

DISTRIBUIDORES DE PANFLETOS E CONTRATO DE TRABALHO

Luiz Otávio Linhares Renault*

“No tempo do homem, o passado é tempo cumprido, irrecuperável. Em relação a ele, só o perdão e o esquecimento são possíveis.” J.J. Calmon de Passos.

1. INTRODUÇÃO

No Brasil, algumas coisas são de ontem e são de hoje. Vistas no horizonte, descortinam a eternidade.

Como dizia Carlos Drummond de Andrade, chegam a causar preguiça.

Exemplifica-se com a burocracia, que serpenteia nossos passos, no dia a dia. Se no passado foi imensa, hoje ainda é grande, ou melhor, é enorme.

Na solução dos conflitos trabalhistas ela revela-se gigantesca, a ponto de estar sendo apontada como entrave à modernidade e ao desenvolvimento.

O Estado, que mal consegue caminhar com seus próprios pés, ainda monopoliza a solução das controvérsias entre empregados e empregadores.

Não existe sequer uma válvula de escape. Os sindicatos, acuados pelo desemprego e pelo fenômeno atual, perverso e inverso da desindicalização, recuam, onde poderiam avançar.

Na esfera judicial, a burocracia está também por toda parte.

Na cognição, anula-se o processo, por causa de fila de elevador¹.

Em execução, a fraude desafia prova cabal e só quem participou do processo de conhecimento responde pelo débito trabalhista², ainda que envolva salário, alimento do trabalhador e de sua família.

Em um e em outro caso, como nos demais, independentemente das partes e da natureza dos interesses envolvidos no litígio, quando em grau de recurso, todos os processos precisam receber parecer do Ministério Público do Trabalho, antes de ir a novo julgamento.

No plano do direito material as coisas não são muito diferentes.

Existem normas e normas...

Algumas desnecessárias, como o artigo 399, da CLT. Qual empresa estaria preocupada em receber “diploma de benemerência” do Ministro do Trabalho?

Outras mal redigidas, que nada ou muito pouco dizem, como o artigo 442, da CLT.

* Juiz do TRT da 3ª Região e professor adjunto da Faculdade de Direito Milton Campos.

¹ São inúmeras as decisões dos Tribunais Trabalhistas que admitem o atraso à audiência por causa da fila do elevador e anulam sentenças de primeira instância.

² Enunciado n. 205/TST, cujo teor é o seguinte: “O responsável solidário, integrante do grupo econômico, que não participou da relação processual como reclamado e que, portanto, não consta no título executivo judicial como devedor, não pode ser sujeito passivo na execução.” O mesmo princípio está também na parte final do item IV, do En. n. 331/TST.

Finalmente, poucas parecem eternas, como o artigo 3º, da CLT, apesar dos abalos sísmicos pelos quais vem o emprego passando.

Sainte-Beuve, precursor do gênero intimista, dizia que para aprender a escrever bem a língua francesa é necessário ler o Código Civil Francês de 1804 - *Le code Napoléon* - cognominado, na época, de oitava maravilha do mundo.

Naquele tempo, enquanto Stendhal rendia homenagens ao estilo dos juristas, recomendando também a leitura diária do mesmo Código Civil, Madame de Stäel afirmava que a Bíblia é plena de poesia.

Mas o Código Civil Brasileiro também enfeixa estilo vigoroso e rasgos poéticos.

A abelha, por exemplo, segundo o artigo 593, inclui-se dentre as “coisas sem dono”, sujeitas à “apropriação”.

Quem desejaria, nos dias que se vão, apropriar-se de uma abelha, considerada “sem dono”, por estar livre, voando no céu?

A linguagem concisa e sóbria do nosso Beviláqua invade de maneira romântica o mesmo dispositivo legal, quando em seu inciso IV proclama como passíveis de apropriação:

“As pedras, conchas e outras substâncias minerais, vegetais ou animais arrojadas à praia pelo mar, se não apresentarem domínio anterior.”

Considerando-se que se trata de uma norma jurídica, existe, por acaso, imagem mais bonita? E a justeza com que foi utilizado o verbo “arrojar”?

Ainda no Livro II, que versa sobre o “Direito das Coisas”, encontra-se o artigo 544, que trata do “álveo abandonado do rio público, ou particular”.

Álveo, do latim *alveus*, significa leito do rio.

Hoje, os rios estão poluídos e os peixes, sem oxigênio, morrem e morrem, dourados de poluição, sem cumprir sua destinação sagrada.

Tudo isto nos mostra que tanto no Direito Civil - adulto e maduro - quanto no Direito do Trabalho - jovem e adolescente - as coisas acontecem da mesma forma: bem ou mal escrita, não há norma jurídica que resista à erosão do tempo, nem há intérprete que penetre na alma da lei, sem que os corações de ambos estejam abertos. Só esta união pode dar vida à norma jurídica, ao longo dos anos.

Há algumas que, esquecidas, morrem; outras há que sobrevivem, porque, penetradas pela dinâmica da vida, são a todo momento revitalizadas pelo comportamento do homem e atualizadas pelo profissional do direito.

De qualquer maneira, as que resistem à ação devastadora do tempo exigem cuidado especial: além de sua permanente humanização, torna-se indispensável que os relevos da época atual também sejam divisados.

E ao serem captados, não se pode negligenciar a advertência de Gustavo Capanema, para quem o intérprete deve sempre olhar para a lei como para a esfinge que é preciso decifrar.

2. PANFLETAGEM

Num piscar de olhos, muitas coisas mudam, no mundo dominado pelos constantes avanços científicos e tecnológicos.

A sociedade informacional já desnudou a industrial, sem a retirada dos pilares

do consumismo, que, como superestrutura social e econômica, permanecem intactos.

O programa genoma é uma realidade a desafiar valoração jurídica.

Os hábitos, os comportamentos, os costumes sofrem variações repentinas e freqüentes.

Embora a política continue a mesma, o Estado passou pelo SPA.

Enxugou-se. Está magro; anseia por ficar fino, apesar do forte apetite tributário.

Em algumas situações permanece idêntico, em outras, mudou.

O que até recentemente estava sob o seu manto absoluto - telecomunicações, petróleo - hoje pode ser de terceiros, desde que entre dinheiro em caixa.

A economia globalizada, na busca de menores salários e de mercado consumidor, põe os pés até na poeira das distantes e esquecidas cidades do interior.

O mercado tem a marca da livre concorrência: onde existe o homem, despontam compradores em potencial.

Redução de custos, produtividade, qualidade total, tempo real e consumo são palavras de ordem.

Para fazer face a esta nova era, todos se organizam.

A concorrência desafia o capital e desafia novos procedimentos, muitas vezes pouco recomendados, principalmente pelas conseqüências na esfera trabalhista.

Um dos procedimentos freqüentes, nos dias de hoje, é a "panfletagem".

Ontem o termo designava uma das formas de subversão, de desordem político-social e trazia perigos. Combatê-la constituía prioridade.

Era o tempo da repressão, da escuta clandestina, do "grampo", da "entrega", das cassações, do exílio, dos porões de tortura e da mordada.

Eram os dias negros, iluminados pela distribuição soturna e noturna de panfletos pelos mesmos estudantes, que, de dia, sem medo, enfrentavam a polícia, atirando pedras e entoando canções proibidas.

Atualmente, a ordem político-econômica não precisa mais da repressão. O capitalismo não se vê ameaçado por outras ideologias: o comunismo, sem novas propostas, ruiu e, com a queda do muro de Berlim, não ruge mais.

A crise que verdeja é a cultural, sem o menor poder de organização para luta e para mudança: ela mina as bases da sociedade, porque afeta o homem na sua sabedoria.

Nunca se produziu e se consumiu tanto, como no presente. Vivemos, já disse alguém, no reino da quantidade. O verbo mais conjugado, em todos os tempos, vozes e regimes é o verbo comprar. Em meio a este forte apelo ao consumo, recebemos diariamente dezenas de propagandas em nossas casas e nos semáforos de trânsito.

Em nossas residências o fluxo é intenso e nos sinais de trânsito o assédio é grande: dezenas e mais dezenas de panfletos são distribuídos por moças e rapazes, em alguns casos selecionados pela aparência, muitos deles vestidos com roupas ostentando logotipos identificadores das empresas, que se pretendem beneficiárias da propaganda.

Sob a ótica da Economia, o quebra-cabeças pode até estar resolvido - afinal, a propaganda é a alma do negócio.

Contudo, juridicamente, surgem problemas trabalhistas que podem refletir nos custos das empresas, sem que elas tenham atentado para essa questão.

3. RELAÇÃO DE EMPREGO

Se a nova ordem econômica trouxe para o mercado de trabalho pessoas que fazem a distribuição de panfletos, pergunta-se: são os panfletistas empregados?

Como vinha dizendo, há coisas que ficaram no passado, porque cumpriram a sua destinação. No Direito Civil, podemos exemplificar com as normas relativas às abelhas sem dono e às conchas arrojadas à praia pelo mar, que não apresentarem domínio anterior. No Direito do Trabalho, dentre tantas outras normas, desponta aquela que trata do diploma de benemerência.

Contudo, há coisas que são de ontem e são de hoje - parecem eternas.

É o caso do art. 3º, da CLT.

De tantos e inúmeros modos ele já foi lido e continua sendo interpretado que se indaga: teria ele sempre, a cada dia, uma nova face oculta pronta para se revelar?

Talvez sim, talvez não. Depende, como tantas coisas na vida, dos olhos, do coração do leitor. Afinal, mesmo para o legislador, não dizer tudo consciente ou inconscientemente pode ser um ato de sabedoria.

Todavia, para responder à pergunta sobre os panfletistas, não existe outro caminho que não sejam os subterrâneos, os supraterrâneos do artigo 3º, da CLT.

Incontáveis foram e ainda são as situações que giram em torno do eixo do citado dispositivo legal que é um vulcão em constante erupção.

Todos os que lidam com o direito do trabalho já vivenciaram muitas situações semelhantes às do panfletistas: entregadores de jornais, de revistas, de pizzas; vendedores de cotas de clubes, de planos de saúde, de sorvetes e gelados, de produtos Avon, de produtos Yacult; motoqueiros; motoristas de táxi; corretores de imóveis etc.

Que dizer do novo modelo, distribuidores de folhetos em residências e nos semáforos ou faróis de trânsito?

Avançaremos sobre o tema um pouco com olhos de ontem, cansados de tanto ver as empresas, principalmente em época de flexibilização, reduzirem seus custos em cima da precarização da mão-de-obra, desgarrada do contrato de trabalho.

Como primeiro dado analítico da questão, impõe-se centrar a nossa atenção na figura do prestador de serviços. Quem são os modernos panfletários?

Trata-se, indubitavelmente, de pessoas naturais, que trabalham pessoalmente, imprimindo à relação jurídica o caráter *intuitu personae*, revestido pela infungibilidade da prestação a ser cumprida.

Como segundo dado da análise, desponta a “não eventualidade”.

A “não eventualidade”, abrangedora da intermitência, não é aferida pelo critério da continuidade (fator-duração-prestação de serviços).

Na sua verificação, o que se deve perguntar é se o trabalho se insere ou não nos objetivos do empreendimento, perfazendo seu ciclo existencial no coração da empresa, como uma das artérias na engrenagem da produção de bens e serviços.

E a resposta vem na ponta da língua, desdobrada em outra interrogação: sim. Afinal, a propaganda não é a alma do negócio?

Releva salientar que o fator mesológico é irrelevante, pouco importando se os serviços são prestados dentro ou fora da empresa.

Aliás, uma das características da sociedade informacional são as empresas

enxutas, concebedoras e absorvedoras de mão-de-obra marcada por uma força de trabalho aparentemente sem garras, despendida extramuros, em algumas situações na residência do próprio trabalhador.

Já a subordinação jurídica é a contraface (em determinadas situações, até a face oculta) do poder diretivo da empregadora, sob a ótica subjetiva, ainda que ela se exercite apenas mediatamente sobre a pessoa física. Como uma couraça, os comandos da empregadora não ultrapassam os limites da prestação obrigacional, no campo conceptual do contrato.

Introspectivamente, isto é, um processo de sucção jurídica, a subordinação é a expressão do comportamento das partes, agindo e interagindo no cumprimento das obrigações: a empresa no comando, na direção da prestação de serviços, ainda que potencialmente; a pessoa física, através do trabalho inserido no empreendimento.

Em algumas situações, como na presente, nas quais o trabalho é de pouca valorização social e prestado nas ruas, a estrutura subordinativa se torna diluída, já que distante do controle direto e imediato da empresa.

Entretanto, como já salientado, a subordinação jurídica existe numa inserção do trabalho na estrutura sistêmica da empresa, ainda que em movimento descendente, em direção à base da sua pirâmide organizacional.

Entende a doutrina que, em determinadas situações, tendo em vista a natureza dos serviços prestados pela pessoa física, a subordinação pode até ser presumida.

G. H. Camerlynck salienta que:

“A noção de subordinação jurídica emerge com profunda clareza: no que concerne à sua caracterização, diante da infinita variedade e complexidade de situações contratuais, assim como em face das freqüentes fraudes praticadas pelo empregador, ela se revela de aplicação delicada. As situações fronteiriças de difícil confinamento referem-se especialmente a certos trabalhos agrícolas, às atividades intermediárias de profissionais, assim como aos profissionais liberais, aos médicos, aos artistas e aos peritos.”

E conclui incisivamente:

“Não há dúvida, contudo, que a natureza de certas atividades faz presumir a subordinação facilmente.”³

Flui pelo mesmo diapasão a lição moderna e atual de Bernard Teyssié:

³ No original: “La notion de subordination juridique apparaît comme très claire, en fait, devant l'infinie variété et la complexité des situations contractuelles ainsi qu'une fréquente simulation pour l'employeur, elle se révèle souvent d'une application délicate. Les zones frontières, dans lesquelles la qualification s'affirme difficile sont notamment certains travaux agricoles, les activités d'intermédiaires professionnels ainsi que les titulaires de professions libérales, médecin, artistes et experts notamment.” “Il n'est pas douteux toutefois que la nature de certains taches fasse aisément presumer la subordination.” *Le contrat de Travail*. Tome I, Deuxième édition, Paris, Dalloz, 1982, p.59.

“A subordinação varia bastante em função do posto ocupado pelo assalariado no seio da empresa e da atividade que ele exerce. Ela não poderá ter o mesmo matiz para um executivo de nível superior e para um empregado menos qualificado⁴.”

Continuando a analisar este pressuposto da relação de emprego, com a lente invertida da subordinação - isto é, nem tanto como a contraface do poder diretivo, porém sob a ótica objetiva - podemos afirmar que o vínculo de subordinação jurídica é antes de tudo revelado pela necessidade-utilidade da empresa naquele serviço prestado pela pessoa física.

No Brasil, a doutrina mais abalizada, capitaneada por Romita, é a seguinte:

“Fixando o conceito objetivo de subordinação, chega-se à assertiva de que ela 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 trabalho⁵.”

Mutatis mutandis, é mais ou menos o que diz Márcio Túlio Viana, quanto trata de assunto específico sobre a resistência, mas que se aplica aqui, haja vista que a empregadora possui o direito de modelar as prestações a serem cumpridas pelo empregado, com mãos leves, sem palavras ou ações, servindo mais de objeto modelado do que de agente modelador de obrigação.

Em suma, em se tratando de distribuidor de propaganda, o prestador de serviços é modelador de conteúdo obrigacional, salvo na origem - prestação principal - o que, de qualquer forma, atarraxa ainda mais este pressuposto da relação jurídica.

A confrontação retro-mencionada está, de certa forma, recepcionada pelo parágrafo único, do art. 456, e a respectiva intensidade, em seu relevo de altos e baixos, legitimados pelos arts. 450 e 468, parágrafo único, da CLT.

Diz o citado doutrinador que:

“Repita-se: o contrato embasa aquele direito que tem o empregador, de especificar as prestações do empregado; mas o contrato, ele mesmo, não esclarece o que o empregado deve fazer. Assim, embora ausente da criação do conteúdo do comando, o empregado participa, em termos jurídicos do ato que lhe dá origem, na medida em que se dispõe a trabalhar por conta alheia. De certo modo, ao obedecer ao patrão, ele também se obedece, no sentido de que cumpre aquilo a que se obrigou⁶.”

⁴ No original: “La subordination varie beaucoup selon la place tenue par le salarié au sein de l’entreprise e l’activité qu’il exerce. Elle ne serait avoir le même rigeur pour un cadre supérieur que pour un employé.” *Droit du Travail*, Deuxième édition, Paris, Librairie de la Court de Cassation, 1992, p. 218.

⁵ *A subordinação no contrato de trabalho*. RJ. Forense. 1979, p.82.

⁶ *Direito de resistência*. São Paulo, LTr, 1996, p.134.

Este ensinamento perfura as dobras do vínculo obrigacional, esbatendo o preconceito de que quem não recebe ordens direta e diariamente não é empregado.

Na verdade, a conformação da prestação varia de acordo com a função desempenhada pela pessoa física, sem se constituir a intensidade na sua caracterização.

Ademais, o entendimento jurisprudencial assente gera presunção favorável ao prestador de serviços, já que, havendo trabalho, a regra é que ele se deu por conta alheia e não por conta própria.

De resto, o salário representa o caráter oneroso desta relação, sendo, via de regra, pago por quem contrata a mão-de-obra, que não é necessariamente quem dela se beneficia.

Principalmente neste tipo de serviço, o *leasing* da mão-de-obra costuma estar presente.

A prestação gratuita de serviços constitui exceção, admissível em situações particularíssimas, como da Lei n. 9.608, de 18 de fevereiro de 1998, nas quais figure inequivocamente que esta foi a intenção das partes.

Toda presunção marcha para a onerosidade (arts. 10, incisos III e IV, c/c com o art. 170, da CF).

Numa visão histórica, a “panfletagem”, ontem e hoje, tem a mesma finalidade: a agitação.

Mas não param aí os seus pontos de (des)encontro. Os panfletistas do passado consumiram e os do presente também consomem o seu tempo em determinadas atividades. Os de ontem movidos por um ideal. Os de hoje por uma contraprestação pecuniária. Eles distribuem propaganda, para propagar o consumo, em troca de dinheiro, para também consumirem.

Só que isto é outra questão...

O que importa, a respeito do tema proposto, é que, no presente, a panfletagem está difundida, como um instrumento legítimo de propaganda.

Como já assinalado, a panfletagem, de ontem e de hoje, tem a mesma finalidade: a agitação. A diferença é que, no passado, o que se agitava era a ideologia política; no presente, é o mercado, a fim de que as empresas possam incrementar as suas vendas.

Ao fazerem a distribuição de suas propagandas, as empresas utilizam a mão-de-obra de pessoas físicas, que, como visto, via de regra, prestam serviços de natureza não eventual, mediante subordinação jurídica e com a percepção de salário.

Neste contexto, para o intérprete do direito do trabalho uma coisa parece inafastável: a relação de emprego dos denominados panfletistas fecha-se sobre si própria; ela se revela perfeita e acabada no seu confronto com o determinismo do surrado - mas ainda atual - art. 3º, da CLT.