

CONTRATO DE EMPREGO E CONTRATO DE EMPREITADA

FRANCISCO ROSSAL DE ARAÚJO

Juiz do Trabalho

Mestrando em Direito (UFRGS)

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. Contrato de emprego; 3. Empreitada; 4. Critérios de diferenciação; 5. Problemas práticos e jurisprudência; 6. Conclusão.

1. INTRODUÇÃO

Este pequeno estudo sobre o contrato de emprego e contrato de empreitada procura trazer algumas contribuições ao estudo do tema, originadas da análise de ambos os contratos e suas projeções na realidade jurídica brasileira, em especial no âmbito do Direito do Trabalho. Trata-se tema de maior importância em face da sua constante presença na jurisprudência e na vida cotidiana. Sem qualquer dúvida, não se pretende esgotá-lo, mas colaborar para o fortalecimento do instrumental teórico à disposição daqueles que trabalham com questões desta natureza.

Grande é o número de processos envolvendo o assunto. Sempre estão presentes questionamentos acerca de determinadas situações fáticas onde se confunde um contrato de emprego com uma pequena empreitada. Por outro lado, comum é a controvérsia sobre a responsabilidade do dono da obra, empreiteiro principal e do subempreiteiro.

Estes casos práticos demonstram que o tema está a necessitar atenção, principalmente se for considerado que a grande maioria dos estudos pertinentes, ou se encontram nos manuais, ou em monografias já um tanto antigas que, obviamente, não acompanham a evolução da sociedade e seus reflexos no mundo jurídico.

É preciso também fazer uma pequena limitação terminológica para justificar a adoção, no título do presente trabalho, da expressão "contrato de emprego", e não "contrato de trabalho". Embora pareça desnecessária à primeira vista, a sutil diferença colabora para a precisão do entendimento da

matéria. Como é sabido, a relação de trabalho é mais ampla que a relação de emprego, sendo esta última uma espécie daquela. Toda a relação de emprego é uma relação de trabalho, mas a recíproca nem sempre é verdadeira¹. O certo é que a legislação brasileira traz uma considerável confusão terminológica, a começar pela própria "definição" de relação de emprego, contida na norma do art. 442, da CLT. Segundo Catharino, tal dispositivo é de "rara infelicidade"², pois, além de ser uma redundância, é terminologicamente impreciso.

Serão objeto de análise as definições do contrato de emprego e de empreitada, bem como os critérios de distinção entre ambos. Por último, alguma jurisprudência será brevemente comentada.

2. CONTRATO DE EMPREGO

Uma vez acertada a terminologia, busca-se a melhor definição da relação de emprego, para que se possa comparar com o outro contrato objeto de estudo. Nesse ponto, há de ser referido Délio Maranhão para quem contrato de emprego "é o negócio jurídico pelo qual uma pessoa física (empregado) se obriga mediante o pagamento de uma contraprestação (salário), a prestar trabalho não eventual em proveito de outra pessoa, física ou jurídica (empregador), a quem fica juridicamente subordinada"³. Embora o referido autor não contemple a possibilidade, em sua definição, dos contratos plúrimos, a mesma refere-se precisamente à natureza do contrato, aos seus sujeitos e ao objeto da prestação. Refere que se trata de um negócio jurídico, onde empregado e empregador operam em um vínculo onde os elementos essenciais são a prestação de trabalho por pessoa física (empregado), contraprestado por salário, de natureza não eventual a mediante subordinação jurídica⁴.

¹ Ver Catharino, José Martins – *Compêndio de Direito do Trabalho*, 3ª., Ed. Saraiva, São Paulo, 1982, vol. I, p. 152/153 e p. 192/193. Alguns autores não vêem relevância na discussão ora apresentada, em face de generalizada aceitação da expressão "contrato de trabalho". Nesse sentido ver Russomano, Mozart Victor – *Curso de Direito do Trabalho*, 4ª ed., Ed. Juruá, Curitiba, 1991, p. 100/101.

² ob. cit., p. 194. O autor analisa os vários problemas que a exegese do art. 442 da CLT enseja, a começar pela denominação insuficiente, ao não incluir os contratos plúrimos, além de não conter a definição dos elementos essenciais como sujeitos e objeto da prestação.

³ Cf. *Instituições de Direito do Trabalho*, 11a, ed., Ed. LTr, São Paulo, 1991, vol. I, p. 231. Note-se que o citado autor refere-se a contrato de trabalho *strictu sensu*, a fim de efetuar a distinção terminológica já acentuada anteriormente.

⁴ Outras definições poderiam ser mencionadas a fim de efetuar uma melhor comparação. Catharino, ob. cit., p. 219, considera o contrato de emprego "como aquele pelo qual uma ou mais pessoas naturais se obrigam, por remuneração, a trabalhar para outra, subordinadas a esta". Gomes, Orlando – *Curso de Direito do Trabalho*, Ed. Forense, Rio de Janeiro, 1990, p. 130, define o contrato de "trabalho" como sendo "a convenção pela qual um ou vários empregados, mediante certa remuneração e em caráter não eventual, prestam trabalho pessoal em proveito e sob a direção do empregador". Para Moraes Filho, Evaristo – *Introdução ao Direito do Trabalho*, 6ª ed., Ed. LTr, São Paulo, 1993, p. 218, o contrato de "trabalho" pode ser definido como "o acordo pelo qual uma pessoa natural se compromete a prestar serviços não eventuais a outra pessoa natural ou jurídica, em seu proveito e sob as suas ordens, mediante salário". Por último, Russomano, Mozart Victor, ob. cit., p.97, caracteriza a relação de emprego como "o vínculo obrigacional que une, reciprocamente, o trabalhador e o empresário, subordinado o primeiro às ordens legítimas do segundo".

Em análise comparativa e sistemática, convém ressaltar existe inegável virtude na ampliação do objeto discutido, ultrapassando-se as fronteiras restritas do Direito Laboral e buscando-se pontos de referência no Direito Civil e no Direito Comercial, o que, sem dúvida alguma, enriquece a abordagem do tema. Também pode ser referido que o contrato de empreitada, adiante estudado, é extremamente antigo na história da humanidade, subsistindo em suas linhas gerais até hoje, o que vem a demonstrar a qualidade do instrumento jurídico para resolver problemas práticos do cotidiano. Nesse, encontram-se algumas semelhanças com a relação de emprego, podendo inclusive falar-se em derivação ou evolução do mesmo.

Uma vez realizadas estas considerações iniciais, passa-se à análise do contrato de Empreitada.

3. EMPREITADA

Dentro do âmbito dos contratos regidos pelo Direito Civil, talvez seja a empreitada aquele contrato que mais se assemelha ao contrato de emprego. Não por outra razão que a CLT, art. 652, "a", III, atribui a competência da Justiça do Trabalho para julgamento das lides resultantes de contratos de empreitadas em que o empreiteiro seja operário ou artífice⁵. Pelo que se vê, apenas a competência em razão da matéria – natureza processual – foi fixada para a Justiça do Trabalho em face da natureza e da proximidade do contrato de pequena empreitada com o contrato de emprego. Os preceitos e os pressupostos de interpretação dizem respeito ao Direito Civil. O fato da competência ser da Justiça do Trabalho não autoriza que o pequeno empreiteiro postule direitos específicos do contrato de emprego, como férias, gratificações natalinas, etc⁶.

No Direito Romano, inseria-se a empreitada dentro dos chamados contratos consensuais que tinham por característica a conclusão somente pelo consentimento entre as partes contratantes (*solo consensu*), como aliás, são a maioria dos contratos atuais⁷. Havia uma significativa importância econômica nos contratos consensuais de forma que os romanos atribuíram-lhes as

⁵ A melhor interpretação da norma referida pode ser encontrada em Russomano, Mozart Victor – Comentários à CLT, 16ª ed., Ed. Forense, Rio de Janeiro, 1994, vol. II, p. 748 "O empreiteiro operário ou artífice poderá gozar das vantagens da celebridade e do espírito solidarista que fluem da Justiça do Trabalho. Mas não dos direitos que nascem dos contratos individuais de trabalho. O artigo estudado limitou-se a fixar competência das Juntas para julgar e conciliar tais controvérsias. A norma é de índole estritamente processual".

⁶ Outro problema, no que tange à competência, é a definição de pequena empreitada. Alguns intérpretes mais literais consideram pequena empreitada aquela realizada por um só trabalhador, descaracterizando-se quando empreendida com a ajuda de terceiros. O critério parece bastante rígido e prende-se à literalidade do art. 652, a, III, que utiliza as palavras "operário" ou "artífice", no singular. A jurisprudência tem sido menos rigorosa, aumentando um pouco a noção de pequena empreitada, levando em consideração critérios econômicos e orientando-se casuisticamente dentro do tema.

⁷ Para que se entenda melhor a sistemática contratual no Direito Romano, é preciso lembrar que uma das suas características principais era o formalismo, ainda que, com o passar do tempo, tenha havido um sensível abrandamento. Basicamente, o raciocínio jurídico romano ligava um determinado direito material a uma determinada ação, cujo ritual era bastante rigoroso. Uma forma de abrandamento do formalismo inicial ocorreu com a atuação dos protetores, que incorporaram importantes evoluções com a criação de todo um direito baseado na boa-fé (*bona fides*). A divisão das convenções ocorria entre aquelas providas de ação e as desprovidas de ação (*pactos desnudos*). Entre as conven-

respectivas *actiones*. É certo, porém, que os contratos consensuais não existiam no primitivo Direito Romano, havendo se desenvolvido com base na boa-fé. Para Ferro, os contratos consensuais derivam do *ius gentium*, derivando das convenções concluídas entre comerciantes romanos e estrangeiros, encontrando em Roma a tutela, pela primeira vez do *pretor peregrino*, e posteriormente absorvidos para serem utilizados também entre cidadãos romanos⁸.

Os romanos faziam a distinção entre *locatio-conductio operis faciendi* e *locatio-conductio operarum*. A distinção entre ambas não foi claramente estabelecida até o tempo de Augusto. Havia, também, a clara concorrência do trabalho escravo, que foi a base da mão-de-obra do Império Romano, cuja prestação não poderia ser considerada como objeto de um contrato de locação, eis que o escravo era considerado coisa (*res*), sendo impossível "contratar" seus serviços. Contudo, por carência de mão-de-obra, muitas pessoas contratavam pessoas livres para prestarem serviços em troca de um salário⁹. Alguns autores colocam também o *mandatum* como terceira forma de contrato de prestação de serviços existentes em Roma¹⁰.

Havia *locatio conductio operis* quando uma pessoa (*locator*) se obrigava à execução de uma obra determinada mediante o pagamento de preço em dinheiro. O objeto do trabalho, como se vê, não era outro senão um determinado resultado. Era um contrato sinalagmático perfeito, acarretando obrigações recíprocas para ambos os contratantes¹¹. Como já foi referido, por ser o Direito Romano um direito formal, certamente ao direito material correspondia uma determinada *actio*. No caso em análise, a pessoa que encarregava a obra tinha a seu dispor a *actio locati*, e com ela poderia exigir a entrega da coisa concluída ou reformada. Não lhe era possível exigir a execução da obra por parte do devedor, a menos que este houvesse se obrigado pelo contrato. Entretanto era possível mandar realizar a obra por terceiro. A ação do executor da obra chamava-se *actio conducti*, a fim de exigir o *pretium*, ou seja o preço convencionado¹².

A *locatio conductio operarum* gerou o moderno contrato de locação de serviços que, diante da evolução da relação de emprego, praticamente caiu em desuso. Em nosso ordenamento jurídico, ainda permanecem válidas as disposições constantes dos artigos 1.216 e seguintes do Código Civil. É certo, porém, que nos primeiros tempos da segunda revolução industrial (século XIX), foi o contrato de locação de serviços o principal instrumento jurídico

ções providas de ação encontravam-se os contratos, os pactos agregados a um contrato de boa-fé e as *pacta vestita*. Os contratos poderiam ser nominados ou inominados. Dentre os nominados, haviam os formais *Verbis* (*Stipulatio, Dictio dotis e Jusjurandum ilberit*) e os *Litteris* (*Nomina transcriptitia a re in personam e Nomina transcriptitia a persona in personam*). Os contratos não formais poderiam ser reais (mútuo, comodato, depósito e penhor) ou consensuais (compra e venda, locação, sociedade e mandato). Verificar Ferro, José M. Caramés - Curso de Derecho Privado Romano, 6ª ed. Emilio Perrot, Buenos Aires, 1953, p. 158 e seguintes; Iglesias, Julio - Derecho Romano, 5ª ed., ed. Ariel, Barcelona, 1965, p. 393 e seguintes; Jors, Paul - Derecho Privado Romano. Ed. Labor, Barcelona, 1937, p. 322 e seguintes.

⁸ Cf. ob. cit., p. 306.

⁹ Cf. Ferro, José M. Caramés, ob. cit., p. 341.

¹⁰ Cf. De La Cueva, Mário - Derecho Mexicano del Trabajo, 11ª ed, Ed. Porrúa, México, 1969, p. 521.

¹¹ Cf. Iglesias, Juan, ob. cit., p. 406 e Jors, Paul, ob. cit., p. 341/342.

¹² Cf. Jors, Paul, ob. cit., p. 342.

de recrutação de mão-de-obra. As freqüentes mobilizações dos trabalhadores em busca de melhores condições de trabalho motivaram uma intervenção estatal mais intensa, no sentido de coibir os abusos decorrentes da livre contratação entre as partes, via contrato de locação de serviços. Aos poucos o Estado foi limitando a autonomia da vontade dos contratantes e impondo obrigações aos patrões, que de simples locadores de mão-de-obra, passaram a ser empregadores regidos pelas normas do Direito do Trabalho, e não pelo Direito Civil.

Modernamente a empreitada ou contrato de obra, é o contrato pelo qual uma das partes obriga-se a executar, por si só, ou com o auxílio de outros, determinada obra, ou a prestar certo serviço, e a outra, a pagar o preço respectivo. Obriga-se a proporcionar a outrem, com trabalho, certo resultado¹³. Esta última característica é marcante, pois na empreitada, existe a circunstância de ser considerado o resultado final, e não a atividade, como objeto contratual¹⁴. A empreitada pode ser de labor ou mista, sendo que na primeira espécie o empreiteiro contribui apenas com o trabalho e, na segunda, também com os materiais. Assim como em Roma, é um contrato bilateral, oneroso, consensual e de execução única. A estipulação de preço é essencial para a caracterização da empreitada. Ao trabalho necessário para a obtenção do resultado não se requer que o obrigado o execute pessoalmente, a não ser que a atividade tenha características subjetivas especialíssimas, tais como uma obra de arte, um trabalho científico ou a tradução de uma determinada obra¹⁵. A previsão legal encontra-se nos artigos 1.237, e seguintes do Código Civil.

4. CRITÉRIOS DE DIFERENCIAÇÃO

Uma vez observados distintamente os traços particulares de cada um dos contratos, necessário se faz o estudo comparativo entre ambos com o conseqüente estabelecimento de critérios de diferenciação.

Orlando Gomes refere alguns critérios que serviriam para distinguir o contrato de empreitada do contrato de emprego: a) modo de remuneração; b) fim do contrato; c) profissionalidade do empregador; d) subordinação jurídica¹⁶.

O primeiro dos critérios diferenciaria o contrato de empreitada da relação de emprego, segundo o modo de remuneração de maneira que a empreitada ficaria caracterizada pelo pagamento por obra feita, ou por peça. No contrato de emprego a remuneração é feita por tempo de trabalho. Evaristo de Moraes Filho informa que tal critério decorre da doutrina civilista clássica¹⁷. Orlando Gomes aponta como principal problema o fato do critério ditintivo basear-se

¹³ Cf. Gomes, Orlando – Contratos, 11ª ed., Ed. Forense, Rio de Janeiro, 1986, p. 330.

¹⁴ Cf. Pereira, Caio Mário da Silva – Instituições de Direito Civil, 6ª ed., Ed. Forense, Rio de Janeiro, 1983, Vol. III, p. 220.

¹⁵ Cf. Larenz, Karl – Derecho de Obligaciones, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1959, Tomo II, p. 306.

¹⁶ Cf. Curso de Direito do Trabalho, ob. cit., p. 162.

¹⁷ Cf. ob. cit., p. 278.

em elemento acessório a ambos os contratos, ou seja, a remuneração, já que esta não influencia o objeto da prestação. Além disso, deve ser lembrado que nada impede que a relação de emprego seja remunerada por tarefa, ou mesmo combinando os elementos tempo e resultado¹⁸.

O critério do fim do contrato estipula que se as partes estabelecem um resultado como obra pronta, o contrato é de empreitada. No contrato de emprego o fim seria o trabalho em si mesmo. Tal critério também não se mostra satisfatório eis que para realizar a obrigação-fim (resultado), necessariamente há de se realizar a obrigação-meio (trabalho). Além disso, nada obsta que o contrato de emprego tenha por objeto a realização de determinadas tarefas.

O critério da profissionalidade do empregador, segundo Orlando Gomes, é originário do direito sulço¹⁹. Seria necessário estabelecer a profissionalidade do empregador e considerar que, se alguém oferece seu trabalho a este empregador, conseqüentemente seria seu empregado. A imprestabilidade do critério é evidente, a começar pelas dificuldades práticas de se definir o que é um empregador profissional, além da ampla abertura às fraudes.

Por último, o critério mais condizente é do vínculo de subordinação. Citando Lescudier, Orlando Gomes reproduz sinteticamente, as diferenças entre ambos os contratos:

"a) no contrato de trabalho (*sic*), o operário põe sua força-trabalho e sua habilidade à disposição de seu empregador, o qual tem liberdade de dirigi-la no sentido que lhe aprouver; o operário está em relação a ele em um estado de subordinação que lhe tira toda a iniciativa, e fica na obrigação às ordens que recebe;

b) na empreitada o trabalhador é simplesmente obrigado a fornecer a obra acabada e o dono da obra não tem, em tese, ordem alguma a lhe dar sobre o modo pelo qual deva executar seu trabalho."²⁰

O requisito da subordinação é aquele estado de dependência real criado por um direito, o direito do empregador de comandar, dar ordens, donde nasce a obrigação correspondente do empregado de obedecer a estas ordens, sempre, é claro, nos limites legais e ético-morais, segundo Paul Colin, citado por Délio Maranhão²¹. Para a configuração da natureza sinalagmática (obrigações contrárias e equivalentes) e onerosa (à prestação de trabalho corresponde a contraprestação salarial) é preciso que haja pagamento de salário.

É sabido que a relação de emprego tem como elemento caracterizador essencial a relação subordinada entre empregado e empregador. Não apenas a subordinação adquire a conotação subjetiva, no sentido de que o empregado tem de cumprir ordens emanadas do empregador, como também no sentido objetivo, consistindo na inserção do trabalho desempenhando pelo empregado dentro dos fins econômicos da empresa. Este último aspecto é de extraordinária relevância porque enquadra-se dentro da noção de contrato-realidade, tal como exposto por Mário de La Cueva, segundo a qual, a

¹⁸ Cf. Curso de Direito do Trabalho, ob. cit., p. 162.

¹⁹ Idem, Ibidem.

²⁰ Cf. Curso de Direito do Trabalho, ob. cit., p. 165.

²¹ Cf. Direito do Trabalho, 13ª ed., Ed. Fundação Getúlio Vargas, 1985, pág. 53.

relação de emprego de empresas se estabelece com a sua própria execução. Para o referido autor, é o próprio trabalho e não o acordo de vontades que determina a existência do contrato, sendo sua essência a venda da força de trabalho subordinada e não a consciência de integração na empresa²². A consensualidade nasce do acordo de realizar atos de trabalho, adquirindo matizes objetivos em face dos modos de produção adotados na realidade econômico-social²³. Pelo que foi exposto, nota-se que a consensualidade, nela inserida a subordinação, dirige-se ao concreto, à realização de atos de trabalho, consistindo numa das facetas das relações de produção.

Um aspecto lembrado por Paulo Emílio Ribeiro de Vilhena é a relação do contrato de empreitada com o trabalho temporário previsto na Lei nº 6.019/74. O referido autor afasta a possibilidade de se entender o trabalho temporário como uma sucessão de empreitadas, e, por esse entendimento, asseverar relação com o Direito Comercial²⁴. A fundamentação de tal afirmativa passa pela natureza do contrato existente entre o empregado e a empresa prestadora de serviços que, salvo algumas pequenas diferenças, assemelha-se ao contrato de emprego, em especial no que tange à subordinação. Ademais, seria uma descon sideração ao princípio protetivo, peculiar ao Direito do Trabalho, considerar-se a relação de emprego temporária como pertinente ao âmbito do Direito Comercial ou Civil, e não ao Direito Laboral.

Todos os critérios devem ser analisados de maneira conjunta. Há facilidade em perceber que o critério da subordinação é o mais eficaz, em se tratando de diferenciação de contrato de empreitada e de contrato de emprego. Entretanto, a ocorrência de um ou mais critérios em determinado sentido pode auxiliar na elucidação satisfatória de eventual litígio. Deve ser lembrado, também, que no próprio contrato de empreitada existe uma certa dose de subordinação, o que é perfeitamente natural, pois o dono da obra pode, em certos casos, orientar o empreiteiro segundo suas preferências, e este é obrigado a obedecê-lo, a não ser que tais preferências onerem excessivamente o contrato, quebrando o princípio da equivalência contratual ou comprometam tecnicamente a obra. Deverá o interprete considerar todo o instrumental probatório à sua disposição para, no caso concreto, aplicando os critérios acima definidos, verificar qual a forma de contrato utilizado pelas partes.

5. JURISPRUDÊNCIA

Os casos concretos sobre a diferenciação de contrato de emprego e contrato de empreitada são inúmeros. Também quanto à responsabilidade do dono da obra e da competência em razão da matéria devem ser mencionadas algumas decisões.

Notadamente na construção civil encontram-se centenas de reclamações trabalhistas em que se discute a responsabilidade do dono da obra ou a existência de pequena empreitada ou relação de emprego. Em regra, a decli-

²² Cf. *Derecho Mexicano del Trabajo*, 11ª ed., Ed. Porrúa, Cidade do México, 1969, p. 478/479.

²³ Cf. Genro, Tarso – *Direito Individual do Trabalho*, ed. LTr, São Paulo, 1985, p. 75.

²⁴ Cf. *Relação de Emprego*, Ed. Saraiva, São Paulo, 1975, p. 135.

são como dito anteriormente, depende dos aspectos peculiares de cada lide, consideradas as condições do autor e do réu. É interessante notar, entretanto, que alguma jurisprudência tem procurado traçar limites mais objetivos para a questão:

"Resultando comprovado tratar-se de trabalho de residência particular, configura-se a empreitada entre o trabalhador empreiteiro e o dono de obra, descaracterizada a relação empregatícia, por não enquadrar-se este último na figura do empregador, não explorando ele atividade econômica lucrativa" – TRT 10ª R., RO 2.616/92 – Ac. 2ª T. 1.193/93 – Rel. Juiz Sebastião Machado Filho – DJU 12.08.93.

No mesmo sentido esta outra decisão:

"Inexiste relação de emprego se o serviço desempenhado pelo trabalhador diz respeito tão somente a entrega de determinada obra previamente encomendada por pessoa física não exercente de qualquer atividade econômica". TRT 3ª R., RO 09.201/91 – Ac. 1ª T – Rel. Juiz José Murilo de Moraes – DJU 31.07.92.

Veja-se que nos dois casos, os julgadores preocuparam-se com a condição do réu, ou seja, pessoa física e sem atividade econômica lucrativa. É o clássico caso de dono da obra que não possui interesse econômico na construção e visa somente a construir sua moradia. Ainda que não se possa comentar a construção jurisprudencial sob o ponto de vista de realização de justiça no caso concreto, é possível questioná-la sob o ponto de vista doutrinário.

Não é aconselhável tal generalização, salvo melhor juízo. O dono da obra, embora não possua atividade econômica lucrativa na área da construção civil pode, todavia, ter na sua obra vários empregados. Nada impede que o faça. Incide, também, neste caso, o princípio protetivo eis que uma vez provada a realização de trabalho, presume-se a existência do vínculo empregatício. Sempre que alegada a existência de contrato de empreitada e sendo incontroversa a prestação do serviço, será do réu o ônus de provar a inexistência da vinculação empregatícia. Acaso acatado o entendimento diverso, estar-se-ia desvirtuando o caráter do próprio Direito do Trabalho. Pode-se afirmar, com toda a certeza, que a relação de emprego, com todas as suas deficiências, ainda é a melhor forma de proteção jurídica do trabalho. É de inteiro bom senso e prudência, recomendar que a relação de emprego seja a regra e a pequena empreitada, nesses casos, seja a exceção, o que, evidentemente dependerá das provas existentes no caso concreto.

Veja-se outra decisão em sentido contrário:

"O contrato de empreitada só se consubstancia quando devidamente comprovada a suficiência econômica do empreiteiro para suportar os encargos trabalhistas. Não caracterizando, assim, o referido contrato, deve ser reconhecida a relação de emprego com o dono da obra." TRT 13ª R. – RO 660/90. Rel. Juiz Severino Marcondes Meira – DJU 23.08.90.

Ainda uma outra decisão que, embora não seja pertinente à construção civil, revela critérios inequívocos de definição dos contratos:

"Empreitada e contrato de trabalho. Critérios de distinção. Subordinação. O critério de distinção entre o contrato de trabalho e o de empreitada é o vínculo de subordinação. Pouco importa o modo de remuneração, a natureza da oferta do serviço ou o fim do contrato. Se o empregado põe a sua força de trabalho à disposição do tomador de serviços de modo que ele possa dirigi-la como lhe aprouver, há contrato de trabalho. Se, ao contrário, o trabalhador é simplesmente obrigado a fornecer a obra acabada e o dono da obra não tem, em tese, ordem alguma a lhe dar sobre o modo como deva executar o seu trabalho, há empreitada". TRT 4ª R – RO 9148/88, Rel. Antônio Salgado Martins – 03.04.90²⁵.

Outro ponto que merece destaque é a responsabilidade do empreiteiro principal e do dono da obra. O artigo 455 da CLT prevê a responsabilidade solidária do subempreiteiro, em caso de existência de subempreitadas, dentro da empreitada principal. Diz o texto legal que "nos contratos de subempreitada responderá o subempreiteiro pelas obrigações devidas do contrato de trabalho que celebrará, cabendo, todavia, aos empregados o direito de reclamação contra o empreiteiro principal pelo inadimplemento daquelas obrigações por parte do primeiro".

Somente será responsabilizado o dono da obra, nos casos de inidoneidade econômico-financeira do verdadeiro empregador (empreiteiro). Esta tem sido a orientação jurisprudencial dominante conforme pode se ver nestas decisões:

"No caso de inidoneidade ou incapacidade econômico-financeira do empreiteiro, o dono da obra responde solidariamente por suas dívidas trabalhistas aos obreiros que trabalham na referida obra" TRT 4ª R. – RO 459/89, Rel Valdir de Andrade Jobim – 11.06.90.

"Não se configura a responsabilidade solidária do dono da obra pelas obrigações trabalhistas do empreiteiro para com seus empregados quando ausente qualquer prova de inidoneidade econômico-financeira do verdadeiro empregador, bem como quando inexistente previsão contratual, seja expressa ou tácita, da aludida solidariedade. Construção de residência para moradia própria do dono da obra. Sentença mantida". TRT 4ª R. – RO 737/89, Rel. Vilson Antônio Rodrigues Bilhalva – 14.12.90.

²⁵ No texto do acórdão, o relator lembra os ensinamentos de Orlando Gomes no que diz respeito à subordinação, no sentido de que "toda vez que este se manifeste em uma relação jurídica de atividade, o contrato que a infirma é, inquestionavelmente, de trabalho. Pouco importa, assim, o modo de remuneração, a natureza da oferta do serviço, o fim do contrato. Tudo isso é secundário. O que vale, o que importa é a posição jurídica do devedor de trabalho em face do credor. Se é trabalhador subordinado, não há empreitada. Se é trabalhador autônomo, há. Na empreitada, a execução do trabalho não é dirigida nem continuamente fiscalizada por quem vai pagá-la. No contrato de trabalho é". Ver Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª região, nº 24, 1991, p. 294.

O critério leva em consideração a noção de culpa, mais precisamente no momento da escolha do empreiteiro responsável pelo andamento da obra, ou seja, o dono da obra deve agir com prudência no momento de eleger aquele empreiteiro que tocará a obra contratada, inclusive com a participação de outros trabalhadores. Deve verificar a sua idoneidade econômico-financeira, analisando se o mesmo tem condições de arcar com o custo da mão-de-obra. Trata-se de critério subjetivo, que depende da conduta do sujeito em questão, não se cogitando de responsabilidade objetiva. O problema toma dimensões quando da análise dos critérios de apuração da referida idoneidade. É preciso lembrar que o trabalhador lesado não pode ficar desprotegido diante da fraude patrocinada pelo empreiteiro e da recusa do pagamento por parte do dono da obra. Pode-se, falar neste caso, em presunção de inidoneidade econômico-financeira quando o empreiteiro for inadimplente para com seus empregados, invertendo-se o ônus probatório. Ao dono da obra caberia a obrigação de provar que tomou todas as precauções quando contratou o empreiteiro, no sentido de averiguar as suas reais condições de arcar com as despesas resultantes do serviço. Somente com esta prova é que estaria desonerado da obrigação solidária para com os créditos resultantes da relação de emprego entre o empreiteiro e seus empregados.

Outras decisões merecem destaque, em se tratando do tema, quando à competência da Justiça do Trabalho para conciliar e julgar os dissídios envolvendo pequenas empreitadas, na forma do art. 652 da CLT. Alguma controvérsia surgiu após a Constituição de 1988, em face do texto do art. 114, que fixa a competência da Justiça do Trabalho para tais questões. A posição dominante pode ser definida na seguinte decisão:

"A Justiça do Trabalho é competente para conciliar e julgar 'os dissídios resultantes de contratos de empreitada em que o empreiteiro seja operário ou artífice', nos termos do art. 652, letra 'a', número III, da CLT. Não foi este preceito revogado pelo art. 114 da Constituição de 1988, à medida em que a relação aduzida é de trabalho". TRT 9ª R. – RO 4.990/909 – Rel. Juiz Delvino José Machado Lopes, 27.09.91.

A ementa é suficientemente clara e dispensa maiores comentários. É óbvio que o constituinte de 1988 procurou preservar como relação de trabalho, gênero da qual faz parte a relação de emprego, a pequena empreitada. Como o art. 114 da Constituição Federal menciona "relações de trabalho", entende-se que permanece válido o texto do art. 652 da CLT.

6. CONCLUSÃO

Em nosso ordenamento jurídico, a melhor forma de proteção ao trabalho ainda é a relação de emprego. Por esta razão, uma vez existente o trabalho a presunção é de que exista o vínculo empregatício, sendo a pequena empreitada considerada como exceção. O principal critério para diferenciação dos contratos de emprego e de empreitada é o da subordinação jurídica.

A responsabilidade do dono da obra deverá ocorrer levando em consideração fatos objetivos da prestação e da idoneidade econômico-financeira

do empreiteiro. Em qualquer dos casos, o intérprete deve buscar a solução do caso tendo em vista o princípio protetivo ao empregado.

Muitos são os casos envolvendo o contrato de emprego e empreitada. Certamente não existe a pretensão de esgotá-los, pois a tarefa é impossível diante da enormidade de hipóteses da vida concreta. Os instrumentos jurídicos devem ser capazes de orientar o intérprete na busca de uma melhor percepção da realidade e, em consequência, realização mais apurada de justiça. É preciso equilibrar, na busca desses critérios, a necessidade de parâmetros objetivos e as peculiaridades do caso concreto.

BIBLIOGRAFIA

- Catharino, José Martins. *Compêndio de Direito do Trabalho*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1982.
- De La Cueva, Mário. *Derecho Mexicano del Trabajo*. 11. ed. México: Porrúa, 1969.
- Ferro, José M. Caramés. *Curso de Derecho Privado Romano*. 6. ed. Buenos Aires: Emilio Perrot, 1953.
- Genro, Tarso. *Direito Individual do Trabalho*. São Paulo: LTr, 1985.
- Gomes, Orlando. *Transformações Gerais dos Direitos das Obrigações*. 2. ed. São Paulo: RT.
- *Contratos*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986.
- e Elson Gottschalk. *Curso de Direito do Trabalho*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1990.
- Iglesias, Juan. *Derecho Romano*. 5. ed. Barcelona: Ariel, 1965.
- Jors, Paul. *Derecho Privado Romano*. Barcelona: Labor, 1937.
- Larenz, Karl. *Derecho de Obligaciones*. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1959, Tomo II.
- Maranhão, Délio. *Direito do Trabalho*. 13. ed. Fundação Getúlio Vargas, 1985.
- Moraes Filho, Evaristo de. *Introdução ao Direito do Trabalho*. 2. ed. São Paulo: LTr, 1978.
- Nascimento, Amauri Mascaro. *Iniciação ao Direito do Trabalho*. 14. ed. São Paulo: LTr, 1989.
- Pereira, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983.
- Russomano, Mozart Victor. *Comentários à CLT*. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994, vol. II.
- *Curso de Direito do Trabalho*. 4. ed. Curitiba: Juruá, 1991.
- Vilhena, Paulo Emílio Ribello de. *Relação de Emprego*. São Paulo: Saraiva, 1975.