

DISTINÇÕES ENTRE RELAÇÃO DE TRABALHO E PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS CONSUMERISTAS¹

Gustavo Salustio da Costa Vargas²

Marcelo Maurício da Silva³

RESUMO

O artigo abordará o tema: “Distinções entre Relação de Trabalho e prestação de serviços consumerista”. Pretende-se através deste artigo diferenciar no âmbito de direito material uma relação trabalhista de uma relação de consumo em que há prestação de serviços, analisando criticamente aspectos sobre os temas. Será tratado primeiramente a relação de trabalho, indo a fundo sobre o tema trazendo seus aspectos históricos e as teorias mais atuais. Após isto será tratada a relação de consumo e por fim será trazido um aspecto prático sobre os honorários advocatícios e as posições quanto ao assunto.

Palavras-chave: Relação de trabalho x Relação de consumo - Diferenças. Prestação de serviços trabalhistas e consumerista. Distinções de direito material no ramo trabalhista e na prestação de serviços consumerista.

DISTINCTIONS BETWEEN WORKING RELATIONSHIP AND PROVISION OF SERVICES CONSUMERS

ABSTRACT

The article will approach the theme: "Distinctions between Relationship of Work and services rendered consumer ". Intends through this article to differentiate in the extent of material right a labor relationship of a consumption relationship in that there is services rendered, analyzing aspects critically on the themes. It will be treated the work relationship firstly, thoroughly going on the theme bringing their historical aspects and the most current theories. After this the consumption relationship will be treated and finally a practical aspect will be brought about the lawyer's honoraria and the positions as for the subject.

Keywords: Working Relationship x Value of consumption - Differences. Provision of services and labor consumer. Distinctions right material in branch labor and the provision of services consumer.

¹ Artigo apresentado como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito da Faculdade Natalense para o Desenvolvimento do Rio Grande do Norte – FARN.

² Aluno do 10º período do curso de direito da Faculdade Natalense para o desenvolvimento do Rio Grande do Norte -FARN

³ Professor Orientador do curso de Direito da Faculdade Natalense para o Desenvolvimento do Rio Grande do Norte - FARN.
E-mail: marcelomauricio@farn.br

1- INTRODUÇÃO

Cabe aqui iniciar esta obra dizendo do que se trata, de que forma será abordada, citando os tópicos e assuntos principais e trazendo a metodologia em que serão apresentados. Sendo assim, cabe aqui primeiramente citar que esta obra é um artigo científico.

No decorrer da obra iremos tratar dos dois assuntos encontrados no título, a relação de trabalho e a prestação de serviços consumerista. De início irá se tratar da relação de trabalho, trazendo desde a sua evolução doutrinária até os reflexos dela no Brasil, e por fim fazendo uma análise prática das teorias que se encontram no Brasil acerca do conceito e aplicação da relação de trabalho.

Vale aqui citar que também abordaremos dentro deste assunto as mudanças trazidas pela dita reforma do judiciário, qual seja, a Emenda Constitucional 45 de 2004 e seus reflexos na conceituação e aplicação da relação de trabalho.

Prosseguindo iremos tratar do assunto relação de consumo, vendo seus institutos e o que a configura, passando para a prestação de serviços consumerista. Serão conceituados tantos os sujeitos desta relação quanto o seu objeto.

Por fim será feita a diferenciação entre a relação de trabalho e a prestação de serviços consumerista, tendo em vista como uma conclusão das idéias mais importantes abordadas na obra, e ainda será trazido o caso concreto a cerca dos honorários advocatícios e o entendimento que se tem a cerca deste assunto, configurando-o como relação de trabalho ou como prestação de serviços consumerista.

Para maior sistematização da obra, ao final de cada instituto tratado será feita uma conclusão das idéias principais, facilitando no final a diferenciação.

Para finalizar esta parte introdutória cabe dizer que tal tema é muito importante para o direito do trabalho, visto que esta diferenciação além de ter uma repercussão prática nos tribunais traz ainda uma clareza doutrinária e pacificação sobre o assunto. Vale salientar que a obra além de ser conceitual trará um ponto de vista crítico sobre os assuntos abordados e principalmente sobre as distinções entre as relações de trabalho e a prestação de serviços consumerista.

2 – A RELAÇÃO DE TRABALHO

O conceito simplificado de relação de trabalho é quase que unânime entre os doutrinadores, mudando apenas a forma e mantendo-se a idéia principal. Segundo Renato Saraiva:

A relação de trabalho corresponde a qualquer vínculo jurídico por meio do qual uma pessoa natural executa obra ou serviço para outrem mediante o pagamento de uma contraprestação. Podemos afirmar, portanto, que a relação de trabalho é gênero da qual a relação de emprego é uma espécie.⁴

Neste contexto a relação de trabalho seria gênero do qual a relação de emprego figuraria como espécie.

Seguindo temos Maurício Godinho Delgado que nos mostra a característica abrangente do conceito de relação de trabalho e a especificidade da relação de emprego e outros tipos de relações, é o que se passa a seguir:

A expressão relação de trabalho englobaria, desse modo,, a relação de emprego, a relação de trabalho autônomo, a relação de trabalho eventual, de trabalho avulso e outras modalidades de pactuação de prestação de labor (como trabalho de estágio, etc.). Traduz, portanto, o gênero a que se acomodam todas as formas de pactuação de prestação de trabalho existentes no mundo jurídico atual.⁵

Os cinco elementos que Godinho se refere são: trabalho prestado por pessoa física, com alteridade, de forma não-eventual e pessoal, onde há onerosidade e subordinação jurídica

Como foi dito os autores mantém a idéia central de relação de trabalho, qual seja, aquele tipo de relação que de forma ampla abrange os vários tipos de relações trabalhistas, tais como, o trabalho eventual, o vínculo empregatício, o estatutário, estágio e muitos outros. No entanto o que apenas muda é a forma de transparecer esta idéia.

⁴ SARAIVA, Renato. Curso de Direito Processual do Trabalho 6.ed. São Paulo: Editora Método, 2009. pg. 68.

⁵ DELGADO, Maurício Godinho. Curso de Direito do Trabalho 9.ed. Salvador: LTR, 2010. pg. 265

2.1 – Evolução da relação trabalhista

Cabe iniciar este tópico dizendo que várias teorias tentaram explicar a relação de trabalho, no entanto podemos sistematizar todas estas em apenas duas que são vistas como as mais importantes, sendo todas outras fruto ou facetas destas duas teorias principais. Estas teorias são a teoria civilista clássica e a teoria da incorporação.

O sentido tradicional de relação de trabalho é aquela que decorre da celebração do contrato de trabalho. Antigamente vigorava a idéia contratualista, de caráter civil, sendo o direito do trabalho uma das facetas do direito civil. É tanto que havia teorias que tentavam explicar o contrato de trabalho a partir de contratos civis, como o mandato, a compra e venda, a locação de serviço.

Segundo Alice Monteiro de Barros na natureza jurídica de contrato de compra e venda “afirmavam que o empregado vende sua força de trabalho em troca de um salário”. Já no trabalho como locação de serviço “o empregado aluga o seu trabalho, assumindo a condição de locador; o empregador utiliza na condição de locatário e a coisa locada é a força de trabalho”⁶. Por fim no contrato de mandato tínhamos que “o empregador atua como mandante e o empregado como mandatário”.

Segundo alguns autores, na Alemanha após a primeira Guerra Mundial é que a relação de trabalho veio conseguir sua autonomia, sendo desvinculada de um mero contrato civil, passando a ser visto como fato material, com realidade fática, centrando sua idéia na prestação de serviços. Esta era a chamada teoria da incorporação, e segundo ela o fundamento para aplicação das normas de proteção ao trabalho não surgiam do simples contrato de trabalho e sim da prestação de serviços. Esta teoria defendia que a partir do momento que um trabalhador estivesse prestando o serviço ao seu empregador tinha-se que, mesmo sem o contrato, haveria a proteção das normas trabalhistas, bastando ter a prestação de serviços.

Vemos que tal teoria se funda em um princípio atual do direito do trabalho, que é o princípio da primazia da realidade, no qual o que vale nas relações trabalhistas é a realidade fática, independente da denominação dada a ele. Sendo assim o contrato é visto como mera forma, e a prestação de serviços é tida como realidade fática.

Além disto cabe citar que tal teoria também é reconhecida como institucionalista, pelo motivo de reconhecer o vínculo empregatício a partir do momento da incorporação do trabalhador na empresa.

⁶ BARROS, Alice Monteiro de. Curso de Direito do Trabalho 4.ed. São Paulo: LTR, 2008. pg. 238

No México , já por volta de 1940, surgiu uma teoria chamada contrato de realidade, entendendo também que a proteção ao trabalho surge com a relação de fato, de forma objetiva, surgindo a partir do momento da prestação de serviço e não do contrato de trabalho. Não dependia qual fosse a forma que surgisse o trabalho subordinado e sim que ele estava presente, devendo garantir a proteção ao trabalhador. Esta teoria é a mesma teoria da incorporação alemã, aqui também entende que o momento inicial da relação trabalhista é a prestação de serviços ao patrão.

Percebe-se que nessa época foi quando surgiram os direitos fundamentais de segunda dimensão, quais sejam, os direitos sociais. Segundo a doutrina mais aceita acerca dos direitos fundamentais, esta denominação “dimensão” supera o termo “geração”, visto que usando aquele temos que uma dimensão se soma à outra, diferente do vocábulo “geração” que passa uma idéia de que uma se sobrepõem a outra, fazendo a anterior desaparecer.

Este tipo de direitos, os direitos sociais, veio como antítese à primeira dimensão de direitos fundamentais, que eram os direitos individuais civis. Por isto vemos neste começo uma radical transformação, afirmando que é desnecessário o contrato de trabalho para a configuração de uma relação trabalhista, querendo demonstrar o aspecto fático- social desta teoria, admitindo que a relação trabalhista começasse apenas com a prestação de serviço.

Desta forma, temos neste contexto que duas teorias tentam definir a relação de trabalho. A primeira, com fundamentação na primeira dimensão de direitos fundamentais, entende que a relação de trabalho se forma pelo acordo de vontades do trabalhador e do empregador, dando primazia à forma do contrato em detrimento da realidade fática da prestação de serviços. Esta é a teoria contratualista. Já a segunda teoria é aquela na qual a relação de trabalho se cria a partir do engajamento ou ocupação do trabalhador na empresa, a dita teoria da incorporação, colocando em destaque como início da relação trabalhista a prestação de serviços..

Como solução a estas duas teorias uma terceira teoria aparece, vindo de críticas a estas teorias e juntando os elementos de ambas, sendo vista como uma teoria intermediária entre as já vistas. Enquanto a teoria contratualista é radical dizendo que só há relação de trabalho quando houver acordo entre as partes, temos que a teoria da incorporação traz o fenômeno de que aceita que há uma relação de trabalho mesmo sem haver tal acordo, mas não consegue explicar as formas de trabalho em que há um contrato tácito.

Segundo o autor Wolfgang Däubler, depois de 1945 passou-se a rejeitar a teoria da incorporação sob o fundamento da segurança jurídica nas relações, pois se quer proteger devidamente um trabalhador é necessário que haja um prévio acordo entre as partes, de forma

expressa ou tácita. A teoria da incorporação foi negada devido a negação desta última forma de contrato, o que se dá de forma tácita.

No entanto, como resquício da teoria da incorporação, temos que a teoria contratualista passou a aceitar formas de excepcionais relações, nas quais há um tipo de relação fática de trabalho produzindo efeitos jurídicos apesar da inexistência de contrato. De forma prática e trazendo um exemplo atual, é assim que se explica que um trabalhador menor de quatorze anos tem direito a receber todas as verbas rescisórias e contraprestações remuneratórias pelo tempo que prestou serviço. De um lado o direito não aceita um contrato de trabalho entre o patrão e o trabalhador menor de quatorze anos, visto que é nulo, pelo fato da nossa Carta Maior proibir qualquer tipo de trabalho ao menor de quatorze anos, aqui temos uma visão contratualista. No entanto e com fundamento na teoria da incorporação não podemos negar a relação fática, admitindo-a e colocando em destaque o princípio da primazia da realidade reconhecendo a prestação de serviços.

2.2 – A relação de trabalho no Brasil

No Brasil nossa Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) não adotou apenas uma teoria. Assim é que o art. 442 da CLT define : “Contrato individual de trabalho é o acordo tácito ou expresso, correspondente à relação de emprego.”⁷ Aqui vemos a adoção da teoria da incorporação, de cunho institucional, prevalecendo a idéia de prestação de serviços em oposição à formalidade do contrato civil.. Subentende-se isto da expressão “correspondente à relação de emprego”, tendo como fonte da relação de trabalho a relação fática da prestação de serviços de um trabalhador a seu patrão.

No entanto, há uma harmonização entre a teoria da incorporação e a teoria contratualista em nossa Consolidação Trabalhista, visto que o art. 2º define empregador da seguinte forma: “Considera-se empregador a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviço.”⁸ A palavra em destaque é “admite”, prevendo uma celebração de acordo, demonstrando a autonomia da vontade , e colocando em destaque a formação do contrato de trabalho, dando um enfoque maior a teoria contratualista.

Da mesma forma, podemos perceber isto na definição de empregado no art. 3º da CLT: “Considera-se empregado toda pessoa física que prestar serviços de natureza não

⁷ BRASIL. Decreto-Lei n.º 5.452, de 1º de Maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Consolidação das Leis do Trabalho. Brasília: Casa Civil, 1943.

⁸ Idem.

eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário.” A vontade do empregador transparece na expressão “que prestar serviços” mostrando a vontade do empregado em se inserir na cadeia produtiva do tomador da mão de obra.

O contraste no Brasil se dá mais entre a relação de trabalho e a relação de emprego, sendo esta, espécie daquela. Na relação de trabalho temos de forma ampla a relação jurídica que se instaura sempre que um trabalhador se obriga à prestação de trabalho em proveito de outrem. Já em sentido estrito poderá ser entendida como a relação jurídica objetiva criadora de direitos e obrigações derivada da prestação de serviços.

Já na relação de emprego temos que é aquela em que há uma prestação de serviços por pessoa física, de forma não eventual e pessoal, em que há uma remuneração e subordinação jurídica.

Vale ainda, antes de terminar este tópico, citar a evolução constitucional acerca da competência da justiça do trabalho. As Constituições de 1934 e 1937 tratavam apenas da competência para julgar os dissídios da relação entre empregadores e empregados reguladas pela legislação social. A de 1946 trouxe o traço importante dos dissídios individuais e coletivos, ampliando ainda a competência para as demais relações de trabalho regidas por lei especial. Só com a Constituição de 1988 é que temos este conceito amplo de relação de trabalho.

Para finalizar este assunto temos que segundo nossa Constituição, como dispõe o art. 114, I, a justiça do trabalho é competente para julgar todas as ações oriundas da relação de trabalho. É do entendimento da corrente majoritária que a justiça do trabalho é competente para julgar todas as relações de trabalho se excluindo a relação de vínculo estatutária e aquela que se presta de forma consumerista. Sendo assim, e finalizando, a justiça do trabalho abrange a relação de emprego, o trabalho eventual, o autônomo, a empregada doméstica e entre outros.

2.3 – A Emenda Constitucional 45 de 2004

Tratando deste tema não se pode deixar de fazer alguns comentários sobre tal emenda. Denominada de reforma do judiciário ela trouxe várias alterações, e na seara trabalhista alterou profundamente a competência desta justiça, trazendo reflexos nas relações de trabalho.

O art. 114 da Constituição foi drasticamente alterado. Era majoritariamente conhecido que tal artigo tratava da competência da justiça do trabalho em razão das pessoas. Segue comentário de Sérgio Pinto Martins quanto a competência em razão da pessoa:

A justiça do trabalho tem competência para dirimir as controvérsias entre trabalhadores e empregadores, que são as pessoas envolvidas diretamente nos pólos ativo e passivo da ação trabalhista. Trata-se da competência em razão da pessoa (*ex rationae personae*).⁹

Com a nova redação do art. 114, que além da competência em razão da pessoa, já definida, traz a competência em razão da matéria, que segundo Renato Saraiva é aquela competência “definida em função da natureza da lide descrita na peça inaugural, ou seja, a competência é firmada em função dos pedidos contidos na petição inicial”.

Cabe aqui fazer alguns breves comentários quanto a estas competências, sem retirar o objetivo de tal obra. De início cabe citar que não cabe à justiça do trabalho julgar aquelas lides decorrentes de vínculo estatutário da administração pública. Outra importante citação é quanto às ações acidentárias, tendo duas formas de fixação de competência. Caso a ação tenha como pedido o benefício previdenciário, temos que será da competência da justiça comum estadual, no entanto se for acionada para provar que houve culpa do empregador, pleiteando assim uma indenização em face deste, deverá ser competente a justiça do trabalho, sendo matéria de segurança do trabalho. Finalizando estas citações, é do entendimento do Supremo Tribunal Federal que a expressão “na forma da lei” no inciso IX não ilide que as relações de trabalho sejam julgadas pela justiça do trabalho, tratando este artigo como norma constitucional de eficácia plena, mesmo tendo esta expressão que caracteriza uma norma de eficácia limitada.

Tal citação da emenda constitucional foi importante, pois ela mudou drasticamente a competência da justiça do trabalho e também fez surgir três teorias quanto ao entendimento do que é relação de trabalho, assunto que será abordado no próximo tópico.

2.4 - Teorias atuais acerca da relação de trabalho

Como já foi dito a EC 45/2004 alterou profundamente a competência da justiça trabalhista, e com tal mudança foi preciso que os doutrinadores se debruçassem sobre o

⁹ MARTINS, Sérgio Pinto. Direito Processual do Trabalho. 27.ed. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2007. pg. 94

conceito de relação de trabalho, visto que a partir deste conceito iria se fixar a competência da justiça laboral.

Três correntes surgiram e são assim denominadas: corrente restritiva ou fechada, corrente ampliativa ou aberta e corrente intermediária. Vale preliminarmente citar que a mais aceita é a corrente intermediária, visto que as outras duas são os dois opostos sobre o assunto e a intermediária traz uma idéia mais balanceada.

2.4.1 – Teoria fechada

A primeira corrente a ser tratada será a fechada ou restritiva. Tal posição tem uma visão arcaica de que relação de trabalho e relação de emprego são sinônimos, e mesmo com a nova redação do art.114 da CF nada se alterou. Percebe-se que segundo esta teoria nenhuma mudança acontece, além disto ela iguala gênero à espécie, qual seja, simultaneamente a relação de trabalho e a relação de emprego. Já foi dito outrora que a relação de emprego é uma das espécies da relação de trabalho.

Esta teoria reducionista se fundamenta em um dos critérios mais fracos de interpretação da norma, o literal. Segundo esta teoria existe uma sinonímia entre as expressões relação de trabalho e relação de emprego, sob o fundamento de que o legislador federal comumente usa a locução relação de trabalho para se referir relação de emprego. A título de exemplo temos o art. 7º, XXIX da Constituição com a seguinte redação “ação, quanto aos créditos resultantes das relações de trabalho, com prazo prescricional de cinco anos para os trabalhadores urbanos e rurais, até o limite de dois anos após a extinção do contrato de trabalho”.¹⁰

Tal teoria é minoritária e suas idéias não prosperaram devido ao seu fraco fundamento.

2.4.2 – Teoria aberta

Passando agora para o outro oposto temos a teoria ampliativa ou aberta. Tal teoria inclui no conceito de relação de trabalho todos os tipos de prestação de serviços humano. Temos aqui incluídos como sendo relação de trabalho até mesmo a dita relação de consumo, e a relação estatutária entre a administração pública e seu servidor.

¹⁰ BRASIL, Constituição (1988). Constituição Federativa do Brasil. Brasília. Senado Federal, 1988.

Podemos perceber que esta teoria é parcialmente válida. Primeiramente devemos citar que o Supremo Tribunal Federal entendeu não ser de competência da justiça do trabalho a relação trabalhista de cunho estatutária, no entanto não deixa de ser relação de trabalho.

Agora, na seara consumerista é que está a invalidação desta teoria, visto que a relação de trabalho se difere da prestação de serviço consumerista, e isto será abordado mais a frente. Basta aqui previamente citar que na relação de trabalho temos como objeto a mão de obra humana e na relação de consumo o objeto é o serviço ou produto consumível e não o trabalho propriamente.

2.4.3 – Teoria intermediária

A corrente que prosperou foi a intermediária. Esta defende a ampliação da justiça do trabalho para abranger aquelas que são fundamentadas no contrato de emprego, e por conseguinte aquelas que tem no vínculo firmado uma verdadeira atividade de trabalho humano. O fato dela se denominar intermediária é que não aceita que seja da competência da justiça laboral as relações trabalhistas de vínculo estatutário e muito menos as decorrentes de relação de consumo.

Esta teoria tem os seguintes fundamentos. O primeiro é que deve haver na relação de trabalho a característica do *intuito personae*, ou seja, o trabalhador deve prestar seu serviço pessoalmente, sendo de forma exclusiva. Segundo Alice Monteiro de Barros isto significa que “o empregado não poderá se fazer substituir por outrem na prestação de serviços, salvo esporadicamente e com a aquiescência do empregador”.¹¹ Reforçando tal entendimento, Godinho traz uma palavra que define a pessoalidade, dizendo que há uma característica de infungibilidade por parte do trabalhador.

Além disto, e interligado à característica da pessoalidade, existe a exigência de ser o trabalhador pessoa física, não se admitindo na relação de trabalho que seja prestado por pessoa jurídica, o que não há óbice deste fato na prestação de serviços consumerista.

O outro fundamento é que o trabalhador deve inserir sua mão de obra na cadeia produtiva do tomador do serviço. Tal cadeia produtiva não deve ser vista como eminentemente econômica, visando o lucro, visto que até mesmo na relação de trabalho voluntário temos uma cadeia produtiva. O efeito aqui se refere a produzir algo como consequência da prestação do trabalho, tal produção poderá ser uma peça, ou até mesmo uma refeição feita voluntariamente em um abrigo. O cerne da questão aqui é a aquisição de alguma

¹¹ BARROS, Alice Monteiro de. Curso de Direito do Trabalho 4.ed. São Paulo: LTR, 2008. pg. 234

vantagem para quem contrata o empregado, não sendo eminentemente lucro. Outro exemplo seria uma obra de reforma em uma casa.

Para finalizar, como características da relação de trabalho segundo a teoria intermediária, tem que se ter a subordinação jurídica. Segundo os doutos tal subordinação pode variar de graduação, indo de mínima até máxima. Esta subordinação reflete os poderes de mando do tomador da mão de obra sob o trabalhador. A título de exemplo seu grau máximo encontra-se quando numa relação de emprego tem-se um rígido controle de horário e de tarefas sob o empregado.

2.5 – Conclusões acerca da relação de trabalho

Para facilitar a sistematização, este tópico irá abordar um resumo do que já foi dito. Como a presente obra visa à diferenciação das relações de trabalho e da prestação de serviço consumerista temos que a primeira parte já foi feita, qual seja, a conceituação e delimitação do tema relação de trabalho.

Foi visto desde as evoluções doutrinárias, onde havia um verdadeiro embate entre as duas teorias mais importantes, a teoria contratualista e a teoria da incorporação, e foi visto também que a Consolidação das Leis Trabalhistas abrange as duas teorias.

Adiante vimos as alterações que a Emenda Constitucional 45 de 2004 trouxe para a competência trabalhista e com isso os doutrinadores tiveram que se debruçar sobre o conceito de relação de trabalho, com a finalidade de limitar a competência da justiça trabalhista para tão somente as relações deste tipo, excluindo-se daqui a relação estatutária e a prestação de serviços consumerista.

Para finalizar este tema, foi visto que a teoria que prosperou e é a mais aceita hoje é a teoria intermediária, que conceitua relação de trabalho sob o fundamento de que deve haver a característica da pessoalidade e da pessoa física por parte do trabalhador, e além disto, deverá ele inserir sua mão de obra na cadeia produtiva do tomador do trabalho sob subordinação jurídica deste, mesmo que mínima.

Passaremos agora a uma análise da relação de consumo e após isto será feita a diferenciação ponto a ponto.

3 – A RELAÇÃO DE CONSUMO

Nesta parte focaremos mais nos institutos da relação de consumo sem ir muito a fundo na história do direito do consumidor, visto que este não é o objetivo de tal obra. Teremos então aqui como finalidade tecer breves comentários conceituais e algumas críticas visando um fim maior que será utilizar destes conceitos para a futura análise das distinções entre a relação de trabalho e a prestação de serviços consumerista.

Desta forma, cabe aqui serem feitos alguns breves comentários acerca deste ramo do direito, que muitos autores ainda o tratam como um ramo novo, e de fato é, visto que, segundo Rizzato Nunes¹², em países como os Estados Unidos a proteção ao consumidor vem desde 1890, enquanto em nosso país viemos conquistar formalmente isto em 1990, com a promulgação do Código de Defesa do Consumidor, fruto da nossa nova Carta Constitucional.

Segundo a professora Claudia Lima Marques o direito do consumidor é uma “disciplina transversal entre o direito privado e o direito público, que visa proteger um sujeito de direitos, o consumidor, em todas as relações jurídicas frente ao fornecedor, um profissional, empresário ou comerciante”¹³.

Desta conceituação podemos perceber que é um ramo tutelar, assim como é o direito do trabalho, protegendo o mais fraco da situação, o consumidor. Suas normas tem uma natureza jurídica mista, na qual de um lado regulam o direito privado, e por outro lado, simultaneamente, são de ordem pública, obrigatórias e cogentes.

Nossa Constituição elencou proteção ao consumidor de três formas diferentes. Primeiro elevou a proteção afirmativa aos consumidores a direito fundamental no art. 5º, XXXII, com a seguinte redação “o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor”.

A outra forma de proteção foi elencar como princípio da ordem econômica a proteção ao consumidor, visto de uma forma não só individual mas como sujeito coletivo da sociedade. É o que se encontra no art. 170, V:

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:
V - defesa do consumidor;¹⁴

¹² NUNES, Rizzato. Curso de Direito do Consumidor. 4.ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2009. pg. 2

¹³ BENJAMIN, A.; MARQUES, C.; BESSA, L. Manual de Direito do Consumidor. 2.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. pg. 25

¹⁴ BRASIL, Constituição (1988). Constituição Federativa do Brasil. Brasília. Senado Federal, 1988.

A terceira forma de proteção a este novo sujeito de direitos é encontrada no art. 48 do Ato de Disposições Transitórias com a seguinte redação “O Congresso Nacional, dentro de cento e vinte dias da promulgação da Constituição, elaborará código de defesa do consumidor.”, impondo a formação de um Código de Defesa ao Consumidor, visando dar maior eficácia social a esta proteção elencada na constituição.

Desta forma nós podemos sistematizar estes três tipos de proteção da seguinte maneira. É um triplo mandamento constitucional se baseando em primeiramente promover a defesa dos consumidores a título de direito fundamental, encontrado no art. 5º. Depois disso elenca como princípio geral da atividade econômica a proteção ao sujeito consumidor. E por último, no ADTC, elenca em seu art. 48 a forma de sistematizar e ordenar esta tutela especial.

Desta maneira temos na constituição consagrada a releitura do direito privado com base nesta, denominando alguns autores que vivemos hoje numa sociedade em que há um direito privado constitucional.

Não podemos deixar de falar sobre um princípio que rege o direito do consumidor, que é o *favor debilis*, que segundo Claudia Marques¹⁵ nada mais é do que uma das facetas do princípio da isonomia. O *favor debilis* visa superar a idéia de que basta a igualdade formal para que todos sejam iguais na sociedade, ou seja, ele reconhece a vulnerabilidade de uns perante outros, impondo uma igualdade material. Como já foi dito, este é uma das facetas do princípio da isonomia, que visa tratar os desiguais de forma desigual no limite de suas desigualdades. Por ser um direito de proteção, vemos que tal princípio é de suma importância, visto que, a priori, ele reconhece a vulnerabilidade do consumidor para assim ter a finalidade protetiva, sendo desta forma como o direito do trabalho, um direito tuitivo.

Finalizando esta breve introdução sobre o direito de consumidor cabe citar que atualmente este é um micro sistema do direito privado regulado pelo Código de Defesa do Consumidor, qual seja a lei nº 8078/1990.

3.1 – Características da relação de consumo

Neste tópico iniciaremos este assunto, tratando dos conceitos e dos institutos da relação de consumo. Cabe aqui dizer que o Código de Defesa do Consumidor não incide em todos os tipos de relação de consumo, há uma exceção e será explicado mais a diante.

¹⁵ BENJAMIN, A.; MARQUES, C.; BESSA, L. Manual de Direito do Consumidor. 2.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. pg. 26

Segundo o objetivo desta obra não será trazido discussões doutrinárias sobre o assunto, e sim soluções e entendimentos pacificados.

Iniciaremos com o conceito de consumidor, sujeito que atua recebendo o produto ou serviço sem a finalidade de produção. Depois disso passaremos para o fornecedor, aquele que repassa o produto ou serviço. Após isto teremos o conceito do que é serviço, e é aqui o ponto importante desta obra, visto que a prestação de serviços consumerista se encontra neste ponto

3.1.1 – Consumidor

Cabe primeiramente conceituar o que é consumidor, e o CDC fez isto no seu art. 2º, de forma clara e precisa, bastando aos doutrinadores se debruçar na interpretação de algumas expressões. Segue-se o conceito do art. 2º: “Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final.”¹⁶ No seu parágrafo único ele traz um complemento: “Equipara-se a consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo”¹⁷.

Vemos que o código não faz distinção entre pessoa física ou jurídica, podendo esta última figurar como consumidora. Já mais a frente vemos a utilização do verbo “adquirir”, que segundo Rizzatto Nunes “tem de ser interpretado em seu sentido mais lato, de obter, seja a título oneroso ou gratuito”¹⁸. Além disto, não basta adquirir, tem que se utilizar deste produto ou serviço, sem a finalidade de produção e repasse.

O termo mais importante é “destinatário final”, ou seja, consumidor é aquele que fica em último na cadeia produtiva, é aquele que recebe o produto ou serviço sem a finalidade de repassá-lo para terceiros. E aqui está a finalidade de aquisição e uso. Resumindo, é aquele que utiliza do produto ou serviço para si sem finalidade de produção e repasse.

É tanto que, se a pessoa física ou jurídica adquire o bem como intermediário não será visto como consumidor, tendo aqui uma relação civil comum regrada pelo Código Civil. E é aqui onde se encontra a exceção que foi dita no começo, visto que temos aqui um intermediário de produção, não sendo caracterizada como relação de consumo.

¹⁶ BRASIL. Lei nº 8078, de 11 de Setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Código de Defesa do Consumidor. Brasília: Casa Civil, 1990.

¹⁷ Idem

¹⁸ NUNES, Rizzatto. Curso de Direito do Consumidor. 4.ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2009. pg. 72

Finalizando, poderemos propor como conceito de consumidor o seguinte: consumidor é aquela pessoa física ou jurídica que adquire o produto ou serviço com a finalidade de uso, atuando como destinatário final da cadeia produtiva.

Já dito estes breves, mas conclusivos comentários acerca do consumidor, o próximo passo será tratar do fornecedor, sujeito da relação de consumo que fica na posição de produtor ou comerciante de produto ou serviço.

3.1.2 – Fornecedor

Continuando a relação de consumo, temos agora o fornecedor, e da mesma forma o Código de Defesa do Consumidor também conceituou o que vem a ser esta figura da relação de consumo. É o que se encontra no art. 3º que se segue:

Art. 3º Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.¹⁹

Iremos tratar ponto a ponto este artigo. Podemos perceber que seu significado quanto aos sujeitos que são vistos como fornecedores é bastante ampla. O artigo começa com a expressão “toda pessoa”, demonstrando de forma ampla e sem exclusão.

Quanto à pessoa física e jurídica vemos que ela pode ser tanto consumidora quanto fornecedora, e isto como já foi dito vai depender da finalidade que ela vai se utilizar do serviço, e agora podemos adicionar também a atividade que ela vai exercer.

Cabe aqui um parêntese quanto ao assunto atividade. Este conceito de atividade é o que vai realmente caracterizar o sujeito como fornecedor. Segundo Rizzato Nunes: “A simples venda de ativos sem caráter de atividade regular ou eventual não transforma a relação jurídica em relação jurídica de consumo. Será um ato jurídico regulado pela legislação comum civil ou comercial.”²⁰ Ou seja, o sujeito para se caracterizar como fornecedor deve praticar atividade regular ou eventual de produção de produtos ou serviços. A atividade regular é aquela encontrada no estatuto da pessoa jurídica, já a atividade eventual é aquela

¹⁹ BRASIL. Lei nº 8078, de 11 de Setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Código de Defesa do Consumidor. Brasília: Casa Civil, 1990.

²⁰ NUNES, Rizzato. Curso de Direito do Consumidor. 4.ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2009. pg. 87

feita de forma atípica, mas no mínimo rotineira, e que tenha alguma ligação em fornecer o produto ou serviço ao destinatário final.

A título de exemplo, quando uma loja, que tem no seu estatuto a finalidade de venda de jóias, e vende seu computador para comprar um novo ela estará praticando um ato regulado pelo código civil, e o destinatário não será visto como consumidor. No entanto se esta mesma loja se compromete com o consumidor de fazer reparos em produtos que ela mesma venda, isto acontecerá de forma eventual, mas estará ligado com sua atividade, e desta maneira teremos uma relação de consumo.

As atividades podem ser vistas no caput do art. 3º na seguinte expressão “que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.”²¹

Voltando ao assunto pessoas, temos como exemplo de pessoa física que atua como fornecedor aquele que desenvolve atividade eventual ou rotineira de venda de produtos. É o conhecido como comerciante de fato. É o caso da pessoa que compra roupas e revende para os colegas.

Mais à frente veremos que o legislador não fez distinção entre a pessoa jurídica privada ou pública, podendo até esta última figurar como fornecedor de serviços. Seguindo, temos que também não fez distinção entre a pessoa jurídica nacional ou estrangeira, bastando para esta que tenha uma filial ou agência situada no Brasil e que forneça seus produtos e serviços. Terminando este assunto temos os entes despersonalizados, que é o caso da sociedade de fato, ou seja, aquelas que não possuem inscrição como pessoa jurídica, mas desenvolvem de fato atividade industrial, comercial, de prestação de serviços ou outras. Percebemos assim o alcance amplo desta norma.

Desta forma podemos aqui propor o seguinte conceito de fornecedor: é toda pessoa física ou jurídica, sem exclusão, que pratica atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços e atua na cadeia produtiva fornecendo bens ou serviços.

Para finalizar cabe citar que o termo fornecedor é visto como gênero, do qual são suas espécies o fabricante, o produtor, o construtor, o importador o comerciante.

Terminado este assunto já temos conceituados os termos “consumidor” e “fornecedor”, sendo esta a parte subjetiva da relação de consumo. Passaremos agora para a

²¹ BRASIL. Lei nº 8078, de 11 de Setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Código de Defesa do Consumidor. Brasília: Casa Civil, 1990.

parte objetiva, sendo que não trataremos do que vem a ser produto, visto que não é o objetivo deste trabalho, deste jeito partiremos direto ao que vem a ser serviço.

3.1.3 - Serviços

Este é um assunto que comporta muitas facetas, no entanto iremos focar aqui na prestação de serviços consumerista em que há certa identidade com a relação de trabalho. A título de exemplo, fora esta prestação de serviços temos ainda os serviços bancários, financeiro, de crédito, securitário, os chamados serviços públicos e outros.

Em seu art. 3º, §2º o Código de defesa do Consumidor conceitua o que vem a ser serviço: “ Serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista.”²²

O primeiro comentário que temos a fazer é que serviço é qualquer atividade, é ação humana visando certa finalidade. Desta feita, um serviço poderá ser durável ou não durável .

O serviço durável pode ser encontrado de duas maneiras, a primeira é o caso em que ele tenha uma continuidade no tempo em decorrência de um contrato, a segunda forma é quando ele deixa um produto como resultado, como é o caso de uma pintura em uma casa.

Já o serviço não durável é aquele que se esgota após serem prestados, como é o caso do serviço de hospedagem, após o uso o serviço se encerra sem nem mesmo deixar um produto como resultado.

Outro comentário a ser feito sobre este parágrafo que define serviço é que deve haver remuneração. O significado desta expressão não quer dizer que deva haver uma contraprestação direta. A remuneração aqui está no sentido de repasse de custos direta ou indiretamente, ou seja, poderá ser feito de forma direta, pagando pelo serviço, ou então o preço do serviço poderá vir incluído no custo do produto sem nem mesmo o consumidor perceber. Como um exemplo bem prático temos o estacionamento grátis de um “*shopping center*”. Mesmo que um sujeito entre no estabelecimento e não consuma nada o custo de tal estacionamento estará sendo pago indiretamente por aqueles que estão consumindo.

O próximo comentário a ser feito é em relação à ressalva no final do parágrafo, qual seja, “salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista”, na qual exclui diretamente

²² BRASIL. Lei nº 8078, de 11 de Setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Código de Defesa do Consumidor. Brasília: Casa Civil, 1990.

da relação de consumo as relações de caráter trabalhista. No entanto não é tão simples assim identificarmos uma relação de consumo.

Sendo assim vemos que a diferença básica entre uma prestação de serviço consumerista e uma relação de trabalho não se encontra nesta conceituação e sim nas anteriores, visto que o Código de Defesa do Consumidor visa apenas a exclusão da relação de trabalho como relação de consumo.

3.2 Conclusões acerca da relação de consumo

Diante do que foi exposto vimos que uma relação de consumo é uma relação em que há de um lado um consumidor e do outro um fornecedor, e no sentido objetivo temos o produto ou serviço prestado.

Vimos que não é tão simples assim. Desta forma, consumidor terá que ser o destinatário final do produto ou serviço, sem a finalidade de repasse ou produção, visto que além de ser o destinatário final deverá ser também aquele que se utiliza de tal serviço. Além disto, não se diferencia consumidor pessoa física de consumidor pessoa jurídica, podendo ambos configurar como consumidor.

De outro lado, vimos que o fornecedor pode ser qualquer tipo de pessoa física ou jurídica, nacional ou estrangeira, privada ou pública e até mesmo entes despersonalizados. O código não faz menção a requisitos como capacidade nem inscrição da pessoa jurídica. O que define o fornecedor é a atividade que ele exerce, tanto de forma típica como de forma eventual, só não entrando neste conceito de atividade aquele que nem mesmo se relaciona intimamente com a forma típica. Sendo assim, fornecedor é aquele que repassa o produto ou serviço, sem a finalidade de atuar como destinatário final da relação produtiva

Após isto vimos o que vem a ser serviço, com suas peculiaridades e exclusão total da relação de trabalho.

Concluindo de tudo o que foi visto poderemos agora diferenciar criticamente uma relação da outra, partindo de conceitos expostos na obra, é o que se fará no próximo tópico.

4 – RELAÇÃO DE TRABALHO VS. PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS CONSUMERISTA

Cabe primeiramente dizer que, se a relação ficar conhecida como relação de consumo a competência para julgamento de controvérsias sobre tal relação será da justiça

comum, ao passo que se for provado que a relação é de trabalho teremos que a competência será da justiça trabalhista.

E também cabe comentar que tal diferenciação será demonstrada de uma maneira prática e conclusiva, visto que durante todo o trabalho várias críticas foram tecidas sobre os assuntos e aqui neste ponto iremos sistematizá-las e repassá-las de maneira clara e concisa, tentando deixar a obra cada vez mais prática para o leitor.

4.1 Diferenças subjetivas

Neste ponto trataremos da diferenciação quanto ao aspecto subjetivo. Vimos que os sujeitos da relação de trabalho são o trabalhador e o tomador da mão de obra. Já na relação de consumo vimos que os pólos são preenchidos pelo consumidor, destinatário final, e pelo fornecedor, prestador do serviço.

Nesta seara temos uma diferenciação básica, visto que na relação de consumo tanto pessoa física como jurídica podem configurar nos dois pólos, no entanto, na relação trabalhista, só poderá ser trabalhador a pessoa física, e além disto deverá ter o caráter da pessoalidade, o serviço deve ser prestado de forma infungível, pela própria pessoa, não podendo se substituir, a não ser em casos de força maior ou caso fortuito e com a prévia notificação ao padrão.

Já no caso da relação de consumo, esta poderá ser prestada por qualquer preposto do fornecedor. É por isso que o caráter da pessoalidade é exclusivo da relação de trabalho.

Daí pode perceber que, no lado da relação de trabalho temos algo mais pessoal, um serviço prestado de maneira mais exclusiva, no sentido de ser prestado com pessoalidade pelo próprio trabalhador. Já na relação de consumo temos uma relação mais aberta, denotando o caráter mais comercial do que laboral.

Não é que este trabalho vá ser prestado de forma menos atenciosa, o que queremos focar aqui é o caráter da pessoalidade do trabalhador em contraposição à relação de consumo em que pode ser prestada por qualquer preposto do fornecedor de serviços.

Para se configurar uma relação de trabalho além da pessoalidade e de ser prestada por pessoa física, a mão de obra do trabalhador deve se inserir na cadeia produtiva do tomador da mão de obra. Esse incremento, como já foi explicado, é alguma vantagem que o tomador queira para si, mas não consegue adquirir sem a ajuda do trabalhador. Não precisa ser um lucro econômico, podendo ser qualquer tipo de vantagem ou melhoramento.

Podemos comentar que esta característica de inserção em cadeia produtiva pode até acontecer em relação ao consumidor destinatário final, no entanto este incremento pode decorrer de uma pessoa jurídica, não sendo de forma pessoal como é na relação de trabalho, pois nesta há uma obrigação do trabalhador prestar o serviço.

4.2 – Diferenças objetivas

Neste ponto será tratado o vínculo que encontramos em ambas as relações.

Primeiramente devemos citar que na relação de trabalho o prestador da mão de obra é a parte mais fraca, sendo protegido pela Consolidação das Leis do Trabalho, enquanto na relação de consumo o prestador do serviço é a parte mais forte, sendo neste caso o fornecedor, e tendo o consumidor como norma protetiva o Código e Defesa do Consumidor.

Vemos então uma inversão básica de acordo com a prestação do serviço ou da mão de obra. De um lado, na seara trabalhista, quem presta a mão de obra é o protegido pela lei, enquanto por outro lado na relação de consumo quem toma o serviço é que é o protegido pelo direito. Vemos desta forma que as normas não se preocupam com o fato da prestação do serviço e sim com a situação fática da relação contratual, tendo como ponto comum em ambas a característica tuitiva, sendo que na seara trabalhista o protegido é o trabalhador, prestador da mão de obra, enquanto na relação de consumo a parte protegida pela norma é o consumidor, tomador do serviço.

Quanto ao vínculo que liga os sujeitos destas relações podemos citar que na relação de trabalho o que há é uma subordinação jurídica do tomador da mão de obra sob o prestador de tal serviço, que é o trabalhador. Tal subordinação varia de graduação, sendo encontrada em seu nível máximo na relação de emprego e em seu nível mínimo em qualquer relação de trabalho em que não haja vínculo empregatício. Aqui são encontrados os poderes de mando do patrão sob o trabalhador.

Já na relação de consumo temos um vínculo de natureza civil, eminentemente obrigacional e aqui não encontramos a subordinação jurídica e sim apenas a característica da responsabilidade. Desta forma, neste tipo de relação a subordinação jurídica se encontra apenas entre o preposto do fornecedor de serviços e este, enquanto entre o fornecedor do serviço e o consumidor existe o caráter de obrigação, podendo gerar responsabilização na seara civil caso o serviço não seja prestado ou seja prestado de forma desidiosa.

Concluindo, relação de trabalho pode ser definida como aquela em que um tomador de mão de obra, visando à obtenção de algum incremento em sua cadeia produtiva,

sendo esta vista de forma ampla não abrangendo tão somente o lucro, contrata alguma pessoa física para lhe prestar tal serviço de forma pessoal e mediante um mínimo de subordinação jurídica, visto que há alguns poderes de mando sob o trabalhador.

Já a relação de consumo pode ser definida como aquela em que um consumidor, atuando como destinatário final do serviço, adquire este de um fornecedor qualquer, podendo ser pessoa física ou jurídica e não havendo subordinação jurídica entre eles e sim um vínculo eminentemente obrigacional.

Podemos finalizar aqui as conceituações reforçando que na relação de trabalho o protegido pela legislação é quem presta a mão de obra, enquanto na relação de consumo o protegido é quem adquire o serviço.

5 – CASO CONCRETO: O CONTRATO DE HONORÁRIOS DO ADVOGADO

Bem, como já foi dito será visto agora um caso prático de prestação de serviços em que houve uma grande discussão acerca de ser ela uma relação de trabalho ou uma prestação de serviço consumerista.

Basta aqui lembrar o que já foi dito das teorias acerca da nova redação do art. 114 quanto ao que vem a ser relação de trabalho. Temos a teoria aberta, fechada e intermediária.

Quanto à teoria fechada basta lembrarmos que ela iguala a relação de emprego à relação de trabalho dizendo ser competência da justiça do trabalho somente as oriundas da relação de emprego. Sendo assim ela não admite a competência trabalhista para as causas decorrentes do contrato de honorários advocatícios, pois não reconhece nesta uma relação de emprego.

A seguir temos a teoria aberta que aceita ser da competência da justiça trabalhista as lides decorrentes deste contrato de honorários, e por fim temos a teoria intermediária que explica que deve haver uma análise caso a caso.

De início tínhamos decisões no Tribunal Superior do Trabalho adotando de um lado a teoria aberta e de outro a teoria intermediária, às vezes até mesmo dentro da própria turma. Teremos como ponto de apoio a terceira turma, para demonstrar a tamanha dificuldade naquela época de delimitar tal assunto. Segue uma ementa que demonstra adotar a teoria aberta, admitindo ser da competência da justiça trabalhista tal ação:

RECURSO DE REVISTA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. AÇÃO DE COBRANÇA. EC 45/2004 - ART. 114, IX, DA CF. RELAÇÃO DE

TRABALHO. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO. Ampliada pela Emenda Constitucional 45/2004, que conferiu nova redação ao art. 114 da Constituição Federal, a competência da Justiça do Trabalho abrange as controvérsias relativas ao pagamento de honorários advocatícios, decorrentes da atuação do advogado em juízo, por se tratar de ação oriunda de relação de trabalho, que não se confunde com relação de consumo. Recurso de revista conhecido e desprovido. (TST-RR-1355/2006-004-08-00.1, 3.^a Turma, Rel. Min. Alberto Bresciani, DJ 22/2/2008.)²³ (grifos acrescidos)

Agora demonstraremos uma ementa da mesma turma, sendo que três meses depois, e adotando a teoria intermediária e não reconhecendo ser da justiça do trabalho tal competência, visto que não conseguiu encontrar os requisitos da inserção de trabalho na cadeia produtiva e nem de subordinação jurídica:

RECURSO DE REVISTA. AÇÃO DE COBRANÇA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO. Ao julgamento da Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 3.395-6/DF, (...) Nessa esteira, tem-se que a expressão `relação de trabalho-, constante do inciso I do art. 114 da Magna Carta, deve ser interpretada como `relação de trabalho com objetivo econômico-, ou seja, contextualizada no sistema produtivo do tomador (OLIVEIRA, Francisco Antonio. Revista de Direito do Trabalho 119/76). Assim, além do requisito da prestação de serviço por pessoa física e *intuitu personae*, a Justiça do Trabalho somente será competente para dirimir os conflitos individuais oriundos de relação de trabalho quando a causa de pedir estiver vinculada a prestação de serviços inserida em cadeia produtiva do tomador, pois é nesse contexto que se manifesta a inferioridade do trabalhador, seja pela ótica da subordinação, seja pela da dependência econômica.. Dessa forma, não havendo falar em inserção do trabalho em processo produtivo, nem em subordinação ou dependência econômica do autor em relação à ré, tem-se que a competência para dirimir a presente ação de cobrança de honorários advocatícios é da Justiça Comum Estadual. Recurso de revista não conhecido.- (TST-RR-2455/2007-037-12-00.5, 3.^a Turma, Redatora designada Min. Rosa Maria Weber Candiota da Rosa, DJ 30/5/2008.) (grifos acrescidos)²⁴

Para aumentar mais ainda as discussões naquela época o Supremo Tribunal de Justiça editou a súmula 363 com a seguinte redação: “Compete à Justiça estadual processar e julgar a ação de cobrança ajuizada por profissional liberal contra cliente.”

Só para citação, o fundamento de tal posicionamento é que o contrato celebrado entre um cliente e seu advogado tem natureza jurídica de mandato, e por ser um contrato civil deve ser julgado pela justiça comum.

²³ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. TST-RR-1355/2006-004-08-00.1, 3.^a Turma, Rel. Min. Alberto Bresciani. Brasília: Diário da Justiça, 2008.

²⁴ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. TST-RR-2455/2007-037-12-00.5, 3.^a Turma, Redatora designada Min. Rosa Maria Weber Candiota da Rosa. Brasília: Diário da Justiça, 2008.

E atualmente a celeuma está pacificada visto que o Tribunal Superior do Trabalho em diversas decisões da suas diversas turmas adota hoje o posicionamento da súmula do Supremo Tribunal de Justiça. É o que podemos observar da seguinte decisão publicada na data de 02/06/2010, pela quarta turma:

RECURSO DE REVISTA. AÇÃO DE COBRANÇA. CONTRATO DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. INCOMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO. RELAÇÃO CONTRATUAL DE NATUREZA CIVIL. PRECEDENTES DESTA CORTE E DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Embora o contrato de honorários, ou de mandato, envolva uma delegação de poderes para a prática de atos, possuindo natureza civil, defende a Relatora que, ainda assim, a competência para apreciar o litígio daí oriundo é da Justiça do Trabalho, porque esse contrato envolve o trabalho humano prestado pessoalmente, que o constituinte derivado entendeu de submeter à esta Justiça. Todavia, ressalva-se o entendimento pessoal para não conhecer do presente recurso, nos termos do art. 896, § 4.º, da CLT e Súmula n.º 363 do TST, levando-se em consideração o entendimento reiterado desta Corte e a sua finalidade precípua, que é a uniformização da jurisprudência trabalhista em todo país. Recurso de Revista não conhecido. (TST-RR-130600-70.2007.5.15.0051, 4º.Turma, Redatora designada Min. Maria de Assis Calsing, DJ 02/06/2010)²⁵ (grifos acrescidos)

Vemos que o Tribunal Superior do Trabalho não negou ser uma relação de trabalho a prestação de serviço do advogado e sim adotou a teoria contratualista da relação de trabalho, deixando de lado a relação fática e centrando no contrato feito entre mandante e mandatário.

Percebemos também que o princípio da primazia da realidade foi deixado de lado. Pelo visto o Tribunal Superior do Trabalho, visando uma pacificação do entendimento quanto a competência das lides decorrentes de tais contratos, decidiu adotar como certo o entendimento do Superior Tribunal de Justiça.

Podemos ver, após tudo que foi exposto nesta obra, que em certas ocasiões, a relação entre um advogado e seu cliente é uma relação de trabalho. E estas ocasiões são aquelas em que encontramos as características do serviço ser prestado por pessoa física, de forma pessoal, inserindo mão de obra na cadeia produtiva do tomador e com certa subordinação jurídica, adotando desta forma a teoria intermediária.

No entanto, o Tribunal Superior do Trabalho, talvez visando pacificar de vez o entendimento sobre estas questões, decidiu dar primazia ao contrato civil de mandato em detrimento da relação fática, por ser este critério mais simples e seguro, visando talvez desta

²⁵ Idem. TST-RR-130600-70.2007.5.15.0051, 4º.Turma, Redatora designada Min. Maria de Assis Calsing. Brasília: Diário da Justiça, 2010.

forma evitar várias discussões caso a caso, e colocando em destaque o princípio da celeridade e economia processual. Visto que se fosse adotada a teoria intermediária, várias discussões seriam feitas a cerca de cada caso diferente, analisando se há ou não relação de trabalho, travando mais ainda a justiça trabalhista.

Desta forma temos que o Tribunal Superior do Trabalho adotou verdadeiramente a melhor posição, visto que atualmente conceitos como economia e celeridade processual estão em destaque, sendo até mesmo princípios constitucionais, e é isto que deve ser visto, o caráter prático da decisão e o melhor acesso a justiça. Desta forma teremos uma justiça do trabalho menos afogada de processos, dando maior acessibilidade aos trabalhadores.

Não podemos deixar de lado que o leitor mais apurado poderá fazer a crítica já dita de que o critério adotado não foi o da primazia da realidade fática e sim o do contrato civilista, tendo por base este para definir tal competência, e sendo este critério meio fraco e atrasado, pois visa a formalidade. No entanto para este leitor, deve ser lembrado o princípio da proporcionalidade, que sempre é usado quando temos conflito entre princípios, e neste caso, o que prevaleceu foram os princípios da economia e celeridade processual e o direito de acesso a justiça, visto que uma justiça trabalhista mais desafogada é mais prática e útil ao fim dos trabalhadores, e tal tipo de ação se fosse adotada o princípio da primazia da realidade e a teoria intermediária da relação de trabalho iria trazer muitas discussões desnecessárias, emperrando a justiça do trabalho.

6 – CONCLUSÕES FINAIS

Pelo todo exposto podemos aqui concluir que uma relação para se configurar como relação de trabalho deve ter as seguintes características. Deve ser prestado por pessoa física e de forma pessoal, transparecendo o caráter *intuito personae*. Além disto, deve haver uma inserção de mão de obra na cadeia produtiva do tomador, sendo esta vista de uma forma ampla, não abrangendo tão somente aquela cadeia de produção visando lucro. E por fim, somado a tudo isto devemos ter a subordinação jurídica, mesmo que de forma mínima, pois deve haver um mínimo de poder de mando do tomador sob o trabalhador.

Vimos que a relação de trabalho foi evoluindo da noção civilista para a regida pelo princípio da primazia da realidade. O interessante aqui é o fato de que o contrato civil antigamente era o que traçava a característica da relação de trabalho, podendo haver relação de trabalho somente quando houvesse contrato escrito, e graças a evolução doutrinária podemos hoje conceituar contrato de trabalho com sendo de forma expressa ou tácita, e ainda

podemos notar que há relação de trabalho mesmo quando não há um contrato válido, que é o caso do trabalho do menor, que mesmo não dando, em certas ocasiões, garantia a continuação do contrato mesmo assim reconhece todo o tempo de em que houve prestação de mão de obra como válido.

Foi visto também o caso emblemático quanto ao contrato de honorários advocatícios e sua natureza jurídica, e vimos que o entendimento quanto à este tema foi pacificado, e é tida como uma relação de trabalho, no entanto o Tribunal Superior do Trabalho decidiu quanto a competência tratá-la como se fosse uma prestação de serviço consumerista sob o fundamento de que o contrato de honorários feito entre o advogado e o cliente é um contrato de mandato, sendo um contrato com características eminentemente civil.

Quanto as diferenciações entre a prestação de serviços consumerista e a relação de trabalho podemos concluir que tanto do aspecto objetivo como no aspecto subjetivo temos diferenças que denotam certa especificidade de cada tipo de relação.

Primeiro vimos que sob o caráter subjetivo temos na relação de trabalho um tipo mais pessoal, em sentido doutrinário, visto que a mão de obra nesta forma de relação tem que ser prestada pessoalmente pelo trabalhador, e somado a isto temos que o trabalhador só pode ser pessoa física. A pessoa jurídica neste caso só pode figurar como patrão, ou seja, tomador da mão de obra.

Já na relação de consumo vimos que a pessoa jurídica pode figurar tanto como tomador do serviço como fornecedor do serviço, e esta prestação pode ser feita por qualquer preposto do fornecedor de serviço.

Cabe aqui relembrar a crítica feita em que há uma inversão nos pólos. De um lado, na relação de trabalho, quem presta o serviço é a parte tutelada pela legislação, no caso o trabalhador, sendo vista como parte hipossuficiente. Já na relação de consumo, quem presta o serviço é tido como a parte mais forte neste tipo de relação, e a parte em que a norma protege neste ponto é quem toma o serviço para si. No caso, esta inversão é analisada tendo como ponto de vista a prestação do serviço ou da mão de obra.

Passada esta parte vimos ainda que, sob o caráter objetivo, que trata do vínculo existente entre os pólos das duas relações, temos na relação de trabalho a característica de uma subordinação jurídica, ainda que mínima, e inserção de mão de obra na cadeia produtiva do tomador, sendo esta vista de uma forma ampla, não se limitando a um lucro monetário.

Já na relação de consumo, sob este último aspecto, vimos que o elo entre o tomador do serviço e o fornecedor do serviço é um elo eminentemente obrigacional, de cunho

civil, sem poderes de mando que são encontrados na subordinação jurídica da relação trabalhista.

Desta forma vemos que na relação de trabalho há uma subordinação, e isto seria um dos fundamentadores de o trabalhador ser a parte tutelada, e aqui veremos mais uma inversão quanto a quem presta o serviço e quem toma o serviço.

Enquanto na relação de trabalho o poder de mando ocorre sob o prestador da mão de obra, na relação de consumo o poder de exigir a obrigação de prestar o serviço está com o tomador do serviço, e quem presta o serviço tem uma obrigação de caráter civil de fornecer o serviço.

Desta feita, podemos concluir que o direito como um todo é um ramo muito amplo e que comporta um leque de situações. Nesta seara vimos que uma mesma situação pode gerar tipos diferentes de proteção pela norma. No caso, a prestação da mão de obra ou do serviço, de um lado poderá proteger quem o presta e de outro poderá proteger quem esta recebendo.

E, para finalizar, quanto a relação de trabalho e a prestação de serviços consumerista podemos concluir que se forem vistas sob um olhar leigo ambas são muito parecidas e quase até mesmo idênticas, pois são elas de uma forma básica uma prestação de serviço. Sendo que após tudo o que vimos nesta obra pode-se chegar a conclusão de que cada uma tem suas características e especificidades, e espero que a obra tem atingido seu fim maior que é denotar de forma clara, precisa e concisa tais diferenças.

7 – REFERÊNCIAS

BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho** 4.ed. São Paulo: LTR, 2008.

BENJAMIN, A.; MARQUES, C.; BESSA, L. **Manual de Direito do Consumidor**. 2.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho.TST-RR-1355/2006-004-08-00.1, 3.^a Turma, Rel. Min. Alberto Bresciani. Brasília: Diário da Justiça , 2008.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. TST-RR-2455/2007-037-12-00.5, 3.^a Turma, Redatora designada Min. Rosa Maria Weber Candiota da Rosa. Brasília: Diário da Justiça, 2008.

BRASIL. TST-RR-130600-70.2007.5.15.0051, 4.^o Turma, Redatora designada Min. Maria de Assis Calsing. Brasília: Diário da Justiça, 2010.

DELGADO, Mauricio Godinho. Direitos Fundamentais na relação de trabalho. **Revista de Direito do Trabalho**, São Paulo, Ano 32, Fascículo 123, pgs. 143 – 165, Julho – Setembro de 2006.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho** 9.ed. Salvador: LTR, 2010

FILHO, Helio Estellita Herkenhoff. Honorários de advogado: competência da Justiça do Trabalho?. **Revista de Direito do Trabalho**, São Paulo, Ano 33, fascículo 128, pgs. 41 – 48, Outubro – Dezembro de 2007.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito Processual do Trabalho**. 27.ed. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2007.

NUNES, Rizzatto. **Curso de Direito do Consumidor**. 4.ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2009.

SARAIVA, Renato. **Curso de Direito Processual do Trabalho** 6.ed. São Paulo: Editora Método, 2009.

SILVA, Luiz de Pinho Pedreira da. As concepções da relação de trabalho. **Revista de Direito do Trabalho**, São Paulo, Ano 33, Fascículo 127, pgs. 132 – 145, Julho – Setembro de 2007.