

Relação de emprego: da estrutura à função

[Almiro Eduardo de Almeida](#)

Publicado em 12/2013. Elaborado em 12/2012.

Página 1 de 2»

[a A](#)

Análise crítica de "Relação de emprego: estrutura legal e supostos", livro de Paulo Emílio Ribeiro de Vilhena.

INTRODUÇÃO

Talvez a melhor forma de homenagear um doutrinador que, ao invés de simplesmente reproduzir o pensamento até então hegemônico, se preocupou em refletir criticamente e desenvolvê-lo, seja seguir os seus passos refletindo criticamente sobre a sua obra.

Nesse sentido, o presente artigo pretende render homenagem à Relação de emprego: estrutura legal e supostos, livro de Paulo Emílio Ribeiro de Vilhena, cuja primeira edição foi publicada em 1975 e ainda hoje, em sua terceira edição, continua sendo considerada a obra de maior relevância sobre o tema no Direito brasileiro. Advirta-se, entretanto, desde já, que a presente homenagem não se limita a reproduzir a obra do homenageado indo, inclusive, não poucas vezes, de encontro a algumas de suas ideias mais caras.

Filho de seu tempo, Ribeiro de Vilhena considerou a relação de emprego a partir de sua estrutura, buscando os elementos constitutivos que denominou supostos para definir o seu conceito.^[1] Hoje em dia, entretanto, alguns jusfilósofos, como Norberto Bobbio^[2], têm atribuído cada vez maior atenção às funções desempenhadas pelo direito - pensamento ao qual se atribuiu a denominação de teoria funcionalista -, colocando-se, assim, em franca oposição àqueles que dão ênfase à estrutura normativa tais como os juspositivistas Hans Kelsen e Herbert Hart.

Inserindo-nos nesse novo paradigma epistemológico, entendemos que também a relação de emprego deve ser examinada a partir da função que exerce no contexto de um sistema capitalista de produção, e não mais pelos elementos que pretensamente a estruturam. Não podemos conceituá-la sem atentar para a razão pela qual criamos e desenvolvemos historicamente a ideia mesma de relação jurídica de emprego.

1. APRESENTAÇÃO (CRÍTICA) DA TRADICIONAL DOGMÁTICA JURÍDICA ACERCA DA RELAÇÃO DE EMPREGO

A doutrina até hoje tem buscado conceituar a relação de emprego a partir da sua estrutura, lendo no artigo 3º da CLT requisitos indispensáveis para a sua configuração^[3]. Quando mudamos a perspectiva e passamos a compreender que a linguagem não é um instrumento a ligar sujeito e objeto, mas sim condição de possibilidade da compreensão, temos condição de romper com o senso comum teórico (cientificismo moderno) que nos conduz, quase de forma inconsciente, a "encaixar", não sem dificuldades, institutos jurídicos em modelos conceituais concebidos aprioristicamente. Transformamos realidades sociais em conceitos jurídicos e com isso acabamos desnaturando características, forçando definições que teimam em nos inquietar, porque não se enquadram, porque desafiam o que vemos acontecer ao nosso redor. É o que ocorre com a relação de emprego.

O modelo “relação de emprego” é um fator socio-econômico externo ao Direito e anterior ao surgimento do Direito do Trabalho. Como costuma ocorrer com os mais variados institutos jurídicos, não é o Direito que cria a realidade social a que visa regular, mas, ao contrário, o conflito social se lhe impõe. É assim que o Direito do Trabalho e a noção (jurídica) de relação de emprego surgem das condições de vida social deflagradas na organização econômica conflituosa existente entre trabalhadores e capital entre o final do século XIX e a primeira metade do século XX. Pode-se mesmo sustentar, sem que com isso se queira provocar grandes controvérsias, que o próprio nascimento do Direito do Trabalho decorre da impossibilidade de o Ordenamento Jurídico até então vigente dar conta da nova realidade econômico-social representada pela relação de emprego.

Textos relacionados

- Teletrabalho e subordinação estrutural
- Protetor solar: um indispensável equipamento de proteção individual
- Informalidade, flexibilização das leis trabalhistas e reformas tributária e previdenciária
- Aposentadoria compulsória de empregados públicos
- O direito à equiparação de auxílio-alimentação entre os servidores públicos federais civis

Diante disso, não é de se espantar (ao menos não deveria ser para os operadores do Direito do Trabalho) que a forma de “ler” o Direito não corresponda à complexidade das relações que ele (o Direito) pretende regular. Novas leituras sempre se impõem. É mais do que razoável negar a existência de uma última, completa e insubstituível compreensão da realidade dos fenômenos sociais.

Tradicionalmente, a doutrina identifica quatro elementos como sendo os requisitos necessários para a configuração do vínculo de emprego, no que é seguida de perto pela jurisprudência. São eles: pessoalidade, não-eventualidade, subordinação e onerosidade.^[4] Parte da doutrina aponta, ainda, um quinto elemento, a prestação do serviço por pessoa física, desdobrando, assim, o primeiro (pessoalidade) em dois.^[5]

A construção desses entendimentos é atribuída ao texto do caput do artigo 3º da CLT, segundo o qual, “Considera-se empregado toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário.”

A proposta central do presente artigo, a ser desenvolvida na próxima seção, é a de uma reflexão crítica acerca de tais entendimentos a partir de uma releitura do dispositivo legal em questão sob uma perspectiva funcionalista da linguagem e do próprio Direito do Trabalho.

2. ANÁLISE (FUNCIONAL) DOS ELEMENTOS CARACTERÍSTICOS DA RELAÇÃO DE EMPREGO

Compreendidos sob uma nova perspectiva epistemológica, os elementos característicos da relação de emprego podem ser considerados, não mais como requisitos necessários para a configuração estrutural do seu conceito, mas como características que merecem destaque, justamente por suas distintas funções, na configuração do que se deva entender como uma relação de emprego.

A) PESSOALIDADE – NOTA DE HUMANIDADE PRESENTE EM TODA RELAÇÃO DE TRABALHO

A pessoalidade caracteriza-se pelo fato de que o trabalho é humano, ou seja, prestado por um ser humano, e não por uma máquina ou um animal. Esse elemento característico, embora não seja suficiente para caracterizar a relação de emprego, haja vista estar presente em toda e qualquer relação de trabalho, exerce uma função fundamental no Direito do Trabalho. É que esse ramo do Direito adquire notas de particularidade a ponto de se tornar uma disciplina própria, justamente em razão da proteção dispensada à pessoa humana que trabalha, preceito presente, por exemplo, na própria constituição da Organização Internacional do Trabalho^[6]. É em razão da presença de um trabalho humano, e da admissão de que esse trabalho seja de algum modo "comercializado", que se constrói a doutrina trabalhista. O princípio da proteção encontra aqui sua razão de ser. É um ser humano que trabalha e essa é a razão última da necessidade de tutela. A pessoalidade, portanto, está na raiz, no fundamento, da existência mesma do Direito do Trabalho.

O reconhecimento do trabalhador como pessoa dá origem ao Direito do Trabalho. À noção de defesa da propriedade, presente na relação entre o senhor e o escravo, a era contemporânea opõe a necessidade de proteção da pessoa que trabalha, reconhecendo-a como cidadã, destinatária das normas jurídicas. Imperioso reconhecer, assim, que é da noção de liberdade, pressuposta em um sistema liberal de produção capitalista, que decorre a necessidade de proteção ao sujeito que trabalha, justamente porque não mais o concebe como propriedade do tomador dos serviços (cuja proteção resumia-se à natural proteção à propriedade privada), mas sim como ser humano, capaz de intervir econômica, cultural e politicamente na sociedade em que se insere, fazendo parte, assim, de sua própria constituição.

A noção de que o sujeito que presta serviços em uma relação de trabalho é um ser humano, ao que denominamos pessoalidade, enseja o reconhecimento de uma série de direitos e deveres, o que faz com que alguns autores cheguem a mencioná-lo como um princípio jurídico.^[7] É que quando se reconhece ao trabalhador a sua dimensão humana, afastando-se a possibilidade de tratá-lo, por intermédio do trabalho que presta, como uma mera mercadoria, impõe-se o reconhecimento de sua dignidade.

Segundo Kant, filósofo moderno, ainda adotado pela doutrina jusfilosófica como parâmetro para a identificação da noção de dignidade, as coisas têm um preço, podendo, portanto, serem substituídas por seus equivalentes pecuniários, ao passo que o homem, seja individualmente considerado, ou em toda a coletividade, possui dignidade, o que faz com que seja insubstituível.

A constatação da humanidade, presente em cada homem, é o que leva Kant a formular o imperativo categórico, marca de sua filosofia moral, que, em uma de suas possíveis formulações determina: "Age de tal modo que possas usar a humanidade, tanto em tua pessoa como na pessoa de qualquer outro, sempre como um fim ao mesmo tempo e nunca apenas como um meio".

A aplicação de tal imperativo impõe que todo e qualquer trabalho seja dignificante para a pessoa que o presta e que o sujeito-trabalhador seja sempre tratado como um fim em si mesmo. Essa consideração impõe, certamente, várias consequências práticas, muitas delas simplesmente esquecidas na dinâmica das relações de trabalho. Não é à toa, ou mera coincidência, que os exemplos trabalhistas figuram dentre os principais apresentados pelos jusfilósofos e doutrinadores que pensam e escrevem sobre direitos fundamentais e o respeito à dignidade humana.

Conforme bem adverte Ribeiro de Vilhena, “o trabalho em si não é objeto de proteção”^[8], o que se protege é o ser humano que trabalha, admitindo-se a ideia de “proteção ao trabalho” tão-somente no sentido de que tal expressão compreende a condição de incindibilidade da pessoa do trabalhador com a sua atividade, o trabalho.

A natureza intuito personae do contrato de trabalho, amplamente vinculada pela doutrina ao requisito da pessoalidade indica a impossibilidade de substituição da pessoa do trabalhador no âmbito de uma mesma relação de emprego. Alguns esclarecimentos se fazem necessários neste ponto.

Em primeiro lugar, o caráter intuito personae não significa dizer que o trabalhador não possa ser auxiliado por outros trabalhadores no desempenho de suas atribuições. Em sentido distinto, essa característica da relação denota que, não apenas o trabalhador auxiliado, mas também os seus auxiliares, serão sujeitos (empregados) das relações de emprego mantidas com o tomador de suas atividades (empregador). Ou seja, o caráter personalíssimo da relação de emprego faz com que tais sujeitos-trabalhadores se vinculem ao tomador através de distintas relações empregatícias.

Nesse sentido, adverte expressamente Ribeiro de Vilhena

Outra consequência, e palmar, aflora aqui: não há empregado de empregado. O empregado deste é empregado de quem seja o primeiro e originário empregador. Fazendo-se a síntese, completa-se o teorema: o empregado do empregado é ipso facto empregado do empregador.^[9]

Na mesma linha de raciocínio, o trabalhador que é substituído não perde, por essa circunstância, a sua condição de empregado. O que ocorre nesse caso é um fenômeno distinto e paralelo: o seu substituto – justamente pelo fato de que, quando substitui um empregado, tem a sua atividade laboral inserida na atividade econômica da empresa, integrando-a e passando a ser por ela “empregado” a partir daquele momento – passa a

figurar também ele na condição de empregado. Desse modo, longe de descaracterizar o vínculo de emprego, o fenômeno da substituição de trabalhadores na dinâmica da empresa faz com que se formem novos vínculos dessa mesma natureza.

Por fim, fenômeno mais reconhecido na doutrina e na jurisprudência e ainda relacionado com o elemento pessoalidade é a tentativa de mascarar a relação empregatícia, com o intuito de fraude à legislação trabalhista, através da “pejotização”, ou seja, transformar uma pessoa natural, um ser humano, em uma pessoa jurídica, na tentativa de afastar o reconhecimento do vínculo de emprego pela ausência do requisito da pessoalidade. Por certo que, sempre que verificada, a tentativa de fraude deve ser apontada e o vínculo empregatício reconhecido.^[10]

B) SUBORDINAÇÃO – TRAÇO DISTINTIVO DA RELAÇÃO DE EMPREGO

Na relação de trabalho (seja ela subordinada ou não) o objeto é o trabalho humano, indissociável de quem o presta. Isso parece já ter sido suficientemente esclarecido. Por sua vez, quando o trabalho humano é colocado à disposição de outrem, cujo objetivo (como regra geral em nosso sistema) é a obtenção de lucro (apropriação da mais valia), tem-se um trabalho subordinado. Por isso mesmo, na Espanha, a identificação do trabalho objeto do direito do trabalho se dá a partir da noção de “trabalho por conta própria” e “trabalho por conta alheia”, sendo esse último o trabalho de que cuida esse ramo especial do direito.

A subordinação como conceito jurídico que identifica a relação decorre do fato objetivo de que o homem não se separa do trabalho que realiza, vai com ele – expende horas de vida, gasta neurônios, envelhece, vive, enquanto trabalha. Por consequência, sua condição humana se subordina a uma finalidade menor (em termos de objetivo de existência humana) diretamente ligada ao lucro.

Em outras palavras, se enquanto trabalha o homem (em sua condição de ser humano) está submetido a uma estrutura de organização empresarial destinada a um objetivo, do qual o trabalho por ele prestado faz parte, juntamente com todos os outros elementos da empresa, estamos diante de uma relação de trabalho subordinado.

A doutrina clássica brasileira definia a subordinação a partir de critérios subjetivos, como a sujeição às ordens do empregador ou o cumprimento de horário, o que hoje ainda verifica-se com espantosa frequência na prática forense. Há algum tempo, entretanto, já é possível identificar a noção de subordinação objetiva que hoje vem adquirindo força na doutrina brasileira. A partir dessa concepção de subordinação, se percebe que a direção da atividade não implica dar ordens diretas ou controlar horários, mas informar ao empregado o que se pretende com a sua mão-de-obra, inserindo-a em uma atividade empresarial^[11].

Maurício Godinho Delgado identifica a subordinação objetiva (também conhecida como subordinação estrutural) como “inserção estrutural do obreiro na dinâmica do tomador de seus serviços”^[12]. É subordinado, portanto, o trabalhador cuja mão-de-obra se insere na atividade no empreendimento, na finalidade empresarial. Sempre que presente a subordinação objetiva, estaremos diante de uma relação jurídica de emprego (espécie de relação de trabalho). A subordinação, desse modo, passa a constituir critério

exclusivamente objetivo, relacionado ao objeto do contrato de trabalho: à mão-de-obra, e não à pessoa do contratante-empregado.

Também na Espanha, parte importante da doutrina propõe a expansão do conceito de subordinação a partir de uma nova visão do conceito de alienação. Assim, para Manuel Alonso Olea o que caracteriza o contrato de emprego é o “caráter alheio original dos frutos do trabalho”. Ou seja, há subordinação sempre que os frutos do trabalho pertençam ao tomador dos serviços. É, em realidade, o conceito de alienação em Marx, a perda – operada pela era moderna e sofrida pelo trabalhador – dos meios de produção e dos frutos do trabalho.

A confusão verificada na doutrina, até data recente, entre o conceito de subordinação como característica de um contrato em que a troca é desigual (tempo de vida por dinheiro) e o conceito subjetivado de subordinação, em que se perquire a condição de assujeitamento do trabalhador, se deve, em grande medida, à verificação do poder privado que aí se inscreve.

Trata-se de um poder que não pode ser ignorado e que justificou, inclusive, teorias acerca dos deveres diretos de proteção de particulares, em relação aos direitos fundamentais. Esse poder, entretanto, não explica a subordinação. Ele existe em função dela. É exatamente porque admitimos e estimulamos uma relação jurídica fundada em troca materialmente desigual, na qual um dos “contratantes” “vai junto” com sua “prestação”, que o poder privado encontra aqui ambiente fértil para vicejar e se desenvolver. O fato de entregar dinheiro e receber a humanidade do trabalhador no ambiente de sua empresa, coloca o empregador em situação de vantagem objetiva. O poder privado, portanto, em certa medida, constitui a relação de trabalho, de sorte a não ser viável imaginar uma relação de trabalho subordinado, sem a presença desse poder invisível mas assustadoramente forte^[13].

Daí a necessidade de superação do conceito de subordinação como algo ligado à pessoa do trabalhador e de reconhecimento de uma concepção jurídica de subordinação, que considere a inserção do trabalho na estrutura da empresa, desprezando a maior ou menor submissão do trabalhador ao empregador como critério para definição ou não de existência de vínculo.

Existem, pois, duas circunstâncias relevantes, quando se pretende investigar o que identifica, no mundo contemporâneo, uma relação jurídica de emprego. A primeira é justamente a caracterização da subordinação objetiva, como critério diferenciador que, entretanto, despreze circunstâncias pessoais, fixando-se tão-somente na necessidade que a atividade realizada tem para que o empreendimento exista como tal. A segunda é a identificação desse poder privado que habita a relação de trabalho subordinado, seja para afastá-lo da caracterização de subordinação, seja para ressignificá-lo, na busca de sua máxima mitigação, a fim de emprestar algum crédito à concepção da relação de trabalho como contrato.

A disciplina no ambiente de trabalho, a submissão a ordens, a inconstitucional atribuição de punições ao empregado^[14] não constituem, pois, elementos que identificam a presença de subordinação. São, isso sim, distorções, abuso do poder social que germina em razão da troca desigual aqui admitida e estimulada pelo sistema econômico que adotamos. A doutrina que reconhece na subordinação a necessária

sujeição do trabalhador é expressão dessa suposta necessidade de disciplina e submissão^[15], confundindo a distribuição de poder na relação de trabalho, com os elementos da relação em si.

A noção de subordinação objetiva, por outro lado, tem o mérito de reconhecer que não existe um poder inato de controle e sujeição do empregador sobre o empregado, nem é possível identificar aí uma das características da relação de trabalho. O que a caracteriza, segundo essa doutrina, não é a sujeição da pessoa do trabalhador, mas o fato de o trabalhador (que não se separa do trabalho que realiza) prestar uma atividade necessariamente sujeita, isto é, subordinada à dinâmica da empresa.

Reconhecer essa circunstância, somada à noção de pessoalidade acima desenvolvida, importa rechaçar a ideia de punibilidade privada, de sujeição de um sujeito de direito a outro, de submissão. O conceito de subordinação objetiva caminha, assim, no sentido de desmistificar esse poder privado, limitando-o ao máximo. A subordinação, no patamar atual da civilização e, especialmente, no âmbito de um Estado constituído como democrático, social, solidário e justo, não pode mais servir para legitimar o exercício do poder privado pelo empregador.

C) NÃO-EVENTUALIDADE – UMA CARACTERÍSTICA ACIDENTAL

A não-eventualidade, nesse contexto, afigura-se característica acidental da relação de emprego, podendo estar presente ou não para a configuração do vínculo. É, portanto, irrelevante sua identificação, para que se conclua estar ou não diante de uma relação de emprego. Nesse sentido, já intuiu o próprio Ribeiro de Vilhena, como se extrai dessa passagem:

Observar-se-á que a eventualidade é um pressuposto que deve ser revisto, não só pela precariedade de contornos e pela mobilidade ou fluidez com que transita de caso para caso, como por não guardar qualquer relação com o objeto básico da tutela jurídica na prestação de serviços: o trabalho por conta alheia. Eventual ou não, o trabalho foi prestado, com um intensivo tónus de pessoalidade, integrou o patrimônio do credor e correspondeu a um desgaste psicofísico de seu prestador. Esses são os supostos fundamentais que dão nascimento à tutela jurídica no Direito do Trabalho.^[16]

O problema de se enquadrar a dinâmica realidade social em uma categoria jurídica apriorística fez com que os doutrinadores debatessem ao longo da evolução do pensamento juslaboralista sobre diferentes teorias acerca do que deveria ser compreendido pelo requisito da não-eventualidade.

Délio Maranhão considera não-eventual “a utilização da força de trabalho, como fator de produção [correspondendo] às necessidades normais da atividade econômica em que é empregada.”^[17] Em contraposição, considera trabalhador eventual, o “biscateiro”, aquele admitido “por circunstâncias excepcionais ou transitórias do estabelecimento.”^[18]

Contrariamente a tal limitação, há de se considerar entretanto que, tratando-se ou não de “necessidades normais da atividade econômica explorada pela empresa”, o trabalhador disponibilizou a sua força de trabalho e, portanto, uma dimensão de sua pessoa (pessoalidade); sua atividade participou integrativamente da atividade da empresa

(subordinação); sendo, no plano fático, portanto, sua força de trabalho, “empregada” pela empresa durante o período em que prestou serviços. Nesse ponto, destacamos que o próprio Délio Maranhão sustenta ser irrelevante o tempo de duração da prestação do serviço^[19]. Não é razoável, portanto, o entendimento de que, simplesmente por não se tratar de uma necessidade normal da atividade empreendedora, esse trabalhador que foi, de fato, empregado pela empresa seja excluído da proteção decorrente do reconhecimento jurídico desse emprego.

Sob o ponto de vista do trabalhador, e mesmo do tomador do serviço, no momento em que o serviço lhe está sendo prestado, o fato de ser uma necessidade excepcional, transitória ou normal da atividade explorada pela empresa, não parece ser um elemento substancialmente capaz de afastar o reconhecimento de uma típica relação de emprego, tendo em vista que o tomador do trabalho está efetivamente “empregando” o sujeito que trabalha na dinâmica de sua atividade econômica.

O mesmo raciocínio pode ser aplicado à teoria defendida por Mozart Victor Russomano, segundo a qual “eventual é o trabalho que depende de acontecimento incerto, causal, fortuito”^[20]. Para esse doutrinador, a ideia de eventualidade (contraposta ao elemento em questão) corresponde ao seu exato “conceito gramatical”, sendo que os fatos é que deverão revelar “se a tarefa do trabalhador na empresa é eventual ou permanente”.

Para Amauri Mascaro Nascimento,

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.

Assim, trabalhador eventual é o mesmo que profissional sem padrão, sem empregador, porque o seu serviço é aproveitado por inúmeros beneficiários e cada um destes se beneficia com as atividades do trabalhador em frações de tempo relativamente curtas, sem nenhum caráter de permanência ou de continuidade. Trabalho transitório, portanto caracterizado por tarefas ocasionais de índole passageira.

[...]

Se o eventual passa a exercer continuamente a sua atividade em relação permanente quanto a um dos destinatários, deixa de ser eventual, passa a ser empregado.”^[21]

Não se pode deixar de notar uma (sutil) petição de princípio na tentativa de explicação elaborada pelo professor ao sustentar que “trabalhador eventual é o mesmo que profissional sem padrão, sem empregador”.

A par disso, a teoria de Nascimento inova ao apresentar alguns elementos tais como a fixação jurídica do trabalhador em relação ao tomador do trabalho em contraposição ao “aproveitamento” do trabalhador por inúmeros beneficiários, “em frações de tempo relativamente curtas”, o que caracterizaria o trabalho eventual.

Nesse passo, parece-nos que Nascimento acaba por confundir as noções de não-eventualidade – ainda considerada pela doutrina majoritária como requisito necessário

para a configuração da relação de emprego – e exclusividade – característica possivelmente existente no contrato de trabalho, seja por força de lei, seja pela vontade das partes, mas que a doutrina, em sua esmagadora maioria considera dispensável para a formação do vínculo empregatício. Com efeito, não é o tempo que o empregado leva prestando seus serviços ou o número de empregadores que tomam o seu trabalho, o que fará com que a relação mantida entre as partes seja considerada como um vínculo de emprego. Repita-se mais uma vez, o que caracteriza a relação sócio-econômica de emprego e que justifica a sua proteção pelo Ordenamento Jurídico é o fato de a força de trabalho de um ser humano (pessoalidade) ser “empregada” em um empreendimento, de forma que a sua atividade laboral passe a integrar a atividade econômica empreendida (subordinação), independentemente do lapso temporal em que tal emprego se dê e do número de sujeitos que se beneficiem dos serviços prestados pelo trabalhador.

Observe-se, a propósito, que o próprio Nascimento reconhece ser o trabalho subordinado o “objeto do direito individual do trabalho” e o que identifica a figura do empregado, sendo, pois, “a nota que o caracteriza”, muito embora logo em seguida acrescente:

Mas não só o trabalho do empregado é subordinado. Também o é o trabalho do eventual, assim considerado aquele que descontinuadamente presta serviços para outrem. Por esse motivo é que não pode ser beneficiado com os mesmos direitos previstos para o empregado, sendo essa a principal causa da marginalização do eventual e da falta de proteção jurídica que não recebe, mas que deveria receber, pautada em critérios próprios.^[22]

Uma aparente evolução pode ser percebida na teoria apresentada por Ribeiro de Vilhena que busca desvincular a ideia de eventualidade de uma noção estreitamente ligada ao tempo. Recorrendo às lições de Barassi e de Mario De La Cueva, Vilhena entende por eventual o trabalho “prestado em caráter transitório, acidental, isto é, o que não seja necessário como serviço por uma exigência permanente do tomador”^[23].

Assim, não seria mais o fator tempo que deslocaria a prestação de trabalho de eventual para não-eventual, mas sim o próprio nexos relacional que a prestação desenvolvida pelo trabalhador guarda com a atividade da empresa. Em substituição à caracterização temporal da prestação do trabalho, Vilhena propõe um conjunto de elementos que, segundo o autor, devem ser harmonicamente considerados, atribuindo-se maior relevância aos elementos objetivos do liame:

a) função desempenhada pelo prestador na empresa, se necessária e permanente ou não; b) forma subordinativa ou não da prestação; c) condição social de biscateiro do prestador, que denuncia autonomia negocial; d) ajuste prévio ou não da natureza da prestação; e) serviços estranhos, não só ao curso da atividade empresária como à própria expectativa do credor do trabalho; f) predominância ou não do resultado a ser alcançado pelo trabalho e não deste como pura atividade.^[24]

A consideração conjunta desses fatores denota, entretanto a similitude que o autor atribui aos conceitos de não-eventualidade e subordinação. Isso porque, a resposta à pergunta acerca da “necessidade permanente” dos serviços prestados pelo trabalhador, deve levar em consideração necessariamente a sua contextualização na atividade desenvolvida pela empresa, ou seja, a “participação integrativa” de sua atividade na

atividade do credor do trabalho. Dito de outra forma, excluída a consideração do tempo e a intenção das partes (que o próprio Vilhena assevera não possuir a mínima força vinculativa para a caracterização da relação de emprego^[25]) para a caracterização da não-eventualidade, todo o trabalho subordinado se mostra necessariamente não-eventual: a consideração de que os serviços são permanentemente necessários para a dinâmica operacional da empresa decorre do fato de estarem acoplados (participativamente) em sua dinâmica e, reciprocamente, a inserção de tais serviços na atividade empresarial faz com que sejam permanentemente necessários para o seu contínuo desenvolvimento.

É possível concluir, pois, que a fórmula adotada por Vilhena “salva o fenômeno”, mas não consegue, ainda, justificar a não-eventualidade como um requisito ou pressuposto necessário à configuração do vínculo de emprego per se, ou seja, sem recorrer à ideia de subordinação objetiva, esta sim, o único elemento distintivo e necessário para configurar essa relação jurídica típica.

Melhor seria, então, atribuir maior atenção a uma conclusão já expressada pelo próprio Ribeiro de Vilhena para identificar de forma mais precisa a função exercida pelo elemento não-eventualidade na conformação do vínculo empregatício:

Eventual ou não, o trabalho foi prestado, com um intensivo tônus de pessoalidade, integrou o patrimônio jurídico do credor e correspondeu a um desgaste psicofísico de seu prestador. Esses são os supostos fundamentais que dão nascimento à tutela jurídica no Direito do Trabalho.^[26]

Repita-se uma vez mais, a não-eventualidade não é um requisito indispensável para a configuração do vínculo de emprego. Quando considerada como uma necessidade da empresa, assemelha-se à subordinação (em sua dimensão objetiva, a única ainda admissível no atual estágio de evolução civilizatório); quando considerada sob o seu aspecto temporal, revela-se como uma característica acidental que pode, ou não, estar presente na relação de emprego, determinando-lhe os contornos jurídicos específicos e as normas possivelmente aplicáveis, mas nunca a sua efetiva existência.

D) ONEROSIDADE – UMA DECORRÊNCIA NECESSÁRIA

Inserido em um sistema capitalista de geração de riquezas, o trabalho objeto do Direito do Trabalho é essencialmente econômico. Sendo assim, a onerosidade não deve ser compreendida como um requisito ou um pressuposto para a configuração da relação de emprego, como a doutrina tradicional a tem entendido. Ou seja, não se trata de uma condição necessária para a configuração deste vínculo jurídico.

Tampouco se apresenta como uma mera característica, que possa ser reconhecida ou afastada. Diferentemente do que ocorre com a não-eventualidade, a onerosidade não pode ser considerada uma característica acidental do vínculo empregatício porque sua presença é indispensável. Características acidentais, como vimos, podem estar presentes ou não, e a onerosidade definitivamente não é algo que possa se compreender dispensável ou mesmo irrelevante em uma relação de emprego. Tampouco é uma característica necessária, tendo em vista que não se perquire, ou ao menos não se deveria perquirir, sobre o efetivo pagamento de salários para se constatar a efetiva existência ou não de um vínculo de emprego.

Adotados os pressupostos que orientam o presente artigo e considerados os argumentos até aqui expostos, é possível perceber que, presentes as condições necessárias e suficientes para a configuração da relação de emprego (pessoalidade e subordinação), o trabalho prestado deverá necessariamente se revestir de onerosidade. Trata-se portanto, não de um pressuposto ou de uma característica, mas de uma decorrência dessa espécie de vínculo.

Tal consideração – assim como a irrelevância da não-eventualidade para a configuração da relação empregatícia – também pode ser intuída de uma leitura atenta do livro de Ribeiro de Vilhena que, ao tratar do assunto, lhe atribui o sugestivo título de “O SALÁRIO. A PRESUNÇÃO”, denotando a ideia de que se trata de um “pressuposto” a ser presumido. Nesse sentido, Barassi já sustentava que o trabalhador empenha-se para conseguir uma retribuição e, para Mazzoni, deve-se admitir subsistente a característica da onerosidade, ínsita na relação de trabalho.^[27]

De forma ainda mais clara e expressiva, Ribeiro de Vilhena cita ampla doutrina que afasta a onerosidade como requisito necessário para a configuração da relação de emprego. Transcrevemos aqui os ensinamentos de Maus, para quem “a remunerabilidade (die Entgeltlichkeit) não pertence ao conceito de empregado”, e Schaub, segundo o qual “não é essencial ao conceito de empregado seja o trabalho prestado contra pagamento (gegen Entgelt) ou exercido em caráter profissional (berufsmässig ausgeübt wird)”^[28]

Vilhena cita, ainda, a seguinte jurisprudência no mesmo sentido:

Segundo o doutrinador Ernesto Krotoschin (in Instituciones del derecho del trabajo) são quatro os requisitos que compõem o conceito de trabalhador – prestação de serviços, existência de um patrão, relação de coordenação com este mesmo patrão e dependência. Do exame dos autos, constata-se que apenas o primeiro elemento restou caracterizado. Ademais, não foram comprovadas a pessoalidade e a subordinação na prestação de serviços. Recurso a que se nega provimento. TRT 10ª Reg., 2ª T. Rel. Juiz Miguel Setembrino.^[29]

Depreende-se, de tudo o que se disse até aqui, que a configuração da relação de emprego depende tão-somente de dois requisitos, ou pressupostos: a pessoalidade (que deve estar presente em toda relação de trabalho e na relação de emprego adquire uma dimensão especial, justamente pelo fato de essa relação ser o modelo de exploração de trabalho humano no sistema capitalista) e a subordinação (que em sua dimensão objetiva, única atualmente aceitável, pressupõe a inserção da atividade do trabalhador na atividade econômica explorada pela empresa).

É justamente essa inserção, que na dinâmica econômico-social se apresenta duplicada (inserção da atividade do trabalhador na atividade da empresa, e desta na dinâmica do sistema econômico-social) que faz com que a exploração do trabalho “empregado” tenha de se dar, necessariamente, mediante retribuição pecuniária, ou seja, deva ser onerosa. É a prática capitalista que impõe a troca de força de trabalho por dinheiro e impede que o trabalho, prestado e inserido nessa prática social, seja gratuito.

Presentes, pois, as características necessárias e suficientes para a configuração da relação de emprego, impõe-se o reconhecimento da onerosidade do trabalho prestado –

o dever de pagar salário. Trata-se, portanto, de uma decorrência do vínculo, e não de um pressuposto ou uma condição.

Tanto é verdade que a ausência do pagamento, ou mesmo do ajuste, de salários, não é suficiente para afastar o reconhecimento de uma relação de emprego quando o trabalho prestado se insere no âmbito da produção de riquezas do sistema capitalista. A primeira situação (ausência de pagamento) é considerada como um gravíssimo inadimplemento por parte do empregador, a justificar, inclusive a rescisão indireta do contrato de trabalho (art. 483, alínea d, da CLT); a segunda (ausência de ajuste de salário) poderia configurar, inclusive, redução à situação análoga à de escravo (art. 149 do Código Penal, acrescido pela Lei nº 10.803/2003).

Diante disso, apenas nos raríssimos casos em que se verifique efetivamente afastado o pressuposto da utilização (emprego) do trabalho alheio em um contexto capitalista é que se pode cogitar de trabalho voluntário. Trata-se das hipóteses em que entidades atuam fora da racionalidade capitalista, o que significa dizer, não tenham fins lucrativos e prestem serviços com finalidades tipicamente altruístas, com objetivos cívicos, culturais, educacionais, científicos, recreativos, de assistência social ou mutualidade, conforme, inclusive, dispõe a Lei nº 9.608, de 1998. Somente quando verificados esses dois pressupostos: trabalho para entidade sem fins lucrativos e atividade tipicamente altruísta, é que se pode questionar acerca da vontade das partes, ou seja, se a relação efetivamente foi realizada sem a intenção contraprestativa – aspecto que a doutrina costuma denominar de dimensão subjetiva da ausência de onerosidade

Leia mais: <http://jus.com.br/artigos/26259/relacao-de-emprego-da-estrutura-a-funcao#ixzz2qSKNTRGR>