

RELAÇÕES DE TRABALHO *LATO SENSU*

I. INTRODUÇÃO

A relação empregatícia e a figura do empregado surgem como resultado da combinação, em certo contexto sociojurídico, dos cinco elementos fático-jurídicos já examinados.

Há, porém, outras relações de trabalho gestadas na dinâmica social muito próximas, do ponto de vista jurídico e social, à relação empregatícia, mas que com ela não se confundem. A diferenciação entre elas, às vezes, pode ensejar pesquisa fático-teórica tormentosa.

Em um primeiro plano, há um vínculo jurídico que, apesar de contar, do ponto de vista *prático*, com os elementos configuradores da relação de emprego, recebe da ordem jurídica uma *excludente legal absoluta*, que inviabiliza o contrato empregatício — trata-se da *natureza pública* da relação jurídica formada. É o que se passa com os servidores *administrativos* das entidades estatais de Direito Público.

Em um segundo plano, há outra relação jurídica, de natureza efetivamente *privada*, que também *pode* contar com os elementos integrantes da relação de emprego, mas sem se enquadrar no tipo legal da CLT. É o que ocorre com o *estágio*, desde que regularmente celebrado e praticado. Ressalte-se, entretanto, que não se está, aqui, mais diante de excludente legal absoluta (como ocorrido acima), porém, essencialmente, apenas de uma presunção legal favorável ao estágio.

Neste plano, há outra relação jurídica que parece concorrer, do ponto de vista jurídico, com a relação de emprego — embora essa concorrência seja mais aparente do que verdadeira. Trata-se das situações envolvendo a trabalhadores prestadores de serviço de cooperativas de mão de obra (ou *cooperativas de trabalho*, segundo a terminologia seguida pela Lei n. 12.690, de 2012). Também aqui não se está, definitivamente, perante uma excludente legal de relação de emprego.

Em outro plano, há diversas outras relações sociojurídicas que se diferenciam da relação de emprego em vista da falta de um ou alguns dos elementos fático-jurídicos componentes do tipo legal especificado no *caput* dos arts. 2º e 3º da CLT. É o que acontece, ilustrativamente, com as relações trabalhistas autônomas, eventuais e avulsas, sem se falar em outros vínculos também fronteiros ao regulado pela CLT (representante comercial ou agente, motorista carreteiro proprietário de seu próprio veículo, motorista de táxi, etc.).

Todos esses casos de relação de trabalho *lato sensu* são mais ou menos próximos da relação empregatícia; todos esses *trabalhadores lato sensu* tangenciam a figura jurídica do empregado. Mas, inquestionavelmente, todos eles, para o Direito, formam figuras sociojurídicas distintas da empregatícia, com regras, institutos e princípios jurídicos diferenciados regendo sua situação concreta (desde que lhes falte, é claro, realmente, pelo menos um dos elementos do vínculo empregatício).

Cabe, portanto, ao intérprete e aplicador do Direito, reconhecendo os elementos de aproximação entre as figuras comparadas, hábeis a situá-las em um mesmo gênero conceitual (o do trabalho humano prestado a outrem, onerosamente), identificar-lhes, ao mesmo tempo, a *diferença específica*, de modo a poder situar, sem equívocos, seu correto posicionamento no universo normativo existente⁽¹⁾.

Presunção Jurídica — No Direito brasileiro existe sedimentada presunção de ser empregatício o vínculo jurídico formado — regido pela CLT, portanto —, desde que seja incontroversa a prestação de serviços por uma pessoa natural a alguém (Súmula 212, TST — editada em 1985). Essa presunção jurídica relativa (não absoluta, esclareça-se) é clássica ao Direito do Trabalho, em geral, resultando de dois fatores historicamente incontestáveis: a circunstância de ser a relação de emprego a regra geral de conexão dos trabalhadores ao sistema socioeconômico capitalista; a circunstância de a relação de emprego, desde o surgimento do Direito do Trabalho, ter se tornado a fórmula mais favorável e protegida de inserção da pessoa humana trabalhadora na competitiva e excludente economia contemporânea.

No Brasil, desponta a singularidade de esta antiga presunção jurídica ter sido incorporada, de certo modo, até mesmo pela Constituição da República de 1988, ao reconhecer, no vínculo empregatício, um dos principais e mais eficazes instrumentos de realização de notável bloco de seus princípios cardeais, tais como o da dignidade do ser humano, o da centralidade da pessoa humana na ordem jurídica e na vida socioeconômica, o da valorização do trabalho e do emprego, o da inviolabilidade física e psíquica da pessoa humana, o da igualdade em sentido substancial, o da justiça social, o do bem-estar individual e social, o da segurança e o da subordinação da propriedade à sua função socioambiental. Com sabedoria, a Constituição percebeu que não se criou, na História do Capitalismo, nessa direção inclusiva, fórmula tão eficaz, larga, abrangente e democrática quanto a estruturada na relação de emprego.

Convergingo inúmeros preceitos constitucionais para o estímulo, proteção e elogio à relação de emprego (ilustrativamente: Preâmbulo; art. 1º, III e IV; art. 3º, I, II, III e IV; art. 5º, *caput*; art. 6º; art. 7º, *caput* e seus incisos

(1) É evidente que, no plano prático, diante de alguma das situações fronteiriças acima mencionadas, o juiz, analisando a prova dos autos, pode, é claro, concluir estar configurada a relação de emprego, pela presença de seus cinco elementos componentes.

e parágrafo único; arts. 8º até 11; art. 170, *caput* e incisos III, VII e VIII; art. 193, todos do Texto Máximo de 1988), emerge clara a presunção também constitucional em favor do vínculo empregatício no contexto de existência de incontroversa prestação de trabalho na vida social e econômica.

II. EXCLUDENTE LEGAL DA FIGURA DO EMPREGADO — VINCULAÇÃO ADMINISTRATIVA

Há importante situação concreta que evidencia a presença dos cinco elementos fático-jurídicos da relação de emprego entre trabalhador e tomador de serviços, *sem que haja, juridicamente, esse tipo legal de relação* — sem que haja, portanto, a figura do *empregado*. Trata-se de situação *expressamente excepcionada pela Constituição (mais do que pela lei, portanto), que elimina a possibilidade jurídica de existência de relação de emprego, por enfatizar outro aspecto singular também presente na mesma relação — a vinculação de natureza administrativa, ao invés de trabalhista, à respectiva entidade estatal de Direito Público.*

Nesse rol, é necessário, entretanto, se diferenciar entre os servidores regulares e os servidores irregulares.

1. Servidores Administrativos

De fato, o *servidor público sob regime administrativo* — servidor do tipo *estatutário* ou sob *regime jurídico único* ou ainda sob o vínculo denominado *função pública* — não se vincula à entidade estatal de Direito Público pelo caminho da CLT, mas por intermédio de vínculo de natureza realmente administrativa. Tais trabalhadores *lato sensu* ostentam *vínculo de natureza pública*, sob padrão normativo distinto do vínculo regido pela CLT — distinto e juridicamente incomparável.

Por essa razão, em face da natureza jurídica própria de seus vínculos (que é *pública*), torna-se irrelevante, para fins justrabalhistas, que sejam também pessoas naturais, prestando serviços com pessoalidade, não eventualidade, onerosidade e subordinação — não são eles, definitivamente, empregados⁽²⁾.

É evidente que não se está falando aqui do *servidor celetista*, isto é, aquele contratado por entidade estatal por meio do sistema jurídico da CLT. Este é empregado, como qualquer outro, tendo como empregador a correspondente pessoa jurídica de Direito Público. Tal situação, aliás, era muito comum antes de 1988, quando conviviam na administração pública os regimes de natureza estatutária, celetista e, ainda, o *regime especial*. Com o

(2) Ressalte-se que há argumentos no sentido de que o servidor coloca-se perante a administração pública com relação de obediência distinta da subordinação.

surgimento do regime jurídico único, previsto pela nova Constituição (antigo art. 39, CF/88), a tendência foi de se tornar apenas administrativa a modalidade de admissão de servidores pelos entes estatais.

Curiosamente, em fins dos anos 1990, restabeleceu-se o incentivo à dualidade de regimes, viabilizando-se, outra vez, a contratação estatal de servidores por intermédio da CLT, conforme *reforma administrativa* implementada pela EC n. 19, de 1998.⁽³⁾

2. Servidores Irregulares

Na ordem jurídica brasileira o padrão jurídico celetista corresponde à regra geral de contratação de trabalhadores por qualquer tomador, a quem cabe o ônus de evidenciar distinto enquadramento para o caso concreto examinado. Relativamente às entidades estatais de Direito Público, entretanto, por longo tempo prevaleceu a singularidade de poderem, *mediante lei*, realizar a escolha do regime jurídico regente de suas relações com os servidores, seja o administrativo, seja o celetista. Tratando-se de ente público (União, Estado, Distrito Federal ou Município) da administração direta, autárquica ou fundacional, a natureza do vínculo jurídico seria definida pela respectiva lei federal, estadual, distrital ou municipal.

Com a implantação do regime jurídico único previsto no *caput* do art. 39 da Constituição de 1988, a dualidade de regimes tenderia a desaparecer na prática real do segmento público do País. Porém, tendo a EC n. 19/1998 extirpado o RJU (extirpação que, longo tempo depois, foi considerada inválida pelo STF, em 2007, no julgamento da ADI/2135-DF, relatado pela Ministra Ellen Gracie, como já visto), ressurgiu o debate acerca do enquadramento jurídico dos servidores irregularmente admitidos pela entidade pública. Nesse contexto, a partir da EC n. 45/2004, entendeu a Justiça do Trabalho ser celetista o vínculo dos servidores públicos irregularmente admitidos, desde que a vantagem singular do ente público não tenha sido por ele efetivamente exercitada, ao admitir servidores fora dos rigores do estatuto público (Orientação Jurisprudencial 205, SDI-1/TST, em sua redação de 20.4.2005).

(3) Tempos depois da vigência da EC n. 19/1998 (que restaurou a possibilidade de haver dualidade de regimes jurídicos na esfera pública), o STF deferiu, em 2007, medida cautelar para *suspender a eficácia do artigo 39, caput, da Constituição Federal, com a redação da Emenda Constitucional n. 19, de 04 de junho de 1998* (preceito constitucional reformador que eliminara o regime jurídico único). A decisão produziu efeitos apenas *ex nunc*, com isso permitindo subsistir a *legislação editada nos termos da emenda declarada suspensa* (ADI/2135-DF — Rel.: Min. Ellen Gracie. Sessão de 02.08.2007). De todo modo, abriu-se caminho para a manutenção da vigência do texto original do *caput* do art. 39 da Constituição, que regulava a instauração do RJU. Fonte: STF: Acompanhamento Processual — ADI/2135 — <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp>> — Consulta em 03.11.2008. Ver também *Valor Econômico*, 3/4/5 de agosto de 2007, p. A-4 (“Decisão do Supremo Impede Governos de Contratar pela CLT”).

Não obstante, o Supremo Tribunal Federal acabou por fixar compreensão distinta sobre a matéria, reiterando o caráter administrativo do vínculo do servidor com a administração direta, suas autarquias e fundações públicas, mesmo que irregular a admissão feita, *caso o regime jurídico da respectiva entidade pública seja o administrativo*. Ou seja, para o STF, havendo lei específica firmando, no âmbito da entidade estatal de Direito Público, o regime administrativo, tornam-se também administrativas as relações irregulares formadas por essas entidades com seus servidores incorretamente admitidos. Com essa compreensão, o STF afastou a competência da Justiça do Trabalho para julgar tais litígios, conduzindo ao subsequente cancelamento da OJ 205⁽⁴⁾.

III. CONTRAPONTO ESTÁGIO VERSUS RELAÇÃO DE EMPREGO

Situação curiosa ocorre com a figura do estudante estagiário, embora não se trate de excludente com as mesmas características e força da hipótese acima analisada. É que não obstante o estagiário possa reunir, concretamente, todos os cinco pressupostos da relação empregatícia (caso o estágio seja remunerado), a relação jurídica que o prende ao tomador de serviços não é, legalmente, considerada empregatícia, em virtude dos objetivos educacionais do pacto instituído.

Esse vínculo sociojurídico foi pensado e regulado para favorecer o *aperfeiçoamento e complementação da formação acadêmico-profissional do estudante*. São seus relevantes objetivos sociais e educacionais, em prol do estudante, que justificaram o favorecimento econômico embutido na Lei do Estágio, isentando o tomador de serviços, partícipe da realização de tais objetivos, dos custos de uma relação formal de emprego. Em face, pois, da nobre causa de existência do estágio e de sua nobre destinação — e como meio de incentivar esse mecanismo de trabalho tido como educativo —, a ordem jurídica suprimiu a configuração e efeitos justralhistas a essa relação de trabalho *lato sensu*.

O incentivo ao estágio, a propósito, deriva manifestamente da Constituição, que prevê: “A educação, *direito de todos* e dever do Estado e da família, *será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade*, visando ao *pleno desenvolvimento da pessoa*, seu preparo para o *exercício da cidadania* e sua *qualificação para o trabalho*” (art. 205, CF/88; grifos acrescidos).

(4) São arestos em que o STF pacificou a natureza administrativa de tais vínculos, ainda que irregularmente constituídos: STF-RCL 5381/AM, Rel. Min. Carlos Ayres Britto, Tribunal Pleno, DJ de 08.08.2008; STF-RE 573.202-9/AM, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno, Sessão de 21.8.2008; STF-RCL 5171/DF, Rel. Min. Cármen Lúcia Antunes Rocha, Tribunal Pleno, DJ de 03.10.2008; STF-RCL 4489/PA, Rel. Min. Cármen Lúcia Antunes Rocha, Tribunal Pleno, DJ de 21.11.2008. Em decorrência dessa pacificação jurisprudencial, a OJ 205 foi cancelada pelo TST em abril de 2009 (Res. Adm. n. 156/09).

Frustradas, entretanto, a causa e a destinação nobres do vínculo estagiário formado, transmutando-se sua prática real em simples utilização menos onerosa de força de trabalho, sem qualquer efetivo ganho educacional para o estudante, esvai-se o tratamento legal especialíssimo antes conferido, prevalecendo, em todos os seus termos, o reconhecimento do vínculo empregatício.

O estágio, portanto, tem de ser correto, harmônico ao objetivo educacional que presidiu sua criação pelo Direito: sendo incorreto, irregular, trata-se de simples relação empregatícia dissimulada.

A correção e regularidade do estágio estão dadas pela ordem jurídica através de dois tipos de *requisitos jurídicos*: os formais e os materiais.

Repita-se que o estagiário traduz-se em um dos tipos de trabalhadores que mais se aproximam da figura jurídica do empregado — sem que a legislação autorize, porém, sua tipificação como tal. De fato, no estágio remunerado, esse trabalhador intelectual reúne, no contexto concreto de sua relação com o concedente do estágio, todos os elementos fático-jurídicos da relação empregatícia (trabalho por pessoa física, com personalidade, não eventualidade, onerosidade e sob subordinação ao tomador dos serviços). Não obstante, a ordem jurídica, avaliando e sopesando a causa e objetivos pedagógicos e educacionais inerentes à relação de estágio — do ponto de vista do prestador de serviços —, *nega* caráter empregatício ao vínculo formado. Essa negativa legal decorre, certamente, de razões metajurídicas, ou seja, trata-se de artifício adotado com o objetivo de efetivamente alargar as perspectivas de concessão de estágio no mercado de trabalho.

Portanto, na composição do tipo legal do estágio, é essencial que compareçam *os requisitos formais e materiais específicos* ao delineamento da figura — sem os quais não se considera tipificada essa relação jurídica especial e excetiva de trabalhador intelectual não empregatício.

1. Estágio — caracterização tradicional (Lei n. 6.494/1977)

A legislação instituidora e regulamentadora desse tipo legal examinado foi, por longo tempo, a Lei n. 6.494, de 1977, que sofreu diversas alterações nas décadas seguintes, e seu regulamento normativo, Decreto n. 87.497, de 1982, com subseqüentes modificações. Tal legislação regulava o estágio em geral, ficando reservada a diplomas específicos a normatização de estágios concernentes a certas profissões legalmente regulamentadas (Advocacia, Medicina, etc.).

Serão a seguir examinados os requisitos formais e materiais do contrato de estágio, considerada a regência normativa da Lei n. 6.494/1997 e seu decreto regulamentador.

A legislação mencionada considera como *estágio curricular as atividades de aprendizagem social, profissional e cultural, proporcionadas ao estudante pela participação em situações reais de vida e trabalho de seu meio, sendo realizadas na comunidade em geral ou junto a pessoas jurídicas de direito público ou privado, sob responsabilidade e coordenação da instituição de ensino* (art. 2º, Decreto n. 87.497/82). Estipula a Lei de Estágio, por sua vez, que esta relação, *independentemente do aspecto profissionalizante, direto e específico, poderá assumir a forma de atividades de extensão, mediante a participação do estudante em empreendimentos ou projetos de interesse social* (art. 2º, Lei n. 6.494/77).

A) Requisitos Formais — Os diplomas mencionados (Lei n. 6.494/77 e Decreto n. 87.497/82) fixam exigências específicas à configuração do tipo legal do estágio, *sob pena de se desqualificar a relação estabelecida para simples contrato de emprego*. Desse modo, há requisitos formais e materiais a serem observados, como exigências inarredáveis à evidenciação da figura excetiva do estagiário.

São estes os *requisitos formais* do contrato de estágio.

Em primeiro lugar, a *qualificação das partes* envolvidas no estágio — estudante-trabalhador e tomador de serviços.

No tocante ao concedente do estágio (tomador de serviços), está limitado, legalmente, às pessoas jurídicas de Direito Privado, aos órgãos da Administração Pública e às Instituições de Ensino (art. 1º, *caput*, Lei n. 6.494/77, observada a Lei n. 8.859/94).

Em face desse requisito formal, estariam excluídos da concessão de estágio os profissionais que se organizem como estrita *pessoa física* (não integrando pessoa jurídica, pois). Contudo, o objetivo da lei — ao fixar tal restrição — é apenas assegurar o real cumprimento de suas metas pedagógicas (supostamente mais bem atendidas por organizações mais complexas), e não instituir discriminação. O que essencialmente importa, desse modo, é que o estágio somente se verifique *em unidades que tenham condições de proporcionar experiência prática na linha de formação do estudante* (§ 2º, *ab initio*, do art. 1º, Lei n. 6.494/77). Ora, isso poderá ocorrer, por exemplo, com profissionais liberais que sejam notoriamente competentes e dinâmicos em suas áreas de especialização.

No tocante ao favorecido pelo estágio, deve se tratar de *estudante*. Mais especificamente aluno regularmente matriculado em curso vinculado ao ensino público e particular (art. 1º, *caput, in fine*, Lei n. 6.494), que esteja, comprovadamente, frequentando curso de nível superior, profissionalizante de 2º grau, ou escolas de educação especial (§ 1º do art. 1º da Lei n. 6.494/77). O legislador presidencial, por medidas provisórias, alterou a redação do § 1º do art. 1º da Lei n. 6.494/77, autorizando o estágio também para alunos de

ensino médio, ainda que não profissionalizante (por exemplo, MP n. 2.164-41, de 24 de agosto de 2001, em seu art. 6º)⁽⁵⁾. Porém, nesse caso, será mais árduo o preenchimento dos requisitos materiais do estágio. Isso quer dizer que em qualquer situação, envolvendo qualquer estudante, o estágio somente será válido caso atenda os requisitos materiais que asseguram o cumprimento de seus objetivos de natureza educacional complementar.

É também requisito formal a celebração de um *termo de compromisso* entre o estudante e a parte concedente do estágio. A exigência, entretanto, não é absoluta, já que dispõe a Lei n. 6.494 que os estágios realizados sob a forma de *ação comunitária* estarão isentos de celebração de termo de compromisso (art. 3º, § 2º).

A *interveniência da instituição de ensino* no encaminhamento do estagiário é outro requisito formal fixado pela ordem jurídica (art. 3º, Lei n. 6.494/77).

A Lei n. 6.494 institui a concessão de *seguro de acidentes pessoais* em favor do estagiário, como requisito formal desse contrato, tratando-se de obrigação inerente ao tomador de serviços (art. 4º, *in fine*). Evidentemente que qualquer tentativa oriunda de norma infralegal visando a transferir a responsabilidade pela parcela à respectiva instituição de ensino (e não ao tomador do estágio) será, sem dúvida, ineficaz, do ponto de vista jurídico.

Finalmente, o requisito da *bolsa de complementação educacional* (que não tem, como se sabe, natureza salarial — art. 4º, Lei n. 6.494/77). Tal requisito, porém, não é absoluto, já que é viável, juridicamente, a prestação graciosa de estágio (a Lei do Estágio fala, em seu art. 4º, que o “... estagiário poderá receber bolsa, ou outra forma de contraprestação que venha ser acordada...” (grifos acrescidos).

B) Requisitos Materiais — Os requisitos materiais do estágio visam assegurar o cumprimento dos fins sociais (fins pedagógicos, quer dizer) da lei instituidora da figura, isto é, a realização, pelo estudante, de atividades de efetiva *aprendizagem social, profissional e cultural, proporcionadas pela participação do estagiário em situações reais de vida e trabalho de seu meio*.

O primeiro desses requisitos é que o estágio se verifique em unidades que tenham condições reais de proporcionar experiência prática de formação profissional ao estudante (§ 2º, *ab initio*, do art. 1º da Lei n. 6.494/77).

O segundo requisito é que haja real harmonia e compatibilização entre as funções exercidas e o estágio e a formação educativa e profissional do estudante em sua escola, observado o respectivo currículo escolar.

(5) A Medida Provisória n. 1709-4, de 27.11.1998 (em seu art. 4º), foi a primeira a introduzir mudança na redação do art. 1º, § 1º, da Lei n. 6.494/77, referindo-se a *alunos de ensino médio*.

O terceiro requisito é que o estágio mereça efetivos acompanhamento e supervisão pelo tomador de serviços, de modo a viabilizar a real transferência de conhecimentos técnico-profissionais que justifica a figura jurídica.

O quarto de tais requisitos é que o estágio proporcione ao estudante-estagiário *efetiva complementação do ensino e aprendizagem, em consonância com os currículos, programas e calendários escolares.*

2. Estágio — nova caracterização (Lei n. 11.788/2008)

A Lei n. 11.788, publicada em 26.9.2008, conferiu nova estrutura jurídica ao contrato de estágio, produzindo-lhe significativas mudanças em face do padrão normativo fixado pela antiga Lei n. 6.494/77. Essas mudanças, por sua diversidade, devem ser examinadas analiticamente (nos requisitos *formais e materiais* a seguir expostos), embora mereçam ser aqui sumariadas, pela distância que demarcam em face do anterior pacto educativo.

Em primeiro lugar, estabeleceram-se *limites temporais* à utilização do labor estudantil. De um lado, regulando-se sua jornada de trabalho, nos limites-padrão de *quatro horas diárias e 20 semanais* (para estudantes de educação especial e dos anos finais do ensino fundamental) ou de *seis horas diárias e 30 semanais* (para estudantes do ensino superior, da educação profissional de nível médio e do ensino médio regular)⁽⁶⁾. De outro lado, prevendo-se, segundo estipulado no termo de compromisso, a *redução da carga horária do estágio pelo menos à metade, se a instituição de ensino adotar verificações de aprendizagem periódicas ou finais, nos períodos de avaliação*, para garantir o bom desempenho do estudante (art. 10, § 2º). Ainda dentro desses limites, garantindo-se *recesso anual de 30 dias, ou proporcional a período de estágio menor*, inclusive com pagamento, caso se trate de estágio remunerado (art. 13 e seus parágrafos). Finalmente, *vedando-se duração do estágio acima de dois anos, na mesma parte concedente*, exceto nos casos de ser o estagiário pessoa com deficiência (art. 11).

Em segundo lugar, determinou-se a aplicação ao estagiário da *legislação relacionada à saúde e segurança do trabalho, sendo sua implementação de responsabilidade da parte concedente do estágio* (art. 14).

Em terceiro lugar, incrementaram-se as *exigências de acompanhamento do labor e desempenho do estudante tanto pela instituição de ensino, como, principalmente, pela parte concedente do estágio* (art. 2º, § 1º; art. 7º, incisos e parágrafo único; art. 9º, incisos e parágrafo único; art. 15, § 1º, todos da Lei n. 11.788/08).

(6) Lei n. 11.788, art. 10, I e II. Por exceção, a lei permitiu duração semanal até 40 horas, relativamente a cursos que alternam teoria e prática, nos períodos em que não estão programadas aulas presenciais, desde que isso esteja previsto no projeto pedagógico do curso e da instituição de ensino (§ 1º do art. 10, nova Lei do Estágio).

Em quarto lugar, estabeleceu-se critério de *cotas em benefício de estudantes que sejam pessoas com deficiência*, garantindo-lhes o percentual de *dez por cento* das vagas oferecidas pela parte concedente do estágio (art. 17, § 5º, Lei n. 11.788).

Em quinto lugar, abriu-se a possibilidade de realização de estágio, mesmo remunerado, pelos *estudantes estrangeiros* regularmente matriculados em *cursos superiores* no Brasil, autorizados ou reconhecidos, observado o prazo do visto temporário de estudante, na forma da legislação aplicável (art. 4º, Lei n. 11.788). Com isso a nova Lei do Estágio introduziu salutar ressalva à vedação genérica contida na Lei n. 6.815/1980, que veda ao estrangeiro que tenha simples visto de turista, de trânsito ou *visto temporário de estudante* o exercício de *atividade remunerada* (arts. 98 e 13, IV, da Lei do Estrangeiro).

Em agregação a essas inovações significativas trazidas pela nova Lei do Estágio, cabe se enfatizar que o diploma jurídico acentuou ainda mais o necessário *caráter educativo* desse contrato de trabalho especial não empregatício.

Nessa medida, o novo diploma normativo definiu estágio como *ato educativo escolar supervisionado, desenvolvido no ambiente de trabalho, que visa à preparação para o trabalho produtivo de educandos que estejam frequentando o ensino regular* (art. 1º, *caput*, Lei n. 11.788/08). Acrescentou que o estágio *visa ao aprendizado de competências próprias da atividade profissional e à contextualização curricular, objetivando o desenvolvimento do educando para a vida cidadã e para o trabalho* (art. 1º, § 2º). Aduziu que o estágio *faz parte do projeto pedagógico do curso, além de integrar o itinerário formativo do educando* (§ 1º do art. 1º, Lei n. 11.788). Esclareceu que mesmo o estágio não obrigatório (que existe ao lado do obrigatório) é desenvolvido como atividade opcional que se acresce *à carga horária regular e obrigatória* (§ 2º do art. 2º da nova Lei do Estágio).

Não obstante, surgiram mudanças legais de objetivos e efeitos duvidosos: é que se permitiu o estágio não somente para estudantes do ensino regular em instituições de educação superior, de educação profissional e de educação especial (critério permissivo clássico desde os anos de 1970/80), como se alargaram as permissões iniciadas no fim da década de 1990 para estágio de estudantes não profissionalizantes, ou seja, alunos de ensino médio e, agora, estudantes dos *anos finais do ensino fundamental*, na modalidade profissional da educação de jovens e adultos (art. 1º, *caput*). De todo modo, a nova lei buscou refrear a contratação desmesurada desse grupo de estagiários, fixando-lhe percentuais máximos em relação ao quadro de pessoal das entidades concedentes de estágio (ver tabelas do art. 17, incisos e parágrafos, da Lei n. 11.788/08).

Pontue-se, a propósito, que tanto a antiga como a nova Lei do Estágio não mencionam a *idade mínima* para a contratação de estagiários. Não se

trata, porém, de efetiva omissão normativa; é que a matéria tem regência constitucional direta e explícita, que não poderia, de qualquer maneira, ser elidida por dispositivo infraconstitucional. Fixa a Constituição, como se sabe, desde a EC n. 20, de dezembro de 1998, a regra de *proibição de (...) qualquer trabalho a menores de dezesseis anos, salvo na condição de aprendiz, a partir de quatorze anos* (art. 7º, XXXIII, CF/1988)⁽⁷⁾. O piso constitucional dos dezesseis anos torna-se ainda mais lógico em face do permissivo da nova Lei do Estágio para a contratação de estudantes de ensino médio e dos anos finais do ensino fundamental. É que, não se fazendo o corte etário constitucional imperativo, estar-se-ia, em diploma legal manifestamente progressista (como a Lei n. 11.788/08), restaurando permissão para trabalho infantil no País — o que seria inaceitável contrassenso lógico, jurídico e cultural⁽⁸⁾.

Finalmente cabe esclarecer que a nova Lei do Estágio regula todos os contratos celebrados e executados *a partir de sua vigência* (26.9.2008). Regula também o *período novo* dos contratos *renovados ou prorrogados* desde 26.9.2008 (art. 18, Lei n. 11.788/08). Entretanto, não atinge os pactos celebrados e executados na fase precedente à vigência da lei nova, ainda que sua execução seja concluída tempos após essa data. Esta restrição à regência normativa da nova Lei de Estágio resulta do texto explícito da própria Lei n. 11.788/08 (arts. 21 e 18), como também do princípio informador do efeito apenas imediato, mas não retroativo, das regras jurídicas novas — diretriz que tem clássico fundo *constitucional* (art. 5º, XXXVI, CF/88).

A) Requisitos Formais — A nova Lei do Estágio (n. 11.788/08) também fixa, na esteira da antiga Lei n. 6.494/77, requisitos *formais* e *materiais* para a validação do presente contrato de trabalho *lato sensu*, de natureza e fins educacionais. Entretanto seus requisitos formais são muito mais extensos e diferenciados do que os estabelecidos na legislação precedente.

São os seguintes os *requisitos formais* do contrato de estágio, segundo o novo diploma legal.

(7) Anteriormente à EC n. 20/1998, os pisos etários constitucionais eram, respectivamente, 14 anos para *qualquer trabalho*, salvo no tocante à aprendizagem, cuja idade mínima de ingresso era 12 anos.

(8) A Lei n. 11.788/08, ciente da existência no País de enorme contingente de estudantes com idade mais elevada do que o padrão ideal relativo à respectiva escolaridade, ou até mesmo *estudantes-adultos* nas fases escolares iniciais ou intermediárias, fez referência à possibilidade de estágio no *ensino médio* e nos próprios *anos finais do ensino fundamental*, de modo a abranger esses estudantes etariamente mais maduros. Não pode ser outro o sentido dos mencionados preceitos normativos da nova lei que se referem à *educação de jovens e adultos* (art. 3º, I, e art. 10, I, Lei n. 11.788/08) e à possibilidade de contrato de estágio nessas fases iniciais e intermediárias da escolaridade — sob pena de profunda regressão jurídica e sociocultural, além de manifesto desrespeito a comando constitucional inarredável. Para maior exame acerca dos limites etários para o trabalho do jovem no Brasil, consultar Capítulo XXII, item IV.5.B, *in fine*, deste Curso (“Discriminação Contra Trabalhador Menor de 18 Anos”).

Em primeiro plano, a *qualificação das partes* envolvidas no estágio — o *concedente do estágio*, o *estudante-trabalhador* e, inovadoramente, a *instituição de ensino*. Observe-se que no regime da lei anterior, esta instituição era mera *interveniente* na relação jurídica de estágio; hoje é considerada *parte integrante* de uma relação jurídico-educativa trilateral.

A parte concedente do estágio abrange *peças jurídicas de Direito Privado, órgãos da administração pública direta, autárquica e fundacional* de qualquer dos Poderes da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, bem como *profissionais liberais de nível superior* devidamente registrados em seus respectivos conselhos de fiscalização profissional (art. 9º, Lei n. 11.788/08).

Como se vê, a nova lei corrigiu omissão do diploma anterior no tocante à natural permissão para contratação de estagiários por profissionais liberais.

A Lei n. 11.788 (art. 9º, incisos I a VII) estabelece obrigações específicas para a parte concedente do estágio:

I — celebrar termo de compromisso com a instituição de ensino e o educando, zelando por seu cumprimento; II — ofertar instalações que tenham condições de proporcionar ao educando atividades de aprendizagem social, profissional e cultural; III — indicar funcionário de seu quadro de pessoal, com formação ou experiência profissional na área de conhecimento desenvolvida no curso de estagiário, para orientar e supervisionar até dez estagiários simultaneamente; IV — contratar em favor do estagiário seguro contra acidentes pessoais, cuja apólice seja compatível com valores de mercado, conforme fique estabelecido no termo de compromisso; V — por ocasião do desligamento do estagiário, entregar termo de realização do estágio com indicação resumida das atividades desenvolvidas, dos períodos e da avaliação de desempenho; VI — manter à disposição da fiscalização documentos que comprovem a relação de estágio; VII — enviar à instituição de ensino, com periodicidade mínima de seis meses, relatório de atividades, com vista obrigatória ao estagiário.

No que tange ao favorecido pelo estágio, deve se tratar, obviamente, de *estudante* — o *educando* de que fala o *caput* do art. 1º da Lei n. 11.788. Quer dizer, aluno que esteja *frequentando o ensino regular em instituições de educação superior, de educação profissional, de ensino médio, da educação especial e dos anos finais do ensino fundamental, na modalidade profissional da educação de jovens e adultos* (art. 1º, *caput*, nova Lei do Estágio). Note-se que a lei enfatiza a imperatividade da *matrícula e frequência regular* nos respectivos cursos e níveis educativos formais (art. 3º, I, Lei n. 11.788/08) — sob pena de o estágio desgarrar-se de sua natureza e objetivos de *ato educativo escolar supervisionado*, segundo conceitua o *caput, ab initio*, do art. 1º da nova Lei do Estágio.

Note-se que o novo diploma normativo ampliou a permissão para a contratação de estagiários, de modo a abranger também os alunos do *simple ensino médio* (não necessariamente profissionalizante) e, até mesmo, dos *anos finais do ensino fundamental* (a primeira dessas ampliações remonta ao final dos anos 1990). Nesse caso, duas ressalvas têm de ser observadas

na interpretação e aplicação da lei nova: evidentemente que a regra somente abrange alunos que já contem com 16 anos, em face do piso etário constitucional prevaemente (art. 7º, XXXIII, CF/1988, desde EC n. 20/1998); por outro lado, a inserção desse tipo de estudante com formação escolar ainda incipiente e não profissionalizante no ambiente laborativo pode, na prática, deixar de atender à natureza e objetivos da própria Lei do Estágio, não preenchendo os requisitos *materiais* desse contrato educativo especial⁽⁹⁾.

No que tange à terceira parte dessa relação jurídica complexa, está-se referindo à *instituição de ensino* a que se vincula o estudante-estagiário.

No império da Lei n. 6.494/77, tratava-se de simples *interveniente*. Com a Lei n. 11.788/08, assume papel muito mais pronunciado na formulação e concretização do estágio, compondo verdadeira relação jurídica tripartite na estruturação e prática da figura jurídica. Na verdade, no regime da nova lei, a instituição de ensino desponta em primeiro plano, por ser o estágio, antes de tudo, um *ato educativo escolar supervisionado* (*caput, ab initio*, do art. 1º). No presente *Curso de Direito do Trabalho*, ela é referida, entre as três partes, em terceiro lugar, apenas por razões didáticas, a fim de que fique mais clara a comparação entre os regimes jurídicos das duas leis reguladoras do contrato de estágio.

A importância da instituição de ensino se ressalta por ser o estágio um *ato educativo escolar supervisionado* que compõe o *projeto pedagógico do curso, além de integrar o itinerário formativo do educando* (art. 1º, *caput* e § 1º). Esse caráter específico e diferenciado desta figura jurídica está presente quer no estágio obrigatório (que corresponde àquele *definido como tal no projeto do curso, cuja carga horária é requisito para aprovação e obtenção do diploma* — art. 2º, § 1º), quer no estágio não obrigatório (que corresponde àquele *desenvolvido como atividade opcional, acrescida à carga horária regular e obrigatória* — art. 2º, § 2º).

A Lei n. 11.788 (art. 7º, incisos I a VII) estabelece obrigações específicas para a instituição de ensino relativamente aos estágios de seus educandos:

I — celebrar termo de compromisso com o educando ou com seu representante ou assistente legal, quando ele for absoluta ou relativamente incapaz, e com a parte concedente, indicando as condições de adequação do estágio à proposta pedagógica do curso, à etapa e modalidade da formação escolar do

(9) Portanto, jamais o contrato de estágio pode ser compreendido como mero instrumento de arrematação de mão de obra barata por entidades públicas e privadas; ele há de corresponder sempre a um *ato educativo escolar supervisionado*. Esta relação jurídica especial tem de fazer *parte do projeto pedagógico do curso, integrando o itinerário formativo do educando* (§ 1º do art. 1º da Lei n. 11.788/08); ela se deflagra e se realiza com vistas ao *aprendizado de competências próprias da atividade profissional e à contextualização curricular, objetivando o desenvolvimento do educando para a vida cidadã e para o trabalho* (art. 1º, §§ 1º e 2º, da Lei n. 11.788).

estudante e ao horário e calendário escolar; II — avaliar as instalações da parte concedente do estágio e sua adequação à formação cultural e profissional do educando; III — indicar professor orientador, da área a ser desenvolvida no estágio, como responsável pelo acompanhamento e avaliação das atividades do estagiário; IV — exigir do educando a apresentação periódica, em prazo não superior a seis meses, de relatório de atividades; V — zelar pelo cumprimento do termo de compromisso, reorientando o estagiário para outro local em caso de descumprimento de suas normas; VI — elaborar normas complementares e instrumentos de avaliação dos estágios de seus educandos; VII — comunicar à parte concedente do estágio, no início do período letivo, as datas de realização de avaliações escolares ou acadêmicas.

A acentuação das atribuições da instituição de ensino não significa, porém, de modo algum, transferência para ela dos efeitos jurídicos resultantes de eventual distorcida utilização do contrato de estágio pela parte concedente. Desnaturando-se o vínculo jurídico-educacional efetivado, pelo não atendimento de seus requisitos formais e/ou materiais, de modo a frustrar o sentido teleológico da respectiva relação jurídica e de sua lei reguladora, e estando presentes os elementos da relação de emprego, desponta o vínculo empregatício clássico entre o estudante-trabalhador e a entidade tomadora de serviços — a parte concedente do estágio (art. 9º e *caput* dos arts. 3º e 2º da CLT). É o que deriva da lógica da ordem jurídica (quer no período de regência da Lei n. 6.494/77, quer no novo império da Lei n. 11.788/08), assim como decorre do próprio texto explícito da nova Lei de Estágio (ilustrativamente, art. 3º, *caput* e § 2º; art. 12, § 1º; art. 15, *caput*). Não há que se falar, evidentemente, também em responsabilidade solidária ou subsidiária da instituição de ensino em face do contrato empregatício formado entre o estudante-trabalhador e seu tomador de serviços.

O segundo requisito formal do estágio (ultrapassado o exame da qualificação das partes envolvidas) reside no *termo de compromisso*, documento a ser celebrado, segundo a nova lei, entre o educando, a parte concedente e a instituição de ensino (art. 3º, II, e art. 16, Lei n. 11.788).

Neste importante documento serão fixadas as condições de adequação do estágio à proposta pedagógica do curso, à etapa e modalidade da formação escolar do estudante e ao horário e calendário escolar (art. 7º, I). Será incorporado ao termo de compromisso o *plano de atividades do estagiário*, por meio de *aditivos à medida que for avaliado, progressivamente, o desempenho do estudante* (parágrafo único do art. 7º).

Registre-se que não obstante possam as instituições de ensino (art. 8º) celebrar com entes públicos e privados *convênios de concessão de estágio* (nos quais se explicitem o processo educativo compreendido nas atividades programadas para seus educandos e as condições formais e materiais estabelecidas na Lei n. 11.788), tais convênios não dispensam a celebração específica do *termo de compromisso tripartite* (parágrafo único do mesmo art. 8º).

O terceiro requisito formal do estágio diz respeito à existência de efetivo acompanhamento por *professor orientador da instituição de ensino e por supervisor da parte concedente do estágio*, comprovado por vistos em relatórios de atividades do estagiário (apresentados em prazos não superiores a seis meses) e por menção de aprovação final (art. 3º, § 1º, e art. 7º, IV, Lei n. 11.788). Este elemento, embora se confunda com um dos requisitos materiais do estágio, ganhou contornos também formais na matriz da nova lei regulamentadora, em face da necessária designação específica tanto de professor orientador pela instituição de ensino, como de supervisor de estágio pela parte concedente.

O quarto requisito formal refere-se à observância de importante rol de regras contratuais e direitos do trabalhador-estagiário instituídos pelo novo diploma normativo. Este rol pode ser dividido em dois grupos, segundo a imperatividade ou não da correspondente norma legal instituidora: regras e vantagens imperativas, ao lado de regras e vantagens meramente facultativas.

São regras e vantagens imperativas do novo contrato de estágio: a) *jornada de trabalho delimitada e reduzida*, nos parâmetros de *quatro horas diárias e 20 semanais* (para estudantes de educação especial e dos anos finais do ensino fundamental) ou de *seis horas diárias e 30 semanais* (para estudantes do ensino superior, da educação profissional de nível médio e do ensino médio regular)⁽¹⁰⁾; b) *diminuição episódica da carga horária do estágio pelo menos à metade, se a instituição de ensino adotar verificações de aprendizagem periódicas ou finais, nos períodos de avaliação* (art. 10, § 2º); c) *recesso anual de 30 dias, ou proporcional a período de estágio menor*, inclusive com pagamento, caso se trate de estágio remunerado (art. 13 e seus parágrafos); d) *proibição de duração do estágio acima de dois anos, na mesma parte concedente*, exceto tratando-se de estagiário portador de deficiência (art. 11). Todas essas quatro regras e/ou direitos têm relação, como percebido, com a maior ou menor disponibilidade temporal do estagiário perante a parte concedente do estágio.

Integram ainda o rol de regras e vantagens imperativas: e) *seguro contra acidentes pessoais*, cuja apólice seja compatível com valores de mercado, conforme fique estabelecido no termo de compromisso (art. 9º, IV). Esta obrigação é própria à *parte concedente do estágio*, podendo, entretanto, *alternativamente, no caso de estágio obrigatório, ser assumida pela instituição de ensino* (parágrafo único do art. 9º). Havendo silêncio do termo de compromisso ou do convênio de estágio, preserva-se com a parte

(10) A jornada especial e reduzida do estagiário está prevista no art. 10, I e II, da Lei n. 11.788. Por exceção, esta lei permitiu duração semanal até 40 horas, relativamente a cursos que alternam teoria e prática, nos períodos em que não estão programadas aulas presenciais, desde que isso esteja previsto no projeto pedagógico do curso e da instituição de ensino (§ 1º do art. 10, nova Lei do Estágio).

concedente a referida obrigação (arts. 8º, *caput*, e 7º, I, combinados com art. 9º e parágrafo único, Lei n. 11.788); f) *aplicação da legislação relacionada à saúde e segurança do trabalho* — cuja implementação será também de *responsabilidade da parte concedente do estágio* (art. 14).

Registre-se ademais que, no caso de *estágio não obrigatório*, será imperativa a concessão de duas outras vantagens: g) *bolsa ou outra forma de contraprestação*; h) *auxílio-transporte*.

São regras e vantagens meramente facultativas do novo contrato de estágio: a) *bolsa ou outra forma de contraprestação, no caso de estágio obrigatório*; b) *auxílio-transporte, no caso de estágio obrigatório*. Ressalte-se que estas duas vantagens, como já visto, são imperativas tratando-se de estágio não obrigatório.

Outras vantagens podem ser dadas pela parte concedente do estágio, sem que se desnature, necessariamente, este contrato especial de natureza e fins educativos: transporte (se não escolhido o auxílio-transporte já mencionado); alimentação; saúde (art. 12, § 1º). Note-se que a lista de vantagens facultativas arroladas pela Lei do Estágio é meramente exemplificativa (“*entre outros*” é a expressão da regra legal do § 1º do art. 12 da Lei n. 11.788, ao se referir aos eventuais benefícios voluntariamente concedidos pela parte concedente do estágio)⁽¹¹⁾.

B) Requisitos Materiais — Estes requisitos visam a assegurar, como visto, o efetivo cumprimento dos fins sociais (de natureza educacional, enfatize-se) do contrato de estágio, ou seja, a realização pelo estudante de atividades de verdadeira aprendizagem social, profissional e cultural, proporcionadas pela sua participação em situações concretas de vida e trabalho de seu meio.

A nova lei acentua o caráter pedagógico dessa figura jurídica, definindo-a como *ato educativo escolar supervisionado*, desenvolvido no ambiente do trabalho, que visa à preparação para o trabalho produtivo de educandos regularmente inscritos nas instituições de ensino que menciona (*caput, ab initio*, do art. 1º da Lei n. 11.788). Insiste a lei que o estágio *faz parte do projeto pedagógico do curso, além de integrar o itinerário formativo do educando* (§ 1º do art. 1º do novo diploma legal). Para ela, o estágio *visa ao aprendizado de competências próprias da atividade profissional e à contextualização curricular, objetivando o desenvolvimento do educando para a vida cidadã e para o trabalho* (§ 2º do art. 1º da nova Lei do Estágio).

(11) A Lei n. 11.788 (art. 12) classifica ainda o estudante-estagiário como *contribuinte facultativo* da Previdência Oficial (diz o preceito que o educando poderá *inscrever-se e contribuir como segurado facultativo do Regime Geral de Previdência Social*). Na verdade, porém, os estudantes, ao lado de *quaisquer outras pessoas físicas maiores de 14 anos*, já muito anteriormente se enquadravam como *contribuintes facultativos*, segundo a própria Lei Previdenciária n. 8.213, de 1991, em seu art. 13.

Os requisitos materiais têm de expressar exatamente essa efetiva integração do estágio na formação escolar do estudante, na qualidade de complemento específico e distinto, mas logicamente participante de sua formação educacional.

Os requisitos materiais da Lei n. 11.788, embora não discrepem daqueles estabelecidos pela legislação precedente, são regulados de maneira mais precisa e minuciosa, objetivando propiciar seu melhor cumprimento. Note-se que abrangem os dois tipos de estágio, seja o obrigatório (*aquele definido como tal no projeto do curso, cuja carga horária é requisito para aprovação e obtenção do diploma* — art. 2º, § 1º), seja o não obrigatório (*aquele desenvolvido como atividade opcional, acrescida à carga horária regular e obrigatória* — art. 2º, § 2º).

Eis os requisitos materiais desse contrato diferenciado.

Em primeiro lugar, que o estágio se verifique em unidades que tenham aptidão efetiva para disponibilizar experiência prática de formação profissional ao estudante. Nesta linha, cabe à parte concedente *ofertar instalações que tenham condições de proporcionar ao educando atividades de aprendizagem social, profissional e cultural* (art. 9º, II).

Em segundo plano, que haja real harmonia e compatibilização entre as funções exercidas no estágio e a formação educativa e profissional do estudante em sua escola, observado o respectivo currículo escolar.

Em terceiro lugar, que o estágio mereça efetivos acompanhamento e supervisão pelo tomador de serviços, de modo a viabilizar a real transferência de conhecimentos técnico-profissionais que justifica a figura jurídica.

Nesta direção, determina a nova lei alguns procedimentos imperativos à parte concedente do estágio, harmônicos a este terceiro requisito material. De um lado, que indique *funcionário de seu quadro de pessoal, com formação ou experiência profissional na área de conhecimento desenvolvida no curso do estagiário, para orientar e supervisionar até dez estagiários simultaneamente* (art. 9º, III; a respeito, também art. 3º, § 1º). De outro lado, que envie à *instituição de ensino, com periodicidade mínima de seis meses, relatório de atividades, com vista obrigatória ao estagiário* (art. 9º, VII). Ademais, por ocasião do desligamento do estagiário, que lhe entregue *termo de realização do estágio com indicação resumida das atividades desenvolvidas, dos períodos e da avaliação de desempenho* (art. 9º, V).

Note-se, a propósito, que também o estudante deverá encaminhar à instituição de ensino (e esta dele exigir), em prazo não superior a seis meses, *relatório de atividades* (art. 7º, IV), com vistos do supervisor da parte concedente e do respectivo professor orientador (art. 3º, § 1º).

O quarto requisito material é que o estágio proporcione ao estudante *efetiva complementação do ensino e aprendizagem, em consonância com os currículos, programas e calendários escolares.*

3. Estágio: avaliação crítica

O contrato de estágio tem formalidades especiais, imperativas à sua configuração. Caso não atendidas tais formalidades (*requisitos formais*), descaracteriza-se a relação jurídica de estágio.

A par disso, cabe ainda ao intérprete conclusivo do Direito verificar a realização da efetiva pertinência e efetividade do núcleo substantivo do estágio (*requisitos materiais*), consistente na *compatibilidade e harmonia entre o trabalho prestado e a escolaridade regular do estudante-estagiário.*

Note-se que, aqui, o mais importante não é se saber se o tomador de serviços está auferindo (ou não) ganhos econômicos com o estágio — já que tais ganhos sempre existirão em qualquer situação de prestação laborativa de alguém a outrem (mesmo prestação laborativa não onerosa, insista-se). Tais ganhos são inevitáveis a qualquer prestação de trabalho, sendo que esse fato não descaracteriza a regularidade do estágio. *O fundamental, portanto, é aferir-se se o estágio está, efetivamente, cumprindo seus objetivos legais de permitir ganhos educacionais e profissionais para o estudante-obreiro. Ou seja, aferir-se o papel agregador real do estágio para a escolaridade e a formação educacional e profissional do estagiário.*

Não percebida, concretamente, essa função educativa e formadora do estágio, desenquadra-se o vínculo praticado do modelo excetivo previsto na Lei n. 6.494/77 e, posteriormente, Lei n. 11.788/08, despontando a figura genérica da relação de emprego (o reconhecimento do vínculo empregatício com o tomador de serviços não ocorrerá, porém, relativamente às *entidades estatais*, por força de vedação também constitucional: art. 37, II e § 2º, CF/88; nesses casos incidirá o disposto na Súmula 363 do TST).

A figura do estágio remete o analista à oportuna reflexão sobre a distribuição do ônus probatório no processo do trabalho. Admitida a prestação do trabalho pelo tomador de serviços (no caso, *parte concedente do estágio*), será deste o ônus de provar a existência de fato modificativo da relação jurídica existente. É que incide, no caso, a presunção de contrato empregatício, por constituir esse tipo de vínculo o padrão genérico e dominante de contratação de trabalho no mundo contemporâneo (Súmula 212, TST).

Contudo, efetuando o réu prova documental dos requisitos formais do estágio, passa ao autor da ação o ônus de evidenciar que tais documentos não espelham a modalidade de relação jurídica neles informada. É que,

no caso, recai sobre a parte que alega a não veracidade do conteúdo de documentos o ônus de comprovar suas alegações (art. 389, I, CPC/1973; art. 429, I, CPC/2015).⁽¹²⁾

Em conclusão, desde que evidenciados, processualmente, os requisitos formais do estágio (prova documental, sob ônus da defesa) — e ressalvada a possibilidade de inversão do ônus da prova referida na nota precedente —, caberá ao autor demonstrar que os requisitos materiais, contudo, não emergem na relação jurídica trazida a exame judicial (prova não necessariamente documental)⁽¹³⁾.

IV. A QUESTÃO DAS COOPERATIVAS

A partir dos anos de 1990, com a dinâmica de desprestígio oficial da relação de emprego e de desregulamentação e flexibilização da ordem jurídica trabalhista que tanto caracterizou aquela década, o tema das cooperativas, como fórmula alternativa de arregimentação e organização da força de trabalho no sistema socioeconômico capitalista no Brasil, ganhou forte presença na vida trabalhista. Inicialmente, por meio de singela — porém impactante — regra lançada no parágrafo único do art. 442 da CLT, pela Lei n. 8.949, de 9.12.1994; quase 18 anos depois, por meio de diploma legal mais complexo, a Lei n. 12.690, publicada no Diário Oficial de 20.7.2012⁽¹⁴⁾.

(12) No regime do CPC 1973, a jurisprudência procedia, em situações peculiares, à inversão do ônus da prova, quando pertinente a aplicação da *teoria da aptidão para a prova*, que recomenda a incidência sobre a parte que detém o controle sobre a situação fática envolvida o ônus de provar as suas alegações, ainda que essencialmente defensivas. Tal teoria encontra suporte no Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078/1990, art. 6º, VIII), diploma normativo construído sob o império humanista, social e técnico da Constituição de 1988, sendo manifestamente aplicável, em tais situações, ao Direito do Trabalho e Direito Processual do Trabalho (art. 8º c./c. art. 769, ambos da CLT). O novo CPC, a seu turno, também permite essa inversão probatória, em seu art. 373, § 1º: “Nos casos previstos em lei ou diante de peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos do *caput* ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, poderá o juiz atribuir o ônus da prova de modo diverso, desde que o faça por decisão fundamentada, caso em que deverá dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído”. Esclarece o § 2º que a distribuição diversa do ônus da prova “não pode gerar situação em que a desincumbência do encargo pela parte seja impossível ou excessivamente difícil”. É o que também passou a enfatizar, expressamente, a CLT, por meio dos novos §§ 1º, 2º e 3º de seu art. 818, conforme redação inserida pela Lei n. 13.467/2017.

(13) Claro está que a própria prova documental colacionada pode já evidenciar a utilização simulatória da presente figura. Ilustrativamente, quando o estudante é rematriculado, no mesmo curso em que se graduou, porém noutra instituição de ensino, para fins de renovação do estágio. A propósito, com a Lei n. 11.788/08 alargaram-se, significativamente, os requisitos formais e se criaram novas exigências relacionadas aos requisitos materiais, do que resultou uma acentuação do encargo probatório da parte concedente do estágio.

(14) A respeito da fase de desprestígio oficial da relação de emprego e do Direito do Trabalho na década de 1990 no País, consultar, neste Curso, no Capítulo I, o item IX (“Temas Recor-

1. A Lei n. 8.949, de 1994

A Lei n. 8.949, de dezembro de 1994, acrescentando parágrafo único ao art. 442 da CLT, parecia ter vindo introduzir hipótese de inviabilização jurídica de vínculo empregatício (e, portanto, da presença da figura do empregado) no contexto de uma relação de prestação de trabalho no sentido amplo. Tratava-se das chamadas *cooperativas de mão de obra*.

Disponha a regra então inserida: “*qualquer que seja o ramo de atividade da sociedade cooperativa, não existe vínculo empregatício entre ela e seus associados, nem entre estes e os tomadores de serviços daquela*”.

Está-se diante de uma excludente legal da relação de emprego, ou não?

Na verdade, não se trata de uma excludente legal absoluta, mas de simples presunção relativa de ausência de vínculo de emprego, caso exista efetiva relação cooperativista envolvendo o trabalhador *lato sensu*.

O objetivo da lei foi retirar do rol empregatício relações próprias às cooperativas — desde que não comprovada a roupagem ou utilização meramente simulatória de tal figura jurídica.

Ou seja: a lei favoreceu o cooperativismo, ofertando-lhe a presunção de ausência de vínculo empregatício; *mas não lhe conferiu um instrumental para obrar fraudes trabalhistas*. Por isso, comprovado que o envoltório cooperativista não atende às finalidades e princípios inerentes ao cooperativismo (princípio da *dupla qualidade* e princípio da *retribuição pessoal diferenciada*, por exemplo), *fixando, ao revés, vínculo caracterizado por todos os elementos fático-jurídicos da relação de emprego, esta deverá ser reconhecida, afastando-se a simulação perpetrada*.

Para se avaliar a respeito da efetiva existência de uma relação de natureza cooperativista é necessário que o operador justtrabalhista realize duas operações: de um lado, verifique a observância dos princípios que justificam e explicam as peculiaridades do cooperativismo no plano jurídico e social. Por isso é necessário conhecer e lidar, consistentemente, com as diretrizes da dupla qualidade e da retribuição pessoal diferenciada.

De outro lado, é também necessário examinar-se a presença (ou não) dos elementos componentes da relação de emprego: *configurados estes,*

rentes: flexibilização e desregulamentação trabalhistas”). Consultar também no Capítulo IV deste Curso o item II.3.B (“Crise Cultural: desregulamentação e flexibilização”). Sobre a retomada dessa fase de desprestígio oficial da relação de emprego, do Direito do Trabalho e das próprias políticas públicas sociais, a partir de 2016/17, consultar, neste Curso, no Capítulo I, o mesmo item IX, já citado; no Capítulo III, o subitem VI.5 (“A Reforma Trabalhista Brasileira de 2017: sentido jurídico”); por fim, no Capítulo IV o item VI (“A Reforma Trabalhista de 2017: Lei n. 13.467/2017).

*há, efetivamente, o tipo legal regulado pela CLT. É que não permite a ordem jurídica civilizada a contratação do trabalho humano, com os intensos elementos formadores da relação de emprego, sem a incidência do manto normativo mínimo assecuratório da dignidade básica do ser humano nessa seara da vida individual e socioeconômica. Os princípios constitucionais da valorização do trabalho e emprego, da centralidade do ser humano na ordem jurídica e na vida socioeconômica, da igualdade em sentido substancial, da justiça social, da subordinação da propriedade à sua função socioambiental, a par do próprio princípio da dignidade da pessoa humana — todos separadamente ou de maneira conjugada — não absorvem fórmulas regentes da relação de emprego que retirem tal vínculo do patamar civilizatório mínimo afirmado pela ordem jurídica contemporânea. A propósito, o próprio art. 7º da Constituição, em seu *caput* e incisos, estabelece o envoltório protetivo trabalhista para toda relação de emprego configurada na sociedade⁽¹⁵⁾.*

A) Princípio da Dupla Qualidade — *O princípio da dupla qualidade⁽¹⁶⁾ informa que a pessoa filiada tem de ser, ao mesmo tempo, em sua cooperativa, cooperado e cliente, auferindo as vantagens dessa duplicidade de situações.*

Isso significa que, para tal princípio, é necessário haver efetiva prestação de serviços pela Cooperativa *diretamente ao associado* — e não somente a terceiros. Essa prestação direta de serviços aos associados/cooperados é, aliás, conduta que resulta imperativamente da própria Lei de Cooperativas (art. 6º, I, Lei n. 5.764/70).

De fato, segundo a lei, as *cooperativas singulares* (que não se confundem com as “cooperativas centrais” ou “federações de cooperativas” ou, ainda, “confederações de cooperativas” — art. 6º, II e III, Lei das Cooperativas) “... se caracterizam pela prestação direta de serviços aos associados” (art. 7º, Lei n. 5.764/70). Na mesma linha, enfatiza o art. 4º deste diploma que as cooperativas singulares são “constituídas para prestar serviços aos associados”.

Objetiva, desse modo, o *princípio da dupla qualidade* que as cooperativas destaquem-se por uma peculiaridade em face de outras associações: *o próprio associado é um dos beneficiários centrais dos serviços por ela prestados.*

De fato, é o que ocorre, regra geral, com as tradicionais cooperativas de prestação de serviços, clássicas no mercado de trabalho (ilustrativamente,

(15) A exceção do *estágio* harmoniza-se com a Constituição em face do potenciamento que a *educação* tem no avanço humanístico, cultural, social e econômico do indivíduo, realizando o próprio preceito constitucional que vê na educação um “*direito de todos e dever do Estado e da família*” a ser “*promovida e incentivada com a colaboração da sociedade*” (art. 205, CF/88, grifos acrescidos).

(16) O princípio da *dupla qualidade*, inerente ao cooperativismo, está mencionado por Walmor Franke, conforme referência efetuada, em 1996, pela jurista Iara Alves Cordeiro Pacheco. Porto Alegre: Síntese, *Revista Síntese Trabalhista*, ano VII, n. 85, julho-96, p. 16-19.

cooperativas de operadores *autônomos* de serviços de táxi, de operadores *autônomos* de serviços médicos, etc.). É o que se passa também com as tradicionais cooperativas de produtores *autônomos* (por exemplo, cooperativas de artesãos, de artistas, de produtores, etc.). Nesses casos, a cooperativa existe para prestar serviços a seus associados, *que são profissionais autônomos*, sendo a oferta de serviços a terceiros mero instrumento para viabilizar seu objetivo primário e mais notável (prestação de serviços a seus próprios integrantes).

B) Princípio da Retribuição Pessoal Diferenciada — Há, ainda, no cooperativismo, princípio que pode ser denominado como *retribuição pessoal diferenciada*.

De fato, o que justifica a existência da cooperativa — e as vantagens que essa figura recebe da ordem jurídica — é a circunstância de que ela *potencia* as atividades humanas e das organizações cooperadas. As cooperativas são protegidas pelo Direito porque potenciam o trabalho humano.

Efetivamente, a *cooperativa permite que o cooperado obtenha uma retribuição pessoal, em virtude de sua atividade autônoma, superior àquilo que obteria caso não estivesse associado*. A retribuição pessoal de cada cooperado é, necessariamente (ainda que em potencial), superior àquela alcançada caso atuando isoladamente.

O princípio da retribuição pessoal diferenciada é a *diretriz jurídica que assegura ao cooperado um complexo de vantagens comparativas de natureza diversa muito superior ao patamar que obteria caso atuando destituído da proteção cooperativista*. A ausência desse complexo faz malograrem tanto a noção como os objetivos do cooperativismo, eliminando os fundamentos sociais que justificaram o tratamento mais vantajoso que tais entidades sempre mereceram da ordem jurídica.

Observe-se, ilustrativamente, como atua o *princípio da retribuição pessoal diferenciada* na prática do mercado econômico. Tome-se o caso de uma cooperativa de condutores autônomos de táxis. A ação da cooperativa tende a conferir ao cooperado, que já atua como profissional autônomo, um amplo e diferenciado complexo de vantagens de natureza diversa: ela amplia o mercado do cooperado, fazendo convênios com empresas, instituindo ferramentas de teletáxi ou de aplicativos digitais de transporte, etc.; ela captura no sistema institucional linhas de financiamento favorecido para seus associados; ela subsidia o combustível e peças de reposição para os taxistas filiados; ela subscreve convênios diversos para os taxistas e seus dependentes, etc. O mesmo pode ocorrer com cooperativas de serviços de médicos autônomos: o cooperado médico, que já labora como profissional autônomo, aufere, em função do cooperativismo, clientela específica, certa

e larga — clientela inimaginável caso ele estivesse atuando sozinho, isolado em seu consultório; além disso, a cooperativa presta-lhe diversos outros serviços, ampliando seu potencial.

O pressuposto da regular vinculação cooperativista é, como se vê, a atuação autônoma *isolada*. Estabelecido esse correto pressuposto, desponta o notável diferencial enfatizado pelo princípio da retribuição pessoal diferenciada.

O presente princípio jurídico é de recente revelação no campo jurídico, reconheça-se⁽¹⁷⁾. Seu caráter inovador não diminui, contudo, sua força diretiva própria.

Este princípio ainda não havia sido *percebido* em virtude de o *fato* do cooperativismo, em sua modalidade de *cooperativas de mão de obra*, não se ter tornado, até períodos recentes, fenômeno de grande importância e recorrência, não ensejando até então o aprofundamento da pesquisa teórica e prática a respeito do assunto. O novo fenômeno (cooperativas de mão de obra) somente surgiu a partir de certa leitura interpretativa feita sobre o novo texto da CLT (parágrafo único do art. 442, introduzido apenas no final do ano de 1994).

No período anterior a dezembro de 1994, de maneira geral, era tão evidente o cumprimento desse princípio nos demais exemplos correntes de cooperativas (cooperativas de prestação de serviços autônomos, de produtores autônomos, de produção, etc.) que a doutrina jurídica ainda não se havia voltado a uma pesquisa nessa direção. Afinal, a ciência informa que as próprias perguntas somente podem ser propostas (e, conseqüentemente, as respostas, investigadas e encontradas) quando os problemas apresentam-se no plano concreto das relações sociais. E é o que se passou, no presente caso, relativamente às chamadas *cooperativas de mão de obra* e o princípio da retribuição pessoal diferenciada.

A nova interpretação sobre o cooperativismo surgiu, como fenômeno social genérico, essencialmente apenas no último lustro do século XX, no Brasil, provocando, desse modo, novas pesquisas e reflexões sobre o tema. Afinal, tratava-se de interpretação acerca de modelo muito distinto de entidade cooperativista, formada não por profissionais autônomos, mas obreiros claramente subordinados. O modelo parecia pretender se ajustar, como classicamente sempre fez a fórmula cooperativista, à atuação isolada dos profissionais autônomos; ao reverso, buscava açambarcar a atuação maciça e plural de trabalhadores tradicionalmente vinculados a seu tomador por vínculo empregatício.

(17) As primeiras referências surgiram em sentenças judiciais prolatadas em setembro de 1996, pela antiga 1ª JCY de Belo Horizonte, sob nossa Presidência (Processo n. 01876/95, referente à ação trabalhista proposta por Luciene Lazarino contra Cooperativa Mineira de Vigilância e Segurança e Serviços Gerais Ltda. — COOPSEGSERVS — e Município de Belo Horizonte e Processo n. 01090/96, referente à ação trabalhista proposta por Vilma Aparecida Camara Souza Jardim contra a mesma COOPSEGSERVS).

A propagação desse fato novo provocou, em consequência, a necessidade de novas pesquisas e análises jurídicas sobre o cooperativismo. Daí a revelação do recente princípio da retribuição pessoal diferenciada.

Em setembro de 1996, no Processo Trabalhista n. 01876/95-1^a JCJ/BH, consumou-se a análise da situação concreta à luz dos dois mencionados princípios específicos do cooperativismo:

“No caso em exame, o princípio da dupla qualidade não é atendido já que não se encontra, nestes autos, qualquer mínima evidência de que a Cooperativa Reclamada trate a Autora como sua beneficiária, sua cliente, a razão de ser de sua existência. Não. Ao contrário, o que se percebe, simplesmente, é a oferta de força de trabalho a terceiros, em moldes estritamente individuais sob a ótica da Autora, sem qualquer atividade, função ou programa de serviços ou vantagens entregues diretamente pela Cooperativa à obreira. Excetuado o pagamento pelos serviços, não há qualquer retribuição material ou de outra natureza que demonstre que a trabalhadora seja destinatária dos serviços da Cooperativa.

Já o princípio da retribuição material diferenciada também claramente não é atendido pela cooperativa em análise. A Cooperativa Reclamada não potencia o trabalho da Reclamante: apenas lhe defere um lugar padrão de prestação de serviços. Não se enxerga qualquer traço, nestes autos, de que a cooperativa permita que o cooperado obtenha uma retribuição pessoal em virtude de seu trabalho potencialmente superior àquilo que obteria caso não estivesse associado. Nada demonstra que a retribuição pessoal da Reclamante seja (ainda que potencialmente) superior àquela alcançada caso atuando isoladamente. Ao revés, emerge claro um aritmético rebaixamento do preço da força de trabalho, se comparado com o padrão mínimo autorizado pelo Direito brasileiro (há confissão, no sentido de que, o salário obreiro é levemente superior ao mínimo da categoria equivalente — fls. 133 —, sabendo-se que nenhum outro direito laboral clássico é assegurado à trabalhadora...).

Evidenciada a desarmonia da Cooperativa Reclamada aos dois princípios indissociáveis e obrigatórios do cooperativismo — não se ajustando, pois, à previsão normativa (tipo-legal) das Leis ns. 5.764/70 e 8.949/94 —, passa-se ao exame dos elementos fático-jurídicos da relação de emprego.” (Sentença Judicial, Processo n. 01876/95-1^a JCJ de Belo Horizonte. Juiz Presidente e Relator: Mauricio Godinho Delgado).⁽¹⁸⁾

À medida que se sabe que princípios são *mandamentos de otimização* (Robert Alexy),⁽¹⁹⁾ são diretrizes gerais que conformam a compreensão e aplicação do Direito, são *comandos jurídicos instigadores*, conclui-se que

(18) As JCJs (Juntas de Conciliação e Julgamento) foram extintas pela EC n. 24/1999, sendo substituídas pelas Varas do Trabalho, com igual numeração. Leia-se, portanto, hoje, 1^a VT de Belo Horizonte-MG.

(19) ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997, p. 86 e seguintes (tradução efetuada).

eles são o principal elemento que tem o Direito para assegurar vínculos fortes e harmônicos entre seus diversos componentes, *garantindo coerência ao conjunto normativo geral*.

Nessa qualidade, os dois princípios mencionados atuam de modo intenso na compreensão do conteúdo e sentido da regra inserida no parágrafo único do art. 442 da CLT, conferindo a ela significado apto a se ajustar, harmoniosamente, ao universo do ordenamento jurídico do País.

2. A Lei n. 12.690, de 2012

O diploma legal de 2012 regula a denominada Cooperativa de Trabalho (art. 1º, *caput*, e art. 10, § 1º, Lei n. 12.690), assim considerada “*a sociedade constituída por trabalhadores para o exercício de suas atividades laborativas ou profissionais em proveito comum, autonomia e autogestão para obterem melhor qualificação, renda, situação socioeconômica e condições gerais de trabalho*” (art. 2º, *caput*).

A regra do *caput* do art. 2º do novo diploma jurídico deixa evidente a absorção das duas diretrizes do cooperativismo anteriormente examinadas, quais sejam o princípio da dupla qualidade e o princípio da retribuição pessoal diferenciada.

Conforme se sabe, o *princípio da dupla qualidade* esclarece que o cooperado assume, ao mesmo tempo, a posição tanto de sócio, como de cliente da entidade cooperativista. De fato, conforme diz a nova regra citada (art. 2º, *caput*), o indivíduo integra-se à entidade cooperativista para o exercício de atividades laborativas ou profissionais *em proveito comum*, ou seja, tanto em seu próprio proveito como em proveito do grupo de cooperados e da respectiva entidade.

De outro lado, também se afirma o *princípio da retribuição pessoal diferenciada*, segundo o qual a entidade cooperativista permite que o cooperado obtenha uma retribuição pessoal, em virtude do exercício de sua atividade autônoma mas congregada, *superior àquilo que obteria caso não estivesse associado*. Efetivamente, diz a lei nova que os indivíduos congregam-se na cooperativa para *obterem melhor qualificação, renda, situação socioeconômica e condições gerais de trabalho* (*caput* do art. 2º da Lei n. 12.960).

Nos termos da Lei n. 12.960, a Cooperativa de Trabalho pode ser de dois tipos: I — *de produção, quando constituída por sócios que contribuem com trabalho para a produção em comum de bens e a cooperativa detém, a qualquer título, os meios de produção*; II — *de serviço, quando constituída por sócios para a prestação de serviços especializados a terceiros, sem a presença dos pressupostos da relação de emprego*” (art. 4º, I e II).

Registre-se, contudo, que não estão reguladas pelo novel diploma normativo (art. 1º, parágrafo único, incisos I a IV da Lei n. 12.690) as seguintes entidades: I — as cooperativas de assistência à saúde na forma da legislação de saúde complementar; II — as cooperativas que atuam no setor de transporte regulamentado pelo poder público e que detenham, por si ou por seus sócios, a qualquer título, os meios de trabalho; III — as cooperativas de profissionais liberais cujos sócios exerçam as atividades em seus próprios estabelecimentos; IV — as cooperativas de médicos cujos honorários sejam pagos por procedimento.

A) Restrições ao Veículo Cooperativista — O novo diploma legal procura enumerar certas restrições à utilização da fórmula cooperativista como veículo de aviltamento do trabalho humano na realidade concreta.

A primeira dessas restrições reside na incorporação das diretrizes da dupla qualidade e da retribuição pessoal diferenciada. Tais princípios visam, entre outros aspectos, a impedir a utilização meramente simulatória do cooperativismo, como ardiloso veículo de rebaixamento do valor trabalho na economia e na sociedade. Sua absorção pelo *caput* do art. 2º da Lei n. 12.960 já antepõe obstáculo à automática repetição do vendaval precarizante que se seguiu à edição da Lei n. 8.949/2004.⁽²⁰⁾

A Lei n. 12.690/2012, entretanto, procurou fixar novas travas à mercantilização e precarização do trabalho por meio da fórmula cooperativista que regula. Assim é que estipulou que a Cooperativa de Trabalho deve se reger, entre outros princípios e valores, pela *preservação dos direitos sociais, do valor social do trabalho* e da livre iniciativa (art. 3º, VIII) e pela *não precarização do trabalho* (art. 3º, IV). Determinou ainda o novo diploma jurídico que a *Cooperativa de Trabalho não pode ser utilizada para intermediação de mão de obra subordinada* (art. 5º). Esclareceu, ademais, o diploma normativo que as

(20) O efeito da Lei n. 8.949, de 9.12.1994, foi tão avassalador, no contexto de desregulamentação e flexibilização extremadas vivido na década de 1990 no Brasil, que o País, logo em seguida à nova lei, por alguns anos, verdadeiro processo de congelamento nas estatísticas de formalização do mercado de trabalho, não obstante o crescimento físico da população economicamente ativa durante o período. Segundo dados do Ministério do Trabalho, com base nos números do CAGED e RAIS, existiam, em dezembro de 1994 (data de surgimento da lei), 23,66 milhões de trabalhadores formalizados no País; um ano após, em 12/1995, este número pouco se alterou, fixando-se em somente 23,75 milhões; dois anos depois, em 12/1996, a alteração manteve-se desprezível, atingindo apenas 23,83 milhões de trabalhadores formalizados; três anos após o advento da lei, em dezembro de 1997, este número continuou a crescer irrisoriamente, atingindo apenas 24,10 milhões de trabalhadores. Na exacerbação desse quadro, centenas de Cooperativas de Trabalho (englobando os seguintes setores: educacional; trabalho; saúde; outros: produção, turismo, etc) foram instituídas precisamente no mesmo período, a contar de dezembro de 2004. A respeito, consultar DELGADO, M. G., “As Funções do Direito do Trabalho no Capitalismo e na Democracia”, in DELGADO, M. G. e DELGADO, G. N., *Constituição da República e Direitos Fundamentais* — dignidade da pessoa humana, justiça social e Direito do Trabalho. 4. ed. São Paulo: LTr, 2017, p. 87.

cooperativas de serviço têm de se estruturar, relativamente a seus sócios cooperativados, *sem a presença dos pressupostos da relação de emprego* (art. 4º, II).

No contexto dessas travas à mercantilização e precarização do trabalho, fixou também o diploma jurídico penalidade elevada (art. 17, § 1º), a ser aplicada pela Auditoria Fiscal Trabalhista do Ministério do Trabalho (art. 17, § 3º): “*A Cooperativa de Trabalho que intermediar mão de obra subordinada e os contratantes de seus serviços estarão sujeitos à multa de R\$500,00 (quinhentos reais) por trabalhador prejudicado, dobrada na reincidência, a ser revertida em favor do Fundo de Amparo ao Trabalhador — FAT*” (§ 1º do art. 17). Acrescentou o diploma normativo ainda, severamente: “*A constituição ou utilização de Cooperativa de Trabalho para fraudar deliberadamente a legislação trabalhista, previdenciária e o disposto nesta Lei acarretará aos responsáveis as sanções penais, cíveis e administrativas cabíveis, sem prejuízo da ação judicial visando à dissolução da Cooperativa*” (art. 18).⁽²¹⁾

B) Direitos Sociais dos Cooperados — A Lei das Cooperativas de Trabalho (art. 7º, I a VII) estatui dever a entidade garantir aos sócios os seguintes direitos, além de outros que a Assembleia Geral venha a instituir: I — retiradas não inferiores ao piso da categoria profissional e, na ausência deste, não inferiores ao salário mínimo, calculadas de forma proporcional às horas trabalhadas ou às atividades desenvolvidas; II — duração do trabalho não superior a 8 (oito) horas diárias e 44 (quarenta e quatro) horas semanais, exceto quando a atividade, por sua natureza, demandar a prestação de trabalho por meio de plantões ou escalas, facultada a compensação de horários; III — repouso semanal remunerado, preferencialmente aos domingos; IV — repouso anual remunerado; V — retirada para o trabalho noturno superior à do diurno; VI — adicional sobre a retirada para as atividades insalubres ou perigosas; VII — seguro de acidente de trabalho. Ressalva a lei que, em se tratando dos “casos em que as operações entre o sócio e a cooperativa sejam eventuais”, não se aplica o disposto nos incisos III e IV citados (§ 1º do art. 7º), “salvo decisão assemblear em contrário” (art. 7º, § 1º).

O cooperado, mesmo sendo um trabalhador autônomo (se configurados os elementos da relação de emprego, está-se diante de figura simulatória, lembre-se), tem ainda direito a um ambiente hígido de trabalho, uma vez que deve a Cooperativa “observar as normas de saúde e segurança do trabalho previstas na legislação em vigor e em atos normativos expedidos pelas autoridades competentes” (art. 8º, Lei n. 12.960). Nesse quadro, tratando-se da modalidade de *cooperativa de serviço*, conforme enquadramento feito no art. 4º, I, da Lei n. 12.960, o contratante de tal

(21) Acrescenta ainda o § 2º do art. 18 da Lei n. 12.960/2012: “*Fica inelegível para qualquer cargo em Cooperativa de Trabalho, pelo período de até 5 (cinco) anos, contado a partir da sentença transitada em julgado, o sócio, dirigente ou o administrador condenado pela prática das fraudes elencadas no caput deste artigo*”.

cooperativa responde solidariamente pelo cumprimento das normas de saúde e segurança do trabalho quando os serviços forem prestados no seu estabelecimento ou em local por ele determinado (art. 9º, Lei n. 12.960/2012).

C) Relação de Emprego versus Relação Cooperativista — No contraponto fático entre essas duas relações jurídicas, prevalece evidentemente a relação de emprego, caso estejam presentes seus cinco elementos integrantes (labor por pessoa natural, com personalidade, não eventualidade, onerosidade e subordinação).

Conforme já exposto, não permite a ordem jurídica, inclusive constitucional, a contratação do trabalho por pessoa física, com os intensos elementos da relação de emprego, sem a incidência do manto normativo mínimo assecuratório da dignidade básica do ser humano nessa seara da vida individual e socioeconômica. Os princípios constitucionais da valorização do trabalho e especialmente do emprego, da centralidade do ser humano na ordem jurídica, da dignidade da pessoa humana, da igualdade em sentido substancial, da justiça social, da garantia da segurança e do bem-estar aos seres humanos, da subordinação da propriedade à sua função socioambiental, atuando de modo isolado e principalmente de maneira conjugada, não absorvem fórmulas regentes da relação de emprego que retirem tal vínculo do patamar civilizatório mínimo afirmado pela ordem jurídica contemporânea. Salvo a exceção peculiar do contrato de estágio (Lei n. 6.494/1977 e Lei n. 11.788/2008), em que o princípio e o valor também constitucionais de incremento da educação atuam organicamente nesse vínculo jurídico excepcional (art. 205, CF/88), torna-se imperativo o reconhecimento da relação de emprego se estiveram reunidos, em certa relação fática concreta, os cinco elementos estruturantes fixados no *caput* dos arts. 3º e 2º da CLT.

Desponta, inclusive, presunção sedimentada há várias décadas no Direito do Trabalho nessa linha (Súmula 212/TST, de 1985). Tal presunção recebeu, a propósito, reforço notável da própria Constituição da República, em vista da convergência de inúmeros de seus princípios e regras cardeais (ilustrativamente: art. 7º, *caput* e seus incisos e parágrafo; art. 6º; arts. 8º até 11; art. 170, *caput* e incisos III, VII e VIII; art. 193; Preâmbulo; art. 1º, III e IV; art. 3º, I, II, III e IV; art. 5º, *caput*, todos da CF/88).

As relações cooperativistas reguladas pela antiga Lei n. 8.949/1994, e atualmente pela Lei n. 12.690/2012 — além daqueles vínculos cooperativistas regidos pela 5.764/1971 e pela Lei n. 10.406/2002 (CCB) — correspondem, em síntese, basicamente, a *relações autônomas de trabalho*, a par de vínculos eventuais de trabalho, se for o caso. Não se trata, pois, a Cooperativa de Trabalho de figura concorrente da relação empregatícia, porém de fórmula de estruturação e atuação coletiva do trabalho autônomo.⁽²²⁾

(22) Naturalmente que não há como se desconhecer o elevado risco de as relações cooperativistas de trabalho transformarem-se em audacioso veículo de informalização,

V. TRABALHO AUTÔNOMO

O trabalhador autônomo consiste, entre todas as figuras próximas à do empregado, naquela que tem maior generalidade, extensão e importância sociojurídica no mundo contemporâneo. Na verdade, as relações autônomas de trabalho consubstanciam leque bastante diversificado, guardando até mesmo razoável distinção entre si.

Os diversificados vínculos de trabalho autônomo existentes afastam-se da figura técnico-jurídica da relação de emprego *essencialmente* pela ausência do elemento fático-jurídico da *subordinação*.

Contudo, podem se afastar ainda mais do tipo legal celetista, em decorrência da falta de um segundo elemento fático-jurídico, a *personalidade*. Noutras palavras, o trabalhador autônomo distingue-se do empregado, quer em face da ausência da *subordinação* ao tomador dos serviços no contexto da prestação do trabalho, quer em face de também, em acréscimo, poder faltar em seu vínculo com o tomador o elemento da *personalidade*.

A diferenciação central entre as figuras situa-se, porém, repita-se, na *subordinação*. Fundamentalmente, trabalho autônomo é aquele que se realiza sem subordinação do trabalhador ao tomador dos serviços. Autonomia é conceito antitético ao de subordinação. Enquanto esta traduz a circunstância juridicamente assentada de que o trabalhador acolhe a direção empresarial no tocante ao modo de concretização cotidiana de seus serviços, *a autonomia traduz a noção de que o próprio prestador é que estabelece e concretiza, cotidianamente, a forma de realização dos serviços que pactuou prestar*. Na subordinação, a direção central do modo cotidiano de prestação de serviços transfere-se ao tomador; *na autonomia, a direção central do modo cotidiano de prestação de serviços preserva-se com o prestador de trabalho*.

A subordinação, em sua dimensão clássica, é aferida *na atividade exercida, no modo de concretização do trabalho pactuado*. Ela ocorre quando o poder de direção empresarial exerce-se com respeito à atividade desempenhada pelo trabalhador, no *modus faciendi* da prestação de trabalho. *A intensidade de ordens no tocante à prestação de serviços é que tenderá a determinar, no caso concreto, qual sujeito da relação jurídica detém a direção da prestação dos serviços: sendo o próprio profissional, desponta como autônomo o vínculo concretizado; sendo o tomador de serviços, surge como subordinado o referido vínculo*.

mercantilização e precarização do trabalho humano, mesmo com as cautelas tomadas pela Lei n. 12.690/2012. Porém, o que se está insistindo é que essa fórmula de organização, arregimentação e gestão de mão de obra não é própria para lidar com efetivas relações de emprego, mas somente com reais trabalhadores autônomos.

Claro que, com a adequação e a renovação do Direito do Trabalho em decorrência das mudanças sociais e econômicas, foram apreendidas pela doutrina e jurisprudência duas outras dimensões da subordinação, além da clássica (ou tradicional): a dimensão objetiva e a dimensão estrutural. A subordinação objetiva ocorre pela harmonização entre a atividade do trabalhador e os fins do empreendimento a que se vincula; a subordinação estrutural desponta da inserção do obreiro na organização e no *modus operandi* de seu tomador de serviços, incorporando sua cultura e diretrizes, independentemente das funções específicas que exerça.⁽²³⁾

Ainda que o operador jurídico não sobrevalorize as dimensões objetiva e estrutural do fenômeno, de modo a não perder vista da dimensão tradicional da subordinação, o fato é que, contemporaneamente, não parece adequado restringir-se o foco estritamente nas manifestações tradicionais do fenômeno subordinativo.

Afirmada a autonomia na relação de trabalho existente, não se apreende um dos elementos constitutivos da relação de emprego (a subordinação), afastando-se a figura sociojurídica examinada do âmbito das regras celetistas.

O trabalho autônomo concretiza-se sob roupagens bastante diversificadas no cenário socioeconômico contemporâneo.

Examine-se, em primeiro plano, o trabalho autônomo executado também *sem personalidade* — além da falta da subordinação, é claro. A fungibilidade da pessoa física do prestador permite que essa modalidade de prestação de serviços possa até mesmo ser contratada a pessoas jurídicas (e não apenas pessoas naturais). Não obstante, concretamente, sempre venha a existir uma ou várias pessoas físicas realizando o efetivo trabalho, é característica da relação jurídica ajustada a substituição e alteração do profissional que efetivamente produz o serviço pactuado. É o que ocorre, por exemplo, na prestação de serviços de consultoria, contabilidade, etc., desde que não se considere relevante o específico profissional concretizador dos serviços⁽²⁴⁾.

Esclareça-se que, sem dúvida, pode haver contratação de infungibilidade da *empresa* ou *escritório*, isto é, infungibilidade da pessoa jurídica, na forma da legislação civil (o que inviabilizaria a subcontratação interempresarial, por exemplo). Mas isso não se confunde com a infungibilidade da pessoa física, naturalmente.

(23) Para exame mais aprofundado das três dimensões da subordinação jurídica, consultar, neste Curso, o Capítulo IX (“Relação de Emprego — Caracterização”), em seu item II.2.E.c) *Dimensões da Subordinação: clássica, objetiva, estrutural*.

(24) A prestação de *trabalho*, como se sabe, é inerente à pessoa natural, ao passo que a prestação de *serviços* corresponde a conceito mais amplo, apto a abranger como prestadores quer a pessoa física, quer a jurídica. Na ideia de *serviço* engloba-se o *trabalho*, é claro (serviço realizado por pessoa natural), mas não necessariamente o inverso. A este respeito, retornar ao Capítulo IX, itens I e II, deste Curso.

Mesmo em se tratando de serviço pactuado com pessoa natural, é muito comum o trabalho autônomo sem infungibilidade quanto ao prestador. Um serviço cotidiano de transporte escolar, por exemplo, pode ser contratado ao motorista do veículo, que se compromete a cumprir os roteiros e horários prefixados, ainda que se fazendo substituir eventualmente por outro(s) motorista(s). A falta de pessoalidade, aqui, soma-se à ausência de subordinação, para distanciar essa relação jurídica de trabalho da figura empregatícia da CLT, mantendo-a no âmbito civil (art. 1.216, CCB/1916; art. 594, CCB/2002).

O trabalho autônomo *pode*, contudo, ser pactuado com cláusula de rígida pessoalidade — sem prejuízo da absoluta ausência de subordinação. É o que tende a ocorrer com a prestação de serviços contratada a profissionais de nível mais sofisticado de conhecimento ou habilidade, como médicos, advogados, artistas, etc.

Agregue-se, por fim, que a Lei n. 13.467/2017, em sua lógica jurídica direcionada a desregulamentar e reduzir o valor trabalho no sistema socioeconômico, buscou conferir ênfase aos contratos laborais autônomos, inserindo referência a eles no interior da CLT. Assim, no novo art. 442-B está dito: “*A contratação do autônomo, cumpridas por este todas as formalidades legais, com ou sem exclusividade, de forma contínua ou não, afasta a qualidade de empregado prevista no art. 3º da Consolidação*”. Não obstante, é indubitável que, estando reunidos, no caso concreto, os cinco elementos da relação de emprego — inclusive a subordinação jurídica, é claro — o vínculo empregatício deve ser reconhecido (art. 9º, CLT: fraude).

Afinal, conforme já enfatizado neste Curso, não permite a ordem jurídica, inclusive constitucional, a contratação do trabalho por pessoa física, com os intensos elementos da relação de emprego, sem a incidência do manto normativo mínimo assecuratório da dignidade básica do ser humano nessa seara da vida individual e socioeconômica. Os princípios constitucionais da valorização do trabalho e especialmente do emprego, da centralidade do ser humano na ordem jurídica, da dignidade da pessoa humana, da igualdade em sentido substancial, da justiça social, da garantia da segurança e do bem-estar aos seres humanos, da subordinação da propriedade à sua função socioambiental, atuando de modo isolado e, *principalmente, de maneira conjugada*, não absorvem fórmulas regentes da relação de emprego que retirem tal vínculo do patamar civilizatório mínimo afirmado pela ordem jurídica contemporânea. Salvo a exceção peculiar do contrato de estágio (Lei n. 6.494/1977 e Lei n. 11.788/2008), em que o princípio e o valor também constitucionais de incremento da educação atuam organicamente nesse vínculo jurídico excepcional (art. 205, CF/88), torna-se imperativo o reconhecimento da relação de emprego se estiveram reunidos, em certa relação fática concreta, os cinco elementos estruturantes fixados no *caput* dos arts. 3º e 2º da CLT.

Desponta, inclusive, presunção sedimentada há várias décadas no Direito do Trabalho nessa linha (Súmula n. 212/TST, de 1985). Tal presunção recebeu, a propósito, reforço notável da própria Constituição da República, em vista da convergência de inúmeros de seus princípios e regras cardeais (ilustrativamente: art. 7º, *caput* e seus incisos e parágrafo; art. 6º; arts. 8º até 11; art. 170, *caput* e incisos III, VII e VIII; art. 193; Preâmbulo Constitucional; art. 1º, III e IV; art. 3º, I, II, III e IV; art. 5º, *caput*, todos da CF/88).

Em síntese: se se tratar, *na vida real*, de mera roupagem simulatória de contrato de trabalho autônomo, uma vez que configurados os elementos da relação de emprego, esta relação empregatícia criteriosamente regulada pela Constituição da República, por dezenas de Convenções Internacionais da OIT ratificadas pelo País, por notáveis Declarações Internacionais subscritas pelo Brasil (ilustrativamente, *Declaração Universal dos Direitos do Homem*, da ONU, de 1948, e *Declaração de Filadélfia*, anexa à Constituição da OIT, de 1944), a par da Consolidação das Leis do Trabalho e diversas outras leis trabalhistas conexas, deve, sim, ser reconhecida, com todos os correspondentes efeitos jurídicos.

1. Prestação de Serviços e Empreitada

A legislação não trabalhista tipifica, expressamente, alguns contratos de trabalho autônomos: por exemplo, *prestação de serviços* (arts. 1.216 a 1.236, CCB/1916; arts. 593 a 609, CCB/2002); *empreitada* (arts. 1.237 a 1.247, CCB/1916; arts. 610 a 626, CCB/2002); contrato de *representação comercial* (Lei n. 4.886/1965) e/ou *de agência e distribuição* (arts. 710 a 721, CCB/2002). Todos esses pactos, aliás, podem contar ou não com cláusula de pessoalidade. Há, ainda, a figura do *colaborador jornalístico* (Dec.-Lei n. 972/69, combinado com Lei n. 6.612/78 e Decreto n. 83.284/79).

Entre essas modalidades de pactuação autônoma de trabalho, destacam-se na ordem jurídica do País os contratos de *prestação de serviços* e de *empreitada*.

O primeiro desses contratos (*locação de serviços*, como falava o velho Código Civil — art. 1.216 e seguintes) tem raízes remotas na *locatio operarum* do Direito Romano. Seu objeto é uma prestação de fazer (do mesmo modo que o objeto do contrato empregatício), porém encarada tal prestação como resultado e não como processo (ao passo que o contrato de emprego, em geral, vislumbra a prestação de fazer como um processo, um *vir-a-ser* constante e relativamente indeterminado). Não se pactua, contudo, na prestação de serviços, uma obra, materialmente, porém trabalho.

Todos os exemplos acima mencionados (serviços de transporte, de auditoria, de atividade contábil, etc.) podem ensejar, evidentemente, contratos

de prestação de serviços — desde que realizados com autonomia por parte do prestador. Desse modo, é fundamental que, *na concretização do serviço pactuado, não se preveja ou se consubstancie a subordinação, em qualquer de suas dimensões, isto é, a tradicional, a objetiva ou a estrutural.*

O segundo desses pactos é o de *empreitada*.

Por esse contrato, também de natureza civil — reportável, historicamente, à *locatio operis* romana —, as partes pactuam a elaboração de determinada obra, pelo prestador, em benefício do tomador, mediante remuneração. O objeto do contrato é um resultado específico e delimitado, uma obra (*opus*).

Sendo pacto autônomo, civil, a empreitada preserva com o próprio profissional prestador de serviços a direção do cotidiano da prestação laborativa, no cumprimento da obra pactuada. Não se transfere tal direção para o tomador de serviços. Não há, pois, subordinação nessa prestação de trabalho.

A personalidade não é inerente ao contrato de empreitada (assim como não é inerente à locação de serviços): ela pode ou não surgir da pactuação ou da prática desse contrato. Desse modo, não é incompatível que o prestador de serviços seja até mesmo pessoa jurídica — ou, sendo uma pessoa natural, não tenha esta caráter infungível no cumprimento do pacto.

2. Pacto Autônomo e Risco Contratual

De maneira geral, no contrato autônomo, o *risco* da prestação em desenvolvimento é do próprio prestador (no trabalho assalariado, ao contrário, o risco é exclusivo do empregador — art. 2º, CLT). Ou seja, o prestador tende a assumir os riscos da própria prestação laborativa.

Esse dado não surge, porém, como pressuposto ou elemento constitutivo da relação jurídica: é simples consequência jurídica a ela inerente (consequência, a propósito, que pode, validamente, ser afastada pelas partes, ainda que preservado o caráter autônomo do contrato, registre-se).

Sendo mero *efeito contratual*, e não elemento constitutivo da relação, a cláusula concernente ao risco não é, por isso, decisiva para a definição da *natureza jurídica* do pacto celebrado entre as partes. Isto é: a aferição da distribuição do risco não contribui, de modo *decisivo*, para que o intérprete identifique, no caso concreto, a natureza da relação jurídica estabelecida entre as partes. É que pode o prestador de serviços estar assumindo os riscos, em uma determinada relação sociojurídica, até o instante em que, juridicamente, é-lhe reconhecida a natureza de empregado, invalidando a cláusula de risco anteriormente pactuada.⁽²⁵⁾

(25) A Lei n. 13.467/2017, dentro de sua lógica de reduzir custos para o poder econômico e diminuir direitos e garantias para o empregado, criou distintas regras de atenuação do risco

3. Pequena Empreitada: especificidade

Ao autônomo, por não ser empregado, regendo-se por normas de origem civil, não se aplica a legislação trabalhista. Nesse quadro, tradicionalmente (antes da EC n. 45, de dezembro de 2004), *não se submetiam à esfera jurisdicional da Justiça do Trabalho lides entre trabalhadores autônomos (prestadores de serviços, empreiteiros, representantes comerciais ou agentes, etc.) e respectivos tomadores de serviço. Lides civis, portanto (cuidando de temas como preço, prazo, inadimplemento, etc.).*

Isso não quer dizer, porém, que não se possa discutir em uma ação trabalhista a tese da existência efetiva de relação de emprego, em contexto fático de pactuação formal de outro tipo de relação de trabalho. A competência para fixar a natureza empregatícia (ou não) da relação jurídica examinada há décadas é, seguramente, da própria Justiça do Trabalho (art. 114, CF/88).

A lei tradicionalmente já estabelecia uma exceção ao critério processual acima: trata-se da situação do pequeno empreiteiro. Efetivamente, fixa o art. 652, “a”, III, da CLT, que é competente a Justiça do Trabalho para conhecer e julgar lides *resultantes de contratos de empreitadas em que o empreiteiro seja operário ou artífice.*

Nesse caso, a Justiça Trabalhista estará examinando tema de Direito Civil e não tema juslaboral, autorizada também pela Constituição da República, que tradicionalmente tem colocado sob seu manto *outras controvérsias decorrentes da relação de trabalho*, desde que prefixadas *na forma da lei* (art. 114, IX, CF/88). Com a EC n. 45/2004 esta competência judicial ainda mais se ampliou (novo art. 114, I e IX, CF/88: *relação de trabalho* e não mais somente *relação de emprego*).

Trata o art. 652, “a”, III da CLT, do empreiteiro pessoa física que, como profissional autônomo, executa, só e pessoalmente (ou, no máximo, com algum auxiliar), a empreitada, de valor econômico não elevado. Não se insere nessa excetiva regra legal o empreiteiro pessoa jurídica, ou aquele que, sendo pessoa física, realize a obra mediante concurso de distintos auxiliares ou empregados — agindo como se empresário fosse. A intenção legal foi manifestamente protetiva, à luz de uma peculiar (embora recorrente) situação verificada com o trabalhador autônomo mais humilde.

empresarial na relação de emprego, seja diretamente, seja transferindo parte relevante desse risco para o próprio trabalhador. Tais regras novas serão examinadas ao longo do presente *Curso*, dentro de cada tema e capítulo específicos. Para uma visão sumarizada desses novos preceitos, consultar DELGADO, M. G.; DELGADO, G. N. *A Reforma Trabalhista no Brasil* — com os comentários à Lei n. 13.467/2017. São Paulo: LTr, 2017, especialmente a síntese apresentada na Primeira Parte do livro (“A Constituição da República e a Lei da Reforma Trabalhista no Brasil”), em particular em seu Capítulo II (“O Sentido da Reforma Trabalhista de 2017 em Comparação com a Matriz Constitucional de 1988”). Registre-se que a 2ª edição do livro é de abril de 2018.

Há certa discussão doutrinária sobre a abrangência material da exceção contida no art. 652, “a”, III da CLT. Existem entendimentos de que o propósito da lei teria sido o de “equiparar as situações do empregado operário ou artífice e do empregado, atribuindo-lhes os direitos materiais estabelecidos na legislação trabalhista”⁽²⁶⁾.

Não tem sido essa, contudo, a visão jurisprudencial hegemônica acerca do assunto: configurada a pequena empreitada, atribuem-se ao trabalhador empregado, na Justiça Laboral, os direitos inerentes ao contrato civil firmado (preço, épocas de pagamento, etc.), sem extensão de direitos e normas trabalhistas. É que o art. 652 da CLT é norma típica e estrita de Direito Processual do Trabalho, fixando *competência* (no caso, a anteriormente chamada competência *imprópria* da Justiça do Trabalho), não se referindo a aspectos de Direito Material Trabalhista. Ora, sempre que a lei quis estender *regras e vantagens empregatícias* (como as contidas na CLT) a *trabalhador não empregado* (como o portuário avulso, por exemplo), ela o fez expressamente.

Mesmo com a ampliação de competência feita pela EC 45/2004 (a competência própria passou a atingir as *relações de trabalho* e não apenas as relações empregatícias), tem-se compreendido que o texto constitucional comanda efeitos *processuais*, mas não, automaticamente, de Direito Material (art. 114, I e IX, CF/88).

A hipótese concreta da pequena empreitada, contudo, é fértil na veiculação da *falsa empreitada*, em que o referido contrato civil emerge como simples instrumento de elisão de preceitos trabalhistas. Configurada a simulação, reconhece-se a relação de emprego, por simples incidência dos arts. 2º e 3º da CLT — sem ampliação material da norma do art. 652, “a”, III, da Consolidação, e do novo art. 114, I, da CF/88.

VI. TRABALHO EVENTUAL

Uma das figuras de prestadores de trabalho que mais se aproximam do empregado é a do trabalhador eventual. Nessa figura tendem a se reunir os demais pressupostos da relação empregatícia; seguramente, entretanto, não se apresenta o elemento *permanência* (ou melhor, *não eventualidade*).

De maneira geral, trata-se de trabalhador que presta serviços ao tomador, subordinadamente e onerosamente; em regra, também com pessoalidade. De fato, usualmente, a subordinação e seu assimétrico referencial, *poder de direção*, estão insertos na relação de trabalho eventual: esse trabalhador

(26) NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Iniciação ao Direito do Trabalho*. 14. ed. São Paulo: LTr, 1989, p. 96.

despontaria, assim, como um “*subordinado de curta duração*”⁽²⁷⁾. Registre-se, porém, ser viável, do ponto de vista teórico e prático, trabalho eventual prestado também com autonomia.

O conceito de eventualidade, definitivamente, não resulta de um único ponto constitutivo. Controvertido, encontra distintas propostas de explicação, todas buscando firmar um critério básico à nítida identificação da natureza eventual da relação de trabalho enfocada. Na verdade, a possibilidade de aglutinação de, pelo menos, dois desses critérios no exame da relação jurídica concreta, é que irá permitir o mais firme enquadramento da situação fática examinada.

As quatro principais teorias existentes a respeito da temática, procurando fixar critérios objetivos de identificação do elemento eventualidade, são, como visto, a *teoria do evento*, a *teoria da descontinuidade*, a *teoria dos fins do empreendimento* (ou fins da empresa) e a *teoria da fixação jurídica ao tomador dos serviços*.

A primeira dessas teorias (teoria do evento) considera que eventual será o trabalhador contratado para atender a um serviço esporádico, decorrente de um evento episódico verificado na empresa.

A teoria da descontinuidade considera que eventual será o trabalhador que se vincula, do ponto de vista temporal, de modo fracionado ao tomador, em períodos entrecortados, de curta duração. A ideia de segmentação na prestação de serviços ao longo do tempo é que se torna relevante para tal enfoque teórico.

A teoria dos fins da empresa identifica no eventual o trabalhador contratado para realizar tarefas estranhas aos fins do empreendimento, as quais, por isso mesmo, tenderiam a ser episódicas e curtas.

A teoria da fixação jurídica, enfim, enxerga no eventual aquele obreiro que, pela dinâmica de relacionamento com o mercado de trabalho, não se fixa especificamente a um ou outro tomador de serviços, ofertando-se indistintamente no mercado e se relacionando, de modo simultâneo e indistinto, com diversos tomadores⁽²⁸⁾.

A partir das teorias acima e da circunstância metodológica de que não se deve perquirir pela figura do trabalhador eventual tomando-se um exclusivo critério entre os apresentados, mas se combinando os elementos deles resultantes, pode-se formular a seguinte caracterização do trabalho de natureza eventual: a) descontinuidade da prestação do trabalho, entendida como a não permanência em uma organização com ânimo definitivo; b) não

(27) A expressão é do jurista Amauri Mascaro NASCIMENTO. *In: Iniciação ao Direito...*, cit., p. 106.

(28) Para exame mais analítico das teorias relativas ao conceito de eventualidade, retornar ao Capítulo IX, componente deste Curso.

fixação jurídica a uma única fonte de trabalho, com pluralidade variável de tomadores de serviços; c) curta duração do trabalho prestado; d) natureza do trabalho vinculada a evento certo, determinado e episódico quanto à regular dinâmica do empreendimento do tomador dos serviços; e) ademais, a natureza do trabalho também não seria afinada aos fins normais do empreendimento.

Registre-se, mais uma vez, porém, que jurisprudência e doutrina dominantes tendem a considerar que a CLT (art. 3º, *caput*) rejeitou, entre essas teorias, a da *continuidade/descontinuidade*, no que tange à pesquisa sobre a dualidade “trabalho eventual *versus* trabalho não eventual”, considerando irrelevante, para o enquadramento como eventual, ser o trabalho prestado de modo descontínuo. Em contrapartida, as Leis do Trabalho Doméstico (n. 5.859/72 e n. 150/15) claramente adotaram essa específica teoria (*continuidade/descontinuidade*) para aferir esse elemento fático-jurídico no plano de sua realidade específica, com o fito de separar, segundo esse critério, o trabalho eventual doméstico do trabalho não-eventual doméstico.⁽²⁹⁾

Reitere-se, por fim, que o novo tipo de contrato criado, Lei n. 13.467/2017 (Lei da Reforma Trabalhista), intitulado *contrato de trabalho intermitente* (art. 443, *caput*, em sua nova redação, e seu novo § 3º; novo art. 452-A, *caput* e §§ 1º até 9º, todos da CLT), trata de trabalho *não eventual*, embora este seja fracionado no tempo de duração do vínculo.⁽³⁰⁾

VII. TRABALHO AVULSO

O obreiro chamado *avulso* corresponde à modalidade de trabalhador eventual, que oferta sua força de trabalho, por curtos períodos de tempo entrecortados, a distintos tomadores, sem se fixar especificamente a qualquer deles.

A principal distinção percebida entre o trabalhador *avulso* e o trabalhador *eventual*, entretanto, é a circunstância de sua força de trabalho ser ofertada, no mercado específico em que atua, por meio de uma *entidade intermediária*. Esse ente intermediador é que realiza a interposição da força de trabalho avulsa em face dos distintos tomadores de serviço; essa entidade intermediária é que arrecada dos tomadores o montante correspondente à prestação de serviços e perfaz o respectivo pagamento ao trabalhador envolvido.

Na tradição histórica brasileira, esse tipo de contratação e intermediação de trabalho existia, essencialmente, no setor portuário, sendo que o sindicato

(29) Se necessário, deve o leitor recorrer ao estudo feito sobre esse debate quer no capítulo anterior deste Curso, quer no capítulo seguinte, no tópico dirigido à análise da *relação doméstica de emprego*.

(30) O contrato de trabalho intermitente, introduzido pela Lei n. 13.467/2017 na CLT, será examinado, neste Curso, em seu Capítulo XVI, item VI (“O Contrato de Trabalho Intermitente”).

de trabalhadores portuários é que realizava a intermediação de tal mão de obra perante os empresários operadores portuários (empresas exportadoras, empresas importadoras, armazéns portuários em geral, empresas de logística portuária, etc.).

Embora despontassem alguns experimentos similares fora do setor portuário (em geral, em torno de centros atacadistas ou congêneres), o fato é que tais exemplos não eram comuns, nem havia explícita regulação a respeito dessa dinâmica e vínculo jurídicos.

Em 2009, porém, surgiu a Lei n. 12.023, regulando o *trabalho avulso não portuário*. Por essa razão, havendo contextos fáticos significativamente distintos e regulação jurídica diversa, será subdividido, para fins pedagógicos, o estudo dos dois padrões de trabalho avulso hoje existentes na ordem jurídica brasileira: o que abrange o *trabalho avulso portuário* e o que abrange o *trabalho avulso não portuário*.

1. Trabalho Avulso Portuário

Dois aspectos devem ser ressaltados no que tange à diferenciação entre o trabalho avulso portuário e o trabalho eventual: a) de um lado, a circunstância de sua força de trabalho ser ofertada em um segmento bastante específico do mercado econômico — no caso do trabalho avulso tradicional, o *setor portuário*; b) de outro lado (e este é o ponto mais relevante), a circunstância de a força de trabalho do profissional ser intermediada perante os tomadores de serviços por de uma *entidade intermediária* — no caso do trabalho avulso tradicional, o sindicato dos trabalhadores portuários (ou outro sindicato de trabalhadores atuante nos portos brasileiros e representativo de certo segmento da categoria profissional portuária).

A entidade intermediária sindical é que, tradicionalmente, sempre realizou a interposição da força de trabalho avulsa em face dos distintos tomadores de serviço: armazéns de portos, navios em carregamento ou descarregamento, importadores e exportadores e outros operadores portuários. Essa entidade intermediária é que sempre arrecadou o valor correspondente à prestação de serviços, perfazendo o respectivo pagamento ao trabalhador envolvido.

Dessa maneira, no transcorrer de tradição jurídica de longas décadas no País, essa interposição sempre foi exercida pelo *sindicato profissional da categoria*. A essa fase clássica corresponde a seguinte definição lançada pela Portaria n. 3.107, de 7.4.1971, do então Ministério do Trabalho e Previdência Social:

“Entende-se como trabalhador avulso, no âmbito do sistema geral da previdência social, todo trabalhador sem vínculo empregatício que, sindicalizado ou não, tenha a concessão de direitos de natureza trabalhista executada por intermédio da respectiva entidade de classe.”

Desde os anos de 1990, a contar da Lei do Trabalho Portuário daquela época (Lei n. 8.630, de 1993), a interposição dessa força de trabalho passou a ser feita por um *órgão de gestão de mão de obra* (art. 18, Lei n. 8.630/93), considerado de *utilidade pública* (art. 25, Lei n. 8.630/93). Essa nova sistemática foi mantida pela Lei n. 12.815, de 5.6.2013 (conversão da Medida Provisória n. 595, de 6.12.2012), que revogou a Lei n. 8.630/90 (art. 32, *caput* e incisos I até VII, e art. 39, Lei n. 12.815).

O *órgão gestor* (OGMO) é caracterizado por uma composição diversificada entre os segmentos que atuam no setor portuário. Seu Conselho de Supervisão, por exemplo, é composto por três membros titulares (e seus suplentes), que são indicados, respectivamente, pelo *bloco dos operadores portuários*, pelo *bloco da classe dos trabalhadores portuários* e pelo *bloco dos usuários dos serviços portuários e afins* (arts. 24 e 31, Lei n. 8.630/93).⁽³¹⁾ Já a Diretoria Executiva do órgão é formada por membros designados e destituíveis, a qualquer tempo, pelo *bloco dos prestadores de serviços portuários* (ou *operadores portuários*), a teor dos arts. 24, § 2º e 31, II, da Lei n. 8.630/93 (a Lei n. 12.815/13 estabeleceu que a diretoria executiva será composta por 1 ou mais diretores, designados e destituíveis na forma do regulamento, cujo prazo de gestão será de 3 anos, permitida a redesignação — art. 38, § 2º).

Há situações fáticas, entretanto, em que o OGMO não se estruturou no respectivo porto marítimo, preservando-se com o sindicato de trabalhadores a representação e a intermediação da mão de obra avulsa no local.

O posicionamento mais favorável dos obreiros avulsos portuários na ordem justralhista — se comparados com seus congêneres, os trabalhadores eventuais — decorreu, certamente, da forte capacidade de organização e pressão dessa categoria profissional portuária, ao longo do tempo. Ainda que não se confundindo com a figura do empregado, os trabalhadores avulsos sempre se destacaram por sólida organização coletiva, consubstanciada em atuante entidade sindical⁽³²⁾. Nesse quadro, alcançaram direitos trabalhistas (e previdenciários) típicos, quer em função de negociação coletiva efetuada no âmbito dos respectivos portos, quer em função de extensão legislativa alcançada em décadas de evolução do Direito do Trabalho no País.

No âmbito da legislação heterônoma estatal, inúmeros diplomas foram expedidos ao longo da história da República para fixar direitos empregatícios

(31) A Lei n. 12.815/2013 fixou a seguinte regra: “O conselho de supervisão será composto por 3 (três) membros titulares e seus suplentes, indicados na forma do regulamento ...”

(32) Já na República Velha (1889-1930), esse segmento portuário destacava-se por sua capacidade de organização e pressão e pela conquista de direitos empregatícios. Tratando do Estado de São Paulo, assim expõe, por exemplo, o historiador *Bóris Fausto*: “As docas de Santos reuniram o primeiro grupo importante de trabalhadores em todo o Estado, cujas lutas se iniciaram em fins do século e permaneceram constantes no correr dos anos”. *In Trabalho Urbano e Conflito Social (1890-1920)*. São Paulo: Difel, 1976. p. 13.

a essa categoria de trabalhadores não empregados inseridos nos portos do País. Citem-se, ilustrativamente, o Decreto n. 61.851, de 1957, que lhes garantiu férias, o Decreto n. 53.153, de 1963, que lhes assegurou o salário-família, a Lei n. 5.480, de 1968, que lhes conferiu a extensão do 13º salário (regulado pela Lei n. 4.090/62) e do FGTS (então criado pela Lei n. 5.107/66). Desse modo, a Constituição de 1988 apenas ratificou situação jurídica já sedimentada, ao determinar a *igualdade de direitos entre o trabalhador com vínculo empregatício e o trabalhador avulso* (art. 7º, XXXIV, CF/88).

A jurisprudência também sempre se inclinou quanto à extensão dos direitos trabalhistas à categoria avulsa e, até mesmo, no tocante à definição da competência da Justiça do Trabalho para conhecer e julgar suas lides laborais *lato sensu*.

Nessa linha, antiga decisão do Supremo Tribunal Federal, de 1981, enfatizava — antes de haver lei especial a respeito — ser *da competência da Justiça do Trabalho o processo e julgamento de ação proposta por trabalhadores avulsos para a obtenção de vantagem de natureza trabalhista*⁽³³⁾. Posteriormente, a Lei n. 7.494, de 1986, reformulando o art. 643 da CLT, eliminou qualquer dúvida quanto à competência da Justiça Especializada para conhecer e julgar dissídios entre *trabalhadores avulsos e seus tomadores de serviços*. A propósito, nesta mesma tradição, é óbvia a competência do Judiciário Trabalhista para conhecer, hoje, lides entre trabalhadores avulsos e os operadores portuários ou o Órgão Gestor de Mão de Obra — apesar do silêncio da Lei n. 8.630/93. De qualquer maneira, a partir da Medida Provisória n. 1.952/99, com reedições (por exemplo, MPr. n. 2.164-41/2001), foram acrescentados dispositivos aos arts. 643 (§ 3º) e 652 (a. V) da CLT, esclarecendo a competência da Justiça do Trabalho para processar e julgar ações entre *trabalhadores portuários e os operadores portuários ou o Órgão Gestor de Mão de Obra — OGMO — decorrentes da relação de trabalho*. Com a EC n. 45/2004 (art. 114, I, CF/88), esta competência se confirmou.

A categoria avulsa portuária abrange, fundamentalmente, os trabalhadores da orla marítima e portuária, tais como, entre outros, operadores de carga e descarga, conferentes e conservadores de carga e descarga, arrumadores, ensacadores de mercadorias e amarradores.

A Lei n. 8.630/93 revogou inúmeros preceitos relativos ao trabalho em portos e serviços portuários, abrangendo quer os *empregados portuários*, quer os *trabalhadores portuários avulsos* (arts. 75 e 76, Lei n. 8.630/93). Ao mesmo tempo, procurou remeter aos instrumentos de negociação coletiva (convenção coletiva, acordo coletivo ou contrato coletivo de trabalho) a fixação de regras juslaborais de gestão da força de trabalho nesse segmento

(33) Cit. in RUSSOMANO, Mozart Victor. *Comentários...* . V. II, *ob. cit.*, p. 732.

(art. 22, Lei n. 8.630/93). A subsequente Lei n. 12.815/13 também estabelece que a “gestão da mão de obra do trabalho portuário avulso deve observar as normas do contrato, convenção ou acordo coletivo de trabalho” (art. 36).

Obviamente que a falta desse instrumento de negociação coletiva produzirá a automática incidência do art. 7º, XXXIV, CF/88, com a aplicação dos direitos trabalhistas assegurados pela legislação heterônoma federal. Ou seja, o preceito magno que, ao surgir, não cumpriu efetivo papel sociojurídico (uma vez que os avulsos já tinham asseguradas todas as vantagens juslaborais, em decorrência da tradicional legislação pré-1988), passou a ter crucial relevância para a categoria avulsa: é que a regra constitucional veio lhe assegurar, mesmo com a Lei n. 8.630/93, um patamar claro de direitos trabalhistas, independentemente da presença de textos legais expressos nessa direção.

Com a revogação da Lei n. 8.630/93 pela MPr. n. 595, de 6.12.2012 (convertida na Lei n. 12.815, de 5.6.2013), que reestruturou a exploração direta e indireta da União de portos e instalações portuárias e as atividades desempenhadas pelos operadores portuários no País, abriu-se nova fase de transição nesse setor econômico, social e jurídico. Nesse período transitório, destaca-se ainda mais o império da Constituição da República, fazendo prevalecer, independentemente das vicissitudes e fórmulas de contratação eleitas, a norma da *igualdade de direitos entre o trabalhador com vínculo empregatício permanente e o trabalhador avulso* (art. 7º, XXXIV, CF/88).

A propósito, a Lei n. 12.815/2013 trouxe importante inovação quanto à regência desse peculiar segmento de trabalhadores. É que ela determinou ao operador portuário que tenha decidido, ao invés de proceder à requisição de avulsos, realizar a contratação de trabalhadores por tempo indeterminado, via CLT (os chamados *trabalhadores vinculados*, isto é, empregados próprios), que ele concretize essa contratação de empregados *necessariamente dentro do grupo existente de avulsos*. Tal regra de obrigatoriedade (e não simples preferência) abrange também os obreiros da *capatazia*, os quais tinham sido omitidos na redação do art. 26, parágrafo único, da anterior Lei n. 8.630/93.

Eis o novo texto do art. 40, *caput* e § 2º, da Lei n. 12.815/2013: “Art. 40. O trabalho portuário de *capatazia*, estiva, conferência de carga, conserto de carga, bloco e vigilância de embarcações, nos portos organizados, será realizada por trabalhadores portuários com vínculo empregatício por prazo indeterminado e por trabalhadores portuários avulsos” (...) “§ 2º. A contratação de trabalhadores portuários de *capatazia*, bloco, estiva, conferência de carga, conserto de carga e vigilância de embarcações com vínculo empregatício por prazo indeterminado será feita *exclusivamente dentre trabalhadores portuários avulsos registrados*” (grifos acrescentados).

2. Trabalho Avulso Não Portuário

O trabalhador avulso portuário é figura tradicionalíssima na história brasileira, compondo uma das primeiras categorias a se organizar, com solidez, em sindicatos ainda na fase de manifestações incipientes e esparsas do Direito do Trabalho, na Primeira República (1889-1930). A posição estratégica que esses obreiros ocupavam no mundo do trabalho (situados em portos marítimos, local de acesso físico relativamente restrito, mas com pioneira e constante receptividade a ideias novas de organização e atuação coletivas vindas do exterior), somada à posição estratégica que o respectivo segmento empresarial detinha na dinâmica da economia (exportação/importação), tudo favorecia a que os avulsos construíssem um dos núcleos mais bem estruturados do sindicalismo brasileiro, com forte poder negocial coletivo e incisiva influência política e institucional.

Tais circunstâncias estratégicas favoráveis naturalmente não existiam nas áreas interioranas da economia capitalista, seja no campo ou na cidade. A profunda diferenciação de situações fáticas entre o específico setor dos portos marítimos e os demais segmentos da economia, a circunstância de a intermediação de trabalhadores via sindicatos traduzir, inevitavelmente, modalidade adicional de terceirização trabalhista, além do comprometimento da função sindical precípua — que é a representação dos interesses da correspondente categoria perante seus tomadores de serviços —, tudo conduzia à profunda cautela e restrição no tocante à extensão de tal tipo de experiência por além dos clássicos portos marítimos. Com o advento da Constituição de 1988, incorporando regra explícita acerca da função representativa inerente aos sindicatos (art. 8º, II e III, CF/88), parecia inadequado, sob o enfoque estritamente interpretativo, acolher-se a viabilidade jurídica de se permitir a formação de experimentos de relações socioeconômicas avulsas no campo e nas cidades brasileiras, fora do âmbito consagrado nos portos marítimos.

Entretanto, o legislador de 2009 decidiu viabilizar, explicitamente, essa possibilidade, ao mesmo tempo em que costurou amarras jurídicas dirigidas a atenuar o eventual comprometimento da função representativa dos sindicatos nos casos de intermediação sindical de trabalhadores avulsos em *atividades de movimentação de mercadorias em geral*. Trata-se da Lei n. 12.023, de 27.08.2009 (Diário Oficial de 28.8.09 — *vacatio legis* de 30 dias: art. 12).

O novo diploma dispõe que as *atividades de movimentação de mercadorias em geral exercidas por trabalhadores avulsos, para os fins desta lei, são aquelas desenvolvidas em áreas urbanas ou rurais sem vínculo empregatício, mediante intermediação obrigatória do sindicato da categoria, por meio de Acordo ou Convenção Coletiva de Trabalho para a execução das atividades* (art. 1º, *caput*).

A Lei n. 12.023/09 (art. 2º, I, II e III) arrola aquilo que considera atividades de movimentação de mercadorias em geral: *I — cargas e descargas de mercadorias a granel e ensacados, costura, pesagem, embalagem, enlonamento, ensaque, arrasto, posicionamento, acomodação, reordenamento, reparação da carga, amostragem, arrumação, remoção, classificação, empilhamento, transporte com empilhadeiras, paletização, ova e desova de vagões, carga e descarga em feiras livres e abastecimento de lenha em secadores e caldeiras; II — operações de equipamentos de carga e descarga; III — pré-limpeza e limpeza em locais necessários à viabilidade das operações ou à sua continuidade.*

Estabelece o novo diploma (*caput* do art. 4º) que o *sindicato elaborará a escala de trabalho e as folhas de pagamento dos trabalhadores avulsos, com a indicação do tomador do serviço e dos trabalhadores que participaram da operação.* Completa a lei que o sindicato deverá prestar, com relação a estes trabalhadores, as seguintes informações: *I — os respectivos números de registros ou cadastro no sindicato; II — o serviço prestado e os turnos trabalhados; III — as remunerações pagas, devidas ou creditadas a cada um dos trabalhadores* (art. 4º). Aqui devem se registrar, especificamente, as parcelas referentes a repouso remunerado, FGTS, 13º salário, férias remuneradas com 1/3, adicional noturno, adicional de horas extras (art. 4º). Naturalmente que outras parcelas trabalhistas pertinentes ao caso concreto devem ser especificadas no documento mencionado.

A propósito, o novel diploma normativo (§ 2º do art. 5º) determina que a identidade de cadastro para a escalação do obreiro avulso *não será a carteira do sindicato e não assumirá nenhuma outra forma que possa dar ensejo à distinção entre trabalhadores sindicalizados e não sindicalizados para efeito de acesso ao trabalho.*

A Lei n. 12.023/09 (art. 5º) considera deveres do sindicato intermediador: *I — divulgar amplamente as escalas de trabalho dos avulsos, com a observância do rodízio entre os trabalhadores; II — proporcionar equilíbrio na distribuição das equipes e funções, visando à remuneração em igualdade de condições de trabalho para todos e a efetiva participação dos trabalhadores não sindicalizados; III — repassar aos respectivos beneficiários, no prazo máximo de 72 (setenta e duas) horas úteis, contadas a partir do seu arrecadamento, os valores devidos e pagos pelos tomadores do serviço, relativos à remuneração do trabalhador avulso; IV — exhibir para os tomadores da mão de obra avulsa e para as fiscalizações competentes os documentos que comprovem o efetivo pagamento das remunerações devidas aos trabalhadores avulsos; V — zelar pela observância das normas de segurança, higiene e saúde no trabalho; VI — firmar Acordo ou Convenção Coletiva de Trabalho para normatização das condições de trabalho.*

Considera a Lei n. 12.023/09 (art. 6º) deveres do tomador de serviços: *I — pagar ao sindicato os valores devidos pelos serviços prestados ou dias*

trabalhados, acrescidos dos percentuais relativos a repouso remunerado, 13º salário e férias acrescidas de 1/3 (um terço), para viabilizar o pagamento do trabalhador avulso, bem como os percentuais referentes aos adicionais extraordinários e noturnos; II — efetuar o pagamento a que se refere o inciso I, no prazo máximo de 72 (setenta e duas) horas úteis, contadas a partir do encerramento do trabalho requisitado; III — recolher os valores devidos ao Fundo de Garantia por Tempo de Serviço, acrescido dos percentuais relativos ao 13º salário, férias, encargos fiscais.

O diploma legal publicado em agosto de 2009 é bastante enfático no que tange à responsabilidade das entidades e pessoas envolvidas. De um lado, estabelece que os dirigentes do sindicato serão responsáveis, *pessoal e solidariamente*, em caso de descumprimento da regra constante do inciso III do art. 5º (ou seja, repassar aos respectivos beneficiários, no prazo máximo de 72 horas úteis, contadas a partir do seu arrecadamento, os valores devidos e pagos pelos tomadores de serviços, relativos à remuneração do trabalhador avulso). Também fixa a lei (art. 10) que a inobservância dos deveres arrolados no art. 5º sujeita os infratores à multa administrativa no valor de R\$ 500,00 (quinhentos reais) por trabalhador avulso prejudicado.

De outro lado, estipula a lei (art. 8º) que as empresas tomadoras do trabalho avulso respondem solidariamente pela efetiva remuneração do trabalho contratado e são responsáveis pelo recolhimento dos encargos fiscais e sociais, bem como das contribuições ou de outras importâncias devidas à Seguridade Social, no limite do uso que fizerem do trabalho avulso intermediado pelo sindicato. Fixa a lei também (art. 10) que a inobservância dos deveres arrolados no art. 5º sujeita os infratores à multa administrativa no valor de R\$ 500,00 (quinhentos reais) por trabalhador avulso prejudicado. Acrescenta, por fim (art. 9º), que tais empresas tomadoras do trabalho avulso são responsáveis pelo fornecimento dos EPIs (equipamentos de proteção individual) e por zelar pelo cumprimento das normas de segurança no trabalho.

As regras da Lei n. 12.023/2009 não se aplicam ao trabalho avulso portuário, que é regulado, conforme exposto, especificamente por legislação própria (desde 1993, pela Lei n. 8.630/93; desde 6.12.2012, pela MPr. n. 595, depois convertida na Lei n. 12.815, de 2013). Contudo, o mesmo critério isonômico entre *trabalhadores com vínculo empregatício* (empregados, portanto) e *trabalhadores com vínculo avulso*, estabelecido pela Constituição (art. 7º, XXXIV), certamente incide nas relações jurídicas regidas pelo novel diploma normativo, no que for compatível.

VIII. TRABALHO VOLUNTÁRIO

Trabalho voluntário é aquele *prestado com ânimo e causa benevolentes*.

A benemerência do trabalho voluntário conjuga duas grandes dimensões constitutivas: de caráter subjetivo, centrada no ânimo, e de caráter objetivo, centrada na causa do labor ofertado.

A *dimensão subjetiva do trabalho voluntário* traduz-se, pois, na índole, na intenção, no ânimo de a pessoa cumprir a prestação laborativa em condições de benevolência. Essencialmente tal ideia importa na *graciosidade da oferta do labor*, em anteposição às distintas formas de trabalho oneroso que caracterizam o funcionamento da comunidade que cerca o prestador de serviços.

A *graciosidade* é elemento contraposto à onerosidade que, como se sabe, integra a relação de emprego. O caráter oneroso (ou gratuito) do vínculo de trabalho, lembre-se, deve ser focado *sob a perspectiva do prestador de serviços*, uma vez que todo trabalho, por simples que seja, transfere certo valor econômico para seu tomador, para quem recebe o serviço prestado.

A pesquisa acerca da *onerosidade* ou *graciosidade* no contexto de uma relação sociojurídica concreta pode ser extremamente simples: se houver pagamento, pelo tomador, de parcelas economicamente mensuráveis dirigidas a remunerar o trabalhador, a relação existente enquadra-se como onerosa, não podendo ser confundida com trabalho voluntário. O dado concreto de pagamento de *contraprestações* habituais pelo tomador de serviços afasta o elemento constitutivo essencial do chamado trabalho voluntário, a *graciosidade*.

Há situações em que a pesquisa sobre a onerosidade ou *graciosidade* da prestação laborativa pode se tornar mais árida: trata-se daquelas em que não desponta, em princípio, efetivo pagamento. Cabe, em consequência, ao operador jurídico investigar a real índole, intenção, vontade com que o trabalhador ingressou na relação laborativa: se o fez com inquestionável intenção onerosa, não havendo qualquer consistente justificativa para se inferir ânimo benevolente nessa vinculação, conclui-se pela presença do elemento oneroso no vínculo formado. É o que se passa com as denominadas *escravidades e/ou servidões disfarçadas*, (também denominadas de “trabalho análogo à condição de escravo”), infelizmente ainda percebidas em certas regiões do território brasileiro.

Entretanto, se, ao invés, a pessoa física ingressou no vínculo laborativo com real vontade, intenção, índole graciosa, emergindo dos dados da situação concreta consistente justificativa para se inferir o ânimo benevolente que presidiu a vinculação estabelecida, não há como deixar-se de concluir pela presença do elemento de gratuidade na relação sociojurídica, configurando o clássico trabalho voluntário. É o que comumente se nota em exemplos de trabalho efetivamente voluntário, de natureza cívica, política, comunitária, filantrópica, religiosa e congêneres.

É claro que o pagamento que descaracteriza a gratuidade será aquele que, por sua natureza, sua essência, tenha caráter basicamente *contra-prestativo*. Isso significa que o verdadeiro ressarcimento de reais despesas necessárias ou funcionais ao efetivo cumprimento do serviço não desnatura o caráter gratuito do labor ofertado. Ilustrativamente, o hospital filantrópico oferta vaga de estacionamento ao advogado que lhe presta serviço voluntário, nos dias em que compareça para prestar assessoria ou atividade correlata: ora, a oferta não terá sido contraprestativa, mas meramente instrumental. Portanto, será nestes limites e nesta qualidade de *ressarcimento*, de verbas *indenizatórias*, de despesas ligadas ao efetivo cumprimento dos serviços, é que deve ser compreendida a regra do art. 3º da Lei n. 9.608/98: o “prestador do serviço voluntário poderá ser ressarcido pelas despesas que comprovadamente realizar no desempenho das atividades voluntárias”.

A *dimensão objetiva do trabalho voluntário* vincula-se à causa propiciadora e instigadora do labor ofertado. Deve ser também benevolente a causa da existência de tal tipo de prestação de serviços.

Em suma: o que justifica o Direito subtrair, praticamente, qualquer proteção jurídica ao trabalhador nas relações de voluntariado é, sem dúvida, de um lado, a vontade, o ânimo gracioso do prestador, mas também, em igual medida e intensidade, a *causa benevolente dos serviços realizados*. O serviço voluntário não pode ser instrumento para o sistema econômico potencializar seus ganhos e aprofundar a concentração de renda e riquezas no plano social. Nesse quadro, é fundamental que a causa benevolente de tais serviços esteja presente, quer no tocante à figura do tomador, quer no tocante aos objetivos e natureza dos próprios serviços.

No que concerne ao tomador, deverá ser *entidade pública de qualquer natureza* ou *instituição privada de fins não lucrativos* (art. 1º, Lei n. 9.608, de 18.2.98). Evidentemente, que o tomador pode ser também a própria comunidade, embora tal não esteja explícito no diploma regulador do serviço voluntário (Lei n. 9.608/1998).

No que tange à causa benevolente desses serviços, a lei menciona atividade não remunerada *que tenha objetivos cívicos, culturais, educacionais, científicos, recreativos ou de assistência social, inclusive mutualidade* (art. 1º, Lei n. 9.608/98). Trata-se, porém, de rol legal meramente exemplificativo. De fato, há inúmeras outras ações que as pessoas físicas concretizam na comunidade, em caráter habitual, sem qualquer intenção ou traço de onerosidade: ilustre-se com a atividade de militância política, própria à Democracia, grande parte das vezes realizada como simples trabalho voluntário; ou se fale ainda das atividades religiosas, em especial cumpridas por leigos, que comumente atuam nos moldes do labor voluntário.

O trabalho voluntário está, obviamente, excluído do Direito do Trabalho (não há o elemento onerosidade, que compõe a relação de emprego);

pelo mesmo fundamento, está excluído também do Direito Previdenciário (parágrafo único do art. 1º da Lei n. 9.608/98). É labor de afirmação de boa índole do ser humano, de boa índole comunitária, de boa índole da vida social — nessa justa medida é que está incorporado e incentivado pelo Direito. Em consequência, qualquer tentativa de transformá-lo em veículo de mera exploração do indivíduo, de potenciamento de ganhos na vida econômica, deve ser francamente rejeitada.

Note-se que o contraponto entre o trabalho oneroso (que pode ser empregatício) e o voluntário submete-se, no exame prático da situação sociojurídica concreta, aos mesmos instrumentos analíticos já tradicionais ao ramo trabalhista. Aqui sobreleva-se, mais uma vez, o princípio da *primazia da realidade sobre a forma*.

Nessa linha, deve-se ressaltar que o pacto de prestação de serviços voluntários não é, definitivamente, formal (solene), embora a Lei n. 9.608 refira-se à presença de um termo de adesão entre as partes envolvidas (art. 2º). O trabalho voluntário pode estar, sem dúvida, configurado, mesmo que tal formalidade escrita não se evidencie. Também não tem valor absoluto a comprovação da formalidade escrita para o ressarcimento de despesas efetivas para o simples cumprimento dos serviços gratuitos (parágrafo único do art. 3º da Lei n. 9.608/98).

Por outro lado, mesmo que tais formalidades estejam atendidas, o princípio da primazia da realidade sobre a forma poderá atestar, na prática, tratar-se certo vínculo de voluntariado de simples simulação de relação de emprego, em conformidade com os efetivos dados emergentes da situação real vivenciada pelas partes.

Esclareça-se, por fim, que a Lei n. 10.748, de 22.10.2003, acrescentando o art. 3º-A ao texto da Lei n. 9.608/98, autorizou à *União* conceder *auxílio financeiro* de até R\$ 150,00 ao prestador de serviço voluntário entre 16 e 24 anos, que fosse integrante de família com renda mensal *per capita* até meio salário mínimo (art. 3º-A, *caput* e § 1º). Tal *auxílio financeiro* seria “pago pelo órgão ou entidade pública ou instituição privada sem fins lucrativos previamente cadastrados no Ministério do Trabalho e Emprego, utilizando recursos da União, mediante convênio, ou com recursos próprios” (art. 3º-A, § 2º, Lei n. 9.608/98, conforme Lei n. 10.748/2003)⁽³⁴⁾.

Com a Lei n. 11.692, de 10.6.2008 (resultado da conversão da MPr. n. 411-07)⁽³⁵⁾, instituindo o Programa Nacional de Inclusão de Jovens — Projovem —, houve revogação do art. 3º-A da Lei n. 9.608/98. Entretanto, o

(34) Semelhante *auxílio financeiro* era passível de majoração, conforme critérios dos artigos 12 e 14 da Lei n. 10.748/2003.

(35) A primeira das MPrs. instituidoras do *Projovem* (Programa Nacional de Inclusão de Jovens), é a Medida Provisória de n. 411, de 28.12.2007.

novo diploma legal não trouxe modificação de substância no tema tratado, já que também autorizou o pagamento de um auxílio financeiro, no valor de R\$ 100,00 mensais, às pessoas englobadas na hipótese do diploma jurídico. É o que dispõe o art. 6º da Lei n. 11.692/08, combinado com o art. 2º do mesmo diploma normativo.⁽³⁶⁾

Ora, tais parcelas de *auxílio financeiro* (e outras, eventualmente, similares em programas sociais oficiais congêneres) ostentam natureza de seguridade social (tal como o seguro-desemprego e o *abono* do PIS, por exemplo). Neste quadro, não podem descaracterizar os demais fundamentos já expostos acerca do trabalho voluntário e nem se tornar veículo de pura e simples espoliação do trabalho humano no Brasil. Conforme exposto, o serviço voluntário não pode ser mecanismo para o sistema econômico potencializar seus ganhos e aprofundar a concentração de renda e riqueza no contexto econômico-social.⁽³⁷⁾

IX. MÃE SOCIAL

Trata-se de figura social e jurídica surgida no âmbito das políticas sociais brasileiras anteriores à Constituição de 1988, por meio das quais instituições públicas ou privadas de caráter assistencial instituíam casas-lares para recebimento e convivência de crianças e adolescentes, em aproximação ao ambiente familiar, sob regência direta de uma mulher considerada apta para o exercício dessa função social.

A figura recebeu diversos epítetos similares, como mãe crecheira, mãe atendente, mãe vicinal, mãe substituta, além de *mãe social* (ou mãe social substituta), designação adotada expressamente pelo diploma legal que regula o instituto, a Lei n. 7.644, de 1987.⁽³⁸⁾

Segundo o diploma normativo, considera-se mãe social “aquela que, dedicando-se à assistência ao menor abandonado, exerça o encargo em

(36) A partir da instituição do Programa Nacional de Acesso ao Ensino Técnico e Emprego (PRONATEC), pela Lei n. 12.513/2011, com as alterações subsequentes, especialmente providas da Lei n. 12.816/2013, o PROJOVEM passou a se articular com o PRONATEC, fato que pode, nessa medida, no caso concreto, produzir mudanças na regência normativa da respectiva bolsa (art. 4º, X, Lei n. 12.513/2011). Contudo, tais mudanças não afetam a natureza não remuneratória da respectiva bolsa ou “auxílio financeiro”.

(37) Sobre as diversas dimensões da relação de emprego e as mais destacadas relações de trabalho concorrentes, consultar ALVES, Amauri Cesar. *Direito do Trabalho Essencial* — doutrina, legislação, jurisprudência, exercícios (São Paulo: LTr, 2013), especialmente: “Parte II — Relação de Emprego: essência do Direito do Trabalho” (p. 69-224)

(38) A respeito, consultar BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2005, p. 282-284; CASSAR, Vólia Bomfim. *Direito do Trabalho*. 7. ed. São Paulo: GEN/Método, 2013, p. 319-323; GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. *Curso de Direito do Trabalho*. 6. ed. Rio de Janeiro: GEN/Forense, 2012, p. 257-259.

nível social, dentro do sistema de casas-lares” (art. 2º). As casas-lares são unidades residenciais “sob responsabilidade de mãe social”, abrigo até 10 menores (art. 3º, *caput*). Essas casas-lares, quando agrupadas, formarão uma “aldeia assistencial ou vila de menores” (art. 3º, § 1º). Tratando-se de jovens com mais de 13 anos, serão abrigados e organizados nas Casas de Juventude, em moldes semelhantes, porém com o objetivo adicional de encaminhar os adolescentes ao ensino profissionalizante (art. 11, *caput*, Lei n. 7.644/87). Note-se que os menores residentes serão considerados, para os fins previdenciários, “dependentes da mãe social a que foram confiados pela instituição empregadora” (art. 3º, § 3º, Lei n. 7.644/87).

São atribuições da mãe social (art. 4º e incisos, Lei n. 7.644/87): “I — propiciar o surgimento de condições próprias de uma família, orientando e assistindo os menores colocados sob seus cuidados; II — administrar o lar, realizando e organizando as tarefas a ele pertinentes; III — dedicar-se, com exclusividade, aos menores e à casa-lar que lhes forem confiados”. Agrega o parágrafo único desse art. 4º que a “mãe social, enquanto no desempenho de suas atribuições, deverá residir, juntamente com os menores que lhe forem confiados, na casa-lar que lhe for destinada”.

As entidades que estruturam e dirigem esse sistema de casas-lares, aldeias assistenciais ou vilas de menores devem ser instituições sem finalidade lucrativa, ou de utilidade pública de assistência ao menor abandonado (art. 1º, Lei n. 7.644/87).

A relação socioeconômica e jurídica que vincula a mãe social e a mãe substituta à instituição assistencial empregadora é do tipo *relação de trabalho lato sensu*, à qual a Lei n. 7.644, de 1987, enquadra, para os fins jurídicos, como *relação de emprego especial*. Em consequência, a mãe social e a mãe social substituta são consideradas *empregadas*, sendo seu *empregador* a respectiva instituição assistencial que organiza o sistema de casas-lares, aldeia assistencial ou vila de menores.

Especifica a Lei da Mãe Social que a esta ficam assegurados os seguintes direitos (art. 5º e incisos): I — anotação na CTPS; II — remuneração, em valor não inferior ao salário mínimo; III — repouso semanal remunerado de 24 horas consecutivas; IV — apoio técnico, administrativo e financeiro no desempenho de suas funções; V — 30 dias de férias anuais remuneradas nos termos do que dispõe o Capítulo IV da CLT (verba acrescida, naturalmente, do terço constitucional de 1988); VI — benefícios previdenciários, inclusive, em caso de acidente do trabalho, na qualidade de segurada obrigatória; VII — gratificação de Natal (13º salário); VIII — FGTS ou indenização, nos termos da legislação pertinente. Além dessas parcelas listadas, cabem a essa trabalhadora especial os direitos à *habitação* (na própria casa-lar) e à *alimentação* (neste caso, embora o diploma legal fale em autorização para o empregador realizar o respectivo desconto — art. 7º, Lei n. 7.644/87 —, o

fato é que se trata de utilidade essencial *para* a prestação dos serviços). Na verdade, as duas utilidades (habitação e alimentação) ostentam óbvia natureza não salarial, por serem fundamentais à própria prestação dos serviços contratuais.

A Lei n. 7.644/87 determina ainda a aplicação a essa relação de trabalho especial de alguns dispositivos da CLT: Capítulo I (“Da Identificação Profissional”) e Capítulo IV (“Das Férias Anuais”) do Título II da CLT (“Das Normas Gerais de Tutela do Trabalho”); Seções IV, V e VI (“Dos Deveres dos Responsáveis Legais de Menores e dos Empregadores — Da Aprendizagem”, “Das Penalidades”, “Disposições Finais”) do Capítulo IV (“Da Proteção do Trabalho do Menor”) do Título III da CLT (“Das Normas Especiais de Tutela do Trabalho”); todo o Título IV da CLT (“Do Contrato Individual do Trabalho”) e todo o Título VII (“Das Multas Administrativas”) do diploma consolidado.

Não há referência na Lei n. 7.644/87 à aplicação do Capítulo II (“Da Duração do Trabalho”) do Título II da CLT (“Das Normas Gerais de Tutela do Trabalho”).

Tratando-se de relação de emprego especial (ou de relação de emprego *por enquadramento legal*), considera-se que à mãe social e à mãe social substituta não se estendem outros direitos trabalhistas por além daqueles principais e seus respectivos conexos (por exemplo, o conexo terço de férias, uma vez que a parcela principal lhe foi estendida; ou ainda: o conexo percentual rescisório de 40% do FGTS, nas hipóteses pertinentes, uma vez que o Fundo de Garantia lhe foi estendido) explicitamente fixados pela lei especial instituidora e regente da figura jurídica. Nessa linha é que compreendem Alice Monteiro de Barros⁽³⁹⁾ e Gustavo Filipe Barbosa Garcia⁽⁴⁰⁾. Já Vólia Bomfim Cassar abre espaço para interpretação relativa à extensão das regras concernentes à jornada de trabalho, por inferência de dispositivos da própria lei regente da figura jurídica.⁽⁴¹⁾

Com o advento da nova Constituição da República, a figura jurídica regulada pela Lei n. 7.644/1987 foi recepcionada, por se mostrar compatível com a CF/88. Porém, a admissão da trabalhadora mãe social no emprego estatal — se a instituição assistencial consistir em entidade da União, Estados, DF ou Municípios — não pode mais prescindir da prévia aprovação em concurso público, em face do requisito imperativo lançado pelo art. 37, *caput*, II e § 2º, da Constituição de 1988.

(39) BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2005, p. 282-284.

(40) GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. *Curso de Direito do Trabalho*. 6. ed. Rio de Janeiro: GEN/Forense, 2012, p. 258-259.

(41) CASSAR, Vólia Bomfim. *Direito do Trabalho*. 7. ed. São Paulo: GEN/Método, 2013, p. 320. Expõe a autora que “... tem a mãe social, assim como a substituta (mãe substituta), direito à jornada, habitação e alimentação (que pode ser descontada pelo patrão), conclusão que se extrai da interpretação do art. 8º, § 3º, arts. 7º e 10 da Lei”.