



Ordem dos Advogados do Brasil

Seção Minas Gerais

Comissão de Sociedade de Advogados

Sociedade de Advogados e o Advogado Associado.

O presente busca elucidar algumas questões atinentes à relação do advogado associado (Regulamento Geral, art. 39), principalmente quanto à possibilidade de reconhecimento de vínculo empregatício na hipótese de se auferir rendimentos fixos pelo trabalho exercido junto à sociedade de advogados.

Inicialmente, destacamos a necessidade de se examinar a questão não só pela ótica do Estatuto da Advocacia e da Ordem dos Advogados do Brasil e demais normas que tratam da referida profissão, mas complementá-la com a ótica justralhista.

Relação de emprego

O conceito de empregado e os elementos necessários para caracterizá-lo podem ser extraídos da CLT. Do próprio texto consolidado, vê-se que o legislador se refere expressamente à não-eventualidade, pessoalidade, dependência e salário como requisitos para a configuração da relação de emprego.

A doutrina trabalhista enumera alguns pressupostos fáticos-jurídicos que compõem a relação de emprego:

Pessoa física do empregado.

Os artigos 2º e 3º da CLT, que tratam da caracterização da relação de emprego, determinam expressamente que o empregado será pessoa física.

Esse requisito, assim como o da pessoalidade, tem valor apenas para o empregado. O empregador, conforme define o dispositivo consolidado, é a empresa tomadora de serviço, ou, por equiparação, aqueles, pessoas físicas, que são beneficiados pelo trabalho prestado.



Ordem dos Advogados do Brasil

Seção Minas Gerais

Pessoalidade do empregado.

O requisito da pessoalidade se traduz por ser o contrato de trabalho um contrato *intuitu personae*. É o caráter personalíssimo da prestação de serviço quando sob o pálio do contrato de emprego.

Ainda que não se verifique norma escrita a dizer da pessoalidade no contrato de emprego, esta se presume. Trata-se de cláusula intrínseca da relação de emprego. O empregador, conforme se depreende do caput do art 2º da CLT, assume os riscos da atividade econômica. Assim, a legislação lhe concede autonomia para dirigi-la da forma que melhor lhe aprouver. Justamente neste ponto, é que a pessoalidade do contrato ganha relevância.

Presume-se que o tomador, quando da contratação, escolha funcionários em que confie e em cuja força de trabalho acredite.

Atente-se, porém, que esse requisito tem valor apenas para a figura do empregado. Considerando o contrato pela ótica do tomador do serviço, este requisito é inaplicável. Tanto é que a legislação prevê a possibilidade de sucessão trabalhista e a despersonalização em sede de execução, para alcançar o bens dos sócios.

Em algumas relações empregatícias, a questão da pessoalidade da figura do empregado ganha elevada relevância. Nos casos em que a atividade, a função, o local da prestação, orientações políticas ou morais, entre outros fatores, requerem que o empregador tenha irrestrita confiança em seu funcionário ou que exijam determinadas qualificações do empregado, tão específicas, que se torna difícil contratar qualquer um.

O advogado se encaixa nessa hipótese em que a pessoalidade é de extrema relevância. A natureza da atividade realizada justifica essa afirmação. Não raro, as obrigações de fazer são de caráter personalíssimo. O mesmo pode-se afirmar em relação às obrigações que pressupõem qualificação técnica da pessoa que a realizará.



Ordem dos Advogados do Brasil

Seção Minas Gerais

O Estatuto da Advocacia e da OAB determina, em seu art. 15, §3º, que as procurações sejam outorgadas em nome do advogado e nela conste a sociedade da qual faz parte. Essa exigência demonstra a personalidade inerente ao exercício da advocacia, guardada a natureza do “*jus postulandi*”.

Não resta, portanto, qualquer dúvida de que a contratação de advogado seja um contrato *intuitu personae*. Assim afirmamos tanto quando da contratação do advogado como empregado, como na hipótese de contratação para prestação de serviços, sem subordinação.

Na relação de emprego do advogado a personalidade é ligeiramente diferente das demais relações de emprego que não exijam qualificação técnica mais complexa. Esta, na verdade se mostra mais evidente.

Não-eventualidade

A CLT traz, expressamente, a necessidade de que a prestação de serviço, para caracterizar a relação de emprego, seja de caráter não-eventual.

O requisito temporal tem duas implicações no âmbito do Direito do Trabalho. A primeira está relacionada com a duração do contrato de trabalho, no intuito de fazê-lo durar por mais tempo possível. A segunda importa justamente para o momento da caracterização da relação empregatícia. O requisito da não eventualidade se relaciona intimamente ao caráter permanente da prestação.

O requisito da não-eventualidade deve ser analisado levando-se em consideração quatro teorias, por se tratar de ponto bastante controvertido na doutrina.

A seguir, apontamos as teorias na ótica de Maurício Godinho:

a) Teoria do evento – sob o enfoque dessa teoria o requisito da não eventualidade deve ser analisado considerando eventual a prestação de serviço contratada para determinado e específico fato, evento ou acontecimento, com duração relativamente curta e, sobretudo, que a



Ordem dos Advogados do Brasil

Seção Minas Gerais

prestação de serviço se realize durante o fato. Ressaltando-se que o mencionado evento não deve ser freqüente, de forma que ocorra esse tipo de contratação apenas esporadicamente.

b) Teoria da descontinuidade – sobre essa teoria, é importante destacar que o trabalho, para que seja caracterizada a relação empregatícia, deve ser contínuo e ininterrupto, ou seja, não deve ser fracionado no tempo, de forma que possa ser observada certa fluidez, no sentido de não existirem rupturas e espaçamentos temporais significativos. A CLT afasta, segundo Godinho (2003), expressamente, essa teoria ao utilizar a expressão “não eventual” em detrimento de “contínua”. Alguns exemplos ajudam na compreensão do disposto nesta teoria: os garçons que laboram por anos em um mesmo empregador, mas somente nos finais de semana são considerados empregados – se presentes os demais pressupostos da relação de emprego. O mesmo não ocorre com os empregados domésticos. É que eles são regidos por legislação específica, que ao tratar da caracterização da relação de emprego do trabalhador doméstico exigiu que a prestação de serviço fosse contínua. O critério utilizado pelo legislador, como se vê, é ligeiramente diferente em um caso e em outro. Assim, a doutrina e a jurisprudência não reconhecem o vínculo empregatício de doméstico que trabalhe de forma descontinua.

c) Teoria da fixação – essa teoria trata da prestação de serviço a um único tomador ao contrário do trabalho prestado a diversos indistintamente. Essa análise guarda certa relação com a questão da dependência mencionada na CLT. Entende-se que, em tese, não haverá dependência se o trabalhador laborar para diversos tomadores. Esse requisito não afasta a liberdade que o empregado tem de ter vários empregadores, desde que não exista prejuízo ao rendimento do empregado e não haja norma vedando que o empregado tenha outro emprego. E, por fim;

d) Teoria da atividade fim do empreendimento – sobre a questão do objeto do empreendimento, pode-se dizer que o trabalho poderá ser considerado como eventual quando foge ao fim da empresa. Isso porque se presume que o trabalho quando não coincide com a atividade normal da empresa será esporádica e de pequena duração. Há, todavia, que se atentar para os trabalhadores que não estão diretamente ligados à atividade fim da empresa, mas são essenciais ao funcionamento desta, pois desempenham atividades perenes no âmbito da sociedade.



Ordem dos Advogados do Brasil

Seção Minas Gerais

Assim, para a caracterização da relação de emprego, quando analisada a questão da eventualidade da prestação, deve-se levar em conta os ditames das quatro teorias acima evocadas, concomitantemente.

Onerosidade

O contrato de trabalho é sinalagmático, ou seja, cada obrigação do tomador corresponde a uma do empregado. A cada obrigação de fazer - prestar serviço - corresponde uma de dar - pagar salário.

O caráter sinalagmático do contrato de trabalho não pode ser considerado obrigação por obrigação, de forma que se faça uma exata conexão entre as prestações do empregado e as do empregador. Essa característica deve ser tomada de forma global, abrangendo de um lado a prestação de serviço e de outro o pagamento de salário.

Para que se configure a relação de emprego, é necessário analisar, principalmente, a intenção do empregado de receber. Trata-se de requisito que deve ser analisado além do plano fático. É imprescindível que seja examinado também pela ótica subjetiva.

Em relação à onerosidade no contrato de trabalho dos profissionais liberais em geral, importante salientar que alguns autores apontam o pagamento de importância mensal fixa, haja ou não serviço, como presunção da existência de um contrato de emprego.

Subordinação Jurídica

É este o requisito mais importante da relação de trabalho, o que ganha maior destaque da doutrina.

Exatamente por isso é que não raros são os estudos e os apontamentos a respeito do assunto. Infelizmente, nem todos aqueles que se propuseram a escrever sobre o assunto o fizeram com a propriedade que o tema merece.



Ordem dos Advogados do Brasil

Seção Minas Gerais

Outra dificuldade que ronda o estudo desse tema é que se, em algumas vezes, a subordinação é claramente percebida, em todas as suas nuances, de forma irrestrita, em outras situações, ela se encontra mascarada, dissimulada, de forma que se torna muito difícil reconhecê-la.

A despeito de não haver consenso na conceituação deste instituto, uma questão é unânime sobre a subordinação: é, como destaca Vilhena(1999), uma “linha divisória”. Ou seja, trata-se de elemento definidor da existência, ou não, de vínculo empregatício.

A legislação não trata especificamente da subordinação. Trata-se, em verdade, de construção doutrinária. O art. 3º da CLT, ao tratar da figura do empregado, faz menção à “dependência”. O termo “subordinação” não consta da letra da lei.

Dependência e subordinação são vocábulos distintos e possuem significações próprias. Subordinação é o estado de não ter a liberdade para tomar as próprias decisões. É o contrário de autonomia, considerando esta a qualidade de um indivíduo de tomar suas próprias decisões, com base em sua razão individual. Dependência, por sua vez, é a sujeição, a conexão, a correlação.

As palavras de Ísis de Almeida esclarecem, em parte, o motivo pelo qual, a despeito de a legislação trazer “dependência”, a doutrina fala em subordinação.

“A subordinação é a característica mais expressiva do contrato de trabalho e é deduzida do que dispõe o artigo 3º da CLT, quando define o empregado e diz que ele presta serviços “sob a dependência do empregador”. “Dependência” é a pedra de toque. Daí, a doutrina especular sobre o termo, para colocar uma dependência econômica, uma dependência técnica, uma dependência social e uma dependência pessoal, em termos de hierarquia, e que constitui também uma dependência jurídica. Tudo isso num conjunto de situações capazes de conceituar o trabalho – ou a forma pela qual o trabalho é prestado – como gerando, entre o prestador e o tomador, uma relação de emprego, na qual o primeiro, para estar em posição de igualdade frente o segundo, goza de uma proteção legal, que de certa forma, acaba por tutelá-lo” (ALMEIDA, 1998, pg. 83)

Acrescenta, ainda, ao autor:



Ordem dos Advogados do Brasil

Seção Minas Gerais

“Na verdade, essa subordinação (ou essa manifesta e multifacetada dependência) não deve, de forma alguma, desenobecer o trabalho humano ou a condição humana de empregado. (...) A hierarquia, uma obediência do trabalhador ao poder de mando do empregador, de nenhuma maneira, conduzem a um desnivelamento.” (ALMEIDA, 1998, pg. 83)

Assim, pode-se dizer, tomando por base as considerações acima apontadas, que a subordinação seria a dependência apresentada em uma forma mais complexa.

A subordinação representa exatamente o pólo antitético do poder de direção dado ao empregado.

Enquanto de um pólo da relação o empregador segue na direção da prestação de serviço, do outro o empregado se sujeita às determinações impostas. O trabalhador subordinado, portanto, abdica de suas vontades, de sua autonomia, para seguir às determinações do empregador.

Vejam se as considerações de Ísis de Almeida(1998) a respeito:

“O prestador de serviços deve obedecer às do tomador ou de seus prepostos, relativas a horário, duração, forma de execução do trabalho etc. Deve estar sujeito à fiscalização direta ou não, imediata ou não, do empregador, tanto no recinto do estabelecimento como fora dele, quando da prestação laboral. A subordinação jurídica estatuída no contrato de trabalho se informa, exatamente, no conceito de “empregador”, fixado no Capítulo I deste Curso: “admite, assalaria e “dirige” a prestação pessoal de serviços.” (ALMEIDA, 1998, pg. 82)

Conforme destaca o autor, a subordinação se justifica e se explica pelo poder de dirigir a atividade inerente à condição de empregador.

A respeito da subordinação, vale ainda ressaltar que muito se discutiu sobre o assunto, buscando dizer se teria natureza econômica, técnica etc. Hoje, porém, segundo Maurício Godinho (2003), é pacificado que se trata de subordinação jurídica.

Assim, a subordinação no contrato de trabalho pode ser entendida como consequência jurídica do contrato de trabalho, imediatamente contraposta ao poder diretivo do empregador, que



Ordem dos Advogados do Brasil

Seção Minas Gerais

determina a sujeição do empregado no que tange ao modo de realização de sua prestação de serviço.

Dessa forma, concluí-se que empregado é aquela pessoa natural que trabalha, mediante salário, de forma não eventual, subordinada e pessoal a um empregador.

Em relação ao advogado empregado, especificamente, necessário destacar algumas questões que lhe são peculiares.

O advogado é trabalhador intelectual, que, segundo Alice Monteiro de Barros (2005), “são aqueles cuja atividade pressupõe uma cultura científica ou artística”. Podem exercer suas atividades de forma autônoma ou subordinada, com a aplicação das garantias previstas na CLT.

Em um ou em outro caso, o advogado terá de respeitar as prescrições do Estatuto da Advocacia e da Ordem dos Advogados do Brasil, Lei nº. 8.906, de 04.07.94 (EAOAB).

O advogado empregado apresenta em seu contrato de emprego além das características habituais, intrínsecas à relação de emprego, algumas outras de caráter específico.

O advogado associado

O advogado pode associar-se, sem vínculo empregatício, à sociedade de advogado, com o objetivo de participação nos resultados.

O contrato de associação é permitido pelo Regulamento Geral da Advocacia, emitido pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, em 16.06.1994, que em seu artigo 39 aduz que:

*Art. 39. A sociedade de advogados pode associar-se com advogados, sem vínculo de emprego, para participação nos resultados.
Parágrafo único. Os contratos referidos neste artigo são averbados no registro da sociedade de advogados.*



Ordem dos Advogados do Brasil

Seção Minas Gerais

Surge então a questão se pode ou não ser reconhecido o vínculo empregatício entre o advogado e uma sociedade de advogados, a despeito da excludente prevista no Regulamento Geral.

No contrato de associação estabelecido entre a sociedade e o advogado, em alguns casos, todos os requisitos para a caracterização da relação de emprego encontram-se presentes. Teríamos, então, um contrato de emprego?

A delicada questão não é tratada especificamente pela doutrina.

O princípio da primazia da realidade, informador do Direito Laboral, afasta qualquer moldura colocada envolta da relação de emprego. Ainda que as partes envolvidas não queiram, vez que as normas trabalhistas são inafastáveis, a relação de emprego, uma vez presentes os respectivos pressupostos caracterizadores existiria e estaria apta a produzir seus efeitos. Evidente que o reconhecimento do vínculo existente entre as partes pelo juiz depende de provocação. O juiz, de ofício, não pode reconhecer contratos de emprego.

Ressalte-se que será a subordinação, verificada a cada caso, que será o ponto principal para esclarecer trata-se, ou não, de advogado empregado.

A subordinação no contrato de emprego do advogado é, pela natureza da prestação de serviço, objeto do contrato, exercida em menor grau do que nas demais relações de emprego.

A subordinação vista no caso do advogado associado é ainda menos expressiva. O advogado associado contrata com a sociedade de advogados em condições muito próximas. As partes estão praticamente equiparadas.

O poder exercido sobre o advogado associado pode ser muito sutil, mas a sua atuação não poderia ser comparada a uma atuação autônoma. Essa relação situa-se em algum ponto entre a subordinação e a autonomia, sem se igualar a qualquer das duas.



Ordem dos Advogados do Brasil

Seção Minas Gerais

Ademais, o advogado associado é responsável pelos danos causados a clientes. Nos termos do artigo 40 do Regulamento Geral, a sua responsabilidade surge nas mesmas condições que a do advogado sócio. Vejamos:

Art. 40. Os advogados sócios e os associados respondem subsidiária e ilimitadamente pelos danos causados diretamente ao cliente, nas hipóteses de dolo ou culpa e por ação ou omissão, no exercício dos atos privativos da advocacia, sem prejuízo da responsabilidade disciplinar em que possam incorrer.

É de exclusividade do empregador arcar com os riscos do empreendimento. Existindo essa responsabilidade para o advogado associado, percebe-se que ele está a compartilhar característica típica de tomador de serviço, de empregador. O Direito do Trabalho não admite a transferência ao empregado dos riscos da atividade.

Tanto é assim que na relação de trabalho o empregador tem responsabilidade objetiva sobre os atos exercidos por seus empregados no exercício da prestação de serviços. Cabe ao empregador, havendo dolo ou culpa do empregado, a respectiva ação de regresso.

Sabe-se que o escopo do Direito do Trabalho reside em proteger o hipossuficiente.

Ao nosso sentir, muito difícil será verificar a hipossuficiência do advogado perante a sociedade de advogados em todos os aspectos da vulnerabilidade, que pode ser técnica, jurídica ou fática.

Quanto aos aspectos técnico e jurídico, não se pode opor qualquer dúvida sobre os conhecimentos dos advogados acerca dos efeitos da relação de emprego, e a capacidade para dizer sobre os diversos aspectos dos contratos de associação e de emprego, bem como do objeto destes, qual seja, em ambos, a prestação de serviços advocatícios.

Julgado do TRT mineiro serve de base para o raciocínio demonstrado.

RELAÇÃO DE EMPREGO. ADVOGADO. NÃO CONFIGURAÇÃO. Sendo a reclamante advogada, portanto com formação técnico-profissional que a torna presumivelmente conhecedora da real natureza dos negócios jurídicos que celebra, não pode a mesma, coerentemente, relegar contrato de prestação autônoma de serviços que tenha firmado e que vigeu por longos anos, sem que lhe tenha sido oposta, pela mesma profissional, qualquer arguição de defeito. Recurso a que se nega provimento.(RO/14700/95 13/04/1996)



Ordem dos Advogados do Brasil
Seção Minas Gerais

Não se pode, portanto, reconhecer qualquer desnivelamento entre as partes contratantes que justifique a aplicação das normas do Direito do Trabalho. Normas essas que buscam tutelar o direito dos hipossuficientes da relação. Inexistindo parte na relação a merecer a proteção jurídica, a aplicação de normas trabalhistas constituíram aberração jurídica e não aplicação correta do direito.

É bom salientar, por fim, que o Regulamento Geral prevê a contratação de advogados associados “sem vínculo de emprego”, trata-se de presunção relativa de ausência de vínculo.

Essa presunção pode ser afastada se provado que a real situação não era a de associação, mas sim de advogado empregado. Destaque-se que para isso, haverá de ser firme a prova de que, além dos demais requisitos, o advogado estava sujeito a acentuada subordinação.

Por tudo o dito, é que se pode concluir que, ressalvando hipótese em que exista marcante, elevada e invidiosa subordinação, o reconhecimento do vínculo empregatício de advogado com sociedade de advogados é improvável, independentemente da forma de remuneração.

Em outras palavras, a remuneração fixa poderá operar, em uma demanda judicial, como presunção da existência de um contrato de emprego, contudo este só poderá ser declarado se existente de forma concomitante os demais requisitos, especialmente a subordinação.

É nosso entendimento, salvo melhor juízo.

Stanley Martins Frasão
Conselheiro Seccional da OAB/MG
Presidente da Comissão de Sociedade de advogados

Artigo advogado associado.doc