# A DISPONIBILIDADE PELO LEGISLADOR DO TIPO CONTRATUAL NO DIREITO DO TRABALHO

#### LUÍS DE PINHO PEDREIRA DA SILVA

Sumário: 1. As leis brasileiras que declaram não constituir relação de emprego o trabalho de determinados profissionais e sua aplicação. 2. A atitude da Corte de Cassação italiana em face do problema. 3. O pronunciamento da Corte Constitucional e a reviravolta da jurisprudência. 4. Uma decisão da Corte de Justiça européia. 5. Os métodos para o reconhecimento da subordinação. 6. Decisão sobre matéria constitucional paradigmático para o Brasil.

# 1. As leis brasileiras que declaram não constituir relação de emprego o trabalho de determinados profissionais e sua aplicação

O legislador brasileiro, não raro, edita normas em que se declara inexistir relação de emprego entre certos profissionais e as pessoas a que eles prestam serviços. Assim tem sido, ao longo do tempo, negada por lei a qualidade de empregados a despachantes aduaneiros, corretores de navios, corretores de seguros, sócios e tomadores de serviços de cooperativas, que para elas trabalham, árbitros esportivos e seus auxiliares.

Muitos de nós, Juízes do Trabalho, de ontem e de hoje, temos aplicado essas leis em sua literalidade, sem investigar se o ditado legal corresponde à realidade fática, se a relação jurídica é em verdade de trabalho autônomo e não de trabalho subordinado. Assim procedemos movidos por um certo fetichismo legal.

#### 2. A atitude da Corte de Cassação italiana em face do problema

Postura semelhante manteve, num primeiro momento, a Corte de Cassa-

ção da Itália, como assinalou Giuseppe MARTINUCCI, em comentário a sentença, em face do art. 26 de Lei 1236, de 30 de dezembro de 1959, que atribuiu à entidade Ferrovias do Estado a possibilidade de estipular convenções para a execução de serviços tendo por objeto o atendimento, polícia e custódia dos dormitórios situados nas estações e destinados aos viajantes. Segundo a formulação utilizada pelo legislador — escreve o anotador — "as relações de trabalho derivadas de tais convenções têm natureza autônoma (prestação de serviço), não obstante a mesma regulamentação preveja a aplicação de alguns institutos típicos da relação de trabalho subordinado (seguro obrigatório por invalidez, velhice e sobrevivência".¹)

A princípio, informa o comentarista, a Cassação se limitou à mera remessa à lei, considerando vinculante para o intérprete o *nomen iuris* usado

pelo legislador.

O novo rumo daquela Corte sobre a questão se acha estampado nos acórdãos seguintes: "A circunstância de que uma convenção seja finalizada para a constituição de uma relação de trabalho autônomo não prejudica a qualificação legal da relação mesma. Não entra na disponibilidade do legislador ou das partes a exclusão da natureza subordinada da relação de trabalho quando ocorram em concreto os requisitos da subordinação"<sup>2</sup>; "Lavoro subordinato. Exclusione della subordinazione per effeto di leggi speciale..." Quando do comportamento efetivo mantido pelas partes na relação de trabalho se possa deduzir a sujeição da prestação ao poder diretivo do empregador a relação deve ser qualificada como relação de trabalho, também na área de aplicação da lei nº 67/1993"<sup>3</sup>.

Essa lei excluiu de relações de subordinação os contratos estipulados por

entes públicos.

Deveu-se a mudança da jurisprudência da Cassação, como declarado em decisões suas, ao pronunciamento da Corte Constitucional, que negou terminantemente a disponibilidade, quer por lei como por acordo das partes, da natureza da relação de trabalho, ou, como preferiram escrever vários autores, inclusive D'ANTONA<sup>4</sup>, do tipo contratual no Direito do Trabalho.

O problema enfrentado pelas Cortes era, como colocou Renato SCONA-MIGLIO, o de verificar se a lei pode dispor da natureza da relação de trabalho, em desconformidade com os dados tipológicos de identificação do trabalho subordinado, no dúplice sentido de lhe estender ou restringir o âmbito de sua ocorrência, com eventual repercussão sobre a aplicação da regulamentação de tutela<sup>5</sup>. Ou, como equacionou Massimo D'ANTONA, "saber se pode o legislador subtrair ao juízo o poder de acertar, com base nas circunstâncias de fato, a natureza de uma relação de trabalho, se pode ele, mediante a atribuição de

um diverso *nomen iuris* a uma determinada classe de relações de trabalho (ou pior, às relações estipuladas por uma determinada classe de empregadores) neutralizar as conseqüências protetoras do direito do trabalho"<sup>6</sup>.

## 3. O pronunciamento da Corte Constitucional e a reviravolta da jurisprudência

A Corte Constitucional, mais de uma vez, se manifestou no sentido da indisponibilidade ou seja da impossibilidade jurídica de prevalência da prescrição legal negativa da relação empregatícia naquelas hipóteses em que ocorram, de fato, os requisitos de sua existência. Eis como, a sentença nº 115, de 1994, da corte Constitucional está fundamentada:

"4. Os outros juízes remetentes interpretam a norma impugnada no sentido de que, em virtude dela, uma relação surgida de um contrato de obra ou de prestação de serviços profissionais estipulado por um dos entes ali indicados não poderia ser qualificado como relação de trabalho subordinado nem mesmo se as concretas modalidades de desenvolvimento da relação — em contraste com o *nomen iuris* enunciado pelas partes ou com a regulamentação negocial declarada no contrato — sejam aquelas próprias do trabalho subordinado.

Sobre a base de tal interpretação, as ordenanças do Pretor de Biella (r.o.n. 354), do Pretor de Vicenza (r.o.n. 718 e 702/93) e do Tribunal de Cremona (r.o.n. 679/93) denunciam a violação dos arts. 35, 36 e 38 Const. Pela neutralização das garantias constitucionais em favor do trabalho subordinado que de tal modo viria operada a respeito de algumas relações que têm de fato tal natureza. Também o princípio de igualdade de que o art. 3 seria ofendido, segundo os juízes *a quibus*, pela injustificada discriminação que de tal modo viria efetuada, no âmbito dos trabalhadores subordinados, em prejuízo de alguns deles, mas também por efeito do injustificado privilégio que viria de tal forma concedido a uma categoria de trabalhadores em face da generalidade destes últimos. Enfim seria malferido o princípio da sujeição do juiz à lei e a ela somente, mas também o princípio do independente exercício da função jurisdicional (arts. 101 e 104 Const.), porque a norma, assim entendida, subtrairia ao juiz o poder de interpretar autonomamente não só as disposições de leis como os próprios fatos relevantes para a qualificação da relação.

5. Não há dúvida de que se a regulamentação impugnada tivesse o significado a ela atribuído pelas ordenanças em exame, as censuras formuladas pelos juízes *a quibus* seriam fundadas.

Precisamente com a recente sentença nº 121 de 1993 (Foro It., 1993, I, 2432), esta Corte afirma que 'não seria de modo algum consentido ao legislador negar a qualificação jurídica de relações de trabalho subordinado a relações que objetivamente possuam tal natureza, quando disto derive a inaplicabilidade das normas previstas pelo ordenamento para dar atuação aos princípios, às garantias e aos direitos ditados pela Constituição para tutela do trabalho subordinado.'

Com maior razão não seria consentido ao legislador autorizar as partes a excluírem, direta ou indiretamente, com as suas declarações contratuais, a aplicabilidade da disciplina "inderrogável prevista para tutela dos trabalhadores a relações que tenham conteúdo e modalidades de execução próprias da relação de trabalho subordinado".

A Corte Constitucional proferiu duas sentenças desse teor: a nº 121, de 29 de março de 1993, e a nº 115, de 31 de março de 19948.

Comentando decisão, sobre o tema, da Corte de Cassação, Maria Paola MONACO expendeu as seguintes considerações: "Segundo os juízes remetentes a norma impugnada limitava o poder do juiz de qualificar a relação de trabalho de modo diverso do estabelecido pela norma também nas hipóteses em que as concretas modalidades de desenvolvimento fossem aquelas próprias do trabalho subordinado.

A Corte Constitucional, através de uma sentença interpretativa de rejeição, embora evidenciando a existência de um limite bem preciso à discricionariedade legislativa, excluíra que o legislador, com aquela norma, tivesse entendido de tipificar de maneira absoluta e ilícita as prestações do trabalho. Segundo a Suprema Corte, de fato, 'os princípios, as garantias e os direitos estabelecidos pela Constituição nesta matéria são e devem ser subtraídos à disponibilidade das partes, Portanto, quando o conteúdo concreto da relação e as suas efetivas modalidades de desenvolvimento — eventualmente também em contraste com as pactuações estipuladas e com o *nomen iuris* enunciado — sejam aqueles próprios da relação de trabalho subordinado, só esta última pode ser a qualificação a dar à relação, para os efeitos da disciplina a ela aplicável'.

Estariam, pois, os cânones constitucionais a impedir o legislador de fixar autoritariamente a qualificação de uma classe de relações de trabalho e de excluir, com eficácia vinculante também para o intérprete, reconstruções diversas da *fattispecie* em relação ao seu concreto comportamento"<sup>9</sup>.

Para D'ANTONA "Evidentemente violaria o cânone da igualdade perante a lei aquela disposição que, em relação a uma classe fechada de relações de trabalho, como exatamente aquelas que recaem no âmbito de uma disposi-

ção concernente a uma limitada categoria de empregadores, fixasse autoritariamente a qualificação excluindo *a priori* (mas no caso da leizinha quase nunca *a posteriori*) que se trate de relações de trabalho subordinado, independentemente da sua efetiva natureza" <sup>10</sup>.

#### 4. Uma decisão da Corte de Justiça Européia

Em consonância com a linha traçada pela Corte Constitucional e seguida pela Corte de Cassação sobre o problema da disponibilidade pelo legislador da qualificação do contrato em Direito do trabalho manifesta-se Giuseppe PERA no sentido de que o legislador não pode assumir as vestes de soberano, torcendo os princípios elementares, constitucionalmente impostos, do Direito do trabalho; de modo que o juiz deve desatender a previsão quando conclua que se trata de autêntica relação de trabalho<sup>11</sup>.

Entendendo, igualmente, que não tem o legislador o poder de qualificar a seu talante a relação jurídica, decidiu a Corte de Justiça da Comunidade Européia que "A presunção de trabalho subordinado imposta pelo legislador francês para as relações de trabalho de que sejam titulares artistas estabelecidos em outro Estado membro e que desenvolvam sua atividade na França constitui, independentemente do mérito de tal escolha legislativa, um obstáculo à livre prestação dos serviços no âmbito comunitário e à norma do art. 49 CE, pois que ela pode dissuadir os mesmos artistas de fornecerem os seus serviços na França e os organizadores de espetáculos franceses de contratá-los. A República francesa não tem, portanto, legitimidade para sujeitar indiscriminadamente os artistas ao regime de seguridade social próprio do trabalho subordinado.

A livre prestação de serviços pode ser limitada pelas legislações nacionais somente pelas razões imperativas de interesse geral, por motivos de ordem pública, de segurança pública e de saúde pública" <sup>12</sup>. E assim acolheu a Corte Européia a impugnação ao art. L.762-1 do Código do Trabalho da França, que institui a presunção de ser trabalho subordinado o daqueles artistas, considerada incompatível com o art. 49 CE.

Há, entre as Cortes Italiana e Européia, não obstante coincidirem ambas quanto aos limites da disponibilidade do tipo contratual por parte do legislador, um grande antagonismo, que Ariana AVENDOLA demonstra, inclusive neste trecho de comentário à sentença européia: "...a tese da Consulta é que se é verdade que o legislador, em princípio, bem pode ordenar tipologicamente as relações privadas, é, outrossim, claro que quando da qualificação legislativa nasça a negação dos direitos constitucionalmente estatuídos para uma deter-

minada relação fática, é a qualificação mesma que se põe em contraste com os preceitos constitucionais, configurando uma sub-reptícia modalidade de logro e de evasão. O que vale, portanto, para os fins qualificatórios são os caracteres econômico-sociais da relação que *efetivamente* se desenvolveram entre as partes, como a dizer que o conjunto dos efeitos normativos, nos quais, no plano do ordenamento positivo, são traduzidas as garantias constitucionais do trabalho subordinado, devem achar aplicação, cada vez que se apresente nos fatos aquela relação a que a Constituição refere aquelas garantias. Parece inegável, portanto, que o trabalho *objetivamente* subordinado não pode ser separado nem por lei nem por acordo, do seu sistema de garantias, e, assim, que nem ao legislador nem às partes seja consentido excluir direta ou indiretamente a aplicabilidade da disciplina inderrogável a relações que tenham conteúdo e modalidade de execução próprios da subordinada.

A Corte Européia, ao invés, chega ao resultado de subtrair ao legislador (na espécie francês) a faculdade de qualificar como subordinada uma determinada tipologia de relação e assim de estender a ela uma série de tutelas — só porque antepõe à instância de garantia a liberdade de circulação de trabalhadores e serviços<sup>13</sup>.

### 5. Os métodos para o reconhecimento da subordinação

Em conexão com os estudos sobre a disponibilidade (ou não) pelo empregador ou pelas partes da qualificação do contrato debruça-se a doutrina italiana sobre o tema do método para o reconhecimento da subordinação. São dois esses métodos: o tipológico e o subsuntivo.

Consoante a lição de Tullio ASCARELLI, seguindo o método tipológico "o juiz confrontará a noção legal aplicável com os dados que emergem da experiência, ordenando-os tipologicamente em conceitos resumidores dos dados de normalidade e verificará constantemente se a decisão que adota é coerente com os fins (de valor) que o ordenamento confira à qualificação da relação de trabalho subordinado" <sup>14</sup>. Já o método subsuntivo — na descrição de Maria AGOSTINI — parte de uma definição abstrata da subordinação, individuando-lhe as características essenciais e reconduzindo a tal definição todas as relações, e só aquelas, que tais características possuam, sobre a base de um juízo de tipo silogístico. Diz a mesma autora, se nas elaborações doutrinárias é clara a distinção entre um e outro método e sobre as diferentes conseqüências no caso de aplicação de um ou outro à *fattispecie* concreta, quando da afirmação de princípio se passa à análise da aplicação a respeito de

cada espécie concreta o panorama não aparece tão diferenciado. O que mais importa não é tanto a adoção de um outro método quanto a noção de subordinação tomada como termo de referência ou, se se quiser, a moldura legal em que subsumir a *fattispecie* concreta. Ainda informa AGOSTINI que o método tipológico foi o preferido pela jurisprudência majoritária até a metade dos anos 80 enquanto o subsuntivo é o prevalente na jurisprudência mais recente<sup>15</sup>.

### 6. Decisão sobre matéria constitucional paradigmática para o Brasil

A diretriz da Corte Constitucional da Itália, considerando inconstitucional lei que declare inexistente relação de emprego entre certos profissionais e os beneficiários dos seus serviços quando sejam estes prestados em regime de subordinação, privilegiando alguns empregadores em detrimento dos demais, atentando assim contra o privilégio da igualdade perante a lei, consagrado na Carta Magna, deve servir de paradigma para o direito brasileiro, no qual o mesmo princípio está inscrito no art. 5º da Constituição da República.

#### **NOTAS**

- 1. La qualificazione del rapporto di lavoro ne servizi di Accudienza delle Ferrovie, in Rivista Italiana di Diritto del Lavoro, Ano 17, 1998, nº 4, pág. 659.
  - 2. In Rivista Italiana di Diritto del Lavoro, Ano 17, 1998, nº 4, pág. 659.
  - 3. Rivista citada na nota anterior, Ano 23, nº 4, 2004, pág. 739.
  - 4. Op. cit., pág. 63.
- 5. La Disponibilità del Rapporto di Lavoro Subordinato, in Revista di Diritto del Lavoro, Ano 20, 2001, n° 2, pág. 100.
- 6. Limiti Constituzionale allá disponibilità del tipo contrattuale nel diritto del lavoro. In ADL (Argomenti di diritto del lavoro, I. Pádua: Cedam, 1995, pág. 64.
  - 7. ADL, cit., pág. 298-299,
- 8. Apud Ariana AVONDOLA. L'indisponibilità del tipo contrattuale in sede legislativa nella nostra giurisprudenza constitucionale e in quella comunitária. In Rivista Italiana di Diritto del Lavoro, Ano XXVI, 2007, nº 2, pág. 246, nota 7.
- 9. Fonte legale e qualificazione del rapporto. In Rivista cit., Ano XVIII, 1999, nº 3, págs. 488-489.
  - 10. Op. cit., pág. 65.
  - 11. Diritto del Lavoro. Pádua: CEDAM, 2000, 6ª ed., pág. 301.
  - 12. Rivista Italiana di Diritto del Lavoro, Ano XXVI, 2007, nº 2, pág. 237.
  - 13. L'indisponibilità del tipo contrattuale in sede legislativa nella nostra giu-

risprudenza constituzionale e in quella comunitária, in Revista citada na nota anterior, págs. 246-247.

14. Saggi Giuridica. Milão, 1994, pág. 83.

15. Subordinazzione e metodi di qualificazione del rapporto. In Rivista Italiana di Diritto del Lavoro, Ano XXI, 2002, n° 2, págs. 274-278.