspectos da vulnerabilidade, que pode ser técnica, jurídica ou fática.”

A afirmativa também não condiz com a realidade prática, vez que o que se pode encontrar ao analisar essas relações é a estipulação no contrato de uma contraprestação pecuniária ínfima em troca dos serviços prestados. Além disso, os advogados associados em geral são aqueles recém formados de início de carreira que, por assim dizer, se submetem a qualquer condição para entrar no mercado de trabalho e adquirir experiência prática. Assim, é perfeitamente possível vislumbrar a existência de uma parte hipossuficiente nessa relação, qual seja a do advogado associado que necessita desse contrato para almejar seus objetivos profissionais e econômicos.

Logo, o fato de o advogado, como profissional da área, não ser subordinado tecnicamente, por conhecer da lei e de como está deve reger a relação jurídica da qual faz parte, não é objeção à existência de subordinação, tendo em vista que, como já fora exposto ao longo do presente trabalho, a mesma possui atualmente uma feição jurídica, e não econômica ou técnica, por exemplo.

A subordinação jurídica, sim, pode ser encontrada nessas relações, tendo em vista que esta decorre do contrato, da sujeição do empregado a se submeter ao poder diretivo do empregador, condição que independe do status social, econômico, técnico a que se encaixa o trabalhador.

Na vivência prática no ramo da advocacia é de fácil constatação a existência de inúmeras Sociedades de Advogados, na qual o poder econômica advindo desta é de exclusividade de uma parcela restrita de sócios. Em contrapartida, uma vasta parcela de advogados, contratados como associados, se sujeitam a parcelas ínfimas de contraprestação, indignas para o profissional do Direito que logrou cinco anos em graduação, adquiriu a carteira da OAB e, após estas conquistas, se deparar com um mercado de trabalho sem opção, posto que a oferta é tão alta frente à demanda, que a contratação desses profissionais como associados

acabam sendo a solução mais vantajosa economicamente falando para as Sociedades de Advogados. Em contrapartida, os jovens advogados se submetem a tal condição, seja por conta da necessidade de adquirir remuneração, ainda que pouca, de forma rápida, seja para adquirir experiência na área antes de atuar de forma autônoma ou constituir Sociedade própria.

Não há como negar que a contratação de advogados associados, na grande maioria dos casos, se dá de forma fraudulenta, pois o que se observa, no mundo fático, é a existência de verdadeiras relações de emprego. Os advogados associados trabalham em prol dos casos processuais do escritório, cumprindo prazos, frequentando audiências, tudo de acordo com o mandamento dos sócios.

O cumprimento de horários também é muito frequente, embora o mesmo não seja necessária para a caracterização do emprego. Já a determinação de quais, como e quando as atividades devem ser executadas, é capaz de caracterizar tal relação como subordinação jurídica.

4.3.1 SUBORDINAÇÃO EXISTENTE NO CONTRATO ASSOCIATIVO

Como já fora demonstrado ao longo do presente trabalho, a subordinação evoluiu no seu conceito ao passo que as relações de emprego também evoluíram, chegando à concepção da subordinação jurídica, a qual é interpretada a luz do caso concreto.

Além disso, já foi demonstrado também que é a análise da presença ou não de subordinação no contrato associativo entre Sociedade de Advogado e Advogado a ensejar o reconhecimento de vínculo de emprego, tendo em vista a presença dos outros elementos caracterizadores do contrato de trabalho, disposto no artigo 3º da Consolidação das Leis do Trabalho.

A subordinação do trabalhador intelectual possui natureza peculiar, como também já fora aqui demonstrado, posto que esses trabalhadores, em geral, possuem maior autonomia quando da prestação dos serviços atinentes a sua profissão. Diante

disso, o contrato associativo de advogado, perpassa por uma linha tênue entre a autonomia e a subordinação.

Com relação ao advogado, essa autonomia se mostra ainda mais acentuada, em razão do disposto no artigo 18 do Estatuto da Advocacia e da OAB: “A relação de emprego, na qualidade de empregado, não retira a isenção técnica nem reduz a independência profissional inerentes à advocacia.”

Como se vê, até mesmo o advogado empregado é dotado de isenção técnica, sendo essa uma característica inerente ao exercício da profissão, sendo legalmente vedado, ainda que no âmbito de um contrato de trabalho, a sujeição do advogado à comandos do seu empregador que retirem daquele ou reduzam a sua independência profissional.

O reconhecimento de emprego entre um advogado e o contratante dos serviços vai se dá do mesmo modo que as relações trabalhistas em geral, ou seja, reconhecendo a existência de todos os elementos caracterizadores da relação de emprego. A isenção técnica, assim, não é elemento a ser analisado nesse sentido, nada tendo a ver com subordinação, pois todo e qualquer advogado, ainda que empregado, possuirá a prerrogativa da isenção técnica. Desse modo, sem a independência profissional, não há que fala em advocacia.

Sobre a isenção técnica, Paulo Lôbo¹³⁵ informa:

Entende-se por isenção técnica do advogado empregado a total autonomia quanto à correta aplicação dos atos, meios e prazos processuais, sem interferência do empregador. O advogado empregado não pode prosseguir orientação técnica incorreta, mesmo quando ditada pelo empregador. Na atuação técnica o advogado deve observar apenas sua consciência profissional e ética.

Assim é que, “a subordinação hierárquica, própria da relação de emprego, é limitada pela independência profissional do advogado”¹³⁶.

Diante de tais premissas, a peculiaridade acima apontada sobre a subordinação face aos trabalhadores liberais, torna-se ainda mais acentuada, posto que se o advogado detém essa total autonomia quando do exercício da sua profissão, a

¹³⁵ LOBO, op. cit., p. 140

¹³⁶ *Ibidem*, p. 150.

tarefa de traçar o que o faria subordinado torna-se ainda mais dificultosa a ser identificada no caso prático.

Assim, mediante a interpretação dos dispositivos ora mencionados, pode-se chegar a conclusão de que a relação de emprego só existe quando da constatação de existência de subordinação, ainda que necessário que esta se conjugue com outros elementos caracterizadores da relação de emprego, a sua presença é fundamental para que se considere determinada relação como empregatícia.

Por outro lado, o exercício da advocacia requer liberdade, autonomia, independência técnica, sendo características inerentes à profissão, ainda que se esteja diante de um advogado empregado. Dessa forma, o advogado sujeita-se exclusivamente ao controle exercido pela Ordem dos Advogados do Brasil, se submetendo aos seus regramentos.

Não se pode negar, entretanto, que no âmbito de um contrato de emprego, o advogado se submete ao poder diretivo do seu empregador, sendo esta característica inerente ao contrato de trabalho.

Assim, para estabelecer uma relação lógica entre tais premissas, tem-se que o advogado, em verdade, se submete ao comando do seu empregador no que diz respeito a ordens de cunho administrativo, com intenção de coordenar o trabalho executado na sua organização e administração, como por exemplo, o controle exercido sobre horários e locais de trabalho, indicação de em quais processos atuar, em quais audiências comparecer, dentre outros.

Pois bem, passado tais premissas, chega-se a conclusão de que a análise da subordinação jurídica presente no contrato associativo não deve perpassar pela análise se o advogado atua de forma independente ou não, ou seja, o advogado sempre irá agir, quando da execução de tarefas atinentes aos processos em que atua ou qualquer outro exercício privativo da advocacia, sempre irá agir com independência técnica, seja ele empregado, associado ou autônomo.

Diante disso, o que poderia caracterizar a relação de emprego no âmbito de um contrato associativo é a sujeição do sujeito contratado à ordens de cunho operacional, como o controle de horários, a determinação de quais atividades executar, quando e onde.

Nesse sentido, faz-se de suma importância uma análise da prática vivenciada pelos mais diversos Escritórios de Advogados do país. Nestes, a presença maciça de advogados associados tornou-se algo frequente e muito comum, no intuito de dinamizar o exercício da advocacia, sem que haja a contratação por meio de vínculo de emprego.

Não se pode negar, contudo, que esses profissionais, em diversos casos, atuam por meio de controle por parte dos Sócios, quer seja no modo ou no horário de execução de tarefas; são pessoas que se submetem a contraprestações ínfimas.

A condição enfrentada pelo advogado associado, ou seja, não ser contratado como empregado e, diante disso, não fazer jus aos direitos inerentes a essa condição, bem como não ocupar a posição de sócio, nem mesmo possuir a autonomia inerente ao autônomo, atravessa, em verdade, uma zona cinzenta da advocacia. As vantagens atribuídas a tal contrato parecem ser desfrutadas exclusivamente pelas Sociedades de Advogados.

Diante disso, é a análise do caso concreto e aplicando o princípio da primazia da realidade sobre a forma que se faz possível a desconsideração de um contrato denominado associativo entre a Sociedade de Advogados e o advogado associado. Diante disso, restaria caracterizada a relação de emprego e conseqüentemente, tutelado pelo Direito do Trabalho.

Um argumento frequentemente utilizado a fim de afastar tal subordinação nesse tipo de contrato, como já fora demonstrado linhas alhures, é o fato de que o advogado, tendo em vista o seu saber jurídico, não pode ser considerado hipossuficiente.

Tal argumento, entretanto, deve ser afastado, tendo em vista que a subordinação não se resume ao alcance intelectual que detém o empregado. Afinal, se assim o fosse, diversos profissionais, a exemplo de professores da área jurídica, não poderiam ser considerados hipossuficientes face o empregador.

Como já fora demonstrado, a dificuldade de inserção no mercado de trabalho em virtude do número exponencial de cursos de Direito que proporcionam todo ano a inserção de um número enorme de bacharéis de Direito no mercado de trabalho, bem como a dificuldade de se atuar de forma autônoma e ocupar espaço no

mercado de trabalho, faz com que diversos advogados se submetam a tais contratos forjados de associativos.

A gravidade do problema perpassa ainda pelo fato de que não há regulamentação alguma acerca da forma de retribuição por esse trabalho, o que faz com que a contraprestação, em diversos casos, seja bastante precária, com o plus de não haver em tal relação qualquer direito trabalhista.

Desse modo, pode-se conceber que as acepções mais modernas acerca do conceito de subordinação, seja ela estrutural, objetiva, integrativa, potencial, possuem um ponto em comum, qual seja a desnecessidade de haver um comando direto e intenso sobre a atividade desempenhada pelo empregado.

4.3.2 PRINCÍPIOS APLICÁVEIS AO CONTRATO ASSOCIATIVO

Os princípios que regem o Direito do Trabalho, notadamente aqueles que se mostram de maior relevância ao tema proposto pelo presente trabalho, já fora objeto de uma maior análise em capítulo específico.

Assim, cabe agora especificar os princípios do Direito do Trabalho que se aplicam aos contratos associativos, de modo a possibilitar, diante da sua aplicação, a caracterização do vínculo de emprego entre a Sociedade de Advogados e o Advogado Associado.

Nesse sentido, o princípio da primazia da realidade sobre a forma é, sem dúvida, aquele que toma maior importância nesse aspecto, tendo em vista que, como já apontado, o mesmo busca prestigiar a realidade dos fatos em detrimento do que encontra-se em documentos.

Nesse sentido, o advogado, ao associar-se a uma Sociedade de Advogados celebra com esta um contrato associativo, regido, em princípio, pelas regras do Direito Civil e, por disposição expressa do artigo 39 do Regulamento Geral, sem vínculo de emprego, com remuneração a ser ajustada neste contrato.

Não há como negar a carência de maiores regras normativas acerca do contrato associativo, tendo em vista que sua única abordagem se dá no sobredito estatuto. Assim, cabe fazer essa análise por meio dos princípios.

Não há como ignorar também os demais princípios, como o princípio da proteção e o princípio da irrenunciabilidade. Assim, a subordinação existente no contrato associativo induz ao reconhecimento de uma parte hipossuficiente da relação, qual seja o advogado associado, que carece da proteção estatal.

4.3.3 PÓS E CONTRAS

O presente trabalho não possui a pretensão de afirmar o vínculo empregatício em todo e qualquer tipo de relação entre advogados e Sociedades de Advogados, nem mesmo propor a extirpação da figura do advogado associado do âmbito da profissão.

Desse modo, não se pode negar a importância da figura do advogado associado, bem como sua necessidade para o exercício cada dia mais completo e sempre atendendo o mercado de forma mais ampla e eficiente. Assim, possibilitar que Sociedades Advocatícias se vinculem a profissionais da área, a fim de dar maior complementariedade e eficiência aos serviços que por ela são prestados à sociedade, sem que isso enseje, necessariamente, o vínculo de emprego, deve ser encarado também sob uma perspectiva positiva.

Tal lado positivo não deve ser encarado somente pela ótica da Sociedade Advocatícia, que detém mais eficiência e menos custo quando da celebração de contratos associativos, mas também sob a ótica do próprio advogado associado, que encontra na Sociedade uma estrutura organizacional facilitadora da execução dos seus serviços, sem que isso enseje, necessariamente, a sujeição ao poder diretivo, podendo exercer sua atividade de maneira livre e autônoma.

Sem falar na figura do advogado recém formado, que encontra em grandes Sociedades a possibilidade de ter um primeiro contato com a vivência prática da

advocacia, tendo contato com diversos clientes e galgando ali a aprendizagem muitas vezes inexistente no mero curso de graduação.

Entretanto, a carência de regulamentação acerca do contrato associativo, deixando esse vazio normativo, possibilita o uso do mencionado instituto de forma fraudulenta.

A realidade fática, portanto, demonstra a existência de diversos profissionais chamados associados que, em verdade, são verdadeiros empregados, subordinados à Sociedade Advocatícia que presta serviços.

5 CONCLUSÃO

Encerrando o presente estudo, sem a pretensão de esgotar toda a amplitude do tema, manifesta-se aqui, através de sucinta síntese, as seguintes conclusões:

1 – A Revolução Industrial e as relações de trabalho dela decorrentes proporcionaram um cenário de exploração desmedida do trabalho. Em meio a tais arbitrariedades, o liberalismo econômico fortalecia ainda mais o poder da burguesia, posto que não haviam freios aos abusos perpetrados por tal classe política.

2 – Diante disso, surge o Direito do Trabalho como mecanismo para proteger a parte hipossuficiente do contrato de trabalho, qual seja o empregado. Esse é o fundamento do Direito laboral e a razão pelo qual o mesmo fora concebido como ramo autônomo.

3 – Diante da concepção do Direito do Trabalho como ramo autônomo do Direito, nasce a estrutura de regras e princípios próprios, sendo necessários a análise dos mesmos para melhor compreensão do instituto.

4 – Desse modo, o princípio da proteção surge como o fundamento de todo o ordenamento jurídico laboral, sendo ele que irá pautar todos os outros princípios e regras que irão reger a relação de trabalho.

5 – Outro princípio de extrema relevância, principalmente no contexto do tema ora proposto, é o da primazia da realidade sobre a forma, tendo em vista que o mesmo estabelece que a realidade dos fatos se sobrepõe ao que consta em documentos. Nesse sentido, o aplicador do Direito sempre deve prestigiar o que ocorreu, na prática, ao longo da relação travada entre as partes, independentemente do que conste em documentos.

6 – Além deles, o princípio da indisponibilidade assume feições também importantes, principalmente pelo fato de o contrato de trabalho reger uma relação entre partes desiguais. Assim, as normas de Direito do Trabalho são, em regra, indisponíveis. Ou seja, o empregado não pode dispor, ainda que manifestando expressamente sua vontade, dos seus direitos trabalhistas.

7 – O reconhecimento de que em determinada relação jurídica uma parte é hipossuficiente e que, portanto, carece da tutela do Estado, faz importante também a estipulação dos elementos que terão que ser identificados para enquadrar determinado indivíduo como empregado e, por via de consequência, hipossuficiente.

8 – Nesse sentido, o artigo 3º da Consolidação das Leis do trabalho estabelece cinco elementos a serem, cumulativamente, identificados, quais sejam a prestação dos serviços por pessoa física, bem como a presença de pessoalidade, onerosidade, não eventualidade e subordinação. Todos esses elementos devem estar presentes na relação jurídica para que esta seja enquadrada como relação de emprego.

9 – A subordinação jurídica é aquela que, para o tema ora proposto, atinge maior relevância prática, tendo em vista que os demais elementos caracterizadores da relação de emprego, possivelmente, já encontram-se presentes na relação travada entre Sociedade Advocatícia de Advogado associado.

10 – Pôde-se constatar que o conceito de subordinação jurídica, nos moldes concebidos quando do surgimento do Direito do Trabalho, não se mostra mais suficiente para atingir os fins almejados pelo Direito laboral.

11 – Com o avanço das relações jurídicas laborais, as quais se fizeram possível, dentre outros motivos, pelo avanço tecnológico e pela globalização, a relação de emprego tomou novas feições, de modo que o controle rígido sobre o empregado não é mais preponderante em todo e qualquer tipo de relação de emprego.

12 – Embora se reconheça a inexistência de tal controle intenso em diversas relações laborais, deve-se ressaltar que estas relações, embora com um poder diretivo exercido de forma mais branda, continuam carecedoras de proteção, sendo certo existe a subordinação nelas.

13 – Diante da concepção de que o Direito do Trabalho tem que abarcar também tais relações, surge na doutrina diversas propostas a fim de ampliar o conceito de subordinação jurídica, adequando-os as novas realidades do mercado.

14 – Há, ainda, uma peculiaridade a ser observada com relação aos profissionais liberais, dentre eles o advogado, posto que subordinação sobre eles se mostra

ainda mais branda. Assim, a linha entre a autonomia e a subordinação é bastante tênue, sendo importante analisar as particularidades de cada caso concreto.

15 – O advogado, profissional liberal por excelência e detentor de isenção técnica por imposição da Ordem dos Advogados do Brasil, pode assumir uma série de feições a fim de adentrar o mercado de trabalho, seja como autônomo, seja como empregado, como sócio de uma Sociedade Advocatícia ou como associado a ela.

16 – Não se pode deixar de lado, entretanto, que mesmo o advogado empregado será detentor da isenção técnica, sendo essa condição inerente ao exercício da advocacia.

17 – Diante da ampliação do conceito de subordinação e da realidade vivenciada pela figura do advogado associado, bem como os problemas que o advogado vem enfrentando no mercado de trabalho face ao número exponencial de oferta de profissionais, cabe se preocupar com o uso abusivo do contrato de associação.

18 – Embora o Regulamento Geral preveja expressamente a figura do advogado associado, o qual não constitui vínculo de emprego com a Sociedade de Advogados, há que se notar que na prática, o que se observa são verdadeiras relações eivadas de subordinação jurídica a que se sujeitam tais profissionais em virtude da precariedade do mercado de trabalho.

19 – Diante da sobredita ampliação do conceito de subordinação jurídica, bem como a aplicação dos princípios que regem o Direito do Trabalho, o reconhecimento de vínculo de emprego entre a figura do advogado associado e a Sociedade de Advogados é medida que se impõe, em grande parte das situações vivenciadas na prática advocatícia.

19 – Por fim, devendo haver sempre uma análise cuidadosa do caso concreto, posto que são situações de difícil identificação, conclui-se que, na maioria dos casos existentes na prática, a subordinação jurídica, nos seus novos moldes, se faz presente nos contratos associativos.

5 REFERÊNCIAS

AMADO, João Leal. **Contrato de Trabalho**. 3 ed. Coimbra, 2011.

ARAÚJO, Francisco Rossal de. **A Boa-fé no Contrato de Emprego**. São Paulo: LTr, 1996.

BARROS, Alice Monteiro. **Curso de Direito do Trabalho**. 5 ed. São Paulo: LTr, 2009.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 28 ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2013.

BORBA, José Edwaldo Tavares. **Direito Societário**. 13 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2012.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1998.

_____. **Código Civil, Constituição Federal, Consolidação das Leis do Trabalho**. 13 ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

_____. **Lei n. 8.906 de 4 de Julho de 1994**. Dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil. Disponível em: (http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8906.htm). Acesso em: 29/04/2015.

CARRION, Valentin. **Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho**. 36 ed. atual por Eduardo Carrion. São Paulo: Saraiva, 2011.

CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do Trabalho**. 3 ed. Niterói: Impetrus, 2009.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 13 ed. São Paulo: LTr, 2014.

GASPAR, Danilo Gonçalves. **A crise da subordinação jurídica clássica enquanto elemento definidor da relação de emprego e a proposta da subordinação potencial**. 2011. Monografia. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal da Bahia.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: contratos e atos unilaterais**. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

JÚNIOR, José Cairo. **Curso de Direito do Trabalho**. 3 ed. Bahia: Jus Podivm, 2009.

MARTINEZ, Luciano. **Curso de Direito do Trabalho**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MARTINS, Sergio Pinto. **Direito do Trabalho**. 29 ed. São Paulo: Atlas, 2013.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de Direito do Trabalho**. 24^a ed. São Paulo: Saraiva, 2009

OLIVEIRA, Murilo Carvalho Sampaio. **Relação de emprego, dependência econômica & subordinação jurídica: revisitando os conceitos – critérios de identificação do vínculo empregatício**. Curitiba: Juruá, 2014.

PORTO, Lorena Vasconcelos. **A necessidade de uma releitura universalizante do conceito de subordinação**. In: MONNRICH, Nelson (Coord.). *Revista de Direito do Trabalho*. Ano 34 (abril./junho. 2008). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

RIZZARDO, Arnaldo. **Contratos**. 13ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

ROSEVALD, Cristiano Chaves de Farias Nelson. **Curso de Direito Civil: Contratos – Teoria Geral e Contratos em Espécie**. 2 ed. Salvador: JusPodivm, 2012.

SILVA, Luiz de Pinho Pedreira da. **Principiologia do Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 1997.