



comprovado em contrário. Não se justifica, portanto, a concessão da liminar, presentemente e sem a ouvida da parte contrária.

Isto posto, diante da argumentação supra explicitada, não concedo a liminar requerida.

Notifique-se o Autor do inteiro teor deste despacho.

Em seguida, encaminhem-se os autos para a Exma. Sra. Presidente deste Tribunal Regional do Trabalho da 5ª Região.

Salvador, 28 de janeiro de 2005

4.2. Processo 01170-2003-251-05-00-4-RT. Vara do Trabalho de Conceição do Coité (BA). Exmo. Juiz Agenor Calazans da Silva Filho.

"MARIA DE LOURDES MIRANDA QUEIROZ reclama contra MUNICÍPIO DE SERRINHA e MUNICÍPIO DE BARROCAS pleiteando reintegração no emprego com o pagamento de salários vencidos e vincendos ou, sucessivamente, o pagamento de verbas rescisórias sob alegação de dispensa injusta, além de, em qualquer das hipóteses, o pagamento das gratificações natalinas e férias vencidas ao longo do vínculo, tudo conforme narrativa da inicial de fls. 1/5. Postulou, mas teve indeferida a antecipação dos efeitos da tutela principal pretendida (fl. 14). O primeiro reclamado respondeu argüindo a incompetência da Justiça do Trabalho, suscitando preliminares de prescrição e de inépcia da inicial e, no mérito, defendendo a improcedência. O segundo reclamado ofertou exceção de incompetência em razão da matéria, recebida como preliminar (ata de fls. 15/16) e contestou argüindo prescrição e, no mérito, defendendo a improcedência. Inicial e defesas instruídas com documentos, assegurada a vista devida. As partes foram dispensadas de interrogatórios. Depôs uma testemunha apresentada pela reclamante. Reiterativas as razões finais. Alçada fixada oportunamente. Sem êxito as propostas de conciliação.

É O RELATÓRIO.

I. Incompetência da Justiça do Trabalho.

Suscitam-na ambos os acionados sob o argumento de que mantêm regime jurídico não celetista, pelo que faleceria competência à Justiça do Trabalho para a contenda. Matéria superada. A Emenda Constitucional n.º 45/2004, empresta a seguinte redação ao artigo 114, da Carta Magna:

"Art. 114. Compete à Justiça do Trabalho processar e julgar:

I - as ações oriundas da relação de trabalho, abrangidos os entes de direito público externo e da administração pública direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios;"

Como se vê estão atribuídas ao conhecimento da Justiça especializada não apenas ações oriundas de relações de emprego, mas todas as ações que tenham por origem relações de trabalho. Não há, ademais, como antes havia, exceção referente aos servidores públicos federais, estaduais ou municipais. Enfim, não será o caso de por haver sido proposta "reclamação trabalhista" não se conhecer da postulação, pois não importa o nome da ação, mas o pedido formulado, incidindo o princípio de que as partes dizem os fatos e o Juiz diz o Direito. Rejeito a argüição de incompetência.

(...)

5. ARTIGOS DOUTRINÁRIOS

5.1. A Natureza Jurídica da Relação de Trabalho – Novas Competências da Justiça do Trabalho – Emenda Constitucional nº 45/2004. Exmo. Juiz Francisco Rossal de Araújo. Mestre em Direito Público – UFRGS. Professor Universitário (Graduação e Pós-Graduação). Doutorando em Direito do Trabalho (Universidade Pompeu Fabra – Barcelona). Pesquisador do CETRA-Centro de Estudos do Trabalho/RS.

SUMÁRIO

Introdução

I. Definição de Trabalho

A. O Trabalho como Fator de Produção

B. O Trabalho como Esforço Humano voltado para a Realização de um Fim

C. Divisão Social do Trabalho

II. Marco Jurídico da Relação de Trabalho

A. Trabalho Autônomo e Trabalho Subordinado

B. Continuidade e Eventualidade



- C. Pessoa Física e Pessoa Jurídica como Prestadores de Trabalho – A Questão da Pessoaalidade
- D. Trabalho Oneroso e Trabalho Gratuito
- III. Uma Definição Jurídica da Relação de Trabalho
- IV. Relação de Trabalho e Regra de Competência
 - A. Noções Gerais de Jurisdição e Competência
 - 1. Jurisdição
 - 2. Competência
 - B. A Inversão de Paradigma da Emenda Constitucional nº 45/2004
- Bibliografia

INTRODUÇÃO

O objetivo do presente estudo é traçar os limites jurídicos da relação de trabalho. O tema normalmente é abordado pela doutrina tradicional como preliminar ao estudo da relação de emprego. Em geral, afirma-se que a relação de trabalho é gênero, da qual a relação de emprego, notadamente caracterizada pela subordinação, é espécie. Entretanto, com a promulgação da Emenda Constitucional nº 45/2004 que, entre outras modificações, altera a competência em razão da matéria da Justiça do Trabalho, a distinção teórica entre relação de trabalho e relação de emprego adquire relevância. Por via reflexa, ao definir-se o conteúdo jurídico da relação de trabalho, estar-se-á definindo a competência material da Justiça do Trabalho.

A conexão entre a definição jurídica de relação de trabalho – tema de direito material – e a atribuição de competência da Justiça do Trabalho – tema de direito processual – é muito importante e serve para demonstrar como um ramo da ciência jurídica pode influenciar em outro, apesar da pretendida separação teórica entre direito material e direito processual. Na verdade, a referida distinção só tem sentido no plano metodológico, e não deve servir como um fim em si mesma. A interpenetração dos campos do direito material e direito processual é freqüentemente admitida e, inclusive, destacada no princípio da instrumentalidade processual. A definição material de relação de trabalho influenciará diretamente na regra de atribuição de competência do art. 114, I, VI e IX, da Constituição Federal, que dispõem ser competente a Justiça do Trabalho para conciliar e julgar as ações decorrentes das relações de trabalho, as ações de indenização por dano moral ou patrimonial decorrentes da relação de trabalho e outras controvérsias decorrentes da relação de trabalho, na forma da lei.

Além do tema específico das relações de trabalho, a Emenda Constitucional nº 45/2004 também amplia a competência da Justiça do Trabalho para outros campos, entre eles as ações envolvendo a fiscalização do trabalho (art. 114, VII, Constituição Federal), o direito de greve (art. 114, II, Constituição Federal), ações sobre representação sindical (art. 114, III, Constituição Federal), conflitos de competência entre órgãos com jurisdição trabalhista (art. 114, V, Constituição Federal), mandados de segurança, habeas corpus e habeas data (art. 114, IV, Constituição Federal) e execução de contribuições sociais (art. 114, VIII, Constituição Federal). Entretanto, a presente exposição limita-se ao aspecto da definição jurídica da relação de trabalho e suas conseqüências práticas no julgamento de lides trabalhistas, buscando saber qual a justiça competente para resolvê-las.

Retornando ao caráter mais amplo da definição de trabalho, é inegável que existem relações do tema com aspectos econômicos e sociológicos. Ramos específicos da Economia e da Sociologia se dedicam ao estudo das relações de trabalho como fator econômico (Economia do Trabalho) e como fator social (Sociologia do Trabalho). Nesse estudo serão utilizados alguns conceitos de ordem econômica e sociológica, em especial na primeira parte, quando será analisada a questão do trabalho como um dos fatores de produção e a divisão social do trabalho. Por não se tratar de um artigo de Economia ou Sociologia, os conceitos utilizados apenas terão o caráter auxiliar na fundamentação de um conceito jurídico de relação de trabalho. O objetivo central é a análise jurídico-normativa.

A estrutura do presente artigo está dividida em quatro partes: a primeira, tratará da definição de trabalho, em seus aspectos econômicos e sociológicos; a segunda, tratará de estabelecer um marco jurídico para a relação de trabalho; a terceira, fará a definição jurídica de relação de trabalho; e a quarta terá a finalidade de resolver controvérsias a respeito da competência material da Justiça do Trabalho.

I. DEFINIÇÃO DE TRABALHO

Nesta primeira parte, buscar-se-á entender o trabalho humano como um fator de produção, na concepção econômica tradicional, que relaciona os fatores de produção como sendo terra, trabalho, capital, tecnologia e capacidade empreendedora. Após, será analisada a onerosidade do trabalho, em sentido sociológico, caracterizando-o como esforço humano voltado para a caracterização de um fim, distinguindo-o de um trabalho feito por máquinas ou animais e do trabalho gratuito. Por último, serão analisadas algumas questões



relativas à divisão social do trabalho, tanto sob o ponto de vista econômico como sob o ponto de vista sociológico.

A. O TRABALHO COMO FATOR DE PRODUÇÃO

A produção é a atividade econômica fundamental. Seu processo ocorre pela mobilização de cinco recursos, denominados fatores de produção: reservas naturais (fator terra), recursos humanos (fator trabalho), bens de produção (fator capital), capacidade tecnológica e capacidade empresarial.

As reservas naturais, renováveis ou não, encontram-se na base de todos os processos de produção. Incluem o solo, subsolo, águas, pluviosidade, clima, flora, fauna e mesmo fatores extraplanetários como o sol. Em princípio, todas as reservas naturais são finitas, mas a sua dimensão real está relacionada com o conhecimento que o ser humano dispõe sobre a sua utilização. Dito de outro modo, se o ser humano descobre formas de explorar as reservas naturais de maneira mais racional (reciclando materiais, por exemplo), é possível que as reservas naturais levem mais tempo para se esgotar. O certo é que o fator terra (reservas naturais) constitui um conjunto determinado e finito de macrodisponibilidades, que podem ter sua exploração expandida de acordo com o desenvolvimento da ciência e da técnica.

Os recursos humanos (fator trabalho) constituem a parcela da população que pode ser economicamente mobilizável. Apenas uma parte da população total encontra-se em condições de trabalhar. Nenhuma matéria-prima ganha significado econômico se não houve trabalho humano para transformá-la. Mesmo nas situações mais simples, como no caso da coleta, é preciso que um ser humano desenvolva algum tipo de esforço físico e/ou intelectual, para retirar o bem da natureza com a finalidade de trocá-lo, vendê-lo ou consumi-lo. Apenas a população a partir de uma faixa etária vai compor o mercado de trabalho, caracterizando a população economicamente ativa. O mercado formal de trabalho contempla as relações contratuais de trabalho, em grande parte determinadas pelas forças de mercado, ao mesmo tempo que são objeto de legislação específica que as regula. O mercado informal de trabalho é aquele que funciona com um mínimo de influência governamental. Os limites inferiores e superiores do mercado de trabalho (quem entra e quem sai) são dados, ou por razões normativas (capacidade para o trabalho, aposentadoria, etc), ou por razões naturais (acidentes, mortes, inexistência de vontade de trabalhar, etc).

A noção de que o mercado de trabalho é diferente de outros mercados porque a demanda de mão-de-obra é demanda derivada, é fundamental para a definição da relação de trabalho sob o ponto de vista jurídico. Em sua concepção econômica, o trabalho constitui um insumo para a produção de outros bens, não constituindo um produto final pronto para ser produzido. Sendo demanda derivada e fazendo parte do preço final de outros produtos, é possível que a remuneração pelo trabalho não corresponda totalmente ao valor que ele cria, ao transformar matérias primas ou constituir-se em serviços sendo apropriado o valor excedente pelo proprietário dos meios de produção sob a forma de lucro. Essa constatação econômica desmistifica a afirmação jurídica de que o salário é a contraprestação retributiva pelo trabalho desempenhado ou, em termos de direito das obrigações, é uma obrigação de dar que faz o adimplemento de uma obrigação de fazer. Embora essa afirmação seja válida sob o ponto de vista jurídico, havendo adimplemento total da obrigação, sob o ponto de vista econômico, ela não é correta, pois se o empregado recebesse de volta todo o valor correspondente ao seu trabalho, o proprietário dos meios de produção não teria lucro, o que contraria um dos fundamentos do sistema econômico capitalista. Portanto, a noção jurídica de relação de trabalho não corresponde exatamente à noção econômica de relação de trabalho.

O mercado de trabalho é um mercado de fatores de produção e não um mercado de produtos. Sua demanda é derivada, e não originária. A variação no mercado de produtos afeta o mercado de trabalho e vice-versa. Havendo pouca demanda no mercado de determinado produto, pode haver desemprego ou, ao contrário, havendo maior demanda, será necessário produzir mais e empregar maior quantidade de mão-de-obra. Visto pelo outro lado, havendo escassez de mão-de-obra (mercado derivado) poderá resultar em um encarecimento dos produtos, pois será necessário pagar melhores salários para produzi-los.

Os bens de produção (fator capital) constituem o conjunto de riquezas acumuladas pela sociedade, tais como máquinas, equipamentos, ferramentas e instrumentos de trabalho, construções, edificações e toda a infraestrutura econômica em geral. Será capital se esse conjunto servir para produzir novos bens e serviços. A formação do capital se dá pelo investimento líquido, que é o resultado de todo o investimento bruto menos a depreciação natural dos bens. Somente se transformará em capital capaz de produzir novos bens e serviços o excedente sobre os gastos de manutenção do capital existente. De um certo ponto de vista, é possível afirmar que o capital é o valor do trabalho acumulado, mais o valor das matérias-primas.

A idéia de capital pode ser didaticamente exposta do exemplo do camponês que habita uma cabana distante de uma fonte de água. Se ele deseja saciar sua sede, deverá deslocar-se até a fonte e apanhar a água com as suas mãos. Com tempo e com alguns recursos (trabalho, matéria-prima, tecnologia), poderá fabricar um



balde e um reservatório e, com eles, diminuir o número de idas à fonte. Poderá, também, canalizar a água e ter um abastecimento mais cômodo do referido bem, abrindo possibilidade de utilizar de outra forma o tempo que normalmente gastava para ir à fonte, ou mesmo utilizar a água para outros fins (movimentar um moinho, por exemplo). O capital, portanto, é o acúmulo de vários fatores que possibilita potencializar a produção.

O quarto fator de produção é a capacidade tecnológica (tecnologia). A capacidade tecnológica é constituída pelo conjunto de conhecimento e habilidades que dão sustentação ao processo de produção. De nada adianta a existência de recursos naturais (terra), recursos humanos (trabalho) e bens de produção (capital), se não houver conhecimento e técnica a interligar os fatores de produção. Portanto, a capacidade tecnológica é o elemento dinâmico dos fatores de produção, ou, dito de outro modo, é o elo que liga terra, trabalho e capital.

A capacidade tecnológica implica em capacitação para atividades de pesquisa e desenvolvimento, capacitação para desenvolver e implantar novos projetos e capacitação para operar atividades de produção. Esses três aspectos reunidos, desembocam nos processos de invenção e inovação introduzidos no mercado, implicando na mudança de materiais, processos e produtos. Para produzir, o mercado e o poder público precisam investir em formação cultural, ciência e tecnologia, potencializando a capacidade de invenção e inovação.

Por último, o quinto fator de produção é a capacidade empresarial. A energia empreendedora é quem mobiliza todos os fatores e faz as escolhas valorativas, traçando os rumos a seguir. Esse fator de produção determina qual parcela da população será mobilizada, quais os padrões tecnológicos que serão empregados. Recursos humanos, capital, reservas naturais e tecnologia só geram fluxo de produção quando mobilizados e combinados. O elemento motivador da capacidade empreendedora é a obtenção do lucro (benefícios).

A capacidade empreendedora possui certas características, como a visão estratégica, voltada para o futuro, capaz de antever novas realidades e direcionar a atividade produtiva para o caminho escolhido. Poder-se-ia exemplificar com a relação entre artistas e mecenas no Renascimento (Leonardo da Vinci e Michelangelo, por exemplo). É certo que a genialidade é do artista, mas os meios e a determinação da obra foram direcionados pelo mecenas que anteviu a potencialidade criadora do artista e resolveu nela investir. Também é importante relacionar a capacidade empreendedora com a baixa aversão aos riscos do negócio e ao espírito inovador, capaz de quebrar paradigmas.

A capacidade empreendedora somente se verifica se o empreendedor tiver acesso aos quatro outros fatores de produção e souber coordená-los e organizá-los para atingir um fim. A finalidade do empreendimento é que tem caráter valorativo e seus efeitos podem ser diretos e indiretos. Por exemplo, um determinado empreendedor tem por objetivo produzir determinado bem em sua terra natal, da qual saiu quando pequeno e que ainda permanece em situação de atraso econômico em relação à metrópole, na qual o empreendedor foi realizar seus estudos. A finalidade do empreendimento é gerar lucro (objetivo direto), mas isso não impede que sejam alcançados objetivos indiretos, como melhor distribuição de renda e desenvolvimento social da comunidade, atendendo a fatores de responsabilidade social (objetivo indireto).

Em síntese, a produção de bens e serviços é o objetivo da atividade econômica e para que ocorra é necessário que estejam presentes, simultaneamente, cinco fatores: terra, trabalho, capital, tecnologia e capacidade empreendedora. O papel das relações de trabalho é fundamental para a produção, pois a atividade econômica deve ser orientada para a satisfação de necessidades do ser humano. A atividade econômica não é um fim em si mesma, mas responde ao fruto da racionalidade humana, visando a garantir meios de subsistência e conforto para o ser humano.

B. O TRABALHO COMO ESFORÇO HUMANO VOLTADO PARA A REALIZAÇÃO DE UM FIM

Os seres humanos trabalham para atingir algum objetivo. Para os físicos, Trabalho é igual a força necessária para mover determinado objeto multiplicada pela distância ($W=F.d$). Toda a modificação da situação inercial de um objeto pode ser medida pela relação entre a força empregada para deslocá-lo e o deslocamento efetivamente realizado. Não importa se realizado por um ser humano, ou não.

O problema é saber qual a concepção moral do trabalho, considerando a moral como atributo do ser humano, e como essa concepção se transforma em concepção jurídica. Dito de outro modo, como o ser humano vê o trabalho como imperativo categórico de uma conduta e como o Estado regula essa atividade de forma heterônoma (externa ao indivíduo), buscando disciplinar a atividade e estabelecendo formas jurídicas para a sua realização (contratos, atos administrativos, etc) e sanções para o caso de descumprimento de normas (indenizações, nulidades, etc).

A definição de trabalho varia no tempo e no espaço, mas, de um modo geral, pode-se afirmar que o trabalho é uma ação realizada por seres humanos que supõe um determinado gasto de energia, destinado a algum fim material ou imaterial, conscientemente desejado e que tem a sua origem e/ou motivação na insatisfação ou existência de uma privação ou necessidade por parte de quem o realiza. O trabalho é o método mediante o



qual o homem transforma a natureza criando, ao mesmo tempo, riqueza e construindo a sua própria realidade. De certo modo, a história é o processo de criação, satisfação e nova criação de necessidades humanas a partir do trabalho.

A atividade laboral constitui uma atividade essencial da espécie humana. É a atividade que possibilita a reprodução e a sobrevivência da espécie em um determinado nível de satisfação de necessidades. Trata-se de uma atividade comum a todas as sociedades, adotando formas diversas em cada uma delas ao passar do tempo. O trabalho assalariado, tal como hoje se apresenta, apenas passou a ser a forma hegemônica de trabalho por conta alheia há muito pouco tempo (final do séc. XIX, na segunda Revolução Industrial). Mesmo na primeira Revolução Industrial (segunda metade do séc. XVIII), fenômeno tipicamente localizado na Inglaterra, o trabalho assalariado não era forma predominante nos processos de produção no mundo inteiro. Somente quando o Capitalismo se fortalece e se expande como sistema econômico predominante, impondo-se sobre as formas remanescentes de Feudalismo (Europa) e outras formas arcaicas de produção (outras partes do mundo) é que o trabalho assalariado vai assumir posição dominante nas formas de relação de trabalho.

A forma comum de trabalho que ocupou maior tempo na história da humanidade e ainda hoje é comum em locais onde a forma de produção capitalista não está totalmente implementada é o trabalho de auto-subsistência. Por trabalho de auto-subsistência entende-se o trabalho desenvolvido no interior de pequenos grupos (comunidades parentais, famílias no campo, etc) para obter o conjunto de bens necessários à sua sobrevivência e algum conforto. Envolve atividades como coleta, caça, pesca, agricultura rudimentar e a produção de alguns artefatos em um contexto global que permita a sobrevivência do próprio grupo. É possível que nesses grupos exista algum grau de divisão social do trabalho, demarcando-se algumas atividades específicas para cada indivíduo. O trabalho de auto-subsistência contém os cinco elementos da produção econômica fundamental, possibilitando inclusive trocas entre indivíduos e/ou grupos dos excedentes materiais, mas sempre de forma primitiva ou rudimentar. Assim, encontram-se no trabalho de auto-subsistência o acesso aos recursos naturais (terra), a existência de recursos humanos (trabalho), a acumulação de alguns bens de produção (capital), a capacidade tecnológica para manipular fatores (tecnologia) e o espírito de coordenação e motivação (capacidade empreendedora).

As comunidades rurais baseadas à agricultura ou criação animal são exemplos típicos de trabalho de auto-subsistência. A característica do trabalho de auto-subsistência, o seu exercício livre e o não desenvolvimento da noção de lucro pela apropriação da mais-valia gerada pelo trabalho excedente.

Também o trabalho pode ser forçado, ou seja, todas as atividades laborais desenvolvidas por algum meio de coação. No trabalho forçado, a pessoa, de forma individual ou coletiva, trabalha por conta alheia, sendo que o beneficiário usufrui todo o resultado labor. O exemplo mais importante de trabalho forçado é a escravidão. O senhor dos escravos beneficia-se com todo o resultado econômico do trabalho e apenas tem o dever de subsistência com o escravo, que nada mais é do que seu próprio interesse com relação à força motriz de sua atividade econômica. Historicamente, além da escravidão, existiam outras formas de trabalho forçado, como algumas formas de dominação colonial (como os nativos africanos e índios americanos, obrigados a trabalhar em obras de infraestrutura que favoreciam a colonização) ou complexos sistemas de legitimação (feudalismo e servidão) em sociedades estamentais. Alguns Estados modernos ainda obrigam os presidiários a prestarem trabalhos forçados como forma de sanção ou como forma de compensação (redução da pena). Neste último caso, a norma legal admite a possibilidade de trabalho forçado, sendo lícita a sua exigência. Tal situação não pode ser confundida com variantes modernas de trabalho análogo ao escravo ou escravidão por dívidas, que constituíam prática social mas são considerados ilícitos pelo ordenamento jurídico.

Um terceiro tipo é o trabalho mercantil. Neste, o objetivo do trabalho não é a produção direta dos meios de subsistência para seus próprios produtores (trabalho de auto-subsistência) ou para seus amos e senhores (trabalho forçado). O objetivo do trabalho mercantil é a produção de bens de consumo, de forma livre e mediante retribuição (remuneração pelo trabalho). O trabalho mercantil só existe quando estão presentes algumas instituições como um sistema organizado de trocas (mercado de produtos), existência de moeda (meio comum de troca) e a existência de alguma instituição política que garanta e avalize a validade da moeda em circulação. O trabalho mercantil é livre e remunerado, embora possa ser disciplinado por normas jurídicas e estabeleçam limites, modalidades e forma de contratação.

O trabalho mercantil pode ser autônomo ou assalariado.

O trabalho autônomo não deixa de ser uma forma evoluída do trabalho de subsistência. A diferença é que no trabalho autônomo moderno existe a moeda (meio comum de troca), que substitui a apropriação direta de bens da natureza. Alguém trabalha e, em vez de apropriar-se diretamente da mercadoria, recebe uma unidade monetária de valor, com a qual pode comprar os bens que necessita. Assim como o trabalho de auto-



subsistência, o trabalho autônomo é livre, os trabalhadores realizam um serviço para o comprador dos serviços em troca de remuneração. Os trabalhadores autônomos controlam todo o processo laboral e são proprietários dos meios de produção que utilizam. Um artesão, por exemplo, compra a matéria-prima e a transforma em produto, fazendo a comercialização deste no mercado, estabelecendo o seu preço. O resultado da comercialização é apropriado pelo trabalhador.

Por outro lado, o trabalho assalariado é aquele em que alguém trabalha sob as ordens de outro e a pessoa implicada aporta exclusivamente sua atividade laboral em troca de remuneração (dinheiro). A forma jurídica de relação de trabalho assalariado é o contrato. A questão relativa à natureza jurídica da relação de trabalho será analisada em capítulo específico, inclusive com relação à sua onerosidade.

C. DIVISÃO SOCIAL DO TRABALHO

Após a análise sobre o trabalho como fator de produção (aspecto econômico) e como meio de realização de um fim almejado pelo ser humano, é preciso considerar um aspecto fundamental da forma do ser humano trabalhar dentro de um grupo social racionalmente organizado. O estudo desta circunstância denomina-se divisão social do trabalho.

Nenhum ser humano vive sozinho em sociedade e tampouco é auto-suficiente no que diz respeito à capacidade de prover bens para a sua subsistência. Seria pouco provável a existência de um ser humano totalmente isolado, a não ser pela circunstância de algum acidente. Mesmo assim, esse ser humano hipoteticamente isolado poderia sobreviver por algum tempo, mas significaria o fim da espécie, pois não poderia procriar. Trata-se de uma hipótese improvável, sendo certo que todo o ser humano, por ser animal gregário, tende a necessitar da cooperação e cooperar com outros seres humanos, para conseguir a sua auto-subsistência.

Em toda a natureza existem animais gregários que, em maior ou menor grau, dividem as tarefas dos indivíduos dentro dos grupos. Nessas espécies, para facilitar a sobrevivência, determinados indivíduos se especializam em determinadas funções, obtendo, com esse procedimento, resultados mais satisfatórios para o grupo. Em todas as sociedades humanas conhecidas existe maior ou menor grau de divisão social do trabalho, que pode desenvolver-se em distintos níveis: cooperação para manter aos indivíduos que não estão em condições físicas de garantir a subsistência (crianças, idosos e enfermos); cooperação na transmissão de conhecimentos tecnológicos que permitam aos diversos indivíduos alcançar certo grau de desempenho produtivo; cooperação de diversas pessoas para obter um determinado resultado positivo.

A cooperação para obter um resultado positivo pode ocorrer por duas formas. A primeira, pelo fato de que o trabalhador não conseguiria o resultado se necessariamente não contasse com a ajuda dos demais. Isso ocorre com atividades que exijam mobilização de grande número de pessoas (remoção de obstáculos naturais, colheitas em certo prazo, etc). Somente a coordenação e especialização do trabalho permite alcançar o resultado que seria impossível ao indivíduo isolado. A segunda, é a circunstância de que um indivíduo sozinho pode alcançar determinado resultado, sendo capaz de realizar todos os processos envolvidos na produção de um bem. Entretanto, se esse processo de produção for decomposto em várias atividades distintas, e sendo cada atividade exercida por uma pessoa especializada, o resultado produtivo será muito mais eficiente. O exemplo clássico desse segundo aspecto da cooperação, para obter um resultado positivo está na descrição das atividades de manufatura de alfinetes, feita por Adam Smith. Nessa passagem, está descrita a atividade do mestre artesão que fazia todo o alfinete, em comparação com a fábrica de alfinetes, onde cada trabalhador exercia uma tarefa distinta, no processo de produção de alfinetes, como esticar o arame, cortá-lo, fazer a ponta e a cabeça, etc. Para um objeto tão simples como um alfinete, Adam Smith identifica dezoito operações distintas, para completar o processo de fabricação. Entretanto, ao passar da concentração de todas as tarefas em um só artesão para a divisão das atividades entre vários trabalhadores, os resultados produtivos são impressionantes: enquanto um trabalhador isolado podia produzir ao redor de 20 alfinetes por dia, a simples separação de tarefas, a colaboração entre trabalhadores e o uso da maquinaria, permite produzir 48.000 alfinetes por dia, ou seja, 240 vezes mais.

O incremento de produtividade decorrente da divisão social do trabalho ocorre por várias razões: a) o aumento da destreza dos trabalhadores, como consequência de suas atividades se limitarem a uma só operação; b) a economia de tempo, que de outra forma se perderia ao passar de uma atividade para a outra; e c) uso de máquinas que facilitam e reduzem o trabalho, permitindo que um só trabalhador realize o trabalho de muitos.

A divisão social do trabalho cresce à medida que se torna complexa a sociedade. Os indivíduos necessitam de bens que não são capazes de obter sem a colaboração de outros indivíduos. Em qualquer sociedade é necessário desenvolver mecanismos que favoreçam a cooperação. Quanto maior seja o volume de uma sociedade e mais ampla a divisão social do trabalho, mais complexos serão os problemas de coordenação das



atividades desenvolvidas pelos diversos indivíduos e as atividades de coordenação adquirirão maior importância.

Nesse ponto é que a divisão social do trabalho adquire uma face jurídica. As normas jurídicas vão disciplinar aspectos relevantes da divisão social do trabalho, dentro de uma sociedade. Existem experiências históricas de formas jurídicas dessa regulação, algumas descentralizadas e outras centralizadas. As formas jurídicas descentralizadas de regulação da divisão social do trabalho correspondem à economia de mercado, onde indivíduos trocam a produção realizada em um mercado, utilizando como instrumento jurídico os contratos (compra e venda, troca, etc). Nas formas centralizadas, o processo de coordenação da divisão social do trabalho é realizado por um ente centralizado (como a experiência da antiga União Soviética e outros países que tiveram experiência com socialismo histórico).

No mercado de trabalho é utilizada a forma contratual. Essa forma contratual está submetida a uma normatividade que a disciplina. Na execução de um contrato de trabalho, além das obrigações derivadas do contrato em si, o tomador do trabalho (credor) tem à sua disposição o poder disciplinar, o poder diretivo e o poder de hierarquizar as distintas atividades. O poder diretivo, o poder disciplinar e o poder hierárquico são as três expressões da chamada subordinação subjetiva (poder de dar ordens ao empregado), que é a base da relação de trabalho assalariada no sistema capitalista. A subordinação é o traço principal do contrato que expressa o trabalho assalariado.

Um outro aspecto da divisão social do trabalho é o fato de que ela limita o nível de controle que cada indivíduo tem sobre as decisões e os objetivos do processo produtivo. Quando se depende dos outros, o grau de controle sobre o processo produtivo dar-se-á pela forma jurídica como se regula o processo produtivo, uma vez que o poder de decisão sobre a forma de produzir ou sobre o que produzir poderá ter maior ou menor grau de liberdade. As normas de uma sociedade tendem a definir os diferentes graus de influência social sobre as decisões econômicas básicas, o que se traduz em distintos graus de controle dos indivíduos sobre o processo produtivo. A isso se denomina de interferência do Estado na Economia (Poder normatizador) e, indiretamente, na regulação da Divisão Social do Trabalho.

Como resumo dessa primeira parte, pode-se afirmar que a relação de trabalho é um dos cinco fatores de produção (terra, trabalho, capital, tecnologia e capacidade empreendedora) e constitui um esforço humano visando a uma finalidade, a sua subsistência ou a satisfação de uma necessidade. Como o ser humano não vive isolado, o seu trabalho está relacionado com o trabalho de outros seres humanos e só com especialização e coordenação de atividades é que se consegue que os bens gerados por uns cheguem aos demais de forma a garantir a subsistência de todos de forma mais eficaz possível. A sociedade cada vez mais complexa exige a normatização das relações de trabalho, estabelecendo pautas de conduta e sanções para o caso de descumprimento. No sistema capitalista, a normatização das relações de trabalho se dá pelo contrato, que estabelece os referenciais mínimos como sujeito, objeto e conteúdo. Também as normas legitimam certos poderes sociais decorrentes da divisão social do trabalho, como os poderes de direção, punição e hierarquização, que constituem o traço característico do trabalho assalariado (subordinação). As normas jurídicas disciplinam o contrato em si e o contrato em relação aos demais indivíduos. Embora possa ser vista sob os ângulos econômico (fator de produção), sociológico (divisão social do trabalho) e jurídico (subordinação), a relação de trabalho é desses paradigmas sociais multifacetados, que sempre permitem um novo ângulo de abordagem.

Nos próximos segmentos do presente trabalho serão aprofundadas as questões jurídicas, sem esquecer de que pode ser simplesmente um reflexo dos aspectos econômicos e sociológicos.

II. MARCO JURÍDICO DA RELAÇÃO DE TRABALHO

A segunda parte deste estudo tem por objetivo estabelecer qual o marco jurídico da relação de trabalho. Na primeira parte foi visto que o trabalho considerado como fator de produção sobre regulação normativa em si mesma (contrato) ou em relação aos demais indivíduos (divisão social do trabalho). O objetivo agora é refletir sobre os temas jurídicos específicos, procurando situar a relação de trabalho dentre os paradigmas jurídicos definidos.

O presente capítulo abordará, na primeira parte, a distinção entre trabalho subordinado e trabalho autônomo como pressuposto para a análise e seu reflexo na interpretação da reforma constitucional protagonizada pela Emenda Constitucional nº 45/2004. Depois, de forma rápida e objetiva, serão analisadas as dicotomias continuidade/eventualidade, pessoa física/pessoa jurídica como prestadora de trabalho e, por último, onerosidade/gratuidade.

A. TRABALHO AUTÔNOMO E TRABALHO SUBORDINADO

A expressão “relação de trabalho”, constante do art. 114, I, da Constituição Federal, que atribui competência para a Justiça do Trabalho, não refere se trata de trabalho autônomo ou subordinado. O trabalho, sob o



aspecto econômico, é um fator de produção que pode ser utilizado tanto de forma autônoma como subordinada (dependência econômica + poder de direção). Para um economista, a produção de um determinado bem visando satisfazer uma necessidade humana poderá ser feita tanto por uma empreitada (trabalho autônomo) quanto por uma relação de emprego (trabalho subordinado). A única certeza é de que as duas formas jurídicas (autônomo e subordinado) estão em um contexto normativo de liberdade de contratar. Do contrário, pareceriam formas de trabalho forçado ou coativo como a escravidão e a servidão. Portanto, o trabalho livre (em sentido lato, opondo-se ao trabalho coativo) deverá ser autônomo ou subordinado.

O trabalho autônomo caracteriza-se por constituir vínculo jurídico fundado na predeterminação da prestação, que não sofrerá intervenção do credor do trabalho e na circunstância de que o poder jurídico reservado ao prestador encerra o poder de auto-organizar o próprio trabalho, com ou sem o concurso de outrem.

Quanto ao primeiro aspecto, significa que o trabalho autônomo em geral tem por objetivo um resultado e não a atividade em si. O credor estabelece com o devedor uma determinada meta e a atividade é o meio para se atingir a finalidade. É o que ocorre, por exemplo, nos contratos de empreitada ou mandato. Embora possam existir situações dúbias, considerando a dificuldade de se definir, no caso concreto, o que é meio e o que é fim, o certo é que o critério tem alguma utilidade, pelo menos para estabelecer uma prescrição relativa.

O segundo aspecto, a auto-organização do trabalho, também deve ser analisado com cautela e sempre dentro de parâmetros concretos. O trabalhador autônomo desenvolve seu trabalho com organização própria, iniciativa e discricionariedade, escolhendo o modo, o tempo, o lugar e a forma de execução. A iniciativa de auto-organização enfatiza a liberdade do prestador que pode dispor da sua atividade, inclusive para mais de um contratante. O autônomo atenderá a contento os diversos credores de serviços.

A subordinação pode ser vista sob aspecto subjetivo e sob aspecto objetivo.

O aspecto subjetivo da subordinação caracteriza-se pela consciência de cumprir ordens, por parte do trabalhador e pela justificação legal destas ordens por parte do empregador. Os poderes do empregador são amparados pelo ordenamento jurídico, expressando-se sob as três vertentes conhecidas: poder diretivo, poder disciplinar e poder hierárquico. O empregador tem para si legitimado o poder de estabelecer a forma, o modo, o tempo e os desígnios do contrato, apropriando-se com amparo legal, dos resultados excedentes da prestação de trabalho, sob a forma de lucro. É certo que estes poderes de direção, disciplina e hierarquia não são ilimitados, tendo o empregador que exercê-los dentro de parâmetros também estabelecidos por normas jurídicas. Assim, o poder disciplinar encontra seu limite nas normas sobre o respeito à integridade física do empregado e aos seus direitos de cidadão (liberdade, privacidade, etc). Além disso, o poder disciplinar deve respeitar a adequação da sanção imposta no âmbito contratual com a gravidade da falta (proporcionalidade). Também o poder diretivo encontra limites no próprio contrato, pois o empregado contrata como um cidadão livre, e a remuneração deve ser proporcional ao contratado, bem como não está obrigado a cumprir ordens ilegais. Por último, o poder hierárquico também encontra limitações nas normas constitucionais e legais a respeito da isonomia. O aspecto objetivo da subordinação consiste na inserção do trabalho do devedor nos desígnios econômicos do credor. Existe um constante círculo de expectativas entre credor e devedor: o credor (empregador) precisa que o empregado aliene sua força de trabalho para que possa impulsionar os demais fatores de produção; o devedor (empregado) precisa de seu emprego pois dele depende economicamente para a sua subsistência ou, se não depende, dele obtém remuneração para satisfazer alguma de suas necessidades pessoais. Trata-se de uma participação interpretativa da atividade-trabalho na atividade da empresa.

A relação de trabalho mencionada no art. 114, I, da Constituição Federal não distingue entre trabalho autônomo e trabalho subordinado. Se houvesse alguma restrição apenas ao âmbito do trabalho subordinado, a expressão correta seria “relação de emprego”, pois esta é espécie da relação de trabalho que, por seu turno, constitui gênero. Portanto, a competência da Justiça do Trabalho é para solucionar ações envolvendo relações de trabalho no sentido lato, estejam elas inseridas num contexto de auto-organização do trabalho (trabalho autônomo) ou num contexto de consciência de cumprir ordens interagindo-se nos desígnios econômicos da empresa (trabalho subordinado).

Na terceira parte deste estudo será realizada a definição jurídica de relação de trabalho. É difícil encontrar na bibliografia tal definição, pois a maioria dos autores parte do pressuposto de que se conhece que a relação de trabalho é gênero da qual a relação de emprego é espécie.

B. CONTINUIDADE E EVENTUALIDADE

No Direito do Trabalho brasileiro a continuidade constitui elemento da relação de emprego. Embora não se tenha na legislação trabalhista uma definição de relação de emprego, ou definição de empregado contida no art. 3º da CLT, refere à prestação não eventual de serviços.



Contínuo ou não eventual, o contrato de emprego tem uma relação com o tempo, sendo uma obrigação contínua ou de trato sucessivo. A expressão “trabalho não eventual” ou “continuidade” constitui um conceito jurídico indeterminado, ou conceito valorativo, que tem de ser preenchido no caso concreto. Pode ocorrer que um contrato inicialmente previsto para ser instantâneo ou de execução diferida, se transforme em um contrato de trato sucessivo porque as partes não ajustando contínuas atividades que, somadas, acabam por modificar-lhe a natureza. De qualquer forma, como regra hermenêutica, no contrato de emprego presume-se a continuidade, devendo ser demonstrada a existência de termo resolutivo.

Podem existir relações de emprego por prazo indeterminado e por prazo determinado, assim como podem existir relações de trabalho (não subordinado) por prazo indeterminado ou por prazo determinado. As relações de representação comercial são típicas relações de trabalho não subordinado ou autônomas, que podem ser pactuadas por tempo determinado ou indeterminado. Outro exemplo é a empreitada de labor que normalmente é pactuada por tempo determinado, em virtude da característica de consistir na realização da obra determinada, mas pode, conforme o caso, não ter uma data certa para o seu término, apenas possuindo uma expectativa de realização aproximada.

A Justiça do Trabalho tem competência para ações envolvendo litígios decorrentes de relações de trabalho eventual ou contínuo, seja ele subordinado ou não. Até a promulgação da Emenda Constitucional nº 45/2004, a competência restringia-se à relação de emprego não-eventual (salvo exceções previstas em lei). Como a não-eventualidade é um requisito para a caracterização do vínculo de emprego, na prática a competência da Justiça do Trabalho era majoritariamente voltada para relações não-eventuais, ou seja, com continuidade.

Entretanto, a relação de trabalho não tem como elemento essencial a continuidade. Pode perfeitamente haver uma relação de trabalho que ocorra apenas em um só dia ou num único final-de-semana, como, por exemplo, o trabalho em um evento, festa ou feira de exposição. Será uma relação de trabalho que não caracteriza uma relação de emprego, porque não tem um de seus elementos que é a continuidade. Outro exemplo comum de trabalho eventual são os “chapas” e os “biscateiros”, ou mesmo pequenas empreitadas normalmente chamadas de prestação de serviços, comuns na construção civil, manutenção de prédios, instalações elétricas e hidráulicas, etc. Todo este variado espectro de relações de trabalho de caráter eventual pode gerar conflitos, inadimplementos, nulidades, etc. O ramo do Judiciário que resolverá os conflitos daí resultantes será a Justiça do Trabalho por força do art. 114, I, da Constituição Federal.

C. PESSOA FÍSICA E PESSOA JURÍDICA COMO PRESTADORES DE TRABALHO – A QUESTÃO DA PESSOALIDADE

Outra relevante questão a ser enfrentada dentro do estudo da relação de trabalho é a característica de seu ou não intuitu personae, com relação à figura do prestador de trabalho e quais os reflexos que isso gera na fixação da competência. Em outras palavras, a questão é saber se a pessoalidade, seja o trabalho autônomo ou subordinado, é elemento da relação de trabalho em sentido lato. Para se ter a resposta a este questionamento é preciso buscar a definição de pessoa, distinguir pessoa natural de pessoa jurídica e analisar se pessoas jurídicas podem ser partes em uma relação de trabalho em sentido lato como o previsto no art. 114, I, da Constituição Federal.

Não há dúvida de que uma pessoa física (ou pessoa natural) pode ser parte de uma relação de emprego (trabalho subordinado) e que estão expressamente excluídas as pessoas jurídicas como prestadoras de trabalho. Os textos legais que definem empregador e empregado na CLT (arts. 2º e 3º) autorizam essa conclusão ao utilizarem as expressões “prestação pessoal de serviços” e “considera-se empregado toda a pessoa física...”. Portanto, dentro da relação de emprego tradicional o problema encontra-se resolvido.

A questão encontra-se em aberto no que tange à relação de trabalho (em sentido lato) porque não há conceituação desse instituto sob o ponto de vista jurídico.

O conceito de trabalhador envolve a noção de pessoa e pessoalidade. Dispõe o Código Civil que toda a pessoa é capaz de direitos e obrigações (art. 1º). A personalidade é a aptidão para contrair obrigações e exercer direitos e a capacidade é a medida jurídica da personalidade. Somente uma pessoa capaz pode praticar plenamente os atos da vida civil, embora toda a pessoa possa ser sujeito de direitos e obrigações. A existência da pessoa natural inicia com o nascimento com vida e termina com a morte.

O trabalhador pessoa natural tem por pressuposto a capacidade para contratar, pois o contrato para ser válido, exige agente capaz (pessoa, com personalidade dimensionada para praticar atos jurídicos). Como na maioria dos casos se pensa em relação de trabalho como sendo relação de emprego, ou seja, trabalho subordinado, a tendência é pensar que o trabalhador pessoa física tem a consciência de cumprir ordens. A consciência é um atributo de um indivíduo e não existiria em pessoas jurídicas, pois estas constituem uma abstração jurídica. Logo, as relações de trabalho subordinadas (relações de emprego) necessariamente tem de ser pessoais com relação ao empregado, pois pessoas jurídicas não teriam a consciência de cumprir ordens.



As pessoas jurídicas são uma abstração do mundo jurídico. Tratam-se de um conceito jurídico definitório, que cria uma definição auxiliar, abstrata, que será utilizada para regular determinadas relações previstas pelo ordenamento jurídico. O Código Civil estabelece que as pessoas jurídicas, para adquirirem o benefício da autonomia patrimonial em relação aos seus membros e para obterem reconhecimento de existência válida, precisam ter seus atos constitutivos levados a registro (art. 45, Código Civil).

Uma pessoa jurídica regularmente constituída pode ter fins econômicos, ou não. Pela sistemática adotada pelo Código Civil de 2002, as sociedades necessariamente têm fins econômicos (art. 981), enquanto que as Fundações e Associações não tem o intuito de lucro (art. 53 e art. 62, parágrafo único).

Se não houver resultado econômico ou onerosidade, como será visto no próximo tópico, não existe relação de trabalho, seja ela autônoma ou subordinada. Se o trabalho é considerado um fator de produção, sendo uma das principais características da atividade econômica, conforme analisado na primeira parte deste estudo, não é possível que exista relação de trabalho a título gratuito. Essa conclusão exclui as pessoas jurídicas de natureza não econômica (associações e fundações) da possibilidade teórica de fazerem parte de uma relação de trabalho como prestadores de trabalho.

Resta analisar a possibilidade das sociedades (com fins econômicos) serem parte de relações de trabalho como prestadores de trabalho. As sociedades têm por objeto a comum intenção de dividir perdas e lucros (*affectio societatis*). A definição, por si só, exclui que possam praticar trabalho subordinado, pois a definição legal de empregado não é compatível com a circunstância de assumir os riscos da atividade econômica. Pelo contrário, no trabalho subordinado é o empregador que assume tal risco (art. 2º, da CLT). Portanto, sociedades (pessoas jurídicas que visam fins econômicos) não podem realizar trabalho subordinado porque este é incompatível com os riscos do negócio, em nosso sistema jurídico.

Subsiste, em teoria, a questão da relação de trabalho autônoma poder ser praticada por pessoa jurídica. Na prática, a hipótese teórica englobaria todas as empresas prestadoras de serviço, empresas de representação comercial, empreitadas de labor contratadas por pessoas jurídicas, relações entre clientes e clínicas médicas, odontológicas, etc. No fundo a questão seria saber se relação de trabalho pode ser sinônimo de prestação de serviço.

Em primeiro lugar, é preciso verificar o disposto no Código Civil sobre o contrato de prestação de serviço. A matéria está disciplinada nos arts. 593 a 609, do Código Civil de 2002, e veio a substituir a antiga denominação de contrato de locação de serviços. O contrato de prestação de serviços nada mais é do que a antiga *locatio conductio operarum*, sendo que o próprio Código Civil dispõe que será aplicado apenas de forma subsidiária quando não houver legislação especial pertinente. Embora tenha mudado a denominação, o novo Código Civil praticamente não alterou o disposto ser a locação de serviços, perdendo boa oportunidade para atualizar as normas civis sobre um fenômeno cada vez mais freqüente, como a prestação de serviços. Na prática, o contrato de prestação de serviços segue sendo um contrato *intuitu personae*, como se pode ver dos arts. 595, 601 e 607 do Código Civil, estando em desuso. Infelizmente, a legislação civil não serve para resolver o problema teórico distinção entre relação de trabalho e prestação de serviço, nem o problema se uma pessoa jurídica que vise lucro pode ser parte numa relação de trabalho.

A solução terá de ser encontrada na origem dos institutos jurídicos envolvidos, em especial nas finalidades da sociedade empresária. Como se sabe, a sociedade necessariamente tem fins econômicos e objetiva a repartição de lucros e perdas. No plano interno da sociedade pode ocorrer que, não obstante todos os esforços dos sócios, o empreendimento econômico não prospere e não haja resultado para compartilhar. Houve trabalho (em sentido lato) destinado à consecução de um fim, mas este fim não se realizou e esta circunstância está dentro dos riscos inerentes a todo o empreendimento econômico. Pode ter ocorrido algum evento climático, alguma falha na estratégia de marketing ou simplesmente o produto lançado não agradar ao mercado. Houve trabalho, houve esforço para realizar um fim, mas não há benefícios para dividir. Assim, dentro de uma sociedade o que impera é a noção de risco, não se constituindo relação de trabalho.

No plano externo, a sociedade pode prestar serviço para outra empresa ou mesmo para uma pessoa física. No caso, quem contrata o serviço não está interessado na pessoa que vai realizá-lo, mas no resultado da contratação. Os contratos de prestação de serviço em regra não são obrigações de resultado.

Um critério que poderia ser proposto para diferenciar prestação de serviço de relação de trabalho é o de que as relações comerciais entre duas empresas são atos de comércio e consistem na troca de produtos e serviços e não na troca de trabalho. O trabalho faria parte do produto ou serviço, mas entraria apenas como mais um dos custos de produção, como a matéria-prima, aluguéis, impostos, propaganda, etc. Nas relações de trabalho, o trabalho seria a mercadoria em si. Dito de outra maneira, o trabalho é endógeno ao produto ou serviço, tendo preço em si. A prestação de serviços seria o trabalho mais outros custos, acrescida do lucro.



Esse critério econômico apresenta falhas, e não pode ser utilizado para explicar porque uma pessoa jurídica que visa ao lucro não pode praticar relações de trabalho. É possível que uma pessoa física preste serviços, cobre pelo trabalho (eventual ou autônomo) e no preço do serviço inclua custos de deslocamento, propaganda, impostos que tenha que recolher sobre o serviço prestado, etc. Ao contrário das relações de emprego (trabalho subordinado), as relações de trabalho em sentido lato podem visar ao lucro. Uma empreitada de labor, quando fixado o preço, leva em consideração o lucro e outros custos para a realização do contratado. Portanto, se uma pessoa física pode fazer parte de relações de trabalho e auferir lucros, uma pessoa jurídica poderia perfeitamente fazê-lo e isso não impediria de caracterizar a existência de uma relação de trabalho entre duas pessoas jurídicas (credor e devedor).

Outro critério que poderia resolver a questão da pessoa jurídica com fim lucrativo não poder fazer parte da relação de trabalho é o critério da aleatoriedade dos ganhos (risco). As pessoas jurídicas constituem-se de sócios que têm a comum intenção de dividir os lucros e perdas. Entre eles, quando pactuados os atos constitutivos, nunca se sabe qual o montante que cada sócio vai ganhar. Sabe-se apenas o percentual que, nas sociedades, sempre será uma parte do capital social proporcional à propriedade. Se o empreendimento der lucro, divide-se o montante nos percentuais previstos no contrato social. Se der prejuízo, cada um arca com o seu percentual. Existe uma certa aleatoriedade sobre o montante líquido, embora sejam conhecidos os percentuais. Tudo depende do futuro da sociedade, que é incerto. Na relação de trabalho, o montante seria conhecido desde o princípio e não existiria aleatoriedade.

Esse critério seria parcialmente válido para as relações de emprego (trabalho subordinado), em virtude da existência de dispositivo legal que garante o salário mínimo, mesmo no caso do salário do empregado ser fixado por comissão, peça ou tarefa (art. 78, da CLT) e dispositivo legal que determina parte do pagamento do salário em dinheiro (arts. 458, § 1º; 463; 81 e 82, da CLT). Nas relações de emprego, existe o sinalagma (obrigações contrárias e equivalentes) e a comutatividade (a parte sempre sabe o mínimo que vai receber, independentemente do empreendimento ter ou não ter lucro).

A questão é saber se a relação de trabalho em sentido lato é comutativa ou aleatória. Sendo um contrato que estipula uma obrigação de fazer em contraposição de uma obrigação de dar, a relação de Trabalho (lato senso) por definição não tem nenhuma relação necessária com a circunstância de ser comutativa ou aleatória. Embora quem contrata o trabalho em outro em regra fixe uma retribuição, seja em dinheiro ou in natura, pode ocorrer dessa retribuição estar condicionada ao risco do negócio. O exemplo mais conhecido é da representação comercial. Trata-se de uma relação de trabalho em sentido lato, na qual a parte que trabalha só recebe se efetivar as vendas. As normas legais não garantem nenhum mínimo mesmo no caso de inexistência de vendas. O representante comercial pode ter trabalhado, visitado clientes, mas não efetivou nenhuma venda e, por isso, não receberá nenhuma contraprestação.

O critério da aleatoriedade (risco) não serve para justificar que a relação de trabalho tenha de ser pessoal. Fracassadas as tentativas de se encontrar um critério jurídico ou econômico para definir a relação de trabalho como sendo uma relação *intuitu personae*, resta o critério epistemológico (estudo do método de determinada disciplina).

No campo do Direito do Trabalho, seja de forma autônoma ou subordinada, contínua ou eventual, só tem sentido o estudo do trabalho humano e produtivo. O objeto da disciplina exclui o estudo de formas de trabalho que não sejam humanas (animais e máquinas) ou que não sejam onerosas (trabalho gratuito ou altruístico). Trabalho humano é aquele realizado pelo homem, seja no manejo da matéria (trabalho manual), seja através do uso de símbolos (trabalho intelectual).

O ser humano, para trabalhar, interpõe a sua força física para transformar a matéria, utilizando-se, ou não, de ferramentas. As máquinas e os animais são ferramentas controladas pelo homem. O trabalho intelectual se dá pela exteriorização de símbolos, que constituem uma linguagem direcionada e compreendida por outros seres humanos. Naturalmente, nenhum trabalho humano é puramente manual ou intelectual. O mais comum é a coexistência de ambas as modalidades.

Se a definição do objeto da relação de trabalho é pressuposto, ou seja, parte da limitação arbitrária das premissas a serem estudadas, excluindo outras formas de trabalho que não o trabalho humano, poder-se-ia afirmar que as relações de trabalho realizadas por pessoas jurídicas, por serem entes abstratos criados como conceito auxiliar do ordenamento jurídico, não estão incluídas no âmbito de investigação das relações de trabalho. Dito de outro modo, apenas o trabalho humano direto, manual ou intelectual, autônomo ou subordinado, eventual ou contínuo, é que seria objeto da relação de trabalho. Esforços realizados por animais, máquinas ou entes abstratos (pessoas jurídicas) não seriam objetos das relações de trabalho. No caso das máquinas e animais, somente seriam objeto das relações jurídicas se estivessem relacionados ou administrados por seres humanos. No caso dos entes abstratos – pessoas jurídicas são compostas por seres



humanos ou por outras pessoas jurídicas – seriam objeto de estudo das relações de direito comercial ou mercantil. A separação do objeto de estudo seria uma questão de método e classificação.

A consequência desta afirmativa é o pressuposto de que a pessoalidade é requisito essencial da relação de trabalho (elemento pressuposto). No que diz respeito matéria de competência da Justiça do Trabalho (art. 114, I, Constituição Federal), o corolário é que os litígios decorrentes das relações de trabalho somente serão resolvidos pela Justiça do Trabalho quando as relações de trabalho forem *intuitu personae*. A expressão “prestação de serviços” ficaria reservada para relações entre pessoas jurídicas e teria natureza civil ou mercantil. Apenas caberia a ressalva de que, no caso concreto, uma pessoa jurídica pode ser desviada de sua finalidade com o intuito de mascarar uma relação de trabalho (gênero) ou uma relação de emprego (espécie). Isso ocorre nos casos em que o tomador do trabalho, com a intenção de afastar um possível vínculo de emprego, obriga o trabalhador a constituir uma pessoa jurídica com algum sócio (parente ou amigo). A pessoa jurídica, nesse caso, é fictícia, pois, na realidade, o trabalho é prestado pessoalmente e o sócio fictício nunca presta serviços. Esse caso de simulação ou fraude se resolve com a declaração de nulidade e o reconhecimento do real contrato existente.

Em resumo, o critério econômico do lucro e o critério jurídico da aleatoriedade não são suficientes para determinar que a relação de trabalho tenha o elemento da pessoalidade como seu caracterizador. Como único critério válido, resta o critério pressuposto (critério epistemológico) da própria definição do objeto de estudo caracterizador da relação de trabalho. A relação de trabalho envolve trabalho humano, pessoal, manual ou intelectual, excluindo o trabalho de animais, máquinas e entes abstratos (pessoas jurídicas).

D. TRABALHO ONEROSO E TRABALHO GRATUITO

Os contratos podem ser onerosos ou gratuitos no que se refere ao critério da economicidade. Como a relação de trabalho em sentido lato tem natureza contratual, ela também pode ser onerosa ou gratuita. Um contrato oneroso é aquele em que a prestação tem valor economicamente avaliável. O preço é a expressão monetária do valor. Ambas as partes suportam esforços econômicos nos contratos onerosos, sendo que, na relação de trabalho, o esforço econômico do devedor do trabalho é o trabalho em si (manual ou intelectual) e o esforço econômico do credor do trabalho é a remuneração.

A remuneração, tanto na relação de trabalho em sentido lato (trabalho autônomo ou eventual) quanto na relação de trabalho em sentido estrito (trabalho subordinado) pode ser em espécie ou in natura. A diferença é que na relação de emprego (trabalho subordinado) ao menos uma parte deva ser paga em espécie, enquanto que na relação de trabalho em sentido lato não há limitação para um mínimo ser pago em espécie. As normas da CLT são protetivas ao recebimento do salário (trabalho subordinado) e estão inspiradas na Convenção nº 95 da OIT. Tais regras visam a eliminar o denominado truck system, uma espécie de servidão por dívidas, comum nos princípios da Revolução Industrial, onde os trabalhadores eram remunerados in natura assumiam dívidas para adquirir produtos de subsistência nos armazéns de propriedade do patrão.

O trabalho que é o fundamento da disciplina do Direito do Trabalho e das relações de trabalho em geral (sentido lato ou sentido estrito), é o trabalho oneroso. O ser humano que trabalha, o faz empregando seu esforço com finalidade imediata de obtenção de bens materiais necessários à sua subsistência. Portanto, as relações de trabalho estão fundadas nas relações de economicidade sendo esta a presunção. As relações de trabalho são presumivelmente onerosas e a gratuidade deve ser considerada como excepcional. A gratuidade terá interpretação restrita, atendendo-se ao caso concreto e, em peculiar, à condição das pessoas e à peculiar situação em que se encontrem.

É possível que existam relações em que o ser humano desenvolva esforço físico ou intelectual visando a um determinado fim que não seja a sua subsistência ou que não tenha significação econômica. O trabalho altruístico, o lazer e os jogos são exemplos de possibilidade de esforço sem onerosidade. Entretanto, sempre haverá atenção especial para o caso concreto porque uma atividade que é considerada lazer para muitos (como jogar futebol, por exemplo), pode converter-se em uma atividade profissional com significado econômico conforme a circunstância. Da mesma forma, os exemplos de atividades de um médico ou de um dentista que desempenham seu trabalho em parte do tempo sem cobrar remuneração por motivos de solidariedade ou altruísmo. No exemplo do futebol, se presume a atividade de lazer e deve ser provada a onerosidade. No caso de médico e do dentista, se presume a onerosidade devendo ser provada a gratuidade.

Para conectar com o tema da competência em razão da matéria, prevista no art. 114, I, da Constituição Federal, a Justiça do Trabalho terá competência para dirimir litígios decorrentes de relações de trabalho onerosas. Eventualmente se discutirá em alguma lide se o trabalho era oneroso, ou não, mas esse tema confunde a matéria de competência com o mérito, sendo competente a Justiça do Trabalho para examiná-la. Também será competente a Justiça do Trabalho para analisar as lides envolvendo o inadimplemento de relações de trabalho, sem que isso se confunda com inexistência de onerosidade.



III. UMA DEFINIÇÃO JURÍDICA DE RELAÇÃO DE TRABALHO

A terceira parte deste estudo visa a resumir as exposições anteriores expostas sobre a concepção geral de trabalho (econômica e sociológica) tratada na parte I e sobre os institutos jurídicos que se interseccionam com a relação de trabalho (autonomia, subordinação, pessoalidade, continuidade e onerosidade), tratados na parte II, na tentativa de definir juridicamente a relação de trabalho. Diferentemente das partes anteriores, a presente exposição será breve e propositiva.

Relação de Trabalho, no sentido jurídico, é um contrato. Nesse sentido, regido pelo princípio da economicidade e da autonomia da vontade (*pacta sunt servanda*), embora normas jurídicas possam trazer restrições a essa autonomia com maior ou menor intensidade. As relações de trabalho subordinado tendem a ter maior restrição à autonomia da vontade e as relações de trabalho autônomo tendem a ter menores restrições à autonomia da vontade.

A relação de trabalho sempre será onerosa e *intuitu personae* em relação ao prestador do trabalho, quer o trabalho seja autônomo ou subordinado, contínuo ou eventual. Quanto à forma, trata-se de um contrato consensual (*solo consensu*), ou seja, não exige forma, salvo se a lei expressamente o exigir. Como todo e qualquer contrato, exige agente capaz, objeto lícito e manifestação de vontade sem vícios. As relações de trabalho são sinalagmáticas e comutativas, embora uma parte da contraprestação possa ser relacionada ao risco (produtividade, percentuais, peças, tarefas, etc.).

IV. RELAÇÃO DE TRABALHO E REGRA DE COMPETÊNCIA

A quarta e última parte desta exposição tem por objetivo conectar a definição de relação de trabalho com o tema da competência em razão da matéria. O motivo da interpretação do art. 114, da Constituição Federal, em especial o seu inciso I, e também os incisos VI e IX, que também utilizam a expressão relação de trabalho. Em linhas gerais, o texto constitucional fixa a competência da Justiça do Trabalho para processar e julgar ações oriundas das relações de trabalho, ações de indenização por dano moral ou patrimonial, decorrentes de relação de trabalho e outras controvérsias decorrentes da relação de trabalho, na forma da lei.

A estrutura desta última parte será subdividida em um tópico inicial sobre noções gerais de jurisdição e competência e um segundo tópico sobre a inversão de paradigma trazida pela Emenda Constitucional nº 45/2004, no que toca à competência em razão da matéria de relações de trabalho.

A. NOÇÕES GERAIS DE JURISDIÇÃO E COMPETÊNCIA

Jurisdição e competência são temas clássicos na Teoria Geral do Processo e o objetivo desta pequena abordagem é apenas lembrar de alguns preceitos fundamentais para orientar o raciocínio a respeito do tema específico que está sendo analisado (Competência material da Justiça do Trabalho). Muitos autores referem o tema com mais profundidade e consistência que servem de base para a presente exposição.

1. JURISDIÇÃO

A jurisdição é uma das funções do Estado, juntamente com a função normativa (legislativa) e a função administrativa (executiva). Essa tripartição do poder político do Estado é a base do Estado do Direito. Pela jurisdição, o Estado substitui os titulares dos interesses em conflito e, de forma imparcial, busca a solução. Pela jurisdição ocorre a pacificação dos conflitos. O Estado desempenha uma função sempre através de um processo.

A jurisdição é, ao mesmo tempo poder, função e atividade. Como poder, é a manifestação do poder estatal, decidindo imperativamente e impondo as decisões. A Jurisdição, nesse sentido, é heterônoma, pois as partes não encontram a solução em si (autocomposição), mas têm de submeter ao decidido por um terceiro (Estado). Como função, a jurisdição é o encargo que os órgãos estatais têm de promover a pacificação de conflitos interindividuais, mediante a realização do direito justo e através do processo. Como atividade, é o complexo de atos do juiz no processo, exercendo o poder e cumprindo a função que a lei lhe comete. O poder, a função e a atividade somente transparecem legitimamente através de um processo devidamente estruturado (devido processo legal).

A finalidade da Jurisdição é garantir que as normas de direito material (direito substancial) efetivamente produzam os efeitos por elas preconizados. Em outras palavras, a Jurisdição faz a concreção judicial, atuando lastreada na existência de um devido processo legal, de forma instrumental. Sem Jurisdição as normas de direito material não teriam eficácia. A afirmação é no sentido de que a finalidade da Jurisdição é a atuação da vontade concreta da lei e justa composição da lide.

A existência de uma lide é uma característica predominante da jurisdição, embora, em caráter excepcional possa haver jurisdição sem lide. Por definição, os órgãos jurisdicionais são inertes, também sendo excepcionais os procedimentos de ofício. A Jurisdição é imutável, adquirindo tal condição por via do instituto jurídico da coisa julgada (art. 5º, XXXVI, da Constituição Federal). Em resumo, são características da jurisdição a existência de lide, a inércia e a imutabilidade.



Entre seus princípios, citam-se os princípios da investidura, aderência a território, indelegabilidade, inevitabilidade, inafastabilidade e do juiz natural.

A investidura está conectada com a idéia de que somente poderá ser exercida a Jurisdição por quem regularmente tenha sido investido na autoridade de juiz. Ato praticado por pessoa não investida nessa autoridade é ato inexistente. O Estado tem a pretensão de exercer o monopólio da jurisdição.

Aderência ao território significa que a jurisdição é exercida nos limites da soberania do País. Para que a jurisdição seja exercida fora do território soberano, deve contar com a colaboração de outro Estado.

A indelegabilidade significa que é vedado a qualquer um dos Poderes delegar as suas atribuições. A Constituição fixa o conteúdo das atribuições do “Poder Judiciário” e não pode a lei ou qualquer outro ato normativo ou administrativo suprimir-lhe ou modificar-lhe o conteúdo. Também internamente nenhum juiz pode, por iniciativa própria, delegar a jurisdição a outro órgão.

Por inevitabilidade, entende-se o princípio de que, uma vez que buscam a Jurisdição, as partes sujeitam-se aos resultados do processo, de acordo com o disposto na Constituição e na lei. A situação de ambas as partes frente ao Poder Jurisdicional é de sujeição.

A inafastabilidade significa que nenhuma norma jurídica pode excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão ou ameaça a direito (art. 5º, XXXV, Constituição). Em princípio, também é conhecido como liberdade de acesso à Jurisdição.

O princípio do juiz natural significa que ninguém pode ser privado do julgamento por juiz independente e imparcial indicado pelas normas constitucionais e legais. Nenhum juiz pode ser retirado do processo de julgamento de uma causa, nem mesmo por seus superiores hierárquicos, salvo nos casos previstos em lei. Além disso, são proibidos os Tribunais de Exceção (art. 5º, XXXVII, CF).

2. COMPETÊNCIA

A competência é a medida da jurisdição. O poder estatal da jurisdição é indivisível e indelegável sob o ponto de vista do Estado em relação a outros entes, mas em relação ao Estado em si mesmo, é necessário encontrar critérios que possibilitem o exercício racional do poder. Sob o ângulo funcional, a competência nada mais é do que o princípio da divisão social do trabalho aplicado à jurisdição. Trata-se de um critério de racionalização de serviço e distribuição de tarefas, como qualquer outro em qualquer grupo humano que trabalhe com certo objetivo. Razões de ordem prática obrigam o Estado a distribuir o poder jurisdicional entre vários juízes e Tribunais, visto não ser possível que um só órgão conheça todos os litígios e resolva todas as causas. Essa distribuição de poder obedece a certos critérios, visando a atender não só os interesses do Estado (Poder Judiciário), mas também o particular. Todos os juízes exercem a jurisdição numa certa medida e em certos limites.

Os critérios para fixar a competência podem ser espaciais, materiais ou funcionais. O poder jurisdicional é exercido dentro dos limites da soberania do Estado, sendo a competência internacional o primeiro dos critérios espaciais. Depois, como a Constituição prevê que a República do Brasil é um ente federativo, o critério espacial interno subdivide a competência entre União, Estados e Municípios.

Essa subdivisão vertical pode ser interpenetrada por outro critério de divisão de competência que é o critério material. Por razões de ordem prática ou política judiciária, certas matérias são de competência determinada de certos órgãos, sejam eles federais ou estaduais. Por último, também interpenetram essa rede as competências funcionais e em razão da pessoa. A primeira refere-se à hierarquia dos órgãos jurisdicionais e a segunda dispõe que certas pessoas em certas funções que têm foro privilegiado ou definido. Todos esses critérios devem ser definidos por lei pois, do contrário, caracterizar-se-ia foro de exceção, o que contraria norma constitucional expressa.

Conexão e prevenção são institutos jurídicos relacionados com a competência, mas com ela não se confundem. Conexão é um fator de alteração de competência e prevenção é um critério temporal para prevalência da competência de um órgão jurisdicional sobre o outro.

A competência material da Justiça do Trabalho, como órgão jurisdicional, foi fixada na Constituição de 1946. Antes disso, em termos constitucionais, a Justiça do Trabalho tinha caráter administrativo. Somente na Constituição de 1946 é que a Justiça do Trabalho adquiriu natureza jurisdicional (art. 123), embora legislação infraconstitucional do mesmo ano já dispusesse sobre o tema com idêntica inclinação (Decreto-Lei nº 9.797, de 9 de setembro de 1946). As Constituições de 1967 (art. 134), a Emenda Constitucional nº 01 de 1969 (art. 142) e a Constituição de 1988 (art. 114), mantiveram a natureza jurisdicional da Justiça do Trabalho.

B. A INVERSÃO DE PARADIGMA DA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 45/2004



Até a Emenda Constitucional nº 45/2004, a competência em razão da matéria da Justiça do Trabalho tinha como norma jurídica fundamental o art. 114 da Constituição Federal, sendo complementada por legislação infraconstitucional, em especial o art. 652 da CLT.

O art. 114 da Constituição dispunha que a Justiça do Trabalho era competente para “conciliar e julgar os dissídios individuais e coletivos entre trabalhadores e empregadores, abrangidos os entes de direito público externo e da administração pública direta e indireta dos Municípios, do Distrito Federal, dos Estados e da União, em, na forma da lei, outras controvérsias decorrentes das relações de trabalho”. Da forma como estava redigido, o texto constitucional após lenta interpretação jurisprudencial e desenvolvimento legal, permitia algumas conclusões: a) a expressão “trabalhadores” permitia uma maior abrangência do que a expressão “empregados” e era utilizada para permitir uma ampliação da competência em razão da matéria para outras relações de trabalho que não a relação de emprego (trabalho subordinado), como, por exemplo, a relação de trabalho avulso; b) a expressão “e, na forma da lei, outras controvérsias decorrentes da relação de trabalho...” vinha sendo utilizada como porta de abertura para que outros temas passassem a fazer parte da competência em razão da matéria da Justiça do Trabalho, como, por exemplo, as indenizações por dano moral decorrentes das relações de trabalho, danos patrimoniais, etc; e c) ficava ressalvada a questão relativa a servidores públicos estatutários (cargos de provimento efetivo ou de confiança regidos estatutariamente) e dos acidentes de trabalho (art. 643, § 2º, da CLT).

A respeito das relações de trabalho, afirmava-se que, em face do texto constitucional em vigor, não é mister que as relações de trabalho (não vinculadas à relação de emprego) sejam reguladas por lei especial para que submetam à competência da Justiça do Trabalho. Ou seja, ações relativas a controvérsias surgidas em relações de trabalho não reguladas por lei poderiam ser da competência da Justiça do Trabalho desde que houvesse lei (complementar ou ordinária) adjetiva fixando a competência nesse sentido. A Justiça do Trabalho não seria órgão jurisdicional para analisar as lides decorrentes do “emprego”, uma vez que todas as ações relativas às relações de trabalho (autônomo ou subordinado, contínuo ou eventual) poderiam ser apreciadas pela Justiça do Trabalho desde que houvesse lei nesse sentido.

A justificativa para a exigência da lei dispondo no sentido de fixar competência para relações de trabalho era de natureza gramatical. Ao utilizar a conjunção aditiva “e”, na expressão “e, na forma da lei, outras controvérsias decorrentes da relação de trabalho...”, o texto constitucional limitava a ampliação de competência para temas relativos à relação de trabalho à existência de norma jurídica infraconstitucional com hierarquia de lei (lei complementar, lei ordinária ou medida provisória).

Assim, controvérsias decorrentes de uma relação de trabalho típica como as pequenas empreitadas de labor, eram de competência da Justiça do Trabalho por expressa atribuição de lei (art. 652, a III, da CLT) e as controvérsias decorrentes de uma outra relação de trabalho típica, como a representação comercial, não eram de competência da Justiça do Trabalho porque não existia norma infraconstitucional dispondo nesse sentido.

Outro ponto que se discutia a respeito da competência em razão da matéria da Justiça do Trabalho em função do texto do art. 114 da Constituição, era o fato de que, segundo alguns, o texto constitucional reproduzia o vício da legislação ordinária, não estabelecendo, na verdade, competência em razão da matéria, mas competência em razão da pessoa. Isso ocorreria porque o texto utilizava a expressão “litígios entre trabalhadores e empregadores”, o que poderia levar a confusões pois nem todos os litígios entre trabalhadores e empregadores teriam natureza trabalhista.

Essa questão era altamente polêmica e levou a manifestações do STF sobre o tema da competência, ficando estabelecido o critério de que o texto constitucional deveria ser interpretado de forma mais ampla, e que as questões trabalhistas de competência da Justiça do Trabalho não se limitavam à matéria trabalhista da relação de emprego subordinada em sentido estrito, mas poderiam envolver questões relativas à responsabilidade civil decorrente da relação de emprego, por exemplo. O objetivo não era retirar parcela da competência da Justiça Comum, mas sim estender a competência da Justiça do Trabalho para a solução completa dos conflitos que são inerentes às relações trabalhistas, estabelecendo uma perspectiva mais abrangente de relação de trabalho. No fundo, essa nova perspectiva estava baseada na interpretação de que um mesmo fato jurídico pode sofrer a incidência de várias normas jurídicas dando origem a direitos subjetivos de distinta natureza. Como a competência deve existir para auxiliar na solução racional de conflitos e, na medida do possível, harmonizar os critérios de direito material com os critérios de direito processual (o processo é o instrumento de realização do direito material), não seria razoável compartimentalizar excessivamente a competência em relação a um litígio que, no fundo, tem a mesma origem: a relação de trabalho.

O STF firmou posição quanto à competência da Justiça Comum para julgar os litígios decorrentes dos acidentes de trabalho, que, em tese também são ações decorrentes de litígios que envolvem as relações de trabalho. A Súmula nº 501 cristaliza essa jurisprudência desde 1969, sendo mantido o entendimento mesmo



com a Constituição de 1988. Pouco a pouco, porém, o STF vinha invertendo o raciocínio da leitura gramatical do art. 114 da Constituição, dando mais abrangência à expressão “e, na forma da lei, outras controvérsias decorrentes da relação de trabalho”, como revelam os acórdãos anteriormente citados. Feita a análise da situação anterior à Emenda Constitucional nº 45/2004, examina-se a situação posterior à sua promulgação.

Em primeiro lugar, é preciso ressaltar as mudanças de redação e descobrir se mudanças nessa natureza trazem conseqüências práticas em matéria de competência. Constata-se que o estilo de redação suprimiu a expressão “conciliar e julgar os dissídios individuais e coletivos entre trabalhadores e empregadores...” e a trocou pela expressão “compete à Justiça do Trabalho processar e julgar... I – as ações oriundas da relação de trabalho...”. A primeira conseqüência é de que a referência às pessoas do trabalhador e do empregador foi substituída pela referência à matéria relação de trabalho. Além disso, a expressão relação de trabalho reaparece de forma expressa nos incisos VI e IX do mesmo artigo referindo-se ao dano moral e patrimonial e outras controvérsias decorrentes da relação de trabalho. Por essa razão a importância de se definir juridicamente o que é relação de trabalho.

Em segundo lugar, na redação anterior, depois de fixar a competência geral para litígios entre trabalhadores e empregadores, o art. 114 conectava a expressão “outras controvérsias decorrentes da relação de trabalho” à expressão “na forma da lei. Como foi visto nos parágrafos anteriores, esta era a base da afirmação de que a Justiça do Trabalho somente seria competente nesses casos se houvesse legislação específica a respeito atribuindo-lhe a competência. Entretanto, analisando-se a nova redação do art. 114, verifica-se que o inciso não atrela a competência da Justiça do Trabalho para ações oriundas da relação de trabalho (em sentido lato) à expressão na forma da lei”. Isso acontece apenas no inciso IX, quando o texto constitucional se refere a “outras controvérsias decorrentes da relação de trabalho”. A conseqüência lógica de tal modificação é importantíssima, pois a partir da Emenda Constitucional nº 45/2004, a competência da Justiça do Trabalho para ações decorrentes da relação de trabalho é a regra geral. Não é necessária norma especial para atribuí-la. Dito de outro modo, a nova redação do art. 114, ao separar os temas por incisos, desatrelou a competência para ações oriundas da relação de trabalho da necessidade de existência de lei. A própria Constituição, que é a norma jurídica hierarquicamente mais relevante, o faz expressamente!

Ocorreu uma mudança de paradigma para a interpretação da competência da Justiça do Trabalho (competência em razão da matéria). Quando se tratar de controvérsia decorrente da relação de trabalho (autônomo ou subordinado, eventual ou contínuo, pessoal e oneroso) a regra geral de interpretação é que a competência será da Justiça Laboral, por força do inciso I, do art. 114, da Constituição Federal.

Os incisos VI e IX do art. 114 da Constituição apenas reforçam essa afirmação.

O inciso VI, que se refere aos danos morais e patrimoniais decorrentes da relação de trabalho, abre a competência para matérias que não são parcelas trabalhistas típicas, como a responsabilidade civil. Está inserido na perspectiva antes narrada da jurisprudência do STF que apontava o critério de que a competência material da Justiça do Trabalho não se limita a analisar lides envolvendo interpretação de normas trabalhistas típicas, mas também de lides trabalhistas que envolvam interpretação de outros ramos do Direito, como o Direito Civil, por exemplo. Para que ocorra uma lide trabalhista não é necessário que o direito subjetivo envolvido tenha origem em uma norma trabalhista em sentido estrito. Basta que o direito subjetivo surja no contexto de um vínculo contratual trabalhista.

O inciso IX tem uma dimensão prospectiva, inserindo-se na técnica legislativa apropriada para os textos constitucionais, no sentido de permitir a adaptação interpretativa a novos fatos sociais. Assim, quando expressa que a Justiça do Trabalho também será competente para processar e julgar “outras controvérsias decorrentes da relação de trabalho”, o texto constitucional contém uma cláusula geral que permite a adaptação do raciocínio hermenêutico a novos fatos sociais não previstos. As cláusulas gerais são textos normativos que permitem a oxigenação dos dispositivos legais, permitindo a entrada no sistema jurídico de conteúdo valorativo e de novos fatos advindos das mudanças sociais. Como se sabe, o fato social anda mais rápido que o Direito, sendo prudente que o texto legal deixe em aberto novas perspectivas para o futuro. Por essa razão, a palavra “outras” permite que o julgador ou intérprete analise o caso concreto e verifique, na aplicação direta da lei, se ele se enquadra como definição de relação de trabalho.

Alguma interpretação mais apressada poderia sugerir, inclusive, que o inciso IX seria desnecessário, em função da amplitude dos incisos I (relação de trabalho em sentido lato) e VI (danos morais e patrimoniais decorrentes da relação de trabalho). Entretanto, a existência do inciso IX tem duas características benéficas para a interpretação sistemática do art. 114 da Constituição: a) resolve o problema da competência em razão da matéria estar vinculada à necessidade de existência de norma expressa, pois essa condicionante não existe no inciso I, apenas existindo no inciso IX; b) serve como cláusula geral para permitir a longevidade do



sistema normativo, permitindo que, no futuro, sempre se encontre a possibilidade de valorar o que constitui “outras controvérsias decorrentes da relação de trabalho”. Aliás, foi a circunstância dessa última expressão constar no final da redação anterior do art. 114 da Constituição, que permitiu o avanço hermenêutico a partir de 1988.

Por último, uma lembrança quanto ao argumento da existência de normas jurídicas anteriores à Emenda Constitucional nº 45/2004, que disponham sobre competência em razão da matéria da Justiça do Trabalho. Em termos de hermenêutica constitucional, a compatibilidade de normas de hierarquia inferior com a superveniência de normas de hierarquia superior chama-se recepção. Como as normas de hierarquia superior são o fundamento de validade das normas de hierarquia inferior, somente se houver compatibilidade das normas inferiores com as normas superiores é que aquelas permanecerão válidas. Em outras palavras, deverá ser analisado se a norma inferior pré-existente é compatível com a Emenda Constitucional. Sabe-se que a EC nº 45/2004 inverteu o paradigma para a competência em razão da matéria da Justiça do Trabalho, fixando a competência desse órgão jurisdicional como competência geral em se tratando de relações de trabalho (em sentido lato), e não mais residual dependente de lei expressa. Portanto, toda a lei que se enquadrar nessa premissa será válida, do contrário, deve ser entendido que é incompatível com os novos termos da Constituição e, portanto, não tem validade.

BIBLIOGRAFIA

- AIZPURU, Mikel e RIVERA, Antonio. Manual de Historia Social Del Trabajo. Ed. Siglo Veinteuno, Madrid, 1994.
- ARAÚJO CINTRA, Antonio Carlos de; e outros. Teoria Geral do Processo. 9ª ed., Ed. Malheiros, 1992.
- ARAÚJO, Francisco Rossal de. A Boa-fé no Contrato de Emprego. Ed. LTr, São Paulo, 1996.
- ARAÚJO, Francisco Rossal de. O Direito do Trabalho e o Ser Humano. in Continuando a História (Amatra IV), Ed. LTr, São Paulo, 1999.
- BATALHA, Wilson de Souza Campos. Tratado de Direito Judiciário do Trabalho. 3ª ed., Ed. LTr, São Paulo, 1995, v. I.
- CALAMANDREI, Piero. Direito Processual Civil. Ed. Bookseller, Campinas, 1999, v. I.
- CARNEIRO, Athos Gusmão. Jurisdição e Competência. 4ª ed., Ed. Saraiva, São Paulo, 1991.
- CARNELUTTI, Francesco. Instituciones del Proceso Civil. Ediciones Jurídicas Europa-America, Buenos Aires, 1989, v. I.
- CARRO IGELMO, Alberto José. Historia Social del Trabajo. Ed. Bosch, Barcelona, 1986.
- CHIOVENDA, Giuseppe. Instituições de Direito Processual Civil. 3ª ed., Ed. Bookseller, Campinas, 2002, v. II.
- COELHO, Fábio Ulhoa. Curso de Direito Comercial. 3ª ed. Ed. Saraiva, São Paulo, 2002, v. III.
- COUTINHO, Aldacy Rachid. Poder Punitivo Trabalhista. Ed. LTr, São Paulo, 1999.
- COUTURE, Eduardo J. Fundamentos del Derecho Procesal Civil. 3ª ed., Ed. Depalma, Buenos Aires, 1990.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. A Instrumentalidade do Processo. 11ª ed., Ed. Malheiros, São Paulo, 2003.
- DURKHEIM, Emile. La División del Trabajo Social. 3ª ed., Ed. Akal, Madrid, 1995.
- ECHANDIA, Devis. Teoria General Del Proceso. Ed. Universidad, Buenos Aires, 1984, v. I.
- FILHO, Evaristo de Moraes. Do Contrato de Trabalho como Elemento da Empresa. Ed. LTr, São Paulo, 1993.
- FINKEL, Lucila. La Organización Social del Trabajo. Ed. Pirámide, Madrid, 1996.
- FLORINDO, Valdir. Dano Moral e o Direito do Trabalho. Ed. LTr, São Paulo.
- FRIEDMANN, Georges e NAVILLE, Pierre. Tratado de Sociologia del Trabajo. Ed. Fondo de Cultura Económica, México, 1985, v. I.
- GENRO, Tarso. Direito Individual do Trabalho. 2ª ed., Ed. LTr, São Paulo, 1994.
- GOMES, Orlando. Introdução ao Direito Civil. 10ª ed., Ed. Forense, Rio de Janeiro, 1991.
- GREMAUD, Amauri Patrick e outros. Manual de Economia. 4ª ed., Ed. Saraiva, São Paulo, 2003.
- HENKE, Horst Eberhard. La Cuestión de Hecho. Ed. Ediciones Jurídicas Europa-America, Buenos Aires, 1979.
- KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito. 2ª ed. Ed. Martins Fontes, São Paulo, 1997.
- LUCENA, João Paulo. Natureza da Jurisdição Voluntária. Ed. Livraria do Advogado, Porto Alegre, 1996.
- MANKIW, N. Gregory. Introdução à Economia. Ed. Campus, Rio de Janeiro, 2001.
- MARQUES, José Frederico. Instituições de Direito Processual. Ed. Millenium, São Paulo, 2000, v. I.
- MARX, Karl. O Capital. 2ª ed., Ed. Nova Cultural, São Paulo, 1985.
- MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Barão de. O Espírito das Leis. Ed. Martins Fontes, São Paulo, 1993.



- NERY JÚNIOR, Nelson. Princípios de Processo Civil na Constituição Federal. 6ª ed., Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2000.
- OFFE, Claus. Trabalho e Sociedade. Ed. Tempo Brasileiro, Rio de Janeiro, 1989.
- OLEA, Manuel Alonso. Introdução ao Direito do Trabalho, 4ª ed., Ed. LTr, São Paulo, 1984.
- PORTANOVA, Rui. Princípios do Processo Civil. 5ª ed., Ed. Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2003.
- RECIO, Albert. Trabajo, Personas, Mercados. Ed. Icaria, Barcelona, 1997.
- ROSSETTI, José Paschoal. Introdução à Economia. 17ª ed., Ed. Atlas, São Paulo, 1997.
- SANTOS ORTEGA, J. Antonio. Sociología del Trabajo. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1995.
- SMITH, Adam. A Riqueza das Nações. Ed. Nova Cultural, São Paulo, 1996, volumes I e II.
- STIGLITZ, Joseph E. Economía. Ed. Ariel, Barcelona, 1995.
- SUPIOT, Alain. Crítica del Derecho del Trabajo. Ed. Ministerio del Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 1996.
- TUCCI, Rogério Lauria e outros. Constituição de 1988 e Processo. Ed. Saraiva, São Paulo, 1989.
- VILHENA, Paulo Emílio Ribeiro de. Relação de Emprego – Estrutura Legal e Supostos. 2ª ed., Ed. LTr, São Paulo, 1999.
- WEATHERFORD, Jack. A História do Dinheiro. Ed. Negócio, São Paulo, 1999.

*Artigo publicado na Revista Justiça do Trabalho, ano 22, nº 254, fevereiro de 2005, HS Editora, Porto Alegre.

5.2. Súmula "vinculante": uma petição de princípio. Exmo. Juiz Federal Nazareno César Moreira Reis, da Seção Judiciária do Distrito Federal (TRF da 1ª Região).

Uma das novidades introduzidas pela EC n.º 45/04 que mais polarizam as atenções dos meios jurídicos é, indubitavelmente, a chamada súmula "vinculante" — talvez o mais correto fosse referirmo-nos, em bom português, a súmula vinculadora.

Segundo esse novo instituto, o "Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei" (CF, art. 103-A, instituído pela EC 45/04).

O objetivo declarado da norma é o de evitar a divergência de entendimentos entre órgãos judiciários ou entre estes e a Administração Pública, sempre que estiver em causa matéria de índole constitucional já decidida e cristalizada em súmula do Supremo Tribunal. A súmula visa à uniformização de entendimentos, como, aliás, já era conhecida do direito processual brasileiro positivo (CPC, arts. 476-479). A novidade reside no qualificativo "vinculante" que se lhe atribuiu. Pelo novo instituto, a decisão do Supremo obrigatoriamente deve ser obedecida pelos tribunais e juízes, assim como pelos agentes do Poder Executivo, em caráter cogente.

Uniformização coercitiva, eis o intuito elementar da súmula "vinculante". Mas, e se mesmo após editada a súmula for praticado algum ato – judicial ou administrativo – contrário ao seu sentido, quid juris? A própria Constituição, no texto reformado, já prevê remédio para solucionar tal caso: a reclamação (CF, art. 103-A, §3º, na redação dada pela EC 45/04).

Assim, temos a seguinte situação: a súmula "vinculante" obriga, mas pode eventualmente ser descumprida, e, nessa hipótese, um instrumento auxiliar, para garantir sua autoridade, será a reclamação. Em todo caso, o Supremo Tribunal Federal não está livre de ter que reapreciar matéria já sumulada – como ocorria antes da súmula "vinculante". E o que há de novo? Aparentemente, a súmula "vinculante", por ter esse efeito expressamente declarado na Constituição, infundirá maior respeito que as antigas súmulas "não-vinculantes", cuja autoridade situava-se exclusivamente no campo da ciência jurídica e decorria essencialmente de seu poder de convencimento. É aguardar para ver o acerto desse vaticínio quanto ao novo instituto.

Seja como for, na ausência de regras de punição pelo descumprimento do efeito "vinculante"— ausência, aliás, salutar, ao menos quanto aos órgãos judiciários—, bem como na falta de uma regra de direito material que dê eficácia jurídica prática ao efeito "vinculante" – como, por exemplo, uma norma que dissesse que decisões contrárias às súmulas "vinculantes" não transitariam em julgado –, não será demais afirmar que nada mudou nessa matéria com a publicação da Reforma do Judiciário.

É que a súmula "vinculante" foi criada por norma imperfeita (*lex imperfecta*), porque de preceito sem sanção. A simples previsão de reclamação, para o caso de descumprimento da súmula, traduz regra expletiva,