

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL

PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

ESPECIALIZAÇÃO EM DIREITO DO TRABALHO

CÍCERO STEINER RUSCHEL

**DA APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO ÀS FORMAS ESPECIAIS
DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS: (IM)POSSIBILIDADE DE
RELATIVIZAÇÃO**

Porto Alegre

2014

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL

CÍCERO STEINER RUSCHEL

**DA APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO ÀS FORMAS ESPECIAIS DE
PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS: (IM)POSSIBILIDADE DE RELATIVIZAÇÃO**

Trabalho de conclusão de curso apresentado
para avaliação no Curso de Especialização em
Direito do Trabalho da Universidade Federal
do Rio Grande do Sul – UFRGS.

Orientador: Prof. Dr. Francisco Rossal Araújo

Porto Alegre

2014

RESUMO

O presente estudo tem o objetivo de analisar se existe a possibilidade de relativização do Princípio da Proteção. Primeiramente será abordada a evolução do conceito desse princípio, para ao final concluir se é ou não viável a sua relativização em alguns casos deduzidos em juízo.

Ao fim e ao cabo, serão expostos dois exemplos de casos concretos específicos e se buscará analisar se em cada um deles é possível que o Princípio da Proteção seja relativizado pelo julgador.

Palavras-chave: Direito do Trabalho. Princípio da Proteção. Relativização.

SUMÁRIO

SUMÁRIO	4
INTRODUÇÃO	5
1 EVOLUÇÃO DO CONCEITO DE PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO: É POSSÍVEL RELATIVIZÁ-LO DIANTE DO ATUAL PANORAMA EXISTENTE NAS RELAÇÕES DE TRABALHO?.....	7
1.1 A CONSTRUÇÃO DO CONCEITO DO PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO	7
1.2 DA POSSIBILIDADE DE RELATIVIZAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO	11
2 CASO CONCRETO: CONTRATO DE ASSOCIAÇÃO FIRMADO ENTRE ADVOGADO E ESCRITÓRIO DE ADVOCACIA	19
2.1 DAS NORMAS QUE REGEM A FORMA DE CONTRATAÇÃO MEDIANTE ASSOCIAÇÃO	19
2.2 DA APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO AOS CONTRATOS DE ASSOCIAÇÃO	23
3 CASO CONCRETO: CONTRATO DE REPRESENTAÇÃO X CONTRATO DE TRABALHO – A FIGURA DO REPRESENTANTE COMERCIAL.....	36
3.1 DAS DIFERENÇAS EXISTENTES ENTRE O REPRESENTANTE COMERCIAL E O EMPREGADO	36
3.2 ESTUDO DE CASO ESPECÍFICO DEDUZIDO EM JUÍZO: APLICAÇÃO PRÁTICA DO PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO A UMA RELAÇÃO DE REPRESENTAÇÃO COMERCIAL	41
CONSIDERAÇÕES FINAIS	47
REFERÊNCIAS.....	48

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por objetivo analisar se existe a possibilidade de relativização do Princípio da Proteção, que é considerado o princípio maior do Direito do Trabalho, em casos especiais de prestação de serviços. Se por um lado é inegável que o trabalhador ocupa uma posição de inferioridade em relação ao empregador no âmbito do contrato de trabalho, também não se pode deixar de observar que o perfil do trabalhador médio se modificou muito nos últimos setenta anos. Esse estudo tem a pretensão de examinar até que ponto o trabalhador pode ser considerado hipossuficiente.

Evidentemente que o perfil do trabalhador mudou muito com o passar do tempo. Quando a CLT foi concebida em 1945, reunindo a legislação trabalhista das décadas de 1930 e 1940, a força de trabalho era preponderantemente analfabeta e sem qualquer instrução. Isso contrastava com os empregadores, detentores dos meios de produção. É certo que havia uma disparidade muito grande, pois os empregadores necessariamente gozavam de melhor grau de instrução e de superior poder econômico em comparação aos seus empregados.

Dessa forma, o trabalhador daquela época necessariamente seria um indivíduo com condições inferiores às sustentadas pelo seu empregador. Tal quadro, atualmente, sofreu significativas modificações. Pode-se dizer que a hipossuficiência clara e indiscutível dos anos 1940 retrocedeu. A desigualdade entre empregadores e empregados se estreitou graças às melhores condições de acesso à educação oferecidas aos trabalhadores. Ainda que persista a dependência econômica do empregado em relação ao seu patrão, em alguns casos o trabalhador pode ser até mais qualificado tecnicamente do que o seu empregador, o que relativiza a hipossuficiência deste em relação àquele.

O tema proposto se reveste de relevância porque o Poder Judiciário diariamente se depara com questões as quais demandam uma análise através da ótica do Princípio da Proteção. Ao final do trabalho, será exposto um caso concreto para ilustrar a importância da reflexão sobre o assunto: a situação do advogado que firma um contrato de associação junto a uma sociedade de advogados.

É sabido que o contrato de associação é a forma mais difundida na atualidade para a contratação de advogados. Trata-se de um instrumento bastante utilizado pelas sociedades

de advogados na contratação de profissionais para atuar nos serviços de assessoria jurídica ao rol de clientes do escritório. Em muitos casos, o advogado atua como se empregado fosse, sem ter reconhecido o vínculo de emprego.

Evidentemente não se pretende esgotar o tema nesse estudo, até porque o Princípio da Proteção ainda é a célula *mater* do Direito Trabalhista pátrio. O presente trabalho serve apenas para refletir a atual estruturação dessa matéria do Direito em face das mudanças que vem sendo operadas no mercado de trabalho.

1 EVOLUÇÃO DO CONCEITO DE PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO: É POSSÍVEL RELATIVIZÁ-LO DIANTE DO ATUAL PANORAMA EXISTENTE NAS RELAÇÕES DE TRABALHO?

1.1 A CONSTRUÇÃO DO CONCEITO DO PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO

A ideia de princípio proposta nesse estudo é aquela formulada por Immanuel Kant em sua famosa obra “Crítica da razão pura”. Nas palavras do célebre pensador, “os princípios *a priori* levam esse nome, não somente porque servem de fundamento ao dos juízos, mas também porque, por sua vez, estão baseados em conhecimentos mais elevados e gerais”¹. Para Kant, os princípios funcionam como proposições gerais que servem de premissas maiores na análise de uma questão jurídica. Arnaldo Süssekind utiliza-se da definição de Orlando Gomes² acerca dos princípios:

Princípios são enunciados genéricos que devem iluminar tanto a elaboração das leis, a criação de normas jurídicas autônomas e a estipulação de cláusulas contratuais, como a interpretação e aplicação do direito. Segundo ORLANDO GOMES, constituem eles regras gerais, induzidas dos sistemas jurídicos pela ciência e pela filosofia do Direito, tendo cunho de universalidade. Alguns princípios concernem à organização social e política; outros, de aplicação geral, correspondem a tradicionais provérbios jurídicos (adágios, máximas ou parêmiás); finalmente há os que, relativos a determinados sistemas jurídicos, caracterizam a autonomia científica dos respectivos ramos do Direito.³

¹ KANT, Immanuel. **Crítica da razão pura**. São Paulo: Martin Claret, 2010. p. 350.

² GOMES, Orlando. **Introdução ao direito civil**. 18. ed. atual. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

³ SÜSSEKIND, Arnaldo. **Curso de direito do trabalho**. 2. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 109.

No âmbito do Direito do Trabalho, assim como nas demais áreas jurídicas, há princípios específicos que “inspiram e orientam o legislador e o aplicador do Direito”⁴. Esses princípios possuem um grau de abstração elevado, como é próprio desses institutos. Têm eles função informadora, inspirando o legislador na elaboração das normas; normativa, pois atuam como fonte supletiva na ausência ou omissão da lei; e interpretativa, norteando a hermenêutica aplicada pelos operadores do direito. No entanto, não se pode olvidar que se aplicam aos casos da seara trabalhista os princípios gerais de direito comum, nos termos do art. 8º da CLT⁵.

Tem-se por pioneiros no âmbito trabalhista os estudos desenvolvidos na década de 1970 pelo conceituado jurista uruguaio Américo Plá Rodriguez sobre os princípios do direito do trabalho⁶. A definição elaborada por esse doutrinador sustenta que

[...] no direito do trabalho há um princípio maior, o *protetor*, diante da sua finalidade de origem, que é a proteção jurídica do trabalhador, compensadora da inferioridade em que se encontra no contrato de trabalho, pela sua posição econômica de dependência ao empregador e de subordinação às suas ordens de serviço. O direito do trabalho, sob essa perspectiva, é um conjunto de direitos conferidos ao trabalhador como meio de dar equilíbrio entre os sujeitos do contrato de trabalho, diante da natural desigualdade que os separa, e favorece uma das partes do vínculo jurídico, a patronal.⁷

⁴ MARTINS, Sergio Pinto. **Direito do trabalho**. 27 ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 62.

⁵ Art. 8º - As autoridades administrativas e a Justiça do Trabalho, na falta de disposições legais ou contratuais, decidirão, conforme o caso, pela jurisprudência, por analogia, por equidade e outros princípios e normas gerais de direito, principalmente do direito do trabalho, e, ainda, de acordo com os usos e costumes, o direito comparado, mas sempre de maneira que nenhum interesse de classe ou particular prevaleça sobre o interesse público.

⁶ PLÁ RODRIGUEZ, Américo. **Princípios de direito do trabalho**. 3. ed. atual. São Paulo: LTR, 2004.

⁷ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de direito do trabalho: história e teoria geral do direito do trabalho, relações individuais e coletivas do trabalho**. 21. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 366.

A classificação de Plá Rodriguez subdivide o Princípio da Proteção em três vertentes: o *in dubio pro operario*, a prevalência da norma mais favorável ao trabalhador e a preservação da condição mais benéfica. O primeiro desdobramento desse princípio impõe que, na dúvida, se decide a favor do trabalhador. Entretanto, como bem observa Sérgio Pinto Martins, esse princípio deve ser aplicado observando-se a distribuição do ônus da prova, de modo que, antes de aplicá-lo, sempre deve ser verificado “quem tem o ônus da prova no caso concreto, de acordo com as especificações dos arts. 333, do CPC, e 818, da CLT”⁸. Quanto ao segundo desdobramento, esse está enraizado no *caput* do art. 7º da Constituição Federal⁹, que estabelece que os direitos dos trabalhadores devam sempre visar a melhoria de sua condição social. O princípio da norma mais benéfica reza que “independentemente da sua colocação na escala hierárquica das normas jurídicas, aplica-se, em cada caso, a que for mais favorável ao trabalhador”¹⁰.

O último desdobramento do princípio protetor é o da condição mais benéfica. Esse princípio prevê

[...] a prevalência das condições mais vantajosas para o trabalhador, ajustadas no contrato de trabalho ou resultantes do regulamento de empresa, ainda que vigore ou sobrevenha norma jurídica imperativa prescrevendo menor nível de proteção e que com esta não sejam elas incompatíveis.¹¹

Todas essas facetas do Princípio da Proteção têm o escopo de buscar diminuir a desigualdade existente entre o trabalhador e seu patrão. Conforme leciona Carlos Henrique Bezerra Leite, o princípio protetor tem por “objeto estabelecer uma igualdade econômica

⁸ MARTINS, Sergio Pinto. **Direito do trabalho**. 27 ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 69.

⁹ Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: [...]

¹⁰ SÜSSEKIND, Arnaldo. **Curso de direito do trabalho**. 2. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 113.

¹¹ LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Direito do trabalho: primeiras linhas**. 2. ed. rev. atual. ampl. Curitiba: Juruá, 1997. p. 44.

entre empregado e empregador, em virtude de manifesta superioridade econômica deste diante daquele”¹².

¹² LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Direito do trabalho**: primeiras linhas. 2. ed. rev. atual. ampl. Curitiba: Juruá, 1997. p. 44.

1.2 DA POSSIBILIDADE DE RELATIVIZAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO

O questionamento proposto nesse trabalho justamente diz respeito à “manifesta superioridade econômica”¹³ do empregador diante do empregado: essa prerrogativa ainda se sustenta no atual contexto social de nosso tempo? O perfil do trabalhador médio é muito diferente daquele existente na época da edição da CLT. Naquele tempo, a grande maioria dos trabalhadores era hipossuficiente, haja vista que o acesso ao estudo era bastante restrito, sendo a maior parte da força de trabalho constituída de pessoas sem instrução, ou até mesmo de analfabetos. Mais de setenta anos depois da edição da CLT, é inegável que o trabalhador, em geral, se tornou mais qualificado e bem instruído. Ainda que não tenha deixado de ser hipossuficiente em face da patente desigualdade econômica existente no Brasil mesmo nos dias de hoje, certamente a desigualdade do passado foi atenuada.

Embora não se concorde com o argumento utópico utilizado por Tarso Fernando Genro em sua obra, ele já previa o recrudescimento do Princípio da Proteção:

O princípio maior do Direito do Trabalho, o princípio protetor, de larga importância para os trabalhadores no mundo capitalista, deverá perder a sua pujança, proporcionalmente ao avanço do processo histórico destrutivo da sociedade de classes. Os princípios do Direito do Trabalho pretendem cumprir a ficção de igualdade formal, no plano das relações de trabalho. A sua existência é um exposto reconhecimento que a sociedade atual é composta por classes dominantes e dominadas. É o que está por trás, como estatuto científico, do conceito “caritativo” de hipossuficiente.¹⁴

¹³ Expressão cunhada por Carlos Henrique Bezerra Leite em sua obra.

¹⁴ GENRO, Tarso Fernando. **Direito individual do trabalho**: uma abordagem crítica. 2. ed. São Paulo: LTr, 1994. p. 74-75.

Há alguns doutrinadores que pregam a inexistência desse princípio, como na obra de Arion Sayão Romita:

A visão conservadora e resistente às mudanças se esmera na supervalorização do princípio da proteção, opondo-se à tendência renovadora, pregoeira de “novidades” como flexibilização e noções afins. Surgem oposições como princípio da proteção x princípio da flexibilização ou, com maior ênfase na visão política: princípio autoritário e corporativista x princípio da democracia. Dito “princípio da proteção”, na realidade, não existe nem pode ser afirmado sem desconhecer os fundamentos históricos e sociopolíticos do ordenamento trabalhista brasileiro. [...] Não constitui função do direito – de qualquer dos ramos do direito – proteger algum dos sujeitos de cada relação social. Função do direito é *regular* a relação em busca da realização do ideal de justiça. [...] Não é função do direito do trabalho proteger o empregado. Função do direito do trabalho é regular as relações entre empregado e empregador, *tout court*. Afirmar *a priori* a função protecionista do direito do trabalho em benefício do empregado desconhece a bilateralidade da relação de emprego. [...]¹⁵

Ainda que não se concorde com a posição de Romita acerca da inexistência do Princípio da Proteção, sua exposição serve para constatar ser possível a relativização do referido instituto. O conceito de hipossuficiência se alterou, mas não é correto dizer que o caráter protetivo da legislação trabalhista não existe.

Muitos casos discutidos atualmente na Justiça do Trabalho, que versam sobre a existência ou não de vínculo de emprego entre os litigantes, acabam sendo resolvidos com base no Princípio da Proteção. Por vezes, se tratam, por exemplo, de representantes comerciais regularmente formalizados nos moldes da Lei 4.886/65, que, encerrada a relação havida, ingressam com reclamação trabalhista contra seu representado para buscar a configuração de vínculo empregatício. São casos que somente podem ser decididos através

¹⁵ ROMITA, Arion Sayão. **Princípio da proteção em xeque e outros ensaios**. 1. ed. atual. São Paulo: LTR, 2003. p. 22-23.

da aplicação do Princípio da Proteção, já que uma linha muito tênue separa a relação e emprego do contrato de representação comercial.

Além disso, não há como deixar de mencionar que o fenômeno da globalização gerou profundas mudanças no mercado de trabalho. Nas palavras de Augusto Cavalheiro Neto

Os processos produtivos foram alterados de forma substancial, em consequência de uma série de fatores. A quebra da relação de dependência existente entre o capital e o trabalho, a agregação de tecnologias ao processo de produção, a introdução da mulher no mercado de trabalho, entre outras, são causas citadas pelos estudiosos que debruçam-se a analisar o mundo do trabalho. Se por um lado, esta “revolução” proporcionou um aumento tecnológico global, por outro, trouxe consigo fatores que todos conhecem: a precarização das relações sociais, o aumento da concepção individual de vida, a exclusão e a marginalidade de setores periféricos. Como resultado direto das relações interpessoais, o mundo do trabalho não poderia deixar de sentir os reflexos de brutal alteração do *status quo*. Estas grandes transformações na lógica da produção global desequilibraram, a já desigual, balança das relações jurídicas de natureza laboral. A consequência direta disso todos sabem, pois o cotidiano encarrega-se de demonstrar: a crescente informalização do emprego e o advento dos chamados “sub-empregos”, a flexibilização dos direitos trabalhistas historicamente conquistados, e o pior de todos os problemas modernos, o desemprego.¹⁶

Concorda-se parcialmente com Cavalheiro Neto no que diz respeito às mudanças perpretadas pela globalização no mercado de trabalho. Os processos produtivos sofreram alterações, e isso efetivamente trouxe algumas consequências negativas, como a precarização das relações sociais e a própria flexibilização da legislação trabalhista. No entanto, não foram apenas efeitos negativos que ocorreram. Há diversos fatores positivos

¹⁶ CAVALHEIRO NETO, Augusto. O princípio da proteção e o direito do trabalho. *Direito & Justiça: revista da faculdade de direito da PUCRS*. Porto Alegre, v. 25, ano XXIV, p. 179-196, 2002/1. p. 179-180.

advindos do panorama globalizado, como, por exemplo, o acesso à informação pelo trabalhador, a exigência de especialização e qualificação profissional, com o consequente aumento do grau de instrução do trabalhador médio, conforme mencionado anteriormente nesse estudo.

Diferentemente do que sustenta Cavalheiro Neto, prega Arion Sayão Romita a completa falência do atual modelo vigente no Direito do Trabalho

A relação individual de trabalho submete-se ao princípio do garantismo legislativo, cuja finalidade é compensar com uma superioridade jurídica a inferioridade econômica do trabalhador. O Estado concede ao trabalhador certo número de garantias mediante normas de direito cogente, que prevêem benefícios irrenunciáveis. Tais benefícios podem ser ampliados em favor do obreiro, mas nunca reduzidos nem suprimidos, ainda que com a concordância do sindicato. Este era o modelo que serviu de base à implantação e ao desenvolvimento do Direito Individual do Trabalho no Brasil: destinava-se, com seu caráter “bondoso”, a melhorar a “condição social” dos trabalhadores, pela adoção de medidas favoráveis, sempre estendidas a novos grupos antes desprotegidos e de caráter crescente, em número e em intensidade de favores. Este modelo, contudo, esgotou-se. Já deu os frutos que poderia dar. Produziu bons resultados, inquestionavelmente. Mas a fase histórica em que ele se desenvolveu está encerrada. O Brasil se depara com uma terceira revolução industrial – dita tecnológica – que está determinando a desestruturação da organização do trabalho nos moldes já descritos. Estão superados os postulados da chamada organização científica do trabalho. Para este resultado muito colabora o reconhecimento das práticas da democracia na regulação das relações de trabalho, mercê do reconhecimento dos direitos e garantias fundamentais. Não pode ocorrer a substituição do velho pelo novo paradigma sem que os protagonistas sociais sejam chamados a participar. E a transição só se completará quando for plenamente implantado o princípio da liberdade sindical, com o primado da negociação coletiva das condições

de trabalho, emergente da autonomia coletiva privada dos corpos sociais intermediários.¹⁷

Mais uma vez convém ressaltar que Romita adota uma postura quase niilista perante a atual estruturação do Direito do Trabalho, pregando o fim do Princípio da Proteção, posição com a qual não concordamos. De toda sorte, não se pode deixar de observar que o argumento de que a atual estrutura da matéria está defasada é plenamente sustentável. Conforme já abordado nesse estudo, a legislação trabalhista e as próprias fontes desse ramo do direito necessitam de adequação ao atual panorama globalizado, cujo mercado de trabalho é completamente diferente daquele existente há setenta anos atrás.

Estamos vivendo a Era da Informação e em meio a uma nova revolução industrial (a Revolução Tecnológica, como sustentou Romita). É inegável que o Direito do Trabalho como um todo deve adaptar-se a essa nova realidade. Ricardo Groselli, em artigo publicado em meio eletrônico, aborda muito bem essa matéria:

[...] De maneira geral pode-se concluir que o impacto da globalização, juntamente com a nova revolução tecnológica, teve efeitos muito significativos na economia nacional, onde setores produtivos foram alterados por pressões da concorrência externa, privatizações e melhorias na qualidade da capacitação da mão-de-obra do país.

A aplicação de novas tecnologias e novas práticas de gestão propiciaram uma elevação na produtividade geral do mercado de trabalho brasileiro, e conjuntamente com a alteração da participação de inúmeros setores na economia, diminuição da participação estatal no setor produtivo e com um crescimento pífio da economia desde a abertura comercial, geraram um incremento nas taxas de desemprego no país.

Esse excedente de mão-de-obra, em conjunto com maior pressão para produtividade, geraram para a economia uma necessidade da melhoria no nível educacional da PEA (população economicamente ativa), embora os

¹⁷ ROMITA, Arion Sayão. **Princípio da proteção em xeque e outros ensaios**. 1. ed. atual. São Paulo: LTR, 2003. p. 204-205.

níveis salariais dos trabalhadores não absorveram totalmente essa melhoria da capacitação da mão-de-obra, visto que de forma geral, as empresas apenas substituíram os trabalhadores menos produtivos por trabalhadores mais produtivos.

Contudo o desemprego de mão-de-obra mais capacitada foi mais elevado que para os demais trabalhadores com menor nível educacional, o que gerou um incremento na subutilização do potencial produtivo da mão-de-obra em setores menos produtivos ou até mesmo deslocando-os para o mercado de trabalho informal.¹⁸

Sobre as transformações operadas na forma de organização do trabalho, Arion Sayão Romita propõe a adoção do conceito de “trabalho coordenado” elaborado por Giuseppe Santoro-Passarelli:

[...] sustenta-se que o contrato de trabalho não possui uma “essência”, imutável e indiferente à história. Como tudo que é humano, sofre transformações no tempo. Até o amor – como se lê na epígrafe deste ensaio – frequentemente tem doce começo e amargo fim. Não que o contrato de trabalho esteja no fim, não se trata disso. Mas as transformações pelas quais vem passando demonstram que ele está sujeito a um princípio de relatividade histórica.

[...] a empresa é a moldura da ação, não a própria ação. E a moldura se adapta ao conteúdo. A empresa se transforma: não mais a empresa tayloriana (1º tipo); não mais a empresa estatal, que encontra justificativa nos objetivos da planificação centralizada (2º tipo); agora, surge a empresa de 3º tipo, que atua no âmbito de uma economia mundializada, dentro de sistemas industriais cada vez mais complexos e interligados, sob a influência de tecnologias cada vez mais sofisticadas que causam a desestabilização

¹⁸ GROSELLI, Ricardo. Globalização e seus impactos no mercado de trabalho no Brasil. Disponível em: <<http://www.gerenciamentoeconomico.com.br/economia/globalizacao-e-seus-impactos-no-mercado-de-trabalho-no-brasil/>>. Acesso em: 03 de ago. de 2013.

dos antigos equilíbrios, ameaçam os mercados cativos e geram desemprego.

As transformações verificadas no processo de organização do trabalho refletem-se no instituto jurídico *contrato de trabalho*. Os possíveis regimes de prestação de trabalho por uma pessoa física em proveito de outrem (pessoa física ou jurídica, inclusive o Estado) são, historicamente, o contratual e o estatutário. Deixando à margem o regime estatutário (adequado a uma relação de direito público, que vincula o prestador de serviços ao Estado), cabe considerar as formas de natureza contratual, caracterizadas basicamente como trabalho subordinado e autônomo. A prestação de serviços de natureza continuativa e pessoal, na atualidade, dá ensejo a um novo tipo: ao lado do trabalho em que o prestador de serviços não assume os riscos do empreendimento e daquele em que a autonomia organizativa prevalece, surge o trabalho coordenado. Com a crise da subordinação, emergem novas formas nas quais o trabalho associado reduz o protecionismo dispensado ao trabalhador, superando a dicotomia tradicional (trabalho subordinado / trabalho autônomo), em favor de um *tertium genus*, qual seja, o trabalho coordenado, sob a influência de uma realidade social cada vez mais complexa e problemática, como resposta a situações contratuais ambíguas, nas quais o traço decisivo se afigura como a necessidade de propiciar uma ocupação ou oportunidade de obtenção de renda ou fonte de sustento.¹⁹

Estão destinadas ao desaparecimento as relações de trabalho que perduram durante o arco da inteira vida produtiva. As formas de trabalho integradas na empresa tendem a perder espaço e passam a ocupar cada vez mais o espaço situado na zona cinzenta entre a subordinação e a autonomia (trabalho coordenado).²⁰

¹⁹ GRANDI, Mario. Il problema della subordinazione tra attualità e storia. *Le trasformazioni del lavoro*. Milão: Fondazione Giulio Pastore, 1999. *apud* ROMITA, Arion Sayão. **Princípio da proteção em xeque e outros ensaios**. 1. ed. atual. São Paulo: LTR, 2003. p. 218-219.

²⁰ SANTORO-PASSARELLI, Giuseppe. Attualità della fattispecie lavoro subordinato? *Le trasformazioni del lavoro*. Milão: Fondazione Giulio Pastore, 1999. *apud* ROMITA, Arion Sayão. **Princípio da proteção em xeque e outros ensaios**. 1. ed. atual. São Paulo: LTR, 2003. p. 218-219.

Em suma, não podemos pregar o fim do Princípio da Proteção, como quer Romita em sua obra, mas também não podemos aplicá-lo com a mesma amplitude existente na época da edição das primeiras leis trabalhistas. Portanto, se conclui que existe, sim, a possibilidade de relativização do Princípio da Proteção em razão das mudanças operadas nas relações de trabalho e no próprio mercado de trabalho. Essa possibilidade, no entanto, há que ser vista e manuseada com parcimônia, principalmente em casos submetidos a juízo, como se verá na seção seguinte.

2 CASO CONCRETO: CONTRATO DE ASSOCIAÇÃO FIRMADO ENTRE ADVOGADO E ESCRITÓRIO DE ADVOCACIA

2.1 DAS NORMAS QUE REGEM A FORMA DE CONTRATAÇÃO MEDIANTE ASSOCIAÇÃO

Antes de entrar no mérito da discussão da possibilidade de relativização do Princípio da Proteção nos contratos de associação firmados entre advogados, importa ser salientado que o “contrato de associação” não está previsto em lei. Essa forma de contratação tão difundida no meio advocatício está tão-somente prevista no Regulamento Geral do Estatuto da Advocacia e da OAB²¹. A Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994, em momento algum dispõe acerca dessa forma de contratação. Ou seja, o Regulamento Geral claramente extrapola o seu poder normativo, criando direitos não previstos na lei que o originou. Não seria ilegal, pois, o Regulamento Geral?

Embora sejam escassas as construções doutrinárias e jurisprudenciais acerca dessa abordagem sobre o tema, é possível fazer uma analogia com outras situações em que a norma originada no poder regulamentador delegado por uma lei acaba por extrapolar os limites da legalidade. Muitas das Portarias editadas pelo Ministério do Trabalho e Emprego, por exemplo, são ilegais porque regulamentam questões não previstas em lei. Vide, a título ilustrativo, o Anexo II da NR-17 da Portaria 3.751/90 do Ministério do Trabalho e Emprego²². Os itens “5.4”, “5.4.1”²³ e “5.4.2”²⁴ dessa norma regulamentadora dispõem sobre a

²¹ O Regulamento Geral do Estatuto da Advocacia e da OAB foi editado e publicado pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. Portanto, tem a mesma classificação normativa dos Provimentos exarados pela entidade, não se tratando de uma lei.

²² O escopo da referida norma, conforme o seu item “1”, é o seguinte: “1. O presente Anexo estabelece parâmetros mínimos para o trabalho em atividades de teleatendimento/telemarketing nas diversas modalidades desse serviço, de modo a proporcionar um máximo de conforto, segurança, saúde e desempenho eficiente.”

²³ “5.4. Para prevenir sobrecarga psíquica, muscular estática de pescoço, ombros, dorso e membros superiores, as empresas devem permitir a fruição de pausas de descanso e intervalos para repouso e alimentação aos trabalhadores.”

“5.4.1. As pausas deverão ser concedidas:

- a) fora do posto de trabalho;
- b) em 02 (dois) períodos de 10 (dez) minutos contínuos;
- c) após os primeiros e antes dos últimos 60 (sessenta) minutos de trabalho em atividade de

realização de pausas durante a jornada de trabalho do operador de telemarketing, bem como sobre a duração dos intervalos intrajornada. Não há dúvidas de que esses itens estão evitados de ilegalidade. O Anexo II da NR-17 é uma norma infraconstitucional, cujo escopo é regulamentar normas jurídicas pré-existentes, a saber, as leis em geral. As Normas Regulamentadoras não têm o condão de criar novos regramentos jurídicos, sob pena de afronta ao Princípio da Legalidade. O Anexo II da NR-17 extrapola de forma clara o seu poder regulamentador. Isso porque o Ministério do Trabalho e Emprego, conforme o art. 200 da CLT²⁵, tem a competência para estabelecer disposições complementares às regras do

teleatendimento/telemarketing.”

²⁴ “5.4.2. O intervalo para repouso e alimentação para a atividade de teleatendimento/telemarketing deve ser de 20 (vinte) minutos.”

²⁵ Art. 200 - Cabe ao Ministério do Trabalho estabelecer disposições complementares às normas de que trata este Capítulo, tendo em vista as peculiaridades de cada atividade ou setor de trabalho, especialmente sobre: (Redação dada pela Lei nº 6.514, de 22.12.1977)

I - medidas de prevenção de acidentes e os equipamentos de proteção individual em obras de construção, demolição ou reparos; (Incluído pela Lei nº 6.514, de 22.12.1977)

II - depósitos, armazenagem e manuseio de combustíveis, inflamáveis e explosivos, bem como trânsito e permanência nas áreas respectivas; (Incluído pela Lei nº 6.514, de 22.12.1977)

III - trabalho em escavações, túneis, galerias, minas e pedreiras, sobretudo quanto à prevenção de explosões, incêndios, desmoronamentos e soterramentos, eliminação de poeiras, gases, etc. e facilidades de rápida saída dos empregados; (Incluído pela Lei nº 6.514, de 22.12.1977)

IV - proteção contra incêndio em geral e as medidas preventivas adequadas, com exigências ao especial revestimento de portas e paredes, construção de paredes contra-fogo, diques e outros anteparos, assim como garantia geral de fácil circulação, corredores de acesso e saídas amplas e protegidas, com suficiente sinalização; (Incluído pela Lei nº 6.514, de 22.12.1977)

V - proteção contra insolação, calor, frio, umidade e ventos, sobretudo no trabalho a céu aberto, com provisão, quanto a este, de água potável, alojamento profilaxia de endemias; (Incluído pela Lei nº 6.514, de 22.12.1977)

VI - proteção do trabalhador exposto a substâncias químicas nocivas, radiações ionizantes e não ionizantes, ruídos, vibrações e trepidações ou pressões anormais ao ambiente de trabalho, com especificação das medidas cabíveis para eliminação ou atenuação desses efeitos limites máximos quanto ao tempo de exposição, à intensidade da ação ou de seus efeitos sobre o organismo do trabalhador, exames médicos obrigatórios, limites de idade controle permanente dos locais de trabalho e das demais exigências que se façam necessárias; (Incluído pela Lei nº 6.514, de 22.12.1977)

VII - higiene nos locais de trabalho, com discriminação das exigências, instalações sanitárias, com separação de sexos, chuveiros, lavatórios, vestiários e armários individuais, refeitórios ou condições de conforto por ocasião das refeições, fornecimento de água potável, condições de limpeza dos locais de trabalho e modo de sua execução, tratamento de resíduos industriais; (Incluído pela Lei nº 6.514, de 22.12.1977)

Capítulo da Segurança e Medicina do Trabalho da CLT. Veja-se que o Capítulo da Segurança e Medicina do Trabalho (Capítulo V da CLT), que abrange os arts. 154 a 201 do texto consolidado, em momento algum trata da jornada de trabalho – consequentemente, nada refere sobre intervalos (ou pausas, como referido na NR em apreço).

Portanto, resta evidente que o Anexo II da NR-17 é ilegal. O TRT gaúcho já se manifestou sobre a matéria:

INTERVALOS PREVISTOS NO ANEXO II DA NR-17 DA PORTARIA N.º 3.751/90 DO MINISTÉRIO DO TRABALHO. ILEGALIDADE. Embora o ato normativo titulado estabeleça que, ao empregado que trabalha com teleatendimento ou telemarketing, devam ser concedidas duas pausas de descanso, de dez minutos contínuos, tal regra ofende o princípio da legalidade (CF, art. 5º, inc.II), porquanto vai além do conteúdo da lei que regulamenta.²⁶

Dessa forma, ante a ilegalidade do Anexo II da NR-17 da Portaria nº. 3.751/90, do Ministério do Trabalho e Emprego, que cria direitos não previstos em lei, se fizermos uma analogia com o art. 39 do Regulamento Geral do Estatuto da Advocacia e da OAB²⁷, constataremos estarmos diante de uma norma ilegal. Isso significa dizer que pouco importa em que grau seja aplicado o Princípio da Proteção, já que estamos diante de uma norma ilegal, tornando-se automaticamente aplicável o Princípio da Primazia da Realidade a partir desse entendimento. Por consequência, essa forma anômala de contratação acaba por não gerar efeitos, tornando-se aplicável a legislação trabalhista ordinária. Em outras palavras, necessariamente acaba por surgir o liame empregatício entre um advogado que se vincula a

VIII - emprego das cores nos locais de trabalho, inclusive nas sinalizações de perigo. (Incluído pela Lei nº 6.514, de 22.12.1977)

Parágrafo único - Tratando-se de radiações ionizantes e explosivos, as normas a que se referem este artigo serão expedidas de acordo com as resoluções a respeito adotadas pelo órgão técnico. (Incluído pela Lei nº 6.514, de 22.12.1977)

²⁶ TRT 4ª Região – 8ª Turma – Relª. Desª. Cleusa Regina Halfen – Proc. Nº. 00282-2009-004-04-00-5. DEJT: 26/11/2009.

²⁷ Art. 39. A sociedade de advogados pode associar-se com advogados sem vínculo de emprego, para participação nos resultados.

uma sociedade de advogados mediante um contrato de associação. De qualquer forma, a despeito dessa discussão, analisaremos a seguir de que forma o Princípio da Proteção pode ser aplicado em casos dessa natureza quando estes são submetidos à apreciação do Poder Judiciário.

2.2 DA APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO AOS CONTRATOS DE ASSOCIAÇÃO

A despeito da ilegalidade do Regulamento Geral do Estatuto da Advocacia e da OAB, o que em tese tornaria despicienda a questão da amplitude do Princípio da Proteção nesses casos, convém a esse estudo proceder a uma análise da matéria. Seria possível a flexibilização o Princípio da Proteção, considerando o atual panorama, em que o empregado, em alguns casos, já não é mais tão desigual em relação ao seu empregador? Como subsídio para melhor responder ao questionamento, abaixo será apresentado um caso concreto deduzido em juízo, através do qual um advogado formalmente vinculado a um escritório de advocacia, na condição de trabalhador autônomo (advogado associado), buscava a desconstituição dessa contratação, com o conseqüente reconhecimento de vínculo empregatício.

No caso em questão, o advogado que ingressou com reclamação trabalhista em desfavor de escritório de advocacia jamais esteve vinculado ao escritório na condição de empregado. Na realidade, as partes se relacionaram através de associação profissional, condição esta que foi devidamente formalizada no início da prestação de serviços, tratando-se de relação de autônoma de trabalho. A associação profissional ajustada entre as partes encontra previsão no já mencionado art. 39 do Regulamento Geral do Estatuto da Advocacia e da OAB, que expressamente afasta a possibilidade de configuração de vínculo de emprego. O contrato de associação do caso em comento foi registrado na Seccional da Ordem dos Advogados do Brasil, observando todos os requisitos legais.

Constata-se, portanto, que a relação associativa havida entre as partes encontra guarida no regulamento das atividades profissionais de advogado. Sendo a parte autora daquela ação um advogado e a parte reclamada uma sociedade de advogados, ambos, em suas relações profissionais, estão obrigatoriamente sujeitos às regras previstas no Regulamento Geral do Estatuto da Advocacia e da OAB, por força da Lei nº 8.906/94. Importante salientar, por oportuno, que relação havida entre as partes litigantes é a mais comum na atividade advocatícia no mercado de trabalho. A associação entre uma sociedade

de advogados e um profissional liberal advogado é o formato usual no relacionamento entre advogados e escritórios de advocacia.

É interessante observar, nesse caso, que as partes, livremente, sem qualquer vício de vontade, acertaram que o relacionamento entre elas seria de natureza cível associativa, na forma que a OAB considera regular e lícita em seu regulamento. Portanto, é crível pensar que o escritório de advocacia pretenderia “mascarar” a existência de vínculo de emprego pelo fato de ter sido firmado entre as partes um contrato de associação? Superada a questão da ilegalidade do Regulamento Geral da OAB, trata-se de um caso, ao nosso ver, que deve ser resolvido por meio da aplicação (ou não) do Princípio da Proteção.

Na análise da questão, é inafastável observar a condição profissional e pessoal do autor da reclamação trabalhista, que evidentemente não é trabalhador hipossuficiente. Trata-se de pessoa de alto nível intelectual, com curso superior, bacharel em direito e advogado devidamente inscrito na Ordem dos Advogados do Brasil. Ou seja, o grau de instrução e qualificação do trabalhador é o mesmo dos sócios que integram a sociedade de advogados que ele está acionando. Diante das especificidades do caso, é forçoso crer que a relação mantida entre as partes tenha sido maculada por vício de consentimento. Na condição de advogado, sem dúvidas o acionante sabia o que era um contrato de associação. Então, torna-se a perguntar: nesse caso, é justo que o trabalhador postule a nulidade do contrato especial por ele firmado, invocando o Princípio da Proteção?

Parece-nos que a aplicação do Princípio da Proteção, especificamente nesse caso, entra em conflito diretamente com os Princípios da Boa-Fé Objetiva e Contratual previstos nos arts. 113 e 422 do Código Civil²⁸. Isso porque as particularidades do caso permitem concluir que o pedido de declaração de nulidade do relacionamento associativo civil havido com entre as partes é frágil em virtude da qualificação profissional do autor da ação. Interessante que se transcreva parte da sentença proferida pelo Juiz do Trabalho Eduardo Duarte Elyseu em ação movida por advogado associado contra escritório de advocacia:

²⁸ Art. 113. Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração.

Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.

[...] são cada vez mais comuns, no dia-a-dia desta Justiça Especializada, demandas onde declarações de vontade expressas, escritas e devidamente assinadas, sem qualquer ressalva ou vício aparente, são sublimadas e rechaçadas pelos seus próprios autores/firmatários, de acordo com os interesses da ocasião, não raramente com alegações do tipo “assinei, mas não li”; “li e assinei, mas não entendi”; “li, entendi e assinei, mas não era a minha efetiva vontade e, contudo, sujeitei-me, porque precisava do trabalho”; “fui coagido”; e outras do gênero. Sob a invocação genérica e por vezes temerária dos princípios da proteção e da primazia da realidade e da norma protetiva do art. 9º da CLT, nega-se hoje, com incrível naturalidade, aquilo que se disse ontem e o que se escreveu anteontem. [...] Contra tudo o que dispõem as normas que disciplinam as declarações de vontade, em especial os artigos 113 e 422 do Código Civil, inverte-se a lógica segundo a qual as declarações expressas de vontade presumem-se verdadeiras até que se prove o contrário, e passa-se – a meu ver, de forma totalmente equivocada e contrária ao princípio da boa-fé – a presumir a coação, o erro, o dolo, a simulação e a fraude, sempre que uma das partes do negócio jurídico vem a Juízo, cômoda e convenientemente, invocar suposta condição de hipossuficiente na relação. Não é demais ressaltar, por outro lado, o entendimento deste magistrado, no sentido de que a proteção que o Direito do Trabalho outorga ao trabalhador não pode ser elevada a níveis afrontosos ao bom senso, a ponto de se presumir vícios de vontade em qualquer manifestação do trabalhador – seja ele empregado ou não –, equiparando hipossuficiência a oligofrenia, como bem ressaltado pelo Exmo. Ministro Barros Levenhagen, do Tribunal Superior do Trabalho, por ocasião do julgamento de demanda envolvendo adesão a plano de demissão voluntária [...] ²⁹

Destaca-se também parte de sentença da lavra do Juiz do Trabalho Lenir Heinen, ao julgar improcedente pretensão deduzida em processo bastante semelhante àquele em que foi exarada a decisão cuja ementa foi acima colacionada:

²⁹ Processo nº. 00684-2009-001-04-00-0. Sentença promulgada por Eduardo Duarte Elyseu em 30 de março de 2010.

[...] Do exame da prova testemunhal, seja quanto aos aspectos acima destacados, sejam quanto ao demais dito pelas mesmas testemunhas, resulta claro que não se fazia presente, na relação entre as partes, a necessária subordinação jurídica inerente ao contrato de emprego. O trabalho mostrou-se prestado nos moldes de um “contrato de associação”, como previsto no regramento profissional da classe, a despeito de que o mesmo contrato não tivesse sido formalizado por escrito, inserindo-se no contexto do trabalho “autônomo”. Em tal contexto, tendo-se que a caracterização jurídica do contrato de emprego pressupõe a existência (concomitante, ou, ao menos, predominante) de um conjunto dos elementos pessoalidade, onerosidade (trabalho remunerado), continuidade (trabalho não eventual), exclusividade e subordinação, não há como se tenha presente, no contexto da presente ação, uma relação de emprego. Assim, admitida a prestação de trabalho, mas revestindo-se o mesmo de circunstâncias especiais – como apurado em instrução – não há elementos bastantes à consagração do pretendido vínculo de emprego, de modo a fazer-se improcedente a ação, no particular. Faz-se, assim e por outro lado, prejudicada a apreciação dos demais pedidos formulados, em termos de verbas rescisórias; diferenças salariais com reflexos; horas extras com reflexos; integração dos repousos semanais remunerados; FGTS do contrato e sobre a condenação, com 40%; artigos 467 e 477 da CLT; honorários de AJ ou honorários advocatícios, porque dependentes – todos eles – do alegado vínculo jurídico de emprego entre as partes e não configurado nos autos. Julgo improcedente. [...] ³⁰

Abaixo ementa de decisão do TRT da 4ª Região afastando a pretensão de advogado que buscava a declaração de relação de emprego junto a escritório de advocacia ao qual se vinculou na condição de advogado associado:

³⁰ Processo nº. 0108800-56.2009.5.04.0007. Sentença promulgada por Lenir Heinen em 7 de maio de 2010.

Vínculo de emprego x Advogado associado. Não comprovada a prestação de serviços em atendimento ao complexo suporte fático do artigo 3º da CLT, não há como reconhecer como de emprego a relação jurídica havida entre as partes, presente a especial circunstância de a autora ser profissional do direito e a prestação de serviços ter ocorrido em escritório de advocacia, mediante a execução de serviços típicos e próprios de tal profissão.³¹

É importante destacar que o trabalho desenvolvido por um advogado associado nunca será caracterizado pela subordinação jurídica, tendo em vista que a natureza dessa profissão liberal prima pela autonomia mesmo nos casos em que o advogado é contratado como efetivo empregado, nos termos do art. 18 da Lei 8.906/94³². A subordinação necessária para a caracterização de relação de emprego esbarra na independência e isenção técnica própria da advocacia.

Como se pode constatar, as decisões acima destacadas são todas favoráveis à manutenção da validade do contrato de associação. Esse entendimento subsiste até a atualidade porque o advogado é considerado um trabalhador intelectual, e, como tal, não pode ser considerado hipossuficiente. Trata-se de um claro exemplo de relativização do Princípio da Proteção no âmbito da prática juslaboral. No entanto, alguns doutrinadores não se filiam a essa corrente jurisprudencial. É o caso de Alice Monteiro de Barros:

Durante muitos anos, combateu-se a existência de um contrato de trabalho entre trabalhadores intelectuais e as empresas para as quais trabalhavam, por se entender que a subordinação jurídica, indispensável à sua configuração, estaria ausente. Esqueceram-se os adeptos dessa corrente de que a subordinação jurídica admite graus e matizes. Quanto mais a prestação de serviço se intelectualiza, mais se dilui a subordinação, porque

³¹ Acórdão do processo 0000452-55.2011.5.04.0012. Publicado em 06/06/2013. Relatora: Denise Pacheco.

³² Art. 18. A relação de emprego, na qualidade de advogado, não retira a isenção técnica nem reduz a independência profissional inerentes à advocacia.

maior é a intensificação da iniciativa pessoal do trabalho. Isso não significa, entretanto, que a subordinação jurídica esteja ausente, mas, simplesmente, exige-se o respeito a certa autonomia do trabalhador. Em consequência, quando aumenta a intelectualidade da prestação de serviços, maior é também a confiança sob o prisma funcional. Com a “proletarização dos intelectuais”, o Direito do Trabalho passou a estender-lhes sua esfera normativa, desde que esse profissional se posicione como sujeito de um contrato de trabalho.³³

Portanto, há diversos posicionamentos dissidentes do entendimento empregado nas decisões cujas ementas foram até aqui colacionadas, tanto na doutrina como na jurisprudência. Nada impede que o trabalhador intelectual, assim considerado aquele dotado de cultura científica ou artística (como é o caso do advogado), exerça a sua profissão na condição de empregado. Nesse sentido leciona Alice Monteiro de Barros:

O fato de o trabalho executado ser intelectual não descaracteriza o liame empregatício, pois ele consistirá sempre na exteriorização e no desenvolvimento da atividade de uma pessoa em favor de outrem. Por outro lado, inexistente incompatibilidade jurídica, tampouco moral, entre o exercício dessa profissão e a condição de empregado. Isso porque a subordinação é jurídica, e não econômica, intelectual ou social; ela traduz critério disciplinador da organização do trabalho, sendo indispensável à produção econômica.

A subordinação que existe no trabalho intelectual não se encontra com frequência nos contratos de empregados em geral, pois, no primeiro, ela é rarefeita e guarda outras características, entre elas a participação integrativa da atividade do prestador no processo produtivo empresarial (subordinação objetiva).³⁴

³³ BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. 4. ed. rev. e ampl. São Paulo: LTr, 2008. p. 277.

³⁴ *Idem. Ibidem.* p. 278-279.

Esse entendimento é compartilhado por Tarso Fernando Genro:

[...] A evolução das relações de produção capitalistas e a conseqüente universalização do assalariamento *tende* a extinguir (apenas *tende*, não quer dizer que vá extinguir) o prestador de serviços autônomos, “liberal”, alheio aos conflitos entre o capital e o trabalho. O capital, com suas leis férreas, tende a estruturar empresas e serviços mais racionalizados, para que a força de trabalho comprada maximize a acumulação. E a acumulação é necessidade intrínseca do capitalismo, que gera sua reprodução ampliada. A integração dos “profissionais liberais”, no desenvolvimento global das relações assalariadas gera, portanto, essa nova camada de trabalhadores diferenciados, não só pelo seu grau maior de cultura, como também por seus salários mais elevados, alterando a própria qualidade da subordinação jurídica, que se expressa, *muito mais* pela integração do trabalhador, nas finalidades ou necessidades do tomador de serviços (enquadrado no processo coordenado da sua atividade) e *muito menos* por obediência a “ordens” patronais, já que o empregador normalmente sequer tem condições técnicas para orientá-lo. O Juiz *P. O. Particelli Rodrigues* colocou tal questão com propriedade num feito que foi submetido a sua jurisdição: “Integrado, assim, o trabalho do empregado – e por decorrência a pessoa deste último – no giro da empresa em movimento e agregado aos demais componentes da atividade empresária, firma-se o elo de subordinação em duplo sentido: de “recíproca expectativa”, já que a atividade da empresa é imprescindível à atividade do trabalhador e este se vincula àquela em razão da integração das atividades, que redundam em uma situação de dependência (*Ribeiro de Vilhena*).³⁵

³⁵ GENRO, Tarso Fernando. **Direito individual do trabalho**: uma abordagem crítica. 2. ed. São Paulo: LTr, 1994. p. 110.

A posição sustentada por Genro e Barros , embora os doutrinadores não tenham sido específicos quanto à situação do advogado contratado por meio de associação, pode ser utilizada para tecer uma crítica em relação a esse modelo de contratação. Analisando a questão sob o viés de que a subordinação jurídica do trabalhador intelectual se caracteriza mais pela integração desse trabalhador no processo produtivo do que propriamente do cumprimento de ordens estanques por parte do tomador de serviços (situação própria dos contratos de trabalho tradicionais, nos quais o patrão ordena e o empregado obedece). Nesse aspecto, *a priori*, não se admitiria a relativização do Princípio da Proteção nos casos em que o advogado contratado por meio de associação aciona a sociedade de advogados que o contratou buscando a declaração de vínculo de emprego.

O TRT da 4ª Região já analisou diversos casos desse tipo, decidindo a questão sob a égide do Princípio Protetor, tornando nulo o contrato de associação formado nos termos do Regulamento Geral do Estatuto da Advocacia e da OAB. Aqui se destaca ementa de decisão de relatoria do Ilustre Orientador do presente estudo, Prof. Dr. Francisco Rossal de Araújo:

VÍNCULO DE EMPREGO. ADVOGADO. Admitida a prestação de serviços, incumbe à reclamada a prova de que a relação ocorreu em outros moldes que não mediante relação empregatícia, conforme previsão do art. 818 da CLT. No caso, a prova não permite concluir que o autor trabalhou na condição de advogado associado, na forma do art. 39 do Regulamento Geral do Estatuto da Advocacia e da OAB. Por presentes seus requisitos caracterizadores, mantém-se a sentença que reconhece a relação empregatícia. Recurso da reclamada a que se nega provimento.³⁶

Há também diversos outros julgados sobre a matéria, tais como os arestos abaixo transcritos:

³⁶ Acórdão do processo 0000001-15.2011.5.04.0017. Publicado em 13/12/2012. Relator: Dr. Francisco Rossal de Araújo.

DO VÍNCULO DE EMPREGO. Reclamante que, como advogado, era responsável pela coordenação técnica da área cível da Sociedade de Advogados, totalmente inserido na atividade-fim das reclamadas; sua atividade, pela complexidade do trabalho, exigia dedicação quase que exclusiva, de forma habitual, em jornadas extensas e sujeita a controle; representava as reclamadas perante clientes e terceiros; estava subordinado às diretrizes traçadas pelo escritório em São Paulo e, em Porto Alegre, ao sócio Cristiano, de modo que sua autonomia estava restrita ao aspecto intelectual inerente da própria profissão (artigo 18 do Estatuto da OAB); recebia valores fixos mensais e não há qualquer prova de pagamento de resultados líquidos. Prova produzida nos autos que autoriza concluir pela existência de vínculo de emprego. Decisão que se mantém.³⁷

RECURSO ORDINÁRIO DAS RECLAMADAS. VÍNCULO DE EMPREGO. ADVOGADO. Forçoso concluir que o reclamante prestava serviços às reclamadas com pessoalidade, habitualidade, subordinação e onerosidade, restando preenchidos, portanto, os requisitos do art. 3º consolidado para a caracterização da relação jurídica mantida entre as partes como vínculo de emprego. Provimento negado.³⁸

O entendimento manifestado nas decisões acima também aparece em decisões de outros Tribunais Regionais, como é o caso do TRT da 2ª Região. Vejamos ementas de acórdãos nesse sentido:

ADVOGADO ASSOCIADO X ADVOGADO EMPREGADO. ARTIGO 3º DA CLT. VÍNCULO RECONHECIDO. Na hipótese vertente, porém, a relação jurídica havida entre as partes se revestiu dos elementos constantes do artigo 3º da

³⁷ Acórdão do processo 0110200-30.2003.5.04.0003. Publicado em 10/08/2006. Relatora: ANA LUIZA HEINECK KRUSE.

³⁸ Acórdão do processo 0000318-56.2010.5.04.0402. Publicado em 09/11/2011. Redator: LUIZ ALBERTO DE VARGAS

CLT, ainda que o reclamante tenha sido contratado pelo 1º réu, sob a roupagem de advogado associado. Com efeito, "in casu", sem sombras de dúvidas que o trabalho realizado pelo reclamante fora mediante controle de horário, pagamento de salário fixo mensal e a subordinação jurídica, conforme resta revelado através do teor do e-mail de fls. 36/37 enviado em 15/01/2010 pela Sra. Sabrina(Depto.Financeiro/Administrativo), no qual a referida senhora dá instrução, cobra anotação de ponto, e, determina a comunicação do horário trabalhado externamente para regularização da folha de ponto. No mesmo sentido, a única testemunha ouvida em audiência declarou no verso de fls. 139 que: "(...); 5) que trabalhava na mesma sala que o autor; 6) que havia controle de horário através de marcador digital; 7) que havia o pagamento através de salário fixo depositado em conta corrente todo mês; 8) que recebeu e-mails sobre atrasos e faltas referente a descontos que seriam realizados; 9) que não havia participação e honorários recebidos pelo escritório; (...)." (fls.139 e verso). Nesse turno, resta evidenciado que o reclamante não recebia participação nos resultados como advogado associado, conforme dispõe o artigo 39 do Regulamento Geral do Estatuto da Advocacia e da OAB (da Lei n. 8.906/1994), mas sim, salário fixo mensal, via de consequência, evidenciados os requisitos caracterizadores do vínculo de emprego preconizados no artigo 3º da CLT.³⁹

ADVOGADO EMPREGADO. TRABALHO COM SUBORDINAÇÃO. A classificação de uma relação jurídica como de emprego pressupõe a existência simultânea de seus elementos característicos: a não eventualidade na prestação, onerosidade, subordinação jurídica e pessoalidade, todos requisitos presentes neste caso. Para a aferição da subordinação jurídica, que é o parâmetro principal para se decidir estes casos, é preciso que se verifique o "contrato realidade", como era a rotina de ordens, cobranças e punições advindas do trabalho ou da falta dele.

³⁹ Acórdão do processo 00029813320115020067. Publicado em 20/09/2013. Relatora: Patrícia Terezinha de Toledo.

Neste caso, o preposto da ré admitiu no seu depoimento de fl. 145, que o autor trabalhava diariamente das 8h30-9h até as 17h30, que ele possuía chaves do escritório, e que havia remuneração mensal. Vínculo mantido.⁴⁰

Como se pode ver, tem sido comum o Poder Judiciário considerar inválido o contrato de associação, pois em muitos desses casos é realizada prova da subordinação jurídica entre o advogado e a sociedade de advogados à qual ele se vincula. Especificamente sobre o quesito da subordinação jurídica, Alice Monteiro de Barros leciona o seguinte:

A sujeição ao poder diretivo e disciplinar poderá apresentar-se atenuada, como no caso do serviço de caráter intelectual, havendo tentação de rotulá-lo como trabalho autônomo. Em tais hipóteses, a doutrina italiana assevera que deverá o juiz recorrer a critérios complementares considerados idôneos para aferir os elementos essenciais da subordinação, entre eles: se a atividade laboral poderá ser objeto do contrato de trabalho, independentemente do resultado dela consequente; se a atividade prevalentemente pessoal é executada com instrumentos de trabalho e matéria-prima da empresa; se a empresa assume substancialmente os riscos do negócio; se a retribuição é fixada em razão do tempo do trabalho subordinado, pois, se ela é comensurada em função do resultado da atividade produtiva, tende à subsistência de trabalho autônomo, embora essa forma de retribuição seja compatível com o trabalho a domicílio subordinado; a presença de um horário fixo é também indicativa de trabalho subordinado, o mesmo ocorrendo se a prestação de serviços é de caráter contínuo. Esses critérios isolados não são suficientes à definição da subordinação e devem ser apreciados conjuntamente na relação jurídica, tendo em vista também o tipo de atividade e se ela é desenvolvida mediante alguma espécie de observância de ordens. [...] ⁴¹

⁴⁰ Acórdão do processo 20120098197. Publicado em 16/04/2013. Relatora Thereza Christina Nahas.

⁴¹ BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. 4. ed. rev. e ampl. São Paulo: LTr, 2008. p. 281-282.

Mesmo que o advogado seja intelectualizado e tenha pleno conhecimento dos moldes do contrato de associação, essa escusa não pode ser invocada para fraudar a legislação trabalhista. Por isso, quando essa matéria é discutida em um processo judicial, deve ser feita uma análise “caso a caso”, de forma minuciosa. Há quem sustente que as partes, no exercício da autonomia de suas vontades, podem pactuar a inexistência de subordinação jurídica. No entanto, nos parece que a relativização do Princípio da Proteção no caso específico do advogado associado deve ser vista com ressalvas. Novamente nos socorremos da obra de Alice Monteiro de Barros, que trata com muita propriedade da matéria:

[...] a declaração de vontade das partes não poderá prevalecer quando comprovadas, por meio do exame das circunstâncias do caso concreto, as características intrínsecas da subordinação jurídica. Nesse caso, compete à Justiça do Trabalho ao correto enquadramento da situação fática no dispositivo legal pertinente (art. 3º da CLT), não podendo as partes, por meio de atos dispositivos, escolher a disciplina aplicável, sob pena de se subtrair do Judiciário a sua prerrogativa de aplicação das normas inderrogáveis previstas no ordenamento jurídico. Compete à Justiça do Trabalho verificar se o *nomen juris* atribuído à relação jurídica pelas partes é compatível com a modalidade concreta de prestação de serviços. O ônus da prova da situação diversa daquela resultante do contrato compete, em geral, ao trabalhador.

Se a forma pela qual se realizou a prestação de serviços for incompatível com a intenção declarada pelas partes e revelar os pressupostos fáticos do conceito de empregado, a hipótese configura simulação ou fraude, com as consequências jurídicas pertinentes. É que não se pode negar o enquadramento de relação de trabalho subordinado às relações jurídicas que tenham essa natureza.

[...]

O advogado e outros tantos trabalhadores intelectuais poderão exercer suas atividades como empregado ou como trabalhador autônomo. É empregado o advogado contratado para atender os serviços internos de

uma empresa, ainda que não tenha horário certo, mas que possa ser chamado a qualquer momento e deva permanecer à disposição da empresa pelo tempo necessário. [...] ⁴²

Nessa senda, dadas as duas vertentes doutrinárias e jurisprudenciais sobre a matéria, perfilhamos do entendimento de que, via de regra, não há que se relativizar o Princípio da Proteção especificamente no caso do advogado associado. Primeiro, porque a contratação nesses moldes é ilegal. E depois, essa prática tem sido reiteradamente utilizada por grandes sociedades de advogados para fraudar os direitos trabalhistas de seus empregados, o que deve ser combatido pelo Poder Judiciário. Assim, ainda que tenhamos sustentado que o Princípio da Proteção pode ser relativizado em face do novo panorama existente no mercado de trabalho, o caso do contrato de associação firmado por advogado constitui uma exceção, devendo ser analisado com muita cautela.

⁴² BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. 4. ed. rev. e ampl. São Paulo: LTr, 2008. p. 281-287.

3 CASO CONCRETO: CONTRATO DE REPRESENTAÇÃO X CONTRATO DE TRABALHO – A FIGURA DO REPRESENTANTE COMERCIAL

3.1 DAS DIFERENÇAS EXISTENTES ENTRE O REPRESENTANTE COMERCIAL E O EMPREGADO

O contrato de representação comercial (ou mercantil) possui diferenças sutis do contrato de emprego. Na verdade, o que o diferencia e afasta a configuração de vínculo de emprego e a ausência de subordinação jurídica entre o representante e o tomador de serviços. Nesse sentido leciona Sérgio Pinto Martins:

A característica fundamental do representante comercial autônomo é a sua autonomia, tanto que o art. 1º da Lei 4.886 prevê que não há vínculo de emprego entre as partes. O representante comercial autônomo não é dirigido ou fiscalizado pelo tomador de serviços, não tem obrigação de cumprir horário de trabalho, de produtividade mínima, de comparecer ao serviço, etc. O trabalhador autônomo não tem de obedecer às ordens, de ser submisso às determinações do empregador. Age com autonomia na prestação dos serviços. O Representante comercial autônomo recebe apenas diretivas, orientações ou instruções de como deve desenvolver seu trabalho, não configurando imposição ou sujeição ao tomador dos serviços, mas apenas de como tem de desenvolver seu trabalho, caso queira vender os produtos do representado.⁴³

A representação comercial é disciplinada pela Lei nº 4.886, de 9 de dezembro de 1965. Trata-se de contrato típico, estando os direitos e obrigações das partes disciplinados de forma específica na lei. A vulnerabilidade do representante em relação foi reconhecida pelo legislador, que estabeleceu regras de proteção em decorrência da extinção contratual e

⁴³ MARTINS, Sergio Pinto. **Direito do trabalho**. 27 ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 150-151.

respectiva perda do mercado. Vejamos os elementos previstos na lei que caracterizam essa forma de contratação:

Art . 1º Exerce a representação comercial autônoma a pessoa jurídica ou a pessoa física, sem relação de emprêgo, que desempenha, em caráter não eventual por conta de uma ou mais pessoas, a mediação para a realização de negócios mercantis, agenciando propostas ou pedidos, para, transmití-los aos representados, praticando ou não atos relacionados com a execução dos negócios.

Parágrafo único. Quando a representação comercial incluir poderes atinentes ao mandato mercantil, serão aplicáveis, quanto ao exercício dêste, os preceitos próprios da legislação comercial.

A Lei 4.886/65 qualifica o representante comercial autônomo a pessoa física ou jurídica sem relação de emprego, e é essa a principal característica que o diferencia de um empregado comum. Da leitura da Lei defluiu-se que são características jurídicas da representação comercial: a) atividade empresarial do representante; b) não eventualidade das prestações; c) a mediação para realização de negócios mercantis; e, d) autonomia da atividade do agente. Ilmo Tristão Barbosa define com bastante propriedade as características dessa forma de contratação:

Muito embora aparenta existir uma similitude entre os institutos, na prática, verifica-se não se tratar de temas afins. Modernamente avolumaram-se as mais variadas formas obrigacionais com base na locação de serviços e no mandato, e ultimamente, é tendência em se tutelar socialmente o trabalho alheio. Daí a necessidade, cada vez maior, de se distinguir juridicamente o trabalho subordinado (contrato de trabalho) e o trabalho autônomo.

Essa distinção constitui, sem sombras de dúvidas, aqui e alhures, um dos aspectos que mais demandam empenho e esforços dos jus laboristas. especialmente ao magistrado trabalhista, em seu trabalho de aperfeiçoamento e construção social.

São enormes as dificuldades de se fazer uma perfeita distinção entre as duas relações jurídicas aqui tratadas, em razão da forte semelhança de seus elementos caracterizadores. É muito difícil buscar a linha divisória existente entre os dois institutos.

A doutrina é pródiga em destacar as dificuldades que ocorrem quando se tenta separar a linha que demarca as atividades do representante comercial autônomo do trabalho subordinado.

A temática em apreço, como desde logo se vê, é complexa e apaixonante, revestindo-se de alta significação social.

Procurou-se, como resultado do estudo em questão, mostrar os elementos caracterizadores da relação jurídica existente no trabalho autônomo e subordinado. Isto é, declina a problemática existente nas chamadas "zonas cinzentas" ou "zonas de conflitos", podemos assim dizer, nas situações onde aprioristicamente não se sabe onde termina uma espécie de contrato e onde a outra se inicia, ou seja, onde está o marco limitrofe entre a autonomia e a subordinação.⁴⁴

Outra definição doutrinária que se aproxima bastante daquelas até aqui expostas é a de Marcelo Gazzì Taddei:

O representante atua "por conta de uma ou mais pessoas", ou seja, desempenha suas funções sempre de acordo com as orientações do representado, não age por conta própria. Verifica-se aqui a subordinação típica do contrato de representação, mas, não se trata de subordinação de natureza pessoal, que implica direção dos serviços a serem prestados. O representante está subordinado às instruções definidas pelo representado,

⁴⁴ BARBOSA, Ilmo Tristão. O contrato de representação comercial e a relação de emprego. Disponível em: <<http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/seminasoc/article/view/9278/7950>>. Acesso em: 03 de ago. de 2013.

desenvolvendo suas funções de acordo com as orientações sobre as condições dos negócios oferecidos, como preços, prazos de pagamento, prazo de entrega, entre outras. Vale lembrar que essa subordinação existente entre os contratantes está presente em todo contrato de colaboração empresarial.

[...]

O representante atua com autonomia na prestação dos serviços, desenvolvendo suas atividades com a liberdade necessária para afastar a configuração da relação de emprego entre as partes. A independência da ação do agente permite distingui-lo do empregado, não havendo subordinação hierárquica na relação do representante com o representado. Não pode haver ingerência no modus operandi do representante, nem mesmo a fixação de cotas e metas para ele cumprir, que é empresário no exercício de atividade econômica autônoma e organizada (art. 966, CC 2002). A atividade exercida pelo representante deve ser autenticamente autônoma.

[...]

O representante comercial, como colaborador do empresário, constitui uma categoria que surgiu mais recentemente que as demais (corretores, comissários, mandatários, etc). A intensificação dos negócios empresariais motivou o surgimento de novos métodos e mecanismos para facilitar o escoamento dos produtos e serviços na busca de novos clientes, na maioria das vezes, em áreas distantes da sede ou filiais do empresário.

Essa forma de contratação destacou-se em detrimento das demais, foi acolhida pelo legislador e não pode ser confundida com outras modalidades de contratação. Assim, o contrato de representação comercial distingue-se do mandato, da comissão, da corretagem, do contrato de trabalho e da prestação de serviços.⁴⁵

⁴⁵ TADDEI, Marcelo Gazzi. O contrato de representação comercial: Análise das questões controversas no âmbito da doutrina e da jurisprudência. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7685>. Acesso em: 03 de ago. de 2013.

Não resta dúvidas de que o contrato de representação comercial é muito semelhante ao contrato de emprego típico. Entretanto, o representante comercial não goza da mesma proteção conferida ao empregado celetista. Por isso, nas causas em que se discute a existência ou não de fraude nesse tipo de contratação, deve-se ter muita parcimônia. A exemplo do que ocorre no “contrato de associação” já abordado nesse estudo, o contrato de representação comercial também constitui exceção às hipóteses de relativização do Princípio da Proteção.

3.2 ESTUDO DE CASO ESPECÍFICO DEDUZIDO EM JUÍZO: APLICAÇÃO PRÁTICA DO PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO A UMA RELAÇÃO DE REPRESENTAÇÃO COMERCIAL

Há muitos casos que são discutidos na Justiça do Trabalho que versam sobre uma suposta relação de representação comercial, mas que, após uma análise detalhada e minuciosa pelo Magistrado, revelam a existência de tentativa de fraude à legislação trabalhista. Nos debruçaremos sobre um caso concreto que ainda está sendo discutido na Justiça do Trabalho, no qual o trabalhador era vendedor com vínculo reconhecido e, do dia para a noite, passou a ser tratado como representante comercial. Trata-se do processo nº 0000286-24.2010.5.04.0023, que tramita perante a 23ª Vara do Trabalho de Porto Alegre/RS. A decisão de primeiro grau, lavrada pela Excelentíssima Magistrada Dra. Lucia Ehrenbrink, foi nos seguintes termos:

DA EXISTÊNCIA DE VÍNCULO DE EMPREGO ENTRE AS PARTES

O depoimento da testemunha do reclamante (vide fls. 595/7 – Sr. Vilmar Diniz Menezes) dá conta de que a reclamada nos idos de 1980 a reclamada indenizou os seus empregados vendedores, mediante rescisões devidamente pagas (fl. 595) e foi necessário constituir empresa por parte deste profissionais. Quem assim não o fizesse, deveria “cair fora”. A partir deste momento todos passaram a trabalhar sem CTPS anotada, o que ocorreu com 9 profissionais das vendas.

Já a carreira do reclamante não foi a mesma dos vendedores, pois ele começou a trabalhar como funcionário do setor jurídico e depois passou às vendas (fl. 595), salientando-se que o reclamante disse no seu depoimento (fl. 594) que foi contratado como contínuo, depois passou a ser assessor jurídico, para finalmente trabalhar como vendedor. A divergência quanto às funções, não altera a relação posta em causa, que se dá quando deixou de trabalhar no setor jurídico e passou para o setor de vendas.

Conta a testemunha do reclamante que a partir da saída do departamento jurídico ele passou a compor a equipe de vendas, sendo exigido pela reclamada a exclusividade nas representações, aduzindo a testemunha que “a reclamada sempre foi dura” nesta questão, mas reconhece que um ou

outro empregado no interior pode ter trabalhado com outra representação, mas a orientação era para trabalharem exclusivamente em prol desta (fl. 596).

A sistemática de trabalho até uns 10 anos atrás, quando o reclamante já era vendedor, era a elaboração de relatórios diários de vendas com o mínimo de 7 visitas, e que eram conferidas pela reclamada via telefone, o que deixou de ser feito há uns 10 ou 12 anos atrás.

Tal testemunha diz que firmou acordo com a reclamada, por apresentar necessidades para cuidados da sua saúde.

A testemunha também narra acompanhamento da atividade pelos supervisores e diretores da reclamada (vide fl. 546) nas visitas, sendo que também havia retenção de mercadorias quando estava próximo eventual reajuste de preços.

Negociações eram feitas na reclamada, existindo também reuniões nas sextas-feiras, que com a aquisição da Zamproгна pela NSG, unidade produtiva que a reclamada adquiriu não existiram mais.

A testemunha da reclamada (Sr. Anderson Oseias da Silva – fls.597/8) narra a situação de fato que o mercado apresenta: as vendas que sempre foram feitas pelas vendas diretas, passaram a ser feitas de forma predominante via telefone.

O que a testemunha narra na realidade, mesmo que permaneçam alguns vendedores externos, é a mudança na sistemática de vendas, muito usual em termos atuais, com uso das novas tecnologias, evitando deslocamentos via telefone e Internet.

Esta nova realidade que vem aos autos no depoimento da testemunha da reclamada, importa na alteração de um sistema de vendas, adotado desde os idos de 1980, mas que efetivamente mostrou necessidade de ser alterado, e gerou a redução e alteração da equipe de vendas. Ela foi reduzida de 70 representantes para 30 ou 35 (fl.598) e pelo que se tem notícia, os negócios não sofreram redução, mas sim, incremento. A adoção de novas formas de vendas gerou redução na equipe, mas a natureza do trabalho prestado por estes membros da equipe é que deve ser vista.

A atividade de representante comercial e de empregado possui muitos pontos em comum, podendo ir da exclusividade, do acompanhamento das visitas, mas tudo por si só não gera aplicação do art. 3º da CLT. O que

distingue ambos é a subordinação – o empregado é aquele que está subordinado às ordens do empregador, cumpre as suas determinações e não pode agir com autonomia.

Apesar de o reclamante possuir empresa constituída, com sua esposa (vide fl. 25), de fato ele sempre atuou em prol da reclamada, na venda exclusiva dos seus produtos. As pequenas exceções mencionadas pela testemunha da reclamada, de que um representante de Porto Alegre também vende parafusos, além dos produtos da reclamada, não modifica a realidade do reclamante.

A atividade laborativa do reclamante era controlada pela reclamada, diretamente, como nos narra a testemunha do reclamante, que possui maiores conhecimentos dos fatos, pelo longo período de vida do seu contrato firmado a contar de 1982 e a testemunha da reclamada trabalha apenas desde outubro/2003.

Os fatos trazidos pela testemunha do reclamante possuem maior valoração na análise da atividade desenvolvida, que era aquela de um vendedor, na medida em que a reclamada marcava a quantidade de visitas, fazia conferência da sua realização mediante telefonemas aos clientes, exigia relatórios diários, reuniões, metas, acompanhamento direto do trabalho, e sem liberdade de negociação do representante.

Mesmo que tal prática tenha sido alterada no curso do tempo, como relata a testemunha do reclamante, o vínculo de emprego já estava formado, mediante a subordinação do reclamante à reclamada, executando atividade-fim desta.

A regra na prestação do trabalho é que o vínculo de emprego seja existente, nos moldes do art. 3º da CLT, sendo que as exceções a tal regra devem ser provadas, no que não tenho como robusta a prova da reclamada.

Não se trata de violar o princípio da boa-fé na contratação, como diz a defesa, porquanto a prática por ela adotada na realização das vendas era via representantes comerciais, sem vínculo de emprego, valendo-se atualmente de outra sistemática, mas via empregados. A venda faz parte da atividade-fim do empreendimento econômico, e não se concebe que não seja atingido via trabalho de empregados, mas sim, apenas por empresas contratadas para tal.

Ela exigia que aquelas pessoas que fossem trabalhar em prol da mesma constituíssem “pessoas jurídicas”, atuando estes profissionais sob o pálio destas, para ilidir a aplicação das normas trabalhistas, o que é vedado no art. 9º da CLT. Não havia liberdade do reclamante na sua atuação como representante comercial, pelo que, declaro que houve vínculo de emprego entre as partes, também no período que a CTPS não foi anotada.

Saliento ainda, que o contrato firmado na contratação da “empresa” do reclamante (fl. 495), importava em acompanhamento do pagamento dos títulos pelos clientes (cláusula 5ª, § 5º), efetivar a cobrança dos devedores (§ 6º), visitar os clientes da sua zona no mínimo uma vez na semana (§ 7º), manter atualizadas as fichas de cadastro (§1º), dentre outras, todas inerentes ao controle da atividade profissional do reclamante, não como representante, mas sim, com vigilância plena, que se confunde com atos de empregador.

A reclamada deverá anotar na CTPS do reclamante um único contrato de 04-06-1975 a 19-09-2009, com as promoções do período contratual, que foi para vendedor em dezembro/1984.

A CTPS será apresentada pela parte autora, na pessoa do representante, após o trânsito em julgado, independentemente de notificação, visto ser seu o interesse. Omissa a reclamada na anotação, ela será operada pela Secretaria desta Vara, pela aplicação supletiva do art. 39, § 1º da CLT, de acordo com o permissivo do art. 8º do referido diploma legal.⁴⁶

A decisão objeto de análise deste trabalho demonstra que a linha que difere o representante comercial dos empregados com vínculo empregatício formalmente reconhecido é muito tênue. Ainda que a Lei 4.886/65 estabeleça expressamente que os representantes comerciais não possuem vínculo de emprego, a análise da realidade fática é que determinará se o enquadramento do trabalhador como representante comercial é válido ou não. Na sentença cujo trecho da fundamentação foi acima parcialmente colacionado, a contratação na condição de representante comercial foi tornada nula, com a

⁴⁶ Processo nº. 0000286-24.2010.5.04.0023. Sentença promulgada por Lucia Ehrenbrink em 17 de dezembro de 2010.

consequente condenação da empresa acionada ao pagamento dos haveres trabalhistas do reclamante.

Através de uma análise do quadro fático existente no processo pelo julgador, ficou constatado que o obreiro não se encontrava sob o pálio da Lei 4.886/65, pois não era representante comercial, e sim efetivo empregado. A sentença abordou de forma clara o ponto nevrálgico da questão: em reclamações trabalhistas nas quais se discutem essa matéria, o ponto determinante é analisar se havia subordinação jurídica. Havendo subordinação, o trabalhador não pode ser considerado um representante comercial.

Durante a instrução processual do caso em comento, foi demonstrado que o reclamante foi admitido como vendedor externo nos quadros da empresa, sendo que posteriormente houve uma fictícia rescisão do contrato de trabalho do autor, sem solução de continuidade na prestação de serviço. A empresa ré exigiu que o reclamante constituísse uma pessoa jurídica, prestando seus serviços através dessa “empresa”, com o intuito, segundo o julgador, de mascarar a relação de emprego. O reclamante constituiu uma pessoa jurídica com sócios fictícios (sua esposa) para continuar a laborar para a empresa. Ficou provado inclusive que o reclamante teve que devolver os valores recebidos em a título de “verbas rescisórias”, sendo que nessa mesma data, passou a atuar como “representante comercial”, sem que houvesse qualquer alteração no serviço prestado.

A simulação da rescisão do contrato de trabalho (com a devolução dos valores rescisórios), a imposição de criação de uma pessoa jurídica, bem como a extensão dessa imposição a todos os empregados que atuavam como vendedores externos na empresa ré, em conjunto com os demais fatos versados nos autos, foram consideradas pela Magistrada manobras da empresa para sonegar os direitos trabalhistas de seus empregados.

Ficou constatado através da prova oral que o autor da ação sempre atuou em prol da reclamada, na venda exclusiva dos seus produtos. A atividade laborativa do reclamante era controlada pela reclamada através da marcação de visitas a clientes, acompanhamento das visitas in loco ou mediante telefonemas, exigência de elaboração de relatórios diários por parte do trabalhador, obrigação de comparecimento em reuniões e treinamentos, definição de metas e impossibilidade de negociação por parte do representante comercial.

A prova oral colhida nos autos demonstrou que o reclamante, de vendedor externo com vínculo de emprego reconhecido, foi “transformado” em um representante comercial autônomo, continuando a prestar exatamente o mesmo serviço, sem solução de

continuidade, mas através de uma pessoa jurídica. Esta continuidade na prestação de serviço, sem alteração em relação a situação formal anterior, aponta a fraude da representação comercial criada pela empresa, deixando transparecer que havia subordinação jurídica do trabalhador em relação à empresa.

Observa-se que em um dia o empregado era vendedor externo, com vínculo de emprego, e no dia seguinte, se tornava um “representante comercial”, como em um “passe de mágica”. Isso fez com que o juízo anulasse o contrato de representação comercial firmado entre as partes com base no art. 9º da CLT. A subordinação jurídica, traço característico da relação empregatícia, foi provada nos autos pelo autor. Ficou evidente que a realidade da relação mantida entre as partes em nada se alterou após a fictícia rescisão do contrato de trabalho e consequente contratação como profissional autônomo.

Dessa forma, as diferenças entre o representante comercial e o empregado com vínculo reconhecido são muito poucas. Convém analisar caso a caso, para que se possa decidir de forma justa. Deve-se ter em mente, no entanto, que trata-se de mais um caso em que o Princípio da Proteção não pode ser relativizado, já que esse tipo de fraude, a exemplo do já referido “contrato de associação”, é recorrente no âmbito juslaboral.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Concluimos esse estudo afirmando que o Princípio da Proteção é passível de limitações, pois, atualmente, muitos trabalhadores são tecnicamente qualificados, não se enquadrando mais na figura do hipossuficiente. Em diversos casos levados a juízo na esfera trabalhista se observa que não há desigualdade entre os detentores da ação e os respectivos demandados, pois, como foi referido, houve uma mudança no perfil do trabalhador médio, que, via de regra, tornou-se mais instruído. Dessa forma, é possível a sua relativização, seja nos contratos de emprego típicos, seja nos contratos de emprego firmados junto a altos-empregados.

No entanto, essa relativização admite algumas exceções. Em alguns casos, o tomador de serviços tenta propositadamente dar uma roupagem legal diversa da empregatícia à relação de emprego (que na prática existe). Nessas ocasiões o Princípio da Proteção deve ser aplicado em sua plenitude de modo a coibir práticas fraudulentas.

Portanto, a conclusão que chegamos é que o Princípio da Proteção pode ser relativizado em casos cujas particularidades afastem a hipótese de hipossuficiência do trabalhador. Essa relativização deve ser manuseada com muita cautela, principalmente nos dois exemplos de casos concretos abordados no presente estudo (contrato de “associação” e de representação comercial), que se tratam de típicos casos de fraude à legislação trabalhista.

REFERÊNCIAS

BARBOSA, Ilmo Tristão. O contrato de representação comercial e a relação de emprego. Disponível em: <<http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/seminasoc/article/view/9278/7950>>. Acesso em: 03 de ago. de 2013.

BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. 4. ed. rev. e ampl. São Paulo: LTr, 2008. 1384 p.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 01 de ago. de 2013.

BRASIL. Decreto-Lei nº 5.452, de 1 de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm>. Acesso em: 03 de ago. de 2013.

BRASIL. Lei nº 4.886, de 9 de dezembro de 1965. Regula as atividades dos representantes comerciais autônomos. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4886.htm>. Acesso em: 20 de ago. de 2013.

BRASIL. Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994. Dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8906.htm>. Acesso em: 03 de ago. de 2013.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em: 03 de ago. de 2013.

BRASIL. Ministério do Trabalho e Emprego. Anexo II da Norma Regulamentadora nº. 17. Portaria SIT nº. 09, de 30 de março de 2007. Disponível em:

<http://portal.mte.gov.br/data/files/FF8080812BE914E6012BEFBDACD94B74/nr_17_anexo2.pdf>. Acesso em: 03 de ago. de 2013.

BRASIL. Tribunal Regional da 2ª Região. Processo nº. 20120098197. Acórdão promulgado em 16 de abril de 2013. Relatora: Thereza Christina Nahas. Disponível em: <<http://www.trtsp.jus.br/Geral/Consulta/Jurisprudencia/Ementas/020130342208.html>>. Acesso em: 29 de out. de 2013.

BRASIL. Tribunal Regional da 2ª Região. Processo nº. 00029813320115020067. Acórdão promulgado em 20 de setembro de 2013. Relatora: Patrícia Terezinha de Toledo. Disponível em: <<http://www.trtsp.jus.br/Geral/Consulta/Jurisprudencia/Ementas/020130984250.html>>. Acesso em: 29 de out. de 2013.

BRASIL. Tribunal Regional da 4ª Região. Processo nº. 0110200-30.2003.5.04.0003. Acórdão promulgado em 10 de agosto de 2006. Relatora: Ana Luiza Heineck Kruse. Disponível em: <http://gsa3.trt4.jus.br/search?q=cache:T1WNK5dpaukJ:iframe.trt4.jus.br/gsa/gsa.jurisp_sdc_pi.baixar%3Fc%3D24077420+0110200-30.2003.5.04.0003+inmeta:DATA_DOCUMENTO:2000-01-30..2013-01-30++&client=jurisp&site=jurisp_sp&output=xml_no_dtd&proxystylesheet=jurisp&ie=UTF-8&lr=lang_pt&proxyreload=1&access=p&oe=UTF-8>. Acesso em: 03 de ago. de 2013.

BRASIL. Tribunal Regional da 4ª Região. Processo nº. 00684-2009-001-04-00-0. Sentença promulgada por Eduardo Duarte Elyseu em 30 de março de 2010. Disponível em: <http://www.trt4.jus.br/portal/portal/trt4/consultas/consulta_rapida/ConsultaProcessualWindow?svc=consultaBean&nroprocesso=00684-2009-001-04-00-&operation=doProcesso&action=2&intervalo=90>. Acesso em: 03 de ago. de 2013.

BRASIL. Tribunal Regional da 4ª Região. Processo nº. 0108800-56.2009.5.04.0007. Sentença promulgada por Lenir Heinen. Porto Alegre, 7 de maio de 2010. Disponível em: <http://www.trt4.jus.br/portal/portal/trt4/consultas/consulta_rapida/ConsultaProcessualWindow?svc=consultaBean&nroprocesso=0108800-56.2009.5.04.0007&operation=doProcesso&action=2&intervalo=90>. Acesso em: 03 de ago. de 2013.

BRASIL. Tribunal Regional da 4ª Região. Processo nº. 0000452-55.2011.5.04.0012. Acórdão promulgado em 7 de maio de 2010. Relatora: Denise Pacheco. Disponível em: <http://www.trt4.jus.br/portal/portal/trt4/consultas/consulta_rapida/ConsultaProcessualWindow?svc=consultaBean&nroprocesso=0000452-55.2011.5.04.0012&operation=doProcesso&action=2&intervalo=90>. Acesso em: 03 de ago. de 2013.

BRASIL. Tribunal Regional da 4ª Região. Processo nº. 0000286-24.2010.5.04.0023. Sentença promulgada por Lucia Ehrenbrink em 17 de dezembro de 2010. Disponível em: <http://www.trt4.jus.br/portal/portal/trt4/consultas/consulta_rapida/ConsultaProcessualWindow?svc=consultaBean&action=e&>windowstate=normal&mode=view>. Acesso em: 03 de ago. de 2013.

BRASIL. Tribunal Regional da 4ª Região. Processo nº. 0000318-56.2010.5.04.0402. Acórdão promulgado em 09 de novembro de 2011. Redator: LUIZ ALBERTO DE VARGAS. Disponível em: <http://gsa3.trt4.jus.br/search?q=cache:JoZNJ02bJv8J:iframe.trt4.jus.br/gsa/gsa.jurisp_sdcpi.baixar%3Fc%3D40305955+advogado+v%C3%ADnculo+emprego+inmeta:DATA_DOCUMENTO:2000-01-30..2013-01-30++&client=jurisp&site=jurisp_sp&output=xml_no_dtd&proxystylesheet=jurisp&ie=UTF-8&lr=lang_pt&proxyreload=1&access=p&oe=UTF-8>. Acesso em: 03 de ago. de 2013.

BRASIL. Tribunal Regional da 4ª Região. Processo nº. 0000001-15.2011.5.04.0017. Acórdão promulgado em 13 de dezembro de 2012. Relator: Dr. Francisco Rossal de Araújo. Disponível em: <http://gsa3.trt4.jus.br/search?q=cache:WxiFV-9w3xgJ:iframe.trt4.jus.br/gsa/gsa.jurisp_sdcpsp.baixar%3Fc%3D44427613+advogado+v%C3%ADnculo+emprego+inmeta:DATA_DOCUMENTO:2000-01-30..2013-01-30++&client=jurisp&site=jurisp_sp&output=xml_no_dtd&proxystylesheet=jurisp&ie=UTF-8&lr=lang_pt&proxyreload=1&access=p&oe=UTF-8>. Acesso em: 03 de ago. de 2013.

CAVALHEIRO NETO, Augusto. O princípio da proteção e o direito do trabalho. *Direito & Justiça: revista da faculdade de direito da PUCRS*. Porto Alegre, v. 25, ano XXIV, p. 179-196, 2002/1.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 10. ed. São Paulo: LTR, 2011. 1403 p.

GENRO, Tarso Fernando. **Direito individual do trabalho: uma abordagem crítica**. 2. ed. São Paulo: LTr, 1994. 215 p.

GOMES, Orlando. **Introdução ao direito civil**. 18. ed. atual. Rio de Janeiro: Forense, 2002. 562 p.

GOMES, Orlando. **Introdução ao direito do trabalho**. Rio de Janeiro: Forense, 1944. 230 p.

GRANDI, Mario. *Il problema della subordinazione tra attualità e storia. Le trasformazioni del lavoro*. Milão: Fondazione Giulio Pastore, 1999.

GROSELLI, Ricardo. Globalização e seus impactos no mercado de trabalho no Brasil. Disponível em: < <http://www.gerenciamentoeconomico.com.br/economia/globalizacao-e-seus-impactos-no-mercado-de-trabalho-no-brasil/>>. Acesso em: 03 de ago. de 2013.

KANT, Immanuel. **Crítica da razão pura**. São Paulo: Martin Claret, 2010. 540 p.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Direito do trabalho: primeiras linhas**. 2. ed. rev. atual. ampl. Curitiba: Juruá, 1997. 303 p.

MARTINS, Sergio Pinto. **Direito do trabalho**. 27 ed. São Paulo: Atlas, 2011. 902 p.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de direito do trabalho: história e teoria geral do direito do trabalho, relações individuais e coletivas do trabalho**. 21. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2006. 1243 p.

ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. Regulamento Geral do Estatuto da Advocacia e da OAB. Dispõe sobre o Regulamento Geral previsto na Lei nº 8.906, de 04 de julho de 1994.

Disponível em: <www.oab.org.br/Content/pdf/LegislacaoOab/RegulamentoGeral.pdf>.
Acesso em: 03 de ago. de 2013.

PLÁ RODRIGUEZ, Américo. **Princípios de direito do trabalho**. 3. ed. atual. São Paulo: LTR, 2004. 453 p.

ROMITA, Arion Sayão. **Princípio da proteção em xeque e outros ensaios**. 1. ed. atual. São Paulo: LTR, 2003. 512 p.

RUSSOMANO, Mozart Victor. **Curso de direito do trabalho**. 9. ed. rev. atual. Curitiba: Juruá, 2005. 497 p.

RUSSOMANO, Mozart Victor. **O empregado e empregador no direito brasileiro**. 5. ed. rev. atual. São Paulo: LTR, 1976. 613 p.

SALEM NETO, José. **Princípios do direito do trabalho na prática**. 3. ed. Campinas: Servanda, 2003. 336 p.

SANTORO-PASSARELLI, Giuseppe. *Attualità della fattispecie lavoro subordinato? Le trasformazioni del lavoro*. Milão: Fondazione Giulio Pastore, 1999.

SÜSSEKIND, Arnaldo. **Curso de direito do trabalho**. 2. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. 643 p.

TADDEI, Marcelo Gazzi. O contrato de representação comercial: Análise das questões controvertidas no âmbito da doutrina e da jurisprudência. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7685>. Acesso em: 03 de ago. de 2013.