

RELAÇÃO DE EMPREGO — CARACTERIZAÇÃO

I. INTRODUÇÃO

A relação jurídica, englobando os sujeitos, o objeto e o negócio jurídico vinculante das partes, é, como visto, a categoria básica do fenômeno do Direito. Efetivamente, ela se qualifica como o vértice em torno do qual se constroem todos os princípios, institutos e regras que caracterizam o universo jurídico.

Ao lado desse caráter geral magnetizador, a relação jurídica ocupa posição de destaque em cada um dos ramos jurídicos especializados. Na verdade, a especialização desses ramos surge exatamente à medida que lhes desponta uma relação jurídica específica, hábil a deflagrar a necessidade de formulação e desenvolvimento de princípios, regras e institutos jurídicos que sejam compatíveis e referenciados a essa relação surgida. A particularidade das relações jurídicas próprias ao Direito Tributário, Direito Empresarial, Direito Penal, Direito Civil (e a particularidade das relações jurídicas nucleares de cada um dos segmentos deste último ramo jurídico: Direito das Coisas, Direito Obrigacional, Direito de Família, etc.) é que irá justificar a construção de características teóricas e normativas tão distintivas para cada um dos clássicos ramos que compõem o universo jurídico hoje.

No ramo jurídico trabalhista, esse núcleo básico centra-se na relação de trabalho, mais propriamente na *relação de emprego*.

Relação de Trabalho versus Relação de Emprego — A Ciência do Direito enxerga clara distinção entre relação de trabalho e relação de emprego.

A primeira expressão tem caráter genérico: refere-se a todas as relações jurídicas caracterizadas por terem sua prestação essencial centrada em uma obrigação de fazer consubstanciada em *labor humano*. Refere-se, pois, a toda modalidade de contratação de trabalho humano modernamente admissível. A expressão relação de trabalho englobaria, desse modo, a relação de emprego, a relação de trabalho autônomo, a relação de trabalho eventual, de trabalho avulso e outras modalidades de pactuação de prestação de labor (como trabalho de estágio, etc.). Traduz, portanto, o gênero a que se acomodam todas as formas de pactuação de prestação de trabalho existentes no mundo jurídico atual.

Evidentemente que a palavra trabalho, embora ampla, tem uma inquestionável delimitação: refere-se a dispêndio de energia pelo *ser humano*,

objetivando resultado útil (e não dispêndio de energia por seres irracionais ou pessoa jurídica). Trabalho é atividade inerente à pessoa humana, compondo o conteúdo físico e psíquico dos integrantes da humanidade. É, em síntese, *o conjunto de atividades, produtivas ou criativas, que o homem exerce para atingir determinado fim.*⁽¹⁾

A relação de emprego, do ponto de vista técnico-jurídico, é apenas uma das modalidades específicas de relação de trabalho juridicamente configuradas. Corresponde a um tipo legal próprio e específico, inconfundível com as demais modalidades de relação de trabalho ora vigorantes.

Não obstante esse caráter de mera espécie do gênero a que se filia, a relação de emprego tem a particularidade de também se constituir, do ponto de vista econômico-social, na modalidade mais relevante de pactuação de prestação de trabalho existente nos últimos duzentos anos, desde a instauração do sistema econômico contemporâneo, o capitalismo. Essa relevância socioeconômica e a singularidade de sua dinâmica jurídica conduziram a que se estruturasse em torno da relação de emprego um dos segmentos mais significativos do universo jurídico atual — o Direito do Trabalho.

Passados duzentos anos do início de sua dominância no contexto socioeconômico do mundo ocidental, pode-se afirmar que a relação empregatícia tornou-se a mais importante relação de trabalho existente no período, quer sob a perspectiva econômico-social, quer sob a perspectiva jurídica. No primeiro plano, por se generalizar ao conjunto do mercado de trabalho, demarcando uma tendência expansionista voltada a submeter às suas regras a vasta maioria de fórmulas de utilização da força de trabalho na economia contemporânea. No segundo plano, por ter dado origem a um universo orgânico e sistematizado de regras, princípios e institutos jurídicos próprios e específicos, também com larga tendência de expansionismo — o Direito do Trabalho.

Em face da relevância, projeção e tendência expansionista da relação empregatícia, reduzindo espaço às demais relações de trabalho ou assimilando às suas normas situações fáticas originariamente não formuladas como tal, firmou-se, na tradição jurídica, a tendência de designar-se a espécie mais importante (*relação de emprego*) pela denominação cabível ao gênero (*relação de trabalho*). Nessa linha, utiliza-se a expressão *relação de trabalho* (e, conseqüentemente, *contrato de trabalho* ou mesmo *Direito do Trabalho*) para se indicarem típicas relações, institutos ou normas concernentes à relação de emprego, no sentido específico.

Essa tendência, embora possa ser criticada sob o enfoque estritamente técnico-jurídico, já está hoje absolutamente consolidada. A consolidação de

(1) Conceito de Instituto Antônio Houaiss, *Dicionário Houaiss de Língua Portuguesa*, Rio de Janeiro: Objetiva, 2001, p. 2743.

tal tendência — que se originou, é verdade, da incontestável hegemonia fático-jurídica da relação empregatícia no universo de todas as relações de trabalho — torna meramente acadêmica e formalista a insistência em se recusar validade teórica às expressões tradicionais (relação de trabalho e contrato de trabalho) para designar a relação e instituto de caráter específico (relação de emprego e contrato de emprego). Desse modo, deve o leitor atentar para o fato de que, muitas vezes, está-se utilizando a expressão *relação de trabalho* (ou *contrato de trabalho*) com o objetivo estrito de se referir às figuras técnico-jurídicas da relação empregatícia ou contrato empregatício.

II. CARACTERIZAÇÃO DA RELAÇÃO DE EMPREGO

A prestação de trabalho por uma pessoa física a outrem pode se concretizar segundo fórmulas relativamente diversas entre si. Mesmo no mundo econômico ocidental dos últimos duzentos anos, essa prestação não se circunscreve à exclusiva fórmula da relação empregatícia.

Assim, a prestação de trabalho pode emergir como uma obrigação de fazer pessoal, mas sem subordinação (trabalho autônomo em geral); como uma obrigação de fazer sem pessoalidade nem subordinação (também trabalho autônomo); como uma obrigação de fazer pessoal e subordinada, mas episódica e esporádica (trabalho eventual). Em todos esses casos, não se configura uma relação de emprego (ou, se se quiser, um contrato de emprego). Todos esses casos, portanto, consubstanciam relações jurídicas que não se encontram, em princípio, sob a égide da legislação trabalhista (CLT e leis esparsas) e, até o advento da EC n. 45/2004 (novo art. 114, CF/88), nem se encontravam, regra geral, sob o manto jurisdicional da Justiça do Trabalho.

A caracterização da relação empregatícia é, portanto, procedimento essencial ao Direito do Trabalho, à medida que propiciará o encontro da relação jurídica básica que deu origem e assegura desenvolvimento aos princípios, regras e institutos justrabalhistas e que é regulada por esse ramo jurídico especial. É procedimento com reflexos no próprio Direito Processual do Trabalho, uma vez que este abrange, essencialmente, as lides principais e conexas em torno da relação de emprego (a ampliação da competência da Justiça do Trabalho pela EC n. 45/2004 — art. 114, I a IX, CF/88 — não retirou a hegemonia das lides empregatícias no âmbito da Justiça Especializada).

1. *Distinções na História do Direito*

A Ciência do Direito já fixou, com clareza, o posicionamento histórico do Direito do Trabalho no contexto da emergência e desenvolvimento da socie-

dade industrial contemporânea, por ser apenas nesse instante histórico que surge, com relevância sociojurídica, a categoria básica desse ramo jurídico especializado — a relação empregatícia. Não há como, portanto, encontrar-se em períodos medievais ou antigos, com caráter de relevância, vínculo jurídico que possa ser identificado com a relação de emprego⁽²⁾.

O trabalho empregatício (enquanto trabalho livre mas subordinado) constitui, hoje, a relação jurídica mais importante e frequente entre todas as relações de trabalho que se têm formado na sociedade capitalista. Essa generalidade socioeconômica do trabalho empregatício é, entretanto, como visto, um fenômeno sumamente recente: nos períodos anteriores ao século XIX predominava o trabalho não livre, sob a forma servil ou, anteriormente, escrava. Naquele antigo e/ou medieval quadro de domínio da utilização escrava ou servil do trabalho humano, restava um exíguo espaço socioeconômico para a contratação de prestação de trabalho livre; em tal contexto, as normas e conceitos jurídicos referentes a tais infrequentes modalidades de utilização do trabalho livre eram, também, compativelmente escassas.

O Direito Romano fornece apenas duas modalidades de contratação de trabalho livre, nenhuma delas assimilável, tecnicamente, à relação de emprego: a *locatio operis* e a *locatio operarum*.

A *locatio operis* caracterizava-se pela contratação de um trabalho especificado segundo o seu resultado — a obra. Garantida a autonomia do prestador de trabalho, semelhante contrato transferia também ao prestador os riscos inerentes à efetuação de seu trabalho — e da obra prometida. A figura, como se percebe, aproxima-se da contemporânea figura civilista da *empreitada*.

Na *locatio operarum* importava não a contratação da obra (do resultado), mas os serviços pactuados, o trabalho prestado — preservada a autonomia do prestador contratado. Nessa modalidade de contrato, o risco do resultado transferia-se ao contratante do serviço e não a seu prestador. A figura aproxima-se, desse modo, relativamente, da contemporânea *locação de serviços*.

A presente referência histórico-jurídica conduz a algumas reflexões. De um lado, não se percebe, nesse quadro contextual, a ocorrência da realidade fática do trabalho livre, subordinado, contínuo e, desse modo, da relação de emprego ou contrato de emprego. Inexistente o fato da relação empregatícia, não se formulou, obviamente, a resposta conceitual e normativa correlata (a figura jurídica da relação de emprego).

(2) A respeito da origem e posicionamento histórico da relação de emprego e do próprio Direito do Trabalho, consultar o Capítulo III deste Curso.

De outro lado, a cultura escravista acerca do trabalho e do trabalhador negava valorização ética e jurídica à então mais frequente modalidade de manifestação do fenômeno (a escravatura). Isto, somado à assimilação da mais frequente figura de trabalhador (o escravo) à noção de *bem, coisa*, tudo induzirá à aproximação, na época, da relação jurídica de prestação de trabalho livre à figura singela da locação (*locatio*). Assim, à semelhança da locação de coisas, havia a locação de trabalho.

A notícia histórica examinada apenas confirma o nítido posicionamento sócio-histórico contemporâneo da relação empregatícia. Somente a partir do processo de surgimento do trabalho juridicamente livre, em finais da Idade Média, como um dado intenso, relevante e crescente; somente, tempos depois, com a dinâmica de construção da sociedade industrial urbana — que reconectou aquele trabalhador ao sistema produtivo, por meio de uma nova modalidade de relação jurídica, que iria se tornar dominante (a relação de emprego) — em síntese, somente a partir desse quadro contextual complexo é que se firmaram as condições para a consumação da nova relação jurídica empregatícia. Por essas razões é que a pesquisa sobre a caracterização da relação de emprego é essencialmente uma pesquisa em torno da modernidade, uma investigação sobre elementos e dinâmicas muito próprios à contemporânea sociedade capitalista originada no Ocidente.

2. Critérios de Caracterização da Relação Empregatícia

A proposição de método oriunda das Ciências Sociais, informadora de que “todo fenômeno sócio-histórico resulta da síntese de múltiplas determinações”⁽³⁾, socorre, uma vez mais, o estudioso do Direito na pesquisa acerca da formação e caracterização da figura jurídica da relação de emprego.

De fato, a relação empregatícia, enquanto fenômeno sociojurídico, resulta da síntese de um diversificado conjunto de fatores (ou elementos) reunidos em um dado contexto social ou interpessoal. Desse modo, o fenômeno sociojurídico da relação de emprego deriva da conjugação de certos elementos inarredáveis (*elementos fático-jurídicos*), sem os quais não se configura a mencionada relação.

Os elementos fático-jurídicos componentes da relação de emprego são cinco: a) prestação de trabalho por *pessoa física* a um tomador qualquer; b) prestação efetuada com *personalidade* pelo trabalhador; c) também efetuada com *não eventualidade*; d) efetuada ainda sob *subordinação* ao tomador dos serviços; e) prestação de trabalho efetuada com *onerosidade*.

(3) A proposição, como se sabe, é de Karl Marx, embora no século XX tenha também permeado construções teóricas de outra direção, como o *funcionalismo* norte-americano. Ou seja, é proposição de método consagrada por distintas vertentes das Ciências Sociais.

A CLT aponta esses elementos em dois preceitos combinados. No *caput* de seu art. 3º: “Considera-se empregado toda *pessoa física* que prestar *serviço de natureza não eventual* a empregador, *sob a dependência deste e mediante salário*”. Por fim, no *caput* do art. 2º da mesma Consolidação: “Considera-se empregador a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a *prestação pessoal de serviços*”.

Tais elementos são, portanto: trabalho *não eventual*, prestado “*intuitu personae*” (*personalidade*) por *pessoa física*, em situação de *subordinação*, com *onerosidade*.

Esses elementos ocorrem no mundo dos fatos, existindo independentemente do Direito (devendo, por isso, ser tidos como elementos fáticos). Em face de sua relevância sociojurídica, são eles, porém, captados pelo Direito, que lhes confere efeitos compatíveis (por isso devendo, em consequência, ser chamados de elementos *fático-jurídicos*).

Não são, portanto, criação jurídica, mas simples reconhecimento pelo Direito de realidades fáticas relevantes. Também denominados pela mais arguta doutrina jurídica de *pressupostos*⁽⁴⁾, esses elementos fático-jurídicos alojam-se “...na raiz do fenômeno a ser demonstrado”⁽⁵⁾, antecedendo o fenômeno e dele independentemente, embora venham a ser indispensáveis à composição desse mesmo fenômeno⁽⁶⁾. Conjugados esses elementos fático-jurídicos (ou pressupostos) em uma determinada relação socioeconômica, surge a relação de emprego, juridicamente caracterizada.

Cada um desses elementos fático-jurídicos, após apreendidos pelo Direito, vêm formar um tipo legal específico e delimitado. Busca a Ciência do Direito precisar a composição e caracterização de cada um de tais elementos, de modo a tornar mais objetiva e universal sua compreensão pelos operadores jurídicos. É o que será feito a seguir.

A) Trabalho por Pessoa Física — A prestação de serviços que o Direito do Trabalho toma em consideração é aquela pactuada por uma pessoa física (ou natural). Os bens jurídicos (e mesmo éticos) tutelados pelo Direito do Trabalho (vida, saúde, integridade física e psíquica, segurança, igualdade em sentido substancial, bem estar, lazer, etc.) importam à pessoa física, não podendo, em grande parte, ser usufruídos por pessoas jurídicas. Assim, a figura do trabalhador há de ser, sempre, uma pessoa natural.

(4) Trata-se da clássica conceituação construída pelo Professor Paulo Emílio Ribeiro de Vilhena, na obra *Relação de emprego: estrutura legal e supostos*. São Paulo: Saraiva, 1975, p. 163.

(5) RIBEIRO DE VILHENA, Paulo Emílio. *Relação de emprego: estrutura legal e supostos*. São Paulo: Saraiva, 1975, p. 163.

(6) RIBEIRO DE VILHENA, P. E., ob. cit., p. 163.

Na verdade, a própria palavra *trabalho* já denota, necessariamente, atividade realizada por pessoa natural, ao passo que o verbete *serviços* abrange obrigação de fazer realizada quer por pessoa física, quer pela jurídica.

Por essa razão, a pactuação — e efetiva concretização — de prestação de serviços por pessoa jurídica, sem fixação específica de uma pessoa física realizadora de tais serviços, afasta a relação jurídica que se estabelece no âmbito justralhista. Pela mesma razão, apenas o empregador é que, indistintamente, pode ser pessoa física ou jurídica — jamais o empregado.

Obviamente que a realidade concreta pode evidenciar a utilização simulatória da roupagem da pessoa jurídica para encobrir prestação efetiva de serviços por uma específica pessoa física (art. 9º, CLT), celebrando-se uma relação jurídica sem a indeterminação de caráter individual que tende a caracterizar a atuação de qualquer pessoa jurídica. Demonstrado, pelo exame concreto da situação examinada, que o serviço diz respeito apenas e tão somente a uma pessoa física, surge o primeiro elemento fático-jurídico da relação empregatícia.

B) Pessoalidade — Trata-se de elemento obviamente vinculado ao anterior, mas que perante ele guarda importante distinção. O fato de ser o trabalho prestado por pessoa física não significa, necessariamente, ser ele prestado com pessoalidade. Esse segundo elemento fático-jurídico tem, assim, que ser também aferido na relação jurídica concreta formulada entre as partes.

É essencial à configuração da relação de emprego que a prestação do trabalho, pela pessoa natural, tenha efetivo caráter de *infungibilidade*, no que tange ao trabalhador. A relação jurídica pactuada — ou efetivamente cumprida — deve ser, desse modo, *intuitu personae* com respeito ao prestador de serviços, que não poderá, assim, fazer-se substituir intermitentemente por outro trabalhador ao longo da concretização dos serviços pactuados. Verificando-se a prática de substituição intermitente — circunstância que torna impessoal e fungível a figura específica do trabalhador enfocado —, descaracteriza-se a relação de emprego, por ausência de seu segundo elemento fático-jurídico.

Há, contudo, situações ensejadoras de substituição do trabalhador sem que se veja suprimida a pessoalidade inerente à relação empregatícia. Em primeiro lugar, citem-se as situações de substituição propiciadas pelo consentimento do tomador de serviços: uma *eventual* substituição consentida (seja mais longa, seja mais curta no tempo), por exemplo, não afasta, necessariamente, a pessoalidade com relação ao trabalhador original. É óbvio, contudo, que uma intermitente e constante substituição consentida pode ser parte relevante de um contrato de prestação de serviços de caráter autônomo e *sem pessoalidade* (como ocorre com o representante comercial que credencia prepostos seus) — o que colocaria a relação jurídica examinada distante da figura legal típica da relação empregatícia.

Em segundo lugar, citem-se as substituições normativamente autorizadas (por lei ou norma autônoma). Ilustrativamente, férias, licença-gestante, afastamento para cumprimento de mandato sindical, etc. Nesses casos, o contrato do trabalhador afastado (e substituído, se o empregador decidir colocar em seu posto um substituto) apenas se suspende ou se interrompe, sem qualquer descaracterização da pessoalidade inerente à relação de emprego.⁽⁷⁾

A ocorrência da substituição tende a configurar, com respeito ao trabalhador substituto, uma situação jurídica nova. Tratando-se o substituto de empregado da mesma empresa, e não sendo a substituição meramente eventual, deverá ser beneficiado, temporariamente, pelas vantagens inerentes ao cargo ocupado (art. 450, CLT; Súmula 159, I, TST). Tratando-se de obreiro recrutado externamente, poderá ser contratado até mesmo — conforme o tipo e duração da substituição — por contrato a prazo (art. 443, CLT), ou, se configurados os permissivos da Lei n. 6.019/74, por contrato de trabalho temporário (assegurado o patamar remuneratório inerente ao cargo ocupado)⁽⁸⁾.

O elemento fático-jurídico da pessoalidade produz efeitos não somente no instante da configuração do vínculo empregatício, como também no momento de sua própria extinção. É que sendo personalíssima a obrigação de prestar os serviços, ela não se transmite a herdeiros e sucessores. A morte do empregado, portanto, dissolve, automaticamente, o contrato entre as partes. Pelas mesmas razões, tornando-se inviável a prestação pessoal do trabalho, no curso do contrato, por certo período (ainda que sem substituição do empregado), incidem as normas de suspensão ou interrupção do pacto empregatício, conforme a hipótese ensejadora do afastamento.

Enfatize-se, por fim, que a pessoalidade é elemento que incide apenas sobre a figura do empregado. No tocante ao empregador, ao contrário, prevalece aspecto oposto, já que vigorante no Direito do Trabalho a *diretriz da despersonalização da figura do empregador*. Em consequência, pode ocorrer, na relação empregatícia, a constante alteração subjetiva do contrato — desde que no polo empresarial —, mantendo-se em vigor as regras contratuais anteriores com relação ao mesmo empregado. É o que se prevê, a propósito, nos arts. 10, 448 e 448-A da CLT, que tratam da chamada sucessão trabalhista.

C) Não Eventualidade — A ideia de *permanência* atua no Direito do Trabalho em duas dimensões principais: de um lado, na duração do contrato empregatício, que tende a ser incentivada ao máximo pelas normas justrabalhistas. Rege esse ramo jurídico, nesse aspecto, o princípio da

(7) A interrupção e a suspensão do contrato de trabalho serão estudadas no Capítulo XXVII deste Curso.

(8) Os contratos a prazo serão estudados no Capítulo XVII (“Tipos de Contratos a Termo”) deste Curso. Já o contrato de trabalho temporário (Lei n. 6.019, de 1974) será examinado no Capítulo XIII deste Curso, concernente à terceirização trabalhista.

continuidade da relação de emprego, pelo qual se incentiva, normativamente, a permanência indefinida do vínculo de emprego, emergindo como exceções as hipóteses de pactuações temporalmente delimitadas de contratos de trabalho.

De outro lado, a ideia de permanência vigora no Direito do Trabalho no próprio instante da configuração do tipo legal da relação empregatícia. Por meio do elemento fático-jurídico da *não eventualidade*, o ramo trabalhista esclarece que a noção de permanência também é relevante à formação socio-jurídica da categoria básica que responde por sua origem e desenvolvimento (a relação de emprego).

Nesse sentido, para que haja relação empregatícia é *necessário que o trabalho prestado tenha caráter de permanência (ainda que por um curto período determinado), não se qualificando como trabalho esporádico*. A continuidade da prestação (antítese à eventualidade) é, inclusive, expressão acolhida, há mais de 40 anos, pela legislação regente do trabalho doméstico, seja a antiga Lei n. 5.859/1972 (que se refere àquele “que presta serviços de natureza contínua” — art. 1º, *caput*), seja a nova Lei Complementar n. 150/2015 (que se reporta àquele “que presta serviços de forma contínua” — *caput* do art. 1º).

A legislação trabalhista clássica não incide sobre o trabalhador eventual — embora não haja dúvida de que ele também possa ser um trabalhador subordinado. Por ser um “subordinado de curta duração” (*Amauri Mascaro Nascimento*), esporádica e intermitentemente vinculado a distintos tomadores de serviço, falta ao trabalhador eventual um dos cinco elementos fático-jurídicos da relação empregatícia — exatamente o elemento que enfatiza a ideia de permanência —, o que impede sua qualificação como *empregado*.

O conceito de não eventualidade é, porém, um dos mais controvertidos do Direito do Trabalho. A dissensão apresenta-se na doutrina, na jurisprudência e nos próprios textos legais. Nesse último plano, há que se destacar a circunstância de a CLT eleger a expressão “serviços de natureza *não eventual*” (art. 3º, *caput*; grifos acrescidos) para traduzir o referido elemento fático-jurídico em enfoque; em contraponto a isso, a legislação reguladora do trabalho doméstico prefere se valer de expressão distinta, a saber, “serviços de natureza *contínua*” (art. 1º, *caput*, Lei n. 5.859/72; grifos acrescidos) ou “serviços de forma *contínua*” (art. 1º, *caput*, LC n. 150/15; grifos acrescidos).

A doutrina, por sua vez, construiu distintas teorizações com o fim de precisar com maior clareza o exato sentido do elemento fático-jurídico da não eventualidade. Essa riqueza de formulações não impede, entretanto, o relativo impasse produzido pela escolha isolada de qualquer dessas teorizações elaboradas: é que cada uma das teorias sobre a noção de eventualidade pode produzir resultados concretos distintos em face de situações empíricas examinadas pelo operador jurídico. A conduta mais sensata, nesse contexto,

é valer-se o operador jurídico de uma aferição convergente e combinada das distintas teorias em cotejo com o caso concreto estudado, definindo-se a ocorrência ou não da eventualidade pela conjugação predominante de enfoques propiciados pelas distintas teorias.

a) *Eventualidade versus Não Eventualidade: teorias* — As principais teorias informadoras da noção de eventualidade (e, conseqüentemente, da noção de não eventualidade) são: teoria da descontinuidade, teoria do evento, teoria dos fins do empreendimento e teoria da fixação jurídica. Adiante-se que, em conformidade com a doutrina e jurisprudência dominantes, a primeira de tais teorias (descontinuidade) seria incompatível com a CLT, mas harmônica à legislação reguladora do trabalho doméstico, ao passo que as três subsequentes teorias seriam ajustadas ao espírito do texto celetista.

A *teoria da descontinuidade* informa que eventual seria o trabalho descontínuo e interrupto com relação ao tomador focado — portanto, um trabalho que se fracione no tempo, perdendo o caráter de fluidez temporal sistemática. Para essa formulação teórica, o trabalho eventual tem caráter fragmentado, verificando-se sua ocorrência de modo disperso no tempo, *com rupturas e espaçamentos temporais significativos com respeito ao tomador de serviços examinado*.

Tem-se compreendido que a teoria da descontinuidade foi enfaticamente *rejeitada* pela CLT — sendo esta, a propósito, uma das poucas afirmações claras que se tem no tocante ao elemento não eventualidade. Ao preferir se valer da expressão negativa *serviços de natureza não eventual* para se referir ao elemento fático-jurídico em exame (em vez de se valer da expressão positiva *serviços de natureza contínua*) — cometendo, pois, aparente incorreção técnica —, a CLT teria querido, na verdade, firmar sua rejeição à teoria da continuidade/descontinuidade na caracterização do referido pressuposto da relação de emprego.

Desse modo, à luz da Consolidação, 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 se configurar como trabalhador eventual, em face da não absorção, pela CLT, da teoria da descontinuidade⁽⁹⁾.

O mesmo raciocínio pela rejeição celetista da teoria da descontinuidade não poderia deixar de chegar à conclusão inversa no que tange à legislação que regula o trabalho doméstico. Tal legislação claramente evitou

(9) É óbvio que, nesse exemplo figurado, a relação empregatícia somente existiria caso presentes todos os demais elementos fático-jurídicos exigidos pela mesma CLT. Mesmo com respeito ao elemento da não eventualidade, caberia se examinar se a situação enfocada enquadra-se também nas exigências das outras teorias concernentes à noção de não eventualidade.

a expressão celetista consagrada *serviços de natureza não eventual*; ela preferiu se referir a *serviços de natureza contínua* ou *serviços de forma contínua* no momento em que precisou tratar do pressuposto da não eventualidade (art. 1º, *caput*, Lei n. 5.859/72; art. 1º, *caput*, Lei Complementar n. 150/2015). Nesse caso, a diferença de expressões (continuidade *versus* não eventualidade) resultou da intenção legal de não enquadrar na figura técnico-jurídica de empregado doméstico o trabalhador eventual doméstico, conhecido como *diarista* (trata-se, é claro, do real diarista, trabalhador descontínuo doméstico, que comparece um ou dois dias por semana à residência do respectivo tomador de serviços⁽¹⁰⁾).

Informa, por sua vez, a *teoria do evento*, que se considera como eventual o trabalhador admitido na empresa em virtude de um determinado e específico fato, acontecimento ou evento, ensejador de certa obra ou serviço. Seu trabalho para o tomador terá a duração do evento esporádico ocorrido.

Esclarece a teoria que não poderá, contudo, ser considerado como eventual um acontecimento (ou serviço) que resulte em dilação temporal mais ampla. *Mozart Victor Russomano* expõe que a ideia de eventualidade corresponde a seu exato “conceito gramatical”. Nessa linha, é trabalho eventual “aquele que depende de acontecimento incerto, casual, fortuito. (...) Os fatos é que revelarão, portanto, se a tarefa do trabalhador na empresa é eventual ou permanente”⁽¹¹⁾.

A teoria dos fins do *empreendimento* (ou *fins da empresa*) é talvez a formulação teórica mais prestigiada entre as quatro aqui enfocadas. Informa tal teorização que eventual será o trabalhador chamado a realizar tarefa não inserida nos fins normais da empresa — tarefas que, por essa mesma razão, serão esporádicas e de estreita duração. *Délio Maranhão* adere a tal teoria, sustentando que:

“Circunstâncias transitórias, porém, exigirão algumas vezes admita-se o trabalho de alguém que se destina a atender a uma necessidade, que se apresenta com caráter de exceção dentro do quadro das necessidades normais do empreendimento. Os serviços prestados serão de natureza eventual e aquele que os prestar — trabalhador eventual — não será empregado”⁽¹²⁾.

Completa o autor que a “...*afereção da natureza eventual dos serviços prestados há de ser feita tendo em vista os fins normais da empresa*”⁽¹³⁾.

(10) O presente debate será retomado, neste Curso, em seu Capítulo XI (“O Empregado”), item IV (“Empregado Doméstico”).

(11) RUSSOMANO, Mozart Victor. *Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho*. V. I, 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1990, p. 12.

(12) MARANHÃO, Délio. *Direito do trabalho*. 14. ed. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1987. p. 49-50.

(13) MARANHÃO, Délio, ob. cit., p. 50 (grifos no original).

Há, finalmente, a *teoria da fixação jurídica ao tomador dos serviços*. Informa essa construção teórica ser eventual o trabalhador “*que não se fixa a uma fonte de trabalho, enquanto empregado é o trabalhador que se fixa numa fonte de trabalho. Eventual não é fixo. Empregado é fixo. A fixação é jurídica*”⁽¹⁴⁾.

Amauri Mascaro Nascimento conceitua a figura jurídica:

“*Eventual é o trabalho que, embora exercitado continuamente e em caráter profissional, o é para destinatários que variam no tempo, de tal modo que se torna impossível a fixação jurídica do trabalhador em relação a qualquer um deles*”⁽¹⁵⁾.

b) Trabalho Eventual: caracterização — A partir das teorias acima e da proposição metodológica informadora de que não se deve perquirir pela figura do trabalhador eventual tomando-se um exclusivo critério entre os apresentados, mas combinando-se os elementos deles resultantes, pode-se formular a seguinte caracterização do trabalho de natureza eventual:

a) descontinuidade da prestação do trabalho, entendida como a não permanência em uma organização com ânimo definitivo;

b) não fixação jurídica a uma única fonte de trabalho, com pluralidade variável de tomadores de serviços;

c) curta duração do trabalho prestado;

d) natureza do trabalho tende a ser concernente a evento certo, determinado e episódico no tocante à regular dinâmica do empreendimento tomador dos serviços;

e) em consequência, a natureza do trabalho prestado tenderá a não corresponder, também, ao padrão dos fins normais do empreendimento.

A eventualidade, para fins *celetistas*, não traduz intermitência; só o traduz para a *teoria da descontinuidade* — rejeitada, porém, pela CLT, relativamente à caracterização da relação empregatícia. Desse modo, se a prestação é descontínua, mas permanente, deixa de haver eventualidade. É que a jornada contratual pode ser inferior à jornada legal, inclusive no que concerne aos dias laborados na semana.

Nesse quadro, fica bem claro que o novo tipo de contrato instituído pela Lei da Reforma Trabalhista (n. 13.467/2017), denominado *contrato de trabalho intermitente* (art. 443, *caput*, em sua nova redação, e seu novo § 3º; novo art. 452-A, *caput* e §§ 1º até 9º, todos da CLT), trata, sem dúvida, de trabalho *não eventual*.⁽¹⁶⁾

(14) NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Iniciação ao Direito do Trabalho*. 14. ed. São Paulo: LTr, 1989, p. 105.

(15) NASCIMENTO, A. M. *Curso de direito do trabalho*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 300.

(16) O contrato de trabalho intermitente, introduzido pela Lei n. 13.467/2017 na CLT, será examinado, neste Curso, em seu Capítulo XVI, item VI (“O Contrato de Trabalho Intermitente”).

Por outro lado, difícil será se configurar a eventualidade do trabalho pactuado se a atuação do trabalhador contratado inserir-se na dinâmica normal da empresa — ainda que excepcionalmente ampliada essa dinâmica. Em tais casos, a hipótese normativa incidente tenderá a ser aquela própria aos contratos a termo (art. 443, CLT), ou até mesmo ao trabalho temporário (Lei n. 6.019/74), mas não, em princípio, o tipo legal do trabalhador eventual.⁽¹⁷⁾

A figura do *eventual*, por outro lado, não se confunde com a do trabalhador *sazonal* ou *adventício*.

É verdade que este realiza seu trabalho de modo descontínuo, apenas em determinadas épocas do ano (safras, plantio, período de veraneio, etc.). Contudo, a descontinuidade da prestação de serviços não é fator decisivo à sua caracterização como trabalhador eventual, à luz da opção teórica adotada pelo art. 3º, CLT. Além disso, sua atividade não é de duração tão curta (dias, por exemplo), prolongando-se, ao contrário, por semanas ou até mesmo alguns meses, em função da safra ou período de veraneio. Finalmente, seu trabalho diz respeito a atividade organicamente integrada à dinâmica do empreendimento do tomador de serviços. Em consequência, desde que reunidos os demais elementos fático-jurídicos da relação empregatícia, esses trabalhadores emergirão como típicos empregados (o “safrista”, inclusive, é objeto de legislação própria: art. 14, Lei n. 5.889/73)⁽¹⁸⁾.

D) Onerosidade — A relação empregatícia é uma relação de essencial fundo econômico. Por intermédio dessa relação sociojurídica é que o moderno sistema econômico consegue garantir a modalidade principal de conexão do trabalhador ao processo produtivo, dando origem ao largo universo de bens econômicos característicos do mercado atual. Desse modo, ao valor econômico da força de trabalho colocada à disposição do empregador deve corresponder uma contrapartida econômica em benefício obreiro, consubstanciada no conjunto salarial, isto é, o complexo de verbas contraprestativas pagas pelo empregador ao empregado em virtude da relação empregatícia pactuada.

O contrato de trabalho é, desse modo, um contrato bilateral, sinalagmático e oneroso, por envolver um conjunto diferenciado de prestações e contraprestações recíprocas entre as partes, economicamente mensuráveis.

A onerosidade, como elemento fático-jurídico componente da relação de emprego, não deve, contudo, ser enfocada sob a perspectiva do trabalho

(17) A Lei da Reforma Trabalhista instituiu nova figura contratual empregatícia, a partir do conceito de *intermitência*, caracterizada por impressionante desproteção jurídica ao sujeito obreiro da relação de emprego (art. 443, *caput*, em sua nova redação, e seu novo § 3º; novo art. 452-A, *caput* e §§ 1º até 9º, todos da CLT). A respeito, consultar, neste Curso, no Capítulo XVI (“Contrato de Trabalho — Modalidades”), o item VII (“O Contrato de Trabalho Intermitente”).

(18) O Decreto-lei n. 761, de 14.8.1969, que tratava também da figura do safrista, foi expressamente revogado pelo art. 21 da Lei n. 5.889/73.

realizado ou mesmo sob a perspectiva do tomador de serviços. É que, considerado sob qualquer dessas duas perspectivas, o elemento fático-jurídico da onerosidade estaria sempre presente, desde que houvesse prestação de trabalho por alguém a outrem: afinal, todo trabalho — mesmo simples — é passível de mensuração econômica no contemporâneo sistema de mercado, sempre tendo determinado valor econômico para seu tomador, para quem recebe o serviço prestado. *Deve a onerosidade, portanto, ser enfocada sob a perspectiva do prestador de serviços: apenas nessa perspectiva é que ela constitui elemento fático-jurídico da relação de emprego.*

A pesquisa do elemento *onerosidade* no contexto de uma relação sociojurídica concreta deve envolver duas dimensões diferenciadas mas combinadas: um *plano objetivo* de análise, ao lado de um *plano subjetivo* de análise do mesmo elemento.

No *plano objetivo*, a onerosidade manifesta-se pelo pagamento, pelo empregador, de parcelas dirigidas a remunerar o empregado em função do contrato empregatício pactuado. Tais parcelas formam o *complexo salarial* (José Martins Catharino), constituído de distintas verbas marcadas pela mesma natureza jurídica. A CLT se refere ao elemento fático-jurídico da onerosidade, através de sua redação singela: "... mediante salário", diz o art. 3º, *caput*, da Consolidação.

À medida que se sabe que o salário pode ser pago em dinheiro ou parcialmente em utilidades (art. 458, CLT), pode ser pago por dia, semana, quinzena ou mês (art. 459, CLT), pode ser calculado segundo modalidade fixa ou fórmula variável de cômputo (art. 483, "g", CLT), à medida que, assim, a contraprestação econômica do empregador ao empregado pode assumir formas distintas e variadas na prática empregatícia concreta, percebe-se que, do ponto de vista objetivo, a onerosidade dificilmente se oculta em uma dada relação sociojurídica detidamente examinada. Dificilmente, portanto, terá o operador jurídico dificuldade em vislumbrar a presença da onerosidade em uma relação de trabalho investigada: de uma forma ou de outra, a contraprestação onerosa despontará ao longo da prestação do trabalho. Por essa razão, de maneira geral, torna-se desnecessária a pesquisa da dimensão subjetiva da onerosidade: essa dimensão subjetiva emerge como suposta, em virtude da clara transparência do *dado objetivo do pagamento* de contraprestação econômica pelo tomador de serviços.

Entretanto, existem algumas situações — raras, é verdade — em que a pesquisa da *dimensão subjetiva* da onerosidade será a única via hábil a permitir aferir-se a existência (ou não) desse elemento fático-jurídico na relação de trabalho vivenciada pelas partes. Trata-se, por exemplo, de situações tipificadas como de *servidão disfarçada*, em que há efetiva prestação de trabalho e ausência de contraprestação onerosa real pelo tomador dos serviços; ou situações de trabalho voluntário, comunitário, filantrópico político ou religioso,

em que há também efetiva prestação de trabalho sem contraprestação onerosa real pelo tomador dos serviços (o chamado trabalho pactuado *affectionis vel benevolentias causa*); ou, finalmente, outras distintas situações de trabalho voluntário, comunitário, filantrópico político ou religioso em que a prestação de trabalho se realiza em um contexto de alguma reciprocidade material em benefício do prestador enfocado. *Em qualquer dessas situações, apenas o exame do plano subjetivo da onerosidade é que responderá pela sua ocorrência (ou não) no quadro complexo da relação social construída.*

No *plano subjetivo*, a onerosidade manifesta-se pela intenção contraprestativa, pela intenção econômica (intenção onerosa, pois) conferida pelas partes — em especial pelo prestador de serviços — ao fato da prestação de trabalho. Existirá o elemento fático-jurídico da onerosidade no vínculo firmado entre as partes *caso a prestação de serviços tenha sido pactuada, pelo trabalhador, com o intuito contraprestativo trabalhista, com o intuito essencial de auferir um ganho econômico pelo trabalho ofertado. A prestação laboral ter-se-ia feito visando à formação de um vínculo empregatício entre as partes, com as consequências econômicas favoráveis ao prestador oriundas das normas jurídicas trabalhistas incidentes.* A pesquisa da intenção das partes — notadamente do prestador de serviços — desponta, nessas situações fronteiriças, para um plano de destaque na investigação e avaliação criteriosa a ser feita pelo operador jurídico.

No conjunto das situações acima aventadas, emerge obviamente configurada a dimensão subjetiva onerosa da prestação de trabalho na *servidão disfarçada*, embora objetivamente sempre tenha sido negada qualquer contraprestação material ao prestador de serviços.

Já as prestações de trabalho ofertadas como *trabalho efetivamente voluntário*, em face de causa benevolente (política, comunitária ou congênere), tendem, em geral, a não evidenciar, no plano subjetivo, a intenção empregatícia onerosa do prestador enfocado. Note-se, a propósito, que a simples circunstância de alguém laborar para certa entidade política, filantrópica, religiosa, etc., por longo período, sem jamais ter recebido qualquer pagamento, tende a ser indicativo importante da intenção não onerosa (intenção graciosa) com que o prestador vinculou-se àquela relação social.

A doutrina refere-se à expressão *animus contrahendi* para traduzir a fundamental intenção das partes (em especial do prestador de serviços) com respeito à natureza e efeitos jurídicos do vínculo formado entre elas. Embora os autores não tendam a colocar esse aspecto da relação empregatícia como parte componente de um de seus elementos fático-jurídicos constitutivos (a onerosidade), o correto é situar exatamente nesse plano o chamado *animus contrahendi* (intenção de contratar). Essa expressão traduz, na verdade, a

intenção do prestador de se vincular (ou não) a título oneroso e empregatício: inexistindo essa intenção, não há o plano subjetivo do elemento fático-jurídico da onerosidade.

É evidente que se trata de situações concretas fronteiriças, inquestionavelmente próximas às situações empregaticamente caracterizadas. Nesse contexto, identificar-se a precisa natureza conferida pelas partes — notadamente o prestador — ao fato da prestação de trabalho exigirá sempre cuidadosa pesquisa e avaliação pelo operador do Direito. Há situações fronteiriças, contudo, em que a ordem jurídica não considera viável pactuar-se (mesmo expressamente) vínculo empregatício, negando, assim, possibilidade jurídica de intenção onerosa empregatícia ao trabalho efetivamente prestado. É o que se passa com a situação da esposa ou companheira com relação ao marido ou companheiro, em *face do trabalho doméstico*: aqui não se acolhe onerosidade empregatícia *doméstica*, embora a mesma ordem jurídica entenda existir, nesse exemplo, a onerosidade própria à comunhão societária⁽¹⁹⁾.

E) Subordinação — Não obstante a relação de emprego resulte da síntese indissolúvel dos cinco elementos fático-jurídicos que a compõem, será a subordinação, entre todos esses elementos, o que ganha maior proeminência na conformação do tipo legal da relação empregatícia.

De fato, a subordinação é que marcou a diferença específica da relação de emprego perante as tradicionais modalidades de relação de produção que já foram hegemônicas na história dos sistemas socioeconômicos ocidentais (servidão e escravidão). Será também a subordinação o elemento principal de diferenciação entre a relação de emprego e o segundo grupo mais relevante de fórmulas de contratação de prestação de trabalho no mundo contemporâneo (as diversas modalidades de trabalho autônomo).

Efetivamente, 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.

O marco distintivo firmado pela subordinação, no contexto das inúmeras fórmulas jurídicas existentes para a contratação da prestação de trabalho, permite ao operador jurídico cotejar e discriminar, com êxito, inúmeras situações fático-jurídicas próximas. O cotejo de hipóteses excludentes (trabalho subor-

(19) Esta é a posição jurisprudencial hoje absolutamente pacífica (Súmula 380, STF). Contudo, isso não significa a impossibilidade de se pretender comprovar, para fins previdenciários, o exercício de trabalho profissional autônomo (não vínculo empregatício doméstico, pois) pela mulher, no âmbito da residência. Ou até mesmo contrato empregatício com outro empregador, mas realizado o trabalho no domicílio da obreira (art. 6º, CLT). Qualquer das duas situações poderia ocorrer com a *costureira*, por exemplo.

dinado *versus* trabalho autônomo) abrange inúmeras situações recorrentes na prática material e judicial trabalhista: trabalhadores autônomos prestando serviços habituais a empresas (como profissionais de consultoria, auditoria, contabilidade, advocacia, etc.); trabalhadores autônomos pactuando a confecção de obra certa para determinado tomador (empreitada); representantes comerciais ou agentes e distribuidores regidos por legislação própria; contratos de parcerias rurais, etc. Em todos esses casos (inclusive nos contratos autônomos mencionados no novo art. 442-B da CLT, que foi inserido pela Lei de Reforma Trabalhista de 2017), a desconstituição do contrato civil formalmente existente entre as partes supõe a evidência da subordinação jurídica, em detrimento do caráter autônomo aparente de que estaria se revestindo o vínculo.⁽²⁰⁾

a) *Conceito e Caracterização* — Subordinação deriva de *sub* (baixo) e *ordinare* (ordenar), traduzindo a noção *etimológica* de estado de dependência ou obediência em relação a uma hierarquia de posição ou de valores⁽²¹⁾. Nessa mesma linha etimológica, transparece na subordinação uma ideia básica de “submetimento, sujeição ao poder de outros, às ordens de terceiros, uma posição de dependência”⁽²²⁾.

A subordinação corresponde *ao polo antitético e combinado do poder de direção existente no contexto da relação de emprego*. Consiste, assim, na *situação jurídica derivada do contrato de trabalho, pela qual o empregado compromete-se a acolher o poder de direção empresarial no modo de realização de sua prestação de serviços*. Traduz-se, em suma, na “situação em que se encontra o trabalhador, decorrente da limitação contratual da autonomia de sua vontade, para o fim de transferir ao empregador o poder de direção sobre a atividade que desempenhará”⁽²³⁾.

Como se percebe, no Direito do Trabalho a subordinação é encarada sob um *prisma objetivo*: ela atua sobre o *modo de realização* da prestação

(20) Na verdade, a regra geral concernente à análise de situações fronteiriças acerca dos elementos da relação de emprego, inclusive o contraponto subordinação *versus* autonomia do trabalhador envolvido, rege-se pela *presunção jurídica da existência da relação de emprego* (e, portanto, da subordinação), caso incontroversa a prestação de serviços (Súmula 212, TST). Essa presunção, naturalmente, pode se esvaír em vista do conjunto probatório dos autos em exame judicial. Para retomada desse tema concernente ao ônus da prova e da presunção relativa que o orienta, consultar, neste Curso, dentro do Capítulo X (“Relações de Trabalho *Lato Sensu*”) e de seu item I, o tópico denominado “Presunção Jurídica”. A propósito, o trabalho autônomo é examinado no item V do referido Capítulo X deste Curso.

(21) FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo Dicionário da Língua Portuguesa*. 2. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1986, p. 1621.

(22) NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Compêndio de Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr/EDUSP, 1976, p. 351.

(23) NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Iniciação ao Direito do Trabalho*. 14. ed. São Paulo: LTr, 1989, p. 103.

e não sobre a pessoa do trabalhador. É, portanto, incorreta, do ponto de vista jurídico, a *visão subjetiva* do fenômeno, isto é, que se compreenda a subordinação como atuante sobre a pessoa do trabalhador, criando-lhe certo estado de sujeição (*status subjectiones*). Não obstante essa situação de sujeição possa concretamente ocorrer, inclusive com inaceitável frequência, ela não explica, do ponto de vista sociojurídico, o conceito e a dinâmica essencial da relação de subordinação. Observe-se que a visão subjetiva, por exemplo, é incapaz de captar a presença de subordinação na hipótese de trabalhadores intelectuais e altos empregados.

A concepção subjetiva do fenômeno da subordinação — hoje inteiramente superada — expressa-se com maior proximidade pela palavra *dependência* (a propósito, utilizada pelo *caput* do art. 3º da CLT para se referir à subordinação). Efetivamente, a expressão dependência acentua o vínculo pessoal entre as partes componentes da relação de emprego, correspondendo a uma fase teórica em que não se havia ainda firmado a noção essencialmente jurídica do fenômeno da subordinação.

De qualquer modo, hoje a compreensão dominante acerca da dualidade “poder de direção *versus* subordinação” não mais autoriza o recurso a qualquer matiz subjetivista no tratamento desse tema. Por essa razão, interpreta-se tal elemento sob a perspectiva essencialmente objetiva. Mais: considera-se que a intenção da lei é se referir à ideia de *subordinação* quando utiliza o verbete *dependência* na definição celetista de empregado. Para o consistente operador jurídico onde a CLT escreve “... sob a dependência deste...” deve-se interpretar “mediante subordinação” (*caput* do art. 3º do diploma consolidado).⁽²⁴⁾

b) Natureza da Subordinação — O debate sobre a natureza (posicionamento classificatório) do fenômeno da subordinação já se pacificou, hoje, na teoria justralhista. A subordinação classifica-se, inquestionavelmente, como um fenômeno jurídico, derivado do contrato estabelecido entre trabalhador e tomador de serviços, pelo qual o primeiro acolhe o direcionamento objetivo do segundo sobre a forma de efetuação da prestação do trabalho.

A *natureza jurídica* do fenômeno da subordinação é hoje, portanto, entendimento hegemônico entre os estudiosos do Direito do Trabalho. A subordinação que deriva do contrato de trabalho é de caráter jurídico, ainda que tendo por suporte e fundamento originário a assimetria social característica da contemporânea sociedade capitalista. A *subordinação jurídica* é o polo reflexo e combinado do poder de direção empresarial, também de matriz

(24) Sobre o conceito de subordinação e suas potencialidades no tocante ao novo expansionismo do Direito do Trabalho, consultar DELGADO, Mauricio Godinho. Direitos Fundamentais na Relação de Trabalho, *in Revista LTr*, São Paulo: LTr, v. 70, n. 06, junho de 2006, p. 657-667.

jurídica. Ambos resultam da natureza da relação de emprego, da qualidade que lhe é ínsita e distintiva perante as demais formas de utilização do trabalho humano que já foram hegemônicas em períodos anteriores da história da humanidade: a escravidão e a servidão.

A teoria justrabalhista registra, contudo, antigas posições doutrinárias que não enxergavam, ainda, esse caráter eminentemente jurídico do fenômeno da subordinação. Acentuando a ideia de *dependência* (que tem matiz *pessoal* e não *objetiva*), já se considerou a subordinação ora como sendo uma *dependência econômica*, ora como sendo uma *dependência técnica* (ou tecnológica).

No primeiro caso (*dependência econômica*), a concepção fundava-se na hierarquia rígida e simétrica que tanto marca a estrutura socioeconômica de qualquer organização empresarial, colocando no vértice da pirâmide econômica o empregador e seus representantes. A relação empregatícia, em particular, seria uma projeção enfática dessa assimetria econômica que separa empregador e empregado.

Há problemas, entretanto, nessa formulação teórica. Inegavelmente, o critério que ela incorpora origina-se de uma reflexão acerca do padrão genérico típico à relação trabalhador/empregador na contemporânea sociedade capitalista. Porém, ainda que o critério econômico acima consignado tenha irrefutável validade sociológica, ele atua na relação jurídica específica como elemento externo, incapaz, portanto, de explicar, satisfatoriamente, o nexos preciso da assimetria *poder de direção/subordinação*. De par com isso, a assincronia econômico-social maior ou menor entre os dois sujeitos da relação de emprego não necessariamente altera, em igual proporção, o feixe jurídico de prerrogativas e deveres inerente ao poder empregatício (com sua dimensão de direção e subordinação).

A subordinação (assimilada à expressão *dependência*) já foi, também, considerada como fenômeno de natureza e fundamentação técnica (*dependência técnica*): o empregador monopolizaria, naturalmente, o conhecimento necessário ao processo de produção em que se encontrava inserido o empregado, assegurando-se, em consequência, de um poder específico sobre o trabalhador. A assimetria no conhecimento técnico daria fundamento à assimetria na relação jurídica de emprego.

A fragilidade da noção de *dependência técnica* é flagrante. Ela não corresponde, sequer, a uma correta visualização do processo organizativo das instituições empresariais, em que a tecnologia é adquirida e controlada pelo empresário *mediante instrumentos jurídicos*, sem necessidade de seu preciso descortinamento intelectual acerca do objeto controlado. O empregador contrata o saber (e seus agentes) *exatamente por não possuir*

controle individual sobre ele; como organizador dos meios de produção, capta a tecnologia por intermédio de empregados especializados que arregimenta — subordinando-os, sem ter a pretensão de absorver, individualmente, seus conhecimentos.

c) *Dimensões da Subordinação: clássica, objetiva, estrutural* — a subordinação, como qualquer fenômeno social, tem sofrido ajustes e adequações ao longo dos dois últimos séculos, quer em decorrência de alterações na realidade do mundo do trabalho, quer em virtude de novas percepções aferidas pela Ciência do Direito acerca desse crucial elemento fático-jurídico da relação empregatícia. Três dimensões principais, nesse contexto, destacam-se com relação ao fenômeno: a clássica, a objetiva e a estrutural.

Clássica (ou tradicional) é a subordinação consistente na situação jurídica derivada do contrato de trabalho, pela qual o trabalhador compromete-se a acolher o poder de direção empresarial no tocante ao modo de realização de sua prestação laborativa. Manifesta-se pela intensidade de ordens do tomador de serviços sobre o respectivo trabalhador. É a dimensão original da subordinação, aquela que mais imediatamente na História substituiu a anterior servidão na realidade europeia, propagando-se genericamente pelo capitalismo disseminado nas décadas e séculos seguintes. Continua, hoje, como a mais comum e recorrente modalidade de subordinação, ainda bastante destacada nas relações socioeconômicas empregatícias.

Objetiva é a subordinação que se manifesta pela integração do trabalhador nos fins e objetivos do empreendimento do tomador de serviços, ainda que afrouxadas “...as amarras do vínculo empregatício”.⁽²⁵⁾ Lançada na doutrina pátria pelo jurista *Paulo Emílio Ribeiro de Vilhena*, esta noção “... vincula a subordinação a um critério exclusivamente objetivo: poder jurídico sobre atividade e atividade que se integra em atividade”.⁽²⁶⁾ Conforme exposto pelo jurista, a subordinação pode traduzir uma “relação de coordenação ou de participação integrativa ou colaborativa, através da qual a atividade do trabalhador como que segue, em linhas harmônicas, a atividade da empresa, dela recebendo o influxo próximo ou remoto de seus movimentos...”⁽²⁷⁾ Como se percebe, a integração do obreiro e seu labor aos objetivos empresariais é pedra de toque decisiva a essa dimensão do fenômeno sociojurídico subordinativo.

Estrutural é, finalmente, a subordinação que se expressa “pela inserção do trabalhador na dinâmica do tomador de seus serviços, independentemente de receber (ou não) suas ordens diretas, mas acolhendo, estruturalmente,

(25) VILHENA, Paulo Emílio Ribeiro de. *Relação de Emprego* — estrutura legal e supostos, São Paulo: Saraiva, 1975, p. 235.

(26) VILHENA, Paulo Emílio Ribeiro de. ob. cit., p. 235.

(27) VILHENA, Paulo Emílio Ribeiro de. loc. cit.

sua dinâmica de organização e funcionamento”⁽²⁸⁾. Nesta dimensão da subordinação, não importa que o trabalhador se harmonize (ou não) aos objetivos do empreendimento, nem que receba ordens diretas das específicas chefias deste: o fundamental é que esteja estruturalmente vinculado à dinâmica operativa da atividade do tomador de serviços.

A conjugação dessas três dimensões da subordinação — que não se excluem, evidentemente, mas se completam com harmonia — permite se superarem as recorrentes dificuldades de enquadramento dos fatos novos do mundo do trabalho ao tipo jurídico da relação de emprego, retomando-se o clássico e civilizatório expansionismo do Direito do Trabalho⁽²⁹⁾. Na essência, é trabalhador subordinado desde o humilde e tradicional obreiro que se submete à intensa pletera 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 e até mesmo nem 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).⁽³⁰⁾

Essa moderna e renovada compreensão do fenômeno da subordinação, que efetivamente possui nítido caráter multidimensional, tem sido percebida não só pela doutrina e jurisprudência mais atentas e atualizadas, como também pelo próprio legislador. Nesta linha despontou a Lei n. 12.551, de 15.12.2011, conferindo nova redação ao *caput* do art. 6º da CLT e lhe agregando novo parágrafo único, de modo a incorporar, implicitamente, os conceitos

(28) DELGADO, Mauricio Godinho. Direitos Fundamentais na Relação de Trabalho, *Revista LTr*, São Paulo: LTr, v. 70, n. 06, junho de 2006, p. 667. Neste texto é que se referiu, inicialmente, à expressão *subordinação estrutural*.

(29) O novo expansionismo do Direito do Trabalho, inclusive a partir da renovação ampliadora do conceito de subordinação, está sugerido em texto de 2006, de DELGADO, Mauricio Godinho. Direitos Fundamentais na Relação de Trabalho, *Revista LTr*, São Paulo: LTr, v. 70, n. 06, junho de 2006, p. 667. A respeito do tema, consultar também: DELGADO, M.G. Relação de Emprego e Relações de Trabalho: a retomada do expansionismo do direito trabalhista. In: SENA, Adriana Goulart; DELGADO, Gabriela Neves; NUNES, Raquel Portugal (Coord.). *Dignidade Humana e Inclusão Social* — caminhos para a efetividade do Direito do Trabalho no Brasil. São Paulo: LTr, 2010; DELGADO, Gabriela Neves. *Direito Fundamental ao Trabalho Digno*. São Paulo: LTr, 2006; PORTO, Lorena Vasconcelos. *A Subordinação no Contrato de Trabalho* — uma releitura necessária. São Paulo: LTr, 2009.

(30) Na subordinação estrutural, o trabalhador pode realizar tanto atividade-meio como atividade-fim do tomador de serviços; será, porém, subordinado caso se ajuste, estruturalmente, ao sistema organizacional e operativo da entidade tomadora de serviços, absorvendo sua cultura e sua lógica empresariais durante o ciclo de prestação de seu labor e, na medida dessa aculturação, seu poder direcionador e dirigente.

de *subordinação objetiva* e de *subordinação estrutural*, equiparando-os, *para os fins de reconhecimento da relação de emprego*, à subordinação tradicional (clássica), que se realiza por meios pessoais e diretos de comando, controle e supervisão do trabalho alheio. Desse modo, o novo preceito da CLT permite considerar *subordinados* profissionais que realizem *trabalho a distância*, submetidos a meios telemáticos e informatizados de comando, controle e supervisão. Esclarece a regra que os “...*meios telemáticos e informatizados de comando, controle e supervisão se equiparam, para fins de subordinação jurídica, aos meios pessoais e diretos de comando, controle e supervisão do trabalho alheio*”. Ora, essa equiparação se dá em face das dimensões objetiva e também estrutural que caracterizam a subordinação, já que a dimensão tradicional (ou clássica) usualmente não comparece nessas relações de trabalho à distância.⁽³¹⁾

A compreensão dessas três dimensões do fenômeno subordinativo (a tradicional, a objetiva e a dimensão estrutural) não somente permite adequar o conceito jurídico, pela via interpretativa, às modificações da realidade, renovando o necessário expansionismo do ramo juslaborativo, como também relativiza a utilidade de fórmulas jurídicas restritivas de direitos sociais e fundamentais. Demonstra, ademais, a elevada capacidade de adaptação do Direito do Trabalho aos desafios das cambiantes sociedade e economia capitalistas.⁽³²⁾

III. VALIDADE JURÍDICA DA RELAÇÃO DE EMPREGO: ELEMENTOS JURÍDICO-FORMAIS DO CONTRATO EMPREGATÍCIO

O fenômeno sociojurídico da relação empregatícia surge desde que reunidos seus cinco *elementos fático-jurídicos* constitutivos: prestação de trabalho por pessoa física a outrem, com pessoalidade, não eventualidade, onerosidade e sob subordinação.

(31) Eis o novo art. 6º, *caput* e parágrafo único, da CLT, em conformidade com redação conferida pela Lei n. 12.551/2001: “Art. 6º. *Não se distingue entre o trabalho realizado no estabelecimento do empregador, o executado no domicílio do empregado e o realizado a distância, desde que estejam caracterizados os pressupostos da relação de emprego. (...) Parágrafo único. Os meios telemáticos e informatizados de comando, controle e supervisão se equiparam, para fins de subordinação jurídica, aos meios pessoais e diretos de comando, controle e supervisão do trabalho alheio*”. A propósito, a Lei da Reforma Trabalhista agregou à CLT novos preceitos concernentes ao denominado *teletrabalho* (art. 62, III; arts. 75-A a 75-E; art. 134, §§ 1º e 3º). Sobre o teletrabalho, consultar, neste Curso, o Capítulo XXIII (“Duração do Trabalho — Jornada”), em seu item V.3.b), intitulado “Trabalho no Domicílio (*Home Office*) e Teletrabalho”.

(32) A respeito, pesquisar a fundamental obra de Lorena Vasconcelos Porto, *A Subordinação no Contrato de Trabalho* — uma releitura necessária (São Paulo: LTr, 2009). A autora não só investiga o tema no Direito Comparado, inclusive na jurisprudência e doutrina estrangeiras, como também trata daquilo que denomina “tendências reducionistas do conceito de subordinação”, enfrentando, ilustrativamente, o sentido e o papel do conceito de *parassubordinação* em diversos países europeus.

Cabe ao operador jurídico, entretanto, examinar se o Direito do Trabalho confere efetiva *validade* a essa relação empregatícia surgida. Ingressa o operador, assim, na análise dos *elementos jurídico-formais* do contrato empregatício. Trata-se de elementos cuja higidez e regularidade jurídicas são essenciais para que o Direito autorize a produção de plenos efeitos à relação oriunda do mundo dos fatos sociais.

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*. Já a pesquisa sobre os elementos jurídico-formais do respectivo contrato empregatício permite responder à pergunta sobre *a validade (ou não) e a extensão dos 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, que existem independentemente do fenômeno que irão compor (são dados da realidade que existem antes do Direito), os elementos jurídico-formais constituem construções teóricas e normativas efetuadas pela ordem jurídica, cuja presença passa a ser considerada relevante à validez jurídica do próprio fenômeno a que se integram.

São elementos jurídico-formais do contrato empregatício os clássicos elementos constitutivos da figura contratual padrão conhecida: capacidade das partes contratantes; licitude do objeto contratado (“objeto lícito, possível, determinado ou determinável”); forma contratual prescrita em lei ou por esta não proibida; higidez na manifestação da vontade das partes. Trata-se dos tradicionais elementos essenciais do contrato indicados na tradicional legislação civil (art. 82, CCB/1916; art. 104, CCB/2002), adaptados, evidentemente, às especificidades justralhistas.

Está claro, desse modo, que o fenômeno da relação de emprego somente se completa, *do ponto de vista de seus efeitos jurídicos*, se reunidos, no vínculo examinado, não só os elementos fático-jurídicos, como também os jurídico-formais do respectivo contrato. *Verificada a reunião dos elementos fático-jurídicos, a relação de emprego existe*. Entretanto, se não confirmada a presença (ou regularidade) de todos os elementos jurídico-formais do correspondente contrato, *a relação de emprego pode se tornar impotente para provocar efeitos no mundo jurídico*.⁽³³⁾

Nesse quadro, aquele que trabalhar onerosamente, com pessoalidade, não eventualidade e sob subordinação, para um tomador de serviços

(33) O Professor Paulo Emílio Ribeiro de Vilhena refere-se a *pressupostos* (aqui chamados “elementos fático-jurídicos”) e *requisitos* (aqui chamados “elementos jurídico-formais”) da relação e contrato de emprego, noções que lançou e distinguiu com maestria na doutrina justralhista nacional. In: *Relação de Emprego — Estrutura Legal e Supostos*. São Paulo: Saraiva, 1975, p. 163-170.

diretamente envolvido na atividade de contrabando ou tráfico de drogas — objetos ilícitos —, realizando, assim, atividade ilícita, não terá reconhecido, pelo Direito, o vínculo firmado com o tomador dos serviços, para fins de repercussão justralhista. Nesse tipo de situação extremada (atividade francamente ilícita), a negativa de efeitos justralhistas será total (não obstante a presença dos elementos fático-jurídicos da relação de emprego): é que a gravidade do defeito de um dos elementos jurídico-formais do pacto é tamanha que não se autoriza qualquer respaldo jurídico à relação estabelecida entre as partes.

A falta ou defeito dos elementos jurídico-formais pode, entretanto, não ensejar resposta jurídica tão drástica quanto à mencionada acima. A ordem justralhista, em tais casos, sopesa a diversidade dos valores envolvidos e autoriza a produção de efeitos pela relação jurídica relativamente viciada. Efetivamente, há, de um lado, o valor social que a norma instituidora dos elementos jurídico-formais quer preservar. Mas há também, de outro lado, o valor-trabalho já consumado com a prestação de serviços efetuada. Nesse cotejo de valores, conforme a maior ou menor gravidade do vício dos elementos jurídico-formais, permite a ordem justralhista uma diferenciada extensão de efeitos à relação contratual empregatícia defeituosa consubstanciada.

Distintas são as situações empíricas que propiciam esse cotejo de valores conflitantes. Observe-se o ocorrido com o vínculo formado ilegalmente com a administração pública (admissão sem concurso público ou no período eleitoral de contratação proibida): a tendência jurisprudencial hoje dominante dirige-se no sentido do pagamento apenas “...da contraprestação pactuada, em relação ao número de horas trabalhadas, respeitado o valor da hora do salário mínimo, e dos valores referentes aos depósitos do FGTS” (Súmula 363, TST; art. 19-A, Lei n. 8.036/90). Tal pagamento faz-se sem prejuízo da extinção imperativa do contrato irregular (extinção *ope judicis*), dado seu vício inarredável — desrespeito à forma de contratação prescrita em lei (art. 37, II e § 2º, CF/88). Noutras palavras, o vício no elemento jurídico-formal do pacto empregatício reduz-lhe, significativamente, os efeitos jurídicos⁽³⁴⁾.

Observe-se, por outro lado, a situação de contratação empregatícia da criança e do adolescente. Como se sabe, tal pactuação é proibida antes de 16 anos (ou 14, se se tratar de *aprendiz*), a teor do art. 7º, XXXIII, da Constituição de 1988⁽³⁵⁾. Também é proibida a contratação de menores de 18 anos nas atividades referidas na Lista TIP, regulada pelo Decreto

(34) Esta é a posição da Súmula 363 do TST, confirmando anterior tendência de sua Seção de Dissídios Individuais (Orientação Jurisprudencial 85, SDI-I/TST). Para melhor debate sobre os efeitos laborativos da contratação irregular de servidores por entidades estatais, assim como análise da *teoria justralhista especial de nulidades*, consultar, neste Curso, o Capítulo XV, item IV (“Vícios e Defeitos do Contrato de Trabalho — Nulidades”).

(35) Antes da Emenda Constitucional n. 20, publicada em 16.12.1998, esses limites etários eram, respectivamente, 14 anos, para contratação em geral, e 12, como aprendiz.

n. 6.481/2008, em conformidade com a Convenção n. 182 da OIT⁽³⁶⁾. Ora, se existente, na prática, o contrato irregular, pagar-se-ão ao empregado menor *todas as parcelas cabíveis*; contudo, imediatamente deve-se extinguir o vínculo, *ope judicis*, em face da vedação constitucional. Neste caso, a *capacidade* obreira é que não foi respeitada. Não obstante o grave vício em um dos elementos jurídico-formais do contrato, *todos os efeitos trabalhistas devem ser reconhecidos à pessoa humana trabalhadora*, em face da tutela justralhista ter sido construída exatamente para proteger a criança e o adolescente — e não para ampliar a perversidade de sua exploração.⁽³⁷⁾

IV. NATUREZA JURÍDICA DA RELAÇÃO DE EMPREGO

A pesquisa acerca da natureza de um determinado fenômeno consiste, como já evidenciado, em uma operação intelectual de separação e subsequente classificação. Supõe a precisa *definição* do fenômeno, como declaração de sua essência e composição, seguida de sua *classificação*, como fenômeno passível de enquadramento em um conjunto próximo de fenômenos correlatos.

Definição (busca da essência) e classificação (busca do posicionamento comparativo), eis a equação compreensiva básica da ideia de natureza⁽³⁸⁾. Por isso pode-se dizer que *encontrar a natureza jurídica de uma figura do Direito* (como a relação empregatícia) *consiste em se apreenderem os elementos fundamentais que integram sua composição específica, contrapondo-os, em seguida, ao conjunto mais próximo de figuras jurídicas, de modo a classificar o instituto enfocado no universo de figuras existentes no Direito*. É “atividade lógica de classificação”⁽³⁹⁾, pela qual se integra determinada figura jurídica ao conjunto mais próximo de figuras existentes no universo do Direito, mediante a identificação e cotejo de seus elementos constitutivos fundamentais.

A pesquisa sobre a correta natureza jurídica do fenômeno da relação empregatícia percorreu caminho sinuoso entre os juristas. Inicialmente,

(36) Lista TIP corresponde à “Lista das Piores Formas de Trabalho Infantil”, mencionada pela Convenção n. 182 da OIT, em seus arts. 3º e 4º, e especificada pelo Decreto n. 6.481, de 12.6.2008. Embora a Convenção 182 da OIT tenha sido ratificada, pelo Brasil, em 1999 (Decreto Legislativo n. 178, de 14.12.99), a Lista TIP somente foi realmente divulgada quase oito anos depois, pelo Decreto n. 6.481/08.

(37) O estudo sobre os critérios de invalidação do contrato de trabalho, englobando suas nulidades parciais ou a total, com os respectivos efeitos da declaração de nulidade, será retomado neste Curso, em seu Capítulo XV, itens III e IV.

(38) A comparação entre definição e natureza, como procedimentos lógicos acolhidos pela ciência, encontra-se em DELGADO, Mauricio Godinho. *A Natureza Jurídica do Poder Empregatício*, p. 78-80, texto a que se reporta no presente instante.

(39) A expressão, como já referido, é de SILVA, Antônio Álvares da. *Direito Coletivo do Trabalho*. Rio de Janeiro: Forense, 1979, p. 144.

preponderou a tendência civilista de subordinar a nova e emergente figura do Direito às figuras clássicas e tradicionais do contratualismo do Direito Civil (“*teorias contratualistas tradicionais*”). A operação classificatória assim efetuada não conseguia, contudo, disfarçar seu desconforto, uma vez que necessariamente deixava a descoberto, na classificação procedida, elementos fundamentais e distintivos da nova figura surgida no campo sociojurídico.

Em seguida, já no século XX, surge a tendência de se procurar romper com qualquer traço teórico de origem civilista — e, portanto, qualquer traço teórico de origem contratual. Para este fim construiu-se caminho próprio e distintivo de elaboração teórica, com nítido caráter de resposta e antítese às proposições civilistas anteriores (“*teorias da relação de trabalho e institucionalistas*”).

Finalmente, chega-se a uma síntese teórica mais equilibrada e complexa, hábil a apreender não só os elementos aproximativos, mas também os diferenciadores da relação de emprego perante o conjunto de relações e institutos próximos e perante o universo jurídico conceitual existente (“*teoria contratualista moderna*”).

A ideia de *contrato*, como se percebe, foi o ponto fulcral na atividade classificatória empreendida pelos juristas.

Para as vertentes tradicionais (ou *originárias*), a relação empregatícia teria caráter contratual, sendo naturalmente assimilável a alguma das figuras contratuais existentes no universo do Direito Civil.

Para a vertente contratualista moderna, a noção de contrato seria também explicativa da natureza jurídica da relação de emprego (de sua substância e posicionamento classificatório, portanto), embora fosse inviável reduzir a nova figura a qualquer dos tipos contratuais existentes no âmbito civilista conhecido.

Já para as vertentes acontratualistas (teorias institucionalista e da relação de trabalho), a nova figura empregatícia não teria, definitivamente, natureza jurídica contratual, constituindo fenômeno divorciado da noção de liberdade e vontade que são nucleares à ideia de contrato.

1. Teorias Contratualistas Tradicionais

As correntes contratualistas foram pioneiras na busca da explicação acerca da natureza jurídica da relação de emprego. Em sua primeira fase, tais correntes, como é natural, mantiveram-se profundamente aprisionadas por uma perspectiva civilista no exame do novo fenômeno, insistindo em assimilar a relação de emprego às figuras clássicas de contratos, típicas à teorização imperante no Direito Civil.

O fenômeno novo do Direito do Trabalho, emergente no contexto das profundas transformações socioeconômicas e jurídicas vivenciadas desde o

século XIX, ainda não havia alcançado um conseqüente e sofisticado nível de elaboração teórica, valendo-se, assim, de todo o arsenal próprio a institutos de ramos jurídicos afins.

A) Teoria do Arrendamento — A mais antiga das construções teóricas civilistas é a teoria do arrendamento, que inclui o contrato empregatício entre as espécies de contratos de locação ou de arrendamento.

Trata-se de solução teórica inspirada em modelo jurídico oriundo do Direito Romano, que distinguia entre *locatio operarum* e *locatio operis*. O contrato empregatício corresponderia ao arrendamento (locação) de serviços, pelo qual uma das partes colocaria seu trabalho à disposição de outra (*locatio operarum*). Ao lado desse tipo de contratação de força de trabalho, previa ainda o Direito Romano a *locatio operis*, pela qual uma das partes comprometer-se-ia perante a outra a executar um trabalho ou empreendimento determinado (locação de obra ou *empreitada*).

O Direito Civil do início da Idade Contemporânea tendeu a absorver o modelo teórico provindo de Roma. Assim, o Código Napoleônico (1804) incluiu o contrato de trabalho entre as figuras contratuais do arrendamento (Título VIII, Livro III, arts. 1.708 e 1.710). Na mesma linha pautou-se o velho Código Civil brasileiro (1916), que se referia à locação de serviços (art. 1.216 e seguintes) e à empreitada (art. 1.237 e seguintes). Entre os juristas, o prestígio dessa concepção também foi destacado: citem-se, por exemplo, *Planiol, Julien Bonnecase, Josserand, Garcia Oviedo*⁽⁴⁰⁾.

A concepção, contudo, hoje se encontra claramente superada. É que inexiste, no contrato empregatício, a separação entre o trabalhador e o objeto do contrato (a prestação de trabalho), ao contrário da separação inerente à figura da locação (seccionamento entre locador e coisa).

De par com isso, os traços civilistas da locação impedem que esse tipo legal confira um satisfatório tratamento jurídico à relação empregatícia. A título de ilustração, note-se que o Direito Civil, regulamentando a prestação autônoma de serviços, veda contratos superiores a quatro anos, ao passo que se sabe ser princípio característico do ramo justrabalista especializado exatamente o contrário, isto é, a continuidade (perpetuação) da relação de emprego (art. 1.220, CCB/1916; art. 598, CCB/2002).

B) Teoria da Compra e Venda — É também bastante antiga a teoria da compra e venda, originária ainda do alvorecer do século XIX, mediante proposição atribuída ao jurista *Pothier*. Esta vertente iria, em seguida, contar

(40) In NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de Direito do Trabalho*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 259-61. O Novo Código Civil Brasileiro (2002) abandona a expressão *locação*, substituindo-a por *prestação de serviços* (arts. 593 a 609).

com a adesão de importantes autores, como *Laurent*, *Chatelain*, *Carnelutti* (este alterando sua posição mais à frente de sua carreira) e *Kahl*⁽⁴¹⁾.

A partir dessa variante, o contrato de trabalho teria natureza jurídica de compra e venda, uma vez que o obreiro *venderia* sua força de trabalho ao empregador, em contrapartida a um *preço*, consubstanciado no salário.

O ponto mais atrativo de tal teorização situa-se, na verdade, fora das fronteiras do Direito: é que se sabe, em economia, que o sistema capitalista tem na *mercadoria* a sua categoria central, que se generaliza ao conjunto do sistema, subordinando todos os fenômenos e relações de conteúdo econômico. Desse modo, a redução do trabalho a uma simples mercadoria parece se ajustar, com adequação, à lógica mais primitiva do sistema econômico dos últimos duzentos anos.

Do ponto de vista de um enfoque estritamente jurídico, contudo, a tese não se sustenta. Na relação de emprego não há ruptura entre o elemento alienado (trabalho) e seu prestador (obreiro), ao contrário da separação provocada normalmente pelo contrato de compra e venda (e também arrendamento, é claro). Mais que isso, a relação fático-jurídica estabelecida a partir de um contrato empregatício é contínua, ao contrário daquela inerente à compra e venda, nitidamente concentrada no tempo. Ademais, a prestação de trabalho configura obrigação de fazer, ao passo que a prestação fundamental da compra e venda configura obrigação de dar. Finalmente — se se quiser retomar o plano filosófico —, o trabalho constrói a mercadoria, não podendo ser reduzido a seu próprio resultado.

Em um certo instante, *Carnelutti* procurou abrir novo fôlego à tese da compra e venda, comparando a prestação do trabalho à obrigação de venda/consumo de energia elétrica. Com isso, pensava superar o impasse da ruptura que se percebera na figura da compra e venda (na venda de energia elétrica não há aparente ruptura entre o centro de energia e o consumidor). Sem sucesso, entretanto, o empreendimento teórico perseguido. A par de outros pontos de distanciamento de situações, cabe se enfatizar que o trabalho é contratado sem contraprestatividade rigorosa, remunerando-se mesmo sem sua realização efetiva, como ocorre nos períodos de férias, dias de repouso, intervalos remunerados, *tempo à disposição*, etc. — o que não ocorre na obrigação comparada.

C) Teoria do Mandato — O caráter fiduciário existente entre empregado e empregador responderia pela tentativa de se assimilar o contrato empregatício à espécie dos contratos de mandato. A teor dessa construção, o empregado atuaria como mandatário de seu empregador.

(41) NASCIMENTO, Amauri Mascaro, ob. cit., p. 262-263.

São autores que se pronunciaram nesta linha de argumentação juristas franceses ainda do século XIX, como *Troplong* e *Duraton* e *Marcade*⁽⁴²⁾.

A precariedade de tal construção é, contudo, óbvia. Afora as situações especiais consubstanciadas nos chamados *cargos de confiança* e em certos trabalhos altamente qualificados, não há semelhante intensidade de fidedignidade na relação empregatícia (observe-se o trabalho não qualificado e em regime de produção maciça, por exemplo).

De par com isso, mesmo em algumas situações marcadas pela elevada confiança entre as partes (trabalho doméstico, ilustrativamente), o tipo de fidedignidade inerente à relação jurídica não transfere necessariamente poderes do empregador ao empregado: ao contrário, pode até mesmo acentuar a subordinação do obreiro.

D) Teoria da Sociedade — A concepção da relação empregatícia como sendo uma relação jurídica imantada por um contrato de sociedade foi defendida por autores como *Chatelain*, *Michel Villey*, *Gérard Lyon-Caen*, *Renault* e outros⁽⁴³⁾.

A existência de um suposto interesse comum em direção à produção, de uma associação de atos sucessivos, coordenados e simultâneos, dos partícipes da relação de emprego, tudo conduziria à assimilação da figura empregatícia ao contrato de sociedade, ainda que qualificado como um contrato societário *sui generis*⁽⁴⁴⁾.

O artificialismo dessa concepção é, porém, manifesto. Do ponto de vista estritamente jurídico, sabe-se que *affectio societatis* e subordinação são situações e conceitos que tendem a se excluir, inviabilizando a equiparação das duas figuras cotejadas. Além disso, a comunhão de poderes e responsabilidades que caracteriza a sociedade e a relação entre os sócios distancia largamente a figura societária do contrato empregatício.

Do ponto de vista socioeconômico, por outro lado, se é inquestionável o avanço nas fórmulas organizacionais de gestão do sistema produtivo nos locais de trabalho — atenuando e democratizando a relação assimétrica de poder ali existente —, não se pode negar que esse processo está ainda longe de completar seu ciclo. De todo modo ele não apaga a ampla hegemonia, nos últimos duzentos anos de história, das modalidades mais rígidas e verticalizantes de gestão empregatícia, que são antitéticas a qualquer noção de sociedade.

E) Contratualismo Tradicional: análise crítica — A análise comparativa das teorias contratualistas tradicionais evidencia que todas pecaram pela

(42) A respeito, NASCIMENTO, Amauri Mascaro, ob. cit., p. 271.

(43) A respeito, MORAES FILHO, Evaristo de. *Tratado Elementar de Direito do Trabalho*. V. I. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1960, p. 402-404. Também NASCIMENTO, Amauri Mascaro, ob. cit., p. 266.

(44) MORAES FILHO, E. de, *loc. cit.*

incapacidade de apreender, na relação de emprego, qualquer elemento *inovador* em face do quadro teórico então existente no Direito Civil.

Pecaram, assim, pela recorrente e frustrada tentativa de submeterem a fórmulas teóricas consolidadas um fenômeno até então desconhecido na história das formações econômico-sociais e, desse modo, sequer ventilado na evolução histórica dos institutos jurídicos.

Por isso — e pelas insuficiências específicas a cada uma delas, conforme acima indicado — desponta o artificialismo e a precariedade inerentes a todas as formulações doutrinárias sobre a relação de emprego elaboradas a partir da clássica matriz teórica civilista.

2. Teoria Contratualista Moderna

A relação jurídica de emprego é, como visto, um fenômeno historicamente novo. Foi construído a partir de supostos reunidos com a ruptura da sociedade servil do feudalismo europeu (notadamente o trabalho livre, como já estudado) e com o mecanismo original de reconexão do trabalhador ao sistema produtivo — a subordinação (em contrapartida à sujeição, própria às relações servis e escravas)⁽⁴⁵⁾.

Ao fenômeno socioeconômico novo da relação de emprego, que se exprime em uma síntese jurídica singular — uma nova figura jurídica, portanto —, obviamente há de caber uma explicação teórica própria. Trata-se, pois, de perquirir por uma construção teórica que seja hábil a posicionar a nova figura jurídica no contexto das figuras correlatas do Direito, enxergando-lhe os pontos afins e comuns, mas sem perder, contudo, a aptidão para lhe destacar o aspecto essencial diferenciador. Uma concepção, em suma, que indique os aspectos fundamentais que a nova figura tem em comum com figuras jurídicas similares (o denominado gênero próximo), sem perder a perspectiva de lhe captar a identidade nuclear específica e distintiva (a chamada diferença específica), definindo-lhe, assim, a natureza jurídica que a caracteriza (seu posicionamento classificatório, portanto).

Esse esforço de pesquisa e reflexão já alcançou resultados satisfatórios na Ciência do Direito.

De fato, no que concerne aos aspectos comuns da relação empregatícia com figuras jurídicas que lhe sejam correlatas (a busca do *gênero próximo*), já está hoje assente que a relação de emprego tem, efetivamente, *natureza contratual*.

(45) Para reexame desse processo de formação da relação de emprego e do ramo jurídico especializado sobre ela incidente — o Direito do Trabalho —, retornar ao Capítulo III deste Curso, sobre a análise histórica do Direito do Trabalho.

Sob essa perspectiva, as tentativas efetuadas pelas teorias civilistas tradicionais não se perderam inteiramente no tempo. A afirmação básica subjacente a tais teorias — afirmação do caráter *contratual* da nova relação jurídica — preserva sua validade teórica até os dias atuais. O que se tem como inaceitáveis são suas conclusões sobre o *tipo* de contrato configurado pela relação empregatícia: arrendamento, compra e venda, etc.

A natureza jurídica contratual afirma-se por ser o elemento *vontade* essencial à configuração da relação de emprego. A presença da *liberdade* — e sua projeção na relação concreta, a *vontade* — é, a propósito, o elemento nuclear a separar o trabalho empregatício dos trabalhos servis e escravos, que lhe precederam na história das relações de produção ocidentais.

De fato, à medida que a *liberdade* é o elemento fundamental a distinguir a relação de emprego das demais formas de relação de trabalho, do período anterior ao século XIX (servidão, escravidão), surge a *vontade* como seu elemento constitutivo basilar.

A vontade, como se sabe, é a particularização da liberdade em uma relação jurídica concreta. Na relação de emprego, essa vontade (e liberdade) apresenta, é claro, limitações inquestionáveis. Afinal, como já foi argutamente observado pela jurista *Luiza Riva Sanseverino*, não se trata tanto da vontade dirigida à *definição do conteúdo* do vínculo contratado, embora se mantenha como vontade para definir sobre a *efetiva pactuação* do referido vínculo⁽⁴⁶⁾.

Não obstante limitada a vontade — sob a perspectiva do empregado, é claro —, sua simples configuração e convergência à vontade empresarial, no que tange à constituição do vínculo, lança no mundo jurídico, como *contrato*, o instrumento de conexão do trabalhador ao sistema produtivo. Desse modo, sendo essencial a existência da vontade (e, assim, liberdade), há contrato.

O contrato surgido não é, entretanto, figura assimilável a qualquer das figuras contratuais clássicas ao universo teórico do Direito Civil. Nesse quadro, embora o gênero próximo seja o contratual, existe uma diferença específica a distanciar o contrato empregatício do conjunto das figuras contratuais civilistas.

É que se trata, no presente caso, de relação contratual específica, distinta e ímpar. Trata-se de relação contratual que tem por objeto uma obrigação de fazer (*obligatio faciendi*) prestada por uma pessoa humana com não eventualidade, onerosamente, de modo subordinado e em caráter de pessoalidade (*intuitu personae*) no que tange ao prestador de trabalho. Aqui

(46) A respeito, SANSEVERINO, Luiza Riva. *Curso de Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 1976, p. 115. Octavio Bueno Magano assim expõe o enunciado diferenciador lançado pela autora italiana: “para o conceito de contrato, o elemento essencial reside na liberdade de consentir na constituição do vínculo e não na liberdade de consentimento para a determinação do conteúdo do vínculo”. *Manual de Direito do Trabalho*, V. II. 2. ed. São Paulo: LTr, p. 23.

reside a diferença específica da relação contratual empregatícia perante as demais relações jurídicas contratuais correlatas: não exatamente em seu objeto (prestação de trabalho), mas precisamente no *modo* de efetuação dessa prestação — em estado de subordinação (e com pessoalidade, não eventualidade e onerosidade, acrescente-se).

A circunstância de ser a subordinação, entre os elementos componentes da relação empregatícia, o nuclear e distintivo, faz com que os autores venham até mesmo a enfatizar exclusivamente o modo subordinado da consumação da prestação do trabalho como a diferença específica a distinguir a relação contratual de emprego de outras relações contratuais similares. Essa é a linha argumentativa colocada, ilustrativamente, por *Renato Corrado*, jurista que melhor chamou a atenção para a relevância do modo de realização da prestação de trabalho, na pesquisa da diferença específica da relação contratual empregatícia. De fato, tal jurista é concludente em afirmar que o *modo de realização* dessa obrigação de fazer — a circunstância de ser prestada subordinadamente — é que constitui seu elemento distintivo principal, o ponto de afirmação diferencial da relação de emprego perante todas as demais modalidades contratuais que tenham por objeto uma *obligatio faciendi*. Para ele, o “contrato de trabalho é antes um modo de ser de qualquer contrato que importe numa obrigação de fazer, quando a prestação deva realizar-se em estado de subordinação, do que, propriamente, um contrato de conteúdo específico”⁽⁴⁷⁾.

Não há, pois, conteúdo específico ao contrato empregatício: *qualquer obrigação de fazer, lícita, nele pode estar compreendida, desde que realizada por uma pessoa física sob certo modo operacional*. Segundo *Corrado*, desde que realizada simplesmente em estado de subordinação.

Contemporaneamente, mostra-se mais correto se completar o raciocínio iniciado pelo brilhante jurista italiano, aduzindo-se: *desde que realizada por uma pessoa natural em estado de subordinação e com pessoalidade, não eventualidade e onerosamente*⁽⁴⁸⁾. Esse modo de ser da prestação nuclear do contrato empregatício é, portanto, o que o distingue de outros contratos em que seja também essencial uma prestação de fazer (ilustrativamente, contratos de empreitada, de locação de serviços, de mandato, de sociedade, etc.).

3. Teorias Acontratualistas

A história da pesquisa acerca da natureza jurídica da relação empregatícia enveredou, na primeira metade do século XX, por um ramal teórico singular,

(47) Renato Corrado, cit. in MARANHÃO, Délio. Contrato de Trabalho, in SÜSSEKIND, Arnaldo et alii. *Instituições de Direito do Trabalho*. V. I, 8. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1981, p. 205 (grifos no original).

(48) Ou seja, a particularidade do modo operacional da relação empregatícia resulta da conjugação unitária de seus elementos fático-jurídicos.

inteiramente dissociado da matriz contratualista em que se realizava essa pesquisa desde o nascimento do Direito do Trabalho. Trata-se das vertentes acontratualistas.

Esse ramal teórico não somente enxergava um leito próprio e distintivo de caracterização da natureza jurídica da relação de emprego, como tinha a preocupação principal de negar qualquer relevância ao papel da liberdade e da vontade — e assim do contrato — na formação e desenvolvimento dessa relação jurídica especializada.

Desdobrava-se tal ramal em duas vertentes principais, estreitamente próximas entre si: a teoria da relação de trabalho e a teoria institucionalista.

A) Teoria da Relação de Trabalho — A teoria da relação de trabalho parte do princípio de que a vontade — e, desse modo, a liberdade — não cumprem papel significativo e necessário na constituição e desenvolvimento do vínculo de trabalho subordinado. A prestação material dos serviços, a prática de atos de emprego no mundo físico e social é que seriam a fonte das relações jurídicas de trabalho — e não a vontade das partes, em especial do obreiro. Em face dessa suposição — tida como comprovada pela experiência concreta das relações empregatícias —, semelhante teoria afasta a referência ao contrato (*ajuste de vontades*) como veio explicativo central da relação de emprego.

Na esteira dessa tese, a relação empregatícia seria *uma situação jurídica objetiva*, cristalizada entre trabalhador e empregador, para a prestação de serviços subordinados, independentemente do ato ou causa de sua origem e deflagração (*Mario de La Cueva*). O simples *fato* da prestação de serviços seria o elemento essencial e gerador de direitos e obrigações na ordem jurídica.

Mesmo o ato inicial de adesão do trabalhador ao círculo do trabalho — e sua continuidade na relação surgida —, nada disso configuraria *ato de vontade*. Um dos defensores dessa teoria, *George Scelle*, valendo-se da noção de *Duguit* acerca de ato-condição, admite a ocorrência de um ato primitivo, que propicia a inserção do empregado na empresa (chama-o *embauchage*). Embora esse ato possa ter natureza contratual, tal qualidade não é de sua essência. O fundamental, desse modo, a teor dessa teorização, mantém-se na ideia de *ocupação*, de *inserção do trabalhador junto à empresa* — e não no eventual pacto (acordo) existente entre as partes envolvidas.

Os teóricos principais dessa vertente explicativa são *Siebert*, *Nikisch*, *Potthoff* e *Molitor*, de origem germânica, autores de clara inspiração organicista e substrato conceitual vinculado às correntes autoritárias predominantes no contexto juspolítico da época. Também aderiram a tais concepções *George Scelle*, *Mario Deveali*, *Messineo* e, na América Latina, *Mario de La Cueva*. No Brasil, nas décadas de 1930 e 40, *Oliveira Viana*, *Cesarino Júnior* e *Rego Monteiro*.

Mario de La Cueva explicava a “...relação de trabalho como situação jurídica objetiva, estabelecida entre um trabalhador e um empregador, para a prestação de um serviço subordinado, qualquer que seja o ato ou a causa de sua origem”⁽⁴⁹⁾. Dessa concepção do jurista *Mario de La Cueva* originou-se sua tese no sentido de ser essencial à verificação do complexo de direitos e obrigações laborais entre as partes envolvidas a efetiva ocorrência de prestação de trabalho: nada existiria antes dessa efetiva realização da prestação dos serviços (*teoria do contrato realidade*), a não ser — no máximo — os efeitos indenizatórios concernentes ao período de pré-contrato. A tese, entretanto, não se harmoniza com a lei brasileira, dado considerar a CLT como “de serviço efetivo o período em que o empregado esteja à disposição do empregador aguardando ou executando ordens, salvo ...” (art. 4º, *caput*, CLT). Na mesma linha, contrária à tese de *M. de La Cueva*, os conceitos de tempo residual na jornada registrada nos cartões de ponto e tempo *in itinere* — art. 58, §§ 1º e 2º, CLT⁽⁵⁰⁾.

A teoria da relação de trabalho teve nítida influência nas legislações latino-americanas, tendo se manifestado no art. 20 da Lei Federal do Trabalho, do México, e art. 22 da Lei do Contrato de Trabalho, da Argentina⁽⁵¹⁾. No Brasil, a Consolidação das Leis do Trabalho também se viu submetida a tal influência. Na verdade, o *caput* do art. 442 celetista revela uma clara composição entre as vertentes contratualistas e acontratualistas, com inegável prejuízo à lógica formal e jurídica (“contrato individual de trabalho é o *acordo tácito ou expresso correspondente à relação de emprego*” — art. 442, *caput*, CLT: grifos acrescidos)⁽⁵²⁾.

(49) Citado por MAGANO, Octavio Bueno. *Manual de Direito do Trabalho*, V. II, 2. ed. São Paulo: LTr, 1986, p. 20.

(50) Adoutrina e jurisprudência brasileiras utilizam-se da expressão *teoria do contrato-realidade*, hoje, com acepção distinta, referindo-se à circunstância de prevalecer, no Direito do Trabalho, a evidência material e real sobre a meramente formal, particularmente no que concerne ao exame da existência ou não de contrato empregatício e até mesmo de suas cláusulas efetivas (*princípio do contrato realidade* — ver Capítulo VI, item V, alínea H, do presente Curso). Sobre o tempo *in itinere*, os §§ 2º e 3º do art. 58 da CLT, que a ele faziam referência, foram alterados (§ 2º) ou revogados (§ 3º) pela Lei de Reforma Trabalhista (n. 13.467/2017).

(51) Cf. MAGANO, O. B., ob. cit., p. 21.

(52) A ideia de que houve um compromisso entre as vertentes contratualistas e acontratualistas, estas representadas por Rego Monteiro, no momento da redação do art. 442, *caput*, da CLT, teria sido relatada por Arnaldo Sússekind, na década de 1970, segundo expõe Octavio Bueno Magano, em seu *Manual de Direito do Trabalho*, Vol. II, 2. ed. São Paulo: LTr, 1986, p. 21. A comissão de elaboração da CLT, que desenvolveu seu trabalho entre 1942 e 1943, foi composta, a propósito, pelos seguintes juristas: Luiz Augusto do Rego Monteiro, José de Segadas Vianna, Oscar Saraiva, Dorval Lacerda e Arnaldo Sússekind, este com apenas 24 anos, na época (composição descrita por SÚSSEKIND, Arnaldo, na entrevista, “Governo Vai Violar Acordo da OIT”, ao *Jornal do Brasil*, 1º Caderno, 26.11.2001, p. 12). Délio Maranhão, contudo, que fora, de certo modo, contemporâneo de tais relevantes personagens, além de futuro coautor da grande obra-prima, *Instituições de Direito do Trabalho*, liderada, tempos depois, por Arnaldo Sússekind, entendia que também Dorval Lacerda era contrário à concepção contratualista da

B) Teoria Institucionalista — A teoria institucionalista associa-se doutrinariamente à teoria anterior. Embora se utilizando de premissas e categorias teóricas distintas, alcança o mesmo objetivo no tocante à análise da estrutura e posicionamento comparativo da relação de emprego. Também para o institucionalismo, a relação empregatícia configuraria um tipo de vínculo jurídico em que as ideias de liberdade e vontade não cumpririam papel relevante, seja em seu surgimento, seja em sua reprodução ao longo do tempo.

A partir do conceito de *instituição* — uma realidade estrutural e dinâmica que teria prevalência e autonomia em face de seus próprios integrantes (conceito buscado dos autores civilistas *Maurice Hauriou* e *Georges Renard*) —, os institucionalistas do Direito do Trabalho constroem sua teorização. Nessa linha, compreendem a empresa como uma instituição, um corpo social que se impõe objetivamente a um certo conjunto de pessoas e cuja permanência e desenvolvimento não se submetem à vontade particular de seus membros componentes.

Em face do contexto institucional em que se encontra inserido, no quadro da relação de emprego, o empregado queda-se a uma situação fundamentalmente estatutária, objetiva, consumada, nada criando de iniciativa pessoal quando se insere na empresa.

Embora o institucionalismo se refira também à ideia de *colaboração*⁽⁵³⁾, a rigidez hierárquica inerente à noção de instituição acentua a assimetria de poder no âmbito empresarial interno, eclipsando a presença da liberdade e vontade na produção e desenvolvimento da relação empregatícia individualmente considerada.

São autores institucionalistas *Paul Durand* e *Jaussaud*. No Brasil, *Luiz José de Mesquita*.

C) Acontratualismo: análise crítica — As teorias da relação de trabalho e do institucionalismo, embora construindo suas formulações a partir de um dado efetivo da realidade empregatícia — a parca margem de atuação aberta, na prática, ao exercício individual da liberdade e vontade pelo obreiro —, chegam a conclusões flagrantemente equivocadas.

A restrição fática (às vezes bastante intensa) da liberdade e vontade do trabalhador, no contexto da relação empregatícia concreta, não autoriza

relação de trabalho. A este respeito, reportar-se ao Capítulo “Contrato de Trabalho”, redigido por Délio Maranhão, na referida obra coletiva de SÜSSEKIND, MARANHÃO e SEGADAS VIANNA. *Instituições de Direito do Trabalho*, V. I, 8. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1981, p. 209.

(53) “O moderno aspecto institucional da relação de trabalho tem por objeto não uma prestação e uma correspondente contraprestação, mas sim uma colaboração econômico-social entre os membros da comunidade da empresa.” MESQUITA, Luiz José de. *Direito Disciplinar do Trabalho*. 2. ed. São Paulo: LTr, 1991, p. 14. Trata-se esta da mais famosa obra que a corrente institucionalista produziu no Direito do Trabalho brasileiro.

a conclusão simplista de que a existência do trabalho livre (e da liberdade, pois) e da vontade obreira não sejam da essência dessa relação jurídica. Afinal, a combinação de tais elementos (liberdade/vontade) é que exatamente permitiu a formulação da diferença específica da relação de emprego perante as demais modalidades hegemônicas de relação de produção no mundo ocidental anterior — servidão e escravidão. A presença dessa equação (liberdade/vontade) é que exatamente tem permitido à relação empregatícia dar origem a vertentes tão variadas e às vezes díspares de gestão empresarial interna, desde o antigo despotismo de fábrica, que era dominante no capitalismo industrial do século XIX e inícios do século XX, até fórmulas mais democráticas de gestão empregatícia que têm sido experimentadas no cenário empresarial contemporâneo em certas localidades e/ou empresas⁽⁵⁴⁾.

Na verdade, as duas correntes teóricas acima expostas, fiéis à inspiração autoritária que presidiu sua formulação e desenvolvimento, não conseguiam disfarçar seu intento antidemocrático, embora manifestado sob aparente argumento protecionista obreiro. Ao enfatizarem a estreiteza (real) da liberdade e vontade individuais obreiras no interior da relação de emprego, partem de um dado efetivo da realidade empírica, mas para alcançarem uma conclusão teórica equivocada e uma proposição política sumamente conservadora e autoritária.

O mesmo dado, recorde-se, foi apreendido pela teoria democrática (o dado da restrição à liberdade e vontade obreiras no contexto da relação de emprego); mas aqui foi apreendido para se chegar a conclusão distinta: apenas pela organização coletiva democrática dos trabalhadores é que estes poderiam passar a se equiparar, em termos de liberdade e vontade, em certa medida, ao ser coletivo empresarial.

Já o institucionalismo e a teoria da relação de trabalho apreendem a escassa liberdade e vontade obreiras para concluir que esses dois elementos não são relevantes à configuração da relação empregatícia, propondo, em seguida — em extensão à sua conclusão teórica —, uma concepção de gestão trabalhista sumamente autoritária, em que a liberdade e a vontade dos trabalhadores, de fato, não teriam de cumprir qualquer papel lícito ou ponderável.

(54) A respeito da questão do poder no contexto da relação empregatícia, com sua vertente clássica de “despotismo de fábrica” aos mais recentes experimentos de democratização intra-empresarial, ver DELGADO, Mauricio Godinho. *A Natureza Jurídica do Poder Empregatício*. Tese de Doutorado. Belo Horizonte: UFMG, 1994 (obra publicada sob o título *O Poder Empregatício*. 1. ed. São Paulo: LTr, 1996).