

RELAÇÕES DE TRABALHO: EMPREGADO, AUTÔNOMO, AVULSO E EVENTUAL

Francisco Meton Marques de Lima - Juiz do TRT/PI,
Prof. da UFC e UFPI, Autor de vários livros.

SUMÁRIO - 1 - Considerações Primeiras. 2 - Contrato sem Relação de Trabalho e Relação sem contrato de Trabalho. 3 - Características do Contrato de Trabalho. 4 - Sujeitos do Contrato de Trabalho. 5 - O Empregador. 6 - O Empregado. 7 - O Autônomo. 8 - O Avulso. 9 - O Eventual. 10 - Conclusões.

1. As relações de Trabalho impõem-se como o tema central do Direito do Trabalho, mais antigo e ainda insolúvel pela lei, doutrina e jurisprudência, quando se trata de separar o joio do trigo nas zonas cinzentas.

Em que pese a palavra trabalho significar na origem um instrumento de suplício, onde eram crucificados vivos os condenados a punições mais severas (e ainda hoje para muita gente continua sendo!), o trabalho foi erigido à condição de direito fundamental do homem na nossa Constituição Federal. De fato, o trabalho é importantíssimo na vida econômica, porque dá vida ao inanimado, reproduz o estéril e multiplica as riquezas. Do ponto de vista psicológico, aquele que trabalha ergue-se em superioridade ao desocupado.

Por isso, mereceu capítulo próprio no Digesto Fundamental e regulamentação tutelar de caráter imperativo, normas impostergáveis por toda e qualquer outra de natureza diversa.

Abordamos neste pequeno espaço a questão por um ângulo nunca feito antes, isto graças à meditação que nos ensejou o caso das contratações pelo serviço público sem concurso público e posterior corte de folha de pessoal nessas condições sem o mínimo respeito à dignidade humana e em total desapeço à legislação tutelar. Da mesma forma sofrem os trabalhadores em atividades ilícitas.

A jurisprudência vem reconhecendo aos ditos contratos efeitos restritos somente aos salários correspondentes aos dias efetivamente trabalhados:

CONTRATO DE TRABALHO NULO. É nulo o Contrato de Trabalho realizado em período eleitoral, pois a Lei não lhe confere efeitos. O Reclamante fará jus apenas ao saldo de salário, pois não existe prestação de trabalho sem o respectivo pagamento. É indevido, no entanto, o pleito de férias, 13º salário e FGTS. Recurso de Revista conhecido e parcialmente provido”. (TST, 5ª T., Ac. nº 1635/92, RR-36.684/91.5, Rel. Min. Armando de Brito, DJU de 27.11.1992, p. 22485).

“Contrato de trabalho nulo. Direitos dele decorrentes.

O Trabalhador tem direito às parcelas de natureza salarial, se prestou serviços, ainda que depois venha a ser declarado nulo o contrato de trabalho. Revista conhecida e provida”. (TST, Ac. 2ª T. 717/90, RR-6397/88, Rel. Min. José Ajuricaba, *in* Jurisprudência Trabalhista, vol. LXXVIII p. 351).

“Se o objeto do contrato mostra-se ilícito face à atividade desenvolvida - prestação de serviço em banca de jogo de bicho (contravenção penal), impossível é afastar o preceito do artigo 82 do Código Civil. Por outro lado, a pacimônia das autoridades policiais no tocante ao combate à contravenção não conduz ao reconhecimento do vínculo empregatício, sob pena de colocar-se em plano secundário a ordem jurídica, com insegurança para toda a sociedade. A impossibilidade de fazer com que as partes retornem ao **status quo ante** apenas autoriza o pagamento dos salários, deixando de levar a outros reflexos trabalhistas. Precedentes: AG-E 3074/86; RR-5233/82 e RR-5938/88, publicados, respectivamente, no Diário de Justiça dos dias 18 de setembro de 1987; 8 de maio de 1987; 17 de junho de 1983 e 6 de dezembro de 1985”. (TST-RR-1909/87.6 - Ac. 1ª T. 2295/89, 20-6-89 - Rel. Min. Marco Aurélio Mendes de Farias Mello) - Ementário LTr Vo. VII, p. 232.

“Se o jogo do bicho é uma contravenção penal amplamente tolerada pelas autoridades governa-

mentais, nada mais justo que não se negue a tutela jurisdicional às pessoas que prestam serviços aos banqueiros desse tipo de loteria, pois o contrário seria beneficiar-se duplamente seus proprietários”. (TRT 8ª T. 586/89 - Ac. 876/89, 26.6.89 - Rel. Juiz Nazer Leite Nassar). Revista LTr de dezembro/89.

O nosso Regional - TRT da 22ª Região - vem concedendo as parcelas adquiridas no curso do contrato: salários vencidos, férias não gozadas, 13º vencido, FGTS sem os 40%. Nada de caráter indenizatório, como aviso prévio, proporções de férias e de 13º, 40% do FGTS e multa do art. 477, §§ 6º e 8º da CLT.

O fundamento dessas decisões, tanto do TST como do TRT, escorase na nulidade contratual imposta pelo art. 37, § 2º da CF. Por entenderem os nobres juízes que, nulo pleno jure o contrato, nenhum efeito poderá surtir, porém para evitar o enriquecimento ilícito do tomador do serviço mandam pagar os salários dos dias efetivamente trabalhados.

Ora, essa postura não passa de uma esférica incongruência, pois se não há contrato de trabalho nada se há de conceder com base nesse liame. Primeiro porque, se não há contrato de trabalho, a competência desloca-se para a Justiça comum, onde o trabalhador irá cobrar as indenizações pelos serviços prestados. Segundo porque, ou se reconhece ou se nega validade ao contrato; no primeiro caso, determinando a incidência dos consectários legais, no segundo, nada. Mas não como se vem fazendo, punindo só o trabalhador e isentando o ente infrator, exatamente aquele a quem se destina a repressão impressa no art. 37, § 2º da Constituição Federal e na lei penal.

Tudo isso, exatamente à minguada de uma melhor meditação sobre a natureza e as características das relações de trabalho.

2. Existem contratos de trabalho para execução futura e de execução suspensa. Nesse caso, falta a relação de trabalho, no entanto, apesar dos conceitos trabalhistas, existe um contrato de trabalho, com consequência pela sua ruptura, desde que assim clausulado.

Por sua vez, a relação de fato foi reconhecida pela Lei (art. 442, CLT) com efeito de contrato - é a teoria do contrato-realidade adotada pelo nosso direito.

Daí concluir-se que há contrato sem a “realidade” (sem trabalho), mas não há “realidade” sem contrato. O primeiro é só a manifestação das vontades policitantes; o segundo, só a execução das vontades, mas a que a lei pressupõe a “*affectio laboris*”.

Pois bem, a separação do estado de direito e do estado de fato

juridicamente protegido é que permite a justa solução para o caso do contrato nulo por vício de origem, mas de objeto e execução lícitos.

Assim, a pactuação formal revestida de nulidade não pode opor-se a ninguém. Porém a execução fática do contrato, com objeto lícito e de acordo com a lei, gera as conseqüências institucionais impostas incondicionalmente pelo direito tutelar. Fundamenta-se essa conclusão nos seguintes pontos: 1) a proteção ao trabalho humano dispõe-se na Constituição Federal em hierarquia superior aos direitos do Estado; 2) o princípio da proteção manda se interprete o direito obreiro de acordo com a sua fiel destinação, que é proteger o economicamente mais fraco; 3) as nulidades trabalhistas não retroagem, porque a energia de trabalho humano é acíclica, não pode ser reposta.

3. O artigo 3º da Consolidação fornece como características do contrato de trabalho a pessoalidade, a não eventualidade, a subordinação e a remuneração. Mas, como já alertado, isto é a relação de emprego de fato, que pode até corresponder ao escrito. Mas pode haver contrato de trabalho sem a situação de fato, desde que assim pactuem os contratantes.

A lei preferiu valorar o fato caracterizador do emprego e imprimir-lhe cogência para reprimir os contratos de trabalho travestidos de outras modalidades.

A dificuldade surge na hora de empregar-se cada uma das características. Fácil detectar a relação de emprego de um servente de pedreiro que trabalhou continuamente durante um mês em determinada obra sem carteira assinada. Mas é difícil avaliar a autonomia do profissionalista (altos profissionais, onde a subordinação é bastante tênue): relação de emprego do médico com o hospital, do contador com a firma a quem presta serviço, do representante comercial, do corretor. A leida representação comercial autônoma, por exemplo, apresenta vários pontos de contato com a representação não autônoma. Mas diferencia as duas situações, basicamente por exigir do autônomo a inscrição no Conselho Regional dos Representantes Comerciais, recolhimento dos tributos atinentes ao exercício desse comércio e contribuição previdenciária nessa condição. No entanto, caso há em que, apesar de todas as formalidades de representação autônoma, de fato existe um comando do representado sobre o representante que descaracteriza a autonomia. E neste caso, por força do princípio da primazia da realidade, a lei ampara a situação de fato, que é a existência do contrato de emprego.

4. Os sujeitos do contrato de trabalho são o empregado e o empregador. Empregado é a pessoa física que, mediante salário, presta ou põe à disposição o seu serviço, de maneira não eventual, ao empregador, sob as ordens deste.

5. Empregador é a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo

os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviços - art. 2º da Consolidação.

Muitos críticos se manifestaram contra a expressão EMPRESA, sob o argumento de que esta não é sujeito de direito e obrigação, mas sim objeto da exploração econômica, e que na verdade empregador é a pessoa física ou jurídica.

Mais uma vez a CLT foi mais sábia que os juristas, ao imprimir força cogente aos fatos, coerente, assim, com o disposto no art. 442, que adota o contrato-realidade. Na verdade, o legislador quis dizer que o vínculo empregatício firma-se com o fato econômico - a EMPRESA, pouco importando quem seja o seu titular, pois é sabido que às vezes a atividade existe apenas de fato (economia informal), com um responsável ou mediante uma sociedade de fato, ou perdeu a condição formal mas subsiste informalmente, ou mudou de titularidade, ou está em transição. Neste sentido, os arts. 10 e 448 do Diploma Obreiro persistem na relevância fática do contrato.

A isto Americo Plá Rodriguez denomina Teoria da Despersonalização da pessoa do empregador, para assegurar a continuidade do vínculo empregatício. Orlando Gomes e Elson Gottshalk preferem denominar teoria da personalização da empresa. De fato, a última colocação corresponde aos exatos ditames do art. 2º celetário.

“ENCERRAMENTO FORMAL DA EMPRESA - CONTINUIDADE DE FATO - SUBSISTENTE A RELAÇÃO EMPREGATÍCIA.

Extinta a empresa, mas comprovada a continuidade na prestação do serviço, mantém-se inalterada a relação empregatícia - art. 448, CLT. Recurso improvido”. (TRT 22ª Região - RO 1909/93 - Ac. 1095/93 - Rel. Juiz Francisco Meton Marques de Lima - Publ. no DJEPI de 30.11.93).

6. Empregado é aquele cujo contrato em execução reúne os elementos PESSOALIDADE, NÃO-EVENTUALIDADE, SUBORDINAÇÃO e REMUNERAÇÃO. Com a abolição da escravatura, os setores produtivos necessitaram de pessoal permanente para executar os serviços antes confiados aos escravos, daí emergir o contrato de trabalho como versão moderna da “locatio operarum”.

Pessoalidade significa que o contrato laboral é “intuitu personae” em relação ao empregado, isto é, este não pode mandar ninguém em seu lugar, é a regra. Essa característica toma outro desdobramento no caso do trabalho temporário, em que o beneficiário do serviço não o tem personalizado. Mas

isto, não desfigura a pessoalidade, porque esta se firma com a empresa interposta.

A não-eventualidade diz respeito à necessidade constante no tempo - todo dia, uma hora por dia, um dia por semana, desde que implique obrigatoriedade. Casos há em que a duração do trabalho por alguns dias podem considerar-se eventuais; outros, com a mesma duração, caracterizam-se como não eventuais - é quando esse trabalho integra a atividade-fim da empresa, como o pedreiro para o construtor, o vendedor para o comércio, a enfermeira para o hospital.

A subordinação advém do poder diretivo do empregador, neste contido o poder disciplinar. Subordinado é todo aquele que, durante a execução do contrato está sujeito ao poder diretivo, inclusive o punitivo, do empregador. Mesmo entre os profissionais é possível detectar-se a presença diretiva do empregador.

A subordinação “consiste em integração da atividade do trabalhador na organização da empresa mediante um vínculo contratualmente estabelecido, em virtude do qual o empregado aceita a determinação, pelo empregador, das modalidades de prestação de trabalho”, diz Arion Sayão Romita, destacando aqui três elementos caracterizadores da subordinação: pessoalidade na prestação o serviço; inserção do trabalhador em atividade permanente da empresa; e patrimonialidade da relação, que deriva da retribuição do trabalho. E arremata: A subordinação não deve ser entendida como potestade exercida por um superior sobre um inferior hierárquico, mas como poder de um credor para com um devedor, contratualmente acertado entre as partes.” (In A subordinação no Contrato de Trabalho, pp. 82, 98 e 99. Ed. Forense, 1979).

SUBORDINAÇÃO

“Existe subordinação jurídica do trabalhador ao empregador, desde que este detenha o direito de lhe dar ordens ou de dirigir e fiscalizar seu serviço, não se exigindo que de fato e permanentemente o faça. A relação de emprego é emergente dos fatos e não de mera titulação. Recurso da reclamada ao qual se nega provimento. (TRT-PR-RO-5.102/91 - Ac. 2º T-5.424/92 - Rel. Juiz João Antônio Gonçalves de Moura, DJPR, 17.07.92 - pag. 56). Julgados Trabalhistas Selecionados, Irany Ferrari e Melchíades Rodrigues Martins, vol. II, pág. 493, LTR.

A remuneração é a contraprestação paga pelo trabalho prestado ou

posto à disposição do empregador. Considera-se o salário pago em virtude da vinculação. Mas também leva-se em conta o salário devido e não pago, dado inexistir trabalho gratuito, pois contrato de trabalho é por natureza oneroso. Assim, desde que devido o salário, ainda que não pago, juntamente com os outros elementos essenciais, configura-se o vínculo de emprego. Não é justo que o trabalho prestado durante vários dias ou meses perca a qualidade de emprego só porque o tomador do serviço não remunerou. Configurar-se-ia isto o enriquecimento ilícito.

7. Trabalhador autônomo é aquele que, no dizer de Amauri Macaro Nascimento, é dono do seu próprio negócio, não sofre a ingerência do comando do tomador do serviço. O trabalho pode ser pessoal, contínuo, logicamente remunerado, mas não subordinado. Falta o elemento SUBORDINAÇÃO para caracterizar-se o emprego.

Aliás, o vocábulo AUTONOMIA já vem do grego e significa direito de reger-se por suas próprias leis. Indica, “precisamente a faculdade que possui determinada pessoa ou instituição, em traçar normas de sua conduta, sem que sinta imposições restritivas de ordem estranha.” (De Plácido e Silva - Vocábulo Jurídico).

Mais uma vez, **ROMITA** sintetiza com objetividade o alcance da autonomia: “O trabalho se diz autônomo quando o trabalhador se obriga a não prestar - isto é, colocar à disposição de outrem - a sua energia de trabalho, mas a executar ou fornecer a um comitente uma obra determinada ou um serviço em conjunto, encarado como o resultado de sua atividade, que é exercida fora do âmbito da organização profissional do comitente. (...) O trabalho é subordinado quando o trabalhador se obriga não a executar uma obra ou prestar um serviço em sua integridade por conta de um comitente, mas a prestar o próprio trabalho em favor de outrem, ou seja, a colocar sua energia de trabalho à disposição e no interesse de outrem”. (Op. cit., p. 92).

8. Avulso não é o que não tem carteira assinada, como popularmente se conceitua.

Avulso é o trabalhador que presta serviços sem a necessária continuidade própria do empregado. Presta o serviço sem inserir-se na organização da empresa. Pode ser subordinado ou não. Catharino distingue o avulso individual do avulso sindical. O primeiro presta serviço direta e isoladamente; o segundo, associado de sindicato para prestação de serviço, trabalha em conjunto: é a mão-de-obra sindical, requisitada por empresa e

sindicato, a quem cumpre escolher e dirigir os associados que vão prestar o serviço solicitado (Em Elementos de Direito do Trabalho e Processo Trabalhista, LTR, 5ª ed., p. 62).

Do ponto de vista legal, o Decreto nº 63.912, de 26.12.68, que regulamenta o 13º salário para o avulso, assim dispõe: “O trabalhador avulso, sindicalizado ou não, terá direito, na forma do art. 3º da Lei nº 5480, de 10 de agosto de 1968, à gratificação de Natal instituída pela Lei nº 4.090, de 13 de julho de 1962”.

O § 1º do citado decreto considera avulso:

- a) estivador, trabalhador de estiva em carvão e minérios e trabalhador em alvarenga;
- b) conferente de carga e descarga;
- c) consertador de carga e descarga;
- d) vigia portuário;
- e) trabalhador no avulso de capatazia;
- f) trabalhador no comércio armazenador (arrumador);
- g) ensacador de café, cacau, sal e similares;
- h) classificador de frutas;
- i) amarrador;

Já o Decreto nº 612, de 21.07.92, que regulamenta a Lei de Custeio da Previdência Social (Lei 8212), em seu art. 10, VI, classifica como avulso aquele que, sindicalizado ou não, presta serviço de natureza urbana ou rural, sem vínculo empregatício, a diversas empresas, com intermediação obrigatória do sindicato da categoria, assim considerados.

- a) os mesmos acima elencados, mais os seguintes:
- b) o amarrador de embargação;
- c) o trabalhador em serviço de bloco;
- d) o trabalhador de capatazia;
- e) o arrumador;
- f) o trabalhador na indústria de extração de sal;
- g) o carregador de bagagem em porto;
- h) o prático de barras em porto;
- i) o guindasteiro;
- j) o classificador, o movimentador, o empacotador de mercadorias;
- l) outros assim classificados pelo Ministério do Trabalho e da Administração.

Traduzindo em linguagem direta, o avulso agrupa-se e esse grupo de

direito ou de fato intermedeia a prestação de serviço. Quando sindicalizado, o sindicato ajusta o serviço, negocia o preço, as condições e escala o grupo que vai executar o trabalho. Por fim, rateia o valor arrecadado, após pagar os seguros sociais, 13º salário e férias a quem tem direito. O trabalhador avulso, neste caso, é ligado ao sindicato como associado, prestando serviço por meio do seu órgão de classe, mas não é empregado do sindicato nem do tomador do serviço.

A Constituição Federal assegura ao AVULSO os mesmos direitos conferidos aos empregados (art. 7º, XXXIV):

O direito de férias está assegurado na Lei nº 5.085, de 27.08.66, regulamentada pelo Decreto nº 80.271, de 1º.09.77; e assiduidade encontra-se disciplinada no Decreto nº 90.927, de 07.02.85. Por fim, esse trabalho tem direito a vale-transporte, PIS/PASEP, FGTS, aposentadoria, seguro social em geral.

Diferencia-se do trabalhador com vínculo empregatício porque não tem ligação permanente com o tomador do serviço e a ele não se subordina.

9. Trabalhador EVENTUAL tem vinculação direta com o tomador do serviço, é subordinado, mas falta o requisito da prestação permanente dos serviços ajustados, segundo o ensinamento de Russomano.

A eventualidade define-se em certa proporção com a atividade-fim do beneficiário do serviço prestado. Com isso, só a duração no tempo não é suficiente para caracterizar ou não a eventualidade. Um pedreiro que trabalhou, por exemplo, durante 10 dias em uma obra de construção civil pode não ser considerado eventual, desde que o responsável pela obra seja construtor profissional, tenha por objeto de sua empresa construção civil. Já o mesmo pedreiro, tendo trabalhado durante 15 dias no âmbito residencial de um profissional liberal poderá ser considerado trabalhador eventual, porque o dono da obra não tem por objeto econômico construir.

10. CONCLUSÕES

O estudo das relações de trabalho constitui o elemento nuclear do Direito do Trabalho e o tema mais antigo, porém o que ainda suscita mais dúvidas, especialmente diante das novas formas de relações econômicas, com o advento das novas doutrinas, como a da flexibilização do direito, a do direito alternativo e com a terceirização. A automação também toma o seu

lugar na discussão, de maneira que os antigos conceitos devem incorporar esses ingredientes novos. A própria prestação de serviço lícita para empresa comandada por organização que explora objeto ilícito, embora tolerado, deve ter tutela jurisdicional, porque o trabalhador nada tem a ver com a contravenção em si, pois o seu trabalho pessoal reveste-se da mais lúdima legalidade (como o garçon de um cassino, a arrumadeira de um bordel).

Por sua vez, sendo o objeto do contrato de trabalho lícito, não há porque indeferir todos os direitos emergentes da legislação tutelar. Do contrário, se nulo fosse o contrato, perderia a condição de contrato de trabalho, conseqüentemente, a competência se deslocaria para a justiça comum.

Por empregador, a lei entendeu a empresa e não a pessoa física ou jurídica que a explora - dando guarida, com isso, à teoria da personalização da empresa, congruente com a teoria do contrato-realidade.

Por seu turno, o elemento **SUBORDINAÇÃO** ainda constitui o divisor de águas entre o contrato de trabalho e os contratos afins. Logicamente o seu conceito envolve elementos objetivos e subjetivos - inserção do trabalhador na atividade empresarial e sua adesão ao comando empresarial a partir da pactuação.

Por fim, ao trabalhador avulso, como tal definido em lei, a Constituição Federal estendeu todos os direitos conferidos ao empregado.