

SÃO PAULO, 22 de novembro de 2017.

Consulta formulada pela Associação de Amigos do Alto de Pinheiros (“SAAP”) sobre os riscos envolvidos nas formas de contratação dos vigias de rua que têm sido adotadas pelos moradores da região abrangida pela SAAP. Além disso, fomos consultados sobre a possibilidade de serem incorporadas práticas de contratação que fossem integradas com os trabalhos da Polícia Civil com a finalidade de promover uma melhoria na segurança pública da região.

OPINIÃO JURÍDICA

1. RELATÓRIO

A SAAP desenvolveu em conjunto com a Polícia Civil uma pesquisa sobre a segurança dos moradores e a sua relação com os vigias de rua, buscando aconselhamento deste escritório sobre a possibilidade de obrigá-los à inscrição na Delegacia da Polícia Civil (14º Distrito Policial). Indagou-se, inclusive, sobre as melhoras práticas trabalhistas para evitar-se riscos com o reconhecimento de vínculo empregatício.

A SAAP relatou ainda que há diversas situações de prestadores de serviços, tais como: (i) vigias de rua contratados como empregados regidos pela Consolidação das Leis do Trabalho (“CLT”); (ii) vigias autônomos contratados pessoalmente por cada morador; (iii) vigia específico contratado para organizar posto de vigilância e proceder com o rateio dos valores.

Outro fator importante relatado é o fato de ser exercido meramente a atividade de vigia de rua, que não se confunde com a atividade de vigilância armada prevista na Lei n. 7.102/1983. Além disso, houve em 2002 a edição de uma lei estadual (Lei Estadual n. 11.275/2002) que determinou o registro de todas os “profissionais autônomos de segurança comunitária para guardas de rua”, algo que tem tido pouca adesão até o presente momento.

Com base nesse relatório, foram analisados os seguintes aspectos: (i) quais são os cenários possíveis do ponto de vista trabalhista dentro da realidade apontada; (ii) se as atuais práticas são as melhores do ponto de vista trabalhista; e (iii) se é possível alguma providência do ponto de vista do Direito do Trabalho que auxilie no aprimoramento da segurança pública.

2. VÍNCULO DE EMPREGO

Para início do parecer, deve-se esclarecer que a figura do empregado regido pela CLT é específica e possui características indissociáveis: (i) subordinação; (ii) pessoalidade; (iii) onerosidade; (iv) habitualidade; e (v) onerosidade.

Segundo Alice Monteiro de Barros¹, *“empregado pode ser conceituado como a pessoa física que presta serviço de natureza não eventual a empregador mediante salário e subordinação jurídica [...] Na falta de um deles a relação de trabalho não será regida pela disciplina em estudo [...]. O pressuposto da pessoalidade exige que o empregado execute suas atividades pessoalmente, sem se fazer substituir, a não ser em caráter esporádico, com a aquiescência do empregador. [...]”* Já a subordinação se encontra presente quando houver *“a possibilidade de o empregador dar ordens, comandar, dirigir e fiscalizar a atividade do empregado. Em linhas gerais, o que interessa é a possibilidade e que assiste ao empregador de intervir na atividade do empregado. Por isso, nem sempre a subordinação jurídica se manifesta pela submissão a horário ou pelo controle direto do cumprimento de ordens”*.

Por outro lado, o conceito de empregador é aquele, *“pessoa física, jurídica ou ente que contrata, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviços do empregado, assumindo os riscos do empreendimento econômico”*. Já o empregador doméstico, como define a Lei Complementar 150/2015, trata-se daquele *“que presta serviços de forma contínua, subordinada, onerosa e pessoal e de finalidade não lucrativa à pessoa ou à família, no âmbito residencial destas, por mais de 2 (dois) dias por semana”*.

3. ANÁLISE DO CONTEXTO RELATADO

3.1. VIGIA DE RUA AUTÔNOMO CENTRALIZADOR DA GUARDA DE RUA

Em relação ao primeiro cenário – mais habitual na prática de acordo com pesquisas feitas pela SAAP – envolvendo vigias de rua que centralizam a prestação de serviços, organizando os trabalhos e a escala de vigias, bem como procedendo com o rateio dos valores devidos a cada vigia, situação que se assemelha em alguns pontos às das cooperativas de trabalho (o que não é o caso em razão de alguns requisitos legais dessa hipótese).

¹ Curso de Direito do Trabalho, São Paulo: LTr, 2012

A maior vantagem dessa espécie de contratação é que o vigia de rua contratado pelo(s) morador(es) não possui o requisito da pessoalidade, pois seria impossível cogitar que ele cuidasse, pessoalmente, de um ou mais postos de vigia pelo período de 24 (vinte e quatro) horas por dia, durante os 7 (sete) dias da semana. Isso, por si, já tem o condão suficiente para afastar o vínculo de emprego.

Da mesma forma, a situação se apresenta favorável aos demais vigias porque eles não receberiam nenhum pagamento dos moradores, o que afastaria o requisito da onerosidade. Igualmente, não restaria comprovado o requisito da subordinação aos moradores porque toda e qualquer ordem seria emanada pelos vigias de rua centralizadores, sem qualquer ingerência dos moradores.

A única hipótese de os outros vigias de rua terem o vínculo de emprego reconhecido seria na qual eles alegariam que o vigia de rua centralizador seria o empregador. Esse risco é difícil de ser eliminado e já existe com ou sem a formalização por meio de contrato, todavia, ainda seria difícil a configuração do vínculo de emprego porque ainda seria necessário ao trabalhador demonstrar que ele era subordinado ao vigia de rua, que recebia punições e outras situações, como já explicado acima, que não se assemelham muito à rotina dessa função específica.

Foi relatado pela SAAP que esses trabalhadores, quando se organizam entre si, guardam características muito mais próximas às de cooperativa de trabalho, sem haver subordinação entre si, do que uma relação de emprego regulamentada pela CLT, com todas as suas obrigações e rigidez típica.

O fato é que se for reconhecido o vínculo entre o vigia de rua centralizador e um outro vigia de rua por ele coordenado, poderão os moradores ficar responsáveis de forma subsidiária sob a alegação de que se beneficiaram dos serviços prestados, como se tem denominado de *terceirização de serviços*, o que implicaria no pagamento das verbas deferidas em sentença se aquele tido como empregador (o vigia de rua centralizador) não cumprir com elas.

Importante destacar-se que o reconhecimento do vínculo de emprego com os contratantes (moradores) é muito mais fácil do que entre os vigias de rua, pois a situação entre eles é de maior paridade, o que resulta em um elemento adicional de proteção aos moradores.

3.2. VIGIAS DE RUA PESSOALMENTE CONTRATADOS COMO AUTÔNOMOS

O segundo cenário a ser analisado é voltado à possibilidade de os moradores contratarem pessoalmente os vigias de rua como trabalhadores autônomos de acordo com a Lei Estadual n.

11.275/2002, isto é, escolhem cada um dos vigias e fazem os pagamentos diretamente, exigindo-se a presença deles em dias/horários pré-determinados.

De uma forma sintética, essa situação expõe claramente o cumprimento da maior parte das características das relações de emprego: (i) onerosidade, devido ao pagamento feito diretamente a cada vigia de rua; (ii) pessoalidade, já que eles não podem ser substituídos; e (iii) habitualidade, considerando que essas relações continuam ao longo do tempo.

Isso significa que nem ao menos se faz necessária uma análise aprofundada para se confirmar a presença de quase todos os requisitos das relações de emprego, havendo apenas uma condição faltante: a subordinação.

Revela-se, assim, mais temerário o cenário porque o requisito da “subordinação” é o mais arriscado, pois o seu reconhecimento depende de critérios subjetivos na medida em que a legislação não traçou claramente requisitos objetivos para que fossem configurados.

Em outras palavras, os juízes que definem, analisando caso a caso, se estava presente o requisito da subordinação ou não. Importante de se notar que existe um certo nível de subordinação em qualquer prestação de serviços, sendo algo inerente às relações nas quais uma das partes é o cliente, todavia, isso não transfigura todas as situações em relação de emprego.

Essa peculiaridade que aumenta exponencialmente o risco, pois deve-se esperar uma decisão judicial para dirimir se aquela específica relação, já consumada, entre duas partes envolvia uma subordinação mínima para a prestação de serviços, ou se é aquela mais especial, relacionada à maior subordinação inerente às relações de emprego – e a existência dessa linha tênue é o motivo de haver tanta divergência entre julgados e dificuldade de isonomia na aplicação das normas, o que resulta no comum sensação de que uma situação semelhante não recebeu o mesmo provimento judicial, na qual sempre está presente uma sensação de injustiça.

Há, ainda, um grande risco envolvendo este cenário porque o ônus de provar que o trabalho não caracteriza relação de emprego é do morador ou do conjunto de moradores, que contrata os serviços, a quem incumbe a obrigação de provar que não havia subordinação.

Geralmente, os moradores nesta situação optam por duas estratégias de defesa, uma temerária que é a negativa da prestação de serviços, alegando que não conhecem o vigia de rua, mas se trata de defesa frágil, pois basta qualquer prova mínima de que foram prestados serviços para afastar integralmente a tese de defesa, implicando em uma provável condenação nos demais pedidos, sem se falar no risco de haver condenação por litigância de má-fé por ser aduzido um fato inverídico.

A segunda estratégia costumeiramente adotada é alegar que não havia subordinação, isto é, que o trabalhador não era submetido às ordens dos moradores e podia recusar a prestação de

4

serviços, que ele próprio organizava a sua escala de trabalho, entre outros pontos, mas como exposto acima essa definição (de existência ou não de subordinação como empregado) é subjetiva e depende muito da qualidade das provas colhidas durante cada processo trabalhista.

3.3. VIGIAS DE RUA COMO EMPREGADOS

Por fim, a terceira situação relatada envolve alguns poucos vigias de ruas contratados como empregados regidos pela CLT, verificamos uma peculiaridade que é a inexistência de atividade econômica.

Ocorre que *emprego* é uma forma pela qual se presta serviços, mediante as características expostas no tópico 2, com o intuito de ser desenvolvida uma atividade econômica com finalidade lucrativa, o que não ocorre com a prestação de serviços vigias de rua em favor de residências.

Considerando que o Direito do Trabalho autoriza o reconhecimento de condições mais favoráveis aos trabalhadores, não há nenhum impedimento à contratação dos vigias de rua como empregados regidos pela CLT, todavia, essa é conduta mais rígida/protetiva do que aquela regulamentada pela legislação afeta aos domésticos.

Em outras palavras, estão sendo oferecidos mais benefícios do que o mínimo exigido pela legislação trabalhista.

Essa questão ainda não foi pacificada pela jurisprudência (decisões dos Tribunais repetidas em um mesmo sentido), todavia, consideramos para o presente trabalho o entendimento que tem sido majoritário, isto é, de se caracterizar como um contrato de trabalho doméstico.

De acordo com o entendimento predominante da jurisprudência (*vide* anexos 1 a 3), na hipótese de serem configurados todos os requisitos da relação de emprego, para o caso de vigia de rua, caracteriza-se uma relação de empregado doméstico e não a de emprego clássica prevista na CLT.

Essa diferenciação é importante porque o empregado doméstico é regido pela Lei Complementar n. 150/2015 e possui um rol de direitos inferior aos empregados regidos pela CLT. Isso se deve ao fato de que não há atividade econômica sendo desempenhada em decorrência dos serviços prestados pelo trabalhador no caso de vigia de rua, portanto, equiparam-se aos demais empregados domésticos que não exercem atividade com finalidade lucrativa, tais como faxineiro, cozinheiro, jardineiro, cuidador, dentre outros.

Por outro lado, independentemente se a relação será feita como empregado regido pela CLT ou empregado doméstico, a vantagem para os empregadores é que será possível a cobrança das obrigações inerentes às relações de emprego.

Essas obrigações decorrem dos deveres dos empregados de se submeterem às ordens dos empregadores, de estarem sempre presentes e não se fazerem substituir por outras pessoas, sob pena de serem punidos de acordo com as penas previstas na CLT (advertência, suspensão e dispensa por justa causa).

Caso o empregador não esteja exercendo os direitos acima, como exigir a pessoalidade na prestação de serviços (ou seja, se estiver permitindo que ele seja substituído) ou não controlando a prestação de serviços (como fiscalizando os dias e os horários trabalhados ou a forma como são prestados os serviços etc), estará oferecendo novamente uma previsão contratual mais favorável do que a exigida pela legislação, pois, em tese, não haveria vínculo de emprego para empregados sem essas obrigações em contrapartida.

Outro ponto de atenção é para o fato de que essa atividade específica para vigias de rua é exercida em prol a um conjunto de moradores que geralmente não coordenam a contratação e cada negocia de forma específica, havendo grande variedade de valores e periodicidade de pagamentos.

A princípio, essa situação por si já indica a inexistência de vínculo de emprego, seja ela de natureza doméstica sem fins lucrativos ou não, como exposto de forma exemplificativa nas decisões anexas (*vide* anexos 4 a 8); no entanto, criou-se um entendimento jurisprudencial minoritário sobre a configuração de condomínio de empregadores (*vide* anexo 09).

Em síntese, entendem que os moradores de uma determinada rua acabam se equiparando a um grupamento espontâneo de casas ou de apartamentos não constituído formalmente, de forma que alguns juízes criaram uma nova figura jurídica para reconhecer todos os moradores como um condomínio de empregadores, todos responsáveis pelos pagamentos dos direitos trabalhistas de um vigia de rua, de acordo com a sua quota.

Temos, assim, que o tema envolvendo o vínculo de emprego de vigias de rua é matéria ainda não pacífica, sendo comum casos em que os requisitos do artigo 3º da CLT, que tratam da caracterização da relação de emprego, não são reconhecidos, ao mesmo tempo em que outras decisões constataam o preenchimento de tais requisitos à luz do mesmo contexto fático, cabendo apenas o enquadramento se seria no âmbito da CLT ou na Lei Complementar n. 150/2015 afeta aos domésticos.

Importante salientar, ao final, que no presente estudo se tratou de um cenário estritamente residencial, pois a existência de estabelecimentos comerciais impede a contratação como empregado doméstico devido à finalidade lucrativa da atividade empresarial.

4. CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS

4.1. BENEFÍCIO DA EXISTÊNCIA DE CONTRATO

Feito os esclarecimentos acima e considerando-se o cenário mais habitual de serem contratados vigias de rua para organizar a prestação de serviços e garantir que o(s) posto(s) de vigilância tenham sempre um prestador de serviços cuidando da atividade, impende analisar qual é a melhor forma de ser promovida essa contratação.

Como foi relatado pela SAAP, é comum a crença e a conduta de que quanto menos documentos houver, melhor será a chance de defesa dos moradores, pois se tornaria mais difícil a comprovação do vínculo empregatício.

Deve-se, nesse aspecto, desmistificar essa alegação porque a prova da prestação de serviços pode ser feita de várias formas, das quais se destaca a prova testemunhal, de forma que contar com a inexistência de documentos é, a nosso ver, deveras arriscado e temerário.

Existem benefícios pela existência de contrato por escrito, tais como (i) a evidência de que a negociação teve parâmetros negociais justos e mais próximos à relação civil do que trabalhista; (ii) a demonstração de que não houve vinculação direta entre moradores e os demais vigias de rua; (iii) o fato de que o vigia de rua centralizador não poderia prestar por conta própria a vigia durante todo o período e horário contratado; e, mais importante, (iv) a possibilidade de serem definidas obrigações importantes, como, do ponto de vista de segurança pública, a exigência de prévio cadastro na Delegacia da Polícia Civil (14º Distrito Policial) para poderem ser prestados serviços.

Além disso, deixaria evidente que os pagamentos não eram feitos aos demais trabalhadores, mas somente a um único prestador de serviços com evidente autonomia, o qual escolhe como e quando prestá-los.

Outro ponto de atenção é pelo fato de haver em trâmite o Projeto de Lei n. 5618/2005 que irá regulamentar a função de vigia de rua como autônomo de forma a diferenciá-lo dos empregados regidos pela CLT. Desse modo, estaria o referido contrato em consonância com a legislação que pode vir a ser promulgada no futuro próximo.

Esta estratégia ainda possibilitaria aos moradores possuir prova pré-constituída sobre a ausência de subordinação dentro do modelo que foi negociado com os prestadores de serviços, o que tende a reduzir riscos trabalhistas, além de promover um aumento nos mecanismos de fiscalização da Polícia Civil e, por consequência, os níveis de segurança pública.

Ressalva-se, no entanto, que as formalidades não prevalecem sobre as condições reais, ou seja, todos os moradores devem contratar os serviços de acordo com as melhores práticas ora sugeridas e, de fato, segui-las à risca no dia a dia, sob pena de o contrato ser descaracterizado. Isso significa que se o contrato evidenciar que os serviços seriam prestados por um autônomo, e o morador contratante exigir que o vigia seja responsável por um turno específico e outras situações afins, poderá ser declarado fraudulento o contrato e reconhecido o vínculo de emprego.

4.2. RISCO SOBRE A FORMALIZAÇÃO DE CONTRATO

Importante salientar que há previsão na Lei Estadual n. 11.275/02, em seu artigo 3º, *caput* e §1º, de que estaria vedada a contratação com fins econômicos e que as contribuições pagas pelos moradores seriam eventuais e espontâneas.

Todavia, entendemos que essa limitação se refere somente às entidades de guardas noturnos particulares, não podendo ser estendida, *a priori*, aos profissionais autônomos de segurança comunitária para guardas de rua.

Para não haver dúvidas: a Lei regulamenta três situações específicas, quais sejam: (i) entidades públicas ou privadas que mantêm serviço próprio de vigilância; (ii) entidades de guardas noturnos particulares; e (iii) profissionais autônomos de segurança comunitária para guardas de rua.

Forma de ser mitigado o risco é a celebração de um contrato mais genérico sem prever cláusulas incluindo penalidades, restrições e outras formas que indiquem o desempenho de uma atividade econômica.

Desse modo, vislumbramos um baixo risco de ser discutida a natureza do contrato sob o viés ora apontado, o que deverá ser avaliado em conjunto com as vantagens decorrentes da formalização do contrato.

4.3. REPERCUSSÃO NA SEGURANÇA PÚBLICA

Outro aspecto essencial é o fato de que os contratos poderiam incluir a exigência de que os prestadores de serviços (os vigias de rua centralizadores) teriam de fazer o cadastro no 14º Distrito Policial de Pinheiros. Seria, ainda, possível a inserção de cláusula exigindo que todo e qualquer trabalhador escolhido pelo vigia de rua deverá possuir o prévio cadastro com a Delegacia da Polícia Civil (14º Distrito Policial).

Essas obrigações previstas no contrato refletiriam o que há na Lei Estadual e tenderiam a dar efetividade a tal disposição legal, forçando os vigias a prestar informações à autoridade pública, cuja Polícia Civil passaria a ter meios de ter ciência e monitorar quem cuida da vigilância em cada rua.

Outro aspecto de grande importância é a possibilidade de definir com os vigias que seja obrigatório o porte da carteira de identificação emitida pela Polícia Civil, que implicaria em uma grande incremento nos meios de fiscalização disponíveis à comunidade, como garantido pelo Delegado responsável pelo Distrito Policial de Pinheiros, Dr. Roberto Krasovic, que reportou serem essenciais tais medidas para possibilitar a análise das ocorrências e a adoção de medidas preventivas e repressivas.

4.4. PADRONIZAÇÃO DAS NEGOCIAÇÕES E FORTALECIMENTO DA NOÇÃO DE COMUNIDADE

Por fim, há um benefício importante na estratégia ora analisada que é a padronização das negociações com os vigias de rua, devido ao fortalecimento que se teria em toda a comunidade, trazendo vantagens na formalização dos contratos e negociações de valores, além das obrigações atinentes à segurança pública que se tornariam exigíveis por força do contrato.

Hoje, devido a um elevado grau de informalidade e individualidade, cada morador possui uma situação específica com cada vigia, dificultando as relações em todos os níveis, seja para os prestadores de serviços e os contratantes, bem como para os outros moradores que têm direito de saber quem frequenta a sua região, mas hoje estão com dificuldade de ter acesso a esse tipo de informação.

5. ASPECTOS TRIBUTÁRIOS

No que toca aos reflexos tributários de acordo com cada espécie de contratação, deve-se observar que a contratação com vínculo de emprego deve respeitar o pagamento de todos os benefícios previstos na legislação trabalhista, tais como: (i) INSS; (ii) FGTS; (iii) férias acrescidas de um terço, dentre outras obrigações.

Caso se opte pela contratação como profissional autônomo (situações expostas nos tópicos 3.1. e 3.2), haverá a necessidade de os moradores recolherem 20% de INSS sobre o valor pago pelos serviços prestados, enquanto que os demais encargos serão de responsabilidade do próprio vigia. Todavia, no Município de São Paulo, cabe ao morador requerer o recibo constando

9

o número de inscrição no Cadastro de Contribuintes Mobiliários (“CCM”), sob pena de ser responsabilizado pelos recolhimentos do Imposto sobre Serviços (“ISS”).

6. CONCLUSÃO

Em face dos argumentos acima apresentados, entendemos que todas as formas de contratação possuem suas vantagens e riscos, mas há uma problemática comum que é a grande informalidade na maioria das contratações, o que – como exposto acima – não garante maiores chances de defesa em eventuais ações trabalhistas e, de outro lado, prejudica a adoção de melhorias na segurança pública por parte da Polícia Civil.

No mais, colocamo-nos à disposição para quaisquer esclarecimentos ou providências que se fizerem necessários.

SAAVEDRA & GOTTSCHESKY ADVOGADOS ASSOCIADOS

Víctor Alexandre Esteves de Castro