

RELAÇÃO DE EMPREGO E “FLEXIBILIZAÇÃO”

Ricardo Carvalho Fraga
Juiz do Trabalho

- a) a nova Constituição e antigos avanços
- b) o art. 3º da CLT
- c) as consequências da especificidade do Direito do Trabalho
- d) a fraude e o exame do vínculo de emprego
- e) representantes comerciais e vendedores
- f) a “locação” de veículos e motoristas
- g) os empregados em atividades ilícitas
- h) os órgãos públicos como empregadores
- i) as mães sociais
- j) relação de emprego rural
- l) tentativas de “flexibilização”
- m) a resistência e os novos avanços

a) A NOVA CONSTITUIÇÃO E ANTIGOS AVANÇOS

O novo texto constitucional é bem claro ao estabelecer, no seu importante artigo sétimo, que:

“São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

I — relação de emprego protegida contra a despedida abr...”

Já nos primeiros debates sobre a nova realidade constitucional, o ilustre advogado TARSO FERNANDO GENRO procurou construir um entendimento importante. Disse que o próprio reconhecimento da relação de emprego já é um direito, em si mesmo. Ser reconhecido como empregado é, pois, um primeiro e necessário passo do trabalhador. Sem este reconhecimento, o trabalhador permanece com suas frágeis forças individuais e sua ilusória autonomia. Seu poder somente torna-se eficiente através de sua organização com os

seus iguais. Aí, sim, revela-se a significativa homogeneidade de suas realidades e interesses individuais.

Nos propomos, no presente texto, a examinar os avanços, resistências e tentativas de retrocesso histórico no tocante ao reconhecimento de um contrato de trabalho, como sendo um contrato de emprego. Desde há muito, sabe-se que, ainda que não haja uma nítida intenção de estabelecimento de um contrato de emprego, existe a possibilidade deste reconhecimento. Neste sentido, são os ensinamentos de MARIO DE LA CUEVA, in "Panorama do Direito do Trabalho", Edição Sulina, capítulo sobre o direito individual do trabalho, págs. 77 e 79:

"A doutrina trabalhista estrangeira e nacional está dividida em duas tendências. Uma parte dela continua sustentando que a base ou fonte da relação individual de trabalho é sempre um contrato, isto é, um acordo de vontades entre um trabalhador e um patrão. Para chegar a essa conclusão, faz-se uso da figura do chamado "contrato de adesão" ou recorre-se à hipótese do consentimento tácito. Outra parte da doutrina sustenta a tese, que temos defendido desde ano de 1938, de que BASTA O FATO DA PRESTAÇÃO DE UM SERVIÇO PESSOAL, independentemente da fonte que lhe dê origem, para que se aplique a legislação do trabalho. ... a relação de trabalho deixou de ser um ato puramente subjetivo, quer dizer, uma relação entre duas pessoas, trabalhador e patrão, criadora de direitos e obrigações recíprocas, e converteu-se em uma relação OBJETIVA entre o trabalhador e a empresa." (grifos nossos).

Talvez não mais tão visivelmente, o inovador escritor mexicano influenciou o Direito do Trabalho em nosso país. De qualquer modo, a melhor doutrina brasileira, também, continua salientando que a natureza de um contrato de trabalho deve ser analisada OBJETIVAMENTE. Mais do que uma suposta vontade das partes em dar um nome diverso ao seu relacionamento, importam os fatos. Tal entendimento tem ganho acolhida, inclusive, na jurisprudência:

"A relação de emprego é emergente dos fatos e não da mera titulação ou procedimentos das partes em face da relação jurídica que pretendem caracterizar". (TRT 10a) (Rel. Juiz Fernando Américo Veiga Damasceno) (ITr 50-7/857)

b) O ARTIGO TERCEIRO DA CLT

Mesmo nos limites do artigo terceiro da CLT, existem decisões importantes e que captam com sensibilidade o relacionamento entre os vendedores da mão-de-obra e seus empregadores. No exame dos requisitos legais para a configuração do contrato de emprego já se tem julgado que:

"Para a configuração de vínculo empregatício, não é imprescindível que a prestação de serviços ocorra de forma diária, nem que o empregado esteja presente ou trabalhe nas dependências dos estabelecimentos da empresa. Tanto é assim que o legislador também protegeu os trabalhadores a domicílio". (TRT 6.^a) (Relator Hélio Coutinho Filho) (LTr 50-7/845)

Até mesmo o rígido requisito da PESSOALIDADE já tem sido examinado com sábia acuidade:

"O empregado que recebe 'auxílio', 'colaboração', ou até, ocasionalmente, é "substituído" em suas funções, não deixa de sê-lo por estas circunstâncias, nem isto, se de ocorrência eventual e consentida, faz desaparecer a pessoalidade, componente da estrutura da relação de emprego" (...) Veja-se, por todos, Ribeiro de Vilhena: "Salvo obviamente, as prestações encobertas ou de que não saiba o empregador, que sujeitam o empregado 'auxiliado' (se descobertas) a punição — prestações essas que não geram efeito para a empresa — os serviços a ela, por 'substituto', 'colaborador', 'auxiliar' do empregado, regem-se, para fins de qualificação, como se não interpusse entre a empresa e o prestador a figura intermédia desse empregado (Relação de Emprego — São Paulo — Saraiva — 1975 — pág. 175). Ora, repita-se que é equívoco negar a pessoalidade, como elemento do contrato de trabalho, quando houve prestação pessoal de serviços pelo empregado que, sem oposição do empregador, cercava-se de 'colaboradores', 'auxiliares' ou 'substitutos'. De fato, a delegação, no contrato, é, em princípio, vedada. No entanto, a pessoalidade é de ser vista não com o rigor excessivo da MM. Junta a quo, mas sempre *cum grano salis* e, sobretudo, não pode ser recusada em casos em que o empregado sempre trabalhou direta e pessoalmente para o empregador e apenas, de forma consentida, se faz aproximar de 'colaboradores', 'auxiliares' ou 'substitutos' eventuais" (TRT 3.^a) (Relator Aroldo Plínio Gonçalves) (LTr 51-4/462).

O requisito de DEPENDÊNCIA já foi estudado sob diferentes denominações. Aqui, o debate parece ter sido frutífero e tem permitido julgamentos no sentido de que:

"Existe subordinação jurídica do obreiro ao empregador desde que este tenha o direito de lhe dar ordens ou de dirigir e fiscalizar o seu serviço, não se exigindo que, de fato, e permanentemente o faça. Para determinar se um contrato é de emprego, deve-se ater mais à existência do poder de comando que a seu exercício, menos à direção real que a possibilidade jurídica dela... Nos serviços que exigem do prestador esforço intelectual ou capacidade técnica específica que escapa ao co-

nhecimento do empregador, a subordinação jurídica caracteriza-se pela inserção do profissional no contexto empresário. Ele direcionará seus esforços no sentido de fazer com que suas atividades coincidam, tão adequadamente quanto lhe seja possível, no quadro econômico-social do próprio empregador, ao contrário do autônomo que, por possuir uma estrutura própria, ainda que rudimentar, coloca-a à disposição da empresa, com quem convive paralelamente" (mesma decisão referida do TRT 10.^a) (Rel. Juiz Fernando Américo Veiga Damasceno) (LTr 50-7/857).

Prosseguindo no debate, afirmamos que ainda resta concretizar, na doutrina e na jurisprudência, outro avanço. Falta inscrever nos melhores livros e nas mais cultas decisões que existe uma enorme distinção entre os conceitos de subordinação e poder de comando (ou poder hierárquico) com o "poder disciplinar". Ora, não pensamos que o poder disciplinar, isto é, a possibilidade de o empregador aplicar sanções, seja elemento necessário para a caracterização de um contrato de trabalho. Na verdade, existem até mesmo belos argumentos no sentido de que o poder disciplinar é INCOMPATÍVEL, inclusive, com o contrato de trabalho. O ex-Ministro do TST, ANTONIO LAMARCA, *in "Manual das justas causas"*, Editora Revista dos Tribunais, 1983, págs. 143 e 150, já escreveu que:

"o poder hierárquico não gera, necessariamente, um poder disciplinar... Há direção e hierarquia, mas dessa direção e hierarquia não advém, *ipso facto*, um poder disciplinar... ... O poder disciplinar, sendo punitivo, constitui prerrogativa do Estado... A unilateralidade da pena disciplinar desobedece, em nosso modo de ver, ao preceito máximo da isonomia. Aliás, o contrato deixa de ser ato jurídico perfeito, desde que contenha, explícita ou implicitamente, uma cláusula leonina e unilateral, em proveito de uma só das partes, o empregador."

O ponto em que a jurisprudência mais se consolidou está no exame dos serviços do trabalhador, relativamente à atividade empresarial. É expressivo o número de decisões que iniciam por analisar a essencialidade ou não dos préstimos do trabalhador:

"Vendedor de sorvetes — Presentes os requisitos da relação de emprego, é de ser considerado empregado o reclamante. O recorrente vendia picolés e sorvetes, de fabricação da própria empresa recorrida, em carrinho que trazia o nome da firma, sendo que ao final da tarde tinha que ir prestar contas." (TRT 8.^a) (Relator José de Ribamar Alvim Soares) (LTr 51-2/199).

"Relação de emprego, que se configura, entre cabeleireira e salão de beleza... Rejeição à tese de ocorrência de vínculo de natureza civil — locação de móveis e locação parcial de imóvel.

... Resta claro que, sem o concurso dos profissionais catalogados como 'autônomos' pela entidade ré, esta não sobreviveria, pois seus serviços eram vitais à própria existência do empreendimento como tal. Não deixa de chamar a atenção o fato constatável de que a reclamada conta apenas com os serviços de profissionais cabeleireiros e manicures, depiladores, etc. 'autônomos', quando a atividade destes é inerente ao empreendimento, razão de ser da sua existência como unidade econômica de prestação de serviços". (TRT 4.^a) (Rel. Adão Eduardo Haggstram) (Boletim N.^o 5, pág. 95).

"Empresa de transporte, que necessita constantemente do trabalho de ajudante de caminhão, deve necessariamente contratar esses trabalhadores mediante vínculo empregatício. Qualquer outra forma de contratação desse pessoal pressupõe fraude contra as normas e princípios do direito social. ... Essa análise deve ser feita em consonância com o tipo de atividade empresarial da reclamada. De um lado está a função do reclamante como ajudante de caminhão, e do outro lado o ramo de negócio da reclamada como uma empresa de transporte de carga. Para executar a atividade principal, senão exclusiva, a reclamada tem necessidade de contratar ajudante de caminhão, em número de pelo menos dois por veículo." (TRT 11.^a) (Relator Eduardo Barbosa Penna Ribeiro) (LTr 49-4/444).

No exame cuidadoso da essencialidade ou não da atividade desenvolvida para o empregador, outros itens podem ser melhor apreendidos. Por exemplo, brilhante acórdão já sublinhou que:

"Não é eventual o trabalho prestado por árbitro às federações de futebol. Relação de emprego que se reconhece. ... A natureza eventual ou contínua do trabalho, ao contrário do que sustenta a reclamada, não é configurada pela duração ou freqüência com que é realizado, mas pela necessidade de sua prestação em relação aos objetivos de quem o aproveita. ... A atividade do árbitro, portanto, é permanentemente necessária ao objetivo social da entidade. E nisto consiste a natureza não eventual a que se refere o conceito legal de empregado." (TRT 12.^a) (Relator Umberto Grillo) (LTr 50-1/77).

Note-se que, além da verificação sobre a essencialidade dos préstimos do obreiro para a vida da empresa, existem outras questões correlatas a serem questionados. Trata-se de situações em que as atividades do trabalhador não dizem respeito à atividade central da empresa, mas passam a integrar o seu funcionamento habitual. Na conhecida questão relativa ao trabalho de CASAIS, seguidamente, existe somente o desempenho de atividades auxiliares, ao menos aparentemente. Todavia, mesmo aí, HAVENDO BENEFÍCIO COM OS

SERVIÇOS DO TRABALHADOR, PODE HAVER O RECONHECIMENTO DE UM CONTRATO DE EMPREGO. Por peculiar, recorde-se ilustrativo acórdão sobre trabalho não essencial para o empregador:

“É empregado o barbeiro que atende exclusivamente aos empregados da empresa, com jornada, horário e tabela de preços por ela fixados, uma vez que a finalidade dos serviços atende aos interesses da organização empresarial. Irrelevância de documentos que procurem descharacterizar o vínculo. Aplicação dos artigos 3.º e 9.º da CLT” (TRT 2.ª) (LTr 52-3/319).

c) AS CONSEQÜÊNCIAS DA ESPECIFICIDADE DO DIREITO DO TRABALHO

O simples estudo aprofundado dos requisitos do artigo terceiro da CLT já revela a competência da Justiça do Trabalho para o exame de “preliminar” sobre a existência ou não do vínculo de emprego. Sobre esta COMPETÊNCIA, transcreve-se:

“Se entre as partes existiu ou não um contrato de natureza trabalhista, somente esta Justiça Especializada poderá afirmá-lo. Tal condição decorre do mandamento constitucional. O que não pode ocorrer é uma inversão. Ser a matéria submetida à Justiça Comum e esta dizer qual o tipo de contrato havido entre as partes, se cível ou trabalhista. Não pode esta Justiça ficar no aguardo de uma decisão da Justiça Comum para depois dar prosseguimento à reclamatória”. (TRT 2.ª) (Relator Silvio Neto de Almeida Prado) (LTr 49-9/1.096).

Por oportuno, diga-se que, em caso contrário, de não reconhecimento do vínculo, igualmente, tem-se uma decisão desta Justiça e que alcança o mérito do debate. Por isto mesmo, já julgou-se que:

“CARENÇIA DE AÇÃO — A questão prévia, consistente na verificação da existência ou não da relação de emprego, é uma questão prejudicial e a sentença que rejeitar o pedido, por identificar relação jurídica distinta, é de improcedência e não de carência de ação. ... O exame da existência do vínculo é de mérito e leva à procedência ou improcedência do pedido. ... Portanto, ... “... a sentença que rejeitar o pedido, por identificar relação jurídica distinta, é de improcedência e não de carência de ação”, conforme Milton Moreira de Oliveira, *in* “Inexistência da relação de emprego: carência ou improcedência da ação”, LTr vol. 46, fls. 925/936, 1.982. A ter-se como correto o entendimento contrário ao enunciado, configurar-se-ia um “círculo vicioso ou dupla petição de princípios”, conforme Goffredo Telles Júnior, “Curso de Lógica Formal”, pois declarada a inexistência da relação jurídica, a parte seria ilegítima, mas para que isto

seja declarado é necessário o exame da "questão de fundo", o que pressupõe a legitimidade da parte que afinal será declarada ilegítima". (TRT 4.ª) (Relator ALCIONE NIEDERAUR CORRÉA) (Boletim de Decisões número cinco, pág. 21).

Provavelmente, em breve, teremos este aperfeiçoamento da jurisprudência. A sentença ou acórdão que examina a existência ou não do contrato de emprego já está julgando o mérito. Qualquer noção de condições da ação, retirada do Direito Comum, pouco contribuirá neste particular. O próprio Direito do Trabalho já resolve este debate sobre a conhecida preliminar de mérito.

Por vezes outras, igualmente, teima-se em isolar o Direito Material do Trabalho, dificultando que seus princípios e inovações tenham alguma consequência no plano do Direito Processual do Trabalho. Trata-se de compreensível temor diante do novo ou, até mesmo, de um comportamento como "civilista" frustrado, em versão menos grave. Por esta razão, é importante que se repitam recentes afirmativas no sentido de que:

"Detendo o patrão os meios mais aptos de prova, os salários e melhores possibilidades de defesa, temos que o protecionismo do Direito do Trabalho se comunica ao Processo do Trabalho, no sentido de restabelecer a igualdade das partes em juízo, ..." (Suplemento Trabalhista LTr, número 44/89) (Advogado Ives Gandra da Silva Martins Filho).

Sendo assim, torna-se mais visível que, inclusive, o exame da PROVA sobre a existência ou não de um contrato de emprego deve obedecer a certas cautelas. Recorde-se, pois, que:

"Incontroversa a prática dos serviços, a prestação destes em condições estranhas à égide da Consolidação das Leis do Trabalho consubstancia fato extintivo do direito que o autor pretende ver reconhecido, cabendo ao réu prová-lo..." (Ministro MARCO AURÉLIO MENDES DE FARIAS MELLO) (COAD-ADT, número 45 de 1987).

Para trazer ao debate, também, os menos acordados, acrescentamos um registro sobre tema diverso, onde, de qualquer modo, serve a analogia. Por exemplo, ao tratar da prova sobre o término do contrato, já em 1963 o ex-Ministro MOZART VICTOR RUSSOMANO propôs que:

"Artigo 254 — A prova das alegações incumbe à parte que as fizer; mas a ausência do trabalhador no emprego fará presumir a sua despedida até prova em contrário." (Anteprojeto do Código de Processo do Trabalho, apresentado ao Ministro da Justiça em 28 de fevereiro de 1963).

d) A FRAUDE E O EXAME DO VÍNCULO DE EMPREGO

Retornando ao Direito Material do Trabalho, propriamente dito, encontramos interessantes e importantes julgamentos. O artigo nono da CLT foi mais assimilado do que se imagina. A FRAUDE em matéria trabalhista se examina objetivamente, insistimos. Na análise das nulidades, julgou-se que:

“Comprovantes rotulados de ‘recibo de pagamento de autônomo’, isoladamente, não se prestam para caracterizar trabalho autônomo, quando se consegue vislumbrar que tal denominação apenas tentava mascarar quitação salarial e, evidentemente, a real condição de empregado” (TRT 7.^a) (Relator Manoel Arízio Eduardo de Castro) (LTr 51-4/480).

“Trabalhador demitido que adquire a ferramenta de trabalho anteriormente fornecida pelo empregador e continua na mesma atividade, exercendo os mesmos serviços, para a mesma empresa através de outra, pertencente ao mesmo grupo, com subordinação, dependência econômica e pessoalidade, configura o vínculo empregatício” (TRT 6.^a Reg.) Relator Adalberto Guerra Filho (LTr 52-7/838).

A tentativa de fraude, através de usos ampliativos de leis excepcionais, tem sido percebida e afastada. Por exemplo, no tocante aos ESTÁGIOS, a jurisprudência tem sido cuidadosa e afirmado que:

“A reiterada renovação da ‘Bolsa de Complementação Educacional’ tomou as características de um real contrato de trabalho, mediante a execução de serviços específicos... além da exigência de jornada de trabalho e subordinação.” (TFR) (Relator Ministro Costa Lima) (LTr 50-8/941).

“O estágio de estudante, sem vínculo empregatício, só pode ser reconhecido se preenchidas as formalidades previstas na Lei n.^o 6.494/77, destacando-se a interveniência de instituição de ensino” (TRT 6.^a) (Relator Ana Schuler Gomes) (LTr 51-7/832).

Por isto, a previsão muito repetida e bastante ampla, genérica e vazia “de aprendizado em iniciação profissional na empresa” não pode ser aceita com facilidade. É mister indagar, dentro de cada especificidade, sobre qual “iniciação profissional”. Mesmo a justificativa para o tempo estabelecido para o aprendizado deve ser examinada com cuidado. Na verdade, seria de imaginar da necessidade de algum planejamento específico ou acompanhamento do estágio, por exemplo, no mínimo, através de troca de correspondência entre as escolas e as empresas.

e) REPRESENTANTES COMERCIAIS E VENDEDORES

Discute-se, seguidamente, a existência de vínculo de emprego de vendedores e REPRESENTANTES COMERCIAIS. Sabe-se que a Lei 4886/65 impõe obrigações ao representante que são semelhantes àquelas assumidas pelo trabalhador que mantém contrato de trabalho. Inicialmente, diga-se que a alegação de inexistir, em algum destes casos, cumprimento de horário não é tão relevante e por si só não leva à decisão final. Também, outras categorias de empregados trabalham externamente, sem cumprir horário, conforme lembra o colega JOSÉ FELIPE LEDUR, em suas sentenças sobre o tema.

Fundamental para o desate destas lides, freqüentemente trazidas a julgamento, é examinar, além de outras peculiaridades, o *modus operandi* do trabalhador dentro de cada caso concreto. Há que verificar se a realidade fática se molda às normas trabalhistas. RIBEIRO DE VILHENA, em sua obra "Relação de Emprego", fixa o critério decisivo para estabelecer se o trabalhador é representante autônomo ou se é empregado. Ao emitir suas conclusões acerca da matéria relacionada aos representantes comerciais, o autor citado dá especial ênfase ao aspecto organizacional da atividade do representante. Diz Vilhena:

"Desde que o contrato propicie ao representante 'poderes jurídicos de organização própria', através dos quais possa incrementar, no espírito da livre iniciativa, sua atividade, dúvida não restará de que se encontra o pesquisador diante de um 'comitente autônomo ... ao adotar formas de desenvolvimento de sua atividade estará ele dando curso ao requisito básico da autonomia, que é a faculdade conferida ao trabalhador de modificar, ampliar, substituir os processos técnico-funcionais de seu pessoal empreendimento.' (in Relação de Emprego, Ed. Saraiva, 1975, pág. 250).

Fazendo o confronto dos conceitos do ilustre juslaboralista com os simples depoimentos das partes, nestas situações, facilmente chega-se à conclusão final. Igualmente, outros ensinamentos são válidos:

"De minha parte, todavia, sem desconhecer tais dificuldades, tenho procurado vencer os escolhos... Versamos, portanto, um terreno prático, sistematizando as idéias, levados por critérios que se nos apresentam seguros: a autonomia jurídica da representação comercial se expressa pela liberdade, ou independência, do agente de atuar livremente no mercado, não só em atenção ao TEMPO como ao ESPAÇO. Com efeito, defendemos, como seguros, os critérios da autonomia da vontade do agente, que ocorre quando ele escolhe seu próprio ITINERÁRIO, visando ao contato com seus fregueses, e a disposição livre de seu TEMPO,

em horário que ele próprio determina, tendo em vista tão-somente a sua própria conveniência e interesse...

... Outros critérios têm sido invocados, do que nos dá conta a jurisprudência, mas não têm eles a precisão dos critérios que adotamos. Mas convém analisá-los, para demonstrar as suas falhas e improcedência. Entre eles nos deteremos no critério de determinar a autonomia pela formalidade do registro da atividade; da organização da personalidade jurídica; da exclusividade da atividade do agente ou de representante de uma só empresa; da inserção da cláusula *del credere...*" (RUBENS REQUIÃO, "Representante Comercial: Relação de Trabalho e Relação de Emprego", Revista do TRT da 8.^a Região, número 21, jul-dez de 1978).

Em inúmeros casos, trazidos ao Judiciário, percebe-se, pois, uma falta de organização empresarial mínima. Trata-se de meros agenciadores de pedidos, empregados. As empresas compram e revendem mercadorias; os supostos representantes recebem suas comissões pelas vendas; as notas fiscais, inclusive, em muitos casos, são emitidas pelas empresas reclamadas, que fazem a entrega das mercadorias; os formulários em que são feitos os pedidos, com campos bem delimitados, pertencem à empresas. A existência de clientela fixa, determinada pelas empresas, é outro fator que, repetidamente, evidencia uma limitação da atividade do trabalhador supostamente autônomo. A prática comercial autônoma não se coaduna com restrições dessa natureza.

Seguidamente, estamos diante de representantes cuja atividade é uma extensão da atividade empresarial da empresa reclamada.

f) A "LOCAÇÃO" DE VEÍCULOS E MOTORISTAS

Outra fraude muito freqüente acontece relativamente aos MOTORISTAS de veículos "locados". Nestes casos, procura-se esconder a relevância do uso da mão-de-obra. Tenta-se, igualmente, por outro lado, passar aos trabalhadores os ônus e gastos com os equipamentos de trabalho. De qualquer modo, a jurisprudência tem sido clara:

"É empregado o motorista que, dirigindo caminhão de sua propriedade, presta serviços de forma continuada e sob dependência da empresa tomadora" (TRT 6.^a) (Relatora Ana Schuler) (LTr 51-9/1.106).

"É empregado o motorista de caminhão, mesmo que o veículo seja de sua propriedade, que presta serviços a empresa, estando presentes os requisitos pelo art. 3.^º da CLT (continuidade, personalidade, subordinação e onerosidade)" (TRT 2.^a) (Relator Floriano Corrêa Vaz da Silva) (LTr 51-11/1.343).

"Carreteiro, que trabalhava fornecendo veículos de sua propriedade na entrega de produtos de fabricação da empresa, correndo

por sua conta o abastecimento, mecânica, reposição e substituição dos mesmos, inclusive, pagando aos empregados que lhe prestavam serviços, não é empregado nos moldes do art. 3.^º da CLT" (TRT 1.^a) (LTr 52-2/178).

Por pior que seja a situação das empresas, com dificuldades para investimentos em veículos e demais equipamentos, certamente é bem melhor do que a dos seus obreiros. Estes, comumente, estão ameaçados pelo desemprego que atinge todo o país, sob direção das políticas recessivas do FMI. Continuamos, pois, com o entendimento de que inexiste motivo para nos afastarmos da CLT com facilidade. Registre-se que a versão sobre os contratos de "locação" de veículos, nesses casos, geralmente apresentam problemas e contradições invencíveis, inclusive quanto ao elemento SUBORDINAÇÃO. Comumente, há a previsão bem clara de fiscalização e, sendo assim, o PRÓPRIO CONTRATO de "locação" JÁ POSSUI ELEMENTOS QUE REVELAM UMA SUBORDINAÇÃO estranha a contratos de aluguel. A tentativa de transferência ao motorista da responsabilidade por acidentes de trânsito, na verdade, é uma tentativa de levar a fraude para outros campos. O requisito de pessoalidade, nestas situações, necessita ser analisado juntamente ao item sobre gozo de férias remuneradas. Por vezes, a substituição por parentes implica afastamento do motorista contratado por tempo inferior ao que teria direito, acaso gozasse todas as suas férias.

g) OS EMPREGADOS EM ATIVIDADES ILÍCITAS

No tocante às ATIVIDADES ILÍCITAS, a jurisprudência é mais firme ainda. Inclusive, aqui, a inovação é bem mais significativa. O acolhimento do princípio da primazia da realidade é mais explícito. Recorde-se, por exemplo, que é:

"Impossível fugir à realidade, qual seja a prática aberta de jogo de azar... amplo e vistoso cartaz anuncia o "pagamento de prêmios na hora". ... Se o reclamado, na contestação e no recurso, alega a impossibilidade do reconhecimento do contrato porque o objetivo da atividade é definida em lei como contravenção penal, cabe ao MP promover sua responsabilidade, diante de explícita confissão de exploração de jogo proibido". (TRT 8.^a) (Relator Arthur Francisco Seixas dos Anjos) (LTr 50-8/979).

"Mesmo tratando-se de uma atividade ilícita, deixar de condenar o reclamado seria favorecer seu enriquecimento ilícito, daí porque confirma-se a sentença da Junta... O recorrente se locupleta do trabalho alheio numa atividade ilícita, e não há por que deixar de amparar socialmente o recorrido...". (TRT 8.^a) (Relator José de Ribamar Alvim Soares) (LTr 50-5/587).

"Mesmo ilícita a atividade desenvolvida pelo empregador, produz efeitos na esfera trabalhista o contrato de trabalho mantido com o empregado, devidamente demonstrado nos autos... Por outro lado, há que distinguir entre a atividade do empregador e a do empregado, verificando-se, na espécie, que este não desempenhava qualquer atividade contrária à moral ou aos bons costumes..." (TRT 6.^a) (Relator Hélio Coutinho Filho) (LTr 51-5/594).

h) OS ÓRGÃOS PÚBLICOS COMO EMPREGADORES

No julgamento de reclamatória contra ÓRGÃOS PÚBLICOS, de qualquer modo, existem outros pontos a serem indagados e medidos. Pensamos, inicialmente, da importância para o Estado moderno da instituição do Concurso Público. É inquestionável o avanço social representado pelo necessário de concursos públicos para o aproveitamento em cargos públicos, evitando os apadrinhamentos e o empreguismo. Dentro deste entendimento, não é recomendável que uma decisão judicial deixe de emprestar a total eficácia dos concursos públicos, tão escassos nos últimos anos. Neste sentido, lembre-se incisiva decisão:

"VISTOS e relatados estes autos, oriundos da MM. Junta de Conciliação e Julgamento de Cruz Alta, EM REMESSA EX-OFFICIO E RECURSO ORDINÁRIO, sendo recorrente ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL e recorrido VICTOR ANTUNES DA SILVA... O princípio de legalidade dos atos administrativos não é apenas um princípio informador, mas condicionante de toda a atividade administrativa. De tal sorte que, agindo contra esse princípio, responde o agente da administração pelos danos que causar. Não pode a coletividade social, como um todo, responder direta ou indiretamente por eventuais deslizes praticados pelo administrador. Nem é este — fique claro — o caso dos autos. Aqui, ao contrário, está demonstrado que o reclamante, atendendo primacialmente a conveniências e interesses seus, exercia, de forma autônoma e independente, a atividade de vacinador, sem nenhum vínculo de emprego com o Estado... Aliás, já em 1975, o hoje Ministro (e Presidente, acrescente-se) José Neri da Silveira, analisando espécie em tudo assemelhada à dos presentes autos, decidiu: "O vínculo jurídico empregatício, na órbita do serviço público, em linha de princípio, qualquer que seja o regime jurídico a discipliná-lo, pressupõe ato de investidura formal, oriundo de autoridade competente. A investidura na função pública, sob a disciplina estatutária ou da CLT, sujeita-se a uma certa forma definida em lei ou regulamento" (contestação, fl. 16)... ACORDAM, por unanimidade de votos, os Juízes da 2.^a Turma... DECLARAR O RECLAMANTE CARECEDOR DE AÇÃO". Relator — Ermes Pedro Pedrassani (TRT 3450/84) (Rev. 18, pág. 143).

Certamente, em algumas oportunidades, ao contrário deste caso antes visto, há uma diversidade fundamental. Acontece que, nestas outras situações, existe uma deliberada intenção do administrador em contratar ilegal e precariamente ou mesmo em não promover os seus servidores, corretamente. Lembre-se o caso de servidores que alcançam a formatura, no curso de seus contratos; tão logo concluem seus cursos superiores, passam a providenciar seu melhor enquadramento; algumas manifestações da administração lhes dão estímulo, apesar de aparentes e fictícias "proibições" de exercer as atividades do cargo com nível mais alto. Aqui, nestes casos, o argumento bem fraco de " contenção de despesas" dificilmente pode ser aceito, sem outras considerações; isto equivaleria à afirmativa do empregador privado no sentido de que não dispõe de capital suficiente para organizar seu empreendimento no império da lei.

Ora, ao Poder Judiciário não cabe o exame rigoroso de atos administrativos, quanto ao uso do poder discricionário; todavia, torna-se difícil fechar os olhos diante destas utilizações de mão-de-obra mais qualificada, a um preço menor. Trata-se de verdadeiras promoções, obtidas na prática, eis que inexiste, com a freqüência desejada, a chance de aprovação em Concurso. Por outro lado, o respeito aos Concursos Públicos pode impor certos limites aos julgamentos destes processos. Em situações bem especiais, é de imaginar, inclusive, que o julgamento esteja limitado até o próximo Concurso Público interno ou externo para o cargo pretendido; no momento do próximo Concurso Público, o reenquadramento final dependeria de que o pretendente concorresse com seus demais colegas e alcançasse aprovação. Até lá, provisoriamente, haveria o tratamento correspondente ao cargo de nível mais alto, SEM QUALQUER RESTRIÇÃO E SEM O MENOR ENTRAVE OU DIFICULDADE BUREOCRÁTICA.

Quanto às contratações ilegais e precárias, existe o tema bem mais fácil e conhecido da contratação de professores. Entre tantos acordãos, selecionamos dois no Norte do País, Pará e Alagoas, em que se debateu, até mesmo, a competência da Justiça do Trabalho:

"Professoras admitidas sem a observância dos requisitos legais exigíveis para o preenchimento de cargo público não são funcionárias públicas e sim empregadas regidas inteiramente pela legislação trabalhista, daí a competência da Justiça do Trabalho para dirimir as questões relativas ao trabalho por elas prestado no exercício de seu nobilitante mister." (TRT 8.^a) (Relatora Lígia Simão Luiz Oliveira) (LTr agosto de 1976).

"Reclamatória trabalhista movida por professores, de 1.^º e 2.^º graus, contratados pela CLT, contra o Estado de Alagoas. Não há, no Estado reclamado, regime jurídico estabelecido em lei especial para os reclamantes. Constituição, art. 106. Regidos pela CLT e não sujeitos a regime estatutário os professores re-

clamantes, a ação deve ser processada e julgada na Justiça do Trabalho. Não altera essa competência o fato de lei estadual mandar aplicar a esses servidores contratados pela CLT vantagens especiais. Conflito conhecido, declarando-se competente o Tribunal suscitado. (STF) (Relator Ministro Neri da Silveira) (LTr 50-7/805).

Inexiste, pois, algum regime intermediário entre o estatutário e o celetista. Inclusive, os pareceres dos próprios Estados que assim contratam, seguidamente, desaconselham essas práticas irregulares. As alegadas dificuldades para os enquadramentos destes professores são consequências das ilegalidades dos órgãos reclamados, não se imputando aos professores, na maioria das vezes.

i) AS MÃES SOCIAIS

No tema relativo às MÃES SOCIAIS provavelmente esteja a mais aberrante ilegalidade cometida pelos órgãos públicos. Muitas foram as alterações de nomes e detalhes dos diversos Programas de atendimento do menor carente. De qualquer modo, geralmente existe enorme semelhança entre os diversos Programas estaduais, sendo alguns de caráter nacional, inclusive. Nota-se, com freqüência, uma seleção das "mães substitutas", por último denominadas "mães sociais". Dependendo do Programa é exigida EXCLUSIVIDADE, são realizadas REUNIÕES, certamente para passar as necessárias orientações, é feito o CREDENCIAMENTO e, finalmente, é entregue CERTA QUANTIA EM DINHEIRO para os gastos com os menores. Ora, percebe-se, claramente, que estão presentes a DEPENDÊNCIA, a não EVENTUALIDADE e, até, o PAGAMENTO SALARIAL, nos exatos termos do artigo terceiro da CLT; não falta, freqüentemente, nenhum daqueles requisitos.

Os estatutos das Febens estaduais referem-se, via de regra, às suas finalidades como órgão intermediário e incentivador de diversas soluções para esta questão complexa do menor. Entretanto, justamente para atender às famílias e menores necessitados, é que estes órgãos precisam destas trabalhadoras. Acaso levássemos ao extremo estas previsões estatutárias de mero órgão incentivador de soluções, teríamos dificuldades para identificar o empregador nas situações em que há a intermediação de mão-de-obra, mesmo dentro dos parâmetros legais.

Nos debates destes casos, citava-se inclusive ENGELS, para afirmar que se atribui "à falta de família ou à família prejudicada a insatisfação, a desconfiança, as dificuldades de adaptação na vida profissional e a freqüente criminalidade infantil", num claro aviltamento das idéias deste autor. Acontece que Engels era citado fora de qualquer contexto histórico. Esquecia-se, certamente por descuido, que Engels, já há mais de cem anos, havia percebido as distinções entre

a família burguesa e a do proletariado, in "A Origem da Família, da Propriedade Privada e do Estado", Civilização Brasileira, 1982, págs. 77. Ora, hoje tais diferenças agigantaram-se e são imensamente maiores em relação à família do lumpem proletariado, tornando arris-cada qualquer apologia a-histórica sobre a "família" em geral. Saliente-se, desde já, o triste dilema de tal postura ideológica: encontra dificuldades de ser escutada pelos despossuídos e, por outro lado, recebe ESCASSOS recursos financeiros para o seu financiamento.

Continuamos discordando de que o interesse público possa ter seus alicerces no trabalho remunerado sob condições precárias de proteção. Os direitos a CTPS e férias remuneradas são conquistas dos trabalhadores referendadas justamente pelo "interesse público". Desistirmos de tais garantias mínimas seria voltar ao passado e, aí sim, ferir o interesse público e o importante artigo oitavo da CLT, por exemplo. Pensamos que aqueles que trabalham em torno do Direito do Trabalho têm um papel mais nobre do que chancelar este retorno ao passado. De todos nós se exige um posicionamento firme no sentido do aperfeiçoamento do Direito, contra qualquer retrocesso.

Permanecemos todos, certamente, muito preocupados com a problemática do menor em nosso país. A importância da manutenção destes em seu local de origem, assim como os perigos da institucionalização, são peculiaridades bem conhecidas. Igualmente, não podemos silenciar sobre a pequena expressividade numérica dos diversos programas destas Fundações. Na verdade, tais números de menores atendidos são completamente insuficientes e praticamente insignificantes, para um país que possui quase a terça parte de favelados. Por isto mesmo, talvez, programas de incentivos a creches vinculadas a associações de bairros, com atendimento especial de técnicos funcionários públicos, fosse muito mais proveitoso. De qualquer modo, mesmo esta outra alternativa não precisaria estar apoiada no trabalho pretensamente voluntário e seguramente mal-remunerado das "mães substitutas".

A afirmativa, muito comum, de que a mãe substituta se beneficia, porque, no contato com as orientações destas Fundações, cresce como pessoa, exige ressalvas. Ora, o trabalho REMUNERADO também permite este crescimento; a RECOMPENSA pelo esforço também engrandece o ser humano, na medida em que lhe estimula e representa sua integração com o meio em que vive. O trabalho, mesmo entendido como sinônimo de luta pela sobrevivência, de certo modo, "foi o passo decisivo para a transição do macaco ao homem", conforme narrado pelo autor antes citado, FRIEDRICH ENGELS, in "Sobre o papel do trabalho na transformação do macaco em homem".

Acrescente-se que este entendimento, repetido aqui, finalmente, passou a ser acolhido na jurisprudência do Egrégio Tribunal Regional do Trabalho desta Quarta Região. A Revista LTr, número de julho de 1987, reproduz importante decisão neste mesmo rumo:

"As chamadas 'mães substitutas', que tão relevantes serviços sociais prestam nos 'lares vicinais' mantidos pela FEBEM, devem ser consideradas empregadas dessa Fundação. Presentes os requisitos tipificadores do contrato de trabalho, quando o prestador de serviço se ajusta com a definição dada pelo artigo terceiro da CLT, impõe-se o reconhecimento de relação de emprego."

Note-se, ainda, que este importante acórdão expressa uma nova orientação, agora, provavelmente, com menores excessões nas decisões desta Quarta Região:

"Não se ignora que este Tribunal já se tenha manifestado em feitos dessa natureza, assim como este relator já teve sentença — prolatada quando ainda na primeira instância — reformada pelo Tribunal. ... Se o Estado, que é o responsável pelo bem estar dos menores, optou por uma fórmula prática, econômica, socialmente eficiente, não pode descurar, por outro lado, dos direitos que possam ter os agentes desses cuidados que são, em última análise, trabalhadores." (Relator JOSÉ LUIZ FERREIRA PRUNES) (mesma Revista LTr, julho/87, páginas 827 a 829).

Igualmente, no Boletim de Decisões do Egrégio TRT desta Região, número 5, existe importante Acórdão sobre o tema:

"... Nos critérios de seleção de pessoal para a função desempenhada pela reclamante, denominada "mãe substituta", afloram exigências próprias de autêntico contrato de trabalho, tais como pessoalidade da prestadora, não eventualidade da prestação, subordinação e onerosidade...". (Relator JOSÉ FERNANDO EHLERS DE MOURA (Boletim N.º 5, TRT 4.ª, pág. 99).

Da mesma maneira, o Boletim de Decisões do E. TRT desta Região, número 7, página 139, divulga novo acórdão de mesmo conteúdo. Acaso persista alguma dúvida, recorde-se que, ao final de 1987, foi editada a Lei 7.644. Este diploma legal, de 18 de dezembro de 1987, publicado no Diário Oficial de 21 de dezembro de 1987, assim como no Suplemento Trabalhista da Editora LTr, número 01/88, reconhece, em seu artigo quinto, vários direitos a estas trabalhadoras, iniciando-se pela assinatura de Carteira de Trabalho. Medite-se que, na verdade, trata-se apenas de uma lei interpretativa, ou seja, foi editada para afastar as últimas dúvidas; a respeito da finalidade desta Lei, lembre-se, por exemplo, que:

"interpretação... autêntica,... fornecida pelo mesmo poder que elaborou a lei. Quase sempre se exerce através de lei interpretativa, por via da qual se determina o verdadeiro sentido, o

exato significado..." (WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO, in "Curso de Direito Civil, Saraiva, 1983, primeiro volume, página 35).

Sendo assim, agora, com a Lei 7.644, desapareceu, definitivamente, o sentido para deixar de reconhecer o vínculo de emprego destas trabalhadoras, conforme previsto no artigo terceiro de CLT.

j) RELAÇÃO DE EMPREGO RURAL

Mas enfim, as irregularidades e ilegalidades dos órgãos públicos e demais empregadores privados urbanos são menores do que aquelas existentes no ambiente rural. Certamente, aí, persistiu maior resistência ao reconhecimento das relações de emprego. Insiste-se, ainda e com freqüência, na tipificação de contratos excepcionais, tais como o de "parceria", "meeiros", e seus assemelhados mais grotescos como os impostos aos "bóia-frias". Medite-se que, em vários países, mesmo capitalistas, tais entraves sociais e econômicos já foram superados e inclusive proibidos. Neste sentido são os estudos que estão sendo divulgados na Revista Seminários, número 10 (Publicações Fase e Instituto Apoio Jurídico Popular). Por ora, aqui ao menos, existem importantes decisões que talvez amenizem este atraso social, ao reconhecerem, por exemplo, a possibilidade de concomitância entre contratos de Parceria e de Emprego:

"É possível a existência concomitante do contrato de trabalho com o de parceria agrícola. Inteligência do artigo 96, parágrafo único, do Estatuto da Terra. ... O parceiro trabalhador, normalmente, é mais trabalhador do que parceiro. ... uma relação complexa, parte de trabalho e parte de parceria." (Relator Ronaldo José Lopes Leal) (Revista do E. TRT Quarta Região, número 20, página 328).

I) TENTATIVAS DE "FLEXIBILIZAÇÃO"

A miséria imposta ao trabalhador brasileiro do campo e da cidade tem sido registrada em inúmeras pesquisas econômicas, de modo objetivo e claro. Entre tantos estudos, recordem-se aqueles divulgados nos Boletins Dieese (Publicação do Departamento Intersindical de Estatística e Estudo Sócio-Econômicos). A crise econômica e as políticas recessivas têm servido, além do mais, para reforçar idéias retrógradas do pequeno e médio empregador, também,

agravando a problemática. Pensamos, entretanto, que tais dificuldades não nos autorizam a retroceder, ainda que sejam fortes os ventos que tentam empurrar a roda da história para traz. Não podemos admitir o esquecimento de alguns dos mais elementares direitos dos trabalhadores brasileiros, para o que o primeiro passo é o desvendar de inúmeras e variadas máscaras que procuram esconder os verdadeiros vínculos de emprego.

A palavra "flexibilidade" tem sido alardeada com força incrível mas, todavia, não possui tanta magia. Assinale-se o riquíssimo estudo do professor de Direito do Trabalho Comparado da Faculdade de Direito de Curitiba, SEBASTIÃO ANTUNES FURTADO, "Crise Econômica e Flexibilidade do Mercado de Trabalho", Revista LTr, número de setembro de 1987. Ali estão estudadas algumas das atuais propostas CONTRA o Direito do Trabalho na Europa, que, todavia, não chegam a pretender o não reconhecimento das relações de emprego. Tem sido proposto, por exemplo, mobilidade geográfica e profissional dos trabalhadores, enfraquecendo suas forças em negociações coletivas, assim como um aumento dos contratos temporários e maiores possibilidades de dispensas por motivo econômico, seja por progresso (modernização da empresa) ou por atraso (dificuldade financeira da empresa). Neste importante texto, ao final, foram apresentados certos alertas:

"As medidas propostas na Europa, por paradoxal que pareça, há muito são praticadas no Brasil, de maneira oficiosa. É compreensível nos países comunitários, onde a legislação trabalhista é rigorosa, a pressão empresarial. O mesmo argumento não vale para o Brasil".

Inclusive o medo de que os pequenos "empresários" optem pela economia informal não resolve o debate. O mesmo estudo divulgado nesta Revista LTr, 51-9/1.063, relata certa realidade interessante:

"Em Nápoles, por exemplo, vários bairros foram transformados em oficinas ocultas, especializadas principalmente na fabricação de calçados e roupas; estas 'fábricas' se deslocam ou desaparecem com rapidez ao menor sinal do controle da inspeção do trabalho. . . . O FENÔMENO DA CONTRATAÇÃO CLANDESTINA NÃO PODE SER IMPUTADO À RIGIDEZ DA LEGISLAÇÃO TRABALHISTA, POIS, NA MAIORIA DAS VEZES, A REBELDIA SURDA DA CLANDESTINIDADE SE DEVE À SONEGAÇÃO FISCAL, MAIS

RENDOSA. . . Data venia, combater o mercado negro de trabalho abrindo as portas do Direito do Trabalho quiçá não seja o melhor caminho. Caso isso ocorra, não teremos "alguns" trabalhadores protegidos pela "cidadela", mas TODOS DESAMPARADOS". (grifos nossos) (mesma Revista LTr, setembro de 1987).

m) A RESISTÊNCIA E OS NOVOS AVANÇOS

Acaso aceitássemos a contratação em condições precárias, com freqüência expressiva e sem os direitos previstos na legislação trabalhista, estaríamos, até mesmo, admitindo o empobrecimento geral da massa trabalhadora. Estaríamos, nesta hipótese, legitimando a pressão exercida pela venda da força de trabalho em condições menos vantajosas. Sendo assim, é exatamente o interesse público que nos impede de aceitar esta venda da força de trabalho ao desamparo da legislação trabalhista.

Desde já, registre-se que a Constituição Federal poderia ter sido mais explícita, por exemplo, proibindo o trabalho do menor de quatorze anos, mesmo na condição de aprendiz (artigo sétimo, inciso XXXIII). Igualmente, os próprios interesses do menor nos afastam de recomendar o trabalho destes sem TODAS as prerrogativas da lei trabalhista. O encaminhamento de menores para o mercado de trabalho não precisa ser ao arrepio da lei trabalhista, bastando a satisfação dos inexpressivos ganhos mínimos, seja pelos empregadores totalmente ou pelo Estado, parcialmente.

A necessidade coletiva de paz e de harmonia, de sossego e de prosperidade econômica são atingíveis sem esquecermos de outra finalidade primordial do Direito do Trabalho. O Ilustre ex-Ministro MOZART VICTOR RUSSOMANO, *in* "Comentários à CLT", Forense, 1983, pág. 43, lembrou que o Direito do Trabalho, como um

"... novo direito, é um conjunto de regras protetoras do trabalho, como fator de produção social... Por ser eminentemente tutelar do proletariado, o Direito do Trabalho trouxe uma radical transformação nas noções tradicionais...".

Ora, a novidade está, justamente, na tutela do trabalho, no rumo que a melhor jurisprudência vem apontando, segundo o presente levantamento elaborado com os colegas LUIZ ALBERTO DE VARGAS e JOSÉ FELIPE LEDUR. A tentativa de legitimação da venda da força de trabalho em condições que o avanço da história já eliminou é a maior e mais grave ameaça à paz social, conforme o brilhante estudo de TARSO FERNANDO GENRO, "Relação de Trabalho e Direito Subjetivo", Revista 'Direito e Avesso', número 2.

Neste quadro, o inciso XXXIV do artigo sétimo da atual Constituição Federal é um passo importante. Seguramente, a melhor doutrina e a jurisprudência mais atenta logo saberão delinear a noção de "igualdade de direitos entre o trabalhador com vínculo empregatício permanente e o trabalhador avulso".

Novamente utilizando as palavras do estudo por último referido (SEBASTIÃO ANTUNES FURTADO, Revista LTr, setembro de 1987), devemos evitar "fechar os olhos ao processo histórico e esquecer os abusos cometidos por parte dos empresários no final do século passado e princípio deste". Urge que se entendam e afastem as diversas tentativas "de desarmar as funções e características básicas do ordenamento jurídico laboral e um assalto neoliberal às garantias e direitos dos trabalhadores fatigosamente conseguidos ao largo da história."

-
- 1 A Jurisprudência utilizada neste texto foi selecionada pelo autor, RICARDO CARVALHO FRAGA, assim como por LUIZ ALBERTO DE VARGAS e JOSÉ FELIPE LEDUR.
 - 2 Sobre o mesmo tema, com avaliação semelhante, o trabalho de OSCAR HERNANDEZ ALVAREZ, da Venezuela, divulgado na Revista Synthesis do TRT de São Paulo, número 8/89, página 26.