

Vendedoras ambulantes

ARNALDO SÜSSEKIND - DÉLIO MARANHÃO

Trabalho Autônomo. Risco da atividade empresarial.

P A R E C E R

1. AVON COSMÉTICOS LTDA expõe-nos e pergunta-nos o seguinte:

"A Consulente, como é do conhecimento público, vende os produtos de sua fabricação a milhares de pessoas físicas, denominadas revendedoras que, por sua vez revendem tais mercadorias, utilizando-se do chamado comércio domiciliar, isto é, visitando suas clientes em suas próprias residências.

Tais revendedoras pagam os impostos incidentes na sua atividade comercial, tais como o Imposto sobre Circulação de Mercadorias, Contribuição Sindical ao Sindicato do Comercio Ambulante e Taxa de Licença para comerciar à Prefeitura.

O ganho de tais revendedoras advém da diferença de preço existente entre a compra e a venda ao consumidor.

É de ser ressaltado a existência do risco assumido por elas, já que não há devolução de mercadorias, salvo é claro, na hipótese de estragos ou danos causados aos produtos durante o transporte até suas casas.

Havendo plena liberdade em sua atividade comercial, já que não está ela sujeita a horário, nem a fiscalização de qualquer espécie além da inexistência de qualquer dos pressupostos legais caracterizadores da relação subordinada, vem a Consulente solicitar o douto pronunciamento de V.Exas., no sentido da existência ou não da relação empregatícia tendo presente o sistema de vendas utilizado pela signatária, e ainda face às provas colhidas no Processo nº 1.688/82, da 6ª Junta de Conciliação e Julgamento de Porto Alegre em que figura como Reclamante Izolde Conceição da Silva e Reclamada Avon Cosméticos Ltda."

2. "Na sociedade moderna" -- escreve VINCENZO CASSI -- "distinguem-se, nitidamente, dois grandes ramos de atividade ligada à prestação de trabalho: trabalho subordinado e trabalho autônomo" (La subordinazione del lavoratore nel diritto del lavoro" (Milano, Giuffrè, 1947, pág. 106).

3. O direito do trabalho rege o contrato de trabalho stricto sensu: contrato de trabalho subordinado. E, em princípio, o que dis-

tingue o empregado do trabalhador autônomo, é o fato de ficar aquele, na execução de suas obrigações contratuais, subordinado juridicamente ao empregador.

4. Como se explica e justifica tal subordinação? Escreveu, a propósito, o primeiro signatário deste Parecer:

"O empregado exercendo um empreendimento econômico, reúne, em sua empresa, os diversos fatores de produção. Esta é, precisamente, sua função social. Desses fatores, o principal é o trabalho. Assumindo os riscos do empreendimento, como proprietário do negócio, claro que ter-lhe-ia que ser reconhecido o direito de dispor daqueles fatores cuja reunião constitui uma unidade técnica de produção. Ora, sendo o trabalho, ou melhor, a força de trabalho, indissoluvelmente ligada à sua fonte, que é a própria pessoa humana do trabalhador, daí decorre, logicamente, a situação de subordinação, em que este fica em relação a quem pode dispor do seu trabalho. De um lado, temos a faculdade do empregador de utilizar-se da força de trabalho do empregado — um dos fatores de produção de que dispõe — no interesse do empreendimento cujos riscos assumiu; de outro, a obrigação do empregado de se deixar dirigir pelo empregador, segundo os fins que este se propõe alcançar no campo da atividade econômica. Exatamente porque o trabalho é um dos fatores de produção colocado à disposição do empregador mediante o contrato de trabalho, a obrigação de prestar serviços, decorrente desse contrato, como salienta D'Eufemia, implica indeterminação do conteúdo específico de cada prestação, e, conseqüentemente, o direito do empregador de definir, no curso da relação contratual e nos limites do contrato, a modalidade de atuação concreta do trabalho: faça isto, não faça aquilo, suspenda tal serviço, inicie outro" ("Direito do Trabalho", 11ª ed., 1983, F.G.V., pág. 54).

5. Trabalhador autônomo é aquele que trabalha por conta própria: explora, economicamente, a própria força de trabalho.

6. Mas, a noção de subordinação contraposta à de autonomia não é, como pode parecer, uma noção unívoca:

"Dividem-se os contratos, considerada a autoridade que um dos contratantes exerça sobre o outro, em iguáli -

tários e subordinantes... Nos subordinantes, uma das partes deve observar as ordens ou instruções da outra. É o que sucede no mandato, na comissão, na locação de serviços "(DARCY BESSONE, "Do Contrato", Rio, Forense, 1960, pág. 120, nota 60).

7. Existe, assim, uma larga zona cinzenta que torna, muitas vezes difícil, no caso concreto, dar, ou não, por configurado o contrato de trabalho stricto sensu. Subordinação, em sentido amplo, sujeição a ordens, diretrizes, instruções e até a certo controle e fiscalização, aparece, praticamente em todas as relações econômicas, mesmo nas que não se realizam através dos chamados contratos subordinantes. O pequeno industrial ou comerciante, que dependa, economicamente, de grandes e poderosas organizações, fica, iniludivelmente, "subordinado" a estas. Daí a advertência de RENATO CORRADO:

"A noção de subordinação, pela generalidade de sua aceção e pela multiplicidade que assume na linguagem comum e na linguagem técnica, não pode ser de muita ajuda para a definição do contrato de trabalho, se não se esclarecer o sentido específico que se lhe pretende atribuir e o valor jurídico desse sentido" ("Tratato di diritto del lavoro", UTET, Torino, vol. II, 1966, pág. 246).

E daí ter escrito DEVEALI:

"Ao lado dos casos típicos... de agente comercial, existem infinitos casos intermediários difíceis de classificar. A aparente autonomia de que goza o agente pode ser pura e simplesmente uma consequência da plena confiança nele depositada... Em troca, mesmo no caso típico de agente comercial não é incomum estar sujeito a instruções bastante minuciosas quanto à forma mais oportuna de oferecer as mercadorias... São estes os casos duvidosos que nenhum legislador pode prever e cuja solução se entrega aos juizes para que os resolvam caso por caso..." ("Lineamientos de derecho del trabajo", Tip. Ed. Argentina, Buenos Aires, 1948, pág. 288).

8. Em que se traduziria, afinal, a subordinação específica que caracteriza o contrato de trabalho "stricto sensu" e a condição de empregado? Disse-o bem EVARISTO DE MORAES FILHO:

"No contrato de trabalho... a subordinação hierárquica é geral, ampla, indeterminada, de todas as horas e às vezes impresivíveis, fazendo-se sentir durante toda a execução do contrato"... "poderes de deliberação e de iniciativa pessoais... são incompatíveis com a subordinação administrativa que reside na base da relação de trabalho na empresa" ("Introdução ao Direito do Trabalho", LTr., São Paulo, 1971, pág. 275).

Dá aquela indeterminação do conteúdo específico de cada prestação, a que alude D'Eufemia, "faça isso, não faça aquilo"...

9. Dívidas poderão, no entanto, subsistir, em certos casos concretos, dada a variação concreta da intensidade da subordinação, em função da natureza da atividade exercida. Caberá, então, ao juiz procurar elementos de certeza, cuja verificação torne patente a inexistência de um contrato de trabalho "stricto sensu", pela absoluta incompatibilidade entre algum ou alguns desses elementos e aquele contrato. Ora, um desses elementos é a

assunção dos riscos da atividade exercida.

É isto exatamente porque a subordinação específica do contrato de trabalho "stricto sensu" se explica e justifica pela

assunção dos riscos do negócio pelo empregador.

10. Deixemos que falem outras vozes mais autorizadas:

"Elementos fundamentais característicos que servem para explicar respectivamente a existência e a ausência do vínculo de subordinação... são os que se referem à responsabilidade e ao risco... Enquanto na relação de trabalho subordinado o risco e a responsabilidade do resultado produtivo incumbem ao empregador... na relação de trabalho autônomo o risco e a responsabilidade incumbem ao trabalhador autônomo" (VINCENZO CASSI, "Ob. cit.", pág. 113).

"A assunção do risco do resultado por parte do empregador, exigindo lhe seja atribuída a plena disponibilidade dos meios para atingir tal fim, coloca, em certo sentido, a pessoa do trabalhador à disposição do empregador" (UBALDO PROSPERETTI, "La Posizione professionale del lavoratore subordinato", Milano, Giuffrè, 1964, pág. 61).

"A diferença de posição entre quem subordina o próprio trabalho à direção de outrem, sem assumir o risco do resultado a ser atingido, e quem dispõe do próprio trabalho, dirigindo-o a um resultado cujo risco assume, é evidente" (LUISA RIVA SANSEVERINO, "Diritto del lavoro", Cedam, Padova, 1971, pág. 46).

"Tal noção de subordinação permite distinguir... se se volta à noção da assunção dos riscos... O empregado... não suporta os riscos de sua atividade" (DURAND-VITU, "Traité de droit du travail", Paris, Dalloz, vol. II, 1950, pág. 256).

11. Ora, no caso a que se refere a Consulta, é fato inconteste:

- a) que as revendedoras realmente compram os produtos da Consulente;
- b) que os compram para revendê-los;
- c) que o fazem para obter lucro (diferença entre o preço da compra e da revenda);
- d) que o fazem por conta própria, arcando com as despesas e os riscos do negócio;
- e) que o fazem habitualmente.

12. A compra de bens móveis para revenda, habitual e por conta própria, constitui, em nosso direito, ato de comércio. E ninguém, em relação à prática do mesmo ato, poderá ser, ao mesmo tempo, comerciante e empregado, a primeira condição excluindo, lógica e juridicamente, a segunda. E, em nosso direito, quem pratica habitualmente ato de comércio, é comerciante.

13. É o que está, aliás, na lei:

"Considera-se comerciante ambulante aquele que, pessoalmente, por conta própria e a seus riscos, exerce pequena atividade comercial em via pública, ou de porta em porta" (art. 1º da Lei nº 6.586, de 06.11.78).

14. Ao que parece esqueceu-se a Junta da existência dessa lei, porque, ao que parece, exige para que alguém seja comerciante, que dis

ponha de grande capital... Já antes mesmo da Lei nº 6.586, ensinava BENTO DE FARIA que é comerciante

"O revendedor de bilheses de loteria" ("Direito Comercial", COELHO BRANCO, Rio, Vol. I, 1ª Parte, 1947, pág. 293).

15. Mas a Junta descobriu, no caso, uma simulação. Há, nos autos prova de existência de relação de emprego? Positivamente nenhuma. Onde então a simulação?

16. Diz a sentença:

"...considerando os custos decorrentes da contratação de vendedores, o sistema adotado pela empresa só tem como explicação o intento da reclamada de impedir a incidência da legislação do trabalho..."

17. Mirabile dictu! A empresa tem a possibilidade legal de vender seus produtos por meio de empregados, ou através da atividade de comerciantes revendedores. Mas não poderá escolher o caminho menos oneroso para ela... Ora, essa escolha, livre e legal nunca foi simulação. E a própria sentença reconhece que o "sistema adotado" pela Consu^lente não era o de relação de emprego...

18. Merecem ser lembradas as seguintes palavras de RENATO CORRADO:

"Antes do mais parece absurdo que um sistema que tem uma disciplina específica para o trabalho subordinado, distinguindo-o do trabalho autônomo... concedendo liberdade de escolha entre os vários meios negociais para atingir, da maneira mais apropriada, os fins econômicos, possa, sem contradizer-se, considerar fraudulenta a escolha entre os contratos de colaboração pelo critério dos custos comparativos" ("Tratato di Diritto del Lavoro", Ob. cit., vol. cit., pág. 422).

19. Por isso mesmo, como bem elucidou ANTONIO LAMARCA:

"Há um ponto, entre nós, que parece ter passado desper

cebido. É que não se pode decretar uma relação de emprego... Em outras palavras, não há fraude legal.... Se o legislador disse que não há relação de emprego, todo e qualquer que afirme o contrário é contra le - gem ("Ac. do TRT da 2ª Região, RO 4.258/75, DO do Estado de São Paulo, de 25.05.76).


20. Está claro, que não ocorreu, ainda, aos que, em raras decisões isoladas de primeira instância, tanto censuram a Consulente e tanto falam em "simulação" e "burla", que a realidade social subjacente ao problema pode ser bem diversa daquela que — generosamente e de boa fé — imaginam. Mas, ao juiz não cabe ser "generoso", nem fechar os olhos ao que se passa à sua volta. A esmagadora maioria das revendedoras, por várias razões e por vários motivos de ordem pessoal, não querem, nem podem ser empregados. Interessa-lhes, isto sim, a liberdade de ação inerente à condição de autônomas, sem a sujeição à rígida e estreita disciplina, que a prestação de trabalho subordinado supõe. Como não lhes ocorreu, por igual, o seguinte: Suponhamos que a Consulente deixasse de entregar seus produtos, para revenda, às moças e senhoras referidas naquelas decisões, e os colocasse, para revenda, em "casas especializadas no ramo". E imaginemos que essas casas, por isso, tivessem, necessariamente, que admitir novos balconistas. Haverá possibilidade de dúvida de que, em tal hipótese, o número de pessoas, a que se abria oportunidade de emprego, seria infinitamente menor que o número de moças e senhoras a quem, por entregar-lhes seus produtos para revenda, proporciona a Consulente trabalho e ganho?... E, na grande maioria dos casos, concorrendo para resolver, ou pelo menos, atenuar um dos graves problemas sociais, que vem sendo objeto de preocupação e estudos por parte da Organização Internacional do Trabalho: a ampliação do mercado de trabalho para as mulheres com responsabilidades familiares, mediante atividade que pode ser exercida, sem prejuízos desses encargos, a tempo reduzido e horário livre, e que possibilita a complementação dos respectivos orçamentos domésticos. (Cf. OIT Informe III-Parte B- Genebra, 1972, pág. 67).

21. Em face do exposto, passamos a responder à Consulta:

Não. Inexiste, no caso, relação de emprego.

É o que nos parece, s.m.j.

Rio de Janeiro, RJ, 19 de dezembro de 1983


DÉLIO MARANHÃO
OAB-RJ 2.995


ARNALDO SÜSSEKIND
OAB-RJ 2.100