

**Amauri Mascaro Nascimento**

# INICIAÇÃO AO DIREITO DO TRABALHO

**37<sup>a</sup> EDIÇÃO  
2012**

**LETR**

**AMAURI MASCARO NASCIMENTO**

**LITR**  
EDITORA LTDA.

© Todos os direitos reservados

Rua Jaqueira, 771  
CEP 01224-001  
São Paulo, SP — Brasil  
Fone (11) 2107-1101

# **INICIAÇÃO AO DIREITO DO TRABALHO**

**37ª edição**



## CONCEITO DE EMPREGADO

1. Requisitos legais da definição de empregado. A — A lei. B — Pessoa física. C — Continuidade. D — Subordinação. E — Conceito de subordinação. F — Salário. G — Pessoalidade. H — Nossa definição. 2. Diferença entre empregado e trabalhador autônomo. A — Importância da diferença. B — Elementos de diferenciação. 3. Diferença entre empregado e trabalhador eventual. A — Teorias. B — Teoria do evento. C — Teoria dos fins. D — Teoria da descontinuidade. E — Teoria da fixação. 4. Diferença entre empregado e trabalhador aviso. A — Conceito de aviso. B — Direitos. C — Trabalho portuário. 5. Diferença entre empregado e trabalhador temporário. A — Definição de temporário. B — Trabalho temporário por prazo determinado. C — Temporário e eventual. D — Agências de colocação. E — Locação permanente. 6. Diferença entre empregado e estagiário. 7. Trabalho voluntário. 8. Transformações. 9. Questionário.

## 1. REQUISITOS LEGAIS DA DEFINIÇÃO DE EMPREGADO

A — A LEI. Os requisitos legais da definição de empregado estão na CLT (art. 3º): “Considera-se empregado toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário”.

Esses requisitos, todavia, não esgotam a definição. Para que se completem é preciso ir buscar na definição de empregador (CLT, art. 2º) um último requisito: a prestação pessoal de serviços.

Assim, são cinco esses requisitos, dos quais quatro estão expressos na definição de empregado e um na definição de empregador:

Faremos agora a análise de cada um.

B — PESSOA FÍSICA. Empregado é *pessoa física* ou natural. Não é possível empregado pessoa jurídica. A proteção da lei é destinada ao ser humano que trabalha, à sua vida, saúde, integridade física, lazer. Não é preciso ressaltar que esses valores existem em função da pessoa natural. Não são bens jurídicos tuteláveis nas pessoas jurídicas.

C — CONTINUIDADE. Empregado é um *trabalhador não eventual*. Aqui as discussões são de duas ordens. Primeira, saber quais são os critérios que indicam quando o trabalho é não eventual, o que implica o estudo da diferença entre empregado e trabalhador eventual, que será feito em item separado. Em princípio, trabalhador não eventual é aquele que exerce uma atividade de modo permanente. Porém, são necessárias diversas outras explicações. Segunda, saber se a lei trabalhista deve proteger o trabalhador eventual.

D — SUBORDINAÇÃO. Empregado é um trabalhador cuja atividade é exercida sob *dependência* de outrem para quem ela é dirigida. Nossa lei usa a palavra “dependência”. No entanto, em lugar dela, generalizou-se hoje outra expressão, a palavra “subordinação”, da maior importância, uma vez que permite dividir dois grandes campos de trabalho

humano: o trabalho subordinado e o trabalho autônomo. Empregado é um trabalhador subordinado. Se o trabalhador não é subordinado, será considerado trabalhador autônomo, não empregado. Situações híbridas, nas quais a atividade está situada numa fronteira entre a subordinação e a autonomia, levam a doutrina italiana a criar uma figura intermediária, a *parassubordinação* para casos, por exemplo, como os do vendedor ou representante comercial autônomo. A CLT é aplicável a empregados e não é aplicável a trabalhadores autônomos, como já vimos.

E — CONCEITO DE SUBORDINAÇÃO. As dificuldades começam diante de uma pergunta. Que é subordinação?

Não há definição legal de subordinação.

Assim, é preciso esclarecer a questão com base na doutrina.

Concebiamos subordinação como uma situação em que se encontra o trabalhador, decorrente da limitação contratual da autonomia da sua vontade, para o fim de transferir ao empregador o poder de direção sobre a atividade que desempenhará.

Subordinação e poder de direção são verso e reverso da mesma moeda. A subordinação é a situação em que fica o empregado. O poder de direção é a facilidade mantida pelo empregador, de determinar o modo de execução da prestação do trabalho para que possa satisfazer o seu interesse. Ambas se completam. O empregado é um subordinado porque ao se colocar nessa condição consentiu por contrato que o seu trabalho seja dirigido por outrem, o empregador. Este pode dar ordens de serviço. Pode dizer ao empregado como deverá trabalhar, o que deverá fazer, em que horário, em que local etc. É que o empresário, como tal, organiza a sua atividade. Logo, o empregado atua em uma organização do empresário. Nesse sentido, pode-se falar em *heteroorganização* na perspectiva do empregado, como seria possível dizer *auto-organização* sob o prisma do empregador, e em *trabalho para outro e sob ordens deste*, no caso do empregado, e em *trabalho dos outros para o seu empreendimento*, no caso do empregador.

Não será demais lembrar aqui um conceito que ajuda a compreensão desse problema. O contrato de trabalho é um contrato de atividade. Isso quer dizer que a atividade de alguém é dirigida por outro mediante salário. Em se tratando de trabalhador autônomo não há o poder de direção sobre a atividade do trabalhador. O autônomo não está subordinado às ordens de serviço de outro, uma vez que, sendo independente, trabalhará quando quiser, como quiser e segundo os critérios que determinar. Autodetermina-se no trabalho. O empregado, ao contrário, subordina-se no trabalho.

Divergem os autores quanto ao modo como a subordinação é concebida. Para alguns, a subordinação é de natureza *hierárquica*, sendo considerada uma situação em que se encontra o trabalhador por se achar inserido numa organização de trabalho de outro. Para outros, a subordinação é de natureza *econômica*, a dependência econômica criticada porque nem todo dependente econômico é empregado, como o filho em relação ao pai que o mantém. Para outros, a subordinação é *técnica*, significando que o empregado depende tecnicamente do empregador, tese que recebe a crítica daqueles que defendem que os tecnocratas não dependem do empregador, este é que na verdade depende daqueles. Para outros, a subordinação é *jurídica*, significando a situação contratual do trabalhador em decorrência da qual está sujeito a receber ordens, tese que vem recebendo maior aceitação.

A subordinação é nitida na base hierárquica da empresa. É fácil percebê-la nos operários de uma fábrica, trabalhando nas máquinas, sob a fiscalização de um chefe ou encarregado, marcando cartão de ponto para cumprir horário e ganhando salário. Quanto mais elevado é o nível do trabalhador, mais tênue é a subordinação. Assim, nos altos escalões administrativos da empresa, há diretores que têm subordinação leve, quase imperceptível, a ponto de conturdir alguns teóricos quando procuram responder qual a sua posição jurídica diante das leis trabalhistas. Há, também, nesse nível a subordinação, embora menos visível, mas existente, com as nuances próprias da situação em que esses trabalhadores, predominantemente intelectuais, encontram-se. O fato de, numa empresa, alguém se inserir na organização para cumprir diretrizes que não traça, mas que provêm de uma assembleia da sociedade, é indicativo mas não conclusivo. Serviços externos também podem ser subordinados. Um motorista de empresa de ônibus é empregado. Não é o local, portanto, um dado decisivo. Só a soma da quantidade de ordens é que revelará uma situação. Quanto maior o número e a irrefutabilidade jurídica das ordens de serviço, mais clara estará a subordinação. Quanto menor o número de ordens, mais obscura será. Pode ocorrer uma zona cinzenta de difícil diagnóstico.

Não param aí as dificuldades. Quando, em cada caso concreto, é preciso resolver as dúvidas, muitas vezes existentes, sobre se alguém é mesmo autônomo ou subordinado, inúmeros problemas surgem, à falta de elementos precisos. É recomendável, num processo judicial, seguir uma diretriz para se concluir se há ou não subordinação: a verificação da quantidade e intensidade de ordens permanentes de serviço a cujo cumprimento está sujeito o trabalhador, uma vez que, quanto mais numerosas, mais estará caracterizada a subordinação. Os casos mais comuns na Justiça do Trabalho referem-se a vendedores externos, muitos considerados, pelas empresas para as quais vendem, como autônomos. Porém, se estão sujeitos a ordens seguidas de serviço, não têm autonomia. São subordinados, portanto empregados.

Subordinação é conceito herdado do direito italiano. Porém, ele, está sendo revisto, dada a sua insuficiência para abranger todas as relações de trabalho que surgiram com o avanço da tecnologia e a modificação dos processos de produção. Da concepção binária autonomia-subordinação passou o direito italiano a uma concepção tricotômica subordinação-parassubordinação-autonomia (V. Giuseppe Santoro-Passarelli, *Diritto del lavoro*, 2004).

F — SALÁRIO. Empregado é um *trabalhador assalariado*, portanto, alguém que, pelo serviço que presta, recebe uma retribuição. Caso os serviços sejam executados gratuitamente pela sua própria natureza, não se configurará a relação de emprego. Há um exemplo sempre citado para elucidar esse ponto. Uma freira que gratuitamente presta serviços num hospital, levando lenitivo religioso aos pacientes, não será considerada empregada do hospital, porque a sua atividade é exercida sem salário, por força da sua natureza e fins. Alguns autores dão uma dimensão maior a esse requisito do salário, preferindo dizer que só haverá relação de emprego se o contrato for oneroso. Querem dizer com *onerosidade* a reciprocidade de deveres das partes. O dever do empregado é prestar os serviços. O dever do empregador é pagar os salários.

O trabalho voluntário prestado por pessoa física a entidade pública de qualquer natureza ou a instituições sem fins lucrativos não gera vínculo de emprego (Lei n. 9.608/

98), desde que tenha objetivos cívicos, culturais, educacionais, científicos, recreativos ou de assistência social.

G — PESSOALIDADE. Empregado é, finalmente, um trabalhador que presta pessoalmente os serviços. A *personalidade* é, desse modo, outro requisito da definição.

*Personalidade* significa: a) *intransferibilidade*, por iniciativa unilateral do prestador, dos serviços a serem pelo mesmo prestados, própria dos contratos *intuitu personae*, o que não é exclusivo da relação de emprego, porque é exigência também de alguns contratos de direito civil; b) *indissociabilidade* entre o trabalhador e o trabalho que presta, porque o *quid* trabalho, na medida em que, empenhando a própria pessoa, o que destaca a singularidade do contrato de trabalho, o empregado deve ter proteção legal, no desenvolvimento do contrato de trabalho, o empregado deve ter proteção legal, porque proteger o trabalho significa proteger, também, a pessoa que o presta.

O contrato de trabalho é ajustado em função de determinada pessoa. Nesse sentido, é que se diz que o contrato de trabalho é *intuitu personae*. O trabalho com o qual o empregador tem o direito de contar é o de determinada e específica pessoa e não de outra. Assim, não pode o empregado, por sua iniciativa, fazer-se substituir por outra pessoa, sem o consentimento do empregador. Eis o que quer dizer a *personalidade*. Não havendo *personalidade*, descaracteriza-se a relação de emprego. O Tribunal Regional do Trabalho de São Paulo já decidiu, em acórdão de que foi o relator o Juiz *Hélio de Miranda Guimarães* (Ac. 1.698/62), que, excepcionalmente, o princípio da *personalidade* pode sofrer restrições: "Ocasionalmente, a prestação pessoal de serviços pode ser deferida a outrem, que não o empregado. Desde que haja pactuação expressa, o empregado, com o consentimento do empregador, pode se fazer substituir na prestação pessoal do serviço contratado. No entanto, quando a substituição se torna regra, passando o pretense empregado a ser substituído de forma permanente, não há que se falar mais em nexu empregatício. Faltava a *personalidade* do exercício".

Há setores da atividade empresarial nos quais se criou uma praxe ilegal: o empregado tem de criar uma sociedade com uma pessoa e que recebe por "nota fiscal". A prática ocorre com altos empregados. Além de ilegal, é um expediente que a Justiça do Trabalho considera como fraude à lei. O problema existe porque a nossa legislação não faz diferença entre os níveis de atividade profissional na empresa. O que se deveria questionar é se os altos executivos e administradores têm necessidade da proteção da lei trabalhista ou se para esse segmento de profissionais basta o contrato com os direitos pactuados entre os interessados.

Um dos requisitos complementares não absolutos é a *exclusividade*. A exclusividade não é exigência legal. Pode perfeitamente estar caracterizada a relação de emprego mesmo sem exclusividade, uma vez que nada impede que alguém tenha mais de um emprego. A exclusividade pode ser mera exigência contratual. Se houver um contrato com cláusula expressa de exclusividade, o descumprimento dessa exigência poderá configurar justa causa para a dispensa do empregado, mas não prejudicará de modo algum a caracterização do vínculo de emprego. Outro requisito complementar e também não

necessário é o *animus contrahendi*. Trata-se do elemento subjetivo. É a intenção de ser empregado.

H — NOSSA DEFINIÇÃO. Concluindo, *empregado é a pessoa física que presta pessoalmente a outro serviços não eventuais, subordinados e assalariados*.

Os serviços prestados por pessoas jurídicas não se incluem no âmbito do direito do trabalho, mas do direito civil, configurando contratos de locação de serviços. A falta de personalidade descaracteriza a relação de emprego, por seu caráter personalíssimo. Se os serviços prestados pelo trabalhador são eventuais, este será não um empregado, mas um trabalhador eventual, sem os direitos previstos na CLT. Se os serviços exercidos não são subordinados, o trabalhador não será empregado; será trabalhador autônomo, não regido, igualmente, pela CLT.

## 2. DIFERENÇA ENTRE EMPREGADO E TRABALHADOR AUTÔNOMO

A — IMPORTÂNCIA DA DIFERENÇA. É da maior importância a diferença entre empregado e trabalhador autônomo, porque a CLT é aplicável a empregados, e não a trabalhador autônomo. O Código Civil, como vimos, denomina o trabalho autônomo de prestação de serviços.

Na teoria, não é difícil estabelecer o elemento fundamental que distingue o empregado do trabalhador autônomo: a *subordinação*. Empregado é trabalhador subordinado. Autônomo trabalha sem subordinação. Essa é a ideia básica. Portanto, o autônomo não está sob o poder de direção de alguém. Ao contrário, auto-organiza-se e assim exerce a sua atividade profissional.

B — ELEMENTOS DE DIFERENCIAÇÃO. O autônomo, no dizer do professor italiano *Giuseppe Santoro-Passarelli*, em seu livro "Diritto del Lavoro" (2004), é *un piccolo imprenditore*, portanto um verdadeiro pequeno empresário, porque organiza a sua atividade econômica exercida em proveito próprio. Há autônomos profissionais liberais, como o advogado e o consultor com o seu escritório, o médico e o dentista com o seu consultório, mas há, também, autônomos que trabalham de modo precário, como o pequeno ambulante que vende nas ruas da cidade.

A diferença entre trabalhador subordinado e trabalhador autônomo recebe várias outras contribuições. Para alguns, autônomo é quem trabalha por conta própria e subordinado é quem trabalha por conta alheia. Outros sustentam que a distinção será efetuada verificando-se quem suporta os riscos da atividade. Se os riscos são suportados pelo trabalhador, ele será autônomo; porém, se os riscos são suportados não pelo trabalhador, mas por aquele que se beneficia dos seus serviços, o trabalhador será subordinado. Há uma teoria que verifica a quem pertencem os instrumentos de trabalho. Se pertencem ao próprio trabalhador, ele será autônomo. Se o trabalhador trabalha com instrumento de outro, será empregado.

No Brasil, há disposições legais sobre o contrato de prestação de serviços — corresponde ao autônomo — no Código Civil (arts. 593 a 609), na Lei de Previdência Social

(Lei n. 8.213 de 1991) e na CLT (art. 511), pela primeira lei o contrato de trabalho do autônomo não se insere na legislação trabalhista e deve ser considerado uma atividade por conta própria sem vínculo de emprego, pela segunda o autônomo tem a proteção da seguridade social e é segurado obrigatório, pela terceira o autônomo tem o direito de criar sindicatos.

A Espanha aprovou o *Estatuto do Trabalhador Autônomo*.

E o fez pela Lei n. 20, de 2007, publicada no Boletim Oficial n. 166, de 12 de julho e com 29 artigos, que tem, como principais inovações, as seguintes: 1) O reconhecimento de mais de um tipo de trabalhador autônomo, o *autônomo dependente econômico* e o autônomo sem dependência econômica; 2) o autônomo dependente econômico é aquele que nessa qualidade presta serviços continuamente para uma ou mais fontes de trabalho mas que afere de uma delas pelo menos 75% do seu ganho total, caso em que será, por essa presunção jurídica, dependente econômico embora trabalhador não subordinado; 3) o autônomo não dependente econômico é aquele que exerce a sua profissão fora da esfera de um centro organizado de trabalho ou de uma fonte de trabalho; 4) os autônomos cuja atividade é habitualmente exercida perante um centro de trabalho podem com o mesmo pactuar um *Acordo de Interesses Profissionais* prevendo regras de rotinas e de direitos; transportado para a nossa realidade, o caso seria equivalente a um entendimento entre motoristas autônomos de um aeroporto e a direção do aeroporto caso em que, pela lei espanhola, poderia haver a estipulação de férias de até 18 dias; 5) a lei espanhola deslinda a representatividade de entidades sindicais para defesa dos direitos coletivos dos autônomos e as contribuições previdenciárias que o autônomo terá que recolher para a entidade de seguridade social; 6) aplicam-se, às relações de trabalho autônomo, além da lei, os usos e costumes locais e profissionais; os dispositivos da legislação civil e comercial e as cláusulas dos contratos individuais quando existentes; 7) todo autônomo, dependente econômico ou não, tem direito ao exercício dos direitos fundamentais e das liberdades públicas previstos pela Constituição espanhola, inclusive o direito de não ser discriminado.

## 3. DIFERENÇA ENTRE EMPREGADO E TRABALHADOR EVENTUAL

A — TEORIAS. A distinção entre empregado e trabalhador eventual é necessária porque a CLT é aplicável a empregados, não a trabalhadores eventuais.

Há mais de uma teoria que procura explicar a diferença entre empregado e trabalhador eventual: a do *evento*, a dos *fins da empresa*, a da *descontinuidade* e a da *fixação*.

B — TEORIA DO EVENTO. Primeiro, a *teoria do evento*, segundo a qual eventual é o trabalhador admitido numa empresa para determinado evento. Evento quer dizer acontecimento, obra, serviço específico. Nesse caso, o eventual vai cumprir na empresa algo que ficou estabelecido e que não terá longa duração. Terminada a sua missão, automaticamente estará desligado.

C — TEORIA DOS FINS. Segundo, a *teoria dos fins da empresa*, para a qual empregado é o trabalhador cuja atividade coincide com os fins normais da empresa e

eventual é o trabalhador que vai desenvolver numa empresa serviços não coincidentes com os seus fins normais.

D — TEORIA DA DESCONTINUIDADE. Terceiro, é a *teoria da descontinuidade*, segundo a qual eventual é o trabalhador ocasional, esporádico, que trabalha de vez em quando, ao contrário do empregado, que é um trabalhador permanente.

E — TEORIA DA FIXAÇÃO. Quarto, a que nos parece melhor, a *teoria da fixação jurídica na empresa*, segundo a qual eventual é o trabalhador que não se fixa a uma fonte de trabalho, enquanto empregado é o trabalhador que se fixa a uma fonte de trabalho. Eventual não é fixo. Empregado é fixo. A fixação é jurídica.

Há exemplos que podem, de algum modo, facilitar a compreensão do conceito de trabalhador eventual: o “bóia-fria”, volante rural, que cada dia vai trabalhar numa fazenda diferente, ganhando por dia, sem se fixar em nenhuma delas; o “chapa”, que faz carga e descarga de mercadorias de caminhões, recebendo cada dia de um motorista diferente ou de uma empresa diferente dentre as muitas para as quais, sem fixação, faz esse serviço e a diarista que vai de vez em quando fazer a limpeza da residência da família.

Um trabalhador eventual pode transformar-se automaticamente em não eventual, portanto, em empregado. Basta que, em vez de trabalhar de vez em quando, passe a fazê-lo seguidamente para a mesma fonte de trabalho, caso em que surgirá um ajuste, até mesmo tácito, ou uma relação de emprego.

*Trabalho intermitente não é o mesmo que trabalho eventual*, e difere daquele prestado pelo empregado num ponto, a continuidade para a mesma fonte, porém com espaçamentos, e do exercido pelo eventual num aspecto, a ocasionalidade da fonte para a qual o serviço eventual é prestado. Trabalho intermitente é modalidade do eventual, do mesmo distinguindo-se pelo seu caráter cíclico continuado, mas com intervalos entre o fim de um e o início de outro trabalho para a mesma fonte. Pode-se dizer que o eventual, como está no nome, é o trabalho para um *evento* de curta duração, enquanto o trabalho intermitente é o retorno constante, mas não seguidamente como acontece com o empregado, e sim em intervalos significativos. Não será demais exemplificar, para facilitar a compreensão dos conceitos, com o serviço doméstico. A diarista que vai uma vez por semana e em toda semana na mesma residência é intermitente, mas a *babá* que vai acompanhar a família numa semana de férias para tomar conta da criança e depois é liberada, terminando o seu compromisso com esse tomador de serviço, é eventual.

Pode, no entanto, o trabalho eventual transformar-se automaticamente em intermitente, desde que o prestador passe a trabalhar, embora em espaçamentos, para a mesma fonte, como nada impede que o intermitente preste serviços para mais de uma fonte. O caso concreto, de acordo com as características que se apresentem, oferecerá retornar a trabalhar para o mesmo tomador, e o intermitente, se tem um compromisso de retorno constante embora com intervalos consideráveis no tempo.

O regime jurídico do trabalho intermitente no ordenamento brasileiro carece de uma regulamentação.