

42
M 672
2012
N. 17

Pontes de Miranda

TRATADO DE
DIREITO PRIVADO

PARTE ESPECIAL

TOMO XLVII

DIREITO DAS OBRIGAÇÕES

Contrato de locação de serviços.

Contrato de trabalho

Atualizado por

Pedro Paulo Teixeira Manus

Carla Teresa Martins Romar

EDITORA  100 anos
REVISTA DOS TRIBUNAIS

Os especialistas, na época de ULPIANO, não eram considerados médicos (cf. GERHARD BESELER, *Beiträge zur Kritik der römischen Quellen*, II, 170 s.). Fragmento das XII Tábuas (9) refere-se à arte do dentista, e incrustação de ouro era considerada atividade médica. Há dúvidas quanto, ao tempo de se dar aos médicos a *extraordinaria cognitio*, ser tida como *ars liberalis* a atividade médica, por haver *artes illiberales* que dela dispunham (e. g., L. 1, §§ 2, 7 e 8, D., *de variis et extraordinariis cognitionibus et si iudex litem suam fecisse dicetur*, 50, 13). Cf. J. MARQUARDT (*Das Privatleben der Römer*, 2.ª ed., 778).

Ainda ao tempo de Constantino e ao tempo de Justiniano, os médicos e os arquitetos ainda não eram tidos como de atividade liberal; eram *artifices* (L. 1, C., *de excusationibus artificum*, 10, 66).

5. LOCAÇÃO DE SERVIÇOS E LOCAÇÃO DE OBRA (EMPREITADA). – Já falamos do contrato de empreitada (Tomo XLIV, §§ 4.844-4.851), frisando o pressuposto conceptual do resultado (§§ 4.844, 2, e 4.845, 4). Aqui apenas temos de ferir alguns pontos que a doutrina discute. Há elemento de álea, na *locatio conductio operis*, que não aparece na *locatio conductio operarum*.

O contrato de serviços e o contrato de trabalho, estrito senso, são, no Código Civil e na legislação do trabalho, contrato de direito privado. A semipublicidade não os deslocou para o direito público, a despeito de estar cercado e por vêzes invadido por algumas regras jurídicas publicísticas. O conteúdo do contrato é a atividade como tal, dirigida a determinado resultado. Daí distinguir-se da *empreitada*, em que o prestador da atividade se vincula a prestar determinado resultado. Mesmo se o locador de serviços ou o trabalhador, que tem a incumbência de determinada obra, não loca o resultado, a obra; loca a atividade, que se destina ao resultado, à obra.

A maneira pela qual se computa a remuneração de jeito nenhum atinge a natureza do contrato de serviços. A atividade médica pode ser remunerada por visitas, ou por mês, ou ano. O advogado pode exigir, no contrato, percentagem, ou mensalidade ou outra contraprestação periódica (advogado de partido). Sem razão, G. RÜMELIN (*Dienstvertrag und Werkvertrag*, 59) e PHILIPP LOTMAR (*Arbeitsvertrag*, II, 422 e 862). Também o trabalho, em si, não distingue o contrato de serviços e o de empreitada. A qualquer atividade se pode exigir que só se considere adimplida a dívida se se obteve o resultado, e então há *locatio conductio operis*; como qualquer pessoa, a quem importe o resultado, pode preferir a remuneração dos serviços, a *locatio conductio operarum*.

Seria errôneo considerar-se independente a atividade de quem se vincula a obra, ao resultado, e dependente a atividade de quem presta serviços. Os serviços são, quase sempre, porém não sempre, dependentes; a obra, quase sempre, porém não sempre, independente.

Se o serviço é prestado a terceiro, como é o caso do barbeiro, ou do cabeleireiro, ou do alfaiate, que é empregado da empresa, quem exerce a atividade presta ao cliente obra e à empresa, serviço. A relação jurídica entre o empregado e o empregador é inconfundível com a relação jurídica entre o cliente e a empresa, e não há relação jurídica entre o empregado e o cliente. Salvo se a empresa explicita que apenas dá aos que trabalham o lugar e as instalações, mediante aluguer ou quota nos lucros. A relação entre os que trabalham e a empresa pode, até, ser de sociedade, ou de parceria, ou de locação de sala, a cada um dos que trabalham ou em comum. Não há conceito *a priori*.

O que promete obra deve o *resultado*. O que promete serviço, ou trabalho, deve a *atividade* mesma. Nunca se há de confundir a *locatio conductio operarum*, locação de serviços, com a *locatio conductio operis*, locação de obra ou empreitada. Quem contrata levar à estação os caixões e as malas, deve o resultado. Quem trabalha para quem contratou isso, ou para quem quer o transporte, prometeu a atividade, e não o resultado. Quem promete a atividade que dê o resultado que se colima não prometeu atingi-lo. Se A contratou com B e C levar o automóvel, que não anda, até o pôsto onde há serviço de consertos, é contraente de *locatio conductio operis*; se, em vez disso, oferece *x* a B e C, por hora, para que o empurrem, deve *x* se no fim de uma hora não se alcançou o pôsto, porque B e C prometeram atividade, e não resultado. B e C não prometeram se no fim de uma hora não se alcançou o pôsto, porque B e C não acreditassem. O contraente A suportou o risco, ao passo que, na *locatio conductio operis*, quem corre o risco é o empreiteiro. A distinção foi e continua de grande importância, razão por que não se pode deixar de atender ao conteúdo mesmo dos dois conceitos.

No contrato de locação de serviço, inclusive no contrato de trabalho, o *tempo* é elemento de tóda a relevância, não o *resultado* da atividade. Pode dar-se que se meça o tempo pelo que se há de fazer, mas, ainda aí, o tempo não se elimina diante da obra (*e. g.*, a empresa permitiu que o trabalhador desenhasse em casa o projeto, calculado em dois dias o trabalho), tanto assim que, se não se conclui, como se esperava, o tempo passa a ser único elemento.

Quem se vincula a regar o jardim de outrem, ou a fazer a poda das árvores, presta obra, e não serviço. Não se torna contrato de serviço se se calculou o tempo em que se faria a rega ou o podamento, tanto mais quanto não pode desvincular-se antes de terminar o que prometeu.

As *cooperações e ajudas* são contratos de serviço, salvo se ficou explícita a exigência do resultado, como se ao cooperador ou ajudante se atribuiu acabar o palitó, ou o tampo de mármore.

O trabalho sob instruções pode dar ensejo a contrato de obra e também há contrato de locação de serviços ou contrato de trabalho sem qualquer instrução.

O serviço do *médico* é contrato de locação de serviços, e não de obra. O médico não promete o resultado, que se deseja, mas sim a sua atividade técnica. Para que se tratasse de contrato de obra, seria preciso que se promettesse a *cura*, e só se percebesse pela cura. Há operadores que excepcionalmente concebem como tal o contrato.

O professor que prepara o aluno para os exames, ou para o concurso, presta serviços, e não obra.

O contrato de locação de serviços, incluído o contrato de trabalho, que se diferenciou, é *bilateral*. A relação jurídica é *duradoura*, porque dura o próprio trabalho de minutos. O elemento do tempo é essencial. O dono da fazenda que pede ao trabalhador, que passa, armado de espingarda, que mate o morcêgo que está na árvore, quer *resultado*, mediante determinada quantia; se, em vez disso, apenas acorda em que o transeunte fique uma hora, ou mais, a tantos cruzeiros por hora, para evitar que algum animal bravo ataque os carneiros, faz-se figurante de contrato de locação de serviços.

Quem se vincula a prestar serviços vincula-se a prestá-los pessoalmente. *Na dúvida*, a prestação de serviços somente há de ser prestada pela pessoa que a prometeu. Poder-se-ia discutir se a regra jurídica, não escrita, que se extrai das que o Código Civil dedica à locação de serviços, especialmente das regras jurídicas dos arts. 1.226 e 1.227, é dispositiva, ou se é interpretativa. *De iure condendo*, a primeira solução teria o inconveniente de deixar de atender a usos do lugar e aos próprios usos do tomador de serviços.

6. CONTRATO DE LOCAÇÃO DE SERVIÇOS E CONTRATO DE FORNECIMENTO DE SERVIÇO. – O *contrato de serviços* é inconfundível com o *con-*

trato de dação de serviço de outrem, contrato pelo qual o vinculado apenas prometeu serviço de alguém, como ocorre com a empresa que transporta, com o contrato misto (de locação de coisa, *e. g.*, ônibus, por um mês, com a prestação de serviços pelo motorista, empregado da empresa). No contrato de dação de serviço de outrem, contrato de fornecimento de serviço (*Dienstverschaffungsvertrag*), o outorgante adimple com o ato de pôr à disposição do outorgado o serviço de terceiro, pelo tempo convencionado. Responde por *culpa in eligendo*, sem que se possa pensar em ser o terceiro auxiliar do adimplemento, *Einfüllungsgehilfe* (ARTHUR NIKISCH, *Arbeitsrecht*, I, 2.^a ed., 240).

7. CONTRATO DE LOCAÇÃO DE SERVIÇOS E CONTRATO DE TRABALHO.

– (a) Nos sistemas jurídicos, dentre os contratos em que alguém promete atividade *em serviço e em interesse de outrem* (locação de serviços, locação de obra, ou, simplesmente, contrato de obra, mandato, contrato de corretagem, contrato de depósito), na primeira plana está a locação de serviços, contrato que manteve a sua natureza e a sua estrutura, enquanto se distinguiu e evoluiu o *contrato de trabalho*. Em sentido geral, o contrato de locação de serviços é aquele em que se prometem prestações de serviços, mediante contraprestação de remuneração. Em sentido mais estreito, é o contrato de locação de serviços temporários, com a permanência do princípio de auto-regramento da vontade (princípio da autonomia da vontade). Tal princípio sofre profundas alterações no contrato de trabalho.

Quando se está diante de contrato em que se promete atividade, o primeiro passo de quem o tem de examinar há de ser o de determinar a *figura jurídica* de que se trata, principalmente quando o contrato pode ser de *locação de serviços*, tal como se regula na legislação civil e na comercial, ou *contrato de obra*, ou *contrato de trabalho*.

Na locação de serviços, a atividade pode ser de ordem corporal ou de ordem intelectual, com ou sem exigências de conhecimentos especiais, ou de prática apoiada em qualidades individuais. Não importa se os serviços se prestam com independência, ou em posição de dependência, isto é, subordinado o locador de serviços à vontade e às indicações do dono do serviço, ou de outrem, que ao dono do serviço se ligue. A atividade dependente nem sempre se torna engastada na organização industrial, ou comercial, ou profissional, de jeito a ser sempre objeto de *contrato de trabalho*. A dependência não basta para que se tenha de cogitar de contrato de trabalho, razão por que a dependência, nêsse, pode

ser mínima e há contratos de serviços que não são contratos de trabalho (W. KASKEL-H. DERSCH, *Arbeitsrecht*, 4.^a ed., 140). No direito brasileiro, para que haja o contrato de trabalho, de modo que incida a legislação especial, é preciso que o contrato se inclua no conceito do art. 3.^o do Decreto-lei n. 5.452, de 1.^o de maio de 1942 (Consolidação das Leis do Trabalho), sendo empregador pessoa física ou jurídica que caiba no art. 2.^o do Decreto-lei n. 5.452.

(b) O contrato de locação de serviços, quando é locatário empregador de que fala o art. 2.^o do Decreto-lei n. 5.452, é todo contrato a que falta um dos elementos a que o art. 3.^o se refere. No art. 1.220 do Código Civil diz-se: “A locação de serviços não se poderá convencionar por mais de quatro anos, embora o contrato tenha por causa o pagamento de dívida do locador, ou se destine à execução de certa e determinada obra. Neste caso, decorridos quatro anos, dar-se-á por findo o contrato, ainda que não concluída a obra (art. 1.225)”. No Decreto-lei n. 5.452, art. 445, diz-se o mesmo: “O prazo de vigência de contrato de trabalho, quando estipulado ou se dependente da execução de determinado trabalho ou realização de certo acontecimento, não poderá ser superior a quatro anos”. Ali e aqui, a cláusula de duração, no que exceda dos quatro anos, é *nula*. Em consequência disso, não há, a partir do dia imediato aos quatro anos, qualquer relação jurídica de trabalho, baseada no contrato.

Não se podem considerar ab-rogados os arts. 1.216-1.236 do Código Civil (*e. g.*, sem razão, CESARINO JÚNIOR, *Consolidação das Leis do Trabalho*, I, 378 s., que disse “revogada a Seção II”). O que ocorreu é que alguns contratos de serviços passaram a ser chamados *contratos de trabalho* e regidos por *lex specialis*.

8. CONTRATO DE SERVIÇO DO ESTADO. – O contrato de serviços do Estado, ou se publiciza, e dá ensejo à incidência de regras jurídicas de direito público, constitucional ou não, de modo que se afasta a invocabilidade normal do Código Civil e do Código Comercial, ou é privatístico, não sendo atingido por aquelas regras jurídicas que somente concernem aos funcionários públicos e aos outros servidores do Estado. Quanto aos funcionários públicos, atende-se a que se integrem no pessoal do Estado, com alguma dose de autoridade pública.

(a) Na organização dos serviços públicos, o Estado põe-se em relações de direito público – raramente, em relações de direito privado – com pessoas que se vinculam permanentemente, ou não, às prestações de serviços.

Panorama atual pelos Atualizadores

§ 5.038. A – Legislação

O contrato de prestação de serviços é regulado pelos arts. 593 a 609 do CC/2002.

Contrato de trabalho: art. 442 da CLT, Lei 5.859/1972 (doméstico) e Lei 5.889/1973 (rural). Em relação ao contrato de trabalho por prazo determinado, vide arts. 443, 445, 451 e 452 da CLT.

O contrato de empreitada é regulado pelos arts. 610 a 629 do CC/2002.

A contratação de servidores públicos é regulada pelo art. 37, II, da CF e pela Lei 8.112/1990, que dispõe sobre o regime dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais.

§ 5.038. B – Doutrina

A previsão de que toda espécie de serviço ou trabalho lícito, material ou imaterial, pode ser contratada mediante remuneração consta atualmente do art. 594 do CC/2002.

O contrato de prestação de serviços, atual denominação da locação de serviços do Código Civil de 1916, é regulado pelos arts. 593 a 609 do CC/2002 e é aquele através do qual uma pessoa física (na condição de autônomo ou de trabalhador eventual), ou uma pessoa jurídica, presta serviço a outrem mediante remuneração.

A prestação de serviços regulada pelo Código Civil não abrange os serviços prestados de forma subordinada, que são regulados pela Consolidação das Leis do Trabalho, os serviços prestados pelo servidor público estatutário e os serviços regulados por lei especial (art. 593 do CC/2002).

Os contratos de prestação de serviços podem ou não ser pactuados com pessoalidade do prestador dos serviços. No entanto, neste tipo de contrato sempre estará ausente o elemento subordinação. A prestação de serviços deve sempre ser pautada pela autonomia do prestador, que não pode estar sujeito às ordens do tomador dos serviços e não pode ter seu trabalho dirigido pelo mesmo. A direção do trabalho deve permanecer com o prestador dos serviços, sob pena de descaracterização deste tipo contratual e o reconhecimento da existência de vinculação empregatícia entre as partes.

Os contratos de trabalho são regidos pelo art. 442 da CLT. O contrato de trabalho do doméstico submete-se às regras da Lei 5.859/1972 e o do rural tem suas regras previstas na Lei 5.889/1973.

Embora haja certa divergência na doutrina, o contrato de trabalho é considerado, tanto quanto o contrato de prestação de serviços, como um contrato de direito privado, tendo em vista que, fruto da autonomia da vontade das partes, é celebrado entre particulares.

Diferente do contrato de prestação de serviços é o contrato de empreitada que, regulado pelos arts. 610 a 626 do CC/2002, é aquele através do qual alguém (empreiteiro) se obriga, sem subordinação ou dependência e mediante remuneração, a fazer determinada obra para outrem (dono da obra).

Neste tipo de contrato, o que se visa é o resultado final do serviço, que pode ser um fazer material (construção de uma casa, de uma parede etc.) ou um fazer imaterial (execução de uma obra artística ou intelectual). O que se contrata é o resultado final e, para se obter tal resultado, o dono da obra pode contratar somente o serviço do empreiteiro ou pode contratar o serviço e o fornecimento do material.

No campo do Direito do Trabalho, a terceirização, que consiste em colocar à disposição de outrem mão de obra de terceiros, decorre de um contrato de fornecimento de serviços.

O prazo máximo de duração do contrato de prestação de serviços (4 anos) está previsto no art. 598 do CC/2002.

No âmbito do Direito do Trabalho, o contrato de trabalho por prazo indeterminado é a regra, somente sendo possível por exceção a celebração de contrato por prazo determinado, que não terá duração superior a 2 anos (arts. 443, § 2.º e 445 da CLT).

O prestador de serviços contratado por tempo certo, ou por obra determinada, não se pode ausentar, ou despedir, sem justa causa, antes de preenchido o tempo, ou concluída a obra. Se se despedir sem justa causa, terá direito à retribuição vencida, mas responderá por perdas e danos. O mesmo dar-se-á se despedido por justa causa (art. 603 do CC/2002).

A contratação de servidores públicos da administração direta e indireta depende de prévia aprovação em concurso público (art. 37, II, da CF), sendo sua contratação regulada pela Lei 8.112/1990.

§ 5.038. C – Jurisprudência

O Tribunal Superior do Trabalho tem reiterado constantemente o entendimento no sentido de que havendo subordinação do trabalhador em relação ao tomador dos serviços, impossível falar-se em prestação de serviços, sendo evidente a existência de contrato de trabalho.

Sobre o tema, consultar: “Vínculo de emprego. A prova produzida demonstrou que o reclamante tinha horário certo para o início da jornada, era advertido quando faltava às reuniões, tinha metas a cumprir e, caso não as alcançasse, não teria reembolsadas suas despesas. Em face dos elementos probatórios, concluiu o Regional que o reclamante não era representante comercial autônomo. Dessa forma, para afirmar o contrário seria necessário novo revolvimento do contexto fático-probatório, o que, nessa fase processual, é vedado pela Súmula 126 do TST. Recurso de revista não conhecido” (TST, RR 124200-19.2005.5.15.0113, 8.ª T., j. 17.11.2010, rel. Min. Dora Maria da Costa, *DEJT* 19.11.2010).

Em relação à terceirização, o Tribunal Superior do Trabalho estabelece a estrutura e a consequência da relação de fornecimento de mão de obra, adotando o entendimento consubstanciado na Súmula 331 do TST.

§ 5.039. NATUREZA DO CONTRATO DE LOCAÇÃO DE SERVIÇOS

1. CONTRATO BILATERAL. – O contrato de serviços – locação de serviços ou contrato de trabalho – é *bilateral*. Se o serviço é prestado gratuitamente, ou cabe em objeto de *mandato*, ou em *promessa de doação*, ou em *doação*. Se a prestação de serviço só se há de considerar prometida mediante remuneração, tem-se de ter como tácitamente convencionada, segundo os usos do tráfico, o tempo do serviço e a sua qualidade. São elementos relevantes a posição pessoal, o nível do promitente e as relações existentes entre os figurantes. Não se pode deixar de levar em consideração os preços que o prestador dos serviços costuma exigir, nem os que acaso o promissário costumava pagar.

Pode acontecer que o contrato tenha sido oneroso, mas haja o prestador dos serviços recusado o pagamento, em dádiva ao cliente. “Não; desta vez não quero nada”. O contrato estava feito. O que ocorre é doação do preço.

No direito brasileiro, nenhuma distinção se permite entre serviços que são objeto de contrato de locação de serviços e contrato de mandato, como acontecia no direito comum. A concepção romana e a do direito comum estão superadas. O advogado, o médico, o regedor de orquestra e o músico são prestadores de serviços, como qualquer trabalhador. O advogado precisa da outorga de poderes para poder representar o cliente, mas isso de modo nenhum afasta que a relação jurídica entre êle e o cliente, quanto à atividade, seja, precisamente, de prestação de serviço.

Em sentido amplo e próprio, a locação de serviço abrange tôdas as locações de atividade. Uma vez que se prometem atos, e não resultados, o contrato é de locação de serviços. Assim, há locação de serviços se quem presta os serviços é empregado urbano ou rural, se trabalha à mão ou à máquina, ou com animais, ou botes, ou canoas, ou outros veículos a vela, ou com motor, ou se tem a profissão que corresponde ao serviço ou se não a tem, como o professor e o médico, o arrieiro, o coveiro, o garção, o preparador de bebidas, o motorista de automóvel, a cozinheira e a copeira.

O serviço pode consistir em serviço de ordem corporal, ou em serviço de ordem intelectual, ou mista. Àquele, como a êsses, pode ser, ou não, pressuposto necessário terem-se práticas ou conhecimentos especiais. A locação de serviços, para empregarmos a expressão que o Código Civil conservou, abstrai da inserção e da não-inserção do prestador de serviços na estrutura interna da emprêsa, a ponto de torná-lo dependente. Ao elemento de *dependência* dedicaremos considerações minudentes quando

tratarmos do *contrato de trabalho*, tal como se lhe precisou o conceito. Isso não quer dizer que não haja regras jurídicas do Código Civil e das leis comerciais que não sejam invocáveis no tocante ao contrato de trabalho, nem regras jurídicas da legislação do trabalho que não repercutam no direito sobre prestação de serviços.

O elemento “emprego”, que é comum aos contratos de trabalho, regidos pela legislação especial, ora aparece ora não aparece no contrato de locação de serviços. Tal observação nos permite perceber que ainda não houve evolução suficiente que estendesse a todos os que se empregam a mesma proteção e a todos que empregam os mesmos deveres.

2. CONTRAPRESTAÇÃO E LOCAÇÃO DE SERVIÇOS. Nunca a prestação de serviços se presume gratuita. Se não houve convenção explícita, quem afirma a gratuidade tem o ônus de alegar e provar. A prova pode ser fundada no nível da pessoa que prestou o serviço, ou no nível e nas circunstâncias em que o teve. Por exemplo: o dono do automóvel, pessoa que não se suporia que conduzisse alguém por dinheiro, atendeu ao sinal de quem pensa tratar-se de táxi e levou o transeunte até o lugar de que deu o endereço, sem qualquer manifestação de não se tratar de cortesia. Aliás, o que mais importa é a situação objetiva, e não a opinião dos interessados. Se quem presta o serviço é parente do que dêle precisa, somente, *na dúvida*, é que se não há de considerar gratuita a prestação de serviços.

O que se dá, por ocasião de Natal, ou de Ano Novo, não é pagamento, nem, se houve convite para passeio em carro, ou em trem, se pode considerar prestação onerosa de serviços.

Se quem presta serviços pagos deixa o serviço antes do dia em que começa a fêria para o Natal, o Ano Novo, não pode exigir gratificação usual ou conforme convenção explícita (PAUL OERTMANN, *Die Gratifikationsansprüche der Bankbeamten*, *Bank-Archiv*, 12, 22, e 13, 167).

A *gorjeta*, em senso próprio e estrito, é dação de livre vontade do cliente. O recebedor da gorjeta tem direito a ela; não tem pretensão, nem ação. O uso que estabelece percentualidade, ou aproximado percentual, não é quanto à pretensão e à ação: é uso que entrou no mundo jurídico, mas só se refere a direito à gorjeta, que existe, sem ser exigível nem acionável. Pode acontecer, porém, que o cliente peça algum serviço – por exemplo, ao empregado do hotel – e nasça pretensão a receber “gorjeta”, palavra, aí, posta em sentido extrapolado (*e. g.*, empacotamento de livros, fora do que seria normal exigir-se de camareiro ou de empregado da por-

taria; limpeza do automóvel ou do bote; passagem a ferro de roupas, fora dos serviços da hospedaria). A classificação da gorjeta, senso próprio e estrito, como direito sem pretensão e ação foi obra de RUDOLF V. JHERING (*Das Trinkgeld*, 11 s.). À gorjeta, contraprestação a serviços prestados, tem direito quem os prestou, sem que haja pretensão ou ação. À gorjeta, doação remuneratória, não tem direito quem prestou os serviços; quem os recebeu, ou dêles se aproveitou, doa, se quer, pôsto que remunerere. Assim, há figuras diferentes sob o nome de gorjeta: a contraprestação a que o prestador dos serviços tem direito, mas não pode exigir, extrajudicial ou judicialmente; a prestação donatória, em remuneração; a contraprestação a que lei, regulamento ou uso atribuiu pretensão e ação, pelo fato da inserção (ou da inseribilidade) na conta da empresa, em que o titular do direito à gorjeta presta os serviços. Esse fato da inserção ou da inseribilidade precisa ser examinado atentamente, para que se não diga, simples e superficialmente, que a lei, o regulamento ou o uso fez exigível e acionável o direito à gorjeta.

Se a gorjeta foi inserta no preço da prestação da empresa, transferiu-se à relação jurídica entre a empresa e o cliente o que estava na relação jurídica entre o cliente e o servidor. Nessa, haveria o direito, sem pretensão e sem ação. O direito contra o cliente desaparece com a transferência à relação jurídica entre a empresa e o cliente, de modo que ao direito da empresa se somou o direito do servidor, que assim não mais o tem contra o cliente. Tem-no, sim, contra a empresa, conforme os princípios que regeram a inserção da gorjeta no preço da prestação da empresa.

Alguns estabelecimentos de restaurantes e bares impõem que as gorjetas recebidas pelos empregados sejam postas em conta à parte, para que com elas se cubra a percentagem que o empregador prometeu aos empregados. Se a percentagem figura na conta, e não é entregue ao empregado, compreende-se que tal expediente é contra a moral (ilícito), pois o empregador receberia a percentagem *mais* o que foi dado ao empregado. Se a percentagem não foi incluída na conta, o inconveniente de tal entrega é a ofensa à diversidade de valor dos serviços, pois as gorjetas supõem maior ou menor satisfação pelos serviços prestados.

3. INCONSTRINGIBILIDADE CAUTELAR E EXECUTIVA. — Não podem ser penhoradas, absolutamente, as contraprestações por serviços (salários e soldadas em geral), como também os vencimentos dos magistrados, professores e funcionários públicos e o sôldo e fardamento dos militares (Có-