

CONSTRUÇÃO DA CASA PRÓPRIA - VÍNCULO EMPREGATÍCIO COM O PRESTADOR DE SERVIÇOS SUBORDINADOS - PRINCÍPIO DO RISCO POR SUBSTITUIÇÃO DA ATIVIDADE

ALDON DO VALE ALVES TAGLIALEGNA (*)

Ao julgar processo movido por pedreiro, que trabalhou na construção da casa própria de um Reclamado, pessoa física, resolvemos fazer uma análise aprofundada a respeito da possibilidade do reconhecimento do vínculo empregatício dos trabalhadores que prestam serviços subordinados diretos ao dono da obra, sem a intermediação do construtor.

No caso, a Reclamada negava a existência de vínculo empregatício, sob a alegação de que não poderia ser considerada empregadora, nos termos do art. 2º da Consolidação das Leis do Trabalho, visto que não assumiu riscos de atividade econômica, nem teve intuito de lucro.

Com efeito, o argumento não podia prosperar, porque a própria Reclamada havia se colocado, espontaneamente, na posição jurídica de empregadora, quando assinou a carteira de trabalho e emitiu termo de rescisão contratual.

Destarte, a situação colocada em juízo era a mais inusitada e incongruente possível, já que a Reclamada havia assinado a carteira e negado o vínculo, sob o argumento de que não exercia atividade econômica e que, em razão deste fato, era impossível a caracterização da figura do empregador, nos termos do art. 2º da Consolidação das Leis do Trabalho.

Não obstante a divergência doutrinária e jurisprudencial quanto à caracterização do vínculo empregatício entre o dono da obra e os que lhe prestam serviços subordinados diretamente, sem a intermediação do construtor, colocamo-nos ao lado daqueles que perfilham entendimento de que é possível a existência de contrato de trabalho, na relação em questão.

A nosso ver, o argumento de que inexistiu atividade econômica por parte do empregador, porque construiu residência particular e não visou lucro, não pode prosperar, pela simples definição do que é atividade econômica.

Com efeito, o conceito de atividade econômica consiste na produção de bens ou serviços para a satisfação de necessidades humanas, o que não implica que a atividade tenha de ser exercida, necessariamente, com finalidade lucrativa ou caráter profissional. Em síntese, desde que se produza um bem ou serviço, estar-se-á frente a uma atividade econômica.

Nesse sentido, reportamo-nos ao magistério de Délio

Maranhão. Transcreve-se:

"A atividade econômica traduz-se na produção de bens ou de serviços para satisfazer às necessidades humanas. Em um regime capitalista, as noções de atividade econômica e de lucro vêm, geralmente, associadas, porque este é o incentivo para o exercício daquela; isto não importa, no entanto, que se confunda uma coisa com a outra. **Desde que haja uma atividade econômica (produção de bens ou serviços), na qual se utiliza a força de trabalho alheio, como fator de produção, existe a figura do empregador**" (in "Instituições de Direito do Trabalho". Editora LTR, ano 1.991, vol. I, p. 278).

Por outro lado, aplicável se nos afigura a TEORIA DO RISCO PELA SUBSTITUIÇÃO DA ATIVIDADE. Ora, se a legislação da construção civil proíbe que pessoas leigas assumam e dirijam a construção de um prédio, casa ou obra de engenharia, a não ser que esteja habilitado ou autorizado, quem se coloca nesta posição, assume o risco do empreendimento, passando à condição de empregador. No sentido de nosso entendimento, reportamo-nos ao magistério de Paulo Emílio de Ribeiro Vilhena, em sua obra "RELAÇÃO DE EMPREGO", Editora Saraiva, ano 1.975, pg. 68/70. Transcreve-se:

"Não há fundamento jurídico substancial, para alijar-se da tutela trabalhista a relação de trabalho existente entre o proprietário que constrói ou reforma a casa própria. É empregador.

Pondere-se previamente, que o fato de não figurar na relação jurídica de trabalho de uma obra em construção uma pessoa que exerça a atividade de construtor em caráter permanente não significa que não tenha havido uma relação jurídica fundada no trabalho por conta alheia e em caráter subordinado.

Pessoa nenhuma pode exercer atividade técnica, como responsável, na construção civil se não estiver habilitado para isso.

A legislação da construção civil proíbe que qualquer pessoa leiga assumam e dirija a construção de um prédio, uma casa, obra de engenharia, a não ser que, para isso, esteja habilitado ou autorizado; e somente o são, os engenheiros, os arquitetos ou os construtores licenciados.

É o que advém dos arts. 8º, 31 do Decreto-lei n. 8.620, de 10 de janeiro de 1.946, combinado com o art. 1º, letras "a" e "d", do Decreto n. 23.569, de 11 de novembro de 1933.

Se o leigo constrói, afastam-se o art. 455 da CLT e a Lei n. 2.959, mas não o campo geral compreendido nos arts. 2º e 3º da CLT.

Isso porque a CLT, ao centralizar-se como pólo patronal da relação de emprego na empresa, conceituando-a como empregador, imprimiu-lhe o sentido de empreendimento e, a este, o de empreendedor, aquele que exerce uma atividade econômica e lhe assume os riscos.

A influência do Direito italiano, aqui, é manifesta; nele foi buscar o Direito Positivo brasileiro as fontes de sua direção disciplinador.

A tese, segundo a qual a pessoa que constrói a casa

própria não exerce uma atividade econômica, não procede. Essa pessoa não desenvolve uma atividade lucrativa, mas exerce atividade econômica e não, como se pretende, na economia de consumo, equiparando-se à economia familiar.

Construção civil não é economia de consumo. Está enquadrada dentro da categoria econômica da indústria (quadro a que se refere o art. 577 da CLT, 3º grupo).

Outro argumento fixa, mais nitidamente, o ponto de vista aqui expendido.

Se se consuma o fato de um leigo, em situação administrativamente irregular, construir a casa própria, está ele substituindo um empreendedor de atividade profissionalizada e incrustada no campo das atividades sujeitas à legislação do trabalho.

Substituindo-o, diretamente, torna-se ele empreendedor e passa a correr os mesmos riscos (de natureza jurídica e econômica) que normalmente se corre no exercício dessa atividade e a responder juridicamente pela situação dos empregados.

A profissionalidade, no que concerne ao trabalhador, representa fator da mais alta importância, para definir-se a relação jurídica entre este e o dono da obra.

Relativamente ao proprietário, não há profissionalidade, pois reforma ou constrói sua casa em termos esporádicos. Contudo, no empreendimento, ele substituiu empresas ou construtores, que habitualmente exercem aquela atividade.

Aliás, a Lei n. 2.959/56, que visou obviar a fraude na sucessão de contratos por obra certa, consigna a hipótese da construção sob a responsabilidade e a direção do construtor, ou seja, daquele que exerce essa atividade habitualmente. A habitualidade é um dos pressupostos da profissionalidade.

Não diz, entretanto, a lei que quem não constrói habitualmente não possa considerar-se empregador. Mas diz que, ainda que queira assumir o dono da obra a responsabilidade pela contratação de empregados ou formalmente a assuma, assinando a Carteira de Trabalho, mesmo assim, empregador será o profissional da construção civil.

Aqui, diversamente das hipóteses levantadas por Di Marcantonio, trata-se de atividade economicamente organizada, cujos riscos o proprietário de uma obra assume, em caráter esporádico.

A assunção da responsabilidade trabalhista encontra no extraordinário autor peninsular argumentação inteiramente aplicável à hipótese ora examinada.

.....

É o princípio do risco, pela substituição da atividade.

A doutrina civilista não é infensa a esse princípio, sobretudo quando aborda a temática da responsabilidade objetiva, cujo campo de gravitação encontra seu eixo nas relações de trabalho.” (grifo nosso)

Em nota de rodapé, o brilhante autor já mencionado,

faz alusão ao magistério do Prof. Caio Mário da Silva Pereira, cuja transcrição é necessária, porquanto ratifica os fundamentos já expendidos. Transcreve-se:

“16. O Prof. Caio Mário da Silva Pereira, em passagem, que parece elaborada para situações como as acima expostas, ensina que todo aquele que se serve da atividade alheia, e auferir benefícios, responde pelos riscos a que se expõe quem lhe presta aquela atividade. Instituições..., cit, vol 1, p. 392. Por risco, nesse tópico, não se toma apenas o da atividade econômica, mas todos os eventos consecutórios de uma atividade juridicamente estruturada, a da construção civil, assim como aquela que regula a relação de emprego privado.”

Também em nota de rodapé, o mesmo autor faz alusão ao magistério de Amauri Mascaro do Nascimento e Mozart Victor Russomano. Transcreve-se:

“14. Cf., o extensamente exposto adiante, quanto à empresa e à economia doméstica, a pp. 227-229, houve-se com felicidade Mascaro Nascimento, ao arrematar: “Não é empregador a pessoa ou família quando contratar serviços domésticos”(Nascimento, Amaury Mascaro. Compêndio do Trabalho. São Paulo, Ltr. Editora, 1.972, p. 388). Logo, se não há atividade doméstica, há contrato de trabalho. Não menos feliz, nesse ponto, Russomano, quando em seu recente Curso de Direito do Trabalho (Rio de Janeiro, Ed. José Konfino, 1.972, p. 91) afiança: “O dono da obra, isto é, aquele que contrata a empreitada, nunca é empregador dos trabalhadores que prestam serviços. **Isso apenas acontece quando a obra é realizada, diretamente, pelo seu proprietário. Mas, nesse caso, não existe contrato de empreitada e, sim, uma série de sucessivos contratos de trabalho entre o proprietário e seus empregados.**”

Ainda no sentido de nosso entendimento, mencionamos aos seguintes arestos:

RELAÇÃO DE EMPREGO. CARACTERIZAÇÃO. DONA DA OBRA. - Caracteriza-se o vínculo empregatício entre o dono da obra e os que, subordinadamente, lhe prestam serviços sem intermediação de construtor. Quem constrói ou reforma casa própria desenvolve atividade econômica, pois esta se traduz na produção de bens ou serviços para satisfação de necessidades humanas, sem que haja, necessariamente, de ser exercida com intuito de lucro ou com características de profissionalidade. Quanto a eventualidade da prestação de serviços, mesmo que ainda estivesse em vigor esta excludente da relação empregatícia (art. 3º/CLT), deverá ser apreciada dentro do quadro de necessidades do empreendimento, tendo em vista seus fins normais, pouco importando sua duração ou intermitência.

SALÁRIO. VALOR. ÔNUS DA PROVA. - O empregador tem a obrigação legal de fazer dois registros do valor salarial pago ao empregado: na Carteira do Trabalho e ficha de registro (arts. 29 e 41/CLT) e nos recibos de pagamento (art. 464/CLT). Caso não o faça, compete prová-lo. À falta de provas, presume-se correto o valor indicado pelo empregado.

HORÁRIO DE TRABALHO. ÔNUS DA PROVA. - Quando o empregador simplesmente nega o horário de trabalho indicado, na petição inicial, sem indicar qual seria ele, presume-se correto aquele, por não ter havido manifestação precisa sobre os fatos narrados na peça exordial, nos termos do art. 302, CPC, aplicado subsidiariamente.

Reclamante: JOÃO BATISTA DA SILVA (recorrido)

Reclamado: ANTÔNIO SÉRGIO BARBOSA (recorrente)

Relator: JUIZ FERNANDO A. V. DAMASCENO

Revisor: JUIZ WILTON HONORATO RODRIGUES

Origem: 4ª JCJ DE BRASÍLIA-DF (JUIZ ROBERTO BRAZ IANNINI)

Brasília, 23 de junho de 1986.

(data do julgamento)

HERÁCITO PENA JÚNIOR - PRESIDENTE DA 1ª TURMA.

DJU. 07/07/86

Acórdão nº 1780/86

Processo nº: TRT-RO-1914/85

"O dono da obra, mesmo em se tratando de casa de residência, é empregador, pois que voluntariamente assume os riscos da atividade econômica, que seriam do engenheiro, da empresa construtora. Entender de modo diverso seria marginalizar toda uma massa de operários que se dedicam à construção civil" (TRT, 6ª Reg., Proc. Nº 418/69, Rel. Juiz Alfredo Duarte Neto, *in* Calheiros Bomfim. Dicionário de Decisões Trabalhistas. 10 ed, p. 125)."

"Quando é o próprio dono da casa que a constrói, ele exerce uma atividade econômica, eis que está aumentando o seu patrimônio, está substituindo a empresa, sendo, portanto, empregador, tal como preconiza o art. 2º, da CLT, pois assume o risco de atividade, admite e assalaria pessoal. Relação de emprego caracterizada - Recurso desprovido (TST, RR 3.790/98.8, José Ajuricaba, Ac. 2ª T. 2.273/90.1)." - Nova Jurisprudência em Direito do Trabalho, Valentin Carrion, Editora Saraiva, ano 1.992, pg. 526).

"Assumindo o dono da obra os riscos da atividade econômica, admitindo e assalariando trabalhadores sem formação técnica ou autonomia profissional ou financeira, é considerado empregador nos termos do art. 2º da CLT. Ac. (unânime) TRT 8ª Reg. (RO 1686/89), Relatora. Juíza Antônia Campos Serra, proferido em 18.12.89. (*in* B. Calheiros Bomfim e Silvério dos Santos, Dicionário de Decisões Trabalhistas, Editora Edições Trabalhistas, ano 1.991, pg.234)."

"DONO DA OBRA - CONSTRUÇÃO. CASA PRÓPRIA. ADMINISTRAÇÃO PELO PROPRIETÁRIO. ATIVIDADE ECONÔMICA. A jurisprudência compilada no apelo converge para o reconhecimento do vínculo empregatício em casos tais, destacando que o proprietário acaba por substituir a atividade profissional do construtor na reforma do imóvel, do que se conclui não poder o trabalhador, que se aplica nesses empreendimentos, ficar ao desabrigo da lei tutelar trabalhista. (RO/19088/97 - 1ª Turma - Rel. Juiz Bolívar Viégas Peixoto - M.G. 24.07.1998)."

O fato é que a doutrina e a jurisprudência têm admiti-

do a responsabilização subsidiária do dono da obra, quando constrói por intermédio de empreiteiro, uma vez comprovada a existência de culpa *in eligendo* ou *in vigilando*.

O princípio da proteção do trabalhador permite responsabilizar **subsidiariamente** o dono da obra, diante da inadimplência do empreiteiro pelo prejuízos causados aos empregados, cuja força de trabalho foi usada em seu benefício.

Ocorre, porém, que, quando o dono da obra escolhe empreiteiro manifestamente inidôneo, um simples pedreiro ou trabalhador da obra, mero repassador de verbas, o que ocorre, na realidade, é que está a realizar o empreendimento diretamente, sendo que daí exsurge sua responsabilidade, também direta, pelos vínculos empregatícios decorrentes, tendo em vista a aplicação do princípio do risco por substituição da atividade.

Com efeito, se é possível sua responsabilização subsidiária pelo inadimplemento do empreiteiro, quando da existência de culpa, porque não admitir-se a existência do vínculo empregatício com o dono da obra, quando constrói diretamente ou através de empreiteiro manifestamente inidôneo.

Registre-se, por oportuno, que, uma vez aplicada o PRINCÍPIO DO RISCO POR SUBSTITUIÇÃO, o trabalhador é considerado "não eventual", tendo em vista o empreendimento realizado (construção da casa ou prédio residencial).

Hipótese diferente é a de mera reforma no imóvel, casos em que, em razão da curta duração do serviço e da própria eventualidade, deixa-se de reconhecer o vínculo empregatício.

No processo que deu causa ao presente estudo, pretendia a Reclamada que, caso acatado o vínculo empregatício, o obreiro fosse considerado trabalhador doméstico.

Impossível !!!

O conceito legal de empregado doméstico está ligado à prestação de trabalho no âmbito residencial.

Ora, o trabalho em canteiro de obras não se compatibiliza com o significado da expressão "âmbito residencial" prevista no art. 1º da Lei n.5.859, de 11 de dezembro 1.972.

O doméstico presta serviços à própria pessoa ou à família que o contrata, gozando, portanto, da vida íntima familiar, o que incoorre quando a residência nunca foi habitada.

Segundo Aurélio Buarque de Holanda, o significado da palavra **doméstico** está ligado "ao funcionamento de uma casa, à saúde ou ao conforto de seus moradores". Refere-se "à casa ou à vida da família". Transcreve-se:

Verbete: doméstico

[Do lat. *domesticu*.]

Adj.

1. **Da, ou referente à casa, à vida da família; familiar:**

2. Necessário ao funcionamento de uma casa, à saúde ou ao conforto de seus moradores:

3. Diz-se do animal que vive ou é criado em casa. ~V. economia -a e prendas -as.

S. m.

4. Empregado que executa o serviço doméstico; empregado, criado.

Data maxima venia, muito forçoso e impossível é o enquadramento do pedreiro de construção residencial nunca habitada dentro deste conceito.

No sentido de nosso entendimento, reportamo-nos aos seguintes arestos:

“Aquele que constrói casa própria exerce atividade econômica e os empregados que trabalham na obra não podem ser considerados domésticos” (TST-3º Reg., 1º T., Proc. RO-2.859/81, Rel. Juiz Orlando Rodrigues Sette, DJ-MG, de 19.05.82) (Repertório de Jurisprudência Trabalhista, de João de Lima Teixeira Filho, Livraria Freitas Bastos, Rio de Janeiro, 1.990, v. 2, verbete n. 1299, p. 252).”

“Não é empregado doméstico o pedreiro que trabalha na construção do imóvel residencial do dono da obra” (TRT 3º Reg., 1º T., Proc. RO 2.283/83, julgado em 30.4.84, Rel. Juiz Vieira de Mello) (Repertório de Jurisprudência Trabalhista, de João de Lima Teixeira Filho, Livraria Freitas Bastos, Rio de Janeiro, 1.986, v. 4, verbete n. 1236, p. 258).”

“Não se considera trabalhador doméstico aquele que trabalha como canteiro para construção de castelo destinado à residência do empregador. O doméstico presta serviços à própria pessoa ou à família, que o contrata, e no âmbito residencial. Conceito que se harmoniza com a própria significação da palavra doméstico, que - é corrente, sedição, comezinho - concerne à vida íntima ou de família. Dizer doméstico importa em dizer familiar, íntimo...” (TST - Pleno, Proc. N. 6.149/51, rel. Min. Bezerra de Menezes, Ementário Forense, 1.954, in Calheiros Bomfim. A CLT vista pelo TST. Ed. 1.963. P. 19).”

Ementa:

TRABALHADOR DOMESTICO. TRABALHADOR URBANO AMBIENTE. TIPO DE ATIVIDADE. CARACTERIZAÇÃO. NÃO É APENAS O AMBIENTE DE TRABALHO QUE CARACTERIZA O TRABALHADOR, MAS TAMBÉM O TIPO DE ATIVIDADE DESENVOLVIDA. NESTE CASO, TRATA-SE DE TRABALHADOR CONTRATADO PARA SERVENTE-AJUDANTE DE PEDREIRO, LABORANDO NA CONSTRUÇÃO DE UMA RESIDÊNCIA QUE AINDA NÃO É HABITADA. NÃO É, POIS, TRABALHADOR DOMÉSTICO, MAS TRABALHADOR URBANO DA CONSTRUÇÃO CIVIL. RELATOR J:012

Origem: TRIBUNAL:TRT REGIÃO:10a DISTRITO FEDERAL UF:DF JCJ:02 BRASÍLIA - Acórdão Número:0000456 - Decisão:07/04/1994 -Processo:RO NUM:0000463 ANO: 93 TURMA:03 RECURSO ORDINÁRIO

Fonte:DJU Data:10/06/94 PG:06566 - Juiz:FRANCISCO LEOCÁDIO -

Partes: Recorrente:JÁDER SOARES RESENDE - Recorrido:ANTÔNIO ALVES DE SENA - Decisão: Votação:

UNÂNIME - Resultado: DAR PROVIMENTO PARCIAL.

Não obstante o entendimento já exposto, cumpre-nos mencionar alguns julgados, inclusive de nosso Regional, reconhecendo a existência de vínculo empregatício doméstico. Transcreve-se:

“CASA PRÓPRIA. EMPREGADO DOMÉSTICO. É doméstico o empregado que trabalha na construção ou na reforma de casa própria, salvo se o dono da obra se dedicar habitualmente e profissionalmente à construção, reforma, compra e venda de imóveis.” (Juiz Sebastião Renato de Paiva, RO 0361/87, Ac. 2ª Turma 0326/88, TRT 10ª Região). TRT 18ª Região RO 592/96 - Ac. 5987/96, Rel. Juiz Octávio José M. D. Maldonado, in DJGO, nº 12525, 01/04/97, pág. 89.

“CONSTRUÇÃO PARTICULAR. VÍNCULO DE EMPREGO DOMÉSTICO. O dono da obra residencial que assume a administração direta da mesma, sem empreitar o serviço, torna-se empregador e, não explorando economicamente o ramo da construção, tal relação de emprego é doméstica.” Recurso parcialmente provido. TRT 18ª Região, RO nº 3213/94 - Ac. Nº 0755/96, Rel. Juiz Saulo Emídio dos Santos, in DJGO nº 12.278, de 28/03/96, pág. 32.

Acórdão: 96.034658-9 RORA FI.

Ementa:

RECURSO ADESIVO DO RECLAMANTE.

VÍNCULO DE EMPREGO. RECONHECIMENTO DA FUNÇÃO DE PEDREIRO. Ainda que provada a função de pedreiro exercida pelo reclamante, o vínculo ostenta natureza doméstica, em função de ser trabalho prestado no âmbito residencial, sem relação com a atividade econômica do empregador. Provimento negado.

JUÍZA RELATORA: TERESINHA M. D. S. CORREIA

TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 4ª REGIÃO.

É o que fínhamos a expor.

(*) Juiz Presidente da 10ª Junta de Conciliação e Julgamento de Goiânia