

RELAÇÃO DE EMPREGO E SUBORDINAÇÃO: RESGATE E RELEITURA

Bruno Pontes Sales¹

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. “Conceito” celetista. 3. “Conceito” celetista de empresa empregadora. 4. Capital com trabalho. 5. Comparação com os servidores públicos. 6. Subordinação e autonomia. 7. Exceções legais e factuais ao vínculo de emprego. 8. Críticas às decisões do STF. 9. Conclusão. Referências.

RESUMO: Este breve ensaio procurou desenvolver a compreensão da subordinação de forma, ao mesmo tempo, profícua e objetiva, em tempos de crise acerca da identificação da relação de emprego nos diferentes contextos em que a força de trabalho humana é apropriada por um terceiro que a utiliza em proveito próprio. Assim se procedeu em razão do sentimento de que, há tempos, mais principalmente hodiernamente, essa categoria jurídica tem sido compreendida de maneira equivocada, seja pela doutrina, seja, sobretudo, pela jurisprudência, cujos olhares têm se voltado mais para as suas manifestações cotidianas, que podem variar de empresas para empresas ou de modelos produtivos para modelos produtivos, do que para a sua essência enquanto realidade singular. Perpassando por uma análise cujo enfoque é especialmente a legislação trabalhista, para além da CLT, chegou-se à conclusão de que a subordinação – e, por conseguinte, a relação de emprego – é um fenômeno que abarca uma variada gama de trabalhadores, independentemente de sua maior ou menor intelectualidade, e que ela nasce no contato, via contrato, com a empresa, a despeito do que acontece no curso da respectiva relação.

Palavras-chave: Relação de emprego. Subordinação. Empresas.

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo tem por objetivo resgatar o cerne jurídico da subordinação – e, por conseguinte, da relação de emprego –, diante do que vem ocorrendo nos últimos anos, em que, de forma reiterada, tem-se negado, cada vez mais, a sua configuração nos relacionamentos trabalhistas. O ideário da reforma trabalhista, positivado principalmente pela lei 13.467/2017, consistente em flexibilizar o alcance

¹ Auditor-Fiscal do Trabalho, pós-graduado em Direito Material e Processual do Trabalho. Endereço para acesso do CV: <https://lattes.cnpq.br/9677100387446503>.

das regras imperativas do Direito do Trabalho, tem ecoado, detidamente, nas mais elevadas cortes nacionais, especialmente no STF, o qual tem validado outros modelos de contratação como se fossem equiparáveis, em importância, aos contratos de trabalho empregatícios.

A necessidade de combater esse movimento, na temática do Trabalho, perpassa pela reanálise e pela reconstrução dos elementos que realçam a existência jurídica do vínculo de emprego, uma vez que a sua compreensão mais detida é a reação mais adequada a resguardar o Direito do Trabalho e as suas regras e princípios. Se a relação de emprego é a principal via de acesso aos direitos fundamentais trabalhistas, nada mais natural do que ressaltá-la, no que devidamente ela é, como resposta às tentativas de desconstruí-la e como modo de impô-la, dogmática e deontologicamente, perante os cenários fático-jurídicos em que se faz presente.

O referido problema de pesquisa, ao sopesar diferentes aspectos, de índole constitucional e legal, delimitará as circunstâncias em que há relação de emprego e em que ela não ocorre, estabelecendo critérios, para além dos tradicionais, que permitam olhar o fenômeno de modo (pretensamente) mais totalizante. Ao final, por essa abrangência mais ampla, demonstrar-se-á porque, por exemplo, a “pejotização”, afiançada pelo STF, não é, como regra, uma alternativa viável ao contrato de trabalho, a não ser nas hipóteses em que se apresenta como uma verdadeira empresa, e não como mera força de trabalho.

O método de desenvolvimento das concepções aqui esposadas ampara-se, sobretudo, na apreciação qualitativa das normas trabalhistas, especificamente da CLT e das inovações legislativas trazidas pela reforma trabalhista, cotejando-as com algumas situações concretas do cotidiano que, nessa interface, lhes conferem uma interpretação mais apropriada. Ainda que as lições doutrinárias tenham dado todo o suporte para as conclusões firmadas nesta resenha, especialmente os conhecimentos de base, ousou-se ir além, apresentando uma abordagem que, acredita-se, é original e peculiar, pelo enfoque transversal que pretendeu realizar.

2. “CONCEITO”² CELETISTA

A CLT, como estatuto jurídico que disciplina a relação de emprego, define-a com base na conceituação dos seus sujeitos integrantes – os empregadores e os empregados. Ou seja, antes de apresentar o vínculo que faz nascer a situação jurídica empregatícia, ela os nomeia, como forma de facilitar a identificação da respectiva relação pelas pessoas que a compõem.

Art. 2º - Considera-se empregador a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviço.

Art. 3º - Considera-se empregado toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário.

Se se juntar as duas disposições conceituais em uma só, entrelaçando os seus termos principais, tem-se a seguinte síntese paradigmática e relacional: *empregador é toda a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal e dependente de serviços de natureza não eventual*. Par a par, os elementos do liame de emprego são identificados.

A expressão “admite” remete ao requisito da “pessoalidade”, no sentido de que aquela pessoa em particular foi a selecionada, dentre outras, para laborar naquele empreendimento contratante, e que é reforçada pela menção à “prestação pessoal”. O termo “assalaria” alude à “onerosidade”, que é a contrapartida sinalagmática dos serviços que o trabalhador presta ou coloca à disposição do empregador, e que é ratificada pelo signo “mediante salário”. “Poder diretivo” é a contraface da “subordinação”, que incide sobre a atividade exercida pelo empregado, e que é condensada pela fórmula “sob a dependência deste”. E “serviço não eventual” é de onde emana a “habitualidade”, que cria a expectativa da continuidade empregatícia, e que é asseverada pela ideia da empresa como uma atividade habitual que se organiza profissionalmente (SILVA, 2018).

Tomando em consideração cada um desses elementos, vê-se que, antes de enumerá-los, a CLT os conforma a partir do princípio da assunção dos riscos. Ao

² O entre aspas, usado aqui e no tópico seguinte, justifica-se porque, no desenvolvimento desta resenha, trabalhar-se-á com a ideia de “categoria”, e não de “conceito”.

preceder a admissão, o assalariamento e a direção dos serviços não eventuais pela expressão “assumindo os riscos da atividade econômica”, o código ontologicamente vincula cada um deles a um modo de ser – atrelado à avocação objetiva dos riscos pela empresa –, e não a um modo de se exercer. Explica-se.

Se uma determinada empresa contrata um trabalhador e promete remunerá-lo com dois salários-mínimos pelos serviços que irá prestar, pouco importa se, ao final do mês, a empresa irá cumprir a promessa e se o pagará ou não. A onerosidade já terá existido desde o início do contrato, justamente porque é a empresa que “assume os riscos da atividade econômica”, sendo o pagamento, portanto, mero modo de se exercer, e não a onerosidade propriamente dita.

Se, no mesmo sentido, a empresa admite o trabalhador, todavia, contrata-o sem aferir as suas qualidades pessoais e/ou profissionais ou por meio de interpostas pessoas ou, ainda, decepciona-se com o seu desempenho, é indiferente se essa desconfiança ou fungibilidade ocorreu no curso do contrato. A pessoalidade terá existido já no ato de contratação, visto que, se o empregador é quem assume os riscos do negócio, pressupõe-se que ele contratou alguém de sua fidúcia³ e, pois, eventual substituição ou troca ou penalizações do trabalhador ou, ao contrário, possíveis promoções ou aumentos de salários seus são meros modos de exercício da menor ou maior credibilidade obreira, e não a pessoalidade genuinamente e per si.

Se, simetricamente, a empresa contrata o trabalhador e, dois dias depois, demite-o, pouca diferença faz se ele laborou menos de uma semana ou em um período impreciso e bastante exíguo de prestação de serviços. A habitualidade estará presente desde o começo da relação, porquanto a não eventualidade, também condicionada pela assunção dos riscos, é materializável não pela perspectiva do trabalhador ou do *quantum* labora em um determinado módulo temporal – o que é mero modo de exercício –, mas sim segundo a ótica da empresa, que, por si, submetida a um constante risco (de êxitos e de insucessos), define quais atividades

³ Não é lógico supor que, tendo o risco de “quebrar”, o empregador contratará pessoa que sabidamente concorrerá para o seu fracasso. Logo, a pessoalidade é pressuposta.

suas, diretas ou mediatas, são habituais (é intuitivo que se assumam os riscos daquilo que se faz habitualmente).

Isso quer significar, numa interpretação lógica e sistêmica, que, se a onerosidade, a habitualidade e a pessoalidade são o que são não pela forma como se manifestam no dia a dia laboral – o que, naturalmente, pode variar de empresa para empresa –, mas pelo contrato (ou contato) que se dá entre o trabalhador e o empreendimento que assume os riscos do negócio, com a subordinação o raciocínio não pode ser diferente. Se a onerosidade exsurge com o trabalhador recebendo em espécie ou via salário *in natura*, ou por hora ou em comissão ou mesmo quando ocorrida a inadimplência; se a habitualidade existe com o trabalhador laborando todos os dias, ou dia sim, dia não ou semanalmente ou em regime intermitente; se a pessoalidade aparece com a empresa conhecendo ou não profissionalmente o trabalhador, contratando-o diretamente ou por intermediários ou via obrigação legal, como o caso dos PCDs; se é assim com todos os elementos empregatícios, com a subordinação o entendimento não pode ser outro.

Daí deflui-se que o poder diretivo que conforma a subordinação não precisa se manifestar fenomenologicamente – por meio de ordens, comandos, controles de jornada, cobranças diárias (...) – para que a subordinação emerja consequentemente. O simples fato de o poder diretivo existir, ainda que em potência ou em estado de latência, faz com que a subordinação já exista, como face oposta (GASPAR, 2016).

A CLT, nos arts. 62 e 74, enumera situações em que o controle de jornada não é aplicável a certas categorias de empregados ou em certas circunstâncias. Nem por isso, com liberdade de horário, os respectivos trabalhadores são considerados não subordinados e, pois, não empregados. São celetistas como quaisquer outros, mesmo sem uma fiscalização rígida de seus tempos de trabalho.

No art. 452-A, § 3º, a CLT prevê que o trabalhador intermitente pode se recusar à convocação patronal e aceita, no art. 443, § 3º, que o seu labor ocorra apenas em certas ocasiões. Novamente: nem por isso, os trabalhadores intermitentes deixam de ser subordinados e deixam de ser considerados inseridos num labor habitual. Portanto, são empregados como quaisquer outros.

No parágrafo único do art. 444, a Consolidação, ainda, positiva que o trabalhador com formação superior e com salário mais elevado pode acordar com a sua empresa a flexibilização de diversos direitos trabalhistas. De novo: mesmo assim, continua a ser considerado empregado e, portanto, subordinado como todos os demais.

Ademais, quando o trabalhador está com o seu contrato de trabalho suspenso, independentemente das causas que motivam a sustação laboral e a não quitação salarial, ele não deixa de ser empregado nessas circunstâncias – ele só deixaria de sê-lo se o seu contrato fosse rescindido, evidentemente. Se ele não deixa de ser empregado é porque os elementos que formatam a sua qualidade de empregado ainda estão presentes, mesmo que episodicamente eles não se manifestem tangivelmente. Ou seja, há ainda habitualidade, onerosidade, pessoalidade e subordinação. E, portanto, há subordinação mesmo com o trabalhador não se submetendo diretamente ao poder diretivo patronal.

Isso é assim porque, reitere-se, os elementos da relação de emprego são o que são não pelo modo como são exercitados, não pela maneira em que são externalizados. Eles são o que são pelo contato, pelo contrato tácito ou expresso que advém desse contato – do capital com o trabalho –, mas não por um contrato qualquer, e sim por um contrato qualificado pela assunção dos riscos da atividade econômica por um dos sujeitos contraentes. É exatamente porque a assunção dos riscos exsurge no momento do nascimento do contrato – desde a sua formação, o empregador já responde pelos riscos do negócio – é que os elementos da relação de emprego também já nascem nesse instante, simultaneamente.

Essa correlação “relação de emprego e contrato de trabalho” – e, portanto, “elementos da relação de emprego e contrato de trabalho” – é positivada na própria CLT, quando, no *caput* de seu artigo 442, sintetiza a correspondência do contrato à relação de emprego: “Art. 442 - Contrato individual de trabalho é o acordo tácito ou expresso, correspondente à relação de emprego”.

O grau, portanto, de “aparecimento tangível” da subordinação, da habitualidade, da pessoalidade e da onerosidade é irrelevante para fins de configuração do enleio empregatício. A manifestação concreta de cada um deles –

repõe-se, que varia de empresa para empresa, de modelo de produção para modelo de produção – não se confunde com o que eles realmente são. É justamente em função dessa premissa que se compreendem – ou que deveriam ser interpretados – o parágrafo único do art. 3º da CLT e o inciso XXXII do art. 7º da Constituição Federal – ou melhor, é a partir desses dispositivos que a presente premissa se funda –, os quais, reconhecendo que há diferenças entre os trabalhos manuais, técnicos e intelectuais, preceitua que essas distinções não são aptas a distinguir a condição de empregados.

CLT, art. 3º Parágrafo único - Não haverá distinções relativas à espécie de emprego e à condição de trabalhador, nem entre o trabalho intelectual, técnico e manual.

CRFB, art. 7º, XXXII - proibição de distinção entre trabalho manual, técnico e intelectual ou entre os profissionais respectivos.

Uma nota final de esclarecimento. É rigorosamente porque o empregador assume os riscos da atividade econômica que a ele compete dirigir a prestação pessoal de serviços não eventuais, admitir quem pode integrar-se ao seu empreendimento e assalariar, como dever, os escolhidos para trabalhar em seu favor. Ou: ele somente tem o poder de legitimamente dirigir a prestação pessoal dos serviços não eventuais, de admitir os trabalhadores e de assalariá-los porque é ele que, nesse processo, corre os riscos do negócio.

Há, intrinsecamente, portanto, uma relação de causa – assunção dos riscos – e de efeito – admissão, assalariamento e direção. E se a assunção dos riscos vem antes – se é um pré-requisito dos requisitos empregatícios –, alguma coisa deve também anteceder-lá, servi-lhe de suporte jurídico. Essa alguma coisa a CLT também prevê.

3. “CONCEITO” CELETISTA DE EMPRESA EMPREGADORA

O texto celetista, ao enveredar-se sobre quem assume os riscos da atividade econômica, o faz em relação à empresa, que pode ser individual (um empresário individual ou uma empresa isoladamente considerada) ou coletiva (um conjunto de empregadores que atuam consorciados ou coligados). A empresa então vem antes

da assunção dos riscos, ela é condição de possibilidade para a avocação dos riscos do negócio.

Elá é, pois, o Capital personalizado, é a conjunção dos fatores de produção, que, amealhados em favor da realização de uma atividade empresarial, organiza-se admitindo, assalariando e dirigindo a prestação pessoal e dependente de serviços não eventuais. Precisamente porque consubstancia ou tem a pretensão de consubstanciar essa universalidade fática de bens e de direitos, com destinação unitária, é que, automática e intuitivamente, a empresa absorve os riscos empresariais. Aliás, ela primeiramente se constitui, exsurge material e imaterialmente, para, existindo, correr o risco de deixar de existir.

A assunção dos riscos, assim, surge a partir do nascimento da empresa enquanto empresa, e essa imbricação transforma-a em empregadora no exato momento em que o trabalho alheio é por ela integrado ao seu empreendimento, o que, só por este fato, torna-o dirigível, remunerável e pessoalizável. Irrompe, portanto, de forma objetiva, em virtude de, como característica do Capital, não se avaliar as suas intenções ou desígnios, mas o fato em si de beneficiar-se do serviço alheio (VILHENA, 2005).

Há, portanto, nessa confluência, uma escala sequencial que faz brotar a relação de emprego, contida e resumida na seguinte fórmula: empresa -> assunção dos riscos -> admissão, remuneração e direção da prestação pessoal e dependente dos serviços não eventuais (por meio do contrato).

Entrementes, como essa equação se dá no contexto mais amplo do mercado, que pressupõe a circulação de bens e serviços, a empresa – que assume os riscos – não é criada deslocada do ambiente onde inserida, como se nada influenciasse a sua constituição. Ela é contagiada pela dinâmica interna – e externa – das leis da oferta e da procura, buscando atender a demandas sociais (ou mesmo criá-las), as quais, *pari passu*, a vinculam aos anseios da sociedade civil e consumidora que precisa dos bens e serviços que ela produz.

A empresa empregadora, portanto, posicionada como um agente econômico relevante, funciona, nesses meandros, como um mediador entre os seus empregados

e os clientes que atende, tomando o serviço daqueles em favor destes. O empregador é, pois, a figura que, ao mesmo tempo, concentra em si uma relação de trabalho, com seus empregados, e uma relação de consumo, civil ou empresarial, com seus consumidores, contraentes e parceiros, respectivamente.

Isso quer significar que o empregador celetista é sempre (com as ressalvas adiante descritas) o sujeito que toma os serviços dos trabalhadores, apropria-se dos seus resultados e disponibiliza os serviços e bens produzidos no mercado consumerista, civilista ou interempresarial. Se ele não cumpre com esse papel e os serviços dos trabalhadores se exaurem na própria empresa, sem projetar-se para a troca econômica no mercado – ou seja, se ele não se comporta como um mediador ou intermediador –, não há a configuração de um tomador de serviços e, por conseguinte, de um empregador nos moldes da CLT⁴.

Tomam-se alguns exemplos para mais refinada elucidação. Suponha-se que uma determinada pessoa jurídica construa um prédio, com várias salas comerciais, cuja finalidade seja alugá-las tão somente para os diversos profissionais da área médica ou de saúde existentes na respectiva cidade. E imagine-se que todas as salas sejam devidamente ocupadas – por pediatras, psicólogos, ortopedistas, cardiologistas, fonoaudiólogos, fisioterapeutas, entre outros –, e os valores dos aluguers, mensalmente pagos.

Nessa hipótese, a pessoa jurídica não atua como uma mediadora entre o trabalho dos profissionais liberais e os pacientes que vão consultá-los. Ela não estabelece com os enfermos uma relação de consumo e nem com os profissionais de saúde, uma relação de trabalho. Em realidade, a relação é direta, pelo contato, entre os respectivos profissionais e os pacientes, com a pessoa jurídica ficando à margem de qualquer relação que não a locatícia avençada com aqueles primeiros. Logo, ela não é tomadora de serviços – uma vez que ela somente poderia tomar para si um serviço que integra o empreendimento que dirige (e no caso o seu negócio é meramente a locação de imóveis comerciais) – e, por conseguinte, também não é empregadora.

⁴ Diz-se “nos moldes da CLT”, porque há exceções em outras leis trabalhistas.

Se, diferentemente, a edificação fosse construída por esta pessoa jurídica para funcionar como um hospital, com diversas salas servindo como consultórios – e estas salas fossem ocupadas por diferentes profissionais de medicina –, o cenário jurídico seria outro. Nesse caso, as pessoas vão ao hospital não para procurar o profissional A ou B, mas sim para serem atendidas pela estrutura hospitalar, que, aí sim, por meio de seu corpo médico, avalia-as acerca de seus estados de saúde física e mental. O hospital, portanto, posiciona-se na qualidade de tomador de serviços, porquanto mediaria a assistência à população civil, no aspecto da relação consumerista com ela estabelecida, e a direção dos serviços dos profissionais contratados, via relação trabalhista com eles firmada.

O hospital, nesse caso, como capital vivo, com os fatores de produção organizados para o propósito de desempenhar a atividade hospitalar, caracteriza-se como uma empresa – assumindo, nesse instante, os riscos da atividade econômica –, que toma os serviços de todo aquele que com a mera força de trabalho nele se insere, admitindo-o, dirigindo-o e assalariando-o, objetivamente, só por este fato. Nesse contexto, situa-se como um genuíno empregador, amoldado ao conceito celetista ora debatido.

Um dado de realce acerca desse ponto. O fato de a empresa ter que ser uma tomadora de serviços para que possa se qualificar como empregadora refere-se a atividades fins e meios que compõem cotidianamente o seu empreendimento, a atividades que ela toma e aplica constantemente no seu processo produtivo, de modo principal ou secundário. Ainda que a atividade em si seja acessória e não seja ela o que se comercializa no mercado – como os serviços de limpeza em um escritório de advocacia, por exemplo –, ela, se habitual, é “tomável” pelo empregador na estrutura mais ampla de sua empresa, interagindo com os demais fatores de produção que integram aquela organização. Ao final, converge para o produto que será comercializado no mercado em que se insere aquela unidade econômico-produtiva em particular.

Nesse sentido, as atividades instrumentais de caráter episódico – como uma manutenção em um computador da sociedade de advogados – ou que não compreendem a sua dinâmica produtiva, nem como atividade fim, nem como

atividade meio – como os serviços de instalação de internet em uma fábrica de calçados –, não pertencem ao conceito de tomador de serviços, visto que, não se enquadrando habitualmente no empreendimento, não são tecnicamente “tomáveis” pela empresa. Nesse aspecto, se não há apropriação dos serviços alheios com a conotação da assunção dos riscos – como tomador de serviços, portanto –, não há relação empregatícia, havendo, quando muito, uma relação de consumo ou de natureza civilista.

A base para tais conclusões é extraída intuitivamente da lei 6.019/74, com as alterações trazidas pelas leis 13.429/2017 e 13.467/2017. Ao versar sobre a terceirização, a referida norma evidencia que os serviços que são tomados são aqueles que já são de titularidade da contratante, como atividades fins e meio, e não as atividades que são estranhas ao tomador.

Art. 4º-A. Considera-se prestação de serviços a terceiros a transferência feita pela contratante da execução de quaisquer de suas atividades, inclusive sua atividade principal, à pessoa jurídica de direito privado prestadora de serviços (...) (grifos nossos).

Se o que se toma é a atividade de domínio da organização contratante e se a consequência do descumprimento dos termos legais é a possibilidade de reconhecimento de vínculo empregatício, é porque somente pode ser empregadora quem faticamente toma os serviços. Não fosse assim, a contratante de serviços terceirizados (ou temporários) nem por hipótese poderia ser ventilada como entidade empregadora, mas ela somente o é, nas circunstâncias de inobservância da lei 6.019/74, exatamente porque, antes de qualquer coisa, ela é uma tomadora de serviços.

Para efeito de esclarecimentos complementares e para melhor precisão das definições ora esposadas, saliente-se que, como o empregador assume os riscos da atividade econômica, a empresa que é empregadora não é somente aquela que, tecnicamente, se configura como tal, registrando seus atos constitutivos na junta comercial, mas qualquer pessoa, física ou jurídica, que, efetivamente, desenvolve uma atividade econômica, ainda que sem fins lucrativos⁵. Mesmo aquelas entidades

⁵ Ter fins lucrativos é partilhar os lucros provenientes da atividade realizada, o que não se confunde com a execução de atividade econômica, a qual, visando à circulação de bens e serviços, pode ou não ter fins lucrativos.

que, formalmente, se qualifiquem como pessoas não empresariais – como as sociedades simples e as associações – serão categorizáveis como empregadoras se, para além de tudo o que já foi dito, realizarem faticamente a circulação de bens e serviços no mercado (PRAGMÁCIO FILHO, 2018). O cerne, portanto, é a execução de atividade econômica, até porque é a respeito dela que os riscos, pelos empregadores, são objetivamente assumidos – os riscos⁶ são da atividade econômica e não de atividade não econômica⁷, registre-se.

Essa conclusão promana do § 1º do art. 2º da CLT, que, ao lidar com esse tema, equipara a empregador as pessoas não empresariais: “Equiparam-se ao empregador, para os efeitos exclusivos da relação de emprego, os profissionais liberais, as instituições de beneficência, as associações recreativas ou outras instituições sem fins lucrativos, que admitirem trabalhadores como empregados”.

Acresça-se ainda, por honestidade intelectual, que, também por esse dispositivo, a CLT, especialmente quando fala em “instituições de beneficência”, cria exceções, abrindo ressalvas à possibilidade de ser empregador quem não exerce atividade econômica (como são os casos de sindicatos ou de organizações não governamentais). Nesses casos, não se exige que a entidade realize algum comércio ou função mercantil, mas apenas que ela seja uma organização pré-constituída e que os elementos do vínculo de emprego estejam presentes, nos moldes destacados neste ensaio – daí porque a sua parte final aludir à condição “admitirem trabalhadores como empregados”.

É esse trecho final que, aliás, permite a compatibilização desta constatação com a lei 9.608/98, que regula o serviço voluntário. Como nesta e no § 1º do art. 2º da CLT há referência a instituições que não desenvolvem atividades econômicas – naquela não se prevendo o vínculo e nesta, sim –, a diferença reside justamente nas unidades que formatam a relação de emprego, mais especificamente na onerosidade empregatícia. É a verificação se a integração pessoal e dependente do trabalhador à

⁶ Os riscos são de qualquer tipo que provenham da atividade econômica, e não apenas riscos de natureza econômica. Se fosse assim, o princípio seria “assunção dos ‘riscos econômicos da atividade’”, o que não é o caso.

⁷ Não à toa, a lei 9.608/98 contempla como trabalho voluntário – logo, não empregatício – aquele prestado a entidades com objetivos cívicos, culturais, educacionais, científicos, recreativos ou de assistência à pessoa, como mencionado no seu art. 1º, ou seja, com fins não econômicos.

atividade habitual da entidade se deu de forma onerosa, por meio da previsão do assalariamento, o ponto nodal de recorte.

Por derradeiro, ressalte-se que há ainda outras exceções as quais, por força de leis especiais, o contratante se caracteriza como empregador, apesar de não exercer uma atividade econômica propriamente dita. São exemplos os casos dos empregadores domésticos e das Casas-Lares, em relação, respectivamente, aos trabalhadores domésticos e às mães-sociais. De todo modo, são hipóteses cuja base normativa é outra – LC 150/2015 e lei 7.644/87, respectivamente –, e não a CLT, a justificar, portanto, outro tipo de análise.

4. CAPITAL COM TRABALHO

O modelo de formação da relação de emprego preconizado pela CLT, em que uma empresa tomadora de serviços, correndo os riscos do negócio, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal e dependente de serviços não eventuais, pressupõe um contato, via contrato, entre a organização empresarial e o trabalho efetivo ou disponível dos trabalhadores. Parte da premissa de que o Capital, já organizado, se encontra com o Trabalho, que dele depende, e de que, dessa fusão, o liame empregatício floresce. O relacionamento é, pois, sempre entre Capital e Trabalho (PORTO, 2009).

Disso infere-se que, enquanto o empregador suplementa o seu empreendimento com diversos e variados subsídios, impulsionando-o com influxos de diferentes aspectos, o trabalhador adentra nessa organização, pré-constituída, somente com a sua força de trabalho, daquela dependendo para que o seu labor produza valor econômico – daí a CLT dizer, na parte final do art. 3º, que o empregado está “sob a dependência deste (empregador)”. Como ele só (ou principalmente) introjeta a sua força laborativa – manual, técnica e/ou intelectual –, o trabalhador acaba sendo conformado pela força impositiva daquela organização, que tendo um modo de funcionar – um *modus operandi* próprio – condiciona todos aqueles que nela se imiscuem, de forma objetiva e a despeito da maior ou menor autonomia obreira. O

trabalho, pois, como mais um fator de produção, apenas se amalgama nesse emaranhado organizativo, a ele se submetendo pela realidade, em si, da dinâmica empresarial.

Essa lógica, contudo, não é seguida, quando, na relação formatada, o encontro se dá não entre Capital e Trabalho, mas sim entre Capital e Capital. Se duas ou mais empresas estabelecem uma sinergia de tal modo que cada uma delas se apresente como uma organização, como são os casos de grupos econômicos e terceirizações genuínas, não há relação de emprego, ainda que haja traços de manifestação de subordinação entre elas. Explica-se.

No caso de agrupamentos econômicos do tipo hierárquico (comumente chamado de vertical), há, no entrosamento empresarial, seres econômicos menores que orbitam em torno da empresa central, a qual, por sua influência e poder, dá o ritmo do processo produtivo entrelaçado ou encadeado. Há, pois, pela empresa principal, direção e controle das demais ou, pelas empresas satélites, dependência ou subordinação da empresa matriz. E simplesmente porque a relação aí é entre Capital e Capital, ainda que alguns deles sejam de menor expressão, é que não há laço empregatício entre a empresa central e os sócios das empresas menores.

Do mesmo modo, na hipótese de uma terceirização, em que a tomadora de serviços delega a execução de uma atividade sua a uma empresa prestadora de serviços, é possível que essa conexão se dê com uma ingerência maior da contratante sobre a contratada, haja vista o seu processo produtivo se comunicar com a atividade trespassada à empresa terceirizada. Mesmo assim, não há laço empregatício entre a tomadora e os sócios da prestadora de serviços, uma vez que, novamente, a relação é estabelecida entre Capital e Capital.

Dizer que a ligação é entre Capital e Capital significa aludir ao fato de que há um contato entre organizações efetivas no seu todo, que interagem, cada qual, levando consigo não somente a sua mão-de-obra, mas todos os fatores de produção que as caracterizam como tal. Há um empreendimento que dispõe de seu pessoal, de sua logística, de seus insumos, de seus aspectos administrativos, de sua clientela, de sua marca, de suas máquinas, enfim, de seu *know how*, e há um outro que é titular dos mesmos atributos, ainda que em graus diferentes e em condições econômicas

diversas. A sinergia é, pois, entre empresas propriamente ditas, com cada uma assumindo os riscos da sua atividade econômica.

Quando, ilustrativamente, a lei 6.019/74, com as modificações perpetradas pelas leis 13.429/2017 e 13.467/2017, positiva que a empresa prestadora de serviços deve ser uma pessoa jurídica empresarial (art. 4º-B, I e II), com um capital social mínimo (art. 4º-B, III) e idoneidade financeira (parte final do *caput* do art. 4º-A), e que ela assume a atividade repassada pela tomadora (parte inicial do *caput* do art. 4º-A) – e não que atua meramente como fornecedora de mão-de-obra –, a norma está reforçando essa premissa. Ela pressupõe que a empresa prestadora é um Capital, inclusive com seus empregados, e que a tomadora, mesmo pessoa física, é outro Capital, que se relaciona com ela numa empatia Capital-Capital. Daí conclui que não há vínculo de emprego entre os sócios da terceirizada e a contratante dos serviços. “Art. 4º-A, § 2º Não se configura vínculo empregatício entre os trabalhadores, ou sócios das empresas prestadoras de serviços, qualquer que seja o seu ramo, e a empresa contratante” (grifos nossos).

Quando, ao contrário, esse Capital não se apresenta como tal e, ao invés de assumir a atividade transferida por meio de seu *know how*, atua simplesmente cedendo mão-de-obra – como se fosse uma agência de empregos ou intermediadora de trabalhadores –, há, a partir de então, uma relação diversa – de Capital e Trabalho – a atrair, aí sim, potencialmente, a declaração de vínculo de emprego com a contratante. Por presumir que há, nessa toada, uma tentativa de fraude, a buscar esconder a natureza verdadeira da relação, é que a ordem jurídica veda expressamente a prática da interposição de mão-de-obra (ressalvado o trabalho temporário), como, por todas, a lei 12.690/2012 coíbe: “art. 5º A Cooperativa de Trabalho não pode ser utilizada para intermediação de mão de obra subordinada” (grifos nossos).

Retomando, em termos, o exemplo do hospital mais acima referido, imagine-se, agora, que os médicos que lá atuam o fazem não somente por meio de sua força de trabalho, mas trazendo, para dentro da organização hospitalar, sua estrutura profissional. Suponha-se que eles, ainda que se utilizem da infraestrutura do hospital, tenham uma equipe própria – cooperativada ou não, com instrumentista, enfermeiros

e secretaria –, uma clientela sua, com quem define o preço de seus serviços, uma contabilidade à parte, que controla as emissões de notas fiscais e os encargos devidos, um consultório particular, onde atende os pacientes antes e após as cirurgias realizadas no nosocômio (...), enfim, uma vida independente que vai além do hospital e que tem nele mais um apoio circunstancial do que uma necessidade premente de dele depender para o seu trabalho adquirir valor econômico.

Nesse caso, a relação não é Capital e Trabalho, e sim Capital e Capital, ainda que se possa aferir que o hospital, do ponto de vista econômico, tenha maior relevância enquanto organização empresarial. Se os serviços dos médicos se integram ao hospital como empresa – e não somente como trabalho –, eles automaticamente assumem os riscos do negócio, e, exatamente por esta qualidade, não são dirigíveis pelo hospital, já que o poder diretivo pressupõe, antes, a assunção isolada dos riscos pelo contratante. Logo, não são juridicamente categorizáveis como possíveis empregados da unidade hospitalar.

5. COMPARAÇÃO COM OS SERVIDORES PÚBLICOS

As conclusões até aqui exaradas acerca das propriedades que participam da formação da relação de emprego – uma organização pré-constituída que assume os riscos + uma organização que se qualifica como tomadora de serviços + uma organização que incorpora a força de trabalho dos trabalhadores + uma organização que, por tudo isso e na contratação, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviços não eventuais – aparecem também na relação firmada entre a Administração Pública e os servidores por ela empossados. Justamente pela similitude, é que, não à toa, em certas municipalidades, adota-se o regime empregatício para os servidores contratados, que passam a ser conhecidos como servidores públicos celetistas.

Se se bem observar, na relação jurídico-estatutária entre o funcionário público e a entidade administrativa, todos os elementos do vínculo de emprego fazem-se presentes. Há pessoalidade, porque a pessoa dos servidores é selecionada via concurso público; há onerosidade, em virtude de serem remunerados por

vencimentos ou subsídios; há não eventualidade, porquanto integram uma carreira pública habitual da Administração Pública; e há subordinação, uma vez que devem obediência às diretrizes da instituição onde laboram. Apenas não são considerados empregados porque, por lei, o regime jurídico tutelar aplicável é o estatutário, assim definido por política legislativa e com base no texto constitucional.

Os servidores públicos são, desde o início, qualificados como servidores públicos a partir de suas posses. O ato de assinatura do termo de posse transforma o antes indivíduo/cidadão comum em servidor público, que, nesse instante, automaticamente, torna-se subordinado à Administração Pública. Pouco importa se o tipo de serviço que irá realizar será fiscalizado diretamente ou de modo remoto, se por hora ou por resultado, se trabalhará dentro da unidade administrativa ou se realizará serviços externos. O simples fato de integrar-se a uma estrutura já organizada para funcionar sob determinados propósitos, por meio do ato de posse, faz, nessa senda espaço-temporal, ele assumir qualitativamente a condição de um trabalhador subordinado – no caso, um subordinado estatutário –, independentemente do que ocorrer depois.

Um professor em uma universidade pública, um médico em um hospital público, um analista judiciário em uma vara judicial, um auditor-fiscal em um posto fiscal, um policial civil em uma delegacia, um perito do INSS em uma unidade previdenciária (...), todos, sem exceção, apesar do modo diverso e particular de execução de seus serviços, são servidores públicos, e, portanto, são subordinados (além de seus serviços serem onerosos, pessoais e habituais). O que os faz serem subordinados não é o maior ou menor grau de autonomia com que exercem cotidianamente suas funções – até porque, a rigor, a liberdade de cátedra de um docente, por exemplo, por si, já lhe confere essa autonomia, o que não ocorre com um técnico judiciário, que tem que despachar as decisões judiciais e dar andamento à marcha processual, e que diverge da dinâmica de um auditor-fiscal do trabalho, que se vincula ao cumprimento das ordens de serviço emitidas, decidindo o melhor dia e horário para executá-las. O que os impõe, de cima para baixo, a qualidade de subordinados é o simples fato de terem sido empossados, passando, desde então, a

integrarem uma correia de transmissão que toma os seus serviços e os oferta ao público em geral.

Se, portanto, o servidor público é um trabalhador inserido numa relação subordinada, habitual, onerosa e pessoal desde o mero ato de posse – porque se trata de um modo de ser, e não de se exercer –, por que que, em relação ao empregado, que também se imiscui numa relação subordinada, habitual, onerosa e pessoal, o recorte de análise seria diferente? Se a Administração Pública decidir, com base em eventual lei, por si, contratar o seu pessoal pelo regime da CLT (como ocorre em suas empresas estatais), e eles passam a ser considerados servidores públicos celetistas ou empregados públicos a partir do ato de posse / de admissão, por que que, com os empregados da iniciativa privada, a apreciação jurídica seria discrepante?

Ora, trazendo essas reflexões para a senda privada – por um paralelismo necessário –, fica evidente que o trabalhador é empregado desde o momento em que é contratado, expressamente ou tacitamente, e que, pois, desde a contratação, se ele é empregado, ele já é subordinado (se não, não seria empregado). A subordinação está, então, na própria contratação – assim como a habitualidade, a onerosidade e a pessoalidade –, na integração que ocorre pela fusão da força de trabalho do trabalhador a um empreendimento que lhe é alheio, que já o dirige pela realidade em si de assumir os riscos do negócio, ainda que essa direção não se manifeste, visivelmente, em atos concretos.

Assim, incorre em erro quem insiste em analisar os elementos da relação de emprego – especialmente a subordinação – olhando para atos de exercício, para formas de exteriorização, para o fato de o trabalhador bater ou não bater ponto, se ele faz ou não o seu horário. Quando muito, são meros indícios, sinais da presença do vínculo, mas longe, muito longe, de explicar o fenômeno empregatício em toda a sua extensão. Aliás, às vezes, eles escondem a realidade das coisas, e corroboram, pois, para a ocorrência de práticas fraudatórias.

Um exemplo. O trabalhador de alto escalão, que gerencia o estabelecimento com base no art. 62, II da CLT, ocupa um cargo de gestão, contrata, demite e penaliza os empregados da empresa, quando necessário. Se se olhar para esse trabalhador

com um foco meramente na maneira como ele exerce as suas funções, ele jamais seria qualificado como um empregado, porquanto, em aparência, ele não se subordina – ao contrário, parece mais que subordina os outros. Contudo, a CLT em nenhum momento negou a sua qualidade de empregado – quando muito, flexibilizou alguns de seus direitos, como o controle de jornada –, e se não elidiu essa sua qualificação é porque ele é subordinado (de novo, se não fosse subordinado, não seria empregado). A sua condição empregatícia, assim, não está no exercício, mas sim na sua essência, que está no ato jurídico da contratação.

Isso quer significar que os conceitos a serem dados aos elementos constituidores do vínculo de emprego não devem se atrelar ao modo de execução em si das atividades, mas contemplar uma perspectiva que apreenda esses elementos desde a contratação dos trabalhadores. Isso pressupõe olhar para o todo, para a empresa tomadora de serviços que assume os riscos do negócio e para os trabalhadores que se engajam em sua organização. E isso é olhar para realidade – para a primazia da realidade –, que não se vislumbra com formalidades e nem se ilude com efeitos (o modo de se exercer⁸), mas que busca, o tempo todo, a essência em si das coisas objeto de análise (o modo de ser).

Assim, propõe-se, para cada um dos requisitos, as seguintes compreensões. A) O trabalho é não eventual quando ele integra as atividades habituais da empresa, principais ou acessórias, ainda que por meio de contrato a termo (certo ou incerto), de modo intermitente ou sazonal ou em sociedades de existência provisória. B) O trabalho é pessoal quando ocorre o ato de admissão, de forma expressa ou tácita, com a fidúcia especial do trabalhador pressupondo-se existente no momento da seleção. C) O labor é oneroso quando o ato de admissão se baseia na reciprocidade de obrigações, com o trabalhador devendo laborar para o empregador – uma obrigação de fazer – e este com o dever jurídico de remunerá-lo – uma obrigação de pagar (salários), principalmente. D) E o trabalho é subordinado quando a força de trabalho do trabalhador, nessa qualidade, integra-se⁹ a um empreendimento já

⁸ No contrato de comissão, por exemplo, o comissário recebe, no curso da relação, instruções e ordens do comitente – art. 695 do Código Civil –, e nem por isso ele é empregado.

⁹ A força de trabalho do trabalhador adere ao empreendimento. Não à toa, a relação de emprego se dá, como regra, no âmbito de um contrato de adesão.

constituído, que, pelo fato de já ser organizado para um fim com assunção dos riscos, conforma todos os fatores de produção para esse mesmo escopo, aí incluído o trabalho obreiro, tomando o seu serviço e projetando-o no mercado de bens e serviços (DELGADO, 2016).

Par a par, se se trocar a empresa pela Administração Pública ou pelas empresas estatais, esses conceitos amoldam-se perfeitamente também à qualidade jurídica dos servidores e dos empregados públicos. Ou seja, são abordagens dos elementos fático-jurídicos que aproximam os dois sistemas – e que deve ser assim, porque empregados e servidores pertencem à classe dos trabalhadores –, e que diferem apenas no que tange ao regime tutelar aplicável.

6. SUBORDINAÇÃO E AUTONOMIA

A concepção até aqui construída de subordinação, relacionada à inserção do trabalhador, somente ou principalmente, com sua força de trabalho, em uma organização pré-constituída, que, por este fato, tem o poder, decorrente da assunção dos riscos, de dirigir a prestação pessoal dos serviços, não é atrelada à discussão sobre o conceito de autonomia. A subordinação não é, pois, – ou pelo menos não deveria ser – assentada como o lado oposto da autonomia (às vezes, ao contrário, elas andam de mãos dadas). E isso por inúmeras razões.

Em primeiro lugar, porque, se a subordinação empregatícia é a porta de entrada para o reconhecimento do vínculo de emprego, o qual, por sua vez, assegura aos trabalhadores diversos direitos fundamentais (conforme o art. 7º da Constituição), não faz sentido que, por outro lado, ela obste o direito, também fundamental, de eles se expressarem autonomamente, numa perspectiva de liberdade de trabalho. É paradoxal que a subordinação confira um *status* jurídico-social relevante aos trabalhadores, mas que, em contrapartida, compense essa posição com a redução de sua liberdade de manifestação na sua prestação de serviços.

Vários exemplos confirmam a convergência entre ambas as categorias jurídicas. Um professor empregado em uma escola particular, não obstante seja

subordinado, tem autonomia na execução da atividade de docência, manifestada na sua liberdade de cátedra. Um médico empregado em um hospital privado, apesar de ser subordinado, tem autonomia na execução de seus ofícios, consistente na liberdade de decidir por um ou outro tipo de tratamento ou, pela anamnese, em receber ou não algum medicamento, o que decorre da famosa cláusula do “a critério médico”. Um engenheiro civil empregado, a despeito de ser subordinado, tem autonomia para emitir ou não um laudo sobre o projeto estrutural da edificação ou para modificá-lo ou, ainda, para declarar se a execução está ou não em conformidade com o que foi projetado, o que resulta de sua liberdade técnica de validar ou não aquela construção. Em todo tipo de atividade intelectual (principalmente), há uma margem maior ou menor de atuação do profissional que, em si, deriva da própria intelectualidade oriunda da profissão, que se expressa em um agir mais ou menos livre. A natureza dessas funções vincula-se diretamente a uma autonomia per si na prestação de serviço, que, não obstante, não desnatura a subordinação.

Indo além, quando se analisa a lei 9.279/96, que regula os direitos e as obrigações relacionadas à propriedade industrial, vê-se que ela trata, no art. 91, da hipótese em que o invento e o modelo de utilidade são de propriedade comum do empregado e do empregador. Trata-se de situação em que, em que pese o processo inventivo não faça parte direta do objeto do contrato de trabalho, o trabalhador cria algo fazendo uso de recursos oriundos da empresa onde labora.

Art. 91. A propriedade de invenção ou de modelo de utilidade será comum, em partes iguais, quando resultar da contribuição pessoal do empregado e de recursos, dados, meios, materiais, instalações ou equipamentos do empregador, ressalvada expressa disposição contratual em contrário.

Se se tomar em consideração que, nessa conjuntura, o trabalhador, sem perder a sua condição de empregado (subordinado, portanto), cria algo, no curso da relação empregatícia, por meio dos fatores produtivos disponíveis do empregador, fica evidente que ele assim age porque detém certo grau (elevado, a propósito) de autonomia. Ao mesmo tempo em que cumpre o seu fim contratual, do qual exsurge a sua subordinação, concilia o seu mister com a tarefa inventiva, que expressa sua autonomia. A solução legislativa de compartilhar a titularidade do invento entre empregador e empregado exprime, a um só tempo, que, nesse enleio empregatício, subordinação e autonomia podem caminhar juntas.

Em segundo lugar, subordinação e autonomia não são auto excludentes também em função das regras e dos princípios de ergonomia, que preconizam que a empresa, ainda que estabeleça as diretrizes de funcionamento do empreendimento, deve adaptar as condições de trabalho às características psicofisiológicas dos seus empregados. Isso aparece tanto na NR-17, como, indiretamente, na parte final do parágrafo único do art. 456 da CLT.

NR-17, item 17.3.1 A organização deve realizar a avaliação ergonômica preliminar das situações de trabalho que, em decorrência da natureza e conteúdo das atividades requeridas, demandam adaptação às características psicofisiológicas dos trabalhadores, a fim de subsidiar a implementação das medidas de prevenção e adequações necessárias previstas nesta NR.

CLT, art. 456, parágrafo único. A falta de prova ou inexistindo cláusula expressa e tal respeito, entender-se-á que o empregado se obrigou a todo e qualquer serviço compatível com a sua condição pessoal (grifos nossos).

A diferença entre trabalho prescrito, que é o imposto pelo empregador, e trabalho real, que é o efetuado na prática pelos empregados, pressupõe, sempre, uma margem de atuação do trabalhador que vai além do dirigismo empresarial, cujo *locus* é a manifestação da autonomia obreira exatamente na prestação de serviços. O modo de realizar um determinado serviço, previsto em regulamentos ou em instruções operacionais da empresa, não se conforma, como regra, à realidade abundante da unidade produtiva, que impõe, objetivamente, que o vazio não preenchido de determinada atividade, formalmente concebida, seja completado pela autonomia do trabalhador, ao realizar o trabalho real – ou mesmo que ele tenha que agir em contrariedade aos procedimentos formais, muitas vezes impraticáveis.

A necessidade, assim, de, por imperativo das normas de segurança e saúde ocupacional, a organização ter que considerar essa autonomia obreira, porque somente assim adapta-se às características psicofisiológicas dos trabalhadores, clarifica que o trabalho subordinado sempre tem um nível de autonomia que lhe é inherente. A empresa, aliás, conhecendo que essa autonomia, às vezes, estimula a busca pelos empregados de atalhos, os quais, em alguns casos, podem ensejar acidentes, deve, em sua gestão de riscos ocupacionais, antecipar-se a essas precipitações, o que significa dizer que, na direção do empreendimento, a empresa, simultaneamente, sopesa a convivência da subordinação com a autonomia.

Em terceiro lugar, a subordinação e a autonomia laborais são ainda compatíveis porque tudo depende do modelo de gestão adotado pelo empreendimento, que pode se manifestar mais rígida ou flexivelmente, por si ou via terceiros, ou mesmo sem se mostrar, ficando num estado de latência ou de constante *potentia*. A liberdade de iniciativa das empresas, portanto, pode conformar regimes de trabalhos que, acompanhados da subordinação, concedam mais ou menos liberdade aos trabalhadores (GASPAR, 2016).

Se a empresa se organiza de forma centralizada, ela pode, diretamente por seus proprietários ou gerentes, fiscalizar o serviço de seus empregados, como ocorre em empreendimentos de menor porte. Se ela formata um sistema do tipo fordista, ela controla os serviços deles por meio da cadência de suas máquinas, como ocorre em certos setores das empresas frigoríficas. Caso ela delegue suas atividades para pessoas interpostas ou permita que seus empregados laborem em suas residências ou que façam uso de tecnologia da informação (TI) – num sistema similar ao toyotista –, ela os gerencia por meio de seus resultados, como ocorre nos trabalhos em domicílio ou nos teletrabalhos. Se ela faz uso de TI nos serviços virtuais e à distância, ela monitora o trabalho dos empregados via clientes ou consumidores, por meio de pesquisas de satisfação e/ou de avaliação dos atendimentos, como ocorre com as operadoras de telefonia (ou similares) que, no final da ligação, pedem que se dê uma nota ao serviço prestado (...) (OLIVEIRA, 2014).

Em todas essas hipóteses, a medida da autonomia varia de empresa para empresa e a sua existência mais tênue ou mais intensiva não interfere na consubstancialização da subordinação. Não à toa, o parágrafo único do art. 6º da CLT, captando essa realidade, preceitua que a subordinação, de diferentes modos, se faz presente, sem qualquer consideração acerca da maior ou menor intensidade da autonomia obreira. “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 Constituição, diga-se, para além do art. 62, II da CLT, versifica, ainda que excepcionalmente, que o trabalhador tem direito, na forma da lei, de participar da gestão da empresa. É o que diz a parte final do inciso XI do art. 7º da Constituição:

“(...) excepcionalmente, participação na gestão da empresa, conforme definido em lei” (grifos nossos).

Mesmo que esse dispositivo não tenha sido ainda regulamentado, dele se nota que, se este trabalhador é um empregado (assim, um subordinado) e a empresa adota um esquema em que ele se envolve na gestão, colaborando na administração e/ou direção do negócio, há, por parte deste trabalhador, uma excessiva carga de autonomia (mais que um “pejota” ou que um MEI, por exemplo), sem que ele perca a condição de empregado e, portanto, de subordinado. A jurisprudência, que defende que, em hipóteses como esta (ou assemelhadas), o contrato do trabalhador fica suspenso (Súmula 269 do TST), acaba por reforçar essa premissa, uma vez que, se o contrato é sustado, o vínculo ainda persiste, com a manutenção do *status* de empregado e, pois, de subordinado – lembrando que ele só deixaria de ser empregado se o contrato fosse rescindido.

Em realidade, sintetizando este excerto, é intuitivo asseverar que a autonomia que exclui a subordinação empregatícia não é a autonomia na prestação de serviços, mas sim a autonomia empresarial, que constitui um Capital, já que a relação Capital-Capital (quando lídima) impede o liame de emprego. Assim como, alhures foi dito, em certas coligações empresariais, há subordinação de uma empresa em relação a outra, como é o caso dos agrupamentos econômicos hierárquicos – porém, uma subordinação empresarial, e não empregatícia –, há, por outro lado, em determinadas relações empregatícias, circunstâncias de trabalho com fortes conotações de autonomia – todavia, a autonomia empregatícia, não a empresarial – como são os diversos exemplos citados neste tópico.

7. EXCEÇÕES LEGAIS E FACTUAIS AO VÍNCULO DE EMPREGO

Malgrado estejam presentes os requisitos do vínculo empregatício em certas relações, há casos em que, por política legislativa, ele não é declarado, ou o é, porém, com um outro contratante. Independentemente do acerto ou desacerto dessas exceções normativas, fato é que elas não podem ser desconsideradas, porquanto,

assim como a CLT, são leis que estão em vigor e, como tais, ainda mais como normas especiais, prevalecem, topicamente, sobre a(s) geral(is).

São exemplos dessas atipicidades, entre outras, as situações jurídicas dos estagiários (lei 11.788/2008), dos trabalhadores temporários (lei 6.019/74), dos avulsos portuários (lei 12.815/2013) e não portuários (lei 12.023/2009), dos representantes comerciais¹⁰ (lei 4.886/65), dos profissionais de salões de beleza (lei 12.592/2012) e dos trabalhadores autônomos de carga – TAC (lei 11.442/2007). Em todos esses modelos, bem se nota, há, ainda que com alguma variabilidade, a inserção dos trabalhadores, mera ou principalmente com as suas forças de trabalho, em organização alheia pré-constituída, que, nessa condição diretiva, toma os seus serviços pessoais, na habitualidade de suas atividades, e lhes dá em troca, assumindo os riscos de todo o empreendimento, a contrapartida salarial¹¹. Em suma, há, nessas relações, subordinação, pessoalidade, onerosidade e não eventualidade, e, ainda assim, o vínculo empregatício é afastado¹².

Tais situações, ainda que controversas, são agasalhadas, atualmente, pelo novel art. 442-B da CLT, cujo objeto, de cunho excetivo – porque privilegia a forma sobre a substância, em detrimento do princípio da primazia da realidade –, é exatamente elidir o vínculo empregatício nas circunstâncias em que leis setoriais, via formalidades, validam outras formas de contratação¹³. Isso quer significar que o estagiário, o temporário, os avulsos, os representantes comerciais, os profissionais de salões de beleza e os TACs só não serão empregados – só escaparão, pois, da batuta celetista – se as exigências formais de suas leis de regência forem detidamente cumpridas.

Noutro giro e sob outra perspectiva, há, ainda, outras conjunturas em que a relação de emprego também não é declarada, quanto seus pressupostos

¹⁰ Essa exceção também se aplica aos agentes e distribuidores (arts. 710 e ss do CC), uma vez que são categorias que abarcam os representantes comerciais.

¹¹ Com a ressalva dos estagiários, que recebem educação profissional como contrapartida.

¹² Na relação jurídica dos representantes comerciais e dos TACs, sequer é reconhecida a existência de relação trabalhista.

¹³ Esse poder das leis, de conferir um outro *status* jurídico às coisas e/ou às relações, não é incomum. Por exemplo, os navios e as aeronaves, que fisicamente são bens móveis, recebem tutela como se bens imóveis fossem – vide art. 1.473 do Código Civil, que lhes estende o instituto da hipoteca, categoria jurídica afim aos bens imóveis.

aparentemente se façam presentes. Trata-se de contextos em que a posição do trabalhador se imbrica de tal monta entre uma relação de trabalho e uma relação de consumo, que torna difícil separar cada qual e o âmbito de incidência de cada regime jurídico. Há, portanto, um conflito aparente entre a CLT e o CDC.

Indo direto ao ponto, tome-se o exemplo dos *personal trainers*. Estes profissionais adentram numa academia – que é uma organização pré-constituída e que, como tal, assume os riscos do negócio –, apenas ou principalmente com suas forças de trabalho, de forma pessoal e não gratuita, e em atividade que é o cerne de existência econômica daquela. Mas o fazem a partir de uma relação civil-consumerista estabelecida com seus alunos, que antecede, pois, a relação constituída com a academia. Daí, indaga-se: eles são empregados da academia ou são fornecedores de serviços musculares aos seus alunos?

Como esses profissionais são remunerados não pela academia, mas por seus clientes, e como o preço de seus serviços é por eles definido em concerto com seus alunos, e não com a empresa de musculação, há prevalência da relação de consumo, já que fica evidente que eles não “dependem” – no sentido subordinativo – da academia para perceberem a prestação pecuniária que lhes é devida. Como a academia, portanto, não tomou os seus serviços, haja vista que não mediou o mercado de trabalho com o mercado de consumo, nos moldes explicado algures, não há de se falar em relação de emprego, ainda que, aparentemente, possa-se discutir acerca da possível presença dos seus elementos de constituição.

Por fim, é relevante ainda destacar, antes de findar este tópico, que há cenários jurídico-sociais que não justificam a declaração impositiva da relação de emprego – e que, assim, ela pode ser ressalvada. Há contexturas em que, ainda que presentes os vetores empregatícios, deve haver uma certa tolerância quanto à não celebração do contrato de trabalho.

Assim como não se anula, por incapacidade civil absoluta, um contrato de compra e venda de um picolé levado a efeito por uma criança de 9 anos de idade, ou não se tipifica como crime de furto, por ausência de tipicidade material, a subtração de um cacho de bananas de um hortifrúti, não se deve, também, a juízo deste articulista, desconsiderar uma avença e impor a CLT em demandas envoltas em

situações precárias, especialmente quando inexistente um perfil exploratório. A realidade, tão cara à senda trabalhista pelo princípio que lhe dá primazia, muitas vezes impõe um outro tipo de solução que deve ser sensível aos dramas sociais.

Ilustra essa assertiva o caso de um dono de uma barraca de cachorro-quente ambulante que, no seu ofício, conta com a ajuda de um auxiliar. Ressalvadas as hipóteses de trabalho infantil, em que há presunção absoluta de exploração, no exemplo citado, há, em realidade, dois trabalhadores tentando ganhar a vida, cada um à sua maneira, num possível quadro de necessidade social. Seria louvável, não se discorda, que o “empreendedor do ramo de hot dogs” registrasse o seu ajudante como empregado, conferindo-lhe direitos trabalhistas e o que mais daí advém. Porém, que o fizesse não como uma imposição, não como uma obrigação, até porque, ao fim e ao cabo, ele também é um trabalhador. Se, como é cediço, há, tradicionalmente, condescendência com o labor das profissionais do sexo, que nunca tiveram os seus direitos trabalhistas assegurados – e, nesse caso, ninguém duvida da grande indústria que gira em torno desse negócio –, é bastante contraditório – para não dizer, hipócrita – não haver a mesma transigência em situações como a ora exemplificada, em que a relação de emprego socialmente não se justifica.

8. CRÍTICAS ÀS DECISÕES DO STF

O Supremo Tribunal Federal, sem compreender a gênese aqui defendida – e sem ressalvar situações excetivas como as elencadas no tópico anterior – tem, nos últimos anos, assumido entendimentos que reduzem em demasia a densidade da relação de emprego, num movimento que aparece e se desenvolve como um atavismo da reforma trabalhista de 2017. A ilustração mais típica – e crítica – desse fenômeno é o aval da chamada pejotização, que tem sido tratada como se fosse mais uma das inúmeras alternativas válidas de prestação de serviços a um contratante alheio.

Nas Reclamações 39.351¹⁴ e 47.843¹⁵, exemplificativamente, a sua Primeira Turma chancelou esse processo pejotizante e assim o fez com base nos seguintes fundamentos principais: a) a legitimidade de outras formas de contratação, uma vez que a Constituição não impôs o regime de emprego como o único modelo válido de contratação; e b) a hipersuficiência do trabalhador com curso superior, capaz, por si, de tomar uma decisão esclarecida¹⁶ sobre a espécie de ajuste que melhor atenda aos seus interesses. Conquanto essa posição ainda não represente uma tese vinculante, há sinais de que o STF trilhará por esse caminho e, exatamente por isso, desde já, refuta-se essa concepção.

Primeiro, porque em nenhum momento é sopesado se a relação estabelecida entre os contraentes se dá num enleio Capital-Capital ou, ao revés, num liame Capital-Trabalho. Como visto, essa equação é primordial para se aferir se a autonomia existente é empresarial ou meramente empregatícia.

Segundo, porquanto o grau de suficiência (hipo ou hiper) do trabalhador nunca foi critério a definir se ele é ou não subsumível à qualidade de empregado. Não à toa – e levando isso em conta –, a Constituição (art. 7º, XXXII) e a CLT (art. 3º, parágrafo único) vedam qualquer distinção baseada no modelo de trabalho e no tipo de profissão, o que quer significar que o trabalho mais intelectualizado ou mais bem remunerado não são, constitucional e legalmente, filtros hábeis a afastar o vínculo de emprego.

Terceiro, haja vista que a própria CLT, no novel parágrafo único do art. 444, versou sobre o trabalhador hipersuficiente com nível superior e o fez como um verdadeiro empregado, ainda que com direitos mais flexíveis. Há, pois, uma posição legislativa que impôs a relação de emprego e que, no tocante à autonomia privada, permitiu apenas a negociação de direitos, e não a negociação da qualidade em si de empregado.

¹⁴ Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5861455>. Acesso em 04 set. 2025.

¹⁵ Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6198801>. Acesso em: 04 set. 2025.

¹⁶ Essa decisão esclarecida, se visar meramente a benefícios fiscais e fraudar direitos trabalhistas, deveria implicar o tipo penal do art. 203 do Código Penal.

Quarto, porque a criação de um CNPJ constitui uma ficção jurídica e o trabalhador, tutelado pelo Direito do Trabalho, é, ao revés, uma pessoa natural, assim reconhecido pelo princípio da primazia da realidade. É essa realidade material – de um ser orgânico que vende a sua força de trabalho a outrem – que é a essência da relação e é ela que, em concreto, emula o vínculo de emprego, sem, abstratamente, negar que outros modelos de contratação também coexistem.

O erro que o STF incorre, nesse movimento, é atrelar-se, estritamente, a um conceito, a uma visão hermética de empregado, e, pois, a não considerar empregado todos que não se enquadram nessa moldura. É ignorar que a Constituição, ao contrário, não se escora em “conceitos”, quando versa sobre trabalhadores, mas sim em “categoria” – vide art. 8º –, que é expressão mais abrangente, a abraçar empregados de diversos tipos e gerações. É olvidar que a CLT, ao ser recepcionada, absorveu essa amplitude, tornando-se um código de todos os empregados, e não somente dos vulneráveis.

Como, saliente-se, são empregadores empresas de variadas espécies, desde grandes conglomerados econômicos até pequenas unidades familiares – inclusive um MEI juridicamente pode ser empregador, frise-se –, também são empregados os trabalhadores de diferentes níveis, independentemente de suas formações e da forma como cotidianamente desempenham, com maior ou menor autonomia, os seus serviços. Isso, normativamente, com o perdão da soberba, é um fato, e a Corte Suprema, paulatinamente, tem o desprezado, em um negacionismo digno de aversão e de crítica.

9. CONCLUSÃO

Este trabalho procurou resgatar a compreensão da relação de emprego e do seu principal elemento – a subordinação –, ao mesmo tempo em que visou à releitura desses institutos em cotejo com diferentes cenários fático-jurídicos e com outras relações similares e conexas. Assim o fez tendo em conta a necessidade de alertar

para a sua essência, diante do imaginário jurisprudencial atual que, de forma diversa, a tem relegado, olhando mais para a forma do que para a natureza real das coisas.

Ao desenvolver todo um raciocínio sobre o que é o concerto empregatício e criticar a posição do STF que não tem apreendido esse espírito, este artigo conclui que a juridicidade do empregado não se afina a um conceito limitado, a uma redoma que fecha o seu alcance e que diz que só é empregado quem ali dentro se encaixa. Ao contrário, arrematou que empregado é um signo, que se traduz em uma categoria, que imanta em sua volta todo aquele que, pessoalmente, ao vender apenas ou principalmente a sua força de trabalho, o faz, de forma onerosa, em atividade habitual de um tomador de serviços, que, organizado, por este fato, assume os riscos do negócio.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Brasília, DF: Supremo Tribunal Federal, [2020]. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5861455>. Acesso em 04 set. 2025.

BRASIL. Brasília, DF: Supremo Tribunal Federal, [2022]. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6198801>. Acesso em: 04 set. 2025.

CHAVES JÚNIOR, José Eduardo de Resende; MENDES, Marcus Menezes Barberino. Subordinação estrutural-reticular: uma perspectiva sobre a segurança jurídica. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região**. Belo Horizonte, LTr, vol. 46, n. 76, p. 197-218, jul./dez. 2007.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 15ª Edição. São Paulo: LTr, 2016.

GASPAR, Danilo Gonçalves. **Subordinação potencial**: encontrando o verdadeiro sentido da subordinação jurídica. São Paulo: LTr, 2016.

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

PRAGMÁCIO FILHO, Eduardo. **Teoria da empresa para o direito do trabalho brasileiro**. São Paulo: LTr, 2018.

PORTE, Lorena Vasconcelos. **A subordinação no contrato de trabalho**. Uma

releitura necessária. São Paulo: LTr, 2009.

SILVA, Homero Batista Mateus da. **CLT comentada**. 2ª Edição, rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

VILHENA, Paulo Emílio Ribeiro de. **Relação de emprego**: estrutura legal e supostos. 3ª edição. São Paulo: LTr, 2005.

EMPLOYMENT RELATIONSHIP AND SUBORDINATION: RESCUE AND RE-ELECTION

ABSTRACT: This brief essay sought to develop the concept of subordination in a way that is both fruitful and objective, in times of crisis regarding the identification of the employment relationship in the different contexts in which human labor power is appropriated by a third party who uses it in own benefit. This was done due to the feeling that, for some time now, more particularly nowadays, this legal category has been misunderstood, whether by doctrine or, above all, by jurisprudence, whose views are more focused on its daily manifestations, which they may vary from company to company or from production model to production model, rather than what corresponds to their true essence. Going through an analysis whose focus is especially on labor legislation, in addition to the CLT, it was concluded that subordination – and, consequently, the employment relationship – is a phenomenon that encompasses a wide range of workers, regardless of its greater or lesser intellectuality, and that it is born in the contract with the company, regardless of what happens in the course of the respective relationship.

Keywords: Employment relationship. Subordination. Companies.