

P A R E C E R

I - A CONSULTA

1. O SINDICATO DO COMÉRCIO DE VENDEDORES AMBULANTES DE SÃO PAULO solicita o nosso pronunciamento jurídico sobre o Projeto de Lei nº 4.909, de 1978, submetido ao Congresso Nacional pela Mensagem nº 130, do mesmo ano, do Poder Executivo.
2. O aludido projeto que "classifica o comerciante ambulante para fins trabalhistas e previdenciários", resultou de Exposição de Motivos encaminhada ao Senhor Presidente da República pelos Senhores Ministros do Trabalho e da Previdência e Assistência Social.
3. Em ofício enviado ao Senhor Presidente da Câmara dos Deputados, onde ora tramita o projeto, o Sindicato apresentou suas críticas aos arts. 1º, 8º e 9º, manifestando-se, no mais, favorável ao texto elaborado, que considera apenas preliminar, visto pretender, no futuro, apresentar subsídios para que seja regulada, em todos os seus aspectos, a classe de "Comerciante Ambulante".
4. Na Consulta, a entidade sindical representativa dos vendedores ambulantes de São Paulo pede a análise dos três pedidos dos artigos do projeto, bem como de qualquer outro aspecto que nos "pareça relevante para o perfeito enquadramento jurídico da matéria".

II - O PROJETO DE LEI Nº 4.909/78

5. O mencionado projeto de lei, como assinala sua ementa, apenas

"Classifica o comerciante ambulante para fins trabalhistas e previdenciários" ;

não confere qualquer novo direito aos que exercem esse comércio, tal como o fez a Lei nº 4.886, de 1965, em relação aos representantes comerciais.

6. No que tange à previdência social, o Projeto é, entre - tanto, útil e oportuno, porque estabelece mecanismo adequado, com a participação dos correspondentes sindicatos, para a inscrição e o recolhimento de contribuições do comerciante ambulante, como segurado obrigatório do Sistema Nacional de Previdência e Assistên- cia Social - SINPAS. Sublinhe-se, neste ensejo, que a qualidade de segurado obrigatório da previdência social não resultará da conversão em lei do projeto em foco, porquanto a legislação em vigor já impõe essa qualidade tanto ao titular de firma individual, como ao trabalhador autônomo (Art. 5º, nºs III e IV, da Lei nº 3.807, de 26.8.60; o mesmo artigo e incisos da Consolidação das Leis da Previdência Social (CLPS), aprovada pelo Decreto nº 77077, de 24.1.77.

7. Relativamente aos "fins trabalhistas", o Projeto pretende introduzir critérios objetivos para distinguir o vendedor-em - pregado daquele que exerce a atividade por conta e risco próprios. Mas não foi feliz na conceituação do vendedor-empregado, cuja ca- racterização excluirá a aplicação da lei especial projetada (art. 8º). Demais disto, essa relação jurídica, que deve ser aferida em cada caso concreto pela Justiça do Trabalho, resulta dos elemen - tos enunciados pelos arts. 2º e 3º da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), não sendo aconselhável, nem de boa técnica legis- lativa, introduzir, como elemento definidor, fator não cogitado pela lei geral para a configuração do contrato de trabalho. E, como veremos adiante, esse elemento não é considerado pela doutrina como essencial à relação de emprego.

8. Por outro lado, o Projeto, visando a tornar mais objetiva a separação entre os comerciantes ambulantes (para os fins do art. 2º) e os vendedores-empregados (para os fins do art. 8º), a- tribui a órgãos do Poder Executivo a especificação periódica das atividades cujo exercício corresponderá aos primeiros (art. 9º), o que se atrita, a nosso ver, com a competência constitucional do Poder Judiciário, especialmente da Justiça do Trabalho, para decidir, em litígios individuais, qual a relação jurídica estabeleci- da.

III - TRABALHO SUBORDINADO, PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS AUTÔNOMOS E ATIVIDADE COMERCIAL

9. A prestação de serviços pode corresponder a trabalho subordinado ou a trabalho autônomo. A atividade comercial se caracteriza pela prática de ato de comércio e não pela prestação de serviços; mas, quando exercida pelo próprio comerciante, sem empregados, apresenta pontos de contato com a atividade profissional do trabalhador autônomo, pois tanto este como aquele assumem o risco do empreendimento realizado. A assunção do risco, entretanto, é absolutamente incompatível com a condição de empregado, o qual presta serviços juridicamente subordinado ao respectivo empregador.

10. Como se infere, a subordinação jurídica do trabalhador ao empregador e a assunção do risco pelo empreendedor da atividade econômica ou profissional constituem os elementos fundamentais para se distinguir entre o empregado e o trabalhador autônomo ou o pequeno comerciante que realiza pessoalmente os atos do comércio.

11. Conforme escreveu o 2º signatário deste parecer,

"sendo o trabalho, ou melhor, a força do trabalho, indissolivelmente 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 uma 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", Rio, 5a. ed., 1977, págs. 56/7).



Todavia, o contrato de emprego não é o único do tipo subordinante, existindo outras modalidades contratuais nas quais uma das partes deve observar as ordens ou instruções da outra, como, por exemplo, no mandato, na corretagem ou intermediação de negócio etc (Cf. DARCY BESSONE, "Do Contrato", Rio, Forense, 1960, pág.120, nota 60). Aliás, a subordinação aparece mesmo no exercício da atividade do representante comercial, consoante o estatuído na Lei nº 4.886, de 1965.

12. Certa, portanto, a advertência de RENATO CORRADO

"A noção de subordinação, pela generalidade de sua acepção 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 pretenda atribuir e o valor jurídico desse sentido" ("Tratato di diritto del lavoro", UTET, Torino, vol. II, 1966, pág.246).

13. E qual o sentido específico da subordinação no contrato de trabalho?

Em página considerada exemplar por alguns juristas brasileiros, escreveu PAUL COLIN:

"Por subordinação jurídica entende-se um estado de dependência real criado por um direito, o direito do empregador de comandar, dar ordens, donde nasce a obrigação correspondente para o empregado de se submeter a essas ordens. Eis a razão pela qual chamou-se a esta subordinação de jurídica, para opô-la principalmente à subordinação econômica e à subordinação técnica que comporta também uma direção a dar aos trabalhos do empregado, mas direção que emanaria apenas de um especialista. Trata-se aqui, ao contrário, do direito completamente geral de superintender a atividade de outrem, de interrompê-la ou de suscitá-la à vontade, de lhe fixar limites, sem que para isso seja necessário controlar continuamente o valor técnico dos trabalhos efetuados. Direção e fiscalização, tais são então os dois polos da subordinação jurídica" (Apud EVARISTO DE MORAIS FILHO, "Tratado Elementar de Direito do Trabalho", Rio, Freitas Bastos, vol.I, 1960, págs. 381/2).

14. A CLT reconhece explicitamente o poder de comando do empregador (também denominado poder hierárquico e que se exerce através dos poderes diretivo e disciplinar), quando prescreve que, assumindo os riscos da atividade econômica, incumbe-lhe admitir e dirigir a prestação pessoal de serviços (art. 2º). Por sua vez, define empregado como a

"pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário" (art. 3º).

Na opinião unânime da doutrina brasileira, a dependência a que alude a CLT é de índole hierárquica e decorre da subordinação jurídica em que o empregado se coloca, por força e nos limites do contrato, frente ao poder de comando do empregador.

15. Dúvidas 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.

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

assunção dos riscos do negócio pelo empregador.

16. Ouçamos 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, "La subordinazione del lavoratore nel diritto del lavoro", Milano, Giuffrè, 1947, 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" (LUÍSA 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) ;

"O essencial no contrato de trabalho não é tanto a relação de dependência, mas que o trabalho se execute por conta alheia, isto é, para um terceiro que assume o risco e garante a remuneração" (Decisão do Supremo Tribunal da Espanha, Sala 6a., de 4.12.67, citada por ALONSO OLEA, "Derecho del Trabajo", Madrid, Universidad de Madrid, 1971, pág.5).

17. Destarte, quem presta, por conta própria, serviços a terceiros não pode ser conceituado como empregado, pois realiza o seu trabalho sem subordinação jurídica a empregador e assume, ele mesmo, os riscos da atividade exercida. Daí a definição adotada pela Lei nº 5.890, de 1973, considerando

"trabalhador autônomo - o que exerce habitualmente, e por conta própria, atividade profissional remunerada" (art. 4º, alínea c) ,

ao qual equipara, apenas para fins de previdência social, outros grupos de trabalhadores, como os avulsos portuários, os chamados "biscateiros" etc.

18. O comerciante ambulante, tal como o trabalhador autônomo, assume o risco da atividade empreendida. Mas a atividade do segundo, conforme enfatiza a doutrina e registra a definição legal acima transcrita, corresponde à prestação de serviços remun-

remunerados. Já a atividade do comerciante ambulante corresponde à prática habitual de atos de comércio.

19. No conceito de VIDARI, citado por GASTÃO MACEDO,

"são atos de comércio todos aqueles que representem uma modificação entre produtores e consumidores, para facilitar a circulação das riquezas, com intuito de lucro" ("Curso de Direito Comercial", Rio, Freitas Bastos, 1956, pág.20),

sendo que, em face do direito brasileiro,

"Comerciante é todo indivíduo, civilmente capaz, que exerce, habitualmente, o comércio em nome e por conta própria" (GASTÃO MACEDO, ob. cit., pág.29).

20. No mesmo sentido, pondera BENTO DE FARIA:

"No sistema do nosso direito, se o comércio é constituído por um conjunto de atos e operações comerciais, há de ser considerado comerciante aquele que, sendo capaz, se entrega à prática desses atos, habitual e profissionalmente, em seu próprio nome, com o fim de lucro" (BENTO DE FARIA, "Direito Comercial", Coelho Branco, Rio, vol.I, 1ª.Parte, 1947, pág.267).

E RIBAS CARNEIRO ressalta que a condição de comerciante

"deriva de uma questão de fato, não depende de certificados ou diplomas" (RIBAS CARNEIRO, "Curso de Direito Comercial", Coelho Branco, Rio, 1938, pág.50).

Por tais fundamentos, os revendedores ambulantes não estão enquadrados no "Código de Atividades do Imposto Sobre Serviços" (ISS- Tabela I) e sim no "Código de Atividades da Taxa de Licença Para Localização, Funcionamento e Instalação" (Tabela II), no grupo alusivo ao "Comércio varejista ambulante". E, dirimindo dúvida a respeito de revendedores a domicílio de determinado produto industrializado, resolveu a Secretaria de Finanças do então Estado da Guanabara, em 2 de março de 1973:



"Os revendedores autônomos são comerciantes va registados que praticam atos de comércio por sua conta e em seu nome, mantendo com a... rela - ções exclusivamente de clientela, ficando su jeitos aos encargos fiscais decorrentes de suas atividades".

23. Nem se diga que a circunstância de não possuírem estabelecimento, empregados e considerável capital pode transformar os vendedores ambulantes, no plano jurídico, em trabalhadores autônomos. Ouçamos, uma vez mais, os doutos:

"Não é essencial que a profissão seja notória. Pode ser exercida sem estabelecimento franqueado ao público, sem anúncios e reclamos" (J. X. CARVALHO DE MENDONÇA, "Tratado de direito comercial brasileiro", Freitas Bastos, Rio, vol.II, 1963, pág.97).

"Só é comerciante quem pratica habitual e profissionalmente o comércio... Indiferente... não tenha armazém, loja ou estabelecimento aberto ao público" (WALDEMAR FERREIRA, "Tratado de direito comercial", Saraiva, São Paulo, vol.2º, 1960, pág.41).

"O modestíssimo botiquineiro de humilde parada de estrada de ferro, que, oferecendo à sua escassa freguesia um ralo café, faz disso profissão habitual, tem, por lei, a condição de comerciante, tal como o opulento banqueiro instalado... em suntuoso escritório..." (RI - BAS CARNEIRO, "Ob.cit", pág.cit.).

Não nos esqueçamos, a propósito, que é comerciante

"o revendedor de bilhetes de loteria autorizada" (BENTO DE FARIA, ob.cit., vol.I, pág.293).

24. Aliás, a noção de pequeno comerciante, já contida no art. 141 da Lei de Falências, foi objeto do Decreto-lei nº 486, de 3 de março de 1969, regulamentado pelo Decreto nº 64.567, de 22 de maio do mesmo ano, que se refere a

"quem exerce... atividade em que predomina o próprio trabalho" e

"tenha efetivamente empregado, no negócio, capital não superior a vinte vezes o valor do salário mínimo".

E o mesmo Decreto-lei, no parágrafo único do seu art. 1º, dispensa o pequeno comerciante da obrigatoriedade da escrituração de livros fiscais - preceito que o art. 3º do Projeto de Lei nº 4909/78, ora em estudo, manda aplicar ao comerciante ambulante.

25. Feitas estas considerações, passemos ao exame dos três dispositivos do referido Projeto criticados pelo Sindicato consulente no ofício que enviou à Câmara dos Deputados.

IV - O ART. 1º DO PROJETO

26. Estabelece o Projeto submetido ao Congresso Nacional pelo Poder Executivo:

"Art. 1º. É obrigatória a inscrição do comerciante ambulante como segurado da Previdência Social, na categoria de trabalhador autônomo".

27. De logo, cumpre ponderar que, por uma questão de técnica legislativa, o art. 2º, que dispõe sobre o conceito de "comerciante ambulante", deveria ser o 1º, seguindo-se-lhe o atual art. 3º, que isenta esse revendedor da obrigação de manter escrituração em livros ou papéis adequados. A inscrição na Previdência Social deveria ser tratada no art. 3º, mesmo porque os respectivos procedimentos são objeto dos arts. 4º e 5º.

28. A compulsoriedade da filiação do comerciante ambulante ao sistema da Previdência Social é inquestionável e decorre de normas legais vigentes, como assinalamos no parágrafo 6 deste parecer. A novidade consubstanciada no art. 1º do Projeto está em que ele deve ser enquadrado

"na categoria de trabalhador autônomo".

29. Ora, como procuramos evidenciar, o trabalhador autônomo se caracteriza pela prestação habitual, por conta própria, de serviços remunerados; o comerciante ambulante, pela prática de atos de comércio, em seu nome (revenda de produtos adquiridos, com finalidade lucrativa). O ponto de contato é que ambos assumem os riscos da atividade profissional ou econômica empreendida; mas esse fator apenas deve ser invocado para distingui-los do empregado,



isto é, do trabalhador que presta serviços juridicamente subordinado ao empregador.

30. Correta, portanto, a crítica do Sindicato no sentido de que

"O artigo primeiro deve referir-se a "categoria de firma individual" ou a "categoria de vendedor autônomo" e não a "categoria de trabalhador autônomo", pois o conceito de trabalhador autônomo, fundamenta-se "prestação de serviços" o que evidentemente conflita e é contraditório com o conceito de pequeno comerciante, o ambulante que não presta serviços, não recebe uma remuneração, mas corre o risco da atividade comercial e tem na realidade um lucro ou sofre um prejuízo como resultado dessa atividade comercial".

31. Melhor seria que o projeto estatuísse:

"Art. 1º. A inscrição do comerciante ambulante, como segurado obrigatório da Previdência Social, dar-se-á na categoria de titular de firma individual ou de vendedor autônomo".

32. Se, entretanto, a inscrição na categoria de trabalhador autônomo objetiva facilitar a mecânica operacional do recolhimento das contribuições, por isso que os comerciantes ambulantes não possuem estabelecimento, nem escrituração - a solução conveniente, sob o prisma jurídico, seria a de equipará-los, para esse fim, ao trabalhador autônomo. Essa orientação foi adotada pela Lei nº 3.807, de 1960, que equiparou aos trabalhadores autônomos, para os efeitos da Previdência Social,

"os empregados de representações estrangeiras e os dos organismos oficiais estrangeiros ou internacionais que funcionem no Brasil, salvo se obrigatoriamente sujeitos a regime próprio de previdência" (§ 1º do art. 5º).

33. Nessa hipótese, o atual art. 1º, que deveria ser o art. 3º (v. § 27 deste parecer), poderia ter a seguinte redação:

"Os comerciantes ambulantes serão equiparados aos trabalhadores autônomos para os efeitos dos direitos e obrigações de segurado obrigatório da Previdência Social.

Parágrafo único. Para a inscrição como segurado, não será exigida dos comerciantes ambulantes a comprovação do pagamento do Imposto Sobre Serviços".

V - OS ARTS. 8º e 9º DO PROJETO

34. Visando a excluir os vendedores ambulantes empregados do âmbito de aplicação da lei, prescreve o projeto:

"Art. 8º. Não se considera comerciante ambulante, para os fins desta Lei, aquele que exercer suas atividades em condições que caracterizem a existência de relação de emprego com o fornecedor dos produtos, como no caso de venda, com exclusividade, de produtos em consignação tabelados pelo fornecedor, mediante comissão e prestação de contas periódica, ou sob outras modalidades análogas, conforme se dispuser em regulamento.

Parágrafo único. Os vendedores ambulantes de que trata este artigo consideram-se empregados do fornecedor dos produtos, para todos os efeitos trabalhistas e previdenciários. "

"Art. 9º. Para os fins desta Lei, especialmente dos arts. 2º e 8º, os Ministérios do Trabalho e da Previdência e Assistência Social especificarão, periodicamente, em ato conjunto, as atividades consideradas como de comércio ambulante".

35. Criticando essas disposições, o Sindicato Consulente aduziu as seguintes considerações, no citado ofício enviado à Câmara dos Deputados:

"O artigo 8º merece reparo em dois aspectos :
- O primeiro, evidentemente de suma gravidade, é o da inconstitucionalidade da frase final "ou sob outras modalidades análogos conforme se dispuser em regulamento" frase esta que além de claramente inconstitucional, já que tem "delegação de poderes", permitindo ao Poder Executivo alterar, sem limites os pressupostos da "relação de emprego", claramente estabelecidos na Consolidação das Leis do Trabalho, contém ainda os riscos apontados na breve análise ao artigo 9º abaixo:

- O segundo é do acréscimo da frase "como no caso de venda, com exclusividade, de produtos em consignação, tabelados pelo fornecedor

mediante comissão e prestação de contas pe -
riódicas".

Com efeito, esse acréscimo pretendido pelo projeto: se não é exemplificativo, altera substancialmente matéria pacífica, já consagrada na Consolidação das Leis do Trabalho, qual seja a definição dos pressupostos da " relação de emprego", como evidentes conseqüências imprevisíveis: e, se por outro lado, é meramente exemplificativo, serviria tão somente para trazer dúvidas, fugindo à boa técnica legislativa".

.....

"O artigo 9º oferece sérias preocupações pois, data-venia da opinião da Comissão de Constituição e Justiça que, conforme notícias dos periódicos, parece ter aceito a sua constitucionalidade, representa em verdade uma delegação de poderes, claramente inconstitucional. Propomos assim a sua eliminação.

Com efeito, além da invasão mencionada, quando da referência ao artigo 8º acima, pois já define os pressupostos da "relação de emprego", não cabendo assim a qualquer órgão do Executivo fazê-lo, mas apenas ao Poder Judiciário reconhecer ou não a sua existência nos casos concretos o deferimento dessa definição aos órgãos do Poder Executivo torna este artigo inconstitucional, trazendo ainda o que é de extrema gravidade, enorme intranquilidade para aqueles aos quais o projeto se dirige, pois não saberão nunca se e por quanto tempo serão tidos como comerciantes ambulantes ou empregados."

36. Conforme ponderamos na Parte III deste parecer, a subordinação jurídica do trabalhador àquele que, dirigindo a prestação pessoal dos serviços contratados, paga-lhe os correspondentes salários e assume os riscos da atividade empreendida, é que caracteriza a relação de emprego. Se os mesmos serviços forem prestados por conta e risco do próprio executante, tratar-se-á de um trabalhador autônomo. Se, entretanto, a atividade caracterizar ato de comércio, praticado por quem assume o risco da revenda dos respectivos produtos, estaremos frente a um comerciante.

37. É certo que a relação jurídica formalmente estabelecida pode corresponder a uma simulação em fraude à lei. Mas só o Poder Judiciário, no exame de cada caso concreto tem a possibilidade de decidir, pela aferição dos elementos fáticos comprovados, se, na espécie, existe, ou não, um contrato de trabalho subordinado. Essa aferição, como reiteradamente tem afirmado a Justiça do Trabalho, é feita à luz dos fatores enunciados nos arts. 2º e 3º da

CLT, esteiando-se no art. 9º da mesma Consolidação a sentença denegatória da natureza jurídica da relação formalmente ajustada pelas partes.

38. Entre esses fatores, não se inclui, porém, a circunstância de alguém vender, com exclusividade, produtos de determinada empresa, tal como prevê o questionado art. 8º do Projeto em tela. A própria Lei nº 4.886, de 1965, que regula a atividade dos representantes comerciais, não empregados, admite a exclusividade da representação contratada em favor do representado (art. 27, alínea i).

39. O importante, como já assinalamos, é verificar se o vendedor ambulante assume os riscos da atividade econômica realizada ou se essa atividade é prestada sob a direção da empresa fornecedora dos respectivos produtos, à qual ele se encontra juridicamente subordinado, ainda que em virtude do contrato realidade de que nos fala MÁRIO DE LA CUEVA.

40. Acórdãos de várias épocas têm concluído, a respeito:

"Quando o risco do trabalho incumbe ao prestador e este percebe não em razão do serviço, mas do resultado, o contrato é de mediação e o prestador é um agente autônomo de comércio.

Se o locador assume o risco da sua atividade, loca não o trabalho mas o seu produto útil, se o locatário nada pode reclamar se o mediador fica inativo, alheando-se do negócio, não se obrigando a qualquer nível de produção, - a hipótese será de mediação, de locação de obra, em que, na expressão de Orozimbo Nonato, o traço de subordinação se dilui e evapora" (Ac. do TST no proc. 1.188/49; Min. EDGARD DE OLIVEIRA LIMA, rel.; D.J. de 10.10.51).

"O revendedor de jornais e revistas, proprietário da banca e dono do ponto, estabelecido em nome próprio, trabalhando sem dependência econômica, sem subordinação hierárquica, recebendo mercadorias com preços fixos e estabelecidos segundo praxe universal, com horário por ele próprio fixado, podendo revender outros produtos e bilhetes de loteria, com liberdade de contratar seus auxiliares, com o risco do negócio, de cujos lucros não participa a Reclamada, pagando impostos e energia elétrica, é um pequeno comerciante, por isso mesmo sem vínculo empregatício com o distribuidor de jornais e revistas" (Ac. do TRT da 3a.R., 2a.

T., de 13.8.69, no RO-1.253/69; Juiz ODILON RODRIGUES DE SOUZA, rel.; LTr, São Paulo, 1970, pág.816);

"Havendo trabalho permanente, salário e subordinação, existe contrato de trabalho, nulo sendo o contrato de empreitada, feito para mascarar aquele no curso da sua execução" (Ac. do TRT da 1a.R., de 21.6.72, no RO-1.157/72; Juiz AMARO BARRETO, rel; LTr, 1973, pág.168);

"Vendedores ambulantes, trabalhando sem horário, fiscalização e pagamento estabelecidos pela empresa industrial produtora, não são empregados" (Ac. do TFR, Pleno, de 12.9.72, no AP - 31.135; Min. AMARÍLIO BENJAMIN, rel; LTr, 1973, pág.53);

"O vendedor ambulante que, em uniforme da empresa, carrocinha por ela fornecida, mediante comissão, vende, na rua, seus produtos e lhe presta contas diariamente, integrando-se em um sistema de trabalho por equipe, centrifugamente dispersa, é seu empregado, para todos os efeitos legais" (Ac. do TST, 3a.T., de 13.9.73, no RR-1.193/73; Min.C.A. BARATA DA SILVA, rel; Rev. do TST, Brasília, 1974, pág. 322);

"Relação de emprego que não se reconhece, por serem as reclamantes, segundo as provas dos autos, "costureiras - autônomas", inexistindo relação de emprego, face à ausência de subordinação e da obrigação de produzir. Não desnatura o trabalho "autônomo", o controle da qualidade do serviço realizado, para o seu pagamento" (Ac. do TFR, 1a.T., no RO-1.911; Min. LAFAYETE GUIMARÃES, rel.; D.J. de 2.4.76).

41. Como se vê, em nenhum aresto foi invocada a exclusividade como elemento definidor da relação de emprego. É que tanto pode haver comerciante ambulante que venda produtos de uma só empresa industrial, como empregado que trabalha para mais de um empregador. Aliás, focalizando a hipótese, decidiu a CORTE DE CASSAÇÃO francesa, por sua Câmara Social, que são "comerciantes independentes" e, não empregados, os que compram determinado produto da sociedade distribuidora,

"para revender à clientela ao preço fixado pelo Poder Público",



ainda que vinculados a

"um contrato de aprovisionamento exclusivo",

desde que

"não percebem qualquer remuneração, mas obtêm um lucro comercial equivalente à margem entre o preço de compra e o preço de venda" (Cf. GÉRARD LYON-CAEN e JEAN PÉLISSIER, "Les Grands Arrêts de Droit du Travail", Paris, Sirey, 1978, pág.5).

42. Desaconselhável, destarte, como pretende o art. 8º do Projeto, que se afirme, em tese, a existência de relação de emprego pela conjugação de elementos não referidos no conceito legal de empregado. E mais desaconselhável ainda, porque flagrantemente inconstitucional, a delegação de competência ao Poder Executivo, constante do mesmo artigo, in fine, para dispor em regulamento sobre "outras modalidades análogas" de relação de emprego entre o revendedor ambulante e o fornecedor dos produtos.

43. Vale transcrever, a propósito, a advertência de MARIO DEVEALI, no sentido de que, 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).

44. A venda, com exclusividade, de produtos de determinada empresa industrial ou distribuidora; o tabelamento dos respectivos preços e o recebimento de bens em consignação, para revenda à clientela - não são fatores determinantes da relação de emprego, nem, a fortiori, desconfiguradores da atividade comercial por



conta própria. O "modo de ser" do exercício da atividade, revelando a subordinação jurídica do prestador dos serviços a quem lhe paga os salários (qualquer que seja a forma da retribuição), dirige a prestação desses serviços e assume os riscos do empreendimento é que indica a existência da relação de emprego. E a Justiça do Trabalho, por força do preceituado no art. 142 da Constituição Federal, compete decidir, nos termos da lei, se nos casos que lhe são submetidos há, ou não, relação de emprego:

"A competência para definir a relação de emprego é da Justiça do Trabalho" (Ac.do TST, la.T, de 21.11.73, no RR-2.263/73; Min. RIBEIRO DE VILHENA, rel.; Rev.-TST, 1974, pág.323).

45. Daí a inconstitucionalidade da delegação de competência consubstanciada na parte final do precitado art. 89:

"... ou sob outras modalidades análogas, conforme se dispuser em regulamento".

46. Quem aprova regulamento é o Presidente da República e só o pode fazer para a fiel execução de lei:

"Art. 81. Compete privativamente ao Presidente da República:

.....
 III - sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, expedir decretos e regulamentos para a sua fiel aplicação;
"

47. Ora, o art. 69 da Carta Magna, depois de enunciar que o Legislativo, o Executivo e o Judiciário são os poderes da União, harmônicos e independentes, estatuiu:

"Parágrafo único. Salvo as exceções previstas nesta Constituição, é vedado a qualquer dos poderes delegar atribuições;....."

48. Desnecessário sublinhar que a Constituição não prevê exceção para a hipótese em exame e que o conceito de empregado há de ser estabelecido em lei atinente ao Direito do Trabalho, ante

ante o disposto nos arts. 8º, nº XVII, e 43 do mesmo diploma. Conforme o magistério de PONTES DE MIRANDA,

"Se as regras jurídicas são, a priori, regras de lei, isto é, regras que somente se poderiam, a priori, editar em lei, claro é que permitir ao Poder Executivo ou ao Poder Judiciário, ou a qualquer outra entidade a edição de tais regras seria delegar poder legislativo" ("Comentários à Constituição de 1967", Rio, Rev. dos Tribunais, 2a.ed., 1970, vol.I, pág.568).

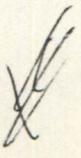
49. Por conseguinte, propomos que, eliminado o parágrafo único, seja dado ao art. 8º do Projeto a seguinte redação:

"Art. 8º. Não se considera comerciante ambulante aquele que exercer suas atividades em condições caracterizadoras da relação de emprego com o fornecedor dos produtos, nos termos da Consolidação das Leis do Trabalho".

50. Para o fim de se saber se o exercente de determinada atividade profissional ou econômica deve ser enquadrado na hipótese do art. 2º (comerciante ambulante) ou na do art. 8º (empregado), o art. 9º do Projeto determina que os Ministérios do Trabalho e da Previdência e Assistência Social especifiquem,

"periodicamente, em ato conjunto, as atividades consideradas como de comércio ambulante" (grifos nossos).

51. A impropriedade jurídica dessa proposição é gritante. Como já acentuamos, com esteio na doutrina e na jurisprudência, não é a natureza da atividade econômica ou profissional que esclarece se quem a realiza é um empregado, um trabalhador autônomo ou um pequeno comerciante. O que tem relevo para essa distinção é a maneira pela qual ela é exercida. Daí porque os elementos fáticos revelados em cada caso concreto é que possibilitam à Justiça do Trabalho decidir, com base nos arts. 2º e 3º da CLT, se existe, ou não, relação de emprego. Ora, esses elementos não dependem do tipo da atividade econômica ou profissional empreendida.



52. Recorde-se, por oportuno, que a Justiça do Trabalho vem decidindo, acertadamente, que:

- a) são empregados os vendedores ambulantes de sorvetes e chocolates produzidos por determinada empresa ;
- b) não são empregados os que fazem a intermediação da venda de determinado produto alimentício, bem como sua distribuição a domicílio ;
- c) não são empregados os revendedores ambulantes de cosméticos e perfumes de certa empresa.

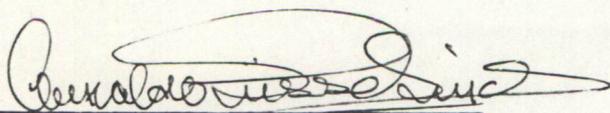
53. Como se vê, a atividade econômica concernente à venda de produtos alimentícios em logradouros públicos ou a domicílio (hipóteses das alíneas a e b supra) tem sido executada tanto por empregados como por comerciantes ambulantes. Declarar, como pretende o Projeto, que certas atividades serão "consideradas como de comércio ambulante", significa negar, a priori, a existência da relação de emprego quando o trabalhador prestar serviços, com os requisitos do art. 3º da CLT, àquele que assumiu os riscos do empreendimento, numa das atividades previamente catalogadas pelos Ministérios do Trabalho e da Previdência e Assistência Social . Convenhamos que isso constitui um verdadeiro paradoxo jurídico.

54. O certo, como já foi sublinhado, é que a relação de emprego seja, ou não, afirmada pela Justiça do Trabalho, à luz das normas legais aplicáveis, no exame de cada caso concreto, o que, obviamente, independe do tipo da atividade econômica ou profissional realizada.

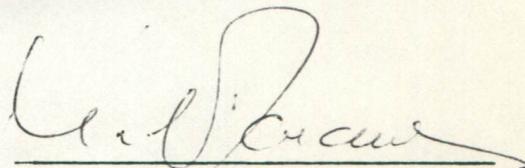
55. O art. 9º deve, portanto, ser suprimido do Projeto.

SMJ, é o que nos parece.

RIO DE JANEIRO, 10 de JULHO de 1978



ARNALDO SUSSEKIND
(OAB-RJ/2.100)



DELIO MARANHÃO
(OAB-RJ/2.995)