MARIA INÊS MIYA ABE

***FRANCHISING, TERCEIRIZAÇÃO e GRUPO ECONÔMICO: A
responsabilidade solidária como instrumento de combate à precarização das
relações trabalhistas***

Tese de Doutorado apresentada ao
Departamento de Direito do Trabalho e
Seguridade Social da Universidade de
São Paulo, como exigência para
obtenção do grau de Doutora em
Direito do Trabalho, sob a orientação
do Prof. Dr. Pedro Vidal Neto.

Universidade de São Paulo

Faculdade de Direito

São Paulo

2011

AGRADECIMENTOS

Ao Professor Pedro Vidal, pela paciência e orientação.

Ao Professor Jorge Luiz Souto Maior, pelo exemplo e apoio.

Ao amigo e Procurador Seccional de Procuradoria da Fazenda Nacional de São Carlos, Silvio Levcowitz, pelo apoio e incentivo.

Aos amigos e familiares pelo incentivo, em especial à Sandra e ao Gularth, pela acolhida.

SUMÁRIO

Introdução.....	05
1. A Centralidade do Trabalho e a Dinâmica da Precarização.....	08
2. A regulação entre capital e trabalho	
2.1. Breve panorama histórico.....	20
2.2. Passagem do fordismo ao toyotismo.....	21
2.3. A falácia da mudança de paradigmas.....	23
2.4. A desconstrução da lógica trabalhista.....	25
2.5. A função do Direito do Trabalho.....	28
2.5.1. A segurança jurídica.....	29
2.5.2. A função transformadora do Direito.....	30
2.5.3. A aproximação do Direito Civil ao Direito do Trabalho.....	31
2.6. Paradigmas para o Direito do Trabalho.....	32
3. Fundamentos Constitucionais	
3.1. Normatividade dos Princípios Constitucionais.....	35
3.2. Os Princípios Fundamentais no ordenamento brasileiro.....	36
3.3. A Constituição e o Direito do Trabalho.....	41
4. A Responsabilidade	
4.1. Definição e Evolução.....	45
4.2. A Responsabilidade no Direito Civil	
4.2.1. Evolução no Direito Brasileiro.....	47
4.3. Responsabilidade Objetiva.....	49
4.3.1. Teoria do Risco.....	50
4.4. Tendências em outras áreas do Direito.....	51
5. Responsabilidade Solidária no Direito do Trabalho	
5.1. Aspectos Gerais.....	56
5.1.1. Efeitos da aplicação.....	57
5.1.2. Finalidade da aplicação.....	58
5.2. Previsão na CLT.....	59
5.3. Conclusão.....	68
6. Responsabilidade Subsidiária.....	72
7. Tendência nas experiências estrangeiras.....	75
8. Formas descentralizadas de produção	
8.1. Aspectos Gerais.....	85
8.2. Nomenclatura e Classificação.....	86
8.3. Efeitos da descentralização.....	88
9. Terceirização	
9.1. Conceito.....	91
9.2. A identidade da terceirização com o <i>marchandage</i>	96
10. Terceirização na Administração Pública	

10.1. Descentralização Administrativa.....	103
10.2. A Lei de Responsabilidade Fiscal.....	105
10.3. A declaração de constitucionalidade do art. 71, §1º.....	110
10.4. Conclusão.....	111
11. Grupo Econômico	
11.1. Origem.....	115
11.2. Função da Aplicação da Responsabilidade Solidária	118
11.3. Caracterização do Grupo.....	119
12. <i>Franchising</i>	127
13. Dono da Obra.....	135
Conclusão.....	137
Bibliografia.....	142
Resumo.....	150
Abstract.....	151
Résumé.....	152
Anexo.....	153

INTRODUÇÃO

A economia aberta globalizou os mercados, deixando-os suscetíveis aos humores do capital financeiro internacional, que trouxe como técnica a fragmentação produtiva, objetivando diminuir os custos da produção. A primazia ao capital financeiro, em detrimento do controle de setores estratégicos pelo Estado, consolidou esse processo.

Como consequência, houve um aprofundamento na concentração de rendas por alguns grupos e a supressão generalizada de Direitos Trabalhistas.

As formas precarizadas de trabalho são facilmente identificadas: trabalhadores assalariados em microempresas, em zonas francas, em multinacionais, sob contratações de forma temporária, a tempo parcial, por tempo determinado, contratos de formação, em domicílio, assim como as pequenas produções rurais e urbanas, os profissionais informais, os trabalhadores subcontratados e os terceirizados.

No Brasil essas formas foram se desenvolvendo, tendo como pano de fundo, o movimento mundial de planejar o desenvolvimento da sociedade sob a perspectiva do mercado.

Ao invés de objetivar o pleno emprego, começa-se a utilizar o pressuposto do desemprego estrutural como fundamento para modificações legislativas. A flexibilização que, de uma forma dialética, consubstancia um aparato ideológico e fático para a desvalorização das relações de trabalho, num clima de tolerância e impunidade ao supostamente vedado *marchandage*.

Colaborou para a descentralização a crise do petróleo e o advento do toyotismo que, por intermédio das formas descentralizadas de contratação laboral, ampliou consideravelmente a precarização das relações trabalhistas, tendo em vista a facilidade de encobrir a relação de emprego pelas formas fraudulentas de contratação, pela dificuldade na identificação dos verdadeiros empregadores ou co-empregadores, para fins de responsabilização.

Da flexibilização operada nos anos 90, passou-se ao não cumprimento das normas trabalhistas. Esse fenômeno é realizado por empresas economicamente débeis que se submetem ao preço da empresa dominadora que se protege dos encargos sociais pela empresa interposta.

O Direito do Trabalho como harmonizador da relação entre capital e trabalho deve se desenvolver no sentido de reequilibrar esse conjunto de forças, agora considerando o grande fortalecimento do setor empregador e a debilidade do trabalhador.

Nesse sentido, o presente trabalho aborda a necessidade e importância da aplicação da responsabilidade solidária no âmbito da Justiça do Trabalho, tendo em vista a crescente demanda judicial que as novas formas de produção têm gerado, pelo inadimplemento de encargos trabalhistas básicos, como o pagamento do salário.

“Procurar seus direitos na Justiça” passou a ser prática vantajosa para inúmeros empregadores, diante de sua insuficiência econômica que muitas das empresas terceirizadoras ostentam, originando o que se tornou corriqueiro na Justiça do Trabalho: “o ganha, mas não leva”, enquanto a empresa concentradora de renda, tomadora e principal beneficiária dos serviços prestados, se blinda de sua responsabilidade, no fato de sua relação com o trabalhador não ser direta. Quando muito, ingressa na demanda invocando a subsidiariedade postergando o pagamento de uma verba de caráter alimentar, até que o trabalhador se torne refém de acordos que não passam de renúncia de parte de seus direitos.

A descentralização produtiva se consolida em várias formas que facilitaram também a fuga do Direito do Trabalho com o mascaramento de relações de emprego diluídas e fragmentadas pelas redes ou grupos de empregadores.

É nesse sentido que o primeiro capítulo traz à discussão sobre a centralidade do trabalho na atualidade para justificando a relevância do tema.

O tema desse capítulo foi escolhido para justificar a importância do trabalho no mundo contemporâneo e, de forma sintética, trazer algumas conclusões sobre o debate entre autores que entendem que há uma crise no mundo do trabalho e os que defendem a sua transformação somente superficial, com a utilização de velhas formas para compor a acumulação capitalista.

Esta primeira parte visa esclarecer que a sociedade do tempo livre significa para a maior parte da sociedade, o desemprego involuntário, pois a relação salarial permanece, mas sem a contrapartida da proteção jurídico-legal.

Admitir a não mais centralidade do trabalho na sociedade atual justifica a apropriação do trabalho alheio pelas grandes corporações sem que estas assumam a contrapartida dessa acumulação que é a responsabilidade, face da moeda em que de um lado apresenta-se o lucro e de outro o risco.

No segundo capítulo examinamos o papel do Direito em relação ao trabalho, sua função e seu papel na transformação social. Demonstramos que as normas trabalhistas não só solucionam os conflitos individuais na relação de trabalho, como também visam a harmonização da sociedade e o equilíbrio econômico.

Destacamos que a mudança de paradigmas, que tanto justificou a flexibilização do Direito do Trabalho é uma falácia e que os valores trazidos pela Constituição demonstram a atualidade dos Princípios do Direito do Trabalho.

O terceiro capítulo trata dos fundamentos jurídicos e valores sociais, que baseiam a aplicação da responsabilidade solidária nas relações trabalhistas. Abordamos também a evolução e tendências da responsabilidade na teoria geral e em outros ramos do Direito, para o enfrentamento da sociedade, hoje reconhecidamente de risco.

Especificamente, a partir do quarto capítulo o tema é sobre a responsabilidade na esfera trabalhista, que apesar de ser ícone da igualdade material, agora adotada para o Direito como um todo, ainda a utiliza de forma bastante conservadora.

Há de se ressaltar que o presente trabalho não esgota as possibilidades de aplicação da responsabilidade solidária no Direito do Trabalho. O objetivo é demonstrar a necessidade de sua utilização para efetivação dos Direitos e harmonização da relação entre capital e trabalho, considerando o desequilíbrio decorrente da forte concentração econômica presente nos dias atuais.

Além disso, demonstrar que a aplicação da responsabilidade solidária imprescinde de novas leis, pois as que vigoram são suficientes para uma construção jurídica coerente, dependente exclusivamente da vontade do aplicador de ter como primazia a justiça social, deixada de lado, muitas vezes, por um determinismo econômico, de viés ideológico, que serve somente aos poderosos interesses econômicos.

1. A CENTRALIDADE DO TRABALHO E A DINÂMICA DA PRECARIZAÇÃO

O mundo do trabalho, elemento essencial das relações sociais, sofre transformações ao longo do tempo. A mudança operada no século passado trouxe a reflexão sobre a centralidade do trabalho, tendo em vista o fim da utopia do crescimento que tinha como objetivo, o pleno emprego com a inserção de setores informais no núcleo central da economia.

O bem-estar social mostrou-se incompatível com o metabolismo interno do capitalismo. Assim, a crise do Estado Social, abriu caminho para o neoliberalismo como discurso hegemônico, que teve como balão de ensaio o Chile, no governo Pinochet, liderado pelos Estados Unidos, Inglaterra e China, baseado na crença de que o mercado é capaz de regular todas as atividades humanas e que o Estado deve ter uma atuação mínima, apenas para garantir o bom funcionamento das trocas, por meio de funções militares e legais e da disseminação da tecnologia de informação. Para garantir o desenvolvimento dessa teoria, as Universidades americanas tornaram-se verdadeiros campos de treinamento, com grande recepção de alunos estrangeiros.¹

A implantação do neoliberalismo se concretizou pelo desequilíbrio de forças entre capital e trabalho traduzido pela autonomia dos Bancos e das grandes corporações e o desmonte das forças de trabalho organizado. No senso comum isto foi incorporado com o discurso da plena liberdade individual em detrimento da solidariedade social.

O programa neoliberal de redução de déficits, controle da inflação e equilíbrio orçamentário foi aplicado em substituição ao programa de pleno emprego e redistribuição equitativa da renda.

Esse ideário não foi caracterizado como oriundo de uma classe, tornou-se hegemônico e tratado como axioma econômico inexorável, enquanto medidas que fomentariam a redistribuição, tratadas como populistas e ultrapassadas.

O grande sucesso do neoliberalismo foi cobrir com um manto de benevolência, a concentração de renda, que se aprofundava, e convencer que toda violência presente na sociedade atual é decorrente da livre escolha de cada um.

¹ HARVEY, David. *O neoliberalismo: história e implicações*. São Paulo: Loyola, 2008, p. 12 e 13 e 64.

Nos Estados Unidos, por exemplo, os lucros das grandes corporações cresceram vertiginosamente de forma subsidiada, pois entendida como criadoras de empregos, ao passo que os benefícios previdenciários, por exemplo, drasticamente reduzidos, pois entendido, o desemprego como forma voluntária de ócio. Ao mesmo tempo, houve uma redução nesse país da taxa de imposto de renda da pessoa física, passando de 78% para 28%, assegurando a distribuição de parte dos subsídios governamentais aos mais favorecidos².

Segundo essa doutrina, a regulação dos mercados se daria com a mínima participação do Estado³, por este não possuir informações suficientes para agir no mercado e ser passível de captura por grupos poderosos. A maximização da informação, que proporcionaria a participação de todos nas decisões do mercado global, seria então a chave para enfrentar os problemas decorrentes da dominação.

A isenção do Estado e a disseminação da informação seriam fatores *sine qua non*, portanto, para a procedibilidade do novo modelo, o que levou à promoção do desenvolvimento dessa tecnologia. Daí a proclamação de alguns analistas sociais, da formação de um novo tipo de sociedade, onde a centralidade não estaria mais no trabalho, mas na ciência e na técnica da informação.

Na esfera trabalhista, essa mudança teve como consequência o aumento vertiginoso do desemprego, das formas precárias de trabalho, da informalidade, do trabalho cooperativo e em domicílio. Por conseguinte muitos autores passaram a defender a idéia de que estaríamos vivendo numa sociedade pós-trabalho, na qual o trabalho ao invés de significar a integração do homem à sociedade seria fator de desintegração⁴ ou seria iminente sua extinção diante da desorganização do capital⁵.

Outros defenderam a idéia de que a tecnologia substituiria o trabalho humano⁶, devendo o homem se libertar da idéia tradicional de trabalho para produzir pelo ócio criativo⁷.

² Idem, p. 62.

³ Importante verificar que a participação mínima do Estado é restrita somente na sua atuação no campo social. Ele deve ser forte e coercitivo em se tratando de defesa da propriedade privada, nas liberdades individuais que são traduzidas essencialmente pela liberdade de empreendimento.

⁴ GORZ, A. *Metamorfoses do trabalho: crítica da razão econômica*. São Paulo: Annablume, 2003.

⁵ OFFE, Claus. *Capitalismo Desorganizado*. 2ª Edição. São Paulo, Editora Brasiliense, 1994.

⁶ RIFKIN, Jeremy. *O fim dos empregos: o declínio inevitável dos níveis dos empregos e a redução da força global de trabalho*. São Paulo: Makronbooks, 1995

⁷ MASI, Domenico de. *O ócio criativo*. Rio de Janeiro: Sextante. 2000.

Nessa linha, Lopes de Andrade⁸ refuta a aplicação dos Princípios do Direito do Trabalho para o quadro atual, afirmando que o surgimento de novas classes como a dos desempregados, dos informais, dos não empregáveis e dos que acreditam no trabalho livre e criativo, tornam inadequados tais Princípios, pois esses não abarcariam todos os novos fenômenos. Acredita o autor que a tecnologia libertará o homem do trabalho repetitivo, dando lugar ao trabalho criativo e conclui que na perspectiva dos Direitos Humanos, não pode o Direito do Trabalho estar vinculado à ideologia do trabalho assalariado, pois a ética contemporânea repugna qualquer tipo de exploração humana.

No entanto, não é essa ética a que se verifica na realidade, pois ainda que a tecnologia fosse capaz de abarcar todas as hipóteses de trabalho repetitivo, não teria o condão de libertar o homem da dominação de classe, com sua consequente exploração, em face da divisão do trabalho que reproduz o que se chamou genericamente de trabalho alienado⁹, ressaltando que Marx não tratou da alienação do homem moderno, mas da alienação do homem na sociedade capitalista¹⁰.

O desenvolvimento tecnológico não acabou com os empregos, apenas os mascarou, transferindo aos trabalhadores os encargos anteriormente determinados como sendo da empresa. Essa transferência de responsabilidade teve como consequência o aumento do ritmo e das jornadas de trabalho, sem a contrapartida de um incremento salarial, precarizando essas relações.

A realidade atual não mostra o não-trabalho, ao contrário, mostra o trabalho sem limites, exercido de forma precarizada em nome da concorrência internacional. O que se vê é a diminuição de postos de trabalho na grande empresa, mas um crescimento na contratação de pequenas empresas terceirizadas, do que se conclui que o trabalho não acabou, o que acabaram foram as garantias de um trabalho descente, diante da descaracterização do vínculo trabalhista.

Alguns entendem que o aumento da quantidade de assalariados no setor de serviços, no terceiro setor ou no trabalho em domicílio retirou o caráter central do trabalho, pois consideram que essa classe não é mais de operários, mas de operadores, querendo fazer denotar um vínculo de colaboração entre capital e trabalho, que não existe. Mas esses novos sistemas de produção, de forma alguma, retiraram o caráter de submissão

⁸ Everaldo Gaspar. *Princípios de Direito do Trabalho: Fundamentos Teórico-Filosóficos*. São Paulo: LTr, 2008.

⁹ *Dicionário do Pensamento Marxista*. Tom Bottomore (ed.) Rio de Janeiro: Zahar, 2001, p. 6 e 7.

¹⁰ MESZÁROS, István. *A teoria da alienação em Marx*. São Paulo: Boitempo, 2006, p. 221.

do trabalhador ao capital¹¹.

A informatização desqualificou o trabalho humano e provocou um ócio involuntário, utilizado como meio de gestão e controle de reivindicações salariais.

O ócio conseguido pelo desenvolvimento da ciência e da tecnologia, na sua forma benigna, está reservado somente para poucos. Esse mesmo ócio, quando subsumido à classe que deveria trabalhar, é conceituado como vagabundagem e traz como consequência peso para o Estado e uma ameaça à coesão social¹².

O incremento da tecnologia não diminuiu a capacidade de exploração do capital sobre o trabalho alheio. É certo que hoje o trabalho morto tem papel relevante na produção de mercadorias, mas de forma alguma dispensa o trabalho humano na sua composição final, ao contrário, o trabalho morto serviu de contraponto para que a exploração se dê de forma intensa, havendo um retorno de formas pré-capitalistas de produção, como o trabalho escravo, domiciliar, cooperativo, auto-emprego etc.

Por outro lado, a redução da participação do Estado trouxe a desagregação social, mais sentida nos países em desenvolvimento, pela imposição do Consenso de Washington¹³, que tinha como questões centrais a diminuição do Estado, a desregulamentação, liberalização e privatizações rápidas, em detrimento das questões sociais como equidade, emprego, competição e sustentabilidade. Bem entendido que a diminuição do Estado era só para as questões sociais, pois o neoliberalismo não se furta a sua utilização, com todo o seu aparato jurídico, administrativo e legislativo para manter a ordem estabelecida.

Nesse sentido, afirma o Professor Eros Grau¹⁴, que sem dúvida o Estado sempre interveio na ordem social, mas a partir do século passado, esse evento deu “um salto de qualidade”, com o incremento no conteúdo de suas atuações.

Também conclui CATHARINO¹⁵, que os que reclamam da ingerência

¹¹ ANTUNES, Ricardo. *Os sentidos do Trabalho: Ensaio sobre a afirmação e a negação do trabalho*. São Paulo: Boitempo, 2007, p. 111.

¹² ORGANISTA, José Henrique Carvalho. *O debate sobre a Centralidade do Trabalho*. São Paulo: Expressão Popular, 2006, p. 83.

¹³ Consenso entre o FMI, Banco Mundial e Tesouro Americano, fundado nos ideais da Escola de Chicago, já referido anteriormente.

¹⁴ GRAU, Eros Roberto. *O discurso neoliberal e a teoria da regulação*. In: CAMARGO, Ricardo Augusto. (coord.) *Desenvolvimento econômico e a intervenção do Estado na ordem constitucional: estudos jurídicos em homenagem ao Professor Washington Peluso Albino de Souza*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1995, p.61.

¹⁵ José Martins. *Neoliberalismo e Sequela: privatização, desregulação, flexibilização e terceirização*. São Paulo: Ltr, 1997, p. 37.

do Estado, em horas de vacas magras, não têm pudor ou melindre algum de recorrer às burras públicas, invocando o interesse comum, a função social do capital, a empresa como fonte de empregos, os pesados encargos tributários, as receitas que geram etc.

Ideologicamente, o desmonte do Estado de Bem Estar Social, engendrado diante da estagnação econômica, foi consolidado com a utilização de prêmios nóbéis, de pesquisas “científicas” dirigidas, que fizeram com que o imaginário popular aceitasse a transformação que lhe era prejudicial.

Crítica ferrenha é feita por Naomi Klein¹⁶ a essa política que foi comandada por Milton Friedman e os garotos de Chicago, administradas por *táticas de terror e grotesca criminalidade*, criando a ilusão de um consenso ideológico, que serviu para encobrir a constatada formação de super-ricos e trabalhadores descartáveis.

Entretanto, o fracasso de países como a Argentina, que seguiram exemplarmente os ditames do consenso neoliberal e tiveram como consequência uma calamidade econômica recente e a crise financeira com a intervenção do Estado, fez com que o discurso do Estado Mínimo perdesse muito da sua força.

Corroborar a insuficiência do mercado como regulador e equalizador da economia, a recente crise financeira mundial. O Estado não pode ser mínimo, mesmo para a política neoliberal, a forte intervenção na determinação do câmbio¹⁷ assim o demonstra.

O mito da inevitabilidade da globalização, a liberalização dos mercados de capitais e a busca do interesse pessoal regulada pela mão invisível do mercado não levou à eficiência econômica, mas à bolha financeira.¹⁸

A desregulamentação financeira, elemento primordial do programa neoliberal, contribuiu somente para uma inversão especulativa, não atendendo ao esperado incentivo na produção¹⁹.

O individualismo possessivo e sedutor, mas alienante, que se sobrepõe ao desejo de uma vida coletiva dotada de sentido, revela agora suas consequências. Em nome da globalização e competição internacional, as decisões econômicas saem do âmbito

¹⁶ KLEIN, Naomi. *A doutrina do choque: a ascensão do capitalismo de desastre*. Vânia Cury (trad.) Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2008.

¹⁷ Esse é o tema do encontro do G 20, nesta segunda semana de novembro de 2010, em Seul.

¹⁸ STIGLITZ, Joseph E. *Globalização: como pode dar certo*. Pedro Maia Soares (trad.), São Paulo: Companhia das Letras, 2007, p. 46.

¹⁹ ANDERSON, Perry. *Balanço do Neoliberalismo*. In: *Pós-Neoliberalismo: As Políticas Sociais e o Estado Democrático*. Emir Sader e Pablo Gentili (orgs.) 8a. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2008, p. 16.

democrático e se justifica o autoritarismo econômico, que serviu para uma regressão social com o aprofundamento da desigualdade e da miséria.

Seu legado foi a desagregação da sociedade, com a distorção de seus valores, contrários à integração social²⁰.

Já no período pós-guerra, Polanyi²¹ diagnosticava que o liberalismo econômico interpretou mal a história da Revolução Industrial, porque insistiu em julgar os acontecimentos sociais a partir de um ponto de vista econômico. A sociedade de mercado naturalizou as relações de trocas e tratou as relações sociais como mero apêndice, desequilibrando a relação entre comércio e redistribuição.

O ideal de liberdade, que tem como objeto a defesa da liberdade em si pode fazer florescer liberdades essenciais como a liberdade de consciência, liberdade de expressão, de reunião, de associação ou de escolher o próprio emprego, tem também por outro lado, o condão de incrementar a liberdade de explorar o semelhante, de obter ganhos extraordinários sem qualquer contrapartida para a sociedade, a liberdade de obter lucro com as calamidades públicas²², liberdades enfim, que tem como objetivo tão somente as vantagens privadas.

Sob a égide do Estado Mínimo, o que se constata é que as políticas públicas voltadas para o bem estar social da maioria da população são tidas como tática populista e os grandes investimentos para a camada mais abastada, como estratégica econômica inexorável.

O reflexo no Direito do Trabalho foi sua flexibilização que, com a descentralização produtiva, o grande capital atualizou as velhas formas de produzir. Sob o argumento de uma autonomia inexistente, as formas cooperativas, terceirizadas, em domicílio deixaram de ter a proteção prevista na regulação, pelo argumento da falta de tipicidade. Mas o assalariamento continua a predominar, agora sem a contrapartida da proteção.²³

O recrudescimento do liberalismo, com a derrota de seu contraponto socialista, fez com que o capital se desenvolvesse livremente, sem os limites outrora construídos. Essa liberdade foi sustentada pelo discurso da formação de uma sociedade

²⁰ BORÓN, Atílio. *O Pós-Neoliberalismo é uma etapa em construção*. In: Idem, p.

²¹ Karl. *A Grande Transformação: as origens da nossa época*. 14a. tiragem. Rio de Janeiro: Elsevier, 2000, p. 52 a 77.

²² É nessa linha a crítica feita por KLEIN, op. cit.

²³ ORGANISTA, op. cit., p. 76.

pós-industrial fundada em razão da mudança de paradigmas.

No entanto, não houve mudança de qualquer paradigma, pois a distinção entre trabalho produtivo e improdutivo permanece e a maioria das pessoas não consegue se sustentar sem o trabalho. Não houve qualquer mudança no conceito ou classificação de trabalho, pois ainda hoje, só se considera como produtivo o trabalho que valoriza diretamente o capital²⁴.

O trabalho sempre fez parte da vida do homem. É seu instrumento de articulação com a natureza, representando ao homem a possibilidade de sua existência social e ao mesmo tempo, sofrendo transformações pelo próprio homem, numa relação dialética entre constituinte e constituído.

Mesmo com toda a mudança operada, a inserção do homem na sociedade continua ainda a se dar pelo trabalho. É o trabalho também forma de redistribuição de rendas.

Haja vista o desemprego e a precarização das relações de trabalho terem aumentado o nível de violência e criminalidade, influenciando a vida e a família da maior parte da população que só tem o trabalho como moeda de troca para obter recursos financeiros para sua sobrevivência.

No sistema atual, para a maioria o trabalho é o trabalho alienado, produtor da mais-valia. No entanto, ainda assim, esse produz efeitos para além da mera sobrevivência, pois trazem sonhos e perspectivas que numa condição de desemprego não mais existiriam.

É certo que na antiguidade o trabalho era considerado indigno, porque restrito à esfera do dever, mas também é certo que não há sociedade sem trabalho e que este representa na atualidade, uma dupla face: a do dever e do direito. Isto decorrente da construção do trabalho assalariado, transformando-o de algo que fazia parte da vida para meio de ganhar a vida.

As transformações no mundo do trabalho não liberam nem o homem, nem a sociedade do trabalho, somente liberam as empresas do compromisso social diante do aproveitamento do trabalho alheio, por meio das terceirizações e auto-empresendedorismo.

O discurso que defende o fim do trabalho, com o suposto colaboracionismo entre capital e trabalho, só serve para reforçar a ideia de que a empresa

²⁴ ANTUNES, Ricardo (org). *A dialética do Trabalho: Escritos de Marx e Engels*. São Paulo: Expressão Popular, 2004, p. 156 e 163.

faz um favor ao criar empregos e que a culpa da exclusão social é do desenvolvimento tecnológico, devendo cada qual se auto empregar, eximindo as empresas de qualquer ônus. Na realidade o que ocorre atualmente é a diminuição dos postos de trabalho e o incremento na utilização desses mesmos trabalhadores de forma descentralizada. Não estamos, portanto, diante do fim do trabalho, mas sim do fim das contraprestações das empresas que representam o ônus pelo lucro obtido com o trabalho alheio.

Esse fenômeno pode ser observado em relação aos trabalhadores informais, que muitas vezes trabalham para grandes corporações, como é o caso dos camelôs na venda de produtos feitos em grande escala, o trabalho escravo apropriado pelas grandes siderúrgicas ou os bolivianos na indústria têxtil produzindo para multinacionais. As formas atípicas de trabalho são apropriadas em larga escala pelo capital.

Como se pode concluir, não é a diminuição do trabalho formal que determina a centralidade do trabalho, mas seu caráter moral e sua imprescindibilidade na manutenção das necessidades essenciais do homem.

Retirar o caráter central do trabalho significa retirar a conexão existente entre o trabalho produtivo e a valorização do capital, como se este pudesse prosseguir se reproduzindo independente daquele. No entanto, o que se verifica na atualidade é apenas a utilização de velhas formas de produção que viabilizam um mascaramento da capacidade de exploração do capital, por intermédio de relações indiretas. Exemplos como esse vemos nas fábricas de calçados e confecções²⁵.

Esse efeito funesto não pode ser admitido. A fórmula para coibir essa prática se justifica numa das equações mais simples da própria lei de mercado: a quem aproveita da redução (aumento de lucro) devem ser imputadas as responsabilidades, numa resposta mais natural que a inexorabilidade da precarização engendrada.

Não é possível negar que a exploração econômica do trabalho inexistia, pois inerente ao sistema em que vivemos. Apenas a forma de exploração passou a ser difusa e indireta, ao contrário do passado que era de forma concentrada e direta. No fordismo a identificação do empregador era direta e a ele atribuído tanto o lucro como o risco do negócio. Hoje o risco é pulverizado e o lucro potencializado pela centralização realizada pelas as grandes corporações que funcionam através de uma rede que engloba tanto o trabalho formal, como informal, que, ao contrário do que possa parecer, participa

²⁵ Constatação feita em reportagem intitulada *Que moda éssa? e A precarização da vida*. In: *Revista Observatório Social*. no. 10, Maio, 2006.

da dinâmica da produção e mantém ocupados os desempregados, sem qualquer custo.

A consequência desse movimento mundial implicou a redução dos salários com o aumento dos lucros e estímulo aos investimentos financeiros, tendo como base a desregulação da atividade bancária e a redução dos impostos para os que mais ganhavam²⁶.

Investimentos esses que atraem grande parte de “capital predador²⁷” com grande mobilidade e poder, que com sua fuga, deixa uma onda de destruição que as últimas crises puderam atestar.

Assim, mesmo falando em crise do trabalho abstrato²⁸, considerando a substituição do homem pela máquina, afirmar que a sociedade não depende mais do trabalho humano é o resultado de análise parcial da realidade e não de sua totalidade, pois as formas de assalariamento ainda continuam prevalecendo, apenas encobertas por instrumentos potencializadores de lucro e supressores de responsabilidades.

A diminuição dos postos de emprego não foi só decorrente da adoção do trabalho morto, mas também de mecanismos que transformaram o posto formal de emprego para terceiro cooperador, como a contratação de empresas terceiras e antigos empregados que se transformaram em empreendedores de si mesmo e agora prestam os mesmos serviços de outrora, de forma “autônoma”.

Concluindo não existe sociedade sem trabalho, considerando que este é a interação entre o homem e a natureza. Em se tratando da sociedade capitalista, esta não pode existir sem o trabalho alienado, o trabalho em sentido abstrato, pois a acumulação se dá no aproveitamento do trabalho alheio, ainda que informal, autônomo ou cooperativo.

Classificar o trabalho como central não significa que o homem esteja restrito ao trabalho, mas é condição para que se diferencie de um ser biológico para um ser social.

O que equivale dizer que sem essa categoria não se consegue atingir esferas secundárias decorrentes da complexidade da sociedade atual, como sua atuação política, religiosa, ética e estética, sem falar no exercício de conceitos tão em voga como a cidadania ou a defesa de seus direitos.

Nesse sentido, é estranho considerar os Direitos Civis como essenciais

²⁶ HARVEY, op. cit., *Neoliberalismo...* p. 124

²⁷ Expressão utilizada por STIGLITZ, op. cit., *Globalização...*

²⁸ que cria o valor das mercadorias. Conceito trazido por MARX. Op. cit. Livro 1, vol.1, p. 68.

e o Direito do Trabalho como algo de segunda categoria, já que sem este não há como realizar aqueles. Mas isto pode ser explicado pela doutrina do neoliberalismo que adotou como valor central a liberdade, mas no sentido de radicalizar o interesse privado como prioridade, em detrimento do interesse coletivo.

Todavia, o que se observa nesses 30 anos de prática em nome da liberdade é uma concentração na área econômica sem precedentes e a concentração de poder em áreas essenciais como o setor energético, comunicação, indústria farmacêutica e vendas à varejo, agravada com o desemprego e exclusão social para uma faixa significativa e crescente da sociedade. Poucos concentram poder e dinheiro em quantidades cada vez maior, enquanto muitos perdem sua condição mínima de sobrevivência. Foi completa a restauração do poder de uma classe em detrimento do desmantelamento da classe trabalhadora.

Isto é consequência da utilização de preceitos do liberalismo de forma parcial, qual seja, defender a livre concorrência em um mercado imperfeito, que claramente é monopolista.

A crescente exclusão social, decorrente da diminuição de redistribuição de renda pelo trabalho, trouxe como uma das únicas opções, a redistribuição pela violência criminoso. Assim, pensar no desenvolvimento ou mesmo na manutenção de mecanismos inseridos no Direito do Trabalho, não significa só buscar o bem estar do trabalhador de forma individualizada, mas trazer uma harmonia que toda sociedade aspira.

A globalização é um fato histórico, decorrente da evolução tecnológica, no entanto, o neoliberalismo é uma ideologia, não havendo uma relação necessária entre os dois fenômenos²⁹.

Há que se ter consciência de que a inevitabilidade de certos efeitos não é decorrente dos fenômenos, mas justificativas construídas ideologicamente para tornar palatável o domínio de uma determinada classe sobre outra, como ocorreu no século XVII, no qual, pelo racionalismo e filosofia das luzes, a ideologia burguesa tornou-se dominante³⁰.

A precarização das relações trabalhistas também trouxe um fenômeno

²⁹ GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 13a. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 53 e 54.

³⁰ LOPES DE ANDRADE, op. cit., p. 28.

que Luciano Vasapollo³¹ denominou de mal-estar do trabalho, que é o medo de perder o emprego, de não poder ter uma vida social e de viver apenas do trabalho para o trabalho, com a *angústia vinculada à consciência de um avanço tecnológico que não resolve as necessidades sociais*.

A precarização da relação de emprego vem tão inserida no ideário social, que o próprio trabalhador passa a ter vergonha de ser chamado de empregado e convenientemente passa a ser convidado a ser um colaborador, que diante desse *status* não tem mais o que reivindicar, a não ser a camisa da empresa para vestir.

Portanto, tendo como objetivo a construção de uma sociedade mais justa, a centralidade não pode estar na empresa e sim no fator trabalho, que é elemento essencial para redistribuição de uma renda, hoje monopolizada pelos lucros financeiros.

Com a crise financeira, o Estado, anteriormente considerado problema para os ideais neoliberais, passa a ser parte da solução, pois além da regulação e proteção, as empresas e o capital financeiro passam a demandar subsídios para sua sobrevivência, consolidando a privatização dos lucros e a socialização dos custos. No entanto, o enfrentamento da crise a partir do Estado, traz também a discussão do desemprego em massa, da precarização das relações de trabalho, qual seja, recolocando em seu lugar a categoria fundante das relações sociais e da formação do indivíduo³².

Deve-se colocar em debate as novas formas de produção, que segundo TAVARES³³, não retirou da matriz Estado-Empregadores-assalariados o seu caráter paradigmático na reprodução do capital, pois as novas formas que se apresentam como opção ao trabalhador, longe de representar qualquer autonomia, estão articuladas por fios invisíveis à acumulação formal, representando, geralmente, um sobretrabalho sem a correspondência dos custos sociais para a empresa. E conclui:

Deixar de reconhecer a importância e o papel que o trabalho representa nas transformações sociais atuais é ausentar-se teoricamente frente a questões significativas sobre as novas formatações do capitalismo. Acima de tudo, é ocultar as questões políticas que envolvem as atuais relações de trabalho. A realidade capitalista ainda faz-se presente, agora

³¹ *O trabalho atípico e a precariedade*. São Paulo: Expressão Popular. 2008, p. 27.

³² POCHMANN, Márcio. *Conferência Energia, Soberania e Trabalho Decente: Perspectivas para o Desenvolvimento Sustentável*. In: *Fórum Social Mundial 2009*.

³³ Maria Augusta. *O Trabalho informal deslocado da economia para assistência social*. In: *Trabalho Necessário*-www.uff.br/trabalonecessario. Ano 4, no. 4, 2006.

com meios mais engenhosos de tentar camuflar o conflito intrínseco a sua lógica entre o capital e o trabalho.

A organização do trabalho é sinônimo de forma de vida do povo comum³⁴. Além disso, uma vida cheia de sentido fora do trabalho supõe uma vida dotada de sentido dentro do trabalho³⁵. Inegável, portanto, sua centralidade.

³⁴ POLANYI, op. cit., p. 97.

³⁵ ANTUNES, op. cit., *Os sentidos...* p. 175.

2. A REGULAÇÃO DA RELAÇÃO ENTRE CAPITAL E TRABALHO

2.1. Breve panorama histórico

A história das transformações do atual modo de produção sempre foi marcada pela busca do lucro. A acumulação, nos primórdios, dependeu da utilização de mão-de-obra de homens, mulheres e crianças, indiscriminadamente, com jornadas de trabalho ilimitadas. O suporte jurídico que permitia essa exploração era um contrato de natureza civil, pressupondo a igualdade formal entre as partes.

Essa forma fictícia de igualdade, mascarada pela liberdade de contratar, consolidou o aproveitamento do trabalho alheio, por intermédio do contrato, peça-chave³⁶ do sistema capitalista.

As sequelas foram cruéis, criando de um lado uma classe, cuja vida se reduz à obsessão de ganhar dinheiro e todas as suas relações humanas estão condicionadas a este imperativo, e de outra, uma classe submetida a esses desígnios, muitas vezes vítimas do que Engels³⁷ denominou de assassinato social.

A desumanização da relação entre o capitalista e o trabalhador, transformada e levada ao extremo de uma relação puramente econômica, fez surgir movimentos sociais que culminaram na criação de um Direito à parte do Direito Civil, para regular exclusivamente a conflituosa relação entre capital e trabalho.

A crise do capitalismo no final do século XIX e as promessas socialistas da Revolução Russa impuseram ao capitalismo a necessidade de regular de forma especial a alarmante questão social.

Surge então o Direito do Trabalho, que ao contrário do Direito Civil, de concepção liberal na sua origem, não mais pressupunha a igualdade formal entre as partes, ao contrário, tinha como objetivo a busca da igualdade real, reconhecendo a superioridade jurídica do empregador, decorrente de sua superioridade econômica, em relação ao empregado.

³⁶ VIANA, Márcio Túlio. *Da greve ao boicote: os vários significados e as novas possibilidades das lutas operárias*. In: *Trabalho e Movimentos Sociais*. Carlos Augusto Junqueira Henrique e outros (coords.) Belo Horizonte: Del Rey. 2008, p. 109.

³⁷ Friederich. *A situação da classe trabalhadora na Inglaterra*. B.A. Schumann (trad.). São Paulo: Boitempo. 2008, p. 136 e 308.

2.2. Passagem do Fordismo ao Toyotismo

Em apertada síntese, *pari passu* ao desenvolvimento do capitalismo se desenvolve o Direito do Trabalho como um corpo diverso do Direito Civil para traçar determinados limites na exploração da mão-de-obra, objetivando a própria manutenção do sistema.

A forma hedonista que a acumulação capitalista se reveste teve de ser regulada, traduzindo o reconhecimento de que o pior inimigo do capitalismo é o próprio capitalista, na sua individualidade. Esse tênue equilíbrio foi construído com a empresa de um lado e os sindicatos de outro.

O desenvolvimento dessa esfera específica do direito se deu em face da falácia do discurso de que o desenvolvimento tecnológico traria a elevação dos salários decorrentes do aumento de lucro. O que a realidade mostrou foi a intensificação do aproveitamento da capacidade do trabalhador, utilizando-se de tarefas simples e cadenciadas, excluindo-o totalmente do conhecimento do processo de produção, transformando-o em autômato, substituível a qualquer momento.

Dentro da empresa, para viabilizar o trabalho livre foi necessário o uso de métodos coercitivos, rígidos e despóticos. Taylor trouxe, não a melhor maneira de trabalhar, mas uma proposta de controle sobre a força de trabalho. É neste contexto que a proposta da gerência científica emerge e evolui. O ritmo é ditado não mais pelo saber ou seu poder do trabalho humano, mas pela máquina. Em suma, o fordismo/taylorismo se solidificou com a restrição do poder dos trabalhadores pela decomposição do seu saber-fazer operário, que foi confiscado unicamente em proveito do capital.

Não obstante, a adoção desse modelo de organização só pôde ser concretizada com a introdução do consumo de massa que imprescinde da capacidade de consumo dos trabalhadores. Além da estrutura do chão de fábrica que propiciou a conscientização do conceito de classe e foi marcada pela constituição de grandes sindicatos de trabalhadores, havendo, portanto, certo equilíbrio entre as forças contrapostas.

Somado a isso, as guerras e o surgimento do socialismo como ameaça trouxeram como consequência a adoção de medidas que visavam a garantia da paz mundial, a inclusão social, o bem estar e a estabilidade, numa composição entre Estado, mercado e democracia, de forma relativamente equilibrada, produzindo profundas mudanças materiais e sociais.

Harvey³⁸ caracteriza essa fase, como sendo a da modernidade fordista, destacando que esta, apesar de não ser homogênea, era marcada pela utilização de um capital fixo na produção e por um projeto de desenvolvimento social e econômico, fundado na materialidade e na racionalidade técnico-científica, ainda de caráter vanguardista.

No entanto, a crise do capitalismo gerada pelo choque do petróleo nos anos 70 tornou evidente a insuficiência do fordismo e do keynesianismo para enfrentar as contradições do capitalismo. A reação foi de questionamento do antigo sistema adotando-se uma reestruturação econômica, com o reajustamento da organização do capital, incentivando a financialização³⁹ dos mercados de capitais, a produção flexibilizada, enfim a constituição de uma empresa enxuta e flexível.

A estruturação dos sindicatos, essencialmente ligada ao fordismo, numa relação verticalizada e hierarquizada⁴⁰, deixa de ser o adequado contraponto, por seu esvaziamento. Diminui o número de sindicalizados, pela forma de produção descentralizada e há toda uma divulgação de desmoralização da classe, com a implantação de mecanismos que viabilizaram a formação de sindicatos de fachada e ascensão dos sindicatos ditos na época pelegos, que agora se transformaram em colaboradores e legitimadores da política de precarização, ao lado da classe dos empresários.

Em suma, além de a forma descentralizada de produção fragmentar a classe trabalhadora, a manutenção da estrutura sindical forjada nos moldes fordistas, inviabilizou a formação de uma consciência de classe que seria o contraponto para consolidar uma ética sobre a acumulação.

Tornam-se então explícitos os elementos intrínsecos da acumulação: a precarização das relações de trabalho, não só no sentido objetivo, representado pelo salário e pelo emprego, mas também no sentido subjetivo, retirando do trabalhador qualquer possibilidade de adquirir uma consciência de classe que pudesse ser desenvolvida.

Ressalta-se também que a adoção das formas descentralizadas não trouxe um rompimento com a racionalidade fordista, mas um salto qualitativo, realizado por inovações apenas organizacionais, pelo implemento de técnicas gerenciais, muito mais eficientes na captura da subjetividade operária pela lógica do capital, subordinando-o

³⁸ David. *A condição pós-moderna*. São Paulo: Loyola, 2006, p. 303 a 305.

³⁹ HARVEY, David. Op. cit., *O neoliberalismo...*, p. 175 e 176.

⁴⁰ PINTO, Geraldo Augusto. *A organização do trabalho no século XX: Taylorismo, Fordismo e Toyotismo*. São Paulo: Expressão Popular, 2007, p. 58.

também espiritualmente.⁴¹

Nesse sentido, podemos concluir então pela falácia da mudança de paradigmas, como justificativa para supressão de direitos no âmbito trabalhista, pois não houve a criação de uma nova categoria ontológica com a chegada do toyotismo, apenas nova articulação sob a mesma racionalidade, agora com a utilização da mão-de-obra intelectual, incorporando as novas tecnologias e enfrentando a crise de superprodução.

Como afirma Rifkin⁴², há um aumento vertiginoso na produção que se traduziu em demissões em massa da força de trabalho, reproduzindo a questão social de forma maciça e desestabilizadora, nos moldes da 1ª revolução industrial.

O paradigma que originou e direcionou o Direito do Trabalho foi o de colocar um limite na exploração do homem pelo homem. A forma atual de produção não retirou a exploração, ao contrário, tornou-a mais eficaz. Assim, se houve mudança no paradigma foi apenas na sua intensidade.

2.3. A falácia da mudança de paradigmas

Como observado pelo Professor Jorge Luiz⁴³, talvez nenhuma outra expressão esteve tão em voga para justificar a flexibilização dos Direitos Trabalhistas.

Essa moda decorre da manipulação intencional da linguagem, que é própria da pós-modernidade, com esvaziamento de seu sentido e com claro posicionamento ideológico, como afirma Oscar Ermida Uriarte⁴⁴.

A expressão foi popularizada por Thomas Kuhn⁴⁵, em um trabalho essencialmente epistemológico, que colocou em xeque a neutralidade a-histórica do pensamento científico das ciências naturais, observando que os paradigmas⁴⁶ são eleitos mais por um corpo implícito de crenças metodológicas que pelos fatos. Sua obra trouxe à tona o liame existente entre método e sociedade.

Kuhn desmistifica a suposta neutralidade das ciências *descritivas e ontológicas*, como a física e a matemática, tidas como ícones de isenção, imunes a

⁴¹ ALVES, Giovanni. *O Novo (e precário) Mundo do Trabalho: reestruturação produtiva e crise do sindicalismo*. São Paulo: Boitempo, 2005, p. 9, 31 e 34.

⁴² Op. cit., p.7.

⁴³ SOUTO MAIOR. *Relação de emprego & Relação de trabalho: no contexto da ampliação da competência na justiça do trabalho*. São Paulo: LTr, 2007, p. 29.

⁴⁴ *A Flexibilidade*. São Paulo: Ltr, 2002, p. 18

⁴⁵ *A estrutura das revoluções científicas*. São Paulo: Perspectiva, 2000.

⁴⁶ *Realizações científicas reconhecidas que, durante algum tempo, fornecem problemas e soluções modelares para uma comunidade de praticantes de uma ciência*. p. 13.

qualquer interferência externa.

Ressalta-se que o autor define como ciência a física, química e a biologia e afirma que as demais são estudos profundos, sérios e igualmente rigorosos, mas que não podem ser considerados ciência *do ponto de vista de seu trabalho*. Nesse sentido, exclui expressamente de sua análise os campos da Medicina, da Tecnologia e do Direito, justificando tal exclusão no fato de que essas disciplinas têm sua razão de ser numa necessidade social exterior.

Entretanto, no campo das ciências sociais, em particular no Direito, a importância dada à ciência na sociedade moderna era tão grande⁴⁷, que fez com que muitos autores tentassem transportar as premissas das ciências ontológicas para as deontológicas. Kelsen⁴⁸ é o representante dessa tendência na área jurídica, mas que também no capítulo VIII da Teoria Pura do Direito, reconhece o caráter utópico de seu trabalho⁴⁹.

O cientificismo ainda prevalece nos dias atuais e com o advento de Kuhn, fez com que alguns autores, por via oblíqua, tentassem reafirmar o caráter científico do Direito. No entanto, o trabalho de Kuhn não foi o de simplesmente mudar os paradigmas, mas revelar que sua mudança nas ciências não é uma questão determinada pelos fatos, mas um direcionamento determinado pelo poder. O que se conclui de seu trabalho é de que o paradigma é uma questão de vontade política e não de descoberta.

Em suma, Kuhn define paradigma incluindo a opção política nos caminhos seguidos pela ciência. Acaba com o mito da identidade entre ciência e racionalidade total. Inclui os aspectos históricos e sociológicos na interpretação da ciência. Nesse sentido, a razão instrumental do Direito não foge ao cientificismo encomendado pelo poder, decidindo o modo e a conveniência quando não na criação e na utilização de seus institutos. Dessa forma, a interpretação fragmentada da lei pode ocultar objetivos não revelados *prima facie*⁵⁰.

Como se conclui, no âmbito do Direito Trabalhista a questão dos paradigmas foi utilizada como forma de supressão de direitos do trabalhador, aplicando-se

⁴⁷ *Só se for científico é confiável*. Herança do contraponto iluminista para enfrentar o poder da igreja.

⁴⁸ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. João Baptista Machado (trad.) São Paulo: Martins Fontes. 1998. p. 392 a 397.

⁴⁹ *A interpretação correta é uma ficção que serve para jurisprudência tradicional consolidar o ideal da segurança jurídica*. p. 396.

⁵⁰ CUNHA, Alexandre Teixeira de Freitas Bastos. *A Justiça do Trabalho diante da transformação do Direito, na perspectiva da dinâmica econômica*. In: *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 7ª Região* - Jan./Dez. de 2008, p. 44.

o vocábulo pobremente entendido, adaptados aos fins que seus autores intencionam, à custa de distorções que tornam o pensamento de Kuhn irreconhecível⁵¹. Seu trabalho foi utilizado como fundamento para justificar ideologicamente o que materialmente seria injustificável, que é o aprofundamento da desigualdade social.

2.4. A desconstrução da lógica trabalhista

A utilização de argumentos que justificariam a supressão de Direitos Trabalhistas veio com a implantação do neoliberalismo, pois embora haja possibilidade de composição, a justiça social nem sempre é congruente com as liberdades individuais, tidas como essenciais dentro da política de expansão dessa ideologia. Isto porque a justiça social pressupõe a solidariedade, que busca submeter determinadas vontades individuais em nome do bem estar coletivo.

O trabalho de implantação do neoliberalismo tinha como base a mudança no modo de pensar da sociedade: sobre as corporações, o direito, a cultura e o indivíduo. A mudança passava por toda uma reestruturação nas universidades, escolas, meios de comunicação, mercado editorial e Cortes de Justiça⁵².

O Brasil com sua história de escravidão, somada à associação da concessão de Direitos Sociais a um governo totalitário e o *marketing* de implantação de um consumismo diferenciado, conduziu a mentalidade dominante a um libertarismo individual que justificou de forma consensual a transformação do Estado provedor em Estado mínimo, mesmo sem aquele estar definitivamente concretizado, como nos países de primeiro mundo.

Na América Latina, o Brasil foi o pioneiro⁵³ na adoção da desregulamentação das normas trabalhistas, representada pela Lei 5.107/66 que substituiu a estabilidade decenal pelo FGTS, promovendo a partir de então o crescimento da rotatividade dos trabalhadores e, conseqüentemente, aumentando a possibilidade de pagamento de salários cada vez menores, diante da crescente oferta de mão-de-obra, agravada pelo desemprego estrutural causado pelo avanço tecnológico.

Por conseguinte, a automação e a suposta participação do indivíduo

⁵¹ ASSIS, Jesus de Paula. *Kuhn e as ciências sociais*. In: *Estudos Avançados*, São Paulo, v. 7, n. 19, 1993. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-40141993000300004&lng=en&nrm=iso>. acesso em 27.11.2010.

⁵² HARVEY, op. cit., *O neoliberalismo...*, p. 53.

⁵³ URIARTE, Ermida. *A Flexibilidade*. São Paulo: Ltr, 2002, p. 29 e 30.

como operador e não mais operário, não trouxe o ócio produtivo para classe trabalhadora, mas recriou formas pré-diluvianas de exploração, gerando a precarização generalizada de um lado e antiteticamente a concentração de renda de outro.

Curiosamente, cada empresa parece pretender produzir mais, com um número cada vez mais baixo de trabalhadores e espera que suas concorrentes continuem a pagar os salários a quem consome seus produtos. É a contradição trazida pelo sistema que sob o ponto de vista individual, microeconômico, tem como base de sua sobrevivência a *incontinenti* diminuição dos custos, por meio da automação, mas que sob o ponto de vista macro coloca claramente em risco o próprio capitalismo, comprometendo o mercado.

O desmonte da estrutura econômica foi aprofundado nos anos 90, com a liberalização e abertura de mercado. Assim, no governo Collor, o fordismo periférico passa à valorização do capital financeiro, à financeirização, que tinha como patamar mínimo de 15% para a remuneração do capital, deixando claro que as empresas só seriam viáveis se crescessem acima deste patamar. Esta mentalidade é repassada inclusive para o trabalhador, que agora, convenientemente não é mais chamado de subordinado, mas de parceiro, significando uma só coisa: vire-se para atingir tais metas.⁵⁴

A política financeira passa a estruturar o mecanismo de trabalho, aumentando a concorrência e achatando os níveis hierárquicos. É o neotaylorismo que fragmenta a relação salarial e cria novas formas de contratação, tendo como consequência a formação de um novo sindicalismo no qual prevalece o acordado sobre o legislado, acordado este, que sempre suprime direitos e não os amplia, como pressupõe as convenções de países desenvolvidos.

Há a despolitização da economia, desconsiderando na aplicação de seus instrumentos o poder econômico, deixando livres as empresas dominantes para impor aos trabalhadores e a seus fornecedores exclusivamente suas condições.

Além disso, a falta de capacidade inovativa das empresas brasileiras, herdadas de uma trajetória que foi incapaz de criar um sistema para este fim, é que faz com que o empresariado tome como objetivo, não o crescimento, mas apenas a desoneração da folha de pagamentos da empresa.⁵⁵

Assim, na década de 90, ocorre uma desvalorização da classe operária,

⁵⁴ BRAGA, Ruy. Em palestra proferida na FD USP, no curso de Pensamento Social Brasileiro, organizado pelo Fórum da Esquerda, no primeiro semestre de 2006.

⁵⁵ DELGADO, Ignácio Godinho. *Previdência Social e Mercado no Brasil*. São Paulo: LTr. 2001. p. 291.

numa depreciação não só econômica e política, mas simbólica e moral.

Essa foi a mudança de paradigma operada e não aumento de tempo livre pelo desenvolvimento da tecnologia, que supostamente justificaria o fim do trabalho.

Como suporte ideológico, adotou-se o discurso hoje prevalecente que considera os Direitos Trabalhistas tão ultrapassados quanto a ditadura e, de forma subliminar, a crença de que a manutenção de tais Direitos implicaria a volta de um Estado que privaria as pessoas de suas liberdades, quando na realidade o que se tem é que esse Estado só preserva a liberdade de quem já a tem, oferecendo somente a opção para a maioria, de ser empregador de si mesmo. Esta é a realidade da autonomia e liberdade que se apresenta.

O pós-modernismo, que representa um movimento cultural veio ao encontro da desagregação da classe trabalhadora, agindo como um motor que impulsiona a transformação da sociedade, dissolvendo as reivindicações em nichos difusos ligados à etnia, sexo e cultura.

Os movimentos sociais foram tornados cada vez mais particularizados com soluções parciais e sem impactos significativos para enfrentar o ideário e as fraturas sociais. A flexibilização operada aproximou os formalmente empregados à condição dos trabalhadores informais.

Essa reestruturação consolidou-se com uma maior concentração de rendas, que hoje tem como ícones da revista *Forbes* investidores da América Latina que se apropriaram do movimento de privatização dos serviços públicos como a telefonia, por exemplo.

As grandes fusões, garantidas com dinheiro público, através do BNDES, demonstram a opção de centralização econômica na política brasileira, fortalecendo o capital e desestabilizando sua relação com as forças sociais⁵⁶.

A imposição do poder dominante através de técnicas descentralizadoras na produção desequilibrou tanto a relação capital e trabalho, que sem qualquer contraponto, nos anos 90 passou da deslegitimação ao descumprimento puro e simples dos Direitos Trabalhistas.

Como se verifica, a supressão de direitos decorre do poder e de uma ideologia que sustenta essa precarização de forma a ocultar em nome da pós-modernidade

⁵⁶ HARVEY, op. cit., *O neoliberalismo...*, p. 55.

práticas de exploração da mão-de-obra que remontam a primeira revolução industrial.

2.5. A função do Direito do Trabalho

A escolha dos paradigmas, que determinam mudanças e interpretações no Direito, também passa pela reflexão de para quem e para o quê serve o Direito.

O Direito, como ramo da deontologia, é necessariamente teleológico, finalístico, e tem como objetivo a realização do conjunto de valores socialmente considerados relevantes e, para o Direito do Trabalho, especificamente, esse valor é representado pela busca de melhores condições de trabalho na ordem sócio-econômica.⁵⁷

Nas palavras do Professor Pedro Vidal⁵⁸, a finalidade do Direito é a prevenção e composição dos conflitos de interesses, a realização do bem comum, a preservação da ordem, a instauração da paz social, a garantia de segurança, a concretização da justiça. Não podendo sua aplicação distanciar-se dessas finalidades nem sacrificar seus valores.

Isto significa que o cumprimento das normas previstas no Direito do Trabalho não representa apenas a realização da Justiça do ponto de vista meramente individual, mas também a garantia de sobrevivência da sociedade, através de sua harmonização.

O Direito do Trabalho foi produto de movimentos sociais verificados no século XIX contra a exploração da mão-de-obra por empresários, *que se tornaram mais poderosos com o aumento da produção fabril decorrente da utilização de inovações tecnológicas e expansão na conquista de novos mercados.*⁵⁹

Destarte, é inadmissível que agora após um extenso período de livre lucratividade desenfreada, doravante essas mesmas empresas, principalmente as de capital meramente especulativo, passem, através do Direito, a utilizar o mote da crise e do desemprego como justificativas para deixarem de cumprir sua função social e aumentarem a taxa de exploração do trabalho, ainda que sob o rótulo eufêmico da flexibilização do Direito do Trabalho.⁶⁰

Afinal, o Direito encontra-se entre os fenômenos culturais mais

⁵⁷ DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 4a. ed. São Paulo: Ltr, 2005, p. 58.

⁵⁸ NETO. *Estudo sobre a interpretação e aplicação do direito do trabalho*. Tese apresentada no concurso à livre docência de Direito do Trabalho na FD USP, 1985, p. 13 e 14.

⁵⁹ SÜSSEKIND, Arnaldo. *Direito Constitucional do Trabalho*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 5.

⁶⁰ Em entrevista à revista da Associação Nacional dos Magistrados Trabalhistas, o advogado José Affonso Dallegrave Neto.

poderosos já criados pela humanidade, e precisamos entendê-lo melhor se quisermos tomar decisões jurídicas bem informadas e justas. Embora haja riscos e desconfortos envolvidos, nesse tema, devemos tomar fôlego e deixar de lado nossa relutância tradicional de investigar cientificamente os fenômenos jurídicos, de modo a compreender *como e por que* o Direito inspira tal devoção, e descobrir como deveríamos aperfeiçoá-lo a partir do estabelecimento de elos com a natureza humana⁶¹.

O Direito como instrumento de harmonização da sociedade não pode coadunar com o desequilíbrio traduzido pela privatização dos lucros e a socialização dos prejuízos.

2.5.1. A Segurança Jurídica

O cumprimento das normas trabalhistas pelas empresas responsáveis, consubstanciada na aplicação da responsabilidade solidária, muitas vezes é questionado sob o argumento de que traria ao mundo dos negócios uma insegurança jurídica. Note-se que a segurança jurídica só é examinada sob a perspectiva da empresa responsável, ou do capital financeiro, em detrimento da segurança jurídica do trabalhador que não terá como certo o recebimento de seu salário.

Quando se trata de segurança do trabalhador, que mais do que uma questão individual, se traduz como uma segurança social, o princípio é descartado. Assim, o termo segurança jurídica é tido como antítese da segurança social. Como se percebe, isto também se impõe pela ideologia dominante, pela manipulação de palavras e conceitos.

A responsabilização em nada tiraria a certeza, apenas deslocaria o patamar da concorrência leal entre as empresas, que para não arcar frequentemente com eventuais prejuízos, selecionariam melhor suas parceiras na execução de seu objeto social.

A segurança jurídica remonta ao positivismo jurídico, no qual o Direito é desconectado do sentido de Justiça e pressuposta a sua neutralidade axiológica, assim como a de seu aplicador.

A proliferação legislativa, nem sempre dotada de técnica jurídica e muitas vezes redigida para atender interesses específicos, faz com que a interpretação do Direito deva ser feita de forma sistemática e não pelo legalismo, representado pela

⁶¹ FERNANDEZ, Athualpa e FERNANDEZ Marly. *Direito Natural e Positivismo Jurídico: Justiça, Segurança e Interpretação Jurídica*. In: *Revista Jus Vigilantibus*, abril de 2007, disponível <http://jusvi.com/artigos/24768>, consultado em 12.01.11.

interpretação literal de um determinado dispositivo de forma isolada. Somente pelos valores Constitucionais será possível dar coerência ao Sistema e dotá-lo de segurança jurídica⁶². A segurança jurídica é uma ficção já que muitas decisões são baseadas em conceitos abertos e preconceitos fechados. Além disso, a segurança não pode estar acima da justiça.

No entanto, restando superado o silogismo jurídico na interpretação do Direito, o aplicador deve compreender a natureza humana, sua limitada racionalidade, suas emoções e seus sentimentos para que se possa construir um modelo institucional e normativo que, compatibilizando justiça e segurança jurídica, permita a cada um viver com o outro na busca de uma humanidade comum.⁶³

A interpretação do Direito, sem considerar os objetivos fundamentais da sociedade, funcionam apenas como justificativas que legitimam qualquer resultado que o intérprete predeterminadamente pretende alcançar, fazendo uso dos dispositivos na forma que lhe aprouver.⁶⁴

Portanto, para que o uso do Direito cumpra sua função, buscando a Justiça Social, a segurança jurídica deve significar a regulação de forma estável dos Direitos Fundamentais.

2.5.2. A função transformadora do Direito

O Direito moderno, na sua gênese, era dotado de características aparentemente contraditórias. A primeira, sua força transformadora, na medida em que foi instrumento para rompimento das estruturas absolutistas do Estado Feudal. A segunda foi o seu caráter conservador, para manter a ordem do sistema recentemente implantado.

O Direito veio para substituir o máximo ético para o mínimo legal. Sua positivação consolidou a implantação e manutenção do sistema capitalista⁶⁵.

Para tanto, o Direito haveria de ser concebido como justo, aprioristicamente, como neutro e suas regras portadoras de uma racionalidade intrínseca, não suscetível às vontades do aplicador. A racionalidade kantiana foi o arcabouço ideológico para cristalização do Direito, na tentativa de manter os seus conceitos sem a

⁶² TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*. 4a. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 87 e 88.

⁶³ FERNANDEZ, op. cit.

⁶⁴ GRAU, op. cit., *A ordem...*, p. 164.

⁶⁵ A complexidade desse tema é tratado por KASHIURA JUNIOR, Celso Naoto. *Crítica da Igualdade Jurídica: Contribuição ao pensamento jurídico marxista*. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

contraditória instabilidade que a realidade proporciona.

Nos dias atuais se prevalecesse essa lógica, a aplicação do Direito poderia ser feita por um computador, que proscreveria tudo que não fosse mecânico ou automático.⁶⁶

No entanto, como o próprio Kelsen observou, a aplicação do direito na prática, tem necessariamente a vinculação político-ideológica do aplicador, que vai procurar no Direito justificativas para sua decisão na busca do justo de acordo com sua ideologia.

Assim, esse ideário, representado pelo legalismo, mostrou-se cada vez mais insuficiente para solução dos conflitos sociais. A partir de então as normas jurídicas deixaram o seu isolamento, para também serem regidas por valores axiológicos e sociais.

Retoma-se o caráter transformador do Direito, abrindo a possibilidade de entender o Direito não mais como um dos pilares de uma sociedade injusta, legitimador das relações sociais profundamente desiguais⁶⁷. A legalidade estrita começa a ser questionada e o conteúdo das normas deixa de estar restrito à vontade individual para buscar um sentido social⁶⁸.

Nesse sentido, a valorização do trabalho humano e o reconhecimento do valor social do trabalho consubstanciam cláusulas principiológicas, que para além da composição entre capital e trabalho, portam evidentes potencialidades transformadoras.⁶⁹

Concluindo, o potencial de transformação do Direito do Trabalho faz com que seja instrumento de concretização da Dignidade Humana, seja instrumento de redistribuição de riquezas e objetive a melhoria das condições de pactuação da força produtiva, representando um patamar mínimo civilizatório.⁷⁰

Imprescindível, portanto, é a sua efetivação no sentido de buscar a sociabilidade humana, desestimulando práticas solipsistas e coletivamente inconsequentes que fragmentam a sociedade.

⁶⁶ LOPES DE ANDRADE, op. cit., p. 30.

⁶⁷ ALVES, Alaor Caffé. *A Função Ideológica do Direito*: In: *Fronteiras do Direito Contemporâneo*. Eduardo Altomare Ariente (coord.) São Paulo: D.A. João Mendes Junior, 2002, p. 20.

⁶⁸ MASCARO, Alysson Leandro. *O direito para transformação social*. In: *Fronteiras do Direito Contemporâneo*. Eduardo Altomare Ariente (coord.) São Paulo: D.A. João Mendes Junior, 2002, p.7 a 17.

⁶⁹ GRAU, op. cit., *A ordem econômica*...p. 200.

⁷⁰ ALVES, Amauri. *Neoliberalismo: flexibilização a sangue-frio e perspectivas do direito do trabalho no Brasil*. In: *Revista LTr: legislação do trabalho*. Ano 74, no. 10, Outubro 2010.

2.5.3. A aproximação do Direito Civil ao Direito do Trabalho

Após os civilistas descobrirem a Constituição, o Direito Civil se aproximou de muitos princípios que justificaram a autonomia do Direito do Trabalho. A clara dicotomia existente outrora entre público e privado se mitiga, mas isto não justifica a unificação dos diversos ramos do direito. Não obstante tenderem a concretização dos preceitos Constitucionais, cada qual possui suas idiossincrasias e cumprem sua função especializada para cada matéria.

A sociedade de risco em que vivemos, fez com que todos os ramos do direito se aproximassem das técnicas e Princípios do Direito do Trabalho. Isto porque não só o trabalhador está subordinado à grande concentração econômica operada nos últimos tempos, mas também a energia, a água, a terra, a biodiversidade.

Mas, ao contrário do que se poderia deduzir dessa aproximação, começou-se a defender o fim do Direito do Trabalho, mas no sentido de justificar a flexibilização e desregulamentação nessa área.

Isto porque, só através do direito formal, antes prioridade no Direito Civil, o poder econômico consegue manter sua plena liberdade. A desigualdade se consolida pela cisão entre ética de um lado, política e direito de outro. *A ética fica degradada na moral do interesse e da eficiência e a política e o direito exilados na abstração da lei ou então confiscados pelo oportunismo ideológico*⁷¹.

A aproximação do Direito Civil ao Direito do Trabalho atende ao princípio de que o Direito é uno, mas não justifica a extinção do Direito do Trabalho, pois essas ramificações promovem o aprimoramento nos estudos e aplicação em determinada área de conhecimento. Além de atender de forma procedimental às demandas repartidas em competências.

A adoção, em outros ramos do Direito, de princípios como o da primazia da realidade e da igualdade material apenas corrobora a contemporaneidade das normas trabalhistas. Por conseguinte, essa aproximação não deve significar também a refundação do Direito do Trabalho, mas ao contrário, sua afirmação, como ícone da utilização do Direito no seu aspecto transformador.

⁷¹ FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio, SALOMÃO FILHO, Calixto e NUSDEO, Fábio (orgs.). *Poder Econômico: Direito, Pobreza, Violência e Corrupção*. São Paulo: Manole, 2006, p. 33.

2.6. Paradigmas para o Direito do Trabalho

Constatadas as bases políticas, econômicas e sociológicas, agora é possível desvelar quais são os verdadeiros paradigmas em que deve se pautar o Direito do Trabalho.

A escolha dos paradigmas, como se depreende do trabalho de Kuhn depende da vontade e não da fatalidade. Serão eles adotados com objetivo de construção de uma sociedade melhor e não mera constatação e conservação de uma situação injusta. Pois a busca do Direito não se esgota na busca pelo verdadeiro, mas pelo adequado, com vistas a atingir seu objetivo, que não é conhecimento por si mesmo, mas a paz social. A paz social não é paradigma questionável, ou mutável, mas objetivo de toda sociedade e esta só pode ser conseguida com o equilíbrio das forças produtivas e a coibição de abusos decorrentes da desenfreada acumulação produzida pela globalização.

Assim num acirramento da má distribuição de rendas e de poder, não se pode modificar o paradigma para beneficiar justamente o que já tem poder, ao contrário, deve-se aplicar e construir mecanismos que busquem a equalização dessa inequação.

O paradigma atual é o da desmistificação da utopia neoliberal dos anos 80 de que as grandes empresas formalizariam cada vez mais as relações de emprego. Na medida em que a flexibilização não acompanhou o discurso propugnado pelas empresas, de combate ao desemprego, ao contrário mostrou-se mecanismo eficaz para supressão de direitos, incentivo ao trabalho infantil, a utilização de mão-de-obra semi-escrava, desconstrução do sistema sindical e controles administrativos e judiciários efetivos.

Na sua origem, o Direito do Trabalho se destacou do ramo civil diante da necessidade de equilibrar as relações entre capital e trabalho. Os seus Princípios e a Constituição de 88 destacam esse caráter, priorizando a Dignidade Humana e propugnando a igualdade material. Em outras palavras, o sistema jurídico, mesmo quando atribuído o *status* de ciência, somente pode ser compreendido se considerada a relação de poder a ele ínsita, na medida em que o mito da neutralidade se afigura inadmissível tanto nas ciências em geral, como na ciência jurídica, em particular. De modo que os paradigmas referentes ao Direito do Trabalho estão consubstanciados na Constituição, que conforma o desenvolvimento da vida em sociedade.⁷²

⁷² CUNHA, op. cit., p. 46.

Em termos de produção, a externalização como técnica é um fenômeno novo, somente na sua intensidade. Essa intensificação decorreu da crise do modelo fordista, da instabilidade trazida pela financeirização da economia, que aprofundou a competitividade entre as empresas, que buscaram, na terceirização, maior rentabilidade. Donde se conclui que o toyotismo não passa de um neotaylorismo, pois foi construído sob a mesma racionalidade, promovendo apenas a intensificação na exploração.

Em resposta ao caráter global da precarização, também na agenda internacional se propugna como paradigma concretização dos Direitos Humanos, sendo a inclusão social o instrumento mais adequado para esta realização e as normas trabalhistas seu patamar mínimo.

Com esses dados, podemos concluir que devem ser utilizados todos os instrumentos do Direito para concretizar as normas trabalhistas, na medida em que o paradigma atual deve atender aos princípios e valores que levem à harmonização da sociedade e ter como realidade a profunda desigualdade trazida pela utilização de velhos mecanismos travestidos com a aura de modernidade.

2. FUNDAMENTOS CONSTITUCIONAIS

3.1. Normatividade dos Princípios Constitucionais

A princípio tidas como meras declarações políticas, as Constituições ganharam *status* e eficácia jurídica com as primeiras Cartas Liberais. Sucintas e limitadas a regulação do poder estatal e dos direitos individuais, retratavam a consciência individualista e anti-coletivista da época, consubstanciada na dicotomia entre Sociedade e Estado. No entanto, com o advento das Constituições Sociais, o conflito ideológico foi trazido para dentro do Direito Constitucional e seu “equilíbrio” traduzido em conceituar como programáticas as normas de caráter social, retirando, portanto, a eficácia atribuída de até então. O paradigma desse embate foi a Constituição de Weimar⁷³.

Houve então um retorno ao caráter meramente declaratório da Constituição, desprovida de eficácia, para essas novas normas inseridas em seu texto, esterilizando-a dos conflitos e passando a ser o que Lassalle⁷⁴ conceituou como a folha de papel⁷⁵.

À crítica de Lassalle, fazendo mais um complemento que um contraponto, Konrad Hesse⁷⁶, sem desconsiderar a questão do poder, mas já com a vivência da promulgação da Constituição de Weimar, passa a ver a Constituição mais no plano deontológico que ontológico, afirmando que as forças sociais, ainda que não hegemônicas dentro da sociedade podem fazer valer, pela Carta Constitucional, um planejamento utilizando-se da vontade e do caráter normativo da Constituição.

Acompanhando esse movimento, parte da doutrina começa a distinguir as normas programáticas das não programáticas, inspiradas no conceito americano de normas diretivas e mandatórias, com vários desdobramentos, dando nuances a essa programaticidade, desde a discussão sobre o destinatário das normas, passando pela geração de direitos e evoluindo da ineficácia inicial para normas limitadoras⁷⁷ e, finalmente, chegando ao conceito de que Princípios Constitucionais são espécie de

⁷³ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 23a. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 225 a 232.

⁷⁴ LASSALLE, Ferdinand. *Que é uma Constituição?* São Paulo: Edições e Publicações Brasil, 1933.

⁷⁵ *Os problemas constitucionais não são problemas de direito, mas do poder, a verdadeira Constituição de um país somente tem por base os fatores reais e efetivos do poder que naquele país regem, e as Constituições escritas não têm valor nem são duráveis a não ser que expressem fielmente os fatores do poder que imperam na realidade social: eis aí os critérios fundamentais que devemos sempre lembrar.*

⁷⁶ *A Força Normativa da Constituição*. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 1991.

⁷⁷ Da bipartição da classificação passou-se para a tripartição. No Brasil, foi representada pela classificação trazida pelo Prof. José Afonso da Silva.

normas⁷⁸ jurídicas, sendo todas providas, portanto, de eficácia, além de serem de hierarquia superior às regras, por conferirem coerência ao sistema⁷⁹.

A hermenêutica Constitucional evoluiu, portanto, da fase metafísica dos princípios para conceituá-los como normas fundamentais ou generalíssimas⁸⁰, ainda que com a expectativa de criação de normas que autorizassem sua aplicação.

O debate passa então a ser sobre a amplitude dos Princípios tidos como fundamentais, alguns defendendo seu caráter restritivo, como Dworkin, outros os alargando para os Direitos Coletivos, como Alexy. No entanto, a normatividade dos Princípios, traduzidos por sua valoração e eficácia, tornou-se tendência irreversível.⁸¹

De qualquer forma, da sua supremacia e de seu poder normativo decorre que qualquer realização do Direito será a aplicação da Constituição⁸²:

a) Diretamente – se a pretensão é fundada no próprio texto Constitucional

b) Indiretamente se fundada em lei infraconstitucional: pois sua aplicação deve sempre estar orientada para realização dos objetivos Constitucionais

Na teoria jurídica tradicional o princípio da igualdade sempre foi o da igualdade formal. Esse princípio foi fundamental para transformar as relações sociais pautadas num máximo ético para um mínimo legal.

Somado ao princípio da liberdade, a liberdade formal foi espinha dorsal do Estado Liberal, pois potencializou a liberdade de trocas e constituiu a condição de funcionamento da organização produtiva capitalista, submetendo uma grande massa de não proprietários, às mesmas regras do proprietário comum, transformando a força de trabalho em uma mercadoria como outra qualquer⁸³.

No entanto, o absenteísmo e a neutralidade estatal revelaram a insuficiência das liberdades burguesas na concretização da Justiça Social. O Estado não

⁷⁸ Esser, Dworkin, Alexy e Crisafulli. citados por PAULO BONAVIDES. op. cit. p. 271.

⁷⁹ GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e Discurso sobre a Interpretação/Aplicação do Direito*. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 45.

⁸⁰ BOBBIO, Norberto. *Teoria Geral do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 297 a 299.

⁸¹ BONAVIDES, op. cit. p. 281 a 286.

⁸² BARROSO, Luís Roberto. *A Constitucionalização do Direito e do Direito Civil*. In: TEPEDINO, *Direito Civil Contemporâneo*, op. cit. p. 260.

⁸³ KASHIURA JÚNIOR, op. cit., p. 48 a 69.

poderia mais ser formal de Direito, mas material de Direito⁸⁴.

A introdução de normas de Direitos Sociais no corpo da Constituição traduziu a mudança de interpretação do Princípio da igualdade meramente formal para a material.

No Brasil, os arts. 6º e 7º da Constituição imprimem a amplitude que se quis dar aos Direitos Sociais⁸⁵ e revelam claramente a intenção de mudar o caráter meramente formal do Direito em substancial.

Este entendimento é corroborado pelo sistema internacionalmente proposto, cuja eficácia é matéria de preocupação de Gordillo⁸⁶, uma vez que os países de nosso continente, ainda que recuperados os sistemas democráticos e formalmente submetidos ao sistema supranacional dos Direitos Humanos, apresentam sequelas de sua longa vivência autoritária que não permitem nem mesmo a concretização na realidade de seus preceitos mais básicos.

3.2. Os Princípios Fundamentais do ordenamento brasileiro

Conforme a evolução da hermenêutica Constitucional vista acima, os Princípios Constitucionais passam de normas meramente supletivas, para se tornarem fundamentos de toda ordem jurídica, no ponto mais alto da escala normativa⁸⁷.

Por outro lado, o ordenamento jurídico brasileiro, segundo a doutrina⁸⁸, define a Constituição Federal como rígida, sendo, por conseguinte suprema e delimitadora das atribuições de qualquer ente federativo e, em se tratando de Direitos Sociais, incidem também a todos os cidadãos em suas relações intersubjetivas⁸⁹, tendo em vista as conseqüências trazidas para o corpo social.

E seguindo a tendência mundial da doutrina Constitucional, o objetivo fulcral de uma Sociedade deve ser a realização de sua Constituição. Assim, qualquer interpretação de normas jurídicas deve ser feita a luz da Constituição. Esse movimento

⁸⁴ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 13a. ed. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 118 e 119.

⁸⁵ BONAVIDES, op. cit. p. 374.

⁸⁶ GORDILLO, Agustín, GORDO, Guillermo A., LOIANO, Adelina, ROSSI, Alejandro. *Derechos Humanos – doctrina, casos y materiales – Parte General* 2ª ed. Buenos Aires: Fundación de derecho administrativo – 1996.

⁸⁷ BONAVIDES, Op. Cit. p. 288.

⁸⁸ SILVA, op. cit., p. 49.

⁸⁹ SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. *Direito Social, Direito do Trabalho e Direitos Humanos*. In: *Direitos Humanos: Essência do Direito do Trabalho*, Alessandro da Silva e outros (orgs). São Paulo: LTr, 2007, p. 24.

vem sendo adotado até mesmo no Direito Privado por balizada doutrina⁹⁰.

Entretanto, observa Tepedino⁹¹ que, embora de maneira majoritária proclame-se a supremacia Constitucional na atividade hermenêutica é certo que o Direito brasileiro, muitas vezes, não incorpora o texto maior à práxis.

Isto porque inserção dos Direitos Sociais na Constituição e o reconhecimento de sua normatividade e eficácia vieram de encontro ao pleno desenvolvimento do neoliberalismo, adotando a política do Estado Mínimo e da regulação da economia pelo mercado.

A doutrina se dividiu de acordo com a linha de pensamento relativa ao Direito: se conservador ou se transformador da sociedade, havendo desde os que consideravam os Direitos Sociais como mera expectativa, condicionada à suficiência econômica do Estado, até os que não viam diferença desses com os direitos subjetivos⁹².

Entretanto, o Direito deve servir para a construção de uma sociedade mais justa e, diante da realidade que se apresenta deve ser utilizado como instrumento de valorização do homem, não só em sua individualidade, mas em relação a toda coletividade, pois não pode haver justiça individual numa sociedade injusta.

DELGADO⁹³ enumera quatro Princípios afirmativos do trabalho no ordenamento nacional: o da valorização do trabalho; o da justiça social; o da submissão da propriedade à sua função social e o princípio da dignidade humana.

Princípio da Dignidade Humana e da Justiça Social – No âmbito internacional, pela tragédia da questão social e das guerras mundiais, a Dignidade Humana passou a ser o núcleo e o fim dos Direitos Fundamentais⁹⁴. Previsto no art. 1º, III, é um dos fundamentos do Estado Brasileiro. Sua aplicação deve ser no sentido completo de sua acepção, qual seja, não só para ações negativas do Estado, assegurando a herança clássica da liberdade, mas com as ações afirmativas, superando o conceito de igualdade formal para adoção da igualdade substancial. Essa também é a conclusão de Lenio Luiz Streck⁹⁵, que na linha Gadameriana, defende que o Direito deve ser visto como instrumento de

⁹⁰ TEPEDINO, op. cit., *Temas ...*, p. 23.

⁹¹ Idem, p. 1.

⁹² LEDUR, José Felipe. *A realização do Direito ao Trabalho*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1998, p. 63 e 64.

⁹³ Maurício Godinho. *Direitos Fundamentais na Relação de Trabalho*. In: *Essência do Direito do Trabalho*. Alessandro Silva e outros (coord.), São Paulo: LTr, 2007, p. 69.

⁹⁴ LEDUR, op. cit. p. 83 a 86.

⁹⁵ *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 3a. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 33 a 54.

transformação social, na sua perspectiva substancialista e não apenas procedimental.

Como conclui LEDUR⁹⁶, não há como dissociar o trabalho, justamente remunerado, da dignidade humana. Assim, qualquer atividade econômica deve ter como pressuposto a efetivação do imperativo determinado pelas normas laborais.

O Professor José Afonso⁹⁷ define o princípio da Dignidade Humana como o valor supremo que atrai o conteúdo de todos os Direitos Fundamentais do Homem e observa que os objetivos consignados pela Constituição no art. 3^a são instrumentos que devem efetivar na prática a Dignidade da Pessoa Humana.

O valor social do trabalho – Quarto item dos fundamentos da Constituição, esse princípio é reproduzido também no art. 170, como princípio geral da atividade econômica, deixando claro que a realização do princípio da Dignidade Humana está intimamente ligada à valorização do Trabalho Humano⁹⁸.

Também destacado no art. 193, no capítulo da Ordem Social, revela sua essencialidade na afirmação do ser humano, quer no plano individual, como em sua inserção familiar e social⁹⁹.

Há que se destacar que a Constituição é fundamental como um todo¹⁰⁰ e a realização dos Direitos Individuais só pode ser plena e equitativa se realizados os Direitos Sociais, pela nossa própria condição de vida em sociedade.

Além disso, a realidade nos mostra a consequência da aplicação plena do processo de acumulação intrinsecamente individualista. A própria lógica capitalista requer uma reconstrução do Estado Social, tendo como objetivo o enfrentamento da contradição que é a defesa do capitalismo contra seu pior inimigo, o próprio capitalista¹⁰¹.

Assim, a constitucionalização dos Direitos Trabalhistas foi produto de uma escolha política para fazer frente à onda flexibilizadora, na tentativa de proteger de forma mais rígida, os Direitos Sociais¹⁰².

Formalmente também é corroborada essa interpretação, na medida em que a opção pela valorização do trabalho vem delineada logo nos Princípios Fundamentais da República Federativa, no art. 1^oe, topograficamente, com a inclusão dos Direitos Sociais

⁹⁶ LEDUR, op. cit., p. 102 e 103.

⁹⁷ SILVA, da. Op. cit. p. 107 e 108.

⁹⁸ LEDUR, op. cit. p. 95.

⁹⁹ DELGADO, op. cit., *Direitos Fundamentais...* p. 70.

¹⁰⁰ CORREIA, Marcus Orione Gonçalves. *Direito Constitucional do Trabalho: Relações Coletivas*. In: *Curso de Direito do Trabalho: Coleção Pedro Vidal*. Vol III, LTr: São Paulo, 2008, p. 26 e 27.

¹⁰¹ GRAU, op. cit., *A ordem ...* p. 56.

¹⁰² URIARTE, op. cit., *A Flexibilidade*, p. 27.

no capítulo *Dos Direitos e Garantias Fundamentais*, rompendo com a tradição das Constituições anteriores que inseria esses Direitos no capítulo da Ordem Econômica e Social.

A Dignidade Humana também está subjacente ao Princípio da Justiça Social, que se concretiza pela erradicação da pobreza e pela promoção do bem comum.

A Constituição brasileira privilegia o caráter transformador do Direito no art. 3º, que consubstancia o esforço da humanidade em favor da justiça social¹⁰³ e utiliza como instrumento de realização desse Princípio, a valorização do trabalho humano e o valor social do trabalho sobre os demais valores da economia de mercado.

Por outro lado, os Princípios da Ordem Econômica, como parte dos Princípios Constitucionais, não foram escolhidos para atender a interesses meramente privados, mas de toda a Sociedade, tendo como objetivo a sua harmonização. Assim, toda atividade que gera indignidade será inconstitucional¹⁰⁴ e deve originar uma resposta do Estado para adequá-la à Constituição.

A complexidade das relações sociais atuais, trazidas para dentro do arcabouço Constitucional, não permite a concepção privatista da propriedade, pois esta não é garantida em si mesma, mas como instrumento de proteção de valores fundamentais, o que é expresso em vários dispositivos Constitucionais, destacando-se o art. 5º, XXII, da CF, onde se reconhece que a propriedade é um direito fundamental, mas condicionado ao inciso XXIII do mesmo artigo, que é fonte também de deveres fundamentais¹⁰⁵.

A enumeração dos Princípios no art. 170 já deixa claro que há limites para liberdade empresarial, pois esta somente poderá ser exercida integrando-se com os demais Princípios do próprio artigo e da ordem jurídica como um todo. Destaca-se neste sentido, que a propriedade só se legitima com sua função social.

O § 2º do art. 182 e o 186, delineiam a função social da propriedade, que tem conteúdo preestabelecido nos arts. 1º e 3º da CF. Assim concebida, a propriedade deixa de ser uma ameaça para transformar-se em instrumento de realização do projeto Constitucional¹⁰⁶.

O art. 3º, II, traz como objetivo fundamental a garantia do

¹⁰³ SÜSSEKIND. Op. cit. p. 41.

¹⁰⁴ LEDUR, op. cit. p. 99.

¹⁰⁵ COMPARATO, Fábio Konder. *Direitos e deveres fundamentais em matéria de propriedade*. In: *Revista CEJ*, V. 1 n. 3 set./dez. 1997, p. 92 a 99.

¹⁰⁶ TEPEDINO, op. cit., *Temas...* p. 343.

desenvolvimento nacional. No entanto, este não se identifica com o crescimento econômico, pois o primeiro é qualitativo e o segundo meramente quantitativo¹⁰⁷. O que significa que o desenvolvimento deve ser obtido pela harmonização entre o crescimento econômico e a eliminação das desigualdades sociais. (art. 3º, III e 170, IV)

A enumeração dos Princípios Econômicos na Constituição demonstra o reconhecimento de que os titulares do capital e do trabalho são movidos por interesses distintos e o tratamento peculiar ao trabalho não mais advém de uma proteção filantrópica, mas de uma política racional instrumentalizada pela atuação do Estado¹⁰⁸.

Os Princípios acima expostos fazem parte de um Sistema de Direitos Fundamentais, consolidados nos direitos individuais, sociais e culturais¹⁰⁹, que fixam os rumos do Estado e direcionam a jurisprudência no sentido de proteger a liberdade, condicionada à eficácia social.¹¹⁰

Além dos princípios acima expostos, a EC 45/04 acrescentou ao artigo 5º da CF, o inciso LXXVIII que prevê a todos, no âmbito judicial e administrativos, a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação. Isto significa que nos processos judiciais e administrativos deve-se buscar sempre instrumentos que tenham como resultado a resolução rápida dos conflitos e a eficácia na concretização do Direito.

Desse arcabouço também se conclui que os Direitos Fundamentais são plenamente aplicáveis nas relações privadas. Também denominada de eficácia horizontal, a Constituição Brasileira, claramente voltada para o social, não pode ser concebida apenas como limitadora dos poderes do Estado.

De forma expressa o art. 7º vem para combater a tradição escravocrata ainda presente neste país. Sua eficácia na esfera privada deve ser direta e imediata, não só por uma questão de Direito, mas também de Ética e de Justiça.

A não aplicação na esfera privada dos comandos Constitucionais, conclui Daniel Sarmiento¹¹¹, *é puro preconceito ideológico, travestido sob a forma de teses jurídicas sofisticadas, que na verdade pugnam para evitar que a axiologia solidarista da Constituição “contamine” o reino de suposta neutralidade e de justiça comutativa do*

¹⁰⁷ GRAU, op. cit., *A ordem...*, p. 220.

¹⁰⁸ Idem, p. 199.

¹⁰⁹ SILVA, op. cit. p. 123.

¹¹⁰ BONAVIDES, op. cit., p. 375.

¹¹¹ *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. 2a. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 220 a 263.

Direito Privado.

E continua:

(...)

Desnecessário frisar que, no caso brasileiro, diante da nossa gritante desigualdade social, esta questão assume um relevo ímpar. Aqui a enorme vulnerabilidade de amplos setores da população justifica, com sobras de razão, um reforço à proteção dos direitos fundamentais no âmbito das relações travadas com outros particulares mais poderosos, como os empregadores e os fornecedores de bens e serviços. É por isso também que em certos domínios normativos, como o Direito do Trabalho e o Direito do Consumidor, que têm como premissa a desigualdade fática entre as partes, a vinculação aos direitos fundamentais deve mostrar-se especialmente enérgica, enquanto a argumentação ligada à autonomia da vontade dos contratantes assume peso inferior.

3.3. A Constituição e o Direito do Trabalho

Na busca incessante pela acumulação, assim como a utilização dos recursos naturais de forma inconsequente teve como sequela a degradação do meio ambiente, a utilização do trabalho humano de forma predatória trouxe a degradação do ambiente social.

A Constituição é clara na opção de combate a esse abuso. A doutrina também é pacífica no discurso sobre a supremacia da Constituição, sobre sua normatividade e sobre a necessidade de sua aplicação de forma substancial na interpretação das normas.

É sobre esse substrato que todo o Direito deve ser interpretado, sobretudo o Direito do Trabalho que é eminentemente social e harmonizador da relação mais importante dentro do sistema que vive da apropriação do trabalho alheio, que é a relação entre capital e trabalho.

Qualquer interpretação do Direito que não considere os fundamentos e os objetivos da Constituição constitui um ato antijurídico no patamar de crime contra

humanidade¹¹².

A Constituição Federal enumera os Fundamentos e Objetivos da Sociedade e tendo os mesmos como pressupostos, é que qualquer interpretação jurídica deverá ser feita. Por conseguinte, sob pena de inconstitucionalidade, o resultado não poderá violar os preceitos Constitucionais, o que é reforçado pelo art. 5º da LICC, se referindo à interpretação dada pelo judiciário.

Com essa determinação, a discussão sobre a fundamentalidade de determinados Princípios sobre outros é resolvido pela ponderação, cuja solução deverá estar coerente com o ordenamento como um todo, atingindo os objetivos fundamentais descritos no art. 3º¹¹³ da Constituição, atendidos os fundamentos delineados no art. 1º¹¹⁴.

Assim, o Direito do Trabalho, que é forma de proteção de Direitos num patamar mínimo para harmonização da sociedade deve ser efetivo. A escolha dos instrumentos legais deve ser sempre no sentido de mantê-lo eficaz.

Como se verifica, o aparato Constitucional e o movimento de internacionalização dos Direitos Humanos tendendo para uma supranacionalização dos Direitos Fundamentais mostram que instrumentos formais para a sua concretização não faltam.

O que falta é romper com a reprodução do individualismo tão arraigado na nossa formação. Olhar para a sociedade não como um ajuntamento de indivíduos restritos aos seus solipsismos, mas reconhecer a importância de cada qual na construção de uma sociedade melhor, pelo resgate da ética da alteridade e respeito mútuo.

A crise no Direito do Trabalho, decorrente da grande flexibilização operada nos anos 90, revela uma crise Constitucional, tendo em vista a desconstrução de todo um sistema de proteção de Direitos Fundamentais, num retorno ao positivismo

¹¹² SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. *Direito Social, Direito do Trabalho e Direitos Humanos*. In: *Direitos Humanos: Essência do Direito do Trabalho*, Alessandro da Silva e outros (orgs). São Paulo: LTr, 2007, p. 25.

¹¹³ Art. 3º *Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:*

I – construir uma sociedade livre, justa e solidária;

II – garantir o desenvolvimento nacional;

III – erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

IV – promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor idade e quaisquer outras formas de discriminação.

¹¹⁴ Art. 1º *A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos*

I – a soberania;

II – a cidadania;

III – a dignidade da pessoa humana;

IV – os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa.

jurídico com suas permissões casuísticas feitas por regras decorrentes da suscetibilidade do legislador ao poder econômico.

Isto significa que o processo legislativo, quanto à sua constitucionalidade, não pode ser aferido somente no seu aspecto formal, mas verificada a compatibilidade de seu conteúdo material com a lógica Constitucional, fazendo com que os valores fundamentais, tão em voga, deixem de ser fundamentos abstratos passando a servir de instrumento de manobra para consolidar a iniquidade já tão profunda.

4. A RESPONSABILIDADE

4.1. Definição e Evolução

François Ewald¹¹⁵ destaca que a palavra responsabilidade pode ser definida em vários níveis de realidade: no âmbito político, designando um princípio geral de regulação da sociedade, no nível jurídico ou técnico, designando simultaneamente os procedimentos que organizam as ações nos danos e interesses, ou no âmbito filosófico, justificando sua imputação a alguém.

Segundo Roberto Senise Lisboa¹¹⁶, a responsabilidade é *forma de aperfeiçoamento, inclusive educacional, da liberdade humana*.

Juridicamente, a responsabilidade é a atribuição a um sujeito do dever de assumir as consequências de uma ação¹¹⁷. É um dever jurídico sucessivo que decorre do descumprimento de uma obrigação originária. Sua função na teoria geral do Direito é de estabelecer o equilíbrio jurídico-econômico anteriormente existente entre o agente e a vítima¹¹⁸. Sob o ponto de vista da vítima é o retorno ao *status quo ante* e para o autor do dano é a expiação de uma falta.¹¹⁹

Esse entendimento é o resultado da construção de um instrumento que possibilitasse a justiça para a vítima prejudicada, evoluindo desde a Lei do Talião, passando pela restrita teoria da culpa subjetiva, após pela culpa presumida e consagrada atualmente pelo Código Civil pela responsabilidade objetiva, que é aplicada, independentemente da discussão sobre a culpabilidade, fundada na teoria do risco.

A evolução do conceito de responsabilidade decorreu da constatação da insuficiência das teorias anteriores, diante das modificações nas relações sociais, que permitiram o distanciamento entre a vítima e agente, fazendo com que a primeira tornasse cada vez mais vulnerável, diante da impossibilidade de ressarcimento.

O desenvolvimento do conceito de responsabilidade repousou na necessidade de segurança jurídica, sob o ponto de vista da vítima, pois sem a sua

¹¹⁵ Apud LOCHAK, Danièle. *Réflexion sur les fonctions sociales de la responsabilité administrative: au lumière des récents développements du jurisprudence et du législation*. p. 1. Disponível em http://www.u-picardie.fr/labo/curapp/revues/root/31/daniele_lochak2.pdf 4a07e074e1fdd/daniele_lochak2. Acesso em 30.11.2010.

¹¹⁶ *Manual de Direito Civil: Obrigações e Responsabilidade Civil*. Vol. 2, 4a. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p.265.

¹¹⁷ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil*, Vol. IV, 4ª Ed. São Paulo: Atlas, 2004, p. 12.

¹¹⁸ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 9ª Ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 2 e13.

¹¹⁹ EWALD, op. cit., *Les limites ...*, p. 8.

imputação a única a arcar com o prejuízo seria ela própria.

Partindo da verdade real, para fazer frente à criação da insegurança material da vítima, decorrente da desigualdade manifesta entre os criadores de risco e os que suportam seus efeitos nocivos, desenvolveu-se a teoria objetiva da responsabilidade civil, consagrando a visão da sociedade não como um conjunto de pessoas isoladas, justapostas, mas como uma coletividade orgânica e solidária¹²⁰.

A regra que tinha a gradação da culpa como elemento de responsabilização foi superada pelo efetivo valor do prejuízo.¹²¹ O debate sobre a responsabilidade se desloca para a reparação.¹²²

A constatação de que vivemos numa sociedade de risco, na qual, os efeitos do dano são potencializados por qualquer que seja o evento, mesmo em caso fortuito ou força maior, tornando-os, muitas vezes devastadores, ampliou a sua imputação.

Assim, passou-se a exigir não só do autor do dano o dever de indenizar, mas também daqueles que tinham condição de impedir ou prevê-lo e não o fizeram. O volume de regulamentações especiais e princípios trazidos pela Constituição e pelo Direito Civil, fez com que a responsabilização objetiva já não fosse mais exceção.

A convivência social exige do Direito não só formas corretivas de comportamento, mas principalmente preventivas e as técnicas de responsabilização são instrumentos tradicionais de prevenção de riscos, tendo em vista que o temor pela sanção faz com que o agente leve em conta as consequências nefastas de sua conduta¹²³.

No Brasil, fundada na Constituição e, sobretudo após a edição do Código do Consumidor a noção de vulnerabilidade se destacou¹²⁴ não só nos contratos específicos desse ramo do direito, mas para a interpretação dos contratos em geral.

Nas palavras de François Ewald, essas medidas legislativas, esses avanços jurisprudenciais, são a tradução de uma aspiração da sociedade contemporânea na busca da segurança absoluta e de sua recusa ao risco, que deverá resolver suas pendências no reconhecimento à vítima de um prejuízo de um autêntico direito geral à indenização.¹²⁵

Ontologicamente, o conceito de responsabilidade é um só, no entanto,

¹²⁰ LIMA, op. cit. p. 329.

¹²¹ VENOSA, op. cit. p. 30.

¹²² EWALD, op. cit., *Les limites* ..., p. 3.

¹²³ EWALD, Christian e SADELEER, Nicolas. *Le principe de précaution*. 2a. ed. Paris: Universitaires de France, 2008, p. 62.

¹²⁴ VENOSA, op. cit., p. 18.

¹²⁵ Op. cit. p. 10.

possui naturezas diversas dependendo do ramo do Direito em que é aplicado¹²⁶. Assim, veremos a seguir as tendências de sua aplicação para alguns ramos do direito.

4.2. A Responsabilidade no Direito Civil

A importância de se verificar o delineamento da responsabilidade no Código Civil não está apenas na previsão determinada pelo parágrafo único do art. 8º da CLT, que o tem como sua fonte subsidiária, mas pelo fato de o Código Civil, em termos de conceitos, representar uma verdadeira carta de princípios.

Esquemáticamente, a responsabilidade civil pode ser classificada em contratual e extracontratual, sendo esta última, a que mais se transformou e que mais no interessa, tendo em vista a necessidade de sua aplicação nas relações trabalhistas diante da crescente complexidade nas relações de produção.

4.2.1. Evolução no direito brasileiro

A responsabilidade civil extracontratual teve uma evolução tão acentuada nos últimos 10 anos, como nenhuma outra matéria jurídica¹²⁷, adaptando-se à atual sociedade de risco, influenciada pelos fatores econômicos, sociais, políticos e morais.

Segundo HIRONAKA¹²⁸, a responsabilidade civil é uma criação doutrinária do século XIX que impõe a obrigatoriedade de reparação. Primeiramente, teve como elemento essencial a culpa, que definia sua origem.

O desenvolvimento tecnológico das indústrias e o crescimento demográfico foram fatores determinantes na evolução do instituto. Foi primeiramente no campo dos acidentes de trabalho que a responsabilidade baseada na culpa mostrou-se insuficiente, deixando as vítimas desamparadas pela impossibilidade de provar a culpa do patrão¹²⁹.

No Brasil, o Código Civil de 1916 era reflexo da doutrina individualista e voluntarista trazidas pelas codificações anteriores: adquirir e circular as riquezas, como expansão da própria inteligência e personalidade, sem restrições ou

¹²⁶ VENOSA, ob. cit. P. 23.

¹²⁷ LIMA, Alvino. *Culpa e Risco*. 2ª Ed. Ver. E atual. Pelo Prof. Ovídio Rocha Barros Sandoval. São Paulo: RT, 1998, p. 16-17.

¹²⁸ Giselda Maria F. Novaes. *Responsabilidade Pressuposta*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 73.

¹²⁹ CAVALIERI, op. cit., p. 141.

entraves legais.¹³⁰

Apesar de algumas previsões de culpa presumida, a doutrina e jurisprudência consolidaram a teoria subjetivista de tal forma que, mesmo com a promulgação da Constituição de 88, com suas novas diretrizes para interpretação do Direito, não ocorreu qualquer mudança significativa no entendimento cristalizado.

A doutrina civilista manteve petrificada a interpretação do Código Civil, dando ao entendimento individualista patamar maior que o dá a Constituição às relações patrimoniais, exigindo a configuração tipificada dos fatos com a necessidade da prova da culpa para aplicação da responsabilidade.

No entanto, ficou patente a insuficiência da responsabilização fundada só na culpa. As transformações sociais começaram a exigir que a responsabilidade no âmbito do Direito Civil fosse imputada de forma mais flexível, não mais fundada no conceito estrito de culpa, mas em presunções de culpa, no intuito de abarcar inúmeros prejuízos que ficariam sem ressarcimento.

Entretanto, nem a culpa presumida conseguiu fazer frente ao volume e complexidade das relações sociais e seus efeitos, então as noções de risco e garantia ganharam força para substituir totalmente a culpa, bastando a mera atividade para justificar a responsabilidade, realizando a regra elementar de que quem auferir os benefícios deve assumir os riscos de sua atividade. É o denominado risco-proveito, que sustenta ser o sujeito beneficiário do risco criado, responsável, ainda que diligente.¹³¹

Assim, com a reforma do Código Civil, a responsabilidade objetiva, fundada na teoria do risco, ganhou destaque para atender as demandas de uma sociedade de risco, decorrente do avanço tecnológico.¹³²

O que se constata é que a propriedade, o contrato, a responsabilidade civil transformaram-se com o Direito Civil que está deixando de ser mero garantidor de interesses individuais e evoluindo no sentido da defesa do interesse geral da coletividade¹³³.

Como observa TEPEDINO¹³⁴, a responsabilidade civil deve ser

¹³⁰ TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 2.

¹³¹ VENOSA, op. cit., p. 14-20.

¹³² GAGLIANO, Pablo Stolze e PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil: Responsabilidade Civil*. Vol III. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 151 a 153.

¹³³ GOMES, Orlando. *Introdução ao Direito Civil*. 19a. ed. Edvaldo Brito (coord.) Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 66 e 67.

¹³⁴ Op. cit. *Temas*...p. 204.

moldada pelos princípios da solidariedade social e da justiça distributiva e pelos objetivos fundamentais da Constituição, que é a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, através da erradicação da pobreza e da marginalização e a redução das desigualdades sociais e regionais.

Nesse sentido, acentuam-se os aspectos de causalidade e reparação do dano, em detrimento da imputabilidade e culpabilidade do agente causador. Então as discussões sobre a diferença entre o dolo e grau de culpa perderam o sentido, pois a indenização deve ser balizada pelo efetivo prejuízo.¹³⁵

Não obstante a tendência delineada, o Código Civil não se afastou totalmente da teoria da culpa, mas consagrou a culpa por uma conduta voluntária de resultado involuntário, fundado na falta de cautela e previsão, tendo como exteriorização da conduta culposa a imprudência, a negligência e a imperícia e com efeitos muito próximos ao da responsabilidade objetiva.¹³⁶

4.3. Responsabilidade Objetiva

GONÇALVES¹³⁷, explica que a responsabilidade objetiva é fundada num princípio de equidade, que remonta ao Direito Romano: *aquele que lucra com uma situação deve responder pelo risco ou vantagens dela resultantes. Quem aufere os cômodos, deve suportar os incômodos*. Modernamente, foi justificativa para o desenvolvimento da teoria do risco e da teoria do dano objetivo.

Ela representa a insuficiência do *critério de definição de ato ilícito como antecedente da sanção*¹³⁸.

Fundamenta-se a responsabilidade objetiva na teoria do risco profissional e sua prevenção é orientada pela teoria da responsabilidade por danos ao meio ambiente, buscando contemplar interesses individuais e coletivos.¹³⁹

Tendo como exemplo o desenvolvimento nos casos de acidente de trabalho, a teoria geral da responsabilidade ampliou seu fundamento básico da causalidade intrínseca, consubstanciada na culpa, para a causalidade extrínseca, representado pelo risco criado por aqueles que de obtém vantagens. Representando uma clara preocupação com a

¹³⁵ VENOSA, ob. cit. p. 28.,

¹³⁶ Idem, p. 30.

¹³⁷ Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro*. vol. 4: *Responsabilidade Civil*. 5a. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 28.

¹³⁸ COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Civil*. Vol. 1, 2a. ed., São Paulo: Saraiva, 2006, p. 367 a 369.

¹³⁹ LISBOA, op. cit., p. 326 e 327.

insuficiência da filosofia individualista que marcou a sociedade em geral desde o iluminismo.

Foi uma resposta ao grande número de vítimas, decorrente de um comportamento, nem sempre ilegal, mas com resultado ilícito. A fórmula está fundada no princípio da equidade, no qual se deduz o conceito básico trazido pela CLT: os riscos devem ser atribuídos a quem lucra com a atividade que desenvolve.

4.3.1. Teoria do Risco

Para Gagliano e Pamplona¹⁴⁰ o risco refere-se a todos os agentes que, em troca de um proveito, exercem com regularidade atividade que potencialmente podem violar direitos de terceiro, independentemente da licitude ou ilicitude da atividade.

Descrevendo sobre a etimologia e definição do termo, HIRONAKA¹⁴¹ entende que o risco não é um destino, mas uma opção, resultado da conduta de um agente que arrisca, ousa. Ao contrário do entendimento doutrinário inicial, o elemento essencial que se toma como referência para o ressarcimento não é a medida da culpa, mas do dano objetivo, que se justificou para alguns doutrinadores, também pela culpa, agora relacionada à moral coletiva, com a idéia de normalidade ou honestidade civil, traduzida na conduta do agente, que não escolheu evitar o dano.

Inserido nesse contexto desenvolvem-se várias modalidades, dentre as quais se destacam a teoria do risco-proveito, do risco profissional, do risco excepcional, do risco criado e do risco integral.

Todas decorrem do risco da atividade, que é a conduta que pode ocasionar dano ao patrimônio alheio, sendo o ato ilícito pelo resultado¹⁴².

O Direito do Trabalho adotou expressamente, na CLT, a teoria do risco-proveito, quando definiu no art. 2º o empregador. Venosa¹⁴³, refletindo sobre a dificuldade que poderia haver na determinação do proveito, destaca que no caso da atividade empresarial está mais do que clara, pois as empresas sobrevivem do lucro obtido pela atividade.

A teoria do risco-proveito é fundada na premissa de que quem, com sua atividade ou meios utilizados, cria um risco deve suportar o prejuízo que sua conduta

¹⁴⁰ Op. cit., p. 155 a 156.

¹⁴¹ Op. cit., p. 75 a 88 e 105.

¹⁴² LISBOA, op. cit., p. 270.

¹⁴³ Op.cit., p. 20.

acarreta, ainda porque essa atividade de risco lhe proporciona um benefício.

A adoção dessa teoria pelo Direito do Trabalho veio realizar também uma das funções principais¹⁴⁴ do direito que é anular o desequilíbrio entre as partes, quando as circunstâncias inexoráveis da vida colocam um homem mais à mercê de outros.

4.3. Tendências em outras áreas do Direito

A Legislação sobre acidente de trabalho é citada como exemplo marcante¹⁴⁵ do desenvolvimento da teoria da responsabilidade sem culpa, consagrado no art. 927 do Código Civil, que traduz uma forma de aplicação da equidade na sociedade pós-moderna, que cria partes vulneráveis, diante da concentração de poder econômico e tecnológico.

Com os riscos cada vez mais presentes, a responsabilidade desenvolveu de tal forma que só o dano já é condição para o ressarcimento, ainda que haja culpa exclusiva da vítima, fato de terceiro ou força maior, sem levar em conta a culpa e o nexo causal.¹⁴⁶

É a teoria do risco integral, que funda o Direito Ambiental e tem como consequência a responsabilização solidária de toda cadeia de responsáveis diretos e indiretos, com base no art. 942¹⁴⁷ do CC.

Até mesmo o Direito Tributário, historicamente construído para proteção do particular em relação ao Estado, tem hoje uma interpretação que leva à proteção do erário, base material para concretização de políticas públicas, denotando claramente a opção pela interpretação sob a perspectiva da harmonização do corpo social. A doutrina¹⁴⁸ entende que *havendo mais de uma interpretação possível, não há de se preferir aquela que dê oportunidade para fraudes*. Além da previsão expressa no CTN de responsabilidade solidária nos arts. 124, não só das pessoas designadas por Lei, mas das que tenham interesse em comum, no art. 133 dos sucessores e nos arts. 134 e 135 dos responsáveis.

Mesmo no Direito Penal, que não objetiva um equilíbrio entre dois

¹⁴⁴ Op. cit., p. 334 e 335.

¹⁴⁵ VENOSA, op. cit., p. 15

¹⁴⁶ Idem, p. 21.

¹⁴⁷ Art. 942 – *Os bens do responsável pela ofensa ou violação do direito de outrem ficam sujeitos à reparação do dano causado; e se a ofensa tiver mais de um autor, todos responderão solidariamente pela reparação. Parágrafo único – São solidariamente responsáveis com os autores os co-autores e as pessoas designadas no art. 932.*

¹⁴⁸ MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de Direito Tributário*. 28ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 184.

patrimônios que deve ser restabelecido¹⁴⁹, a responsabilidade sofre evolução. O entendimento cristalizado de que a pena não pode passar do agente, fundado nas tipificações estritas, passou a ser reconsiderado, diante da sociedade de risco em que vivemos.

A solução, antes restritivamente legalista, com características de um Direito fragmentado e propugnador de uma mínima intervenção do Estado, já tem teorias objetivistas com o intuito de atingir responsabilidades escondidas em mecanismos modernos:

PENAL. PROCESSUAL PENAL. SISTEMA FINANCEIRO NACIONAL. LEI Nº 7.492/86, ART. 19, PARÁGRAFO ÚNICO. OBTENÇÃO DE FINANCIAMENTO MEDIANTE FRAUDE. MAQUINÁRIO AGRÍCOLA. FINAME. DENÚNCIA. INÉPCIA. ADITAMENTO. INOCORRÊNCIA. MATERIALIDADE. DUPLICATA SIMULADA. AUTORIA. COMPROVAÇÃO. TEORIA OBJETIVO-SUBJETIVA DA CULPABILIDADE. AUTOR INTELLECTUAL. AUTOR EXECUTOR. PENA DE MULTA. EXECUÇÃO. FAZENDA PÚBLICA. LEGITIMIDADE. 1. Constitui crime ao artigo 19 da Lei nº 7.492/86 a obtenção de financiamento do FINAME mediante a apresentação de documento ideologicamente falso (duplicata simulada), com o objetivo de demonstrar o pagamento - inexistente - do percentual da máquina agrícola a ser suportado pelo adquirente (30%). Os recursos públicos do FINAME são limitados a 70% do valor do bem a ser adquirido. Percentual que se transmudava a 100% do valor desse, mediante a utilização do documento falso. Circunstância que revela a fraude e caracteriza do tipo penal, porquanto a prévia quitação dos 30% é conditio para a liberação do financiamento; 2. A teoria objetivo-subjetiva da culpabilidade, permite a responsabilização criminal dos mentores intelectuais do crime, beneficiários indiretos do financiamento. Se os administradores da empresa consciente, livre e voluntariamente se valem de estratagema fraudulento para comercializar seus produtos, acarretando indevida liberação de recursos públicos, tem-se evidenciado

¹⁴⁹ VENOSA, ob. cit. p. 24.

o dolo que norteou o seu agir; 3. Após a modificação do art. 51 do CP, pela Lei nº 9.268/96, a Fazenda Pública é legitimada para a execução da pena de multa. (TRF4: ACR 200072070005730 7ªT. Rel.: TADAAQUI HIROSE DJ 15/10/2003 PÁGINA: 982)

Como se verifica, diante da insuficiência da teoria geral da responsabilidade, baseada na justiça retributiva, a dogmática do Direito Privado agora se inspira nos princípios da solidariedade social, na igualdade substancial e na Dignidade da Pessoa Humana, aproximando-se dos fundamentos do Direito do Trabalho.

No início dos anos 70, objetivando colocar o ambiente no centro das políticas públicas, a comunidade mundial começou a pensar a segurança como sinônimo de precaução. E a partir dos anos 90 as decisões relativas à segurança em várias áreas passaram a ser fundadas nesse princípio. É um princípio de comportamento e de gestão em face de um ambiente incerto¹⁵⁰. Esse princípio é assegurado por políticas públicas e pelo sistema de responsabilização trazido pelo CDC.

A promulgação do Código de Defesa do Consumidor foi festejada como grande passo para construção de uma relação de consumo mais justa, pelo reconhecimento da fragilidade do consumidor, agravada pela concentração econômica do fornecedor.

No Código de Defesa do Consumidor a regra é da responsabilidade civil objetiva, ou seja, independe da existência de culpa, basta, portanto, ser demonstrado o dano causado, o defeito no produto ou serviço e o nexo de causalidade entre os dois.

O CDC o legislador supera a dicotomia entre responsabilidade contratual e extracontratual. O ressarcimento da vítima é atribuído a todos os protagonistas que participam da rede de produção (art. 12, 18 e 20), de forma solidária.

Ao analisar o Direito do Consumidor, Kashiura¹⁵¹ observa a inspiração no Direito do Trabalho para sua conformação, ressaltando que o reconhecimento do desequilíbrio entre os sujeitos contratantes não se justifica apenas pela hipossuficiência de uma das partes, mas a proteção da organização produtiva. Corrobora esse entendimento, a irrelevância do poderio econômico do consumidor. A hipossuficiência é presumida por lei.

Comentando a renovação da cultura jurídica brasileira, passando da

¹⁵⁰ EWALD, op. cit., *Que sais-je?* ...

¹⁵¹ Op. cit., p. 154 a 159.

visão individualista para a coletiva, DELGADO¹⁵² entende que o Código do Consumidor é a mais notável demonstração da influência do Direito do Trabalho em outros ramos do Direito, destacando o enfoque protetivo quanto ao economicamente mais fraco.

As bases do CDC foram inspiradas no Direito do Trabalho:

- Igualdade material: a hipossuficiência do consumidor diante do poder do monopólio, corresponde à hipossuficiência do trabalhador igualmente suscetível ao empregador;
- A responsabilidade objetiva, trazidas nos arts. 12, 13, 14, 23 a 25 do CDC é a noção clássica do Direito do Trabalho;
- A desconsideração da personalidade jurídica, prevista no art. 28 do CDC é trazida na CLT no próprio conceito de empregador e grupo econômico;
- O princípio da norma mais favorável, integrante do princípio protetor no Direito do Trabalho, é previsto no art. 28 do CDC;
- A substituição processual, disposta nos arts. 81, 82, e 91 é prevista no art. 8º da CLT;
- Inversão do ônus da prova, previsto no art. 6º, VIII do CDC, advém de uma série de presunções legais trazidas pela CLT;
- As cláusulas abusivas previstas no art. 51 do CDC tem correspondência com o art. 9º da CLT.

A vocação expansiva¹⁵³ do Direito do Consumidor também revela a similaridade com o Direito do Trabalho, juntamente com o princípio da vulnerabilidade, informado pela solidariedade social constitucionalmente assegurada.

No entanto, na aplicação, o Direito do Consumidor é tido como um direito moderno, atualizado e o Direito do Trabalho, cujos princípios são os mesmos do CDC, é considerado um direito ultrapassado, advindo de políticas ditatoriais etc.

Essa contradição é fruto da imposição de uma ideologia que quer justificar a enorme diferença entre os proprietários dos meios de produção e os proprietários de mão-de-obra.

Mesmo em termos da lei de mercado, interpretar a responsabilidade restrita à empresa que contrata diretamente o empregado teria razão de ser somente para

¹⁵² Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 4a. ed. LTr: São Paulo, 2005, p.125.

¹⁵³ TEPEDINO, op. cit., *Temas ...*, p. 133 e 134.

um contexto onde não houvesse a integração de várias empresas. Num contexto ideal de competição entre pequenos empreendimentos que se auto regulariam.

Na realidade das grandes corporações e grupo econômicos tal aplicação só tem como resultado a imposição dos custos aos trabalhadores em prol dos grandes concentradores, que realizam seus lucros no trabalho alheio, sem qualquer ônus.

Atualmente, ao contrário dos clássicos pressupostos liberais para manutenção do equilíbrio do mercado, o monopólio e a concentração econômica não são mais exceção, mas regra. E tendo em vista a complacência e aceitação de tais distorções, pois são elas que ditam as normas para os demais partícipes de sua produção e, por conseguinte, a dificuldade na sua eliminação, o mínimo que se pode exigir é o cumprimento do preceito Constitucional inscrito no art. 170, III, que é ter como finalidade a sua função social a serviço de toda coletividade¹⁵⁴.

¹⁵⁴ COMPARATO, Fábio Konder e SALOMÃO FILHO, Calixto. *O Poder de Controle na Sociedade Anônima*. 5a. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 555 a 562.

5. A RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA NO DIREITO DO TRABALHO

5.1. Aspectos Gerais

A responsabilidade tradicional baseada na tutela da propriedade migrou desse fundamento para o da Dignidade Humana, da solidariedade social e da justiça distributiva, isto com o objetivo de não onerar a vítima com os riscos criados por outrem que dele se beneficia.

Abordando o Direito Civil contemporâneo, Luiz Edson Fachin¹⁵⁵ conclui, que dada a normatividade Constitucional e os Princípios ali delineados, o ordenamento, mesmo nos institutos mais básicos, é sempre uma construção com a indagação constante com o intuito de saber para que e para quem serve o Direito? Sendo que a resposta deve ser os objetivos almejados pela Constituição que é buscar sempre uma sociedade mais justa, fundada na igualdade material, no sentido de superar os dogmatismos conceituais e a rigidez dos códigos, muitas vezes encobertos por neolegalismos.

O Princípio da solidariedade estabelecido na Constituição não se confunde com o da responsabilidade solidária, mas há entre eles um forte liame, tendo em vista a construção de uma coletividade justa e solidária¹⁵⁶.

Roberto Senise Lisboa¹⁵⁷ define a solidariedade como a situação jurídica de vários sujeitos em relação a uma prestação, como se fossem apenas uma pessoa, em termos obrigacionais. No entanto, esclarece que a responsabilidade não se confunde com a obrigação, pois aquela decorre do descumprimento desta.

Com origem no Direito Civil, a noção de solidariedade foi desenvolvida, para enfrentar os problemas de pluralidade de devedores. Hoje, sua aplicação concretiza a função social dos institutos, como o da propriedade e do contrato, e é meio de realização do bem comum. Guarda relação direta com a boa-fé objetiva, na busca do equilíbrio e da equidade. Diante da natureza humana individualista que se acentua, a solidariedade nas relações jurídicas é de fundamental importância, com a

¹⁵⁵ A Construção do Direito Privado Contemporâneo na experiência crítico-doutrinária brasileira a partir do catálogo mínimo para o Direito Civil-Constitucional no Brasil. In: TEPEDINO, Gustavo. *Direito Civil Contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade Constitucional*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 17.

¹⁵⁶ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil: Teoria Geral das Obrigações*. Vol. II, 22ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 91.

¹⁵⁷ Op. cit., p. 117 e 209.

finalidade de tutelar os interesses da parte débil, diante do poder econômico.¹⁵⁸

O Código Civil, no art. 264 a 285, define a solidariedade passiva quando para a mesma obrigação concorrem mais de um devedor. Não obstante a obrigação solidária não se confundir com a responsabilidade solidária, a doutrina as caracterizam pelo mesmo fundamento legal.

São numerosas as previsões de solidariedade¹⁵⁹, tanto no Código Civil como em legislação especial, muitas delas bem próximas do Direito do Trabalho, como é caso da legislação previdenciária e do FGTS.

Destaca-se o estabelecido no art. 932 do Código Civil, determinando que o poder sobre algo ou alguém é sempre um pressuposto de responsabilidade: os pais sobre os filhos, o Estado sobre os presos, as empresas sobre suas atividades¹⁶⁰, compatibilizando-se com as regras econômicas que visam coibir a relação de dominação de mercado.

5.1.1. Efeitos da aplicação da solidariedade passiva

O credor pode exigir a totalidade do pagamento contra todos os devedores solidários conjuntamente ou de cada um deles:

- Na relação processual haverá um litisconsórcio facultativo e os efeitos da coisa julgada incidirá sobre todos os demandados;
- Pode demandar apenas contra o devedor solvente, conseguindo realizar os princípios consagrados no direito processual, que é a simplicidade e celeridade na fase executiva;
- Pelo unidade da prestação, haverá remissão em relação a todos os devedores solidários, caso haja o pagamento total, se parcial, os efeitos do pagamento será apenas para o devedor que pagou, incidindo a responsabilidade solidária em relação aos demais.
- O efeito na esfera civil será o direito de regresso para o devedor que pagou o débito na totalidade;

¹⁵⁸ DONNINI, op. cit., *Prevenção...*, p. 493.

¹⁵⁹ SOUTO MAIOR, op. cit., *Curso...*p. 154 a 164.

¹⁶⁰ Op. cit., p. 408.

5.1.2. Finalidade da aplicação da Responsabilidade Solidária

A solidariedade tem como finalidade a atribuição de maior garantia ao credor, podendo receber de qualquer dos co-obrigados a coisa devida, total ou parcialmente.

A indenização não tem caráter meramente ressarcitório, mas também sancionatório, pedagógico e preventivo de determinada conduta (desmotivação da conduta lesiva), como aponta Venosa.

Para José de Aguiar Dias¹⁶¹, a responsabilização é meio de assegurar o respeito à norma.

A solidariedade é definida como técnica para reforçar o vínculo obrigacional, representa uma garantia para facilitar a solução da dívida¹⁶².

Outrossim, em sede de execução judicial, a aplicação da responsabilidade solidária vem para atender as modificações no CPC trazidas pela Lei 11.232/05, visando maior celeridade e eficácia.

Como aponta TEPEDINO¹⁶³ a responsabilização solidária vem para atribuir o ônus para os que auferiram lucro da atividade danosa. O autor material do dano nem sempre é o verdadeiro responsável, como ocorre com as filiais, cuja conduta é determinada pela matriz, que simplesmente repassa seus riscos. Muitas vezes a personalidade jurídica serve de obstáculo à responsabilização de quem tomou a iniciativa e que, geralmente, tem melhores condições de arcar com os prejuízos. Cita também jurisprudência americana atribuindo a responsabilidade solidária com base na posição mercadológica detida pelas empresas.

Como se deduz, a solidariedade também pode ser instrumento para concretização da função social da propriedade, exigindo que a atividade empresarial esteja fundada no princípio da boa-fé objetiva (422) para assegurar condições mais justas na execução da atividade econômica organizada, com o poder-dever de agir em prol da comunidade no desenvolvimento de suas atividades, que se realiza com o equilíbrio entre os benefícios obtidos pela empresa sem diminuir os sociais.¹⁶⁴

De forma preventiva a solidariedade também inibe a indústria, que

¹⁶¹ DIAS, José Aguiar. *Da Responsabilidade Civil*. 11a. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 119.

¹⁶² VENOSA, op. cit., Vol. II, p. 130.

¹⁶³ Gustavo. *Direito Civil Contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade Constitucional*. São Paulo: Atlas, 2008.

¹⁶⁴ DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro: Direito de Empresa*. Vol. 8, São Paulo: Saraiva, 2008, p. 22 a 24.

não é de indenizações, mas de lesões em massa.

5.2. Previsão na CLT

Como acima referido, a evolução da responsabilidade estabeleceu como princípio geral a busca do equilíbrio patrimonial rompido pelo não cumprimento de um dever jurídico¹⁶⁵.

O avanço tecnológico começou a propiciar lesões em massa, criando uma sociedade de risco. A alta probabilidade de dano passou a ser considerada, adotando-se a responsabilidade objetiva, não mais como exceção.

No Direito Civil, verificamos que a prestação de trabalho tornou-se preocupação máxima do legislador, considerando-o como centro das relações humanas, substituindo a propriedade a que os monumentos legislativos davam preeminência.

Nesse sentido, Caio Mário¹⁶⁶ nos ensina:

O trabalho veio a constituir neste século a preocupação máxima do legislador. E há, mesmo, forte tendência a considerá-lo centro das relações humanas, substituindo a propriedade a que nos monumentos legislativos do século XIX emprestavam a preeminência. Não foi, portanto, em virtude de mero luxo de nomenclatura que a expressão locação de serviços desprestigiou-se, encontrando nesta outra, prestação de serviços, o substituto preferencial, mas pelo fato de ter parecido a primeira, a muitos juristas, atentatória da dignidade humana. Não foi também por mero acaso, ou simples coincidência, que a disciplina jurídica do trabalho penetrou no Direito Constitucional de quase todos os povos.

Atualmente, as razões que motivaram a separação do Direito do Trabalho do Direito Civil são adotadas, em outros ramos do Direito, como fundamentos para evolução do instituto da responsabilidade. O aprofundamento na concentração econômica revelou, o que para o Direito do Trabalho era claro: a vulnerabilidade da vítima, diante do poder econômico.

Como no Direito do Trabalho, para o enfrentamento dessa disparidade, a restrição da autonomia da vontade, com a intervenção estatal passou a ter

¹⁶⁵ VENOSA, op. cit., p. 23.

¹⁶⁶ Op. cit., *Instituições...* Vol. III, p. 238.

caráter de ordem pública.

Particularmente, na legislação trabalhista, essa proteção especial se justifica, não só pela indissociabilidade do trabalho de seu proprietário, mas também pelo caráter que se reveste tais créditos. Um dos pontos fulcrais do Direito do Trabalho é a tutela do salário do trabalhador, que representa a remuneração de seu esforço e a renda básica, de caráter alimentar, portanto, para si e para sua família.

Assim, o salário por ser instrumento de sobrevivência do trabalhador e de sua família, vem previsto constitucionalmente e merece a proteção legal que lhe é dada.¹⁶⁷

Como observa SÜSSEKIND¹⁶⁸, a Constituição brasileira consagrou uma concepção filosófica, baseada na Dignidade Humana e nos valores sociais do trabalho, que permite a utilização do salário como instrumento de concretização de uma justiça distributiva, reforçando a justificativa da tutela especial.

Assim, os mecanismos que formam o arcabouço jurídico do Direito do Trabalho têm como objetivo o efetivo recebimento pelo trabalhador de suas verbas, diante de eventual insolvência ou abuso de direito de seu empregador.

Por outro lado, no Direito do Trabalho a responsabilidade é baseada na teoria do risco-proveito e na função social da propriedade.

Além disso, não são novidades as formas que um empregador utiliza para se eximir dos encargos trabalhistas. Para tanto, a legislação trabalhista vedou o *marchandage* e adotou como princípio a primazia da realidade para considerar o beneficiário da utilização da mão-de-obra como verdadeiro empregador, aplicando a responsabilidade solidária.¹⁶⁹

O Direito do Trabalho surge para equilibrar a relação entre capital e trabalho. Seus institutos foram criados estabelecendo patamares mínimos para essa relação, que desde sua origem teve como desafio a fuga perpetrada pelas empresas. Um dos instrumentos para enfrentar essa fuga é a responsabilidade solidária.

Com essas balizas o direito do trabalho protege a remuneração do trabalhador e combate as tentativas de desoneração do cumprimento dos direitos

¹⁶⁷ PEREIRA, Ana Cristina Tavarnaro. *Proteção do Crédito Trabalhista na Insolvência do Empregador*. In: *Direito do Trabalho Contemporâneo*. José Affonso Dallegrave Neto (coord.) São Paulo: LTr, 2003. p. 238.

¹⁶⁸ Op. cit., p. 139.

¹⁶⁹ CASTELLO, Alejandro. *Responsabilidad Solidária em el derecho del trabajo*. Montevideo: Fundación de Cultura Universitária, 2004. p. 5-6.

trabalhistas pelas empregadoras.

Os arts. 10º e 448 da CLT têm clara essa orientação. A razão da aplicação da responsabilidade solidária se deu para que se evite a burla do direito, tanto no âmbito trabalhista como no comercial, tributário e econômico. Significando que o acordo entre particulares não podem servir de óbice para o cumprimento de imposições de ordem pública.

Nesse sentido, a responsabilidade solidária foi consolidada no § 2º do art. 2º e no art. 455, nos seguintes termos:

Art. 2º - Considera-se empregador a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviço.

(...)

§ 2º - Sempre que uma ou mais empresas, tendo, embora, cada uma delas, personalidade jurídica própria, estiverem sob a direção, controle ou administração de outra, constituindo grupo industrial, comercial ou de qualquer outra atividade econômica, serão, para os efeitos da relação de emprego, solidariamente responsáveis a empresa principal e cada uma das subordinadas.

Art. 455 - Nos contratos de subempreitada responderá o subempreiteiro pelas obrigações derivadas do contrato de trabalho que celebrar, cabendo, todavia, aos empregados, o direito de reclamação contra o empreiteiro principal pelo inadimplemento daquelas obrigações por parte do primeiro.

(...)

Como se denota do *caput* do art. 2º, a legislação trabalhista adotou a teoria do risco-proveito e aplicou a responsabilidade solidária aos beneficiários da mão-de-obra explorada. Então, para as relações trabalhistas, foi criado um arcabouço próprio, na aplicação dessa teoria.

A solidariedade foi aplicada, pelo caráter alimentar das verbas, que são sensíveis ao tempo e exigem rapidez na sua realização¹⁷⁰ e não podem ser submetidas a protelações burocráticas.

¹⁷⁰ MARINONI, Luiz Guilherme e ARENHAT, Sérgio Cruz. *Curso de Processo Civil: Execução*. Vol. 3, 2a. ed., São Paulo: RT, 2008, p. 381.

Em suma, a solidariedade foi recepcionada pelo Direito do Trabalho como instrumento para tutelar o cumprimento das normas imperativas trabalhistas e evitar a fraude.¹⁷¹

Nesse sentido, o resultado da aplicação do arcabouço criado pelo Direito do Trabalho não pode ser mais prejudicial do aplicado na esfera civil. No caso, se aplicado o Direito Civil, nos termos do art. 932 ou o 927, a responsabilidade é direta da empresa principal, isto significa que não há qualquer justificativa para aplicação do benefício de ordem na responsabilidade trabalhista.

Também, pela própria configuração da responsabilidade objetiva, não há que se aventar a hipótese de não responsabilização por eventuais cautelas tomadas pela empresa, transferindo o risco do empreendimento ao trabalhador.

Por outro lado, nesse mesmo arcabouço, a legislação também se preveniu de possíveis evasões, acima referidas, ampliando o conceito de empregador e imputando a responsabilidade solidária aos grupos econômicos.

Pela primazia da realidade, ou pela própria estrutura de determinados contratos não é difícil reconhecer um grupo econômico. Isto porque a descentralização pressupõe a coordenação de objetivos da empresa principal ou mesmo a subordinação das empresas menores.

Do próprio texto legal sobre o Grupo Econômico e da subempreitada percebe-se que a legislação abarcou hipóteses de responsabilização das beneficiárias indiretas, que não subsumem ao tipo clássico de empregador.

Com essa previsão, todos os tipos de contratos interempresariais em que se constata a dominação de mercado ou dependência econômica, independentemente da autonomia jurídica constituída por outro CNPJ, estão configurados no tipo e, por conseguinte, submetidas as empresas do Grupo à responsabilidade solidária.

Muitas das novas formas de organização, não obstante sua complexidade ou a sofisticação de seu nome, enquadram-se perfeitamente na definição trazida pelo dispositivo legal, sem qualquer necessidade de analogia, apenas da subsunção do fato à norma.

Da mesma forma a empreitada se amolda a vários contratos de terceirização.

¹⁷¹ HIERREZUELO, Ricardí D. e NÚÑEZ, Pedro F. *Responsabilidad solitaria em el contrato de trabajo*. 2a. ed. Buenos Aires: Hammurabi, 2008, p. 51.

Assim como a utilização da terceirização como modo de produção não é novidade, a utilização analógica da responsabilidade solidária prevista do 455 também não o é. E o fundamento decorre da responsabilização objetiva prevista no art. 932, III, do CC, pois o prestador de serviços nada mais é que um preposto da tomadora¹⁷².

No entanto, deve-se destacar que a aplicação da responsabilidade solidária não é feita por presunção. O art. 455 ao se referir ao subempreiteiro não poderia estar regulando apenas obras civis, mas formas triangulares de relação de trabalho.

Portanto, o argumento de que não há previsão legal na esfera trabalhista de responsabilização solidária não procede. A dificuldade na utilização desse instrumento decorre de interpretações que foram restringindo cada vez mais o reconhecimento do tipo, exigindo provas documentais inequívocas para configuração do grupo, ou afastando a subsunção apenas pelo nome do contrato.

Isto porque o movimento que levou à fragmentação da produção foi acompanhado de pressões para mudanças na esfera do Direito do Trabalho, no sentido de legalizar a fuga das obrigações decorrentes da exploração. Foi o que sucedeu com a lei que criou o trabalho temporário, que permitiu que o vínculo trabalhista não fosse do empregador principal, fragmentando as funções tradicionais do empregador.¹⁷³

Nos anos 90 houve um movimento de desarticulação do Direito do Trabalho, que na esfera das instituições se cogitou a supressão da Justiça Trabalhista e na acadêmica a unificação deste ramo do direito com o Direito Empresarial.

Inviabilizou-se a utilização de figuras já tipificadas na legislação trabalhista e passaram a utilizar de figuras criadas e utilizadas em outros ramos do direito que não podem ter como resultado os sérios prejuízos que temos visto ocorrer no âmbito do Direito do Trabalho, ou seja, os institutos formais de outros ramos do direito não podem tornar o direito do trabalho ineficaz.

Não significa invalidar os contratos civis ou comerciais, eles serão aplicados para os respectivos ramos do Direito, fazendo lei entre as partes contratadas, mas como em qualquer contrato não invalidando as normas de ordem pública, como o são as do Direito do Trabalho.

Entretanto, cedendo às pressões neoliberais, em sentido contrário ao

¹⁷² GAGLIANO, Pablo Stolze e PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de Direito Civil: Responsabilidade Civil*. 6a. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 249.

¹⁷³ CASTELLO, op. cit., p. 9.

arcabouço jurídico do Direito do Trabalho, foram editadas leis, modificados artigos e criadas súmulas e entendimentos jurisprudenciais que fragmentaram o sistema jurídico e permitiram o crescimento da precarização. A legitimação dessas novas formas de organização de produção, sem inseri-las no contexto da sociabilidade, trouxe um crescimento de condutas fraudulentas, sobretudo através de terceirizações.

Esse posicionamento dos Tribunais Superiores influenciou muitos julgados que, não obstante os Princípios Constitucionais e Trabalhistas e todo desenvolvimento da teoria geral da responsabilidade, petrificaram a interpretação do Direito em termos individualistas.

A disparidade do entendimento é tão evidente que mereceu críticas da doutrina estrangeira: URIARTE & COLOTUZZO¹⁷⁴ assim observam:

La legislación brasileña es insatisfactoria en lo que respecta a este tema, ya que sus lagunas e imprecisiones han permitido que la jurisprudencia adopte una postura demasiado restrictiva carente de base legal. Nada justifica en el ordenamiento brasileño la mera aplicación de la responsabilidad subsidiaria prevista por la Súmula n° 331 y mucho menos la total ausencia de responsabilidad consagrada por la Orientación Jurisprudencial n° 191 de Tribunal Superior de Trabajo. En realidad la aplicación combinada de los dispositivos de la CLT, en especial de sus artículos 2, 10 y 448 a 455, alidada al principio universal de protección, debería conducir a la solución opuesta: la determinación de la responsabilidad solidaria de todos aquellos beneficiados por la prestación de servicios.

Esse conjunto de modificações fez com que empresas desprovidas de poder econômico funcionassem como blindagem ao capital concentrado em outros pontos da rede. A garantia do recebimento do salário, anteriormente protegido pelo complexo empresarial, hoje fica restrito ao capital da empresa intermediadora.

Os monopólios exercem seu poder econômico livremente, impondo seus preços e as empresas satélites se adaptam remunerando de forma precária seus empregados, na tentativa de sobrevivência no mercado.

Assim, enquanto não houver a responsabilização das verdadeiras

¹⁷⁴ Op. cit. p. 60.

causadoras dessa rede precarizada, a vítima, que é o trabalhador, continuará arcando com seu prejuízo e a sociedade arcando com o aumento de violência e de pobreza.

No entanto, o que verificamos é que na CLT não só não há óbice para aplicação da responsabilidade solidária, como há previsão que se enquadra perfeitamente aos novos fenômenos decorrentes da descentralização.

Nas palavras expressas por HIERREZUELLO e NUÑES:¹⁷⁵

Sustentar que o direito do trabalho não está preparado para responder a fenômenos como a franquia, a terceirização ou a globalização tem claro caráter ideológico, sobretudo quando as interpretações adotadas têm como resultado a desproteção total do trabalhador em face da pós-modernidade, ao contrário da lógica deduzida de tais normas, que imputa maior responsabilidade social aos que mais se apropriam dos benefícios.

Numa análise lógico-sistemática do ordenamento jurídico trabalhista, a conclusão a que se chega é que a responsabilidade solidária é aplicável aos novos fenômenos, sem qualquer necessidade de utilização de dispositivos de outras áreas do Direito.

Além disso, a CLT traz outros dispositivos que são deixados de lado, aplicando-se legislações casuísticas, que retiram a segurança jurídica que só a interpretação do ordenamento jurídico como um todo pode trazer.

É o caso do art. 9º da CLT, que prevê a nulidade nos seguintes termos:

Art. 9º - Serão nulos de pleno direito os atos praticados com o objetivo de desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação dos preceitos contidos na presente Consolidação.

Em termos genéricos a fraude inclui todas as formas de evasão do cumprimento das normas trabalhistas. Em sentido estrito é a adoção de técnicas que visam o descumprimento das normas sem a responsabilidade correspondente. Pode significar um ardis, um engano, um sinônimo de dolo ou um vício de consentimento. Isoladamente, a conduta não viola a lei diretamente, mas o resultado é contrário a sua finalidade, violando o ordenamento como um todo. É o manuseio da lei de forma maliciosa.

Os negócios fraudulentos são aparentemente legais, mas trazem como

¹⁷⁵ Op. cit., p. 704.

resultado o que a lei proíbe, consubstanciando na chamada fraude à lei. Nesses casos, não é requisito para sua configuração a intencionalidade, basta o resultado.

Não é rara a utilização de Pessoas Jurídicas economicamente insuficientes como escudo de proteção de empresas sadias, tendo como resultado, quando não o inadimplemento das verbas trabalhistas, seu rebaixamento. Essa é e sempre foi a fraude mais comum no Direito do Trabalho, tanto que o *marchandage* se identifica com a interposição de pessoa na relação de emprego.

A própria demanda na esfera judicial, muitas vezes com o desaparecimento da empresa interposta, configura a fraude. No entanto, são exigidas do trabalhador provas inequívocas da confusão patrimonial, da direção externa ou da infracapitalização da empresa, ou se discute se a fraude foi perpetrada no exercício de atividade-meio ou atividade-fim. Quando ou se superadas essas questões, a empresa principal invoca a sua subsidiariedade.

As previsões trazidas pela CLT revelam que a responsabilidade aplicada ao Direito do Trabalho prescinde de culpa, dado seu caráter objetivo e se expande para além das condutas fraudulentas, sendo instrumento de efetivação da missão, que é assegurar o crédito trabalhista frente à possível insolvência de um dos contratantes. Além de seu efeito preventivo, inibindo as fraudes e fazendo com que as empresas principais tenham o mínimo de cuidado, verificando a idoneidade das terceiras com quem efetua seus contratos civis ou comerciais, diminuindo assim o risco que deve ser delas.

Como se verifica a CLT contém dispositivos suficientes para imposição da responsabilidade solidária no caso de inadimplemento, nas novas relações surgidas em decorrência da descentralização da produção. Mas mesmo que assim não fosse, existem outros fundamentos que permitem chegar à mesma conclusão.

A aplicação da responsabilidade no Direito do Trabalho se justifica pelas práticas que tem como consequência não apenas o inadimplemento de um trabalhador, mas o dano social que se projeta por toda coletividade. Deve servir como desestímulo à utilização de figuras que propiciam a fraude e generalizam a precarização das relações trabalhistas.

Isto significa que, além da efetividade para o caso concreto, seu caráter didático é fundamental, para que a adoção de novas formas de produção seja feita de maneira responsável e ética.

Não obstante a clareza do resultado pela interpretação lógico-

sistemática do Direito do Trabalho, esta posição é contestada com base na regra expressa do Código Civil de que a solidariedade não se presume, deve ser estabelecida em lei ou em convenção entre as partes.

Os que alegam que a responsabilidade solidária deve ser prevista em lei, como se a lei fosse abranger todas as hipóteses específicas, desconsideram o critério de justiça e desconsideram os princípios que integram o Direito de forma a concebê-lo de forma sistêmica e sem lacunas.

Além disso, o art. 265 do CC não presume a solidariedade para o cumprimento das obrigações. Mas as obrigações não se confundem com a responsabilidade, pois as primeiras decorrem de vínculos jurídicos pessoais, contraprestacionais, e a segunda, é decorrência do inadimplemento desta prestação e, no caso do Direito do Trabalho, incide de forma objetiva, dados os reflexos desse inadimplemento em face da sociedade e o a aplicação da teoria do risco-proveito.

O mesmo artigo aponta que a solidariedade deve ser prevista em Lei ou em convenção entre as partes. Como vimos acima, a CLT contém dispositivos legais que possibilitam sua aplicação, mas mesmo que assim não fosse, tal comando não poderia ser válido, pois ao contrário do Direito Civil, que tem como fonte da solidariedade a autonomia da vontade e a lei, na relação trabalhista o desequilíbrio entre as partes impossibilita a discussão dos termos do contrato, quanto mais a inserção de uma cláusula tão excepcional como esta.

Em síntese, a parca determinação legal da responsabilidade solidária no âmbito civil e comercial pode ser suprida pela autonomia da vontade. O artigo traz o seguinte equilíbrio: a solidariedade não se presume, pois se não houver previsão em lei, poderá ser convencionada entre as partes. No Direito do Trabalho não há como haver a convenção entre as partes, assim, não é aplicável a norma, pois não é possível aplicar um preceito normativo de forma fragmentada, sobretudo para prejudicar o trabalhador.

Ressalta-se que mesmo nas negociações coletivas, também tal previsão não se estabelece pelo esvaziamento do movimento sindical e, além disso, com a terceirização, muitos dos empregados não estão representados.

Por outro lado, as regras do Direito Civil somente são invocáveis se não se chocarem com as regras da legislação especial. O caráter jurídico que resulta da atividade humana e da relevância do contrato de trabalho dependente afasta que incida o

Código Civil se fora *ratio legis* da legislação do trabalho¹⁷⁶.

Pelos Princípios Gerais do Direito, o resultado também é pela aplicação da solidariedade, pois nos termos do art. 5º da LICC, *Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum.*

Também a alegação de que a aplicação da responsabilidade solidária no Direito do Trabalho decorreria de interpretação extensiva de lei restritiva de direitos, não procede, pois sob o ponto de vista do trabalhador, a não aplicação da responsabilidade solidária é que restringiria seu direito.

As normas jurídicas são constituídas a partir da interpretação de textos normativos, que traduzem a síntese entre o Direito e os fatos. Isto significa que a interpretação não será meramente de uma regra, de forma isolada, mas do ordenamento como um todo, de modo a dar coerência ao sistema.

Assim, a aplicação do Direito é um processo de contínua adaptação de suas normas à realidade e seus conflitos. Além disso, jamais se interpreta um texto normativo e sim o direito¹⁷⁷ nele consubstanciado.

Essa coerência não é condição de validade da norma, mas condição de justiça do ordenamento¹⁷⁸. O trabalho jurídico, portanto, é de construção de uma solução que leve aos fatos o resultado pretendido nos objetivos fundamentais do sistema e não simplesmente um exercício de leitura de textos normativos, que qualquer alfabetizado poderia fazer¹⁷⁹.

Assim, os comandos que determinam a solidariedade, assim como qualquer dispositivo legal, não podem ser interpretados, de forma literal, reconhecidamente a interpretação mais pobre.

A responsabilidade solidária poderia também ser aplicada pelo princípio da equidade, prevista tanto nos Princípios Gerais do Direito como na própria CLT, utilizando o instrumento já preconizado por Aristóteles de correção da lei no caso concreto, pela sua insuficiência pelo caráter geral.

Mesmo nas relações ditas legítimas, nas quais o trabalhador se vincula formalmente somente à empresa terceirizada, aquele estará inserido substancialmente dentro de um processo maior, controlado pela empresa contratante. Assim, mostra-se

¹⁷⁶ MIRANDA, Op. cit., Tomo XLVII, TOMO XLVII, 1a. ed.

¹⁷⁷ GRAU, op. cit. *A ordem* ..., p.164 a 166.

¹⁷⁸ BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. 10a. ed. Brasília: UnB, 1997, p. 113.

¹⁷⁹ GRAU, op. cit., *Ensaio*..., p. 26.

razoável que quem se utiliza das relações descentralizadas como parte de seu proveito econômico atraia para si a responsabilidade pelos riscos laborais mediatos.

Há também a possibilidade da utilização do Direito Comparado, como se verifica no seguinte julgado:

(...) se acaso ainda não bastasse, o direito comparado, que, agora por força do caput do art. 8º da CLT, pode ser utilizado pelos tribunais nacionais, preconiza solução da mesma ordem, como pode ser detectado pelo exame dos artigos 29 BIS, 30 e 136 da Lei 20.744/74, com as modificações introduzidas pela Lei 25.877/04, do ordenamento argentino, e 25, da Lei 27.626/02, do ordenamento peruano . No Uruguai, outrossim, esta perspectiva também goza de prestígio, consoante se pode inferir das lúcidas ponderações efetuadas pelo jovem professor e doutrinador daquele país, Alejandro Castello: “...la técnica de la solidaridad laboral constituye una valiosa herramienta que permite responsabilizar tanto al empleador directo como al mediato, es decir, a todos aquellos sujetos que integran el proceso global de producción y de un modo u otro se benefician del trabajo. La solidaridad pasiva debe ser la contracara de la flexibilidad de la organización de la empresa y de la fragmentación de la actividad productiva. NO solo debe servir para evitar, disuadir o remediar las prácticas fraudulentas o ilícitas, sino también para atribuir responsabilidad a aquellos sujetos que aún no siendo empleadores directos del trabajador, han obtenido un beneficio económico por el trabajo cumplido.”(Proferido pelo Juiz da 10ª Vara de Campinas: Manoel Carlos de Toledo Filho, no processo nº 833/2005-1)

Como se percebe, não é a falta de legislação que limita a utilização da responsabilidade solidária.

5.3. Conclusão

A aplicação da responsabilidade solidária nas relações trabalhistas realiza a justiça em relação ao trabalhador, busca o equilíbrio entre capital e trabalho, na medida em que é instrumento de freio à conduta irresponsável no processo de acumulação de riquezas e é meio de fazer com que as empresas internalizem seu potencial de dano.

Pelo conceito, por ser um litisconsórcio facultativo, o empregado não precisa demandar a um empregador que sabidamente é insolvente. Isto resulta em maior simplicidade e celeridade na fase executiva, que são princípios amplamente adotados por

todos os ramos do Direito, sobretudo no Direito Processual do Trabalho e também não resulta em prejuízo ao demandado solidário, que poderá trazer como terceiro o devedor principal pela ação de regresso.

Com a utilização desse instrumento atende-se também ao Princípio de Justiça, que prefere imputar o ônus ao economicamente mais forte e escolheu mal sua colaboradora. Neste sentido é o julgado do STF:

ACIDENTE DO TRABALHO. INSOLVENCIA DO SEGURADOR. RECURSO EXTRAORDINÁRIO DESTE, NÃO CONHECIDO. NÃO FOI NEGADO VIGENCIA AO ART. 100 DA LEI DE ACIDENTES. ELE FOI, SIM, INTERPRETADO, UMA VEZ QUE NÃO PREVIU A HIPÓTESE DE TORNAR-SE INSOLVENTE A COMPANHIA SEGURADORA. E UMA SOLUÇÃO SE IMPUNHA, OU A FAVOR DO EMPREGADO, OU A FAVOR DA EMPRESA. ALÉM DE PODER-SE DIZER QUE A SEGURADORA FOI MAL ESCOLHIDA PELA EMPREGADORA (CULPA IN ELIGENDO), NA OPÇÃO ENTRE RESPONSABILIZAR-SE O EMPREGADOR ECONOMICAMENTE FORTE DEIXAR A POBRE VÍTIMA DO ACIDENTE, SEM INDENIZAÇÃO, A PRIMEIRA SOLUÇÃO SE IMPÕE POR MAIS JUSTA, MORMENTES NOS TEMPOS QUE ESTAMOS VIVENDO, SOB A EGIDE DA JUSTIÇA SOCIAL. (STF: RE 64293 Rel. Luiz Gallotti)

A responsabilidade solidária é forma de dar garantia e segurança para o direito do credor, que tem caráter alimentar. Além de ter como função a estabilidade das relações sociais e o desenvolvimento dos valores humanos.¹⁸⁰

Sem essa imputação não há qualquer interesse da empresa em diminuir um risco que não lhe é atribuído. Procurará a empresa menos custosa, não se importando em verificar a idoneidade ou exigir garantias de cumprimento dos deveres trabalhistas.

O Direito não pode dar como incentivo para uma determinada classe a irresponsabilidade, a negligência. Não pode gerar um comportamento que leve ao desequilíbrio nas relações sociais, propiciando a concentração de renda de poucos e a

¹⁸⁰ SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. *Curso de Direito do Trabalho: A relação de emprego*. Vol. II. São Paulo: LTr, 2008, p. 16.

precarização das relações de trabalho da maior parte da população.

Considerando os efeitos sociais e as regras de hermenêutica, os fundamentos que determinam a aplicação da responsabilidade solidária no Direito do Trabalho mostram-se adequados para serem aplicados nas novas formas de exploração da mão-de-obra.

A resistência a sua utilização, gerando a ineficácia das normas laborais, não se dá pela falta de regulamentação ou desatualização da CLT, mas pelo domínio exercido pelo poder econômico, inclusive no legislativo, que tem regulamentado os novos fenômenos extrapolando os limites legais e Constitucionais, como ocorreu na lei do *franchising* e das cooperativas.

6. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA

Não obstante ser de natureza alimentar, merecendo, portanto, um tratamento especial na execução de tais créditos, a cobrança das verbas trabalhistas, com o advento da forma descentralizada de produção, é obstada por formalidades que oneram profundamente o trabalhador e acabam eximindo as beneficiárias dessa mão-de-obra.

Um desses mecanismos é a responsabilização subsidiária, trazida no texto da Súmula 331, do TST, que além de legitimar outros tipos de terceirização, alargando o sentido da Súmula 256, previu a responsabilização subsidiária das tomadoras.

A partir de então a subsidiariedade passou a ser o escudo protetor das tomadoras. Após os trâmites judiciais, muitas vezes exaustivos, discutindo se a terceirização foi de atividade-meio ou atividade-fim, é exigido do trabalhador o esgotamento de diligências na busca de bens da prestadora de serviços, na maior parte das vezes notadamente insolventes, para só depois de anos, possa executar a empresa principal.

A essa altura, o trabalhador que executa verba alimentar não tem qualquer condição de sustentar o custo da demora no recebimento do devido, o que propicia a homologação de renúncias por parte do trabalhador com grandes vantagens para as empresas beneficiárias de sua mão-de-obra, que pagam seus débitos de forma intempestiva e num valor menor.

No entanto, a subsidiariedade, denominada por alguns de solidariedade indireta ou de garantia, é uma construção pretoriana e é espécie de responsabilidade solidária, com o benefício de ordem¹⁸¹.

Também da redação do parágrafo único do art. 124 do CTN prevendo que “*A solidariedade referida neste artigo não comporta benefício de ordem*”, confirma o entendimento de que se trata de espécie de solidariedade.

No julgado do STJ, de forma indireta também encontramos esse entendimento:

“A Turma considerou que não há violação à coisa julgada pelo fato de a parte excluída da relação processual de conhecimento ser incluída no pólo passivo da execução, devido à sua responsabilidade subsidiária pelas dívidas contraídas pelo devedor (do título judicial), a qual é sócia e mantenedora. Assim, ainda que não tivesse participado dos autos da ação

¹⁸¹

Op. cit. vol. II, p. 77 a 79.

de indenização, sua responsabilidade patrimonial remanesceria pelo liame que a vincula ao devedor principal.” (STJ. REsp 225.051-DF. Rel. Min. Sálvio de Figueiredo. Julgado em: 7 nov. 2000).

Sendo espécie de solidariedade, o benefício de ordem não pode ter como resultado uma demora que inviabiliza a indenização justa da vítima, no caso o trabalhador.

No entanto, nas relações trabalhistas a resistência à responsabilização das tomadoras é tão grande que a subsidiariedade é invocada como um avanço e como instituto completamente diverso da solidariedade.

Nas relações trabalhistas a responsabilidade solidária, prevista nos arts. 2º, § 2º e do 455 da CLT, é decorrente da natureza objetiva da relação, determinada pelos arts. 932, III e 927 do Código Civil.

Assim, de acordo com o previsto no Código Civil, o descumprimento da obrigação pela intermediária aciona diretamente a tomadora, não havendo qualquer previsão de benefício de ordem nesse tipo de responsabilidade. Criar regras de subsidiariedade no Direito do Trabalho é impor ao trabalhador um regime mais prejudicial, prevendo requisitos que nem o Direito Civil prevê.

Assim, em coerência com os Princípios Gerais do Direito e ao arcabouço jurídico estabelecido pelo Direito do Trabalho, a aplicação da responsabilidade subsidiária no âmbito trabalhista não deve ser admitida.

Além disso, a discussão sobre a aplicação da subsidiariedade ou sucessividade é incabível, tendo em vista que na demanda judicial há o pressuposto de um crédito inadimplido pela empresa principal, automaticamente estando permitida a aplicação do princípio da solidariedade para satisfação do crédito¹⁸². Já houve cobrança da devedora principal e esta não pagou.

A responsabilidade subsidiária não pode servir de óbice para a rápida resolução do conflito, pois se trata de verba alimentar. Não há que se esgotar os meios de cobrança da devedora principal em um processo que pode durar anos, para que o trabalhador receba pelo que trabalhou.

Não obstante, parte da doutrina trabalhista ainda defende a

¹⁸² GOMES, Gilberto. *Solidariedade e Continuidade Empresarial no Brasil*. In: PINTO, José Augusto Rodrigues. *Noções atuais de Direito do Trabalho: Estudos em homenagem ao Professor Elson Gottschalk*. São Paulo: Ltr, 1995, p. 151.

responsabilidade subsidiária. Então para que o instituto não seja utilizado como instrumento de ineficácia do Direito do Trabalho, sugere-se a aplicação do art. 827 do Código Civil, que coloca limites no benefício de ordem:

***Art. 827.** O fiador demandado pelo pagamento da dívida tem direito a exigir, até a contestação da lide, que sejam primeiro executados os bens do devedor.*

***Parágrafo único.** O fiador que alegar o benefício de ordem, a que se refere este artigo, deve nomear bens do devedor, sitos no mesmo município, livres e desembargados, quantos bastem para solver o débito.*

Por esse dispositivo, respeitada está a subsidiariedade, com a delimitação do tempo e as condições para que o devedor possa executar o responsável subsidiário.

6. TENDÊNCIAS NAS EXPERIÊNCIAS ESTRANGEIRAS

A tendência de substituição do contrato de trabalho por outros de natureza diversa tornando ineficaz o direito do trabalho e da seguridade social tem sido objeto de discussão no âmbito internacional.

A terceirização é um dos temas mais discutidos, em face de sua larga disseminação. As legislações não são unânimes na sua conceituação e são várias as tentativas de limitação na sua utilização, não só no sentido da fuga do Direito do Trabalho, individualmente falando, com a supressão de direitos, mas também no âmbito coletivo pelo desequilíbrio causado, diante do enfraquecimento do poder de coesão sindical.

Uma das formas de coibir o uso indiscriminado e fraudulento das relações triangulares é a imputação de responsabilidade solidária às tomadoras.

No âmbito do direito civil moderno, com a unificação de tratamento das obrigações civis e mercantis, na **Itália** e na **Alemanha**, foi instituída a presunção da solidariedade, na França e na Bélgica, desenvolvida a solidariedade jurisprudencial ou costumeira, tudo isto para a segurança do credor e solução da obrigação¹⁸³.

Especificamente no Direito do Trabalho, a responsabilidade solidária tem sido utilizada no combate ao *marchandage* e a maior parte dos países condena a terceirização exclusiva de mão-de-obra e reconhece o vínculo direto com a tomadora.

Houve uma preocupação grande em diferenciar o que no Brasil muitos doutrinadores denominam de terceirização lícita da terceirização ilícita. E como pudemos verificar não há consenso no conceito.

O que percebemos que a superação desse impasse se deu em alguns países que adotaram a responsabilização solidária para as terceirizações lícitas e o vínculo direto para as ilícitas, sem prejuízo das sanções civis e penais decorrente do ato ilícito praticado. Vejamos alguns exemplos¹⁸⁴:

No **Uruguai**, a doutrina e jurisprudência sustentam a extensão da responsabilidade patrimonial às pessoas físicas ou jurídicas, que de algum modo se beneficiaram dos frutos do trabalho, ainda que não subsumidas à qualidade de empregadoras, formalmente. A eventual lacuna legislativa em alguns casos não é obstáculo para esse entendimento, que é fundado nos princípios do direito do trabalho, sobretudo os

¹⁸³ PEREIRA, Caio, op. cit., vol II, p. 53-54.

¹⁸⁴ Dados obtidos na obra: URIARTE, Oscar Ermida e COLOTUZZO, Natália. *Descentralización, Tercerización, Subcontratación*. OIT: Proyecto FSAL, 2009.

da primazia da realidade, do princípio protetivo, da irrenunciabilidade e da razoabilidade.¹⁸⁵

Em Janeiro de 2007, a Lei 18.099 impôs a responsabilidade solidária a todo patrão ou empresário que utilize subcontratados, intermediários ou administradores de mão-de-obra:

Artículo 1º.- Todo patrono o empresario que utilice subcontratistas, intermediarios o suministradores de mano de obra, será responsable solidario de las obligaciones laborales de éstos hacia los trabajadores contratados, así como del pago de las contribuciones a la seguridad social a la entidad provisional que corresponda, de la prima de accidente de trabajo y enfermedad profesional y de las sanciones y recuperos que se adeuden al Banco de Seguros del Estado en relación a esos trabajadores.

El Poder Ejecutivo, el Poder Legislativo, los organismos comprendidos en los artículos 220 y 221 de la Constitución de la República, las Intendencias Municipales, las Juntas Departamentales y las personas públicas no estatales, cuando utilicen personal mediante algunas de las modalidades previstas en el inciso anterior, quedan incluidos en el régimen de responsabilidad solidaria regulado por esta ley.

Segundo a doutrina¹⁸⁶, a lei pretendeu por em prática um mecanismo para enfrentar a complexa situação decorrente da descentralização produtiva, não deixando de abranger expressamente os entes estatais.

A Lei pretendeu criar um mecanismo para dotar de maiores garantias o recebimento das verbas trabalhistas frente à fragmentação produtiva. No entanto, numa reforma quase que imediata, na regulamentação da Lei, a solidariedade ficou restrita para as empresas que omitam determinados controles.

Na **Argentina** a LTC, Ley nº 20.744/76, no artigo 29 é expressa em imputar a relação de dependência diretamente a quem se beneficia ou aproveita do trabalho. E a reforma trazida pela Ley 25.013/98, alterou o art. 30 do mesmo diploma, responsabilizando solidariamente a empresa tomadora, caso não exerça o controle sobre o

¹⁸⁵ CASTELLO, A. Op. cit., p. 32.

¹⁸⁶ ARIGÓN, Mario Garmendia. *Nuevo régimen uruguayo de responsabilidad matéria de subcontratación, intermediación y suministro de mano de obra*. In: *Revista de Direito do Trabalho*. Ano 34, nº 129, 2008, p. 211.

cumprimento das obrigações trabalhistas das empresas subcontratadas¹⁸⁷.

A LCT também prevê a responsabilidade solidária nos arts. 26, 29 e 228. Para alguns doutrinadores¹⁸⁸ a reforma do art. 30 foi uma tentativa frustrada de restringir a responsabilidade da empresa principal, mas que na prática nunca poderá se exonerar da responsabilidade decorrente da atividade normal e específica própria de seu empreendimento.

Mas não há consenso entre os doutrinadores sobre as modificações trazidas pela lei. A discussão se trava, sobretudo na interpretação do parágrafo 2o., uns defendendo o caráter exemplificativo do enunciado, reforçando a tese da responsabilidade solidária, outros defendendo o caráter exaustivo.

Para HIERREZUELLO¹⁸⁹, as obrigações trazidas no artigo são de resultado. Assim, não há como a empresa principal se exonerar da responsabilidade pelo eventual inadimplemento por parte de suas empresas parceiras.

No Código Civil argentino, é previsto no art. 700, que a solidariedade pode ser constituída por decisão judicial¹⁹⁰.

No caso de descumprimento dos requisitos que ensejam o controle acima referido a legislação assim prevê:

*El incumplimiento de alguno de los requisitos hará **responsable solidariamente** al principal por las obligaciones de los cesionados, contratistas o subcontratistas respecto del personal que ocuparen en la prestación de dichos trabajos o servicios y que fueren emergentes de la relación laboral incluyendo su extinción y de las obligaciones, de la seguridad social.*

Na **Espanha**¹⁹¹, o item 2, do art. 42 do estatuto dos trabalhadores prevê a aplicação da responsabilidade solidária no adimplemento das verbas trabalhistas e previdenciárias para a empresa tomadora que subcontratar atividades próprias da empresa.

42. Subcontratación de obras y servicios

1. (...)

2. El empresario principal, slavo el transcurso del plazo antes señalado

¹⁸⁷ RACCIATTI, Octavio Carlos. *Externalización del empleo y descentralización productiva: las relaciones de trabajos triangulares*. In: *Derecho Laboral*, Tomo LI, nº 229, marzo 2007, Uruguay.

¹⁸⁸ YASSIN, Omar N. *apud in* HIERREZUELLO, op. cit., p. 326.

¹⁸⁹ Op. cit., p. 329.

¹⁹⁰ VENOSA, op. cit., Vol. II, p. 135.

¹⁹¹ RACCIATTI, op. cit.

respecto a la Seguridad Social, y durante el año siguiente a la terminación de su encargo, responderá solidariamente de las obligaciones de naturaleza salarial contraídas por los contratistas y subcontratistas con sus trabajadores y de las referidas a la Seguridad Social durante el período de vigência de la contratada.

Há também previsão de cessão de mão-de-obra, pelas empresas de trabalho temporário. No entanto, a cessão será ilegal se houver mera interposição de mão-de-obra ou se a empresa cessionária careça de meios necessários para o desenvolvimento de suas atividades. O art. 43, que trata dessa matéria, no item 3 estabelece as seguintes sanções:

43. Cesión de trabajadores

1. (...)

2. (...)

3. Los empresarios, cedente y cesionario, que infrinjan lo señalado en los apartados anteriores responderán solidariamente de las obligaciones contraídas con los trabajadores y con la Seguridad Social, sin perjuicio de las demás responsabilidades, incluso penales, que procedan por dichos actos.

Neste caso, foram adotados o critério da culpa in vigilando na terceirização de obras e serviços e na cessão de mão-de-obra, na capacidade econômica da cessionária.

No **México** a Ley Federal del Trabajo há previsão de responsabilidade solidária na contratação de mão-de-obra e na contratação de obras e serviços, quando feita de forma exclusiva ou principal para a tomadora:

Artículo 13.- No serán considerados intermediarios, sino patrones, las empresas establecidas que contraten trabajos para ejecutarlos con elementos propios suficientes para cumplir las obligaciones que deriven de las relaciones con sus trabajadores. Em caso contrario serán solidariamente responsables con los beneficiarios directos de las obras o servicios, por las obligaciones contraídas con los trabajadores.

Artículo 15.-En las empresas que ejecuten obras o servicios en forma exclusiva o principal para otra, y que no dispongan de elementos propios suficientes de conformidad con lo dispuesto en el Artículo 13, se

observarán las normas siguientes:

I. La empresa beneficiaria será solidariamente responsable de las obligaciones contraídas con los trabajadores; (...)

O critério para responsabilização solidária foi pautado na escolha de parceiros que tenham capacidade econômica para arcar com seus encargos e a empresa ser beneficiária do trabalho contratado.

No **Paraguai**, o Código del Trabajo, Ley nº 213, trata da terceirização diferenciando o intermediário da empresa autônoma, dependendo se o exercício da atividade é de caráter ordinário ou extraordinário.

Art. 25. Serán considerados como representantes del empleador y, en tal concepto, obligan a éste en sus relaciones con los demás trabajadores:

a) los directores, gerentes, administradores, capitanes de barco y, en general, las personas que ejerzan funciones de dirección o administración, con el asentimiento del emleador; y

b) los intermediarios.

Se entiende por intermediários las persons que contratan los servicios de outra u otras para ejecutar trabajos em beneficio de um empleador, aun cuando aparezcan como empresários independientes organizando los servicios de determinados trabajadores para realizar trabajos em los cuales utilicen locales, equipos, materiales u otros elementos de um empleador para beneficio de este y em atividades ordinarias inherentes o conexas del mismo. Todo intermediario debe declarar su calidad y el nombre del empleador por cuenta de quien actúa, al celebrar contratos de trabajo. Em caso contrario, responde solidariamente com el empleador de las obligaciones legales y contractuales pertinentes.

Há neste caso, a tentativa de coibir a utilização da Pessoa Jurídica como forma de não cumprimento das obrigações trabalhistas. Assim, se a tomadora contratar a terceirização de mão-de-obra para atividades que não lhes sejam extraordinárias, será tida como empregadora direta.

No **Peru** há regulamentação diferenciada para intermediação de mão-de-obra e para terceirização. A Lei 27.626, que regula a intermediação de mão-de-obra, estabelece no art. 3º essa possibilidade somente no caso de trabalhos temporários, complementares ou especializados, não podendo ser terceirizados os serviços que

impliquem a execução permanente da atividade principal da tomadora. A Lei 29.245 define a terceirização a contratação de empresas que desenvolvam atividades especializadas ou obras, não cabendo em hipótese alguma o provisionamento exclusivo de pessoal. Exige que a empresa contratada tenha recursos financeiros, técnicos e materiais próprios, com pluralidade de clientes. Nesse tipo de contratação a Lei estabelece no art. 9º:

La empresa principal que coantrate la realización de obras ou servicios con desplazamento de personal de la empresa tercerizadora es solidariamente responsable por el pago de los derechos y beneficios laborales y por las obligaciones de seguridad social devengados por el tiempo en que el trabajador estuvo desplazado. Dicha responsabilidad se extiende por um año a la culminación de su desplazamiento. La empresa tercerizadora mantiene su responsabilidad por el plazo establecido para la prescripción laboral.

No **Chile** o § 1º do art. 2º da Lei 20.123 disciplina especificamente o trabalho em regime de subcontratação e adverte que se os requisitos de independência da empresa terceirizadora não forem cumpridos ou se constatado que a terceirização é limitada ao fornecimento de mão-de-obra, o vínculo do trabalhador será direto com a tomadora, sem prejuízo das sanções cabíveis, dada a vedação desse tipo de contrato nos termos do art. 478. A responsabilidade solidária da tomadora está estabelecida no art. 183-B nos seguintes termos:

La empresa principal será solidariamente responsable de las obligaciones laborales y previsionales de dar que afecten a los contratistas em favor de los trabajadores de éstos, incluídas las eventuales indemnizaciones legales que corresponndan por término de la relación laboral. Tal responsabilidad estará limitada al tiempo o período durante el cual el o los trabajadores prestaron servicios en régimen de subcontratación para la empresa principal.

Na **Colômbia**, o Código Sustantivo del Trabajo, no art. 32, equipara a representantes da empresa, assim como na legislação Paraguaia, os diretores, gerentes, administradores e os intermediários, havendo vínculo direto dos trabalhadores com a empresa principal. E no art. 34 define a subcontratação de empresa independente e autônoma, mas estabelecendo a responsabilidade solidária da tomadora, a menos que a atividade seja estranha às atividades normais da empresa:

*1. son contratistas independientes y, por tanto, verdaderos patronos y no representantes ni intermediários, las personas naturales o jurídicas que contraten la ejecución de una o varias obras o la prestación de servicios en beneficios de terceros, por un precio determinado, asumiendo todos los riesgos, para realizarlos con sus propios medios y con libertad y autonomía técnica y directiva. Pero el beneficiário del trabajo o dueño de la obra, a menos que se trate de labores extrañas a las actividades normales de su empresa o negocio, será **solidariamente responsable** con el contratista por el valor de los salários y de las prestaciones e indemnizaciones a que tengan derecho los trabajadores, solidaridad que no obsta para que el beneficiário estipule con el contratistas las garantías del caso o para que repita contra él lo pagado a esos trabajadores.*

Na **Venezuela** a lei define intermediário a pessoa que em nome próprio e em benefício de outro utilize os serviços de um ou mais trabalhadores. Para este tipo de contrato a lei determina a Lei Orgânica do Trabalho, no art. 54 determina a responsabilidade solidária da tomadora.

No art. 55, a lei exclui da conceituação de intermediário e, conseqüentemente da responsabilidade solidária as empresas ou pessoas naturais que executam obras com seus próprios elementos, no entanto, excepciona essa exclusão se a empresa contratada exerce atividade inerente ou conexa com a do tomador. O art. 56 assim especifica:

*Artículo 56. A los efectos de establecer la **responsabilidad solidaria** del dueño de la obra o beneficiario del servicio, se entiende por inherente, la obra que participa de la misma naturaleza de la actividad a que se dedica el contratante; y por conexa, la que está en relación íntima y se produce con ocasión de ella. (...)*

Artículo 57. Cuando un contratista realice habitualmente obras o servicios para una empresa en un volumen que constituya su mayor fuente de lucro, se presumirá que su actividad es inherente o conexa con de la empresa que se beneficie con ella.

No **Equador** a legislação trabalhista já restringia a contratação por terceirização nos casos de substituição de trabalhadores em folga, para realizar trabalhos de

periculosos, na substituição de trabalhador estável e permanente etc.

Atualmente a vedação à intermediação de mão-de-obra e à terceirização das atividades próprias e habituais da empresa, é determinada por sua Constituição, promulgada em 2008. O art. 327 assim prescreve:

Art. 327.- La relación laboral entre personas trabajadoras y empleadoras será bilateral y directa. Se prohíbe toda forma de precarización, como la intermediación laboral y la tercerización en las actividades propias y habituales de la empresa o persona empleadora, la contratación laboral por horas, o cualquiera otra que afecte los derechos de las personas trabajadoras en forma individual o colectiva. El incumplimiento de obligaciones, el fraude, la simulación, y el enriquecimiento injusto en materia laboral se penalizarán y sancionarán de acuerdo con la ley.

E o Mandato Constituinte nº 8 prevê a possibilidade de contratação de atividades complementares como limpeza, alimentação e vigilância, mas sem prejuízo da responsabilidade solidária que deve ser inerente a quem se beneficiou com o trabalho alheio:

*Art. 3.- Se **podrán** celebrar contratos con personas naturales o jurídicas autorizadas como prestadores de actividades complementarias por el Ministerio de Trabajo y Empleo, cuyo objeto exclusivo sea la realización de actividades complementarias de: vigilancia, seguridad, alimentación, mensajería y limpieza, ajenas a las labores propias o habituales del proceso productivo de la usuaria.*

Art. 4.- En los contratos a que se refiere el artículo anterior, la relación laboral operará entre los prestadores de actividades complementarias y el personal por esta contratado en los términos de la ley, sin perjuicio de la responsabilidad solidaria de la persona em cuyo provecho se preste el servicio.

Como se deduz, a regra é a responsabilidade solidária, estando a subsidiariedade condicionada ao controle e retenção de valores para pagamento dos empregados da terceirizadora. Todos os países responsabilizam solidariamente a intermediação de mão-de-obra, que em linhas gerais consiste na contratação de empresa que disponibiliza seus empregados para a empresa tomadora, contratam em nome próprio

os serviços em benefício de outra empresa. Senão vejamos:

Quadro Sinóptico

País	Objeto de Terceirização	Efeitos
Paraguai	Atividade Ordinária da tomadora	Solidariedade
	Mão-de-obra	Vínculo direto com a tomadora
México	Obras e Serviços se exclusivos ou principal	Solidariedade
	Mão-de-obra	Solidariedade
Peru	Obras e Serviços	Solidariedade
	Mão-de-obra e atividade permanente	Vedação
Argentina	Qualquer (exige controle pela tomadora)	Solidariedade
Chile	Obras e Serviços	Solidariedade
	Mão-de-obra ou empresa dependente	Vínculo direto com a tomadora
Colômbia	Atividades conexas à principal	Solidariedade
	Mão-de-obra	Vínculo direto
Espanha	Atividade própria da tomadora	Solidariedade
	Mão-de-obra exceto temporários	Vedação
Venezuela	Atividades conexas ou inerentes	Solidariedade
	Mão-de-obra	Solidariedade
Equador	Serviços complementares	Solidariedade
	Mão-de-obra	Vedação Constitucional
Uruguai	Obras e Serviços	Solidariedade
	Mão-de-obra	Solidariedade

Diante dos desafios apresentados, URIARTE e COLOTUZZO¹⁹² propõem:

- a) a reconstrução do conceito de empresa, responsabilizando os beneficiários do trabalho alheio;*
- b) a imposição da responsabilidade solidária a todo empresário que*

¹⁹² Idem. p. 93.

terceirize;

c) a imposição da igualdade entre os trabalhadores terceirizados e trabalhadores da empresa principal;

d) a aplicação do princípio da primazia da realidade sobre as formas jurídicas.

Como se constata, atualmente, o descumprimento das normas trabalhistas é tão tolerado, que as propostas tidas como inovadoras, nada mais são que o simples cumprimento de normas há muito vigentes no Códigos Trabalhistas.

A preocupação com a precarização das relações trabalhistas fez com que os países adotassem medidas de contensão para exploração. Uma das medidas que se impôs foi a responsabilização solidária das empresas controladoras da rede de produção, como forma de efetivação do Direito do Trabalho.

8. FORMAS DESCENTRALIZADAS DE PRODUÇÃO

8.1. Aspectos Gerais

As transformações no modo de produção fizeram com que a estrutura clássica da empresa passasse de puramente vertical para horizontalizada. A relação capital e trabalho se dá em forma de rede tornando mais complexo o ciclo produtivo.

A produção descentralizada não é uma novidade, mas o desenvolvimento das relações produtivas gerou um aumento qualitativo e quantitativo, passando a ser externalizadas não só as atividades de maior complexidade e especialização, mas também as atividades permanentes, por adequação e conveniência.

Por meio da segmentação do processo produtivo e de diversos acordos de cooperação, ou subordinação, as empresas passaram a transferir as atividades outrora exercidas internamente. A realização de seus objetivos sociais passou a ser delegada não só para seus próprios empregados, mas também para outras organizações.

Essa distribuição produtiva pode ocorrer por meio de outras empresas, pela cooperação empresarial ou pode se dar internamente, distribuindo as funções no âmbito de suas próprias unidades, atribuindo maior autonomia e poder de gestão ao longo de sua estrutura¹⁹³. Também no âmbito das empresas delegadas, pode haver subcontratações, fragmentando ainda mais o processo produtivo em uma rede cada vez mais densa.

A descentralização, a terceirização em sentido amplo ou a externalização são tidas como sinônimos de uma forma de organizar o processo produtivo para obtenção de bens e serviços, baseada em uma técnica de gestão que consiste em contratar com provedores externos para certas fases ou atividades de uma empresa, na denominada cooperação interempresarial.

Outrossim, a empresa principal orchestra várias outras empresas, muitas delas unipessoais e economicamente dependentes, criando uma rede de satélites¹⁹⁴, dando coesão para que esse conjunto cumpra seu objeto social.

Essa sistemática permitiu a utilização de trabalhadores, cuja única opção passou a ser a prestação de serviço autônomo, em lugar do trabalho subordinado.

¹⁹³ HIERREZUELLO, op. cit., p. 673.

¹⁹⁴ Idem p. 678.

8.2. Nomenclatura e Classificação

No âmbito do Direito Empresarial são várias as formas possíveis para a descentralização produtiva, o que originou várias classificações e nomenclaturas diversas para o mesmo fenómeno, ou ao contrário, o mesmo nome para fenómenos diversos.

A doutrina espanhola, por exemplo, denomina terciarização a transferência de atividades do setor industrial ao setor de serviços e terceirização a contratação externa de atividades anteriormente desenvolvidas no interior da estrutura industrial.¹⁹⁵

Também se costuma distinguir a descentralização de obras e serviços da descentralização pela subcontratação de mão-de-obra. Pode ser segundo os objetivos, se focal, em serviços especializados, ou por custos. Pode ocorrer pela estratégia em rede de grandes empresas que elaboram seu plano produtivo, utilizando-se de outras pequenas empresas que gravitam ao seu redor; de conglomerados regionais de empresas de mesmo porte; de empresas que contratam terceirizadoras de mão-de-obra; por trabalho em domicílio, que pode ser eletrônico ou manual¹⁹⁶.

A doutrina Argentina¹⁹⁷ assim classifica:

- Pela atividade:
 - Descentralização de atividade acessória ou complementar
 - Descentralização de atividade principal ou nuclear
- Pela estrutura
 - Vertical – A empresa realiza integralmente sua atividade, terceirizando outras que, sejam principais ou periféricas não fazem parte do processo produtivo. A terceirização de limpeza ou segurança são exemplos. Equipara-se à terceirização por dentro.
 - Horizontal – A empresa fragmenta ou segmenta seu processo produtivo, muitas vezes apenas coordenando as atividades das empresas por ela contratadas, ou apenas finalizando o processo embalando o produto e realizando sua venda: é o que ocorre com as grandes marcas, as fábricas de automóveis, por exemplo.

¹⁹⁵ URIARTE, op. cit., *Descentralización*, p. 14.

¹⁹⁶ Classificação trazida por: HERBERT, María Marta e SILVEIRA, Jorge. *Repercusión de la Descentralización em el problema del empleo*. In: Grupo de los Miercoles. *Cuarenta y dos estudios sobre la descentralización empresarial y el Derecho del Trabajo*. Montevideo: Fundación de Cultura Universitária, 2000, p. 59 e 60.

¹⁹⁷ HIERREZUELLO, op. cit., p. 684.

- Pela relação interempresarial
 - Vertical – Por constituição de filiais
 - Horizontal – pelo agrupamento de empresas juridicamente autônomas
- Pelo objetivo
 - Fraudulentas – Tem como finalidade essencial a diminuição de custos pela exoneração dos encargos, imputando a responsabilidade exclusivamente a empresas geralmente sem aporte financeiro e estrutural.
 - Reais - São processos transparentes, nos quais a participação das empresas é colocada de modo claro, enfrentando eventual responsabilização.

No âmbito da OIT, são mencionadas a subcontratação da produção de bens e serviços e a de mão-de-obra¹⁹⁸.

Subcontratação em sentido amplíssimo – Envolve inclusive a descentralização empresarial entre empresas relativamente independentes. Reporta-se a um conceito mais sociológico e econômico.

Subcontratação em sentido amplo – Reporta-se aos instrumentos jurídicos para realização da descentralização.

Subcontratação em sentido estrito – Especifica qual dos instrumentos dentro do aparato jurídico está sendo utilizado. Nesta última se faz a distinção entre intermediação, terceirização e subcontratação de mão-de-obra.

Em suma, a descentralização é gênero e a terceirização, a intermediação, a interposição, o outsourcing, a subcontratação, a subempreitada, o franchising, a produção em rede, espécies. A empresa se descentraliza fazendo uso de pessoas físicas ou jurídicas, com autonomias reais ou aparentes, chegando a compor redes em nível nacional, regional ou mundial.

O centro de imputação de responsabilidade previsto classicamente no Direito do Trabalho, se interpretado de forma clássica, não mais atende a essa forma difusa do aproveitamento do trabalho realizado e o arcabouço jurídico perde sua eficácia jurídica

¹⁹⁸ URIARTE & COLOTUZZO, op. cit., 14.

e social para o qual foi criado.

Teoricamente, o vínculo empregatício se daria diretamente em cada uma das subcontratadas na medida em que, mais faticamente que juridicamente, possuam aporte econômico e sejam capazes de suportar os riscos de forma autônoma.

No entanto, independente da formalidade, se por empresa interposta, ou por filiais, resta claro que em toda essa cadeia de produção, o empresário principal se beneficia do trabalho de cada um dos empregados de suas subcontratadas. Daí a justificativa de sua responsabilização no caso de inadimplemento de qualquer uma de suas contratadas.

A empresa detentora do grande capital se virtualiza exteriorizando totalmente sua produção e se desvinculando da relação direta com o trabalhador. A função essencial passa a ser a coordenação da produção, impossibilitando o reconhecimento da atividade principal nos moldes classicamente determinados.

Como exemplo, podemos citar as antigas fábricas de automóveis, hoje, para justificar a possibilidade de terceirização são nomeadas montadoras, com todo o processo industrial externalizado. A grande empresa gerencia os múltiplos parceiros juridicamente autônomos, submetendo-se somente aos contratos de natureza civil com as empresas, distanciando-se do vínculo laboral por intermédio de relações triangulares.

8.3. Efeitos da descentralização

As consequências¹⁹⁹ da descentralização são muito vantajosas para empresa:

1. Permite sobreviver às convulsões econômicas e enfrentar a competitividade internacional;
2. Ajusta-se às demandas atuais;
3. Possibilita a adequação da planilha de trabalhadores em função da curva de atividade da empresa;
4. Desliga-se dos custos e responsabilidades laborais de parte de seu pessoal;

¹⁹⁹ RODRÍGUEZ, Américo Plá. *La descentralización empresarial y el Derecho del Trabajo*. In: *Cuarenta y dos estudios sobre la descentralización empresarial y el Derecho del Trabajo*. Grupo de Los Miercoles. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 2000, p.16 e 17.

5. Pode concentrar sua atenção e investimentos no foco principal da empresa.

Por outro lado, para os trabalhadores as sequelas são em geral negativas:

1. Houve um aumento no nível de desemprego, da informalidade e um aumento de empresas unipessoais, nas quais o trabalhador é quem assume todas as responsabilidades empresariais;
2. Formação de grupos com alta concentração de renda; A subcontratação permite às grandes empresas se beneficiarem dos menores custos das unidades informais pela supressão de Direitos, isentando-se de qualquer responsabilidade, protegidos por trás de um contrato civil entre empresas, supostamente autônomas.
3. Como terceirizados, passaram a receber menores salários, são excluídos da proteção individual e coletiva, com perda da identidade e a consequente falta de comprometimento e de qualificação profissional;
4. No âmbito coletivo, os sindicatos perderam o poder de negociação pela dispersão física e fragmentação da produção. Crise sindical: a forma descentralizada transfere a concorrência para a relação entre os trabalhadores, onde cada qual deve arcar com sua formação e disputa de mercado, destruindo o paradigma da solidariedade que foi base para a formação dos sindicatos. O grande contingente de desemprego, as disparidades na remuneração são elementos que configuram esta fratura. Os interesses dos trabalhadores se tornam contrapostos A redução do poder dos Sindicatos, em escala mundial, se manifesta por sua pulverização²⁰⁰. O trabalho em domicílio, os autônomos, enfim a dispersão na distribuição de trabalho não é propícia para a convergência dos interesses. Essa dispersão trouxe a formação de sindicatos atomizados e cooptados.
5. Por conseguinte, pela diminuição da adesão e dos salários o sistema de seguridade social também se compromete. Crise na seguridade social: o desemprego, o trabalho informal e precarizado traz a descapitalização do sistema. Para tornar palatável a insegurança trazida, o discurso do Estado

²⁰⁰ LEDUR, op. cit. p. 178 e 179.

Mínimo é tido como forma de desenvolvimento econômico. A segurança social é transformada em vilã do progresso econômico.

Sem a contraposição, o capital se desenvolve livremente na busca de seu único objetivo que é o lucro. Disto resulta a flexibilização do Direito do Trabalho no sentido da desregulamentação, sempre suprimindo os direitos, outrora tidos como básicos, mínimos. A descentralização, pelos seus efeitos, passa a ser um dos objetivos da empresa.

A desigualdade entre capital e trabalho aprofunda-se com a desintegração da coletividade dos trabalhadores e a formação de novos coletivos no âmbito das empresas, traduzida pelas novas formas de grupos econômicos com grande poder de fogo.

Conclusão

As grandes empresas se desmaterializaram, tornando-se meras coordenadoras, descaracterizando a própria produção como objeto social de suas atividades, de forma que as relações jurídicas que compõem o funcionamento de sua atividade são exclusivamente de caráter civil ou comercial com as empresas interpostas.

Como observa Márcio Túlio Viana:

*Desse modo, apenas em termos formais é que a fábrica se horizontaliza. Em termos reais, continua vertical, na medida em que detém sobre os parceiros invisíveis relações de domínio. Esse fenômeno é ainda mais presente quando se trata de um trabalhador isolado, ou uma empresa familiar, ou ainda uma cooperativa de produção*²⁰¹.

A descentralização produtiva permitiu a existência de empresas formalmente sem empregados. No entanto, permanece a exploração e o Direito do Trabalho é o instrumento de vinculação jurídica do capital ao trabalho de forma que aquele retribua à sociedade parte do benefício que tal exploração lhe oferece²⁰².

Por outro lado, criticando as privatizações, o prêmio Nobel de economia de 2002²⁰³, observa que o impacto do desemprego, assim como a precarização das relações trabalhistas são custos sociais que interferem diretamente na eficiência do sistema como um todo, manifestando-se em forma de violência urbana, pelo aumento da

²⁰¹ VIANA, Márcio Túlio. AS RELAÇÕES DE TRABALHO SEM VÍNCULO DE EMPREGO E AS NOVAS REGRAS DE COMPETÊNCIA www.trt3.jus.br. Consulta em 10.01.2011.

²⁰² SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. *Curso de Direito do Trabalho: A relação de emprego*. Vol. II. São Paulo: LTr, 2008, p. 125.

²⁰³ STIGLITZ, Joseph E. *A globalização e seus malefícios: a promessa não cumprida de benefícios globais*. São Paulo: Futura, 2002, p. 89.

criminalidade e um desassossego social e político.

O que se conclui é que as vicissitudes econômicas determinam novas formas de produção e a legislação deve ser flexível para atender suas demandas, mas nunca em detrimento do ser humano. O patamar mínimo, traçado pelos Princípios Constitucionais e Princípios do Direito do Trabalho deve ser respeitado, sob pena de justificar o que já se fez outrora, o trabalho escravo.

Como há laços indissociáveis entre a Dignidade da Pessoa Humana e o direito ao trabalho justamente remunerado, qualquer atividade econômica deve ser compatibilizada àquele fundamento.²⁰⁴

Neste sentido, Alejandro Castello²⁰⁵ entende que para enfrentar a flexibilização da organização do capital, é necessário que o Direito do Trabalho utilize seus instrumentos no sentido de flexibilizar e ampliar a responsabilidade dos agentes que participam do processo de terceirização.

²⁰⁴ LEDUR, op. cit., p. 102 e 103.

²⁰⁵ *Responsabilidad Solidária em el derecho del trabajo*. Montevideo: Fundación de Cultura Universitária, 2004, p. 22.

9. TERCEIRIZAÇÃO

Conceito

O fenômeno da terceirização ainda não é definido legalmente pelo direito. É uma construção doutrinária advinda do campo da administração e da economia. É a forma mais comum de descentralização e a mais problemática.

Mesmo no âmbito da OIT, houve tentativas de conceituação, mas não houve consenso, pela oposição de alguns governos e empresários²⁰⁶.

Na doutrina nacional, Magano²⁰⁷ define como a transferência a terceiros de atividade anteriormente a cargo da própria empresa, podendo ser de toda e qualquer atividade ou das chamadas atividades-meio.

Em artigo que examina a legitimidade dessa técnica em face aos princípios do Direito do Trabalho, o Professor Pedro Vidal define como *a transferência, a outras organizações, de certos serviços ou atividades, que se põem como atividades-meio, para que uma empresa possa desenvolver suas atividades-fim*²⁰⁸.

CATHARINO²⁰⁹, de forma diversa explica a quem se denomina terceiro:

O empregado de fornecedor de serviços não é parte no contrato que este celebra com o tomador. É terceiro, daí a “terceirização”, mas não no sentido absoluto, pois o empregado é contratado pelo fornecedor para que este cumpra obrigação assumida com o tomador, pelo que trabalha para este, onde estiver estabelecido. Ter quem trabalhe para si, sem ser seu empregado, é a razão da “terceirização”.

Um conceito genérico seria a entrega de uma determinada atividade periférica a empresa autônoma especializada.²¹⁰

Esse conceito se desenvolveu no tempo, com a adoção do sistema toyotista de produção, que nasceu como forma de enfrentamento concorrencial ao sistema

²⁰⁶ URIARTE e COLOTUZZO, op. cit., p. 35.

²⁰⁷ Octavio Bueno. *Alcance e Limites da Terceirização no Direito do Trabalho*. In: PINTO, José Augusto Rodrigues. *Noções atuais de Direito do Trabalho: Estudos em homenagem ao Professor Elson Gottschalk*. São Paulo: Ltr, 1995, p. 281.

²⁰⁸ *Aspectos Jurídicos da Terceirização*. In: *Revista do Direito do Trabalho*. no. 80, Dezembro de 1992, p. 24.

²⁰⁹ José Martins. *Neoliberalismo...* op. cit., p. 72.

²¹⁰ CARELLI, Rodrigo de Lacerda. *Terceirização e direitos trabalhistas no Brasil* In: DRUCK, Graça e FRANCO, Tânia. (orgs) *A perda da razão social do trabalho: terceirização e precarização*. São Paulo: Boitempo, 2007, p. 59.

fordista. As bases do toyotismo estão fundadas na utilização de técnicas fordistas, mas com a redução do desperdício, utilização do trabalho morto, ou seja, com a intensificação do trabalho que passa de especializado a polivalente²¹¹.

Essa transformação aumentou consideravelmente a produção, com a redução dos custos, representada, principalmente, pela redução do número de mão-de-obra.

No Brasil sua utilização não é nova na agricultura, por sua sazonalidade. Mas o crescimento de sua utilização se deu nas últimas décadas. A falta de regulamentação específica do fenômeno não constituiu óbice para tanto, pelo contrário, foi amplamente encampada à realidade econômica mundial e se viabilizou com a flexibilização dos Direitos Trabalhistas, indicando um alto grau de liberdade na sua utilização.²¹²

A subcontratação é realizada de várias formas: o trabalho em domicílio, contratação de autônomos ou pessoas jurídicas, contratação de cooperativas de mão-de-obra e empresas de interposição de mão-de-obra.

Os objetivos da terceirização, segundo a visão empresarial são²¹³:

- Que a empresa se centre mais no que melhor faz para obter lucro e deixe que outros manjem as funções de apoio que, ainda que básicas na manutenção da organização, não são produtoras intrínsecas de benefício empresarial;
- Externalizar operações específicas a empresas especializadas, obtendo maior eficiência e economia evitando a aquisição de infraestrutura de atividades periféricas
- Conseguir se adaptar às instabilidades dos mercados.

Ocorre uma redução nas dimensões da empresa, com a externalização das atividades centrais e periféricas, mas mantendo a relação de dominação e coordenação.

A terceirização na maioria das vezes é utilizada unicamente para diminuição dos custos, no âmbito individual da empresa, e no âmbito coletivo para inviabilizar qualquer possibilidade de ação coletiva por parte dos trabalhadores. O pior é que esses efeitos, ainda que não premeditados, são produzidos²¹⁴.

Por consequência a igualdade antes pressuposta nas negociações

²¹¹ ROSSO, Sadi Dal. *Mais Trabalho!: a intensificação do labor na sociedade contemporânea*. São Paulo: Boitempo, 2008, p.67.

²¹² DRUCK, Graça e FRANCO, Tânia. (orgs) *A perda da razão social do trabalho: terceirização e precarização*. São Paulo: Boitempo, 2007, p. 27.

²¹³ URIARTE e COLOTUZZO, op. cit., p. 18.

²¹⁴ Idem p. 10.

coletivas deixa de existir, tanto pelo empoderamento da empresa como pelo enfraquecimento dos sindicatos.

Na terceirização o trabalhador agora é explorado pela empresa principal e pela intermediária. Seu salário será sensivelmente diminuído, pois o intermediário não irá trabalhar de graça, provocando a precarização na rede de produção.

Justificada em tese pelo avanço tecnológico e alta especialização da atividade, o que se verifica na realidade é que a terceirização é utilizada quase que com exclusividade para trabalhos não qualificados, preponderantemente físico, manual e prestado de modo permanente. A redução de custos é conseguida pelos baixos salários e muito comumente, mediante o descumprimento dos encargos trabalhistas, previdenciários e tributários. É uma via aberta para exploração do trabalho humano na forma mais perversa, pois os riscos são todos atribuídos ao trabalhador, já que a prestadora não necessita de qualquer patrimônio pela natureza de sua atividade que, em verdade, não é mera exploração, mas a venda do direito de exploração.

A súmula 331 do TST ampliou as possibilidades de terceirização, propiciando o cometimento de fraudes, diante do aparecimento dessas empresas sem organização própria, sem qualquer suporte econômico que servem como testa de ferro para as verdadeiras empregadoras, diante da discussão entre atividade-meio e atividade-fim e a previsão da responsabilidade apenas subsidiária. Houve a transferência total do risco de contratação de empresa inidônea pela tomadora, para o trabalhador.

Essa técnica tem sido amplamente utilizada pelas grandes empresas, transferindo os riscos a empresas menores, com menos visibilidade, extraíndo a mais-valia por intermédio das menores, que, por sua vez, se obriga a tornar cada vez mais precário o trabalho de seus empregados. A grande empresa fica com os empregados melhor qualificados, protegidos pelos direitos trabalhistas, enquanto as menores utilizam a mão-de-obra flexível, sem qualquer especialização e poder de barganha diante do desemprego, com menores salários e benefícios sociais e trabalhistas. E desta forma que a grande empresa mantém sua imagem limpa, *enquanto a outra faz o jogo sujo*²¹⁵.

Na busca de eficiência no mercado, as empresas, sem qualquer responsabilidade, tornaram-se livres para apropriação da mão-de-obra em níveis próximos

²¹⁵ VIANA, Márcio Túlio. *Terceirização e Sindicato: um enfoque para além do jurídico*. In: *Legislação do Trabalho: publicação mensal de legislação, doutrina e jurisprudência*. Ltr: Ano 67, no. 7, julho 2003, p. 781.

da escravidão.

Como foi constatado em pesquisa efetuada pelo Observatório Social, que verificou a média de preço de 10% a 15% menor da C&A para Renner, pela utilização de mão-de-obra imigrante, sobretudo da Bolívia, em oficinas clandestinas²¹⁶. O fenômeno se concretiza por predadores de mão-de-obra conhecidos como “coiotes” no comércio internacional e como “gatos” na grande lavoura.

A terceirização propiciou o crescimento da informalidade e de sociedades unipessoais, agora em substituição ao trabalho subordinado. Antes empregados, por falta de opção tornaram-se exploradores de si próprios, sem qualquer limite de jornada, salários ou condições de trabalho. Os chamados autônomos nada têm de autonomia. São submetidos à lógica do monopólio exercido por determinadas empresas, que comandam seu ritmo de trabalho, seu preço, sua vida.

A terceirização traz também duplo efeito no que diz respeito ao fomento à discriminação. O primeiro é o estereótipo que se cria entre empregados e terceirizados, imputando aos últimos a pecha de empregados de segunda categoria, que lidam com trabalhos não especializados e ganham salários bem mais inferiores que os primeiros.

O segundo é a utilização de mão-de-obra imigrante clandestina, que por sua condição irregular se submete a trabalhar em qualquer condição, impossibilitados de reivindicar qualquer dos seus direitos. É a utilização racional da discriminação: a estratégia do bom negócio²¹⁷.

A discriminação, desagregadora da integração entre trabalhadores, aprofunda a competição eliminando qualquer sentimento de alteridade, que fica reservado para nichos empresariais de cooperação como campanhas globais de solidariedade, desvinculadas do cotidiano das pessoas. Tornam-se sem sentido os sindicatos ou qualquer movimento que se caracterize como sendo de determinada classe social.

O trabalho da mulher que poderia representar sua independência, nessa lógica, passa a ser instrumento de pressão para diminuição dos salários dos trabalhadores em geral, tendo em vista que elas se submetem a salários menores que dos homens, integradas nesse mundo apenas como complemento do salário familiar.

²¹⁶ CASARA, Marques. *Que moda é essa?* In: *Observatório Social em Revista*, maio de 2006, no. 10, p. Também disponível em www.os.org.br.

²¹⁷ VIANA, op. cit., *Terceirização e Sindicato...*, p. 783.

A fragmentação da produção traz também grandes dificuldades para o trabalhador reconhecer a cadeia dos beneficiários de sua mão-de-obra. Essa dificuldade é agravada com a exigência do judiciário de provas inequívocas da relação entre as empresas que, por conluio, negam qualquer vínculo, blindando a empresa principal de qualquer prejuízo²¹⁸.

Como se verifica, as sequelas trazidas pela adoção da terceirização não se coadunam com os Princípios Constitucionais, nem com o Direito do Trabalho. Se não a vedação expressa, o mínimo que se impõe é a responsabilização solidária das empresas beneficiárias, não só objetivando a justiça individual, mas exigindo das tomadoras uma conduta diligente na escolha de suas parceiras.

Reforça a aplicação da responsabilidade solidária, a teoria do risco-proveito, consubstanciada no art. 927 do Código Civil, no qual a responsabilização da tomadora é direta, imediata e independente de culpa. Ainda que não se admitisse essa objetividade, a tomadora seria responsável pela culpa presumida *in eligendo* e *in vigilando*.

Impõe-se, portanto, a responsabilização solidária da empresa tomadora, pois o resultado na aplicação das normas trabalhistas não pode ser menos benéfico que a aplicação do Direito Civil.

Por outro lado, Catharino²¹⁹ entende que há analogia evidente, nos termos do art. 8o. da CLT, entre a subempreitada e qualquer prestação de serviços interempresarial, sendo imprescindível a aplicação do 455 em tais casos. E identifica a subempreitada como espécie de *marchandage*, pois marcada pela tendência de exploração do trabalhador pelo empreiteiro e subempreiteiro, levando, comumente, à fraude alei, como forma de redução de custos.

Vejamos então o que seria *marchandage*.

9.2. A identidade entre a terceirização e o marchandage

A vivência das primeiras experiências na era da industrialização demonstrou que o poder de exploração do homem pelo homem não tem limites. Essa realidade, somada ao ideal socialista, fez surgir movimentos sociais que foram objeto de preocupação dos Estados.

²¹⁸ Esclarece bem essa situação o Acórdão, em anexo, do TRT 15ª R. n. 00468-2007-082-15-00-8 ROPS, 6a. T. - 12a. Câmara – Rel.: Jorge Luiz Souto Maior. do TRT da 15a. Região, foi publicado em 24/10/08.

²¹⁹ Op. cit. *Sequelae*...p. 79.

O caráter revolucionário dos movimentos sociais surgidos em decorrência de um número crescente de trabalhadores miseráveis fez com que a questão social fosse abordada, no âmbito global, pelo Tratado de Versalhes, no Capítulo XIII, no qual foi instituída a OIT, conferindo uma tutela especial ao trabalho na esfera internacional e tendo como um dos princípios fundamentais a afirmação de que o trabalho não é mercadoria.

No entanto, ontologicamente falando, na economia de mercado tudo se transforma em mercadoria e não é diferente para o trabalho, que é a única coisa que as pessoas que nada possuem para vender, têm como moeda troca.

Então, na realidade, a mercantilização do trabalho não foi vedada, pois é a base para acumulação capitalista. No entanto, a mercantilização não poderia ser livre, adotou-se como limite a vedação ao agenciamento da mão-de-obra, prática comum²²⁰ na época do surgimento do Direito do Trabalho.

Esse vedação se explica, primeiro pela natureza peculiar dessa mercadoria, que não pode se destacar de seu proprietário; segundo para que exploração não se torne potencialmente mais profunda, pois a exploração se daria ao longo da cadeia de empresas e também pela potencialização da ocorrência de fraudes à legislação trabalhista.

Nesse sentido, o Código de Trabalho Francês definiu esse limite da exploração, como delito de *marchandage*, que é conceituado nos seguintes termos:

Article L 125-1

*Toute opération à but lucratif de fourniture de main-d'œuvre qui a pour effet de causer un préjudice au salarié qu'elle concerne ou d'éluder l'application des dispositions de la loi, de règlement ou de convention ou accord collectif de travail, ou "marchandage", est interdite*²²¹.

Então, a mercantilização da mão-de-obra por empresa interposta se identificou com o *marchandage*, cuja vedação decorreu da constatação de que nenhuma sociedade suportaria os efeitos do que Polanyi²²² chamou de grosseiras ficções e extrema artificialidade da economia de mercado, consubstanciada na utilização do trabalho como mercadoria, tendo em vista que o homem é o portador dessa mercadoria peculiar e sua

²²⁰ SOUTO MAIOR, op. cit. *Curso...*p. 227.

²²¹ *Toda operação com o propósito lucrativo de fornecimento de mão-de-obra, que cause prejuízo ao assalariado a ele concernente ou que se furte à aplicação das disposições legais, regulamentares ou de convenção ou acordo coletivo de trabalho, ou marchandage, é proibida.*(tradução livre)

²²² Op. cit., p. 94 e 95.

utilização ou não, afeta diretamente a condição física, psicológica e moral do homem, a menos que protegida contra os assaltos que o mercado livre do trabalho gerou.

Pela própria lógica de sua estrutura e funcionamento, o *marchandage* foi considerado como ilícito pela clara intenção de exoneração dos encargos trabalhistas, pois o lucro da intermediária é diretamente proveniente do salário devido ao trabalhador.

Entretanto, a hegemonia dos ideais neoliberais operou um processo de desconstrução do trabalho e do emprego²²³. A interposição de mão-de-obra outrora vedada começou a se apresentar como instrumento positivo de desenvolvimento e diminuição de custos. Suscetível ao poder econômico, a legislação passou a legitimar formas excepcionais de intermediação, restringindo cada vez mais seu conceito, no âmbito internacional e nacional.

Em 1965, fazendo uma analogia com as agências de colocação de mão-de-obra com fins lucrativos, a OIT desaconselhou sua utilização. Com esta orientação vários países proibiam terminantemente a criação desse tipo de empresa, sendo que na Espanha era cominada pesada multa por tráfico de mão-de-obra, pois o mecanismo era tido como supressor dos benefícios da estabilidade no emprego e demais condições de trabalho²²⁴.

No entanto, com a sanção da convenção 181²²⁵ da OIT, as Empresas de Trabalho Temporário passam a ser reguladas e amplamente disseminadas, mesmos nos países que a vedavam. Esta convenção deu legitimidade para sua crescente utilização.

No Brasil, a prática começou com a contratação de serviços de segurança pelos Bancos em 67, foi reforçada pela adoção do Estado Mínimo consubstanciada na descentralização administrativa no setor público, após a edição do Decreto-lei 200, no mesmo ano. Em 69 o Decreto-lei 1.064, autorizou expressamente a contratação de empresas de segurança pelos Bancos e em 1974 o *marchandage* foi autorizado para empresas privadas pela Lei 6.019/74.

Ressalta-se que, funcionalmente falando, a legislação relativa ao trabalho temporário só se justificaria se estivesse mantida a estabilidade e a vedação à dispensa arbitrária, pois neste caso, para hipóteses transitórias a empresa não teria

²²³ DELGADO, Maurício Godinho. *Capitalismo, Trabalho e Emprego: entre o paradigma da destruição e os caminhos de reconstrução*. São Paulo: LTr, 2006, p. 11.

²²⁴ HIERREZUELLO & NUNES, op. cit. , p. 144 e 145.

²²⁵ Trata das empresas de agenciamento de mão-de-obra privadas.

mecanismos de contratação.²²⁶

Com a Lei 7.102/83, estava consolidado o arcabouço legal para legitimação do *marchandage*, por meio da terceirização, com destruição das relações de trabalho no Brasil.

Diante da utilização crescente da terceirização, incentivada pela edição das leis acima referidas, o TST editou o Enunciado 256 que, em consonância com os arts. 2o. e 3o. da CLT, prevendo o vínculo direto do trabalhador com a empresa tomadora, mas excepcionando a interposição de mão-de-obra dada pela Lei do trabalho temporário e do serviço de vigilância como ilegais:

Trabalho Temporário e Serviço de Vigilância - Contratação de Trabalhadores por Empresa Interposta

Salvo os casos de trabalho temporário e de serviço de vigilância, previstos nas Leis ns. 6.019, de 3 de janeiro de 1974, e 7.102, de 20 de junho de 1983, é ilegal a contratação trabalhadores por empresa interposta, formando-se o vínculo empregatício diretamente com o tomador do serviço.

Numa abordagem sociológica, analisando a larga utilização da abertura dada pela lei dos vigilantes, CATHARINO²²⁷ observa que, não obstante o crescimento desse contingente paramilitar, é muito baixo o número de assaltos evitados. Uma das causas desse grau de ineficiência é decorrente do alto lucro das empresas, em detrimento dos salários e formação desses empregados.

O rol exaustivo das possibilidades de intermediação não impediu o crescimento de sua utilização em outras áreas, muitas vezes baseadas na interpretação oblíqua de legislações especiais, como por exemplo, quando a lei 8.036/91 incluiu no seu texto as empresas locadoras de mão-de-obra, de forma genérica, como contribuinte do FGTS, rapidamente a interpretação foi no sentido de entender como regular a sua existência.

Na década de 90, como incentivo à privatização, meta prioritária no governo da época, foram editadas leis para tornar mais atrativo o instituto. A lei 8.987/95 (art. 25, §1º), que trata das concessões e permissões de serviços públicos, prevê a contratação de terceiros pelas empresas adquirentes das antigas estatais e a lei 9.472/97,

²²⁶ CARELLI, op. cit., p. 61.

²²⁷ *Sequelae*. Op. cit., p. 77.

especificamente para o setor de telecomunicações também reiterou o mesmo texto no art. 94, II.

Na sua aplicação, a lei do trabalho temporário já mostrava a perspectiva futura, que foi corroborada com a adesão tardia e acelerada do Brasil, à era do neoliberalismo, nos anos 90 e da globalização financeira, que desregulamentou os mercados de capitais, cambial e financeiro, privatizações das estatais e desnacionalização dos bancos²²⁸.

Escoradas nessas legislações as empresas privatizadas começaram a fazer grande uso do velho *marchandage*, sem qualquer vedação, inclusive entendendo também como permitida a terceirização de sua atividade principal.

Se rendendo à terceirização indiscriminada, o TST reviu o Enunciado 256 e editou a Súmula 331, alargando as possibilidades de interposição, agora também para *empresas de conservação e limpeza, bem como a de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistente a pessoalidade e a subordinação direta*.

Como observa o Professor Magano, desta súmula restou o entendimento majoritário da licitude da intermediação de mão-de-obra, quando referente a atividades-meio das empresas tomadoras de serviço.²²⁹

Assim, o supostamente vedado *marchandage* ganhou o nome de terceirização de mão-de-obra e é largamente utilizado, dada a impunidade das empresas que se beneficiam dessa prática, banalizando a violência, pelo costume e tolerância.

Isto porque, *na ordem burguesa, as determinações ideológicas fundadas no liberalismo são portadoras de oportunismos capazes de atribuir status completamente diferentes a um mesmo fenômeno, a depender do estágio do desenvolvimento econômico*²³⁰.

Para a doutrina estrangeira²³¹, são significativas as dificuldades geradas pela jurisprudência dominante do TST, pois embasam a licitude da terceirização na distinção entre atividade-meio e atividade-fim que por serem conceitos imprecisos dão

²²⁸ TAVARES, Maria da Conceição. *A propósito de um debate sobre socialismo e globalização*. In: *Globalização e Socialismo*. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2001, p. 17 e 18.

²²⁹ MAGANO, Octavio Bueno. *Alcance e Limites da Terceirização no Direito do Trabalho*. In: PINTO, José Augusto Rodrigues. *Noções atuais de Direito do Trabalho: Estudos em homenagem ao Professor Elson Gottschalk*. São Paulo: Ltr, 1995, p. 289.

²³⁰ TAVARES, Maria Augusta. *O Trabalho Informal deslocada da economia para a assistência social*. In: *Trabalho Necessário*. Ano 4, nº 4, 2006. Disponível no site: <http://www.uff.br/trabalhonecessario/index.htm>. Em 20.10.2009.

²³¹ URIARTE & COLOTUZZO. op. cit., p. 42.

margem a avaliações, se não duvidosas, muitas vezes equivocadas. Além de dificultar ainda mais a persecução dos créditos trabalhistas por estabelecer a responsabilidade subsidiária.

Apontam como questionável considerar, por exemplo, o serviço de limpeza de um hospital como mera atividade-meio, da mesma forma, o de vigilância, em serviço bancário.

Após a edição da Súmula 331, *a terceirização transformou-se numa espécie de ovo de Colombo*. A prática do *marchandage*, outrora causadora de repulsa na doutrina e jurisprudência, foi sendo tolerada e incorporada como realidade inexorável que, atualmente se fala com naturalidade da interposição de mão-de-obra, desde que não seja da atividade-fim do tomador²³².

Até mesmo a terceirização da atividade-fim é admitida, podendo ser facilmente verificada nas grandes empresas outrora fabricante de automóveis, agora montadoras. Importante ressaltar que a mudança nominal de fábrica para montadora só serviu para mudar a intensidade com que o lucro é apropriado pela multinacional, agora, entendida como não responsável pelos débitos de suas coligadas ou empregados transformados em pessoas jurídicas.

O que se verifica é que sob o nome de contratos diversos, a exploração em cadeia do trabalhador tornou-se prática corriqueira no Brasil. A jurisprudência e doutrina admitem essa exploração e passam a discutir a licitude ou ilicitude da exploração em rede, adotando parâmetros quando não superficiais, insuficientes²³³, como determinar se o trabalho é temporário, ou se a atividade é de fim ou de meio.

Da legislação atual, se conclui que a interposição não é vedada, o que é vedada é a utilização de tal instrumento, como meio de mascaramento da realidade ou de aparência de outra figura jurídica, dando ares de completa independência do empregador principal.

Esse mascaramento só não ocorre se a terceirização for de atividades

²³² CUNHA, Alexandre Teixeira Freitas Bastos. *A Justiça do Trabalho diante da transformação do direito, na perspectiva da dinâmica econômica*. In: *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 7ª Região* - Jan./Dez. de 2008, p. 59.

²³³ GIORDANI, Francisco Alberto M. P. *Intermediação de mão-de-obra: uma leitura que leva à responsabilidade solidária entre as empresas prestadora e tomadora de serviços*. In: *Revista Legislação do Trabalho*. São Paulo: LTr, ano 72, nº 7, p. 790.

não permanentes da empresa, tendo em vista que mesmo as atividades ditas acessórias compõem a formação do produto final do empreendimento.

Mesmo nas relações ditas legítimas, nas quais o trabalhador claramente se vincula somente à empresa terceirizada, aquele estará inserido substancialmente dentro de um processo maior, controlado pela empresa contratante. Assim, mostra-se razoável que quem se utiliza das relações triangulares como parte de seu proveito econômico atraia para si a responsabilidade pelos riscos laborais mediatos.

Para fins de Direito do Trabalho, a licitude da terceirização, que exonera a empresa tomadora de responsabilidade, deve ser apurada pela excepcionalidade da atividade delegada. Caso a atividade esteja vinculada a necessidades permanentes da empresa, deve ser considerada ilícita²³⁴.

Só não haverá responsabilização se a atividade contratada for de atividade transitória, pois nessa relação a empresa se equipara ao consumidor:

“Art. 2º(...) é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final”

Mesmo nas relações ditas legítimas, nas quais o trabalhador claramente se vincula somente à empresa terceirizada, aquele estará inserido substancialmente dentro de um processo maior, controlado pela empresa contratante. Assim, mostra-se razoável que quem se utiliza das relações triangulares como parte de seu proveito econômico atraia para si a responsabilidade pelos riscos laborais mediatos.

A classificação trazida pela doutrina e jurisprudência, se verdadeira ou fraudulenta, só pode ter utilidade para imputação de sanções pelo ilícito cometido, mas nunca de eximir a empresa tomadora de sua responsabilidade.

Além disso, entendida como nova categoria de dano civil, JUNQUEIRA²³⁵ preconiza a responsabilização toda vez que um ato, se doloso ou gravemente culposos ou negativamente exemplar atinge não só o patrimônio individual, mas toda a sociedade, implicando um rebaixamento do nível de vida da população, diminuindo a tranquilidade social ou quebra de confiança em situações contratuais, reduzindo a qualidade da vida coletiva.

Por ser prática precarizante e odiosa o *marchandage*, agora sob o

²³⁴ SOUTO MAIOR, op. cit., *Curso...*p. 147.

²³⁵ AZEVEDO, Antônio Junqueira. *Novos estudos e pareceres de Direito Privado*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 378 a 379.

nome de terceirização, deveria ser efetivamente abolida. Não havendo essa possibilidade, o mínimo que se impõe é a responsabilização solidária dos agentes que se utilizam dessa prática, tornando efetivos os direitos do trabalhador e inibindo práticas predatórias e irresponsáveis que trazem reflexos funestos.

10. A TERCEIRIZAÇÃO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

10.1. Descentralização Administrativa

A reforma administrativa, consubstanciada no Decreto-lei 200, tinha como princípio a descentralização e a desconcentração e no artigo 10 §1º previu a cooperação entre governos e, mediante contrato, a execução indireta de obras e serviços por terceiros da órbita privada²³⁶.

Com a substituição do Estado Social pelo Estado Mínimo a descentralização em sentido amplo se concretizou por intermédio das privatizações, das concessões e da execução indireta de obras e serviços por terceiros, esta última prevista no § 7º do referido Decreto-lei, nos seguintes termos.

§ 7º Para melhor desincumbir-se das tarefas de planejamento, coordenação, supervisão e controle e com o objetivo de impedir o crescimento desmesurado da máquina administrativa, a Administração procurará desobrigar-se da realização material de tarefas executivas, recorrendo, sempre que possível, à execução indireta, mediante contrato, desde que exista, na área, iniciativa privada suficientemente desenvolvida e capacitada a desempenhar os encargos de execução.

A prioridade nos anos 90 era “enxugar a máquina administrativa”. Para realizar a redução dos gastos públicos no âmbito estadual e municipal, foi promulgada a Lei de Responsabilidade Fiscal – Lei Complementar 101, em 04 de maio de 2000, com objetivo de aumentar a arrecadação e diminuir os custos, mantendo os índices financeiros superavitários.

A esfera mais afetada por essa Lei foi a despesa com pessoal. A solução, amplamente adotada pela administração pública nas três esferas, foi a utilização camuflada da contratação de pessoal, sob o nome genérico de terceirização, equiparando o *marchandage* à contratação de obras e serviços, enumerados na Lei 8.666.

Apesar da vedação inicialmente trazida pela Súmula 256 do TST²³⁷, a utilização dos contratos de fornecimento de mão-de-obra para burlar o art. 37, II, da CF

²³⁶ PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. *Direito Administrativo*. 20a. ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 387.

²³⁷ Súmula 256 (Revisto pelo Enunciado 331) – Contrato de prestação de serviços. Legalidade. Salvo os casos de trabalho temporário e de serviço de vigilância previstos nas Leis 6.019, de 03.01.1974 e 7.102, de 20.06.1983, é ilegal a contratação de trabalhadores por empresa interposta, formando-se o vínculo empregatício diretamente com o tomador de serviços.

não era novidade. No entanto, esse mecanismo se intensificou com a promulgação da EC 19/98, como forma de escapar das consequências trazidas pelo art. 169 da Constituição Federal, isto porque, as despesas com esse tipo de contrato oneravam outro item do orçamento, pois eram equiparadas ao fornecimento de obras ou atividades, previstos no art. 6º da Lei 8.666/93.

A Lei de Licitações regulamentou o inciso XXI, do art. 37, que trata da contratação de obras e serviços pelo Poder Público, disciplinados nos arts. 610 a 625 e 593 a 609 do Código Civil.

Art.6º-Para os fins desta Lei, considera-se:

I- Obra - toda construção, reforma, fabricação, recuperação ou ampliação, realizada por execução direta ou indireta;

II- Serviço - toda atividade destinada a obter determinada utilidade de interesse para a Administração, tais como: demolição, conserto, instalação, montagem, operação, conservação, reparação, adaptação, manutenção, transporte, locação de bens, publicidade, seguro ou trabalhos técnico-profissionais;

Como se verifica, a Lei que rege os contratos administrativos não permite e nem poderia permitir a mera intermediação de mão-de-obra, no entanto, em 97, foi amenizada esta rigidez com o decreto 2.271, permitindo a terceirização de atividades ditas acessórias, instrumentais ou complementares, institucionalizando a prática pelo poder público, nos seguintes termos:

Art . 1º No âmbito da Administração Pública Federal direta, autárquica e fundacional poderão ser objeto de execução indireta as atividades materiais acessórias, instrumentais ou complementares aos assuntos que constituem área de competência legal do órgão ou entidade.

§ 1º As atividades de conservação, limpeza, segurança, vigilância, transportes, informática, copeiragem, recepção, reprografia, telecomunicações e manutenção de prédios, equipamentos e instalações serão, de preferência, objeto de execução indireta.

Essa terceirização é entendida pela doutrina, em termos abstratos, como contratação de serviços, no sentido de atividade disposto no art. 60. da Lei 8666, acima referido. Mesmo com a ampliação da terceirização “lícita”, nos fins dos anos 90 a terceirização de mão-de-obra na administração pública era tão disseminada que, em 2000,

o art. 18 da Lei de Responsabilidade Fiscal trouxe a seguinte determinação:

§ 1º Os valores dos contratos de terceirização de mão-de-obra que se referem à substituição de servidores e empregados públicos serão contabilizados como "Outras Despesas de Pessoal".

Como se verifica a Lei regulamentou, em termos orçamentários, a terceirização ilícita, explicitamente vedada pela Súmula 331, I²³⁸, gerando polêmica sobre a sua constitucionalidade. Para esclarecer que o dispositivo não poderia servir de supedâneo para utilização desse tipo de contratação, pois a lei se preocupava somente com os aspectos contábeis para fins de responsabilização fiscal, no mesmo ano foi publicada a Lei 9.995, que também aproveitou para corroborar a permissão da contratação por terceirização das atividades acessórias, instrumentais ou complementares:

Art. 64. O disposto no § 1º do art. 18 da Lei Complementar nº 101, de 2000, aplica-se exclusivamente para fins de cálculo do limite da despesa total com pessoal, independentemente da legalidade ou validade dos contratos.

Parágrafo único. Não se considera como substituição de servidores e empregados públicos, para efeito do caput, os contratos de terceirização relativos a execução indireta de atividades que, simultaneamente:

I – sejam acessórias, instrumentais ou complementares aos assuntos que constituem área de competência legal do órgão ou entidade;

II – não sejam inerentes a categorias funcionais abrangidas por plano de cargos do quadro de pessoal do órgão ou entidade, salvo expressa disposição legal em contrário, ou quando se tratar de cargo ou categoria extinto, total ou parcialmente.

Ressalta-se que as leis em comento não tratam da hipótese prevista no art. 37, IX, que prevê a contratação de pessoal por tempo determinado, para necessidade excepcional. Esta situação é disciplinada pelo Decreto 2271/97 que, diferentemente da lei do trabalho temporário, não permite a interposição de mão-de-obra.

²³⁸ A contratação de trabalhadores por empresa interposta é ilegal, formando-se o vínculo diretamente com o tomador de serviços, salvo no caso de trabalho temporário (Lei 6.019, de 03.01.1974)

10.2. A Lei de Responsabilidade Fiscal

Diante da utilização generalizada da contratação de mão-de-obra pela terceirização, a Lei de Responsabilidade Fiscal, ao invés de vedar tal prática, admitiu-a como realidade inserindo suas despesas nas planilhas contábeis, fazendo com que o instituto fosse consolidado nas três esferas do Poder Público.

Como se vê, o direito, ao contrário do que ideologicamente se acredita, facilmente é cooptado e se transforma de uma ciência deontológica, a mero ratificador da ontologia regida pelos domínios de poder, transformando o ilícito em conduta contabilmente remediável.

E o Estado, que seria guardião e fomentador das condições sociais do trabalhador torna-se seu precarizador, acompanhado a tendência mundial de exclusão, onda esta que se afirmou após a desintegração do socialismo soviético e o avanço neoliberal desprovido de qualquer amarras.

Para fins orçamentários, após a promulgação da Lei de Responsabilidade Fiscal passou a ser importante a distinção do tipo de terceirização contratada, se de obras, de serviços ou de mão-de-obra pura e simples.

A Súmula 331 do TST abordou especificamente a terceirização ilícita (interposição de mão-de-obra) pelo poder público, no inciso II, imputando no inciso IV, a responsabilidade subsidiária do ente, em nada interferindo com art. 71 da Lei 8.666 que trata da contratação de obras e serviços²³⁹.

No entanto, em termos concretos, a diferenciação entre locação de serviços e interposição de mão-de-obra nem sempre é clara. A doutrina²⁴⁰ distingue a relação de emprego do contrato de prestação de serviços, pela existência de subordinação ou pela não eventualidade, citando como exemplo de prestação de serviços, o médico em relação ao paciente.

No âmbito da administração pública, mesmo nas “terceirizações consideradas “lícitas” como os serviços de vigilância e limpeza, é comum a subordinação direta com a administração, tendo em vista que o serviço é fiscalizado diretamente pela administração pública e não pela empresa terceirizadora, que aparece no local do trabalho somente para resolver entraves burocráticos.

²³⁹ PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Comentários à Lei de Responsabilidade Fiscal*. Ives Gandra da Silva Martins e Carlos Valder do Nascimento (orgs.) 3a. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 143 a 148.

²⁴⁰ GOMES, Orlando. *Contratos*. 24ª. ed. Forense: Rio de Janeiro, 2001, p. 290 a 294.

Não raro também a mudança da empresa contratada, em razão de novas licitações, com a manutenção dos mesmos empregados, não deixando dúvidas sobre a violação da exigência estabelecida na Constituição de concurso público. Como observa a Professora Maria Sylvia²⁴¹, esse tipo de contrato não pode ser admitido nem no âmbito das empresas privadas, quanto mais em contratos celebrados com a Administração Pública. Tal prática é tipificada como ato de improbidade administrativa, por ofensa aos princípios da Administração Pública, nos termos estabelecidos pelo art. 10 da Lei 8.429/92.

Nesse sentido, como a referida súmula trata dessa contratação irregular, a sua incidência deveria ter como consequência, em termos de Direito Administrativo a interposição de ação de improbidade contra autoridade administrativa responsável pela contratação irregular. Não se pode entender que a Lei de Responsabilidade fiscal esgotou a sanção à contratação irregular em procedimentos restritos à planilha contábil.

A conveniência da interpretação fragmentada da lei incentivou sua utilização, constituindo-se empresas terceirizadoras, muitas vezes com taxas de administração incompatíveis e salários reduzidos, sem aporte financeiro, pertencentes a parentes ou pessoas próximas do gestor, servindo aos ideais do nepotismo e apadrinhamento da classe política²⁴².

A execução de um serviço, tanto no âmbito público como no privado, para não se confundir com a mera interposição de mão-de-obra, deve estar inserida no contexto da realização de obras ou serviços, que estão fora da dinâmica da contratante.

Contrariando esse entendimento, em nome de uma suposta eficiência, o legislador não só permitiu a tercerização de atividades permanentes como a limpeza e vigilância, abrindo caminho para a terceirização generalizada, com a contratação de empresas *ad hoc*, sem suficiência econômica, muitas vezes criadas por parentes de agentes públicos, onerando o erário com a prestação de serviços precários e não cumprindo com seus encargos trabalhistas e previdenciários.

Daniel Sarmiento²⁴³ observa que *se já é duvidosa a constitucionalidade de certos expedientes de que se tem valido a administração pública brasileira na sua “fuga para o direito privado”, tendo em vista as amarras impostas pela*

²⁴¹ Op. cit. Comentários, p. 147.

²⁴² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas*. 7a. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 219.

²⁴³ *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. 2a. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 275.

CF (obrigatoriedade de licitação, de realização de concursos públicos, controle da atividade financeira pelo Tribunal de Contas etc), parece-nos acima de qualquer dúvida que em nenhum caso podem estes artifícios levar a uma fragilização na proteção dos direitos fundamentais dos administrados. Este seria um preço alto demais a ser pago, que nenhum argumento de eficiência justificaria, numa ordem constitucional que tem no seu vértice o princípio da dignidade humana.

Das várias formas que se derivam as terceirizações, certamente uma delas não pode ser a mera interposição de mão-de-obra, nem sua utilização como sucedâneo da exigência de concurso público. No entanto, o que se verifica na realidade brasileira é justamente a hipertrofia da terceirização para a mera intermediação da mão de obra e institucionalizada como tal, pelo próprio poder público²⁴⁴, que passou a utilizá-la como instrumento de burla à Lei da Responsabilidade Fiscal e à Lei 8666, da exigência de concursos públicos para contratação de mão-de-obra.

É certo que a Súmula 331 do TST assim prevê no item IV:

O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços, quanto àquelas obrigações, inclusive quanto aos órgãos da administração direta, das autarquias, das fundações públicas e das sociedades de economia mista, desde que hajam participado da relação processual e constem também no título executivo judicial (art. 71 a Lei 8.666, de 21. 06. 1993).

A partir dessa previsão muito se discutiu sobre a legalidade do dispositivo em face do parágrafo 1o. do art. 71 da Lei de Licitações que assim dispõe:

Art. 71. *O contratado é responsável pelos encargos trabalhistas, previdenciários, fiscais e comerciais resultantes da execução do contrato.*

§1o A inadimplência do contratado, com referência aos encargos trabalhistas, fiscais e comerciais não transfere à Administração Pública a responsabilidade por seu pagamento, nem poderá onerar o objeto do contrato ou restringir a regularização e o uso das obras e edificações, inclusive perante o Registro de Imóveis.

²⁴⁴ Nesse sentido: MAIOR, Jorge Luiz Souto. *Terceirização na Administração Pública: uma prática inconstitucional*. In: *Revista Ltr.* Vol. 70, no. 11, Novembro de 2006, p. 1.311.

(...)

A professora Maria Sylvia entende que o inciso IV disciplina a contratação descrita no inciso II, não abrangendo os contratos de obras e serviços referidos na Lei de Licitações. Há somente um conflito aparente entre a súmula e o disposto no art. 71, pois a súmula se refere aos contratos de fornecimento-de-mão de obra que são ilegais e não abrangem os contratos regidos na Lei.²⁴⁵

10.3. A declaração de constitucionalidade do art. 71, parágrafo 1º

No entanto, a disseminação da terceirização foi vasta e essa matéria foi objeto de ADC, na qual foi requerida a declaração de constitucionalidade do art. 71 da Lei 8666, na tentativa de invalidar o disposto na Súmula 331.

De órgão político que é, a decisão proferida na ADC 16-09 não surpreende. As notícias veiculadas²⁴⁶ informam que apesar de ter sido declarada a constitucionalidade do artigo da Lei de Licitações, o STF não invalidou a súmula 331 do TST, não impedindo, portanto, o *reconhecimento da responsabilidade com base nos fatos de cada causa*:

“O STF não pode impedir o TST de, à base de outras normas, dependendo das causas, reconhecer a responsabilidade do poder público”, observou o presidente do Supremo. Ainda conforme o ministro, o que o TST tem reconhecido é que a omissão culposa da administração em relação à fiscalização - se a empresa contratada é ou não idônea, se paga ou não encargos sociais - gera responsabilidade da União.

Ao decidir, a maioria dos ministros se pronunciou pela constitucionalidade do artigo 71 e seu parágrafo único, e houve consenso no sentido de que o TST não poderá generalizar os casos e terá de investigar com mais rigor se a inadimplência tem como causa principal a falha ou falta de fiscalização pelo órgão público contratante. O ministro Ayres Britto endossou parcialmente a decisão do Plenário. Ele lembrou que só há três formas constitucionais de contratar pessoal: por concurso, por nomeação para cargo em comissão e por contratação por tempo determinado, para suprir necessidade temporária.

²⁴⁵ DI PIETRO, op. cit., *Direito Administrativo*, p. 322.

²⁴⁶ O acórdão ainda não foi publicado.

*Assim, segundo ele, a terceirização, embora amplamente praticada, não tem previsão constitucional. Por isso, no entender dele, nessa modalidade, havendo inadimplência de obrigações trabalhistas do contratado, o poder público tem de responsabilizar-se por elas.*²⁴⁷

Induz-se, portanto, que o julgamento não impede a responsabilização da administração pública, pois considera como fundamento para a aplicação da súmula, a inidoneidade da contratada, presumindo-se a falha na fiscalização e na escolha da empresa terceirizadora.

Portanto não está, nem poderia estar descartada a responsabilidade objetiva do Estado, que se justifica pelo poder que detém e pela culpa presumida decorrente do dever de vigilância e cautela na escolha das empresas servidoras.

Neste ponto cabe destacar que a responsabilidade subsidiária nada mais é que a responsabilidade solidária com benefício de ordem.

10.4. Conclusão

Em termos de responsabilização do poder público pelo inadimplemento de verbas trabalhistas há duas hipóteses.

A primeira foi abordada pela Lei de Responsabilidade Fiscal e a Súmula 331 do TST, que é a interposição de mão-de-obra na administração pública, vedada no âmbito privado e na esfera pública proibida por determinação constitucional. A contratação por meio desses contratos deve responsabilizar não só a administração no caso de inadimplemento pela terceirizadora dos encargos trabalhistas e previdenciários, mas também responsabilizar o administrador por prática de improbidade administrativa.

A segunda é a terceirização prevista no art. 71 da Lei 8666, de obras e serviços previstos no art. 6º da mesma lei. Nesse caso, a lei expressamente exime o poder público de responsabilidade. No entanto, para ser beneficiária dessa isenção é necessário o cumprimento de determinados requisitos estabelecidos em lei e suas regulamentações.

Obrigatório, portanto, o processo licitatório e o cumprimento dos procedimentos regulamentares do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, consubstanciada na Instrução Normativa nº 3, de outubro de 2009, que alterou a IN nº 2 que dispõe sobre regras e diretrizes para contratação de serviços na Administração Pública,

²⁴⁷ Notícia veiculada no site do STF em 24.11.2010.

inserindo controles obrigatórios e específicos para prevenção do inadimplemento nas terceirizações.

A Instrução normativa faz referência expressa à Súmula 331 do TST e institui garantias por meio de provisionamento e retenções para o caso de descumprimento.

Art. 19-A Em razão da súmula nº 331 do Tribunal Superior do Trabalho, o edital poderá conter ainda as seguintes regras para a garantia do cumprimento das obrigações trabalhistas nas contratações de serviços continuados com dedicação exclusiva da mão de obra: (Incluído pela [INSTRUÇÃO NORMATIVA MP Nº 3, DE 15/11/2009](#))

I - previsão de que os valores provisionados para o pagamento das férias, 13º salário e rescisão contratual dos trabalhadores da contratada serão depositados pela Administração em conta vinculada específica, conforme o disposto no anexo VII desta Instrução Normativa, que somente será liberada para o pagamento direto dessas verbas aos trabalhadores, nas seguintes condições: (Incluído pela [INSTRUÇÃO NORMATIVA MP Nº 3, DE 15/11/2009](#))

a) parcial e anualmente, pelo valor correspondente aos 13ºs salários, quando devidos; (Incluído pela [INSTRUÇÃO NORMATIVA MP Nº 3, DE 15/11/2009](#))

b) parcialmente, pelo valor correspondente às férias e ao 1/3 de férias, quando dos gozos de férias dos empregados vinculados ao contrato; (Nova redação dada pela [INSTRUÇÃO NORMATIVA MP nº 5, de 18/12/2009](#))

c) parcialmente, pelo valor correspondente aos 13ºs salários proporcionais, férias proporcionais e à indenização compensatória porventura devida sobre o FGTS, quando da demissão de empregado vinculado ao contrato; (Incluído pela [INSTRUÇÃO NORMATIVA MP Nº 3, DE 15/11/2009](#))

d) ao final da vigência do contrato, para o pagamento das verbas rescisórias; e (Incluído pela [INSTRUÇÃO NORMATIVA MP Nº 3, DE 15/11/2009](#))

e) o saldo restante, com a execução completa do contrato, após a comprovação, por parte da empresa, da quitação de todos os encargos trabalhistas e previdenciários relativos ao serviço contratado; (Incluído pela [INSTRUÇÃO NORMATIVA MP Nº 3, DE 15/11/2009](#))

II - a obrigação da contratada de, no momento da assinatura do contrato, autorizar a Administração contratante a fazer a retenção na fatura e o depósito direto dos valores devidos ao Fundo de Garantia do Tempo de Serviço - FGTS nas respectivas contas vinculadas dos trabalhadores da contratada, observada a legislação específica; (Incluído pela [INSTRUÇÃO NORMATIVA MP Nº 3, DE 15/11/2009](#))

III - previsão de que o pagamento dos salários dos empregados pela empresa contratada deverá ocorrer via depósito bancário na conta do trabalhador, de modo a possibilitar a conferência do pagamento por parte da Administração; e (Incluído pela [INSTRUÇÃO NORMATIVA MP Nº 3, DE 15/11/2009](#))

IV - a obrigação da contratada de, no momento da assinatura do contrato, autorizar a Administração contratante a fazer o desconto na fatura e o pagamento direto dos salários e demais verbas trabalhistas aos trabalhadores, quando houver falha no cumprimento dessas obrigações por parte da contratada, até o momento da regularização, sem prejuízo das sanções cabíveis. (Incluído pela [INSTRUÇÃO NORMATIVA MP Nº 3, DE 15/11/2009](#))

O vocábulo “poderá” no caput do artigo não pode ser entendido como uma faculdade sem qualquer consequência para a Administração. É um poder-dever, que caso não cumprido incidirá a responsabilidade prevista na Súmula, no caso de inadimplemento da contratada em relação aos encargos sociais, por conduta negligente.

Este entendimento nada mais é que a aplicação da responsabilidade objetiva decorrente da culpa *in vigilando* e *in eligendo*, previsto no art. 37 parágrafo 6o. da CF. Isto porque o direito não pode ser interpretado de forma estanque e isolada, não havendo qualquer comunicação entre os princípios determinados em cada tutela

especifica²⁴⁸.

Além disso, a garantia tem dupla função, pois não só protege os direitos do trabalhador como também o erário.

Com isto, a desoneração prevista no art. 71 só terá sentido se o poder público tiver tomado as devidas cautelas, retendo os valores que correspondem à garantia do cumprimento dos encargos trabalhistas, nos termos da referida instrução normativa, isto porque a lei não pode dispor de maneira diversa da norma constitucional, atribuindo uma responsabilidade subjetiva ao Estado, muito menos o exonerando, pois conforme previsto no art. 37 parágrafo 6o. é objetiva a responsabilidade do Estado pelos danos causados a terceiros.

Esse é o único entendimento possível para salvar o art. 71, pois como afirma Rodolfo Pamplona Filho²⁴⁹, o dispositivo *é uma pérola para a análise crítica do pensador do direito, pois atribui a irresponsabilidade total às verbas trabalhistas e a solidariedade absoluta ao seu acessório de natureza previdenciária, sem qualquer justificativa.*

Também devemos ponderar que a análise acima realizada foi considerando a suposta legalidade da terceirização de atividades permanentes da atividade administrativa, o que é no mínimo questionável, pelas causas da adoção desse tipo de contratação e pelas sequelas que se verificam no ambiente de trabalho, com projeções na coletividade.

A doutrina majoritária parte da lei para verificar a licitude ou ilicitude da terceirização. Como há lei prevendo a contratação de serviços complementares, considera-se lícita a terceirização dessas atividades e ilícitas a contratação de servidores para as demais atividades.

Mas diante da constatação dos efeitos perniciosos da terceirização o que se deve indagar não é a constitucionalidade do art. 71, mas a inconstitucionalidade da lei que prevê a terceirização das atividades permanentes da administração.

²⁴⁸ VILHENA, op. cit., *Relação...*, p. 316.

²⁴⁹ In: <http://jus.uol.com.br/revista/texto/2036/terceirizacao-e-responsabilidade-patrimonial-da-administracao-publica> (consulta em dezembro de 2010).

Como observa a Professora Maria Sylvia²⁵⁰, a terceirização no serviço público é forma de diminuição do aparelhamento do Estado, transferindo aos particulares o exercício de atividades anteriormente desempenhadas pelo Estado, por meio da flexibilização do regime jurídico de admissão de pessoal, muitas vezes em detrimento das normas e princípios constitucionais. Observa o perigo da oposição entre o princípio da eficiência e o princípio da legalidade, base do Estado de Direito e que o entusiasmo pela privatização não pode tornar ineficaz este último.

O art. 37 da CF estabelece como obrigatória a observância do princípio da legalidade pela administração pública, assim, conclui, que a eficiência não pode servir de pretexto para o descumprimento da Constituição.

Constata também que, embora a terceirização seja realizada sob a forma de contrato de prestação de serviços, eles configuram a contratação de pessoal por interposta pessoa, mascarando a relação de emprego que seria da própria administração, burlam a exigência de concursos favorecendo as relações promíscuas como o apadrinhamento político.

A permissão de terceirização de atividades permanentes propiciou a contratação motivada por interesses privados. Nem mesmo a suposta diminuição de custos que motiva a contratação no âmbito privado, se verifica quando utilizada essa forma de contratação na esfera pública.

O inadimplemento das verbas trabalhistas pela insuficiência econômica ou pelo simples desaparecimento da empresa terceirizadora é motivo de demanda frequente na esfera trabalhista.

Ainda que assim não fosse, o setor público não objetiva a concorrência, tampouco a lucratividade.

Além disso, a terceirização dá origem a empregados de segunda classe, pois mal treinados, mal remunerados e mal equipados. Portanto, também o argumento da especialização não se verifica. Como exemplifica o Professor Catharino, a vigilância por empresa terceirizadora de mão-de-obra, supostamente especializada não diminuiu a incidência de crimes, ao contrário, pois realiza seu lucro com a precarização das condições de trabalho.

²⁵⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas*. 7a. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 352 a 364.

O Estado como promotor da Justiça Social não pode adotar medidas que levem à desestruturação da sociedade. Por isto, enquanto não abolida a tercerização no serviço público, o mínimo que se impõe é a responsabilização solidária do Poder Público ao menos para garantir o pagamento das verbas trabalhistas, tão diminuídas em razão da remuneração da empresa agenciadora de mão-de-obra.

11. GRUPO ECONÔMICO

11.1. Origem

A descentralização na produção pelo acirramento da concorrência fez com que as empresas desenvolvessem formas de produção com melhor aproveitamento de suas estruturas. Para tanto, formam-se grupos que se cotizam e fazem uso de suas potencialidades de forma mais eficiente.

Esse fenômeno decorreu da passagem do capitalismo concorrencial para o capitalismo monopolista²⁵¹:

O capitalismo de concorrência era caracterizado pela existência de um grande número de pequenas empresas, cujo controle seria exercido pela mão invisível do mercado, cuja essência se encontrava na soberania do consumidor.

No entanto, a lógica da acumulação capitalista propiciou o aparecimento de um pequeno número de grandes empresas em volta das quais se subordina um grande número de pequenas empresas, cujos preços já não mais são regulados pelo consumidor, mas pela *mão visível* das monopolistas.

Segundo HIERREZUELO²⁵², os Grupos Econômicos representam a forma mais destacada e perfeita da descentralização, pois conciliam a descentralização produtiva e a concentração econômica: a concentração sem a centralização. Surgiram como um processo de decomposição, normalmente de grandes dimensões, para uma rede de empresas menores, cada qual com distinta personalidade jurídica, mantendo estreitas relações econômicas.

No entanto, tal fragmentação é apenas uma estratégia organizacional, não representando em hipótese alguma fragmentação do poder empresarial, pelo contrário, traduzindo-se em um poder ainda maior. Essa estratégia tem se mostrado bem vantajosa para as empresas, tendo em vista que podem se concentrar e especializar em atividades específicas, diminuindo os custos com sua infraestrutura.

As formas de agrupamento são diversas, exemplificadamente podemos citar:

- Formas societárias: grupos industriais, grupos financeiros, grupos por coordenação.

²⁵¹ NUNES, Antônio José Avelãs. *Uma introdução à economia política*. São Paulo: Quartier Latin, 2007, p. 178 a 195.

²⁵² Op. cit. p. 684 a 688.

- Formas contratuais: *Joint venture* – buscam otimizar pontualmente a atividade na busca de um maior poder econômico.
- Confusão patrimonial
- Sociedades multinacionais: buscam menor custo pelas políticas salariais e fiscais, menor custo de transporte e conquista de determinados mercados.

11.2. Função da Aplicação da Responsabilidade Solidária

As teorias econômicas sempre se preocuparam com a formação dos grupos econômicos, que tendem à formação de monopólios, considerados elementos potencialmente nocivos para almejada concorrência perfeita.

No entanto, como observado por Marx, a formação dos Grupos Econômicos é decorrente de leis imanentes à própria produção capitalista que se utilizando processos tecnológicos, manejados em forma de rede de âmbito internacional, propiciam somente a sobrevivência dos mais fortes e o aumento da miséria, da exploração e da degradação social²⁵³.

Essa realidade é absorvida pelas teorias econômicas mais modernas, que passam a defender a idéia de que a existência dos monopólios pode ser fator de maior eficiência pela produção em escala. No entanto, sua existência está condicionada a um controle para que os ganhos de eficiências não sejam simplesmente apropriados pelo monopolista, mas sejam distribuídos equitativamente entre os participantes da produção e os consumidores²⁵⁴.

Neste sentido, a Constituição Econômica brasileira levando em consideração a pluralidade de fatores que influenciam na manutenção do equilíbrio concorrencial, determinou no art. 170, a função social da propriedade, regulamentado pela Lei 8.884/94²⁵⁵, no art. 54, II, impondo a distribuição equitativa dos benefícios trazidos por vantagem decorrente de posição dominante de mercado.

Essa determinação está reiterada no § 4º do art. 173 da Constituição Federal, prevendo que *a lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros.*

²⁵³ *O Capital: crítica da economia política*. Livro 1 vol. 2. 22a. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2008, p. 876.

²⁵⁴ SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito Concorrencial: as estruturas*. 3a. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 33.

²⁵⁵ Lei antrustes.

Além disso, um dos primados do Direito Concorrencial é inibir as práticas predatórias, tendentes a excluir artificialmente os participantes do mercado, fazendo valer a liberdade concorrencial, necessariamente exercida com a lealdade concorrencial.

Por outro lado, o combate ao poder econômico se funda também na manutenção da democracia, pois criam verdadeiros centros de poder paralelo, capturando o Estado nas decisões em prol unicamente de seus interesses privados.

O objetivo dessas leis é romper com a distribuição inversa de renda, na qual ocorre o crescimento dos grandes grupos, mas com a deterioração dos indicadores sociais: economias de escalas obtidas com concentração econômica própria da economia brasileira, herdada dos grandes comerciantes de escravos.

Nessa mesma linha, como tradicionalmente a responsabilidade serve de contrapeso ao poder, o § 2º do art. 2º da CLT, precursor do art. 28 do CDC, estabeleceu a responsabilidade solidária para os Grupos Econômicos, presumidamente em vantagem econômica em relação ao mercado e muito mais, em relação ao trabalhador, fazendo denotar a atualidade do dispositivo legal.

Outrossim, na esfera trabalhista, não é rara a utilização de empresas para manobras fraudulentas, no sentido de frustrar o Direito do Trabalho por intermédio de institutos formalmente legais. No caso do Grupo, os encargos são transferidos a uma das empresas economicamente esvaziada, beneficiando as demais empresas do Grupo.

Para fazer frente ao fenômeno cada vez mais comum da formação de grupos a legislação trabalhista imputou a responsabilidade solidária. No sentido claro de que quem tem o bônus de atuar de forma agrupada, diminuindo seus custos e aumentando seus lucros, deve ter como contrapartida a responsabilidade decorrente do risco do negócio.

Não obstante a importante função do dispositivo legal de equilibrar não só a relação entre capital e trabalho, mas também de participar no equilíbrio na relação entre as empresas, sua aplicação na esfera trabalhista muitas vezes é negada com o fundamento de que o trabalhador não provou a subordinação que a literalidade da previsão legal supostamente exige.

11.3. Caracterização do Grupo

A previsão da responsabilidade solidária para as empresas do mesmo grupo faz com que a discussão no âmbito trabalhista se dirija à definição de Grupo

Econômico.

A doutrina diverge, discutindo desde a nomenclatura do instituto, passando pela teoria do empregador único, se a solidariedade decorrente é passiva ou ativa e sobre a caracterização do Grupo, quando o conjunto é estabelecido por coordenação.

O Grupo Econômico é classificado no Direito Comercial em várias categorias, como os cartéis, o consórcio, o *joint venture*, o *truste*, as *holding* e outras denominações existentes e que passarão a existir, cada qual com suas peculiaridades, mas todas com o potencial de exercer o poder de dominação.

No entanto para o Direito do Trabalho, para aplicação da solidariedade prevista no § 2º do art. 2º da CLT, o *nomen iuris*, a formalização do agrupamento ou a sua perenidade é irrelevante. O poder de fato exercido pela controladora e a apropriação dos benefícios do trabalho realizado são fundamentos necessários e suficientes para a imputação da responsabilidade.

Neste sentido, a discussão sobre a prescindibilidade do controle formal, de forma hierarquizada ou se a relação entre as empresas é de subordinação ou de coordenação, acaba servindo apenas de subterfúgio, sob a forma de argumentos jurídicos, para proteger a verdadeira controladora, que por estar numa posição dominante, claramente determina o comportamento das empresas satélites.

Essas discussões, além de infrutíferas dificultam a realização dos direitos no âmbito da Justiça do Trabalho, pois oneram o trabalhador na busca de provas, na maioria das vezes inatingíveis, da subordinação das empresas em relação à controladora.

Vale lembrar que há previsão legal na legislação trabalhista para o denominado Grupo Econômico constituído por coordenação. Aperfeiçoando a CLT²⁵⁶, a Lei 5.889/73, assim determinou:

Art. 3º

§ 2º . Sempre que uma ou mais empresas, embora tendo cada uma delas personalidade jurídica própria, estiverem sob direção, controle ou administração de outra, ou ainda quando, mesmo guardando cada uma sua autonomia, integrem grupo econômico ou financeiro rural, serão responsáveis solidariamente nas obrigações decorrentes da relação de

²⁵⁶ MEIRELES, Edilton. *Grupo Econômico Trabalhista*. São Paulo: LTr, 2002, p. 153.

emprego.

Há Jurisprudência também entendendo que o reconhecimento do Grupo Econômico por coordenação dado pela Lei, decorre da evolução da interpretação do previsto na CLT, em face da realidade que mantinham protegidas as maiores concentradoras de renda.

GRUPO ECONÔMICO - CARACTERIZAÇÃO - Conforme entendimento da melhor doutrina e jurisprudência, admite-se, hoje, a existência do grupo econômico independente do controle e fiscalização por uma empresa-líder. É o chamado "grupo econômico por coordenação", conceito obtido pela evolução da interpretação meramente literal do art. 2º, § 2º, da CLT. Neste caso, as empresas atuam horizontalmente, estando em mesmo plano, todas participando do mesmo empreendimento. Tal interpretação doutrinária e jurisprudencial coaduna-se com o objetivo tutelar do direito do trabalho. Está este ramo do direito atento à realidade fática e à proteção aos critérios trabalhistas, de caráter alimentar, que não podem ficar à mercê da celeuma travada sobre de quem é a responsabilidade e da mera interpretação literal do dispositivo de lei, que deve sofrer adaptação à realidade conjuntural e econômica da sociedade na qual se insere. Comprovado, nos autos, que as reclamadas formavam um grupo econômico, nos moldes aqui estabelecidos, há de ser reconhecida a responsabilidade solidária das mesmas, conforme art. 2º, § 2º, da CLT. (TRT 3ª R. - RO 2.221/00 - 4ª T. - Rel. Juiz Luiz Otávio Linhares Renault - DJMG 15.07.2000).

Além disso, para realização de interesses em comum é necessário um comando único, ainda que obtido pelo consenso de alguns integrantes do Grupo e preservada a autonomia de cada qual, pois o consenso não tem o condão de descaracterizar a dominação exercida pelo agrupamento, nem de fazer com que todas as empresas do Grupo se beneficiem da mão-de-obra do trabalhador, afinal é essa essência para a sua formação.

Aliás, a operacionalidade do Grupo só se concretiza com a centralização de seus interesses, que se verificada, subsume-se à figura jurídica construída

pelo Direito do Trabalho. Como ensina VILHENA²⁵⁷, verificada a centralização de interesses ou intercomunicação de empresas, a lei considera que o empregado presta serviço a uma só pessoa, unificando e centralizando as diferentes e autônomas empresas componentes do grupo.

O seguinte Julgado ressalta a natureza alimentar do crédito trabalhista e reconhece como Grupo Econômico o conjunto de empresas que atuam sob a orientação empresarial comum, prescindindo de qualquer empresa-líder.

EMPRESA (CONSÓRCIO) CONFIGURAÇÃO - Grupo de empresas. Para fins trabalhistas a caracterização de grupo de empresas não se submete rigorosamente, à tipificação legal imperante em outros ramos jurídicos (Direito Comercial ou Direito Econômico, por exemplo), tampouco se sujeita aos requisitos de constituição que possam emergir como relevantes nesses segmentos estranhos ao Direito do Trabalho. O conceito se reveste de relativa informalidade no âmbito laboral, na medida em que se presta, essencialmente, a ampliar as garantias de satisfação do crédito de natureza alimentar. Como decorrência disso, não há necessidade, como em outros ramos do direito, de provar a existência de uma relação de dominação entre as integrantes do grupo, com uma das empresas (dominante) exercendo direção ou controle sobre as filiadas. É suficiente identificar a presença de liames subjetivos ou objetivos que sugiram a existência de uma relação de coordenação entre os entes coligados, de forma a lhes imprimir orientação empresarial comum." (TRT 2ª R. - Proc. 02990331926 - (20000025865) - 8ª T. - Relª Juíza Wilma Nogueira de Araújo Vaz da Silva - DOESP 15.02.2000).

O intuito do reconhecimento do Grupo não é resolver somente o conflito na esfera privada, mas combater a dominação econômica que por sua posição privilegiada impõe ao consumidor seu preço e às empresas que orbitam em seu torno, condições agravam a precariedade das relações destas com seus empregados.

Mesmo no âmbito privado, o conceito de Grupo Econômico é bastante abrangente, não exigindo qualquer formalidade legal para seu reconhecimento.

²⁵⁷ Paulo Emílio Ribeiro de. *Relação de Emprego: Estrutura Legal e Supostos*. 3ª ed. São Paulo: LTr, 2005, p. 273.

O BNDES²⁵⁸, por exemplo, define como uma das formas de grupo econômico, o conjunto de empresas privadas que esteja, direta ou indiretamente, sob o mesmo controle acionário, que pode ser:

Majoritário – Poder exercido pela posse de 50% ou mais do capital votante, que determina de forma permanente as deliberações societárias e a eleição dos administradores.

Efetivo - é aquele exercido por pessoas naturais ou jurídicas que, embora não possuam a maioria do capital votante, detêm efetivamente o controle.

O efetivo exercício do controle será determinado a partir da verificação de:

- acordo de acionistas;
- fornecimento pela investidora, de assistência técnica ou informações técnicas essenciais às atividades da investida;
- significativa dependência tecnológica e/ou econômico-financeira entre investida e investidora;
- recebimento permanente, pela investidora, de informações contábeis detalhadas, bem como de planos de investimento da empresa investida;
- uso comum de recursos materiais, tecnológicos ou humanos;
- controle de acesso a insumos e/ou restrições comerciais;
- existência de mútuos e/ou prestação, pela investidora, de quaisquer garantias em favor da investida;
- poder exercido por meio de qualquer pessoa física ou jurídica, ou um grupo de pessoas agindo isoladamente ou em conjunto, representando interesse econômico comum, ou
- outras hipóteses, a critério do BNDES.

Verifica-se no penúltimo item a amplitude do conceito de Grupo Econômico, isto porque a forma fragmentada de atuação de uma mesma empresa pode mascarar sua posição dominante.

O Grupo Econômico não deixa de ser também uma terceirização

258

http://www.bndes.gov.br/SiteBNDES/bndes/bndes_pt/Navegacao_Suplementar/Perfil/grupo_economico.html
1 (consulta em 29.12.2010)

externa ou vice-versa. É uma rede de empresas que supostamente se relacionam horizontalmente. Supostamente, porque na maior parte das redes, há uma grande corporação que coordena todas as menores, verticalizando a escala de poder.

Interessante observar que a definição do BNDES de Grupo Econômico no âmbito do direito privado abriga formas de descentralização que na esfera trabalhista são tidas como contratos civis de empresas completamente independentes. É o caso da terceirização e do *franchising*, que a doutrina majoritária entende pela não configuração de Grupo Econômico, aduzindo que as empresas não atuam em conjunto²⁵⁹.

Mas o Direito do Trabalho não pode ser mais restritivo que outras áreas do Direito, na utilização de seus institutos para seu efetivo cumprimento.

Ressalta-se que a CLT não faz distinção entre controle externo ou interno. Os novos contratos como o *franchising* traz uma situação de verdadeira dependência econômica e técnica da controlada, sendo irrelevante a conduta da empresa controladora em relação ao dever de cuidado, para sua responsabilização.

A dominação e conseqüentemente o reconhecimento do Grupo Econômico muitas vezes são camuflados pela autonomia jurídica da empresa controlada. Um novo CNPJ esconde vínculos especiais que as une, sendo estes essenciais para a sobrevivência da controlada. Há uma exclusividade que gera a subordinação econômica, técnica, de comercialização, determinando a política de vendas, os preços e a modalidade de propaganda. Esta situação é configurada em vários contratos como franquias, agência, distribuição etc. São contratos de dominação que aparentam uma igualdade jurídica que não existe.

Coerente não só com os Princípios do Direito do Trabalho, mas também com a manutenção do equilíbrio econômico entre as empresas, é a doutrina²⁶⁰ que defende o Grupo Econômico para fins trabalhistas, como a vinculação entre entes favorecidos pelo mesmo contrato de trabalho, decorrente de laços de direção ou coordenação de atividades de natureza econômica.

Nas palavras do Professor Jorge Luiz Souto Maior²⁶¹, *o que não se pode perder de vista é que a noção de grupo econômico, no Direito do Trabalho, serve ao propósito de conferir maior eficácia às normas trabalhistas.*

²⁵⁹ BELMONTE, Alexandre Agra. *Curso de Responsabilidade Trabalhista: danos morais e patrimoniais nas relações de trabalho*. 2ª ed. São Paulo: LTr, 2009, p. 72.

²⁶⁰ DELGADO, Op. cit., *Curso...* p. 397.

²⁶¹ Op. cit. *Curso...* P. 137.

Assim, o reconhecimento do Grupo Econômico na esfera trabalhista não deve depender da constatação formal na constituição do grupo, podendo, portanto, ser de fato ou de direito. Tampouco, essencial uma relação subordinação entre elas, pois legalmente previsto o reconhecimento do grupo por coordenação. Esta generalidade se justifica, pois a conformação dos conceitos jurídicos em matéria trabalhista deve assegurar seus efeitos específicos.

O objetivo da construção da figura jurídica tipificada no art. 2º § 2º, foi certamente ampliar as possibilidades de garantia do crédito trabalhista.²⁶² E é neste sentido que o dispositivo deve ser interpretado, levando em consideração a real natureza das novas figuras que são criadas, para que estas não sejam instrumento de burla ao Direito do Trabalho. É sucinto e preciso o seguinte Julgado:

"GRUPO ECONÔMICO - O conceito atribuído ao grupo econômico não se esgota na literalidade do parágrafo 2º do art. 2º da CLT - Impõe-se considerar outras situações que o desenvolvimento econômico cria diuturnamente, quais sejam as empresas coligadas, controladas ou controladoras, resultante de diversa formas de aglutinação, o que todavia, não desconfigura sua co-responsabilidade." (TRT 9ª R. - RO 2484/1999 - Ac. 01662/2000 - 2ª T. - Rel. Juiz José Fernando Rosas - DJPR 04.02.2000).

Em suma, a caracterização do Grupo Econômico na esfera trabalhista deve ser ampla o suficiente para abarcar as empresas que foram beneficiárias do contrato de trabalho realizado.

Destaca-se que o reconhecimento do Grupo pode se dar na fase executiva do processo. Corrobora esse entendimento o cancelamento da Súmula 129 do TST, em 2003.

AGRAVO DE PETIÇÃO. GRUPO ECONÔMICO. RECONHECIMENTO NA FASE EXECUTIVA. ILEGALIDADE INEXISTENTE. Tratando-se de grupo econômico, desnecessária a citação de todos os integrantes para participarem da fase cognitiva. Portanto, tem-se por escorreita a forma eleita para o prosseguimento da execução em relação à Agravante, quanto à sua inclusão na lide durante a fase executória. Agravo ao qual

²⁶²

DELGADO, Op. cit., Curso, p. 397.

se nega provimento, no particular. GRUPO ECONÔMICO X DESPERSONIFICAÇÃO DA [PESSOA JURÍDICA](#). A responsabilidade do sócio é subsidiária, divergindo da responsabilidade solidária inerente às entidades que compõem o grupo [econômico](#). Assim, a execução contra os sócios depende da frustração do procedimento executório em relação aos responsáveis solidários. O reconhecimento do grupo econômico como empregador único demanda, logicamente, a percepção unificada de seu patrimônio. Por conseguinte, a execução poderá observar a ordem de penhora constante do artigo 655 do CPC, onde os valores em espécie precedem a qualquer outro bem, para a satisfação da execução. Agravo ao qual se nega provimento. (TRT23. AP - 00025.2005.002.23.00-3. Publicado em: 23/06/08. 2ª Turma. Relator: LUIZ ALCÂNTARA)

Concluindo, a vantagem obtida pela forma agrupada não pode resultar no descumprimento dos encargos trabalhistas ou de seguridade social, sobretudo porque muitos dos Grupos Econômicos representam o interesse de uma grande empresa que se utiliza de empresas menores, muitas das quais sem qualquer capacidade econômica.

A responsabilidade solidária prevista nas normas trabalhistas é a resposta adequada para fazer frente a essas formas fragmentadas de produção. Está de acordo também com os princípios econômicos e Constitucionais que tem como primado o combate ao poder econômico.

E como observa SOUTO MAIOR²⁶³, a regra estabelecida no art. 2o. da CLT tem como objetivo a efetivação das normas trabalhistas e não a proteção dos conglomerados. Não pode ser, portanto, instrumento para dificultar a concretização dos direitos do trabalhador.

²⁶³ *Curso...* p. 137.

12. FRANCHISING

Grande parte da doutrina entende que o *franchising*, de ordinário, não configura grupo econômico, pois franqueador e franqueado não atuam em conjunto²⁶⁴.

Esse posicionamento é justificado pelo fato de existir um contrato de *franchising* típico, de as empresas serem independentes, autônomas, supostamente sem qualquer ingerência sobre as atividades do franqueado, com a total assunção dos riscos da atividade econômica pelo franqueado.

Alguns consideram como forma de terceirização²⁶⁵.

Jorge Luiz Souto Maior²⁶⁶ constata que parte considerável da jurisprudência trabalhista nega a responsabilidade do franqueador pelo inadimplemento dos créditos devidos pela franqueada e outros apenas a admitindo somente caso de desvirtuamento do contrato.

Esse posicionamento doutrinário e jurisprudencial fez com que o *franchising* fosse largamente adotado como forma de expansão de negócios.

No entanto, o fundamento da suposta independência da franqueada em relação à franqueadora não passa pelo crivo da realidade fática ou jurídica, se examinarmos mais atentamente sua estrutura.

Segundo os economistas²⁶⁷, o instituto surgiu como solução para que o novo empresário, inexperiente, tivesse acesso aos conhecimentos, marcas, processos, produtos e serviços, além da obtenção de financiamentos de forma mais favorável. Por outro lado, sob a ótica da corporação, é estratégia de expansão de seus negócios.²⁶⁸

Não obstante a definição trazida pela legislação, a doutrina tem tido dificuldade em determinar um conceito que seja suficientemente abrangente que abarque os vários modelos decorrente da dinamicidade e versatilidade do instituto.²⁶⁹

Entretanto, é possível extrair alguns elementos básicos, definindo-o

²⁶⁴ BELMONTE, Alexandre Agra. *Curso de Responsabilidade Trabalhista: danos morais e patrimoniais nas relações de trabalho*. 2ª ed. São Paulo: LTr, 2009. P. 72.

²⁶⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas*. 7a. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 213.

²⁶⁶ Op. Cit. *Curso...*, p.168 a 173.

²⁶⁷ CHERTO, Marcelo. *A história do Franchising*. In: CHERTO, Marcelo e outros. *Franchising: Uma estratégia para a expansão de negócios*. São Paulo, 2006, p.17.

²⁶⁸ E como expansão de negócios, entre outras características como a do fortalecimento da marca, o instituto cria barreiras para concorrência, o que traz um paradoxo entre as instituições e o princípio capitalista da livre concorrência.

²⁶⁹ CHERTO, Marcelo. *A história do Franchising*. In: CHERTO, Marcelo e outros. *Franchising: Uma estratégia para a expansão de negócios*. São Paulo, 2006, p. 22.

como uma estratégia de expansão de negócios, via cessão do direito de uso da marca e a distribuição de seus bens e serviços.²⁷⁰ Essas características são deduzidas da própria Lei 8.955/94, no seu artigo 2º.²⁷¹

Ao lado destas duas características é importante destacar outro elemento que distingue o contrato de franquia de outras figuras comerciais: a independência econômica do franqueado, que se traduz na nítida separação da atividade entre franqueador e franqueado, na qual o primeiro não é apenas fornecedor de produtos e serviços, mas um vendedor de franquias, cabendo ao franqueado a responsabilidade da atividade econômica.²⁷²

Estes elementos compõem a estrutura básica de um contrato de franchising, que na realidade se traduz numa relação complexa, tendo cada contrato, no caso concreto, suas idiossincrasias.

Numa síntese, a doutrina traz como cláusulas essenciais, inerentes a maioria dos contratos: a cessão de uso de marca, assistência técnica, transferência de know-how, remuneração do franqueador, exclusividade territorial, prazo de duração do contrato e determinação dos produtos a serem vendidos e serviços a serem prestados pelo franqueado.²⁷³

A assistência técnica, a transferência de tecnologia e o ganho de escalas junto aos fornecedores permitem que os franqueados possam concorrer com grupos concentrados, num patamar de tecnologia e capital que individualmente não conseguiria. O sistema operacional engloba o abastecimento de produtos sem a perda de qualidade no atendimento, sem aumento dos custos, atendendo ao mercado consumidor.

Toda estrutura operacional e comercial cabe à franqueadora, restando ao franqueado a administração do ponto de venda, que está condicionada à padronização ditada também pela franqueadora e representam custos irrecuperáveis²⁷⁴, pois são

²⁷⁰ SALOMÃO FILHO, Calixto. *Regulação e Concorrência: Estudos e Pareceres*. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 99.

²⁷¹ Art. 2o. *Franquia empresarial é o sistema pelo qual o franqueador cede ao franqueado o direito de uso de marca ou patente, associado ao direito de distribuição exclusiva ou semi-exclusiva de produtos ou serviços e, eventualmente, também o direito de uso de tecnologia de implantação e administração de negócio ou sistema operacional desenvolvidos ou detidos pelo franqueador, mediante remuneração direta ou indireta, sem, no entanto, fique caracterizado vínculo empregatício.*

²⁷² SALOMÃO FILHO, op. cit., *Regulação e Concorrência* ..., p. 100.

²⁷³ FERNANDES, Marcelo Cama Proença. *O contrato de Franquia Empresarial*. São Paulo: Memória Jurídica, 2003, p. 83.

²⁷⁴ SALOMÃO FILHO, op. cit., *Regulação e Concorrência* ..., p. 102.

investimentos que não poderiam ser aproveitados para outra atividade que não a da marca contratada, representando assim, forma de dependência da empresa franqueada à franqueadora. Trata-se de um verdadeiro seguro para a franqueadora, no sentido de fidelizar seus franqueados pelo tempo de duração do contrato.

Por outro lado, como o mercado de farmácias, no qual o *franchising* é largamente utilizado, está dominado pelas marcas mais fortes, a sobrevivência da pequena empresa não encontra outra opção que não seja a adesão a tais contratos. A liberdade de empreendimento está agora focada em qual das franquias optar.

Outra cláusula que pode trazer dependência do franqueado é a imposição de fornecedores. Esta cláusula decorre do poder de negociação da rede com seus fornecedores que pelo volume de compra consegue melhores preços, diminuindo os custos e atendendo aos anseios dos consumidores.

Entre as obrigações da franqueada está estabelecido que a franqueada deverá fornecer informe completo e detalhado sobre suas vendas. Isto permite à franqueadora obter conhecimentos variados e específicos para coordenar melhor suas atividades, beneficiando-se e às franqueadas, na medida em que melhora sua atuação, conhecendo cada nicho de mercado.

As restrições como a imposição da homogeneidade de preços entre as franqueadas, ao lado da exclusividade territorial servem também para demonstrar o grau de dependência da franqueada à franqueadora.

Como se verifica, a independência econômica é relativizada, dado o grau de controle e dominação exercido pela franqueadora. A análise em concreto de cada caso, verificando o cumprimento do contrato, se verdadeiro ou não, serviria apenas para examinar o grau de dependência da franqueadora.

Neste sentido, desde muito tempo, já se preocupava o Professor Comparato²⁷⁵, questionando a utilidade da técnica e seu caráter abusivo, destacando que não se fazia a distinção, à época, do contrato de concessão de vendas e da franquia e que tal contrato não ensejava a transferência de tecnologia, criando uma condição de dominação do franqueador. Estas condições, como bem destacado pelo mestre, num país, cujo pano de fundo nunca teve a livre concorrência como sua característica fundamental. Sendo assim, o primeiro questionamento seria se a franquia, em si mesma, não constituiria

²⁷⁵ COMPARATO, Fábio Konder. *Revista de direito mercantil industrial econômico e financeiro*. São Paulo: RT, no. 18, ano XIV, 1975, p. 53 a 64.

uma manifestação de abuso de poder econômico? O contrato de *franchising* contém várias cláusulas, como a venda vinculada, que traduzem verdadeiro controle externo pela franqueadora, configurando a formação de um grupo econômico por subordinação externa, na qual a empresa dominante cria sua rede de distribuição, sem qualquer ônus.

Fato é que, não obstante a lei 8.955/94 definir no art. 2º, não pormenoriza o contrato, mas traz a relação mais importante do contrato: o *disclosure*, que é a revelação de informações.²⁷⁶

Certo é que a estrutura do contrato de franchising beneficia as franqueadas, na medida em que possibilita sua atuação mais agressiva no mercado em relação a outras redes, beneficiando também a franqueadora que expande sua marca sem a necessidade de próprio investimento e por consequência trazer benefícios ao consumidor pela concorrência entre as redes e a diminuição dos custos. Se isto não se caracteriza uma atuação conjunta, o que mais caracterizaria.

BELMONTE²⁷⁷ afirma que, de ordinário, a franquia não se caracteriza como grupo econômico, mas constata que *a atuação conjunta em proveito do grupo leva à caracterização da solidariedade*.

Ora, o objeto do contrato de *franchising* é justamente a atuação do grupo para a expansão da franqueadora e inserção da franqueada no mercado. O liame entre elas é claro e necessário. A independência é apenas contábil e esta não serve para caracterizar a autonomia, sobretudo no âmbito das obrigações trabalhistas, como no caso de filiais, cujo entendimento é pacífico na imputação da responsabilidade solidária entre matriz e filial.

Blindar a franqueadora nos termos do entendimento acima exposto é consolidar a distribuição inversa de rendas, pois se por um lado a franquia é um instrumento que oportuniza a inserção de pequenas empresas no mercado, sua estrutura o faz por intermédio do fortalecimento de grandes marcas, assegurando a concentração de renda da empresa principal, transferindo o risco do negócio às franqueadas, que, por sua vez, em caso de insuficiência econômica deixa de cumprir suas obrigações em relação aos empregados, que em última instância acabam por assumir o risco do negócio.

As justificativas para atrair a responsabilidade solidária para a franqueadora no caso de inadimplemento trabalhista são diversas, tendo em vista que as

²⁷⁶ FERNANDES, op. cit., p. 38.

²⁷⁷ Op. cit., p. 72.

cláusulas de isenção de responsabilidade entre os contratantes não tem o condão de afastar normas cogentes como as da relação trabalhista, valendo somente para eventual ação de regresso.

Em primeiro lugar, pela configuração de Grupo Econômico, pois as cláusulas básicas inseridas no contrato de *franchising* traduzem claramente o controle da franqueadora sobre a franqueada. Inclusive é possível que a insolvência da franqueada ocorra por sua falta de liberdade, como observa Meireles.²⁷⁸

Em segundo lugar, uma das formas de atuação do Estado é estabelecer a disciplina dos contratos com o objetivo de atuar no âmbito econômico no sentido de combater a formação de grandes concentrações de poder.

Em terceiro lugar, os *royalties* auferidos foram resultantes do aproveitamento da mão-de-obra do trabalhador, estando a empresa franqueadora na posição de beneficiária e, portanto, responsável, em termos civis, segundo a teoria do risco-proveito.

Assim, ainda que se resista à aplicação da CLT para o reconhecimento da franquia como Grupo Econômico que é, a responsabilidade da franqueadora é de natureza objetiva, fundada na obrigação de resultado, no qual basta o descumprimento do contrato para que a responsabilidade solidária se estabeleça pela responsabilidade objetiva. A diligência da empresa tomadora está na exigência de garantias para o adimplemento das verbas trabalhistas. Assim, no caso de inadimplemento a empresa apenas acionaria essa garantia, assegurando ao trabalhador o seu pagamento.

Caso não tome essa cautela, a franqueadora também poderá ser responsabilizada pela culpa *in vigilando* e *in elegendo*, não podendo o prejuízo ser arcado pela vítima.

No Direito do Consumidor, que foi inspirado no Direito do Trabalho, a responsabilização da franqueadora pelo prejuízo causado por culpa da franqueada não é novidade:

ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE CIVIL. FALHA NA PRESTAÇÃO DE SERVIÇO POSTAL. CORRESPONDÊNCIA NÃO ENTREGUE. SOLIDARIEDADE ENTRE A FRANQUEADORA (ECT) E A FRANQUEADA. DANO MORAL. DESCABIMENTO.

²⁷⁸ MEIRELES, Edilton. *Grupo Econômico Trabalhista*. São Paulo: LTr, 2002, p. 317.

INEXISTÊNCIA DE OFENSA À HONRA OBJETIVA DA PESSOA JURÍDICA. I- A empresa exploradora do serviço postal responde, na forma prevista em regulamento, pela perda ou danificação de objeto postal, devidamente registrado (artigo 17 da Lei 6.538/78) II- Quem se faz substituir na execução de uma tarefa é responsável, juntamente com o substituto, pelos danos que este último vier a causar, quer decorram de falta contratual, quer de falta delitual, desde que os danos sejam relacionados à substituição. III- Assim sendo, o ato da franqueada é ato da franqueadora (ECT), justamente por atuar aquela primeira como substituta desta última. Responsabilidade solidária da franqueada e da franqueadora pelos prejuízos causados (despesas com postagem e selos). IV- Se o dano ao autor (contratante) decorreu de falha na prestação do serviço por culpa da franqueada ou da franqueadora pouco importa para o deslinde da presente controvérsia, haja vista que tanto uma como a outra respondem solidária e objetivamente pela falha no serviço postal, aplicando-se-lhes o disposto no artigo 14 do CDC. V- A pessoa jurídica não pode ser ofendida subjetivamente. O chamado dano moral que se lhe pode afligir é a repercussão negativa sobre sua imagem perante terceiros ou o abalo de seu bom nome (Súmula 227 do STJ). Não comprovada a ofensa à honra objetiva do autor, não há que se falar em dano moral. (TRF2: AC 379638 7ª T. especializada. Rel.: Desembargador Federal THEOPHILO MIGUEL DJU - Data::12/12/2008 - Página::268)

Como se verifica, para o ressarcimento de danos causados pela atividade a terceiros, franqueadora e franqueada respondem solidária e objetivamente. No contrato de franquia o trabalhador é terceiro prejudicado, incidindo a responsabilização nos termos da responsabilidade civil.

Em quarto lugar, a responsabilização solidária da empresa controladora em nada a prejudicaria se esta tiver o dever de cuidado de exigir garantias para o cumprimento dos encargos trabalhistas.

A aplicação da responsabilidade solidária, para além do pagamento do trabalho realizado pelo empregado, individualmente falando, tenderá para utilização do instituto de forma mais cuidadosa, escolhendo criteriosamente seus parceiros, assegurando a contratação com empresas economicamente viáveis e exigindo garantias para se proteger

de eventual inadimplemento de encargos trabalhistas e previdenciários.

A solidariedade consubstancia, portanto, a realização, em termos individuais de Direito Fundamental, e em termos coletivos a prevenção da utilização de instrumentos que tendem à concentração de rendas e precarização das relações de trabalho.

Cumprе destacar que até mesmo nos Estados Unidos são cada vez mais comuns os julgados reconhecendo a responsabilidade da franqueadora, estabelecendo-a como co-empregadora ao lado da franqueada ou entendendo que a franqueadora não deixa de ser uma espécie de “empregadora” da franqueada, dependendo do nível de controle exercido²⁷⁹.

Assim, verifica-se que a aplicação da responsabilidade solidária no instituto da franquia não é só uma questão legislativa, mas de vontade. Além disso, a concretização da norma não existe sem a interpretação do direito como um todo, integrando-o por intermédio da ponderação de princípios de forma sistêmica e coerente.

No caso, o inadimplemento pela franqueada dos encargos trabalhistas pode causar prejuízo para a franqueadora ou para o trabalhador, ou seja, o aplicador do direito estará decidindo no caso concreto dois interesses contrapostos, o de quem efetivamente será a vítima do dano: a franqueadora ou o trabalhador? Estará decidindo em priorizar os royalties, instrumento de concentração de renda ou o salário, de caráter alimentar.

Ressalta-se que a responsabilização não inviabiliza a aplicação do

²⁷⁹ **NEW CASE AFFIRMS POTENTIAL OF FRANCHISOR LIABILITY FOR FRANCHISEE'S ACTS OF DISCRIMINATION:** Pennsylvania federal court allows franchisee's employee to proceed with sexual harassment claim against franchisor and holds that franchisors may be liable for discrimination by franchisee. *recent decision, Myers v. Garfield & Johnson Enterprises, Inc.*, 2010 U.S. Dist. LEXIS 3468 (E.D. Pa. Jan. 14, 2010), *once again raises the potential liability of a franchisor for claims based on discriminatory conduct alleged against a franchisee (...)*

Myers is another example in a recent series of cases reviewing a franchisor's potential liability as an “employer” of its franchisees' employees. In Massachusetts, for example, the Supreme Court has held a janitorial services franchisor liable for unemployment taxes because it concluded that the franchisor was the franchisee's “employer” and a federal court has certified a class of franchisees claiming to be employees of their franchisor. It also follows another recent case, *EEOC v. Papin Enterprises, Inc.*, 2009 U.S. Dist. LEXIS 30391 (M.D. Fla. Apr. 7, 2009) and 2009 U.S. Dist. LEXIS 69787 (M.D. Fla. Jul. 28, 2009), that but for a failure of proof as to actual discrimination may have subjected a franchisor to Title VII religious discrimination liability. Indeed, cases challenging franchisees' independent contractor status are now pending in multiple jurisdictions across the country where standards for establishing “employment” relationships are less stringent than the federal test applied in *Myers*. As a result, franchisors may wish to re-evaluate their franchise agreements and operations manuals to determine how much control they truly require to protect their trademarks and system with an eye towards lowering their risk of exposure to employment-related claims.

(http://www.franchise-chat.com/resources/franchisor_liability_for_franchisees_acts_of_discrimination.htm consultado em 26.11.2010) O inteiro teor do julgado pode ser encontrado no site: <http://www.paed.uscourts.gov/documents/opinions/10d0049p.pdf>

instrumento comercial, apenas passa a imputar os riscos do negócio a quem tem o poder de escolha de suas contratadas. Riscos esses que não podem ser eximidos por meras cláusulas contratuais, podendo ser amenizados por meio de exigência de garantias e de maior cautela na escolha de seus parceiros.

A grande empresa já tem com sua dominação o poder de impor as condições do contrato. Com a irresponsabilidade seu poder se torna livre para determinar padrões cada vez mais baixos de cumprimento das obrigações trabalhistas, precarizando em rede as relações sociais.

A aplicação da responsabilidade solidária é o mecanismo primário de concretização da função social da empresa, tendo em vista é inadmissível na sociedade de risco, que o comportamento de uma empresa seja indiferente aos reflexos causados na sociedade em que atua se beneficiando de seu trabalho e de seu consumo.

13. DONO DA OBRA

A Jurisprudência, consubstanciada na OJ nº 191, exime o dono da obra de qualquer responsabilidade sobre eventual inadimplemento por parte da empresa contratada de verbas trabalhistas.

A doutrina mais progressista²⁸⁰ critica esse posicionamento, mas ainda considerando a não-responsabilização como regra, desde que decorrente de pactuação cujo objeto tenha somente valor-de-uso e seja feito de modo eventual e esporádico.

No entanto, a irresponsabilidade do dono da obra não se justifica nem ontológica, nem juridicamente falando.

Na construção feita por Marx²⁸¹, a obra, objeto da empreitada, como toda mercadoria, tem dupla forma de valor, a natural ou prosaica representada por sua utilidade (valor-de-uso) e, ao mesmo tempo, assumindo a forma de mercadoria, na medida em que encarnam um valor na sua relação social pela possibilidade de troca com outras mercadorias. A valorização da matéria bruta como a areia, os ferros, o cimento são decorrentes do trabalho humano, escondido no ganho de capital.

Como se percebe, no sistema capitalista tudo é mercadoria. Assim, imputar somente o valor-de-uso a um objeto, seria analisar esse objeto de forma apenas fragmentada e parcial. É não considerar o acréscimo patrimonial obtido pelo empreendimento realizado.

Por outro lado, juridicamente falando, a exploração de atividade econômica não é requisito para configurar a relação de emprego, nos termos do art. 2º e 3º da CLT, assim como a responsabilidade, pois esta decorre da lógica elementar, que quem tem o ônus deve suportar o ônus. O dono da obra usufrui dos benefícios do trabalho alheio e deve suportar os riscos que essa atividade traz. No entanto, contraditoriamente, a Jurisprudência tem exigido essa condição para a responsabilização.

RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. DONO DA OBRA.

O contrato de empreitada entre o dono da obra e o empreiteiro não enseja responsabilidade solidária ou subsidiária nas obrigações trabalhistas contraídas pelo empreiteiro, salvo se o dono da obra for uma

²⁸⁰ DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 4ª Ed. São Paulo: LTr, 2005, p. 480.

²⁸¹ Karl, op. cit., *O Capital*. Livro I, vol. 1, p. 69.

empresa construtora ou incorporadora, o que não é a hipótese dos autos. Recurso de Revista conhecido e provido.(TST: RR – 80400-29.2007.5.09.0018)

Mais uma vez, o inadimplemento causado pela contratada coloca de frente dois interesses contrapostos. De um lado, o dono da obra que já pagou ao empreiteiro e sua responsabilização faria com que pagasse duas vezes, e de outro o trabalhador que já executou o seu trabalho e não recebeu.

Quando se trata de resolver litígios relativos a outras verbas a jurisprudência e doutrina são pacíficas em determinar que o risco do negócio ou o risco pelo fato da coisa são ônus do proprietário. Estranho²⁸² e injustificado, portanto, o tratamento discriminado quando se trata de verbas trabalhistas.

O mesmo dono da obra quando prejudica o vizinho é responsável solidário, não pela ilicitude do ato de construir, mas pela lesividade do fato da construção. Hesitante a princípio, a doutrina civilista firmou-se no sentido da responsabilidade solidária e na dispensa de prova da culpa²⁸³. O STF assim reconhece:

DANO CAUSADO A PREDIO VIZINHO. RESPONSABILIDADE SOLIDARIA DO DONO DA OBRA E DO CONSTRUTOR. RECURSO EXTRAORDINÁRIO NÃO CONHECIDO. (STF: RE 85715 Rel. Cunha Peixoto)

Em termos de legislação previdenciária, o dono da obra é responsável solidário pelas contribuições sociais que decorrem da relação de emprego²⁸⁴. Fica claro neste caso o tratamento discriminatório às verbas trabalhistas. O acessório tem tratamento privilegiado e o principal, vale lembrar, de caráter alimentar, fica dependendo da busca de bens do empreiteiro, não raro insolvente.

Percebe-se então que a doutrina e jurisprudência trabalhista protegem o dono da obra, em detrimento do pagamento ao trabalhador. A proteção do dono da obra é função do direito privado que regula as condutas sob o ponto de vista do proprietário, que tem seu direito protegido pela ação de regresso. No Direito do Trabalho esse enfoque deve ser fazer a partir da perspectiva do trabalhador, não sendo coerente, portanto, decisões nesta esfera que não estejam analisadas sob a ótica do trabalhador.

²⁸² SOUTO MAIOR, op. cit. *Curso...*p. 166.

²⁸³ CAVALIERI FILHO, op. cit. *Programa...*p. 231.

²⁸⁴ Art. 30, VI, da Lei 8.212/91.

Não obstante os argumentos apresentados, os legalistas aduzem a falta de previsão legal para a responsabilização do dono da obra, o que foi consolidado pela OJ no. 191 da SDI -1 do TST, nos seguintes termos:

***Dono da obra. Responsabilidade.** Diante da inexistência de previsão legal, o contrato de empreitada entre o dono da obra e o empreiteiro não enseja responsabilidade solidária nas obrigações trabalhistas contraídas pelo empreiteiro, salvo sendo o dono da obra uma empresa construtora ou incorporadora.*

A exceção trazida pela Orientação Jurisprudencial decorre da responsabilidade direta de todos que desenvolvem atividade de risco, agora prevista no parágrafo único²⁸⁵ do art. 927 do Código Civil. Isto porque, a teoria do risco da atividade absorveu a figura da responsabilidade por fato de outrem, passando a responsabilidade pelo fato do preposto, prevista no art. 932, III²⁸⁶ do Código Civil, à responsabilidade pelo fato do serviço.

No entanto, o art. 932 não foi revogado e é aplicável para os casos que não cabem na generalidade do art. 927, como por exemplo, danos causados por empregados domésticos, motorista particular, preposição eventual e outros serviços não fornecidos empresarialmente²⁸⁷.

Assim, o dono da obra como comitente que é responde pelos danos causados pelo encarregado eleito para construção de sua edificação, ainda que seja residência, pois, mais uma vez, a lei não exige para a responsabilização que a atividade seja empresarial.

A cautela da verificação da idoneidade da empresa contratada também não afasta a responsabilidade, já que o inadimplemento dos encargos trabalhistas pressupõe a inidoneidade.

Ainda que não fosse possível presumir a inidoneidade nos termos

²⁸⁵ **Parágrafo único.** Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

²⁸⁶ **Art. 932.** São também responsáveis pela reparação civil:

(...)

III - o empregador ou comitente, por seus empregados, serviçais e prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir, ou em razão dele;

²⁸⁷ CAVALIERI FILHO, op. cit. p. 201 e 202.

acima, a doutrina civilista²⁸⁸ entende que a idoneidade da pessoa contratada não configura exoneração da responsabilidade do proprietário:

O fato de o dono do edifício ou construção ter entregue a outrem, pessoa física ou jurídica idônea, a construção, ou os reparos, de modo nenhum afasta a responsabilidade do proprietário. Desde que se tornou manifesto o defeito, ou a reparação começa a responsabilidade do proprietário. Se o dano a terceiro ocorre, não deixa de ser responsável porque encarregara da construção pessoa idônea.

Os Julgados mais favoráveis ao trabalhador, responsabilizam o dono da obra subsidiariamente:

CONTRATO DE EMPREITADA. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA.

O dono da obra responde subsidiariamente pelos créditos trabalhistas deferidos ao reclamante, na medida em que possui culpa in eligendo e in vigilando. Incidência da Súmula 331, item IV, do TST. Recurso provido.(TRT 4a. R. RO: 00884-2007-251-04-00-4 Rel.: Maria Helena Mallmann. 20.05.09)

No entanto, como referido acima, a discussão sobre o caráter subsidiário da responsabilidade do dono da obra é ilógico, pois a demanda judicial pressupõe um crédito não adimplido pelo subempreiteiro. E como regra desenvolvida pela doutrina sobre a responsabilidade subsidiária, o inadimplemento configura a sucessão e, consequentemente a aplicação do princípio da solidariedade²⁸⁹.

²⁸⁸ MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. Vol. 53. Campinas: Bookseller, 2008, p. 527.

²⁸⁹ GOMES, Gilberto. *Solidariedade e Continuidade Empresarial no Brasil*. In: PINTO, José Augusto Rodrigues. *Noções atuais de Direito do Trabalho: Estudos em homenagem ao Professor Elson Gottschalk*. São Paulo: Ltr, 1995, p. 151.

CONCLUSÃO

A velocidade das transformações sociais trouxe para as relações de emprego uma perplexidade, entendendo alguns autores até no fim da exploração do homem pelo homem, cogitando-se no fim do Direito do Trabalho.

Entretanto, o avanço tecnológico não trouxe o esperado ócio produtivo, mas intensificação na exploração da mão-de-obra. O toyotismo mostrou-se um neotaylorismo, aperfeiçoando as técnicas de aproveitamento do trabalho humano.

A informatização desqualificou o trabalho humano e provocou um ócio involuntário, utilizado como meio de gestão e controle de reivindicações salariais.

A produção se descentralizou e o lucro se concentrou. A grande empresa se fragmentou delegando etapas do processo produtivo para outras pequenas empresas satélite sob seu comando.

Esse mecanismo fez com que o centro clássico de imputação de responsabilidade ficasse restrito à intermediária, muitas vezes economicamente débil, transferindo ao trabalhador o risco da má escolha da terceirizadora para o trabalhador. A empresa controladora se apropria dos benefícios da mão-de-obra, sem qualquer ônus.

No entanto, esse entendimento não deve prevalecer, pois as diretrizes Constitucionais não permitem a aplicação do Direito com esse resultado.

Por outro lado, os dispositivos da CLT são suficientes para a responsabilização. Os arts. 2º e 455 constroem o arcabouço para a responsabilização solidária. Fundado na teoria do risco-proveito, os artigos preveem a responsabilidade solidária para as relações indiretas de exploração do trabalho.

Interpretar que a CLT não está preparada para as novas formas de produção tem mais caráter ideológico que jurídico. A sistemática de responsabilização trazida pela CLT é congruente com a tendência do ordenamento, que utiliza seus instrumentos para enfrentar o poder econômico e busca a harmonização da sociedade.

A resistência a sua utilização, gerando a ineficácia das normas laborais, não se dá pela falta de regulamentação ou desatualização da CLT, mas pelo domínio exercido pelo poder econômico, inclusive no legislativo, que tem regulamentado os novos fenômenos extrapolando os limites legais e constitucionais, como ocorreu na lei do *franchising* e das cooperativas.

Ainda que assim não fosse, os Princípios Constitucionais, as previsões no Código Civil e os Princípios de Direito do Trabalho são elementos suficientes para

direcionar no preenchimento de eventual lacuna que a legislação pode ter. A tendência internacional e o desenvolvimento da responsabilidade em outros ramos do Direito apontam para a aplicação da responsabilidade solidária.

Além disso, responsabilizar a empresa principal cumpre a regra elementar: que se beneficia com os bônus, deve suportar o ônus.

A responsabilidade solidária é o mínimo que a lógica da flexibilização pode absorver. É o patamar mínimo que corresponde a contraprestação do trabalho já explorado e decorre do risco do negócio, que deve ser atribuído como ônus para quem apropriou-se do bônus trazido pela prestação efetuada pelo trabalhador.

Por outro lado, se aplicássemos a legislação civil o resultado seria a responsabilização direta da tomadora, preponente, comitente, pelo art. 932 ou a responsabilidade objetiva pelo risco-proveito, incluído no art. 927. Como o resultado no Direito do Trabalho não pode ser menos benéfico que na esfera privada, impõe-se claramente a responsabilidade solidária, sem qualquer benefício de ordem.

Ainda que admitíssemos a subsidiariedade esta não poderia ser utilizada de forma protelatória, pois se trata de inadimplemento de verbas de caráter alimentar, que requer celeridade na sua execução. Para tanto, sugerimos a utilização da regra do benefício de ordem trazida pela fiança, qual seja, a tomadora só poderá alegá-lo até a contestação e com o depósito do valor devido.

A aplicação da responsabilidade solidária trará a efetivação dos Direitos do trabalhador e, em termos coletivos, fará com que a empresa seja mais diligente na escolha de seus parceiros, exigindo garantias e verificando sua idoneidade, rompendo com o ciclo que propicia a alta concentração de renda e a precarização das relações trabalhistas.

Sem essa imputação não há qualquer interesse da empresa, que já hedonista, em diminuir um risco que não lhe é atribuído. Procurará a empresa menos custosa, não se importando em verificar a idoneidade ou exigir garantias de cumprimento dos deveres trabalhistas.

Afinal, o Direito não pode dar como incentivo para condutas irresponsáveis ou negligentes. Não pode gerar um comportamento que leve ao desequilíbrio nas relações sociais, propiciando a concentração de renda de poucos e a precarização das relações de trabalho da maior parte da população.

Reconhecidamente tida como sociedade de risco, a função do Direito

é evitar a sua ocorrência. No mundo do trabalho a descentralização da produção, com a diluição da figura do verdadeiro empregador, o risco de inadimplemento e descumprimento dos deveres trabalhistas aumentou consideravelmente. Assim, a responsabilização das beneficiárias mostra-se como forma adequada para minimizar o inadimplemento, e de forma preventiva, ao menos fazer com que as empresas ao escolher as novas técnicas de produção que façam de forma responsável.

BIBLIOGRAFIA

- ALEMÃO, Ivan da Costa. *O vasto âmbito da responsabilidade*. In: *Responsabilidade Trabalhista*. Sônia Regina P. Baessa (coord.) Rio de Janeiro: ADCOAS, 1996.
- ALVES, Alaor Caffé. *A Função Ideológica do Direito*. In: *Fronteiras do Direito Contemporâneo*. Eduardo Altomare Ariento (coord.) São Paulo: D.A. João Mendes Junior, 2002.
- ALVES, Amauri. *Neoliberalismo: flexibilização a sangue-frio e perspectivas do direito do trabalho no Brasil*. In: *Revista LTr: legislação do trabalho*. Ano 74, no. 10, Outubro 2010.
- ALVES, Giovanni. *O Novo (e precário) Mundo do Trabalho: reestruturação produtiva e crise do sindicalismo*. São Paulo: Boitempo, 2005.
- ANTUNES, Ricardo (org). *A dialética do Trabalho: Escritos de Marx e Engels*. São Paulo: Expressão Popular, 2004.
- _____. *Os sentidos do Trabalho: Ensaio sobre a afirmação e a negação do trabalho*. São Paulo: Boitempo, 2007.
- ARIGÓN, Mario Garmendia. *Nuevo régimen uruguayo de responsabilidad matéria de subcontratación, intermediación y suministro de mano de obra*. In: *Revista de Direito do Trabalho*. Ano 34, nº 129, 2008.
- ASSIS, Jesus de Paula. *Kuhn e as ciências sociais*. In: *Estudos Avançados, São Paulo*, v. 7, n. 19, 1993. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-40141993000300004&lng=en&nrm=iso>. acesso em 27.11.2010.
- AZEVEDO, Antônio Junqueira. *Novos estudos e pareceres de Direito Privado*. São Paulo: Saraiva, 2009.
- BELMONTE, Alexandre Agra. *Curso de Responsabilidade Trabalhista: danos morais e patrimoniais nas relações de trabalho*. 2ª ed. São Paulo: LTr, 2009.
- BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. 10a. ed. Brasília: UnB, 1997.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 23a. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.
- BOTTOMORE, Tom (Editor). *Dicionário do pensamento Marxista*. Rio do Janeiro: Jorge Zahar, 2001
- BRAVEMAN, Harry. *Trabalho e Capital Monopolista: A degradação do Trabalho no Século XX*. 3a. ed. Rio de Janeiro: LTC, 1987.

CAMARGO, Ricardo Antônio Lucas (coord.). *Desenvolvimento econômico e intervenção do estado na ordem constitucional - estudos jurídicos em homenagem ao professor Washington Peluso Albino de Souza*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1995.

CASARA, Marques. *Que moda é essa?* In: *Observatório Social em Revista*, maio de 2006, no. 10.

CASTELLO, Alejandro. *Responsabilidad Solidária em el derecho del trabajo*. Montevideo: Fundación de Cultura Universitária, 2004.

CATHARINO, José Martins. *Tratado Jurídico do Salário*. Edição Fac-similada. São Paulo: Ltr, 1994.

_____. *Neoliberalismo e Sequela: privatização, desregulação, flexibilização e terceirização*. São Paulo: Ltr, 1997.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 9ª Ed. São Paulo: Atlas, 2010.

CHERTO, Marcelo e outros. *Franchising: Uma estratégia para a expansão de negócios*. São Paulo, 2006.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Civil*. 2a. ed., São Paulo: Saraiva, 2006.

COMPARATO, Fábio Konder e SALOMÃO FILHO, Calixto. *O Poder de Controle na Sociedade Anônima*. 5a. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

_____. *Revista de direito mercantil industrial econômico e financeiro*. São Paulo: RT, no. 18, ano XIV, 1975.

CUNHA, Alexandre Teixeira de Freitas Bastos. *A Justiça do Trabalho diante da transformação do Direito, na perspectiva da dinâmica econômica*. In: *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 7ª Região* - Jan./Dez. de 2008.

DALLEGRAVE NETO, José Affonso.(coord.) *Direito do Trabalho Contemporâneo: Flexibilização e Efetividade*. São Paulo:LTr, 2003,

DARCANCHY, Mara Vidigal. (coord.). *Responsabilidade Social nas Relações Laborais: Homenagem ao Professor Amauri Mascaro Nascimento*. São Paulo: Ltr, 2007.

DELGADO, Ignácio Godinho. *Previdência Social e Mercado no Brasil*. São Paulo: LTr. 2001.

DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 4a. ed. São Paulo: Ltr, 2005.

_____. *Capitalismo, Trabalho e Emprego: entre o paradigma da destruição e os caminhos de reconstrução*. São Paulo, LTr, 2006.

DIAS, José Aguiar. *Da Responsabilidade Civil*. 11a. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro: Direito de Empresa*. Vol. 8, São Paulo: Saraiva, 2008.

DRUCK, Graça e FRANCO, Tânia. (orgs) *A perda da razão social do trabalho: terceirização e precarização*. São Paulo: Boitempo, 2007.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas*. 7a. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

ENGELS, Friederich. *A situação da classe trabalhadora na Inglaterra*. B.A. Schumann (trad.). São Paulo: Boitempo. 2008.

EWALD, François et al. *Les limites de la réparation du préjudice*. Paris: Dalloz, 2009.

_____, GOLLIER Christian e SADELEER, Nicolas. *Que sais-je? Le principe de précaution*. 2a. ed. Paris: Universitaires de France, 2008.

FERNANDES, Marcelo Cama Proença. *O contrato de Franquia Empresarial*. São Paulo: Memória Jurídica, 2003.

FERNANDEZ, Athualpa e FERNANDEZ Marly. *Direito Natural e Positivismo Jurídico: Justiça, Segurança e Interpretação Jurídica*. In: *Revista Jus Vigilantibus*, abril de 2007, disponível <http://jusvi.com/artigos/24768>, consultado em 12.01.11.

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio, SALOMÃO FILHO, Calixto e NUSDEO, Fábio (orgs.). *Poder Econômico: Direito, Pobreza, Violência e Corrupção*. São Paulo: Manole, 2006.

GAGLIANO, Pablo Stolze e PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil: Responsabilidade Civil*. Vol. III, 2a. ed., São Paulo: Saraiva, 2004.

GALLEGOS, Franklin Ramírez, Fragmentación, reflujo y desconcierto. In: *Revista OSAL* n. 28 – CLACSO, p. 20. disponível em <http://bibliotecavirtual.clacso.org.ar/ar/libros/osal/osal28/04Ramirez.pdf>

GAGLIANO, Pablo Stolze e PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil: Responsabilidade Civil*. Vol III. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

GIORDANI, Francisco Alberto M. P. *Intermediação de mão-de-obra: uma leitura que leva à responsabilidade solidária entre as empresas prestadora e tomadora de serviços*. In: *Revista Legislação do Trabalho*. São Paulo: LTr, ano 72, nº 7.

GOMES, Orlando. *Introdução ao Direito Civil*. 19a. ed. Edvaldo Brito (coord.) Rio de Janeiro: Forense, 2008.

_____. *Contratos*. 24^a. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro*. vol. 4: *Responsabilidade Civil*. 5a. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

GORDILLO, Augustín, GORDO, Guillermo A., LOIANO, Adelina, ROSSI, Alejandro. *Derechos Humanos – doctrina, casos y materiales – Parte General*. 2^a ed. Buenos Aires: Fundación de derecho administrativo – 1996.

GORZ, André. *Metamorfoses do trabalho: crítica da razão econômica*. São Paulo: Annablume, 2003.

GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 13a. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

_____. *Ensaio e Discurso sobre a Interpretação/Aplicação do Direito*. São Paulo: Malheiros, 2002.

Grupo de los Miercoles. *Cuarenta y dos estudios sobre la descentralización empresarial y el Derecho del Trabajo*. Montevideo: Fundación de Cultura Universitária, 2000.

HARVEY, David. *A condição pós-moderna*. São Paulo: Loyola, 2006.

_____. *O neoliberalismo: história e implicações*. São Paulo: Loyola, 2008.

HENRIQUE, Carlos Augusto Junqueira e outros (coords.) Belo Horizonte: Del Rey, 2008

HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 1991.

HIERREZUELO, Ricardi D. e NÚÑEZ, Pedro F. *Responsabilidad solitaria em el contrato de trabajo*. 2a. ed. Buenos Aires: Hammurabi, 2008.

HIRONAKA, Giselda Maria F. Novaes. *Responsabilidade Pressuposta*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

KASHIURA JUNIOR, Celso Naoto. *Crítica da Igualdade Jurídica: Contribuição ao pensamento jurídico marxista*. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. João Baptista Machado (trad.) São Paulo: Martins Fontes. 1998.

KLEIN, Naomi. *A doutrina do choque: a ascensão do capitalismo de desastre*. Vânia Cury (trad.) Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2008.

KUHN, Thomaz. *A estrutura das revoluções científicas*. São Paulo: Perspectiva, 2000.

LASSALE, Ferdinand. *Que é uma Constituição?* São Paulo: Edições e Publicações Brasil, 1933.

LEDUR, José Felipe. *A realização do Direito ao Trabalho*. Porto Alegre: Sérgio Antônio

Fabris, 1998.

LIMA, Alvino. *Culpa e Risco*. 2ª Ed. São Paulo: RT, 1998.

LISBOA, Roberto Senise. *Manual de Direito Civil*. 4a. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

LOCHAK, Danièle. *Réflexion sur les fonctions sociales de la responsabilité administrative: au lumière des récents développements du jurisprudence et du législation*.

p. 1. Disponível em http://www.u-picardie.fr/labo/curapp/revues/root/31/daniele_lochak2.pdf_4a07e074e1fdd/daniele_lochak2. Acesso em 30.11.2010.

LOPES DE ANDRADE, Everaldo Gaspar. *Princípios do Direito do Trabalho: Fundamentos teórico-filosóficos*. São Paulo: LTr, 2008.

MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de Direito Tributário*. 28ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

MARINONI, Luiz Guilherme e ARENHAT, Sérgio Cruz. *Curso de Processo Civil: Execução*. Vol. 3, 2a. ed., São Paulo: RT, 2008, p. 381.

MARX, Karl. *O Capital: crítica da economia política*. 22a. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2008.

MASCARO, Alysson Leandro. *O direito para transformação social*. In: *Fronteiras do Direito Contemporâneo*. Eduardo Altomare Ariento (coord.) São Paulo: D.A. João Mendes Junior, 2002, p. 7 a 17.

MASI, Domenico de. *O ócio criativo*. Rio de Janeiro: Sextante. 2000.

MESZÁROS, István. *A teoria da alienação em Marx*. São Paulo: Boitempo, 2006.

MARTINS, Ives Gandra da Silva e NASCIMENTO, Carlos Valder do. (orgs). *Comentários à Lei de Responsabilidade Fiscal*. 3a. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MEIRELES, Edilton. *Grupo Econômico Trabalhista*. São Paulo: LTr, 2002.

MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. Vol. 53. Campinas: Bookseller, 2008.

NERY, Rosa Maria de Andrade e DONNINI, Rogério. *Responsabilidade Civil: Estudos em homenagem ao professor Rui Geraldo Camargo Viana*. São Paulo: RT, 2009.

NUNES, António José Avelãs. *Uma introdução à Economia Política*. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

NUNES, Gustavo Henrique Schneider. *Tempo do Processo Civil e Direitos Fundamentais*. São Paulo: Letras Jurídicas, 2010.

OFFE, Claus. *Capitalismo Desorganizado*. 2ª Edição. São Paulo, Editora Brasiliense, 1994.

- ORGANISTA, José Henrique Carvalho. *O debate sobre a Centralidade do Trabalho*. São Paulo: Expressão Popular, 2006, p. 76.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. Vol, 19ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.
- PINTO, José Augusto Rodrigues. *Noções atuais de Direito do Trabalho: Estudos em homenagem ao Professor Elson Gottschalk*. São Paulo: Ltr, 1995.
- PINTO, Geraldo Augusto. *A organização do trabalho no século XX: Taylorismo, Fordismo e Toyotismo*. São Paulo: Expressão Popular, 2007.
- POCHMANN, Márcio. *Conferência Energia, Soberania e Trabalho Decente: Perspectivas para o Desenvolvimento Sustentável*. In: *Fórum Social Mundial 2009*.
- POLANYI, Karl. *A Grande Transformação: as origens da nossa época*. 14a. tiragem. Rio de Janeiro: Elsevier, 2000.
- RACCIATTI, Octavio Carlos. *Externalización del empleo y descentralización productiva: las relaciones de trabajos triangulares*. In: *Derecho Laboral*, Tomo LI, nº 229, marzo 2007, Uruguai.
- RIFKIN, Jeremy. *O fim dos empregos: o declínio inevitável dos níveis dos empregos e a redução da força global de trabalho*. São Paulo: Makronbooks, 1995.
- ROSSO, Sadi Dal. *Mais Trabalho!: a intensificação do labor na sociedade contemporânea*. São Paulo: Boitempo, 2008.
- RUSSOMANO, Mozart Victor. *Curso de Direito do Trabalho*. 9a. ed. Curitiba: Juruá, 2009.
- SADER, Emir e GENTILI, Pablo. (orgs) *Pós-Neoliberalismo: As Políticas Sociais e o Estado Democrático*. 8a. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2008.
- SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito Concorrencial: as estruturas*. 3a. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.
- _____. *Regulação e Concorrência: Estudos e Pareceres*. São Paulo: Malheiros, 2002.
- SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. 2a. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 13a. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.
- SILVA, Alessandro da. e outros (coord.). *Direitos Humanos: Essência do Direito do Trabalho*, São Paulo: LTr, 2007.

- SILVA NETO, Manoel Jorge e. (coord.) *Constituição e Trabalho*. São Paulo: Ltr, 1998.
- SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. *Curso de Direito do Trabalho: A relação de emprego*. Vol. II. São Paulo: LTr, 2008.
- _____. *Relação de emprego & Relação de trabalho: no contexto da ampliação da competência na justiça do trabalho*. São Paulo: LTr, 2007.
- _____ e CORREIA, Marcus Orione Gonçalves. (orgs.) *Curso de Direito do Trabalho*, vol III, São Paulo: Ltr, 2008.
- STIGLITZ, Joseph E. *Globalização: como pode dar certo*. Pedro Maia Soares (trad.), São Paulo: Companhia das Letras, 2007.
- _____. *A globalização e seus malefícios: a promessa não cumprida de benefícios globais*. São Paulo: Futura, 2002, p. 89.
- STOCO, Rui. *Tratado de Responsabilidade Civil: doutrina e jurisprudência*. 7a. ed. São Paulo: RT, 2007.
- STRECK, Leni Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 3a. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.
- SÜSSEKIND, Arnaldo. *Direito Constitucional do Trabalho*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.
- TAVARES, Maria Augusta. *O Trabalho informal deslocado da economia para assistência social*. In: *Trabalho Necessário-www.uff.br/trabalhonecessario*. Ano 4, no. 4, 2006.
- TAVARES, Maria da Conceição, SADER, Emir e JORGE, Eduardo. *Globalização e Socialismo*. São Paulo: Fundação Perseu Abramo. 2001.
- TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*. 4a. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- _____. *Direito Civil Contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade Constitucional*. São Paulo: Atlas, 2008.
- URIARTE, Oscar Ermida e COLOTUZZO, Natalia. *Descentralización, Tercerización e Subcontratación*, Lima: OIT, Proyecto FSAL, 2009.
- _____. *A Flexibilidade*. São Paulo: Ltr, 2002.
- VASAPOLLO, Luciano. *O Trabalho Atípico e a Precariedade*. São Paulo: Expressão Popular. 2008.
- VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: Teoria Geral das Obrigações e Teoria Geral dos Contratos*. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2004.
- VIANA, Márcio Túlio. *Terceirização e Sindicato: um enfoque para além do jurídico*. In: *Legislação do Trabalho: publicação mensal de legislação, doutrina e jurisprudência*. Ltr:

Ano 67, no. 7, julho 2003.

VIDAL NETO, Pedro. *Aspectos Jurídicos da Terceirização*. In: *Revista do Direito do Trabalho*. no. 80, Dezembro de 1992.

_____. *Estudo sobre a interpretação e aplicação do direito do trabalho*.

Tese apresentada no concurso à livre docência de Direito do Trabalho na FD USP, 1985.

VILHENA, Paulo Emílio Ribeiro de. *Relação de Emprego: Estrutura Legal e Supostos*. 3a. ed. São Paulo: Ltr, 2005.

RESUMO

A mundialização da economia, o desenvolvimento tecnológico e a velocidade dos meios de comunicação acirraram a concorrência internacional e formaram grandes grupos de intensa concentração econômica desequilibrando profundamente a relação entre capital e trabalho. Essas modificações estão consubstanciadas no modo flexível de produção, que é representado pela forte descentralização produtiva.

São crescentes as formas terceirizadas e a formação de grupos econômicos para fazer frente à redução de custos e otimização dos mecanismos que envolvem toda a produção. Os lucros passaram a ser apropriados pelos grandes conglomerados de forma difusa, mas intensa.

O empregador típico, que se apropriava diretamente do lucro pela exploração do trabalho, outrora facilmente reconhecido, está diluído nas redes da produção, mascarado pelas várias pessoas físicas e jurídicas que se interpõem nessa relação.

Não mais prevalece o axioma econômico de que todo lucro traz intrinsicamente um risco. As grandes corporações têm lucros estratosféricos e os riscos da produção ficam diluídos no caminho e em muitas das vezes são arcados pelos próprios trabalhadores, dada a insolvência das empresas interpostas.

Para fazer frente a esse desequilíbrio entendemos que há necessidade da aplicação da responsabilidade solidária como um dos instrumentos para o combate à precarização, que a realidade tem nos mostrado. Para tanto, defendemos sua aplicação com fundamentos sociológicos, políticos e jurídicos. Esses últimos mais detalhados, com os Fundamentos Constitucionais e Trabalhistas.

ABSTRACT

Economic globalization, technological development and speed of the media incited international competition and formed large groups of intense economic concentration profound imbalance in the relationship between capital and labor. These changes are embodied in a flexible production, which is represented by the strong production decentralization.

Outsourcing are increasing and the formation of economic groups to cope with the cost reduction and optimization mechanisms that involve the entire production. Profits came to be appropriated by the big conglomerates in a diffuse but intense.

The typical employer, that he appropriated directly profit by the exploitation of labor, once easily recognized, it is diluted in production networks, masked by various individuals and companies that stands in this relationship. No longer prevails axiom that all economic profit brings inherently risky. Large corporations have stratospheric profits and production risks are diluted on the way and often are borne by workers themselves, given the company filed bankruptcy.

To address this imbalance we believe there is need for joint and several liability as an instrument for combating precariousness that reality has shown us. To this end, we support your application with pleas sociological, political and legal. These last detail, with the Constitutional Foundations and Principles of Employment Law.

Even in legal reasoning, the tendency is demonstrated in the use of joint liability in other areas of law, not only as a means of realizing the right as a whole, but also to cope with the recognized risk society in which we live.

RÉSUMÉ

La mondialisation de l'économie, le développement technologique et la vitesse des médias ont acharné la concurrence internationale et formé de grands groupes ayant une haute concentration économique ce qui a entraîné un profond déséquilibre de la relation entre le capital et le travail. Ces changements sont consolidés par un mode de production flexible qui est représenté par la forte décentralisation de la production.

Les différentes formes de sous-traitance sont croissantes ainsi que la formation de groupes économiques pour faire face à la réduction des coûts et à l'optimisation des mécanismes qui impliquent toute la production. Les grands groupes s'approprient désormais des bénéfices de manière diffuse, mais intense.

L'employeur typique, qui s'appropriait directement des bénéfices par l'exploitation du travail, autrefois facile à reconnaître, est dilué dans les réseaux de production, masqué par diverses personnes physiques et morales qui s'interposent dans cette relation.

L'axiome économique que tout bénéfice comporte *intrinsèquement* un risque ne prévaut plus. Les grandes entreprises ont des profits stratosphériques et les risques de production sont dilués sur la voie et sont souvent supportés par les travailleurs eux-mêmes, compte tenu de l'insolvabilité des entreprises intermédiaires.

Pour remédier à ce déséquilibre, nous estimons qu'il faut appliquer la responsabilité conjointe et solidaire en tant qu'instrument de lutte contre la précarisation de l'emploi que la réalité nous montre à présent. Pour ce faire, nous soutenons son application *prenant appui sur des bases* sociologiques, politiques et juridiques. Celles-ci seront traitées plus en détails avec des fondements constitutionnels et du droit du travail.

ANEXO

ACÓRDÃO

PROCESSO TRT/15ª. N. 00468-2007-082-15-00-8 ROPS

RECURSO ORDINÁRIO EM PROCEDIMENTO SUMARÍSSIMO

RECORRENTE: ELIENE ROCHA DOS SANTOS

RECORRIDA: SUCOCÍTRICO CUTRALE LTDA.

RECORRIDA: ANTONIO MARTINEZ CITRUS - ME

ORIGEM: VARA DO TRABALHO DE SÃO JOSÉ DO RIO PRETO 3A

Inconformada com a r. decisão de fls. 132/137, que julgou parcialmente procedentes os pedidos formulados, recorre a reclamante, pelas razões apresentadas às fls. 141/145, pleiteando a reforma da sentença de primeiro grau.

Contra-razões da primeira reclamada às fls. 156/160 e da segunda reclamada às fls. 148/155.

É o relatório.

VOTO

Presentes os pressupostos recursais, conheço.

Art. 479 da CLT

Pretende a reclamante a condenação das reclamadas ao pagamento da remuneração, por metade, devida até o final do contrato por prazo determinado (safra de laranja), nos termos do art. 479, da CLT, o que se daria em fevereiro de 2007.

Com razão a recorrente.

A primeira reclamada alegou, em sua defesa, que a reclamante foi admitida por meio de contrato de experiência (fls. 66/68), e, à vista da rescisão dois dias antes do termo pactuado (18.08.06), indenizou a reclamante com base no art. 479, da CLT (fl. 69).

No entanto a primeira testemunha da reclamante confirmou as alegações iniciais, à fl. 81, afirmando que trabalhou para o primeiro reclamado de 17.07.06 a 07.08.06 na mesma turma da reclamante e “que foi contratado para trabalhar durante toda a safra; que a safra de laranja termina em fevereiro de cada ano”. Assim, na qualidade de elemento de convicção, no processo trabalhista prevalece tal prova sobre o contrato de e experiência de fls. 66/68.

Condeno o 1º. reclamado a pagar à reclamante, a título de indenização, a metade da remuneração devida até final de fevereiro/07, nos termos do art. 479, da CLT.

b) Da responsabilidade da segunda reclamada

Sustenta a recorrente que a segunda reclamada era a real tomadora de serviços, eis que as frutas colhidas eram enviadas a esta que, por sua vez, beneficiava-se diretamente da mão-de-obra da trabalhadora. Pugna pela condenação subsidiária da segunda reclamada, por ser tomadora de serviços.

A primeira reclamada sustenta que nunca prestou serviços à segunda reclamada. A segunda reclamada defende-se nos mesmos termos, asseverando, ainda, que a reclamante nunca lhe prestou serviços.

Mas, a primeira testemunha da segunda reclamada confirmou as alegações da reclamante (fl. 52): “que o produtor é responsável pela colheita, transporte e entrega das frutas à segunda reclamada”, deixando claro que a prestação de serviços se dava em prol da segunda reclama, ou seja, que a segunda se beneficiava da exploração do trabalho da reclamante feito pelo 1º. Reclamado.

Vale destacar que o 1º. Reclamado sequer era um produtor. Na verdade, como se pode verificar de seu próprio nome, Antônio Martinez CITRUS - ME, era, meramente, um agenciador de mão-de-obra para colheita e plantio de laranjas. É o “gato” que virou “pessoa jurídica”, para implementar uma indústria que transforma laranja em ouro, sendo que o segredo dessa alquimia é a exploração da mão-de-obra alheia sem a devida aplicação dos direitos trabalhistas.

Chega mesmo a impressionar como a tática utilizada rendeu frutos, atraindo decisões judiciais favoráveis à irresponsabilidade da 2ª. reclamada que até há pouco tempo atrás era uma das maiores empresas empregadoras no campo e agora mantém seu agronegócio sem empregados (ou com número muito menor), visto que estes foram transferidos para “parceiros invisíveis”.

A 2ª. reclamada faz “negócios” jurídicos com proprietários das terras, que se comprometem a plantar laranja, e estes, por sua vez, valem-se de serviços dos antigos “gatos”, pessoas físicas, transformadas em pessoas jurídicas, que agenciam mão-de-obra nas cidades do interior de São Paulo, formando “turmas” que trabalham em diversas propriedades, colhendo e plantando laranja.

A 2ª. reclamada busca com tal procedimento esquivar-se de qualquer responsabilidade pelo adimplemento de obrigações trabalhistas dessas pessoas que, no fundo, lhe prestam serviços.

Nessa onda de transformações, na perspectiva das reclamadas, tudo evolui: o “gato” vira empresa, o suco vira ouro^{290 291}.

²⁹⁰. “[Exportação de suco terá receita recorde este ano](#)” (Fonte: Valor Econômico, 06 de Dezembro de 2007).

“A receita obtida com as exportações brasileiras de suco de laranja baterá seu recorde histórico em 2007. Segundo a Associação Brasileira dos Exportadores de Cítricos (Abecitrus), os embarques renderão US\$ 2,3 bilhões, pouco mais de 50% acima do valor total apurado no ano passado (US\$ 1,468 bilhão).

Como o volume vendido a outros mercados deverá alcançar 1,4 milhão de toneladas este ano, apenas 7% mais que em 2006 (1,303 milhão), a forte alta do faturamento se explica pela valorização dos envios.

Esta, por sua vez, não é fruto somente da valorização das cotações internacionais. Conforme Ademerval Garcia, presidente da Abecitrus, também pesaram a agregação de valor proporcionada pelo aumento das vendas de suco não concentrado, mais caro, e pelas encomendas de suco concentrado e congelado com característica específicas exigidas por alguns compradores.

De acordo com Garcia, subprodutos do processo de fabricação do suco de laranja, como óleos essenciais e farelo de polpa cítrica, por exemplo, já deverão representar uma receita adicional de US\$ 300 milhões nas exportações das indústrias da área em 2007.

Em encontro com jornalistas ontem em São Paulo, o executivo também destacou o crescimento dos embarques de suco produzido em Estados como Rio Grande do Sul, Santa Catarina, Paraná, Minas Gerais, Bahia, Sergipe e Pará, todos já com fábricas processadoras.

Somados, eles deverão responder por embarques de 100 mil toneladas neste ano. Ainda é pouco perto do que exporta São Paulo, que abriga o maior parque citrícola do mundo e representará todo o volume restante, mas sinaliza a consolidação de uma tendência de desconcentração.

No Paraná, por exemplo, já há quatro grupos que apostam na citricultura, como informou ontem

Mas, na perspectiva dos trabalhadores a lógica é inversa: o empregado, com direitos plenos, vinculando diretamente ao capital, e possibilidade de sindicalização, transforma-se em empregado precário de um prestador de serviços, uma ME, que não possui idoneidade econômica compatível com o número de trabalhadores que contrata.

Para concretização processual da tática perversa utilizada, a 2ª reclamada nega que o 1º reclamado lhe presta serviços, versão que este confirma, não se juntando aos autos seja o negócio jurídico firmado entre ambos (que, para todos os efeitos, não existe) seja o próprio contrato social do 1º Reclamado (que demonstraria a sua real atividade).

Mas, se o 1º reclamado não realiza serviços de colheita e plantio de laranja para a 2ª reclamada, então, para quem e para quê o faz? Para si mesmo, sem destinação específica das laranjas, afinal não consta que as comercialize ou as utilize na produção de sucos. Planta laranjas e depois as colhe pelo simples prazer?

Talvez os trabalhadores estejam apenas treinando para as Olimpíadas de Pequim sob o patrocínio do 1º Reclamado. E já imaginaram se algum sai vencedor, ganhando medalha de Ouro. Talvez aí a 2ª reclamada venha a público dizer que aquele trabalhador era seu empregado!!!, como fator de incremento do agronegócio.

Mas, esses trabalhadores, diante da carga de trabalho a que são submetidos, ganhando baixos salários, fixados por produção, estão muito mais para farrapos humanos do que para atletas.

O juízo de primeiro grau entendeu que a reclamante, uma trabalhadora rural semi-analfabeta, como se constata às fls.12, “não se desincumbiu do ônus de provar que a segunda reclamada era a efetiva tomadora de seus serviços, inexistindo qualquer prova documental capaz de configurar tal circunstância”.

Mas a reclamante, certamente, não teria condições de acesso à prova documental dos negócios realizados entre as empresas, ainda mais nessa hipótese em que o propósito é exatamente o de não demonstrar a relação entre a 1ª e a 2ª reclamadas. Exigir uma prova neste sentido da reclamante equivale, portanto, a negar-lhe o direito ao acesso à ordem jurídica justa. Daí porque o correto é impor às partes que alegam a inexistência da relação o ônus de tal demonstração, o que se apresenta muito simples, afinal, as laranjas colhidas tinham uma destinação. Qual era? Eis uma resposta simples de ser dada pelo 1º Reclamado, o qual, aliás, mas que não foi dada por este em nenhum momento no processo. A questão é reincidente e se tem praticado também no agronegócio da cana-de-açúcar, tendo já merecido a devida reação do Tribunal do Trabalho da 15ª Região, no processo n. 32752/1999-ROS-3 (numeração antiga), oriundo da 1ª Vara do Trabalho de Araraquara,

o Valor. Segundo Garcia, grande parte dos projetos fora de São Paulo conta com apoio das gigantes radicadas no Estado (Cutrale, Citrosuco, Louis Dreyfus e Citrovita), que inclusive fazem parcerias para garantir oferta exportável. Em Sergipe, outros quatro grupos investem no ramo. Esta desconcentração, confirma o presidente da Abecitrus, é, ao mesmo tempo, uma oportunidade de investimento e uma necessidade para as grandes exportadoras. Mas, por enquanto, nada capaz de ameaçar a supremacia paulista.

“Isso só vai acontecer se de fato a atividade se desenvolver no Vale do São Francisco. Nesta região nordestina, o potencial de produção de laranja no longo prazo chega a 300 milhões de caixas [de 40,8 quilos] de laranja”, afirma o executivo. A produção em São Paulo gira em torno de 360 milhões de caixas.

Em 2008, Garcia admite que o aumento da receita das exportações perderá fôlego. O aumento do volume vendido não compensará a acomodação dos preços internacionais - decorrente, em parte, da recuperação da oferta da Flórida (EUA), que tem o segundo maior parque citrícola do mundo. “Mas o valor agregado fica”, conclui.”

²⁹¹. “O brasileiro José Luís Cutrale e sua família detêm 30% do mercado global de suco de laranja, quase a mesma participação da Opep no negócio de petróleo.” (http://veja.abril.com.br/140503/p_038.html)

em que eram partes, como recorrente, a reclamante, Cleonice da Silva Barbosa e, como recorridas, as reclamadas, Usina Zanini Açúcar e Álcool Ltda. e R.B. Paiva & Costa Perderneiras Ltda., nos seguintes termos:

EMENTA: Terceirização. Relação entre a empresa tomadora e a empresa prestadora de serviços. Beneficiária dos serviços prestados. Responsabilidade da empresa tomadora. Ônus da prova. Trabalho rural. Havendo a execução de serviços de um trabalhador para uma empresa de prestação de serviços, presume-se que tais serviços foram executados no contexto empresarial de uma outra empresa, tomadora dos serviços. Cabe às reclamadas o ônus da prova, no sentido de demonstrar para quem, concretamente, os serviços foram prestados, presumindo-se, na ausência de prova inequívoca em sentido contrário, de que os serviços foram prestados a quem o reclamante indicou na petição inicial. A exigência de que trabalhadores rurais provem quem se beneficiou do trabalho realizado somente seria satisfeita com segurança se fossem introduzidos BIPs teleguiados nos produtos por eles colhidos.

Vale perceber que tudo é muito bem concatenado para evitar a responsabilização da 2ª. reclamada, deixando o trabalhador em uma terrível situação de desvantagem. Neste tipo de contratação, o trabalhador sai de um ponto da cidade, onde é apanhado pelo 1º. Reclamado, ou um preposto seu, e vai para o meio rural, não se limitando a ir para um único local. Não lhe é possível saber qual o nome da Fazenda para onde vai e muito menos o nome do proprietário da Fazenda. Essa dificuldade, imposta pelo negócio realizado, é proposital para que seja utilizada, posteriormente, nos processos.

Veja a hipótese dos autos.

A 2ª. reclamada, em sua defesa, bate repetidas vezes nessa tecla: “QUAL O LOCAL ONDE PRESTOU SERVIÇOS (???)”, indaga a 2ª. reclamada em letras garrafais! (fls. 82)

E em audiência a reclamante é indagada sobre qual era o nome da propriedade e o nome do proprietário (fls. 81).

Tudo arranjado para se obter a resposta da reclamante previamente conhecida no sentido de que esta não sabe onde trabalhava nem quem era o proprietário das terras onde ia plantar e colher.

A milenar atividade de plantar e colher da terra o fruto da vida é das mais nobres e essenciais para o homem, como ressaltado com rara felicidade por Milton Nascimento e Chico Buarque, em Cio da Terra:

Debulhar o trigo

Recolher cada bago do trigo

Forjar do trigo o milagre do pão

E se fartar de pão

Decepar a cana

Recolher a garapa da cana

Roubar da cana a doçura do mel

Se lambuzar de mel

Afagar a terra

Conhecer os desejos da terra

Cio da terra propícia estação
E fecundar o chão.

Não se pode reduzi-la a uma forma perversa de exploração, na qual se engendra a desconsideração da condição humana do trabalhador, não, exatamente, pela inaplicação de seus direitos trabalhistas correspondentes, mas pelo fato assumido de buscar realizar um negócio cujo propósito é, meramente, evitar qualquer tipo de vinculação com a pessoa que, no fundo, impulsiona a atividade.

Não se quer muito. O que se pretende é, unicamente, que os trabalhadores rurais, que plantam e colhem, para que todos nós sobrevivamos, sejam respeitados como cidadãos.

Na perspectiva do Direito, plantar e colher deve ser visto como o cio da vida, propício para se fecundar a condição humana.

Do modo como as coisas se passaram no presente processo, com a negação da vinculação da 2ª. reclamada ao trabalho prestado pela reclamante, a sua condição humana foi negada. É como se o trabalho realizado não fosse executado por uma pessoa. É o trabalhador reduzido a mera força de trabalho. É a força de trabalho extraída de si mesma. E o homem que a produz? Bom, este virou suco!²⁹²

Ademais, a hipótese sugerida pela 2ª. reclamada é totalmente sem sentido. Tenta fazer crer que pode desenvolver sua atividade, mundialmente reconhecida pela qualidade de seus produtos, pela mera compra de laranjas de produtores independentes. Ora, se são independentes produzem se quiserem. Não guardam identidade entre si, o que faz da qualidade das laranjas diferentes umas das outras. É evidente, e não sabe isso que não quer saber, a 2ª. reclamada precisa manter total controle sobre a produção da sua matéria-prima: a laranja. Afinal, a 2ª. reclamada não se trata da lanchonete da esquina.

Como consumidor assíduo dos sucos de laranja produzidos pela 2ª. reclamada, vez que o consumo diária de suco de laranja é capaz de reduzir o nível de gorduras no sangue, diminuindo o risco de doenças cardiovasculares, posso confirmar sua qualidade, atestando que é muito pequena, quase imperceptível, a variação do gosto do suco de uma caixa para outra.

É evidente que esta tática, que contraria a necessária eficácia dos Direitos Sociais, não pode ser validada pela Justiça do Trabalho.

Aliás, para se aplicar de forma adequada o Direito do Trabalho na situação posta há de se trazer, por analogia, o caso das grandes empresas que antes mantinham todos os seus empregados numa mesma linha de produção, facilitando a identificação da relação de emprego e, hoje, exatamente para tornar nebulosa essa identificação, alastraram a “linha de produção” para além dos limites físicos da fábrica.

É evidente que, na atividade da segunda reclamada, a produção da matéria-prima é, necessariamente, realizada fora de uma “linha de produção” interna, mas também é incontestável sua intenção de desvincular, em aparência, o capital, do trabalho, já que a

²⁹². Vide, a propósito, o clássico filme brasileiro, O Homem Que Virou Suco (Gênero: Drama, duração: 90 min., lançamento (Brasil): 1980. Distribuidor: Dinafilme, Embrafilme e CDI. Roteiro: João Batista de Andrade. Direção: Adilson Ruiz. Elenco: João Batista de Andrade. Produção: Raiz Produções. Executiva: Assunção Hernandez. Edição: Wagner de Carvalho. Música: Vital Farias. : Aloysio Raulino. de Produção: Marisa Rebol. : Marisa Rebol. Distribuidor: Alain Fresnot), que aborda a resistência de um poeta diante de uma sociedade opressora, esmagando o homem dia-a-dia, eliminando suas raízes.

obtenção das laranjas é imprescindível para a realização de sua atividade primordial. Assim, para se chegar ao produto final, o processo produtivo foi pulverizado em diversas unidades, fornecendo a aparência de que cada uma das unidades seja a realização de uma atividade empresarial específica. Grosseiramente falando, é como se o processo de pensar e escrever fossem dados distintos do ato final que é o texto ou como se na concepção de um filho cada parte agisse autonomamente, sendo responsável apenas por 50% do resultado final.

O sistema produtivo “inventou” assim, o capital sem responsabilidade social, sendo esta representada pelo adimplemento das obrigações jurídicas de natureza trabalhista, ao mesmo tempo em que procura enganar a população com as tais ações de responsabilidade social de caráter meramente caritativo.

Nesse contexto, os aplicadores do Direito do Trabalho possuem a função essencial de conhecer essa realidade, não se deixando levar pelas aparências que objetivam obscurecer a razão de ser do Direito do Trabalho.

Modernamente, acompanhando os avanços da mudança do mundo do trabalho, vem se desenvolvendo a teoria de ampliação do conceito de subordinação, denominada de subordinação estrutural, integrativa ou reticular, conforme Ementa a seguir transcrita:

“EMENTA: ‘SUBORDINAÇÃO RETICULAR’ – TERCEIRIZAÇÃO – EXTERNALIZAÇÃO DAS ATIVIDADES ESSENCIAIS – EMPRESA-REDE – VÍNCULO DE EMPREGO COM O BANCO – 1. A nova organização produtiva concebeu a empresa-rede que se irradia por meio de um processo aparentemente paradoxal, de expansão e fragmentação, que, por seu turno, tem necessidade de desenvolver uma nova forma correlata de subordinação: a ‘reticular’. 2. O poder de organização dos fatores da produção é, sobretudo, poder, e inclusive **poder empregatício de ordenação do fator-trabalho**. E a todo poder corresponde uma antítese necessária de subordinação, já que não existe poder, enquanto tal, sem uma contrapartida de sujeição. Daí que é decorrência lógica concluir que o poder empregatício do empreendimento financeiro subsiste, ainda que aparentemente obstado pela interposição de empresa prestadora de serviço. O primado da realidade produtiva contemporânea impõe reconhecer a latência e o diferimento da subordinação direta.” (Processo n. 01251-2007-110-03-00-5, TRT 3ª. Região, Relator: José Eduardo de R. Chaves Júnior)

Como esclarece Maurício Godinho Delgado, subordinação estrutural é “a que se manifesta pela inserção do trabalhador na dinâmica do tomador de seus serviços, independentemente de receber (ou não) suas ordens diretas, mas acolhendo, estruturalmente, sua dinâmica de organização e funcionamento”²⁹³.

A subordinação, vale lembrar, não se caracteriza por uma relação de poder entre pessoas, mas sobre a atividade exercida. Como destaca Vilhena, “à *atividade*, como objeto de uma relação jurídica, não pode ser assimilado o trabalhador como pessoa. Qualquer acepção em sentido diverso importará em *coisificá-lo*.”²⁹⁴

Neste contexto, Vilhena adverte para o fato de que a subordinação,

²⁹³. *Direitos fundamentais na relação de trabalho*. In SILVA, Alessandro et al. coordenadores, *Direitos humanos: essência do direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2007, p. 86.

²⁹⁴. *Relação de Emprego: estrutura legal e supostos*. São Paulo: LTr, 1999, p. 476.

tal qual como fora inicialmente concebida, é, na verdade, a representação de um momento histórico, que na concepção atual perde sentido. No fundo, o elemento caracterizador da relação de emprego deve ser visto como a “*participação integrativa da atividade do trabalhador na atividade do credor do trabalho*”, o que se pode, até, entender como o conceito atual de subordinação²⁹⁵.

No mesmo sentido, destacando o dado objeto da inserção, Jorge Luiz Souto Maior: “o conceito de subordinação, outro traço relevante da relação de emprego, restringe-se à idéia de inserção da atividade exercida pelo trabalhador no contexto do interesse (econômico, ou não) de outrem, o qual, por isto mesmo, tem, potencialmente, a permissibilidade de determinar o modo de execução dos serviços, a fim de atingir objetivos marcados pela quantidade, qualidade e utilidade do resultado do trabalho”²⁹⁶.

Nas situações, portanto, em que, por exemplo, costureiras trabalhem em suas residências para uma outra pessoa, ou empresa, que, no fundo, apenas se apresenta como o intermediário de uma grande empresa, que “compra” daquela o produto acabado, para vendê-lo, livremente, no mercado, há de se reconhecer que tais costureiras são empregadas da empresa final e que o intermediário, mesmo constituído como pessoa jurídica, também o é, com um aspecto ainda pior que é o de ter sido utilizado como empregador aparente, tendo, inclusive, que arcar com parcela do risco econômico que era próprio da grande empresa.

Traduzida a realidade, é como se fosse retirado da grande fábrica o gerente e toda a sua seção, transformando-se o gerente em uma pessoa jurídica e transferindo para este gerente parte dos custos econômicos da produção (mão-de-obra, luz, telefone, água, organização etc.), mediante a paga de um valor fechado, determinado, por óbvio, pela grande empresa, o que obriga o gerente, para extrair seu ganho, a precarizar as condições de trabalho dos “seus empregados”. Estes, aliás, quando vão cobrar seus direitos têm que enfrentar os argumentos da dificuldade econômica do gerente (empregador aparente), fazendo parecer que o direito do trabalho onera demais o capital, mas o conflito posto em discussão, no fundo, é apenas o conflito trabalho x trabalho, correndo solto, sem amarras, o capital.

A situação fática dos autos, portanto, revela que a 2ª. reclamada, na verdade, apresenta-se, juridicamente, como a real empregadora da reclamante e não apenas uma responsável pelo adimplemento dos direitos trabalhistas desta.

A questão pende para este resultado ainda mais se considerarmos o aspecto específico do trabalho rural, que possui, como se sabe, regulação própria exatamente para coibir que o resultado almejado pela 2ª. reclamada se produza.

Cabe verificar, inicialmente, que a atividade da 2ª. reclamada é, inegavelmente, uma atividade agrícola, ainda que se apresente como indústria e efetive sua produção em perímetro urbano.

O fato de o empregador se organizar como uma indústria não desconfigura o vínculo de natureza rural quando sua atividade não vai além de uma transformação primária dos bens

²⁹⁵. *Idem.*, p. 478.

²⁹⁶. Curso de Direito do Trabalho – A relação de emprego. Vol. II. São Paulo: LTr, 2008, p. 60.

colhidos da terra. Nessa atividade industrial primária, vários são os serviços que se executam e que se interligam para a consecução do objetivo final. Todos eles, apesar de muitos não se ligarem diretamente ao cultivo da terra ou colheita de produtos, dão ensejo ao vínculo de emprego rural, vez que não possuem uma significação isolada, sendo, no fundo, partes do empreendimento, o qual, sendo rural, atrai para dentro de si todos os serviços que lhe digam respeito.

Afinal, como definido na Lei n. 5.889/73, por imposição de seu artigo 3º, o empregador rural é “a pessoa física ou jurídica, proprietário ou não, que explora atividade agro-econômica, em caráter permanente ou temporário, diretamente ou através de prepostos e com auxílio de empregados” – grifou-se.

Ora, como se vê, havendo exploração econômica, em caráter permanente ou temporário, de atividade agro-econômica (assim consideradas a agrícola, a pecuária e a extrativa) estará configurada a pessoa do empregador rural quando, para realização de seu negócio, utilize força de trabalho alheia, mesmo que o faça por meio de prepostos²⁹⁷.

Lembre-se, ademais, que o próprio grupo econômico rural, do qual decorre uma responsabilidade solidária de todos que o integram, advém da mera coordenação das atividades das diversas pessoas envolvidas com a utilização do trabalho do empregado rural (§ 2º., do art. 2º., da referida lei).

Sobre este aspecto ressalta Octavio Bueno Magano: “Convém relembrar que a Lei do Trabalho Rural, além de prever a existência dos grupos constituídos por subordinação (empresa sob direção. Controle ou administração da outra), abre espaço também para os grupos compostos por coordenação. Isto se depreende da frase onde se diz que o grupo se forma mesmo quando cada uma das empresas que o integram guarde sua autonomia. Guardar autonomia significa não se submeter a controle. Contudo, isto não quer dizer que as empresas do grupo de coordenação não fiquem sujeitas à direção única. Se inexistisse esta, não se poderia falar em grupo, porquanto se trata de elemento essencial à sua configuração. (...) Dando a Lei do Trabalho Rural guarida ao grupo composto por coordenação, ao longo do grupo formado por subordinação, ou hierarquizado, ampliou consideravelmente a área de sua incidência, no meio rural. Assim, qualquer sociedade, urbana ou rural, posto que possuidora de reduzida participação acionária em empresa rural (figure-se dez por cento), pode ser **solidariamente** responsabilizada por encargos trabalhistas da última, desde que comprovada a atividade convergente de ambas, na realização de objetivos comuns.”²⁹⁸

Assim, por todos esses fundamentos, a 2ª. reclamada apresenta-se como a autêntica empregadora da reclamante, impondo-se tal declaração por se tratar de

²⁹⁷. Nesta linha, a Orientação Jurisprudencial 38, SDI/TST.

²⁹⁸. *Manual...* p. 88.

questão de ordem pública, não obstada mesmo pelos limites da pretensão da reclamante ou dos princípios recursais da devolutibilidade e da “reformatio in pejus”.

Assim, declaro a existência de vínculo de emprego entre a reclamante e a 2ª. reclamada, estendendo a esta todas as obrigações trabalhistas a que foi condenado o 1º. reclamado.

A 2ª. reclamada, que se intitula uma entidade que realiza ações sociais, ademais, deveria se envergonhar da posição que, publicamente, veio defender nos autos e da situação que tentou impor à reclamante.

A análise dos fatos provados nos autos, aliás, revela que a situação em questão não se trata de um fato isolado, muito pelo contrário, o que conduz à consideração de que o dano realçado na hipótese dos autos é de natureza coletiva, atraindo a necessidade urgente de sua correção por atuação do Poder Judiciário, que não pode omitir-se diante da agressão reiterada da ordem pública.

Essa questão será abordada, de forma destacada, no item seguinte.

VI- Dano Social.

Destaque-se, inicialmente, o Enunciado n. 4, da 1ª. Jornada de Direito Material e Processual da Justiça do Trabalho, organizada pela Anamatra e realizada nos dias 21 a 23 de novembro de 2007, no Tribunal Superior do Trabalho, em Brasília, com o seguinte teor:

“‘DUMPING SOCIAL’. DANO À SOCIEDADE. INDENIZAÇÃO SUPLEMENTAR. As agressões reincidentes e inescusáveis aos direitos trabalhistas geram um dano à sociedade, pois com tal prática desconsidera-se, propositalmente, a estrutura do Estado social e do próprio modelo capitalista com a obtenção de vantagem indevida perante a concorrência. A prática, portanto, reflete o conhecido “dumping social”, motivando a necessária reação do Judiciário trabalhista para corrigi-la. O dano à sociedade configura ato ilícito, por exercício abusivo do direito, já que extrapola limites econômicos e sociais, nos exatos termos dos arts. 186, 187 e 927 do Código Civil. Encontra-se no art. 404, parágrafo único do Código Civil, o fundamento de ordem positiva para impingir ao agressor contumaz uma indenização suplementar, como, aliás, já previam os artigos 652, “d”, e 832, § 1º, da CLT.”

Importa compreender que os direitos sociais são o fruto do compromisso firmado pela humanidade para que se pudesse produzir, concretamente, justiça social dentro de uma sociedade capitalista. Esse compromisso em torno da eficácia dos Direitos Sociais se institucionalizou em diversos documentos internacionais nos períodos pós-guerra, representando também, portanto, um pacto para a preservação da paz mundial. Sem justiça social não há paz, preconiza o preâmbulo da OIT (Organização Internacional do Trabalho). Quebrar esse pacto significa, por conseguinte, um erro histórico, uma traição a nossos antepassados e também assumir uma atitude de descompromisso com relação às gerações futuras.

Os Direitos Sociais (Direito do Trabalho e Direito da Seguridade Social, com inserção nas Constituições) constituem a fórmula criada para desenvolver o que se convencionou chamar de capitalismo socialmente responsável.

Sob o ângulo exclusivo do positivismo jurídico pátrio, é possível, ademais, constatar que o Direito Social, por via reflexa, atinge outras esferas da vida em sociedade: o meio-ambiente; a infância; a educação; a habitação; a alimentação; a saúde; a assistência aos necessitados; o lazer (art. 6º., da Constituição Federal brasileira), como forma de fazer valer o direito à vida na sua concepção mais ampla. Neste sentido, até mesmo valores que são normalmente, indicados como direitos liberais por excelência, a liberdade, a igualdade, a propriedade, são atingidos pela formação de um Direito Social e o seu conseqüente Estado Social. Prova disso são as diversas proposições contidas na Constituição brasileira. A propósito, destaque-se que o valor social do trabalho e a proteção da dignidade humana foram alçados a princípios fundamentais da República (art. 1º., incisos III, e IV), assim como também se deu com o objetivo de construir uma sociedade livre, justa e solidária (art. 3º., inciso I) e que o Brasil rege-se nas suas relações internacionais seguindo o princípio da prevalência dos direitos humanos (art. 4º., inciso II).

Além disso, vale lembrar que os direitos sociais, conforme definição do art. 6º. e aos quais se integrou a especificação dos direitos de natureza trabalhista (arts. 7º. a 9º.), foram inseridos no título “Dos Direitos e Garantias Fundamentais”, juntamente com os direitos individuais (art. 5º.), nos quais se prevê, ademais, expressamente, que a “propriedade atenderá a sua função social” (inciso XXIII), tendo sido incorporados, portanto, à cláusula pétrea da Constituição, conforme bem acentua Paulo Bonavides: “só uma hermenêutica constitucional dos direitos fundamentais em harmonia com os postulados do Estado Social e democrático de direito pode iluminar e guiar a reflexão do jurista para a resposta alternativa acima esboçada, que tem por si a base de legitimidade haurida na tábua dos princípios gravados na própria Constituição (arts. 1º., 3º. e 170) e que, conforme vimos, fazem irrecusavelmente inconstitucional toda inteligência restritiva da locução jurídica ‘direitos e garantias individuais’ (art. 60, 4º., IV), a qual não pode, assim, servir de argumento nem de esteio à exclusão dos direitos sociais”²⁹⁹.

O fato é que, como se pode ver, o Direito Social, não é apenas uma normatividade específica. Trata-se, isto sim, de uma regra de caráter transcendental, que impõe valores à sociedade e, conseqüentemente, a todo ordenamento jurídico. E que valores são estes? Os valores são: a solidariedade (como responsabilidade social de caráter obrigacional), a justiça social (como conseqüência da necessária política de distribuição dos recursos econômicos e culturais produzidos pelo sistema), e a proteção da dignidade humana (como forma de impedir que os interesses econômicos suplantem a necessária respeitabilidade à condição humana).

Importante, ademais, compreender que a imposição desses valores se dá tanto ao Estado, como propulsor das políticas de promoção social e de garantidor das normas jurídicas sociais, quanto a todos os cidadãos, nas suas correlações intersubjetivas.

O Direito Social, portanto, não apenas se apresenta como um regulador das relações sociais, ele busca promover, em concreto, o bem-estar social, valendo-se do caráter obrigacional do direito e da força coercitiva do Estado. Para o Direito Social a regulação não se dá apenas na perspectiva dos efeitos dos atos praticados, mas também e principalmente no sentido de impor, obrigatoriamente, a realização de certos atos.

Esse capitalismo socialmente responsável perfaz-se tanto na perspectiva da produção de bens e oferecimento de serviços quanto na ótica do consumo, como faces da mesma moeda. Deve pautar-se, também, por um sentido ético, na medida em que o desrespeito às

²⁹⁹1. Curso de Direito Constitucional, Malheiros, São Paulo, 1997, p. 597.

normas de caráter social traz para o agressor uma vantagem econômica frente aos seus concorrentes, mas que, ao final, conduz a todos ao grande risco da instabilidade social.

O desrespeito aos direitos trabalhistas representa, conseqüentemente, um crime contra a ordem econômica, conforme definido no art. 20, inciso I, da Lei n. 8.884/94³⁰⁰, punível na forma do art. 23, inciso I, da mesma lei³⁰¹. Nos termos da lei em questão, **“Serão solidariamente responsáveis as empresas ou entidades integrantes de grupo econômico, de fato ou de direito, que praticarem infração da ordem econômica” (art. 17), o que elimina, aliás, qualquer possibilidade de discussão quanto à responsabilidade de todas as empresas (tomadoras, prestadoras etc.) que, de algum modo, beneficiam-se economicamente da exploração do trabalho humano sem respeito ao retorno social necessariamente conseqüente.**

O art. 170 da Constituição brasileira é claro ao estipular que “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, dentre outros, os princípios da função social da propriedade (inciso III) e da busca do pleno emprego (inciso VIII). O próprio Código Civil não passou em branco a respeito, fixando a função social do contrato (art. 421 e § 1º. Do art. 1.228).

Todas essas normas, por óbvio, não podem ser tidas como sem qualquer significação. A sua relevância parte do reconhecimento de que uma sociedade, que se desenvolve nos padrões do capitalismo, para sobreviver, depende da eficácia das normas do Direito Social, pois esse é o seu projeto básico de desenvolvimento.

A eficácia das normas de natureza social depende, certamente, dos profissionais do direito (advogados, juízes, procuradores, professores, juristas em geral), mas também de um sentido ético desenvolvido em termos concorrenciais, para que reprimendas sejam difundidas publicamente aos agressores da ordem jurídica social a fim de que a sociedade tenha ciência da situação, desenvolvendo-se uma necessária reação até mesmo em termos de um consumo socialmente responsável, com favorecimento às empresas que têm no efetivo respeito aos direitos sociais o seu sentido ético.

A responsabilidade social, tão em moda, não pode ser vista apenas como uma “jogada” de marketing, como se a solidariedade fosse um favor, um ato de benevolência. Na ordem jurídica do Estado Social as empresas têm obrigações de natureza social em razão de o próprio sistema lhes permitir a busca de lucros mediante a exploração do trabalho alheio. Os limites dessa exploração para a preservação da dignidade humana do trabalhador, o respeito a outros valores humanos da vida em sociedade e o favorecimento da melhoria da condição econômica do trabalhador, com os custos sociais conseqüentes, fixam a essência do modelo de sociedade que a humanidade pós-guerra resolveu seguir e do qual a Constituição brasileira de 1988 não se desvinculou, como visto.

O Direito Social foi incorporado às Constituições como valor essencial. Essa noção axiológica faz com que o Direito Social, como os Direitos Humanos em geral, tenha incidência na realidade independente de uma lei que o prescreva expressamente e, se necessário, até contrariando alguma lei existente. A partir da verificação dos horrores da 2ª. Guerra mundial, a humanidade entendeu que o desrespeito às normas ligadas aos direitos

³⁰⁰. “20. Constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados:

I - limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a *livre concorrência* ou a livre iniciativa;”

³⁰¹. “Art. 23. A prática de infração da ordem econômica sujeita os responsáveis às seguintes penas:

I - no caso de empresa, multa de um a trinta por cento do valor do faturamento bruto no seu último exercício, excluídos os impostos, a qual nunca será inferior à vantagem auferida, quando quantificável;”

humanos constitui um crime contra a humanidade (vide o julgamento de Nuremberg).

O que a humanidade espera dos juízes, conseqüentemente, é que não flexibilizem os conceitos pertinentes aos direitos humanos (intimidade, privacidade, liberdade, não discriminação, dignidade), assim como os preceitos insertos no Direito Social (direito à vida, à saúde, à educação, ao trabalho digno, à infância, à maternidade, ao descanso, ao lazer), pois as conveniências políticas podem conduzir a criação de leis que satisfaçam interesses espúrios (vide, neste sentido, o filme Sessão Especial de Justiça), flexibilidade esta da qual, aliás, aproveitam-se para florescer os regimes ditatoriais.

Os Direitos Sociais, portanto, não podem ser reduzidos a uma questão de custo. Não é próprio desse modelo de sociedade vislumbrar meramente saídas imediatistas de diminuição de custo da produção, pois que isso significa quebrar o projeto de sociedade sem pôr outro em seu lugar. É o caos das próprias razões. Afinal, há muito se base: a soma da satisfação dos interesses particulares não é capaz de criar um projeto de sociedade.

Em nossa realidade, no entanto, várias têm sido as situações de desrespeito pleno aos direitos trabalhistas e, conseqüentemente, à pessoa do trabalhador. Pode-se pensar que isso se dá involuntariamente em razão de uma questão de dificuldade econômica, mas não é bem assim. Claro, a dificuldade econômica também existe, mas o que preocupa mais são as atitudes deliberadas de grandes empresas (que não têm problemas econômicos) de descumprir seu papel social (ao mesmo tempo em que se anunciam para o público em geral como “socialmente responsáveis”). As terceirizações, subcontratações, falências fraudulentas, táticas de fragilização do empregado (como falta de registro, transformação do trabalhador em pessoa jurídica, dispensas sem pagamento de verbas rescisórias, justas causas fabricadas) têm imposto a milhões de cidadãos brasileiros um enorme sacrifício quanto a seus direitos constitucionalmente consagrados, sendo que tal situação tem, como visto, enorme repercussão no custo social (principalmente no que tange à seguridade social, à saúde e à educação)³⁰² e no desenvolvimento econômico (diminuição do mercado interno), favorecendo, portanto, apenas às empresas multinacionais, ou seja, as que possuem capital estrangeiro, que produzem para o exterior, atendendo a propósitos monopolistas e com isso levando à falência as pequenas e médias empresas nacionais, e que irão embora quando sentirem que nossa sociedade não deu certo. Interessante perceber, também, que a lógica da precarização é mais facilmente implementada em grandes conglomerados empresariais, marcados pela impessoalidade, do que em pequenos empreendimentos nos quais o contato humano entre o patrão e o empregado é muito maior, assumindo, às vezes, aspectos até de certo modo familiares. Dentro desse contexto as pequenas e médias empresas são, igualmente, vítimas (apenas estão identificando de forma equivocada o seu algoz).

Em muitas outras situações assiste-se a participação do próprio Estado nesta exploração, utilizando-se das táticas de redução de custo: contratação de pessoas sem concurso público; utilização da “terceirização” para prestação de serviços; e licitações pelo menor custo para construção de obras. Como resultado, o Estado reduz seu custo, as empresas ganhadoras das licitações adquirem seus ganhos e os trabalhadores executam os seus serviços, mas não recebem, integralmente, seus direitos. As pontes, as ruas, as estradas, os túneis, são construídos à custa do sacrifício dos direitos sociais.

O desrespeito deliberado e inescusável da ordem jurídica trabalhista, portanto, representa inegável dano à sociedade.

Cumprir verificar que o próprio Direito Civil avançou no reconhecimento da situação de

³⁰². Nós, da elite, não sentimos o efeito dessa situação, mas isso porque pagamos segurança, escola e planos de previdência e saúde, todos de natureza privada.

que vivemos em uma “sociedade de produção em massa”³⁰³. Atualmente, nos termos dos arts. 186³⁰⁴ e 187³⁰⁵ do Código Civil, aquele que, ultrapassando os limites impostos pelo fim econômico ou social, gera dano ou mesmo expõe o direito de outrem a um risco³⁰⁶ comete ato ilícito. O ilícito, portanto, tanto se perfaz pela provocação de um dano a outrem, individualmente identificado, quanto pela desconsideração dos interesses sociais e econômicos, coletivamente considerados. Na ocorrência de dano de natureza social, surge, por óbvio, a necessidade de se apenar o autor do ilícito, para recuperar a eficácia do ordenamento, pois um ilícito não é mero inadimplemento contratual e o valor da indenização, conforme prevê o art. 944, do CC, mede-se pela extensão do dano, ou seja, considerando o seu aspecto individual ou social. Como já advertira Paulo Eduardo Vieira de Oliveira³⁰⁷, o efeito do ato ilícito é medido, igualmente, sob o prisma da integridade social.

Rompidas foram, pois, em termos de definição do ilícito e de sua reparação, as fronteiras do individualismo.

No aspecto da reparação, o tema em questão atrai a aplicação do provimento jurisdicional denominado na experiência americana de *fluid recovery* ou ressarcimento fluído ou global, quando o juiz condena o réu de forma que também o dano coletivo seja reparado, ainda que não se saiba quantos e quais foram os prejudicados e mesmo tendo sido a ação intentada por um único indivíduo que alegue o próprio prejuízo.

O renomado autor italiano, Mauro Cappelletti, desde a década de 70 já preconiza essa necessária avaliação da realidade. Como diz o referido autor, “Atividades e relações se referem sempre mais freqüentemente a categorias inteiras de indivíduos, e não a qualquer indivíduo, sobretudo. Os direitos e os deveres não se apresentam mais, como nos Códigos tradicionais, de inspiração individualista-liberal, como direitos e deveres essencialmente individuais, mas meta-individuais e coletivos”³⁰⁸. “Continuar, segundo a tradição individualista do modelo oitocentista, a atribuir direitos exclusivamente a pessoas individuais (...) significaria tornar impossível uma efetiva proteção jurídica daqueles direitos, exatamente na ocasião em que surgem como elementos cada vez mais essenciais para a vida civil.”³⁰⁹

Na perspectiva da reparação dos interesses e direitos coletivos (sociais), esse autor demonstra a insuficiência das soluções jurídicas que mantêm a legitimidade da correção no âmbito das ações individuais dos lesados, nos limites estritos de seu dano, e mesmo de outras que conferem, de forma hegemônica, ao Ministério Público a legitimidade para essa defesa.

No aspecto da legitimidade individual esclarece Mauro Cappelletti:

³⁰³. Cf. expressão de Mauro Cappelletti, in “Formações sociais e interesses coletivos diante da justiça civil”, tradução de Nelson Renato Palaia Ribeiro de Campos, “in” Revista de Processo, RT, São Paulo, jan-mar/1977, p. 130.

³⁰⁴. “Art. 186. Aquele que, por ação ou inação voluntária, viola ou ameaça o direito de outrem, ainda que exclusivamente, comete ato ilícito.”

³⁰⁵. “Art. 187. Também ato ilícito o de um direito que, ao exercê-lo, manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.”

³⁰⁶. Art. 927, parágrafo único: “Haverá obrigação de reparar o dano, de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por natureza, para os direitos de outrem.”

³⁰⁷. O Dano Pessoal no Direito do Trabalho, SP, Ed. LTr, 2002, p. 26.

³⁰⁸. “Formações sociais e interesses coletivos diante da justiça civil”, tradução de Nelson Renato Palaia Ribeiro de Campos, “in” Revista de Processo, RT, São Paulo, jan-mar/1977, p. 131.

³⁰⁹. Idem, p. 131.

“O indivíduo ‘pessoalmente lesado’, legitimado a agir exclusivamente para a reparação do dano a ele advindo, não está em posição de assegurar nem a si mesmo nem à coletividade uma adequada tutela contra violações de interesses coletivos.”³¹⁰

“...a eventual demanda, limitando-se ao dano advindo a apenas um entre milhares ou milhões de prejudicados, será privada de uma eficaz consequência, preventiva ou repressiva, nos cotejos do prejudicado e a vantagem da coletividade.”³¹¹

Sobre a exclusividade de ação ao Ministério Público, repetindo outros autores, posiciona-se o autor no sentido de que o Ministério Público é “inclinado a não agir”, em razão de diversas limitações estruturais³¹².

Esse autor preconiza, portanto, que se ampliem os sujeitos legitimados para agir na perspectiva coletiva, incluindo entidades privadas. Esclarece, no entanto, que isso não é suficiente, demonstrando a essencialidade da “extensão dos poderes do juiz”, que não deve mais limitar-se “a determinar o ressarcimento do ‘dano sofrido’ pela parte agente, nem, em geral, a decidir questões com eficácia limitada às partes presentes em juízo. Ao contrário, o juiz é legitimado a estender o âmbito da própria decisão, de modo a compreender a totalidade do dano produzido pelo réu, e, em geral, a decidir eficazmente mesmo às *absent parties* ou precisamente *erga omnes*. É a revolução dos conceitos tradicionais de responsabilidade civil e de ressarcimento dos danos, como também daqueles de coisa julgada e do princípio do contraditório”³¹³.

Mais adiante em seu texto reafirma:

“...os efeitos das decisões devam estender-se também aos sujeitos não presentes na causa.”

“...no campo mais tradicional do ressarcimento do dano, não se deve mais reparar só o dano sofrido (pelo autor presente em Juízo), mas o *dano globalmente produzido* (pelo réu à coletividade inteira). Se de fato o juiz devesse, por exemplo, limitar-se a condenar a indústria poluente a ressarcir só o dano advindo a qualquer autor, uma tal demanda teria raramente um efeito determinante: normalmente, o comportamento poluente continuaria imperturbado, porque o dano a compensar ao autor esporádico seria sempre mais inferior aos custos necessários para evitar qualquer comportamento.”

Além disso, adverte o autor em questão para algo extremamente importante, qual seja, o fato de que apenas o ressarcimento dos danos individuais, ainda que coletivamente defendidos, não atinge a esfera da necessária reparação do ilícito cometido na perspectiva social. Como explica Cappelletti, “Se (...) o juiz condenar o réu a ressarcir o dano causado a centenas, milhares ou, até, milhões de membros de uma coletividade idealmente representada por aquele autor, surgirão os grandes problemas de identificação daquelas centenas, milhares ou milhões de pessoas; de distribuição de arrecadação entre eles; do uso, enfim, ou a quem destinar o eventual resíduo não reclamado dos membros da coletividade”³¹⁴, surgindo daí a necessidade do já mencionado provimento jurisdicional do *fluid recovery* (ressarcimento fluído) para que o ilícito seja reprimido integralmente, não se restringindo, pois, apenas ao aspecto dos interesses individuais.

É fácil compreender o que disse o mestre italiano quando vislumbramos a realidade atual das agressões aos direitos trabalhistas no Brasil.

A legitimidade estrita ao lesado, individualmente considerado, é insuficiente e a legitimidade coletiva, conferida ao Ministério Público do Trabalho e aos sindicatos, não

³¹⁰. Ibidem, p. 136.

³¹¹. Ibidem, p. 137.

³¹². Ibidem, pp. 137-140.

³¹³. Ibidem, p. 141.

³¹⁴. Ibidem, p. 153.

tem sido, reconhecidamente, satisfatória para a correção da realidade, nem mesmo contanto com a atuação fiscalizatória do Ministério do Trabalho e Emprego, tanto que ela está aí consagrada, como é de conhecimento de todos.

Muitas vezes as lesões não têm uma repercussão econômica muito grande e os lesados, individualmente, não se sentem estimulados a ingressar com ações em juízo e nem mesmo os entes coletivos dão a tais lesões a devida importância. Outras vezes, mesmo tendo repercussão econômica palpável, muitos trabalhadores deixam de ingressar em juízo com medo de não conseguirem novo emprego, pois impera em nossa realidade a cultura de que mover ação na Justiça é ato de rebeldia. O agressor da ordem jurídica trabalhista conta, portanto, com o fato conhecido de que nem todos os trabalhadores lhe acionam na Justiça (na verdade os que o fazem sequer são a maioria). Conta, ainda, com: o prazo prescricional de 05 (cinco) anos; a possibilidade de acordo (pelo qual acaba pagando bem menos do que devia); e a demora processual. Assim, mesmo considerando os juros trabalhistas de 1% ao mês não capitalizados e a correção monetária, não cumprir, adequadamente, os direitos trabalhistas, tornou-se entre nós uma espécie de “bom negócio”, como já advertira o ex-Presidente do TST, o saudoso Orlando Teixeira da Costa.

As agressões ao Direito do Trabalho acabam atingindo uma grande quantidade de pessoas, sendo que destas agressões o empregador muitas vezes se vale para obter vantagem na concorrência econômica com relação a vários outros empregadores. Isto implica, portanto, dano a outros empregadores não identificados que, inadvertidamente, cumprem a legislação trabalhista, ou que, de certo modo, se vêem forçados a agir da mesma forma. Resultado: precarização completa das relações sociais, que se baseiam na lógica do capitalismo de produção.

Óbvio que esta prática traduz-se como “dumping social”, que prejudica a toda a sociedade e óbvio, igualmente, que o aparato judiciário não será nunca suficiente para dar vazão às inúmeras demandas em que se busca, meramente, a recomposição da ordem jurídica na perspectiva individual, o que representa um desestímulo para o acesso à justiça e um incentivo ao descumprimento da ordem jurídica.

Nunca é demais recordar, que descumprir, deliberada e reincidentemente, a legislação trabalhista, ou mesmo pôr em risco sua efetividade, representa um descomprometimento histórico com a humanidade, haja vista que a formação do direito do trabalho está ligada diretamente com o advento dos direitos humanos que foram consagrados, fora do âmbito da perspectiva meramente liberal do Século XIX, a partir do final da 2ª. guerra mundial, pelo reconhecimento de que a concorrência desregrada entre as potências econômicas conduziu os países à conflagração.

Já passou, portanto, da hora do Judiciário trabalhista brasileiro tomar pulso da situação e reverter esse quadro, que não tem similar no mundo. Há algum tempo atrás, mesmo que indevidamente, porque alheio a uma análise jurídica mais profunda, até se poderia sustentar que a culpa pela situação vivida nas relações de trabalho, quanto ao descumprimento da legislação trabalhista, não seria dos juízes, mas de uma legislação frágil, que não fornecia instrumentos para correção da realidade. Hoje, no entanto, essa alegação alienada não se justifica sob nenhum aspecto. Como visto, o próprio Código Civil, com respaldo constitucional, apresenta-se como instrumento de uma necessária atitude contrária aos atos que negligenciam, deliberadamente, o direito social e, portanto, aplicando-se normas e preceitos extraídos da teoria geral do direito, a atuação dos juízes para reparação do dano social sequer pode ser reprimida retoricamente com o argumento de que se trata da aplicação de um direito retrógrado originário da “mente fascista de Vargas”.

Como critério objetivo para apuração da repercussão social das agressões ao Direito do

Trabalho, pode-se valer da noção jurídica da reincidência, trazida, expressamente, no art. 59, da Lei n. 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor) e que, no Direito Penal, constitui circunstância agravante da pena (art. 61, I, CP) e impede a concessão de fiança (art. 323, III, CPP). Outro critério é o da avaliação quanto a ter sido uma atitude deliberada e assumida de desrespeito à ordem jurídica, como, por exemplo, a contratação sem anotação da Carteira de Trabalho ou a utilização de mecanismos para fraudar a aplicação da ordem jurídica trabalhista, valendo lembrar que o ato voluntário e inescusável é, igualmente, um valor com representação jurídica, haja vista o disposto no inciso LXVII, do art. 5º., da CF.

É de suma importância compreender que com relação às empresas que habitam o cotidiano das Varas, valendo-se da prática inescrupulosa de agressões aos direitos dos trabalhadores, para ampliarem seus lucros, a mera aplicação do direito do trabalho, recompondo-se a ordem jurídica individual, com pagamento de juros e correção monetária, por óbvio, não compensa o dano experimentado pela sociedade.

Portanto, nas reclamações trabalhistas em que tais condutas forem constatadas (agressões reincidentes ou ação deliberada, consciente e economicamente inescusável de não respeitar a ordem jurídica trabalhista), tais como: salários em atraso; pagamento de salários “por fora”; trabalho em horas extras de forma habitual, sem anotação de cartão de ponto de forma fidedigna e o pagamento do adicional correspondente; não recolhimento de FGTS; não pagamento das verbas rescisórias; ausência de anotação da CTPS (muitas vezes com utilização fraudulenta de terceirização, cooperativas de trabalho, estagiários, temporários etc.); não concessão de férias; não concessão de intervalo para refeição e descanso; trabalho em condições insalubres ou perigosas, sem eliminação concreta dos riscos à saúde etc., deve-se proferir condenação que vise a reparação específica pertinente ao dano social perpetrado, fixada “ex officio” pelo juiz da causa, pois a perspectiva não é a da mera proteção do patrimônio individual. Da mesma forma, a atitude deliberada, consciente e economicamente inescusável de se agredir a ordem jurídica, com utilização de tática

O fato concreto é que as agressões deliberadas aos Direitos Sociais, muitas vezes com avaliação de vantagem pelo próprio trabalhador, que aceita trabalhar sem registro, mediante forjada formalização de uma pessoa jurídica fantasma, para não recolher contribuição previdenciária e pagar menos imposto, ocorrem de forma cada vez mais crescente, gerando a lógica destrutiva de uma espécie de “pacto antisocial”.

Está claro, então, que as práticas reiteradas de agressões deliberadas e inescusáveis (ou seja, sem o possível perdão de uma carência econômica) aos direitos trabalhistas constituem grave dano de natureza social, uma ilegalidade que precisa de correção específica, que, claro, se deve fazer da forma mais eficaz possível, qual seja, por intermédio do reconhecimento da extensão dos poderes do juiz no que se refere ao provimento jurisdicional nas lides individuais em que se reconhece a ocorrência do dano em questão.

A esta necessária ação do juiz, em defesa da autoridade da ordem jurídica, sequer se poderia opor com o argumento de que não lei que o permita agir desse modo, pois seria o mesmo que dizer que o direito nega-se a si mesmo, na medida em que o juiz, responsável pela sua defesa, não tem poderes para fazê-lo. Os poderes do juiz neste sentido, portanto, são o pressuposto da razão de sua própria existência.

De todo modo, essa objeção traz consigo o germe de sua própria destruição na medida em que o ordenamento jurídico pátrio, em diversas passagens, atribui esse poder ao juiz.

Como fundamentos positivistas da reparação do dano social é possível citar, por exemplo,

o artigo 404, parágrafo único³¹⁵, do Código Civil, e os artigos 832, § 1º.³¹⁶, e 652, “d”³¹⁷, da CLT, todos inseridos, aliás, no âmbito das contendas individuais.

Lembre-se, ademais, que o art. 81, do Código de Defesa do Consumidor, deixou claro que a “defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas” pode ser exercida em juízo individualmente, buscando-se uma tutela plena para o respeito à ordem jurídica, afinal, como dito logo em seguida, no art. 83, para “a defesa dos direitos e interesses protegidos por este código são admissíveis todas as espécies de ações capazes de propiciar sua adequada e efetiva tutela” (art. 83).

Além disso, o artigo 84, do mesmo Código, garante ao juiz a possibilidade de proferir decisão alheia ao pedido formulado, visando a assegurar o resultado equivalente ao do adimplemento: “Art. 84. Na ação que tenha por objeto o cumprimento da obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento.” Permite-lhe, ainda, “impor multa diária ao réu, independentemente de pedido do autor, se for suficiente ou compatível com a obrigação, fixando prazo razoável para o cumprimento do preceito” (§ 4º). Acrescenta o § 5º que “Para a tutela específica ou para a obtenção do resultado prático equivalente, poderá o juiz determinar as medidas necessárias, tais como busca e apreensão, remoção de coisas e pessoas, desfazimento de obra, impedimento de atividade nociva, além de requisição de força policial”.

Como se vê, a possibilidade de o juiz agir de ofício para preservar a autoridade do ordenamento jurídico foi agasalhada pelo direito processual e no que se refere ao respeito à regulamentação do Direito do Trabalho constitui até mesmo um dever, pois o não cumprimento convicto e inescusável dos preceitos trabalhistas fere o próprio pacto que se estabeleceu na formação do nosso Estado Democrático de Direito Social, para fins de desenvolvimento do modelo capitalista em bases sustentáveis e com verdadeira responsabilidade social. A Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) não foi alheia ao fenômeno, atribuindo ao juiz amplos poderes instrutórios (art. 765³¹⁸) e liberdade para solução justa do caso na perspectiva da equidade, conforme previsão dos arts. 8º³¹⁹. e 766³²⁰, não se esquecendo da perspectiva dos efeitos sociais, conforme regra do já citado art. 652, “d”.

A incidência dos preceitos do Código do Consumidor, para correção das práticas ilegais

³¹⁵. “Art. 404. As perdas e danos, nas obrigações de em dinheiro, serão pagas com atualização monetária segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, abrangendo , e ários de advogado, sem prejuízo da pena convencional.

Parágrafo único. Provado que os da mora não cobrem o prejuízo, e não havendo pena convencional, o juiz conceder ao credor indenização suplementar.”

³¹⁶. “Quando a decisão concluir pela procedência do pedido, determinará o prazo e as condições para o seu cumprimento.”

³¹⁷. “Art. 652 - Compete às Juntas de Conciliação e Julgamento:

(....)

d) impor multas e demais penalidades relativas aos atos de sua competência”.

³¹⁸. “Art. 765. Os Juízos e Tribunais do Trabalho terão ampla liberdade na direção do processo e velarão pelo andamento rápido das causas, podendo determinar qualquer diligência necessária ao esclarecimento delas”

³¹⁹. “Art. 8º. As autoridades administrativas e a Justiça do Trabalho, na falta de disposições legais ou contratuais, decidirão, conforme o caso, pela jurisprudência, por analogia, por equidade e outros princípios e normas gerais de direito, principalmente do direito do trabalho, e, ainda, de acordo com os usos e costumes, o direito comparado, mas sempre de maneira que nenhum interesse de classe ou particular prevaleça sobre o interesse público.”

³²⁰. “Art. 766. Nos dissídios sobre estipulação de salários, serão estabelecidas condições que, assegurando justos salários aos trabalhadores, permitam também justa retribuição às empresas interessadas.”

nas relações de trabalho, é inteiramente pertinente eis que o consumo se insere na mesma lógica do capitalismo de produção que o Direito do Trabalho regula e organiza.

A respeito das relações de consumo, compete, ainda, verificar que vários segmentos empresariais têm se valido da retórica da “responsabilidade social”, para vender a sua marca. Mas, ao participarem de negócios jurídicos, que põem em risco a eficácia dos direitos sociais, contrariam o seu próprio compromisso, fazendo com que sua propaganda, em torno da responsabilidade social, seja catalogada juridicamente como uma publicidade enganosa, nos termos do art. 37, da Lei n. 8.078/90³²¹, definida como crime no artigo 66 da mesma Lei³²², punível com “detenção de três meses a um ano e multa”.

Destaque-se que “a proteção contra a publicidade enganosa e abusiva, métodos comerciais coercitivos ou desleais, bem como contra práticas e cláusulas abusivas ou impostas no fornecimento de produtos e serviços” é um direito dos consumidores, conforme artigo 6º., inciso IV, da Lei n. 8.078/90.

No aspecto da punição ao agressor da ordem jurídica com repercussão social, dispõe o art. 78, da Lei n. 8.078/90, que “Além das penas privativas de liberdade e de multa, podem ser impostas, cumulativa ou alternadamente, observado o disposto nos arts. 44 a 47, do Código Penal: I - a interdição temporária de direitos; II - a publicação em órgãos de comunicação de grande circulação ou audiência, às expensas do condenado, de notícia sobre os fatos e a condenação; III - a prestação de serviços à comunidade.”

Grande relevo tem a providência do inciso II, já que o consumo socialmente responsável é um dever jurídico no Estado Social, mas para que seja exercido é essencial que a sociedade tenha conhecimento dos atos ilícitos praticados. O direito à informação, ademais, é expressamente catalogado como direito básicos do consumidor (art. 6º., inciso III: “a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade e preço, bem como sobre os riscos que apresentem”

Aliás, faz parte Da Política Nacional de Relações de Consumo a necessária “educação e informação de fornecedores e consumidores, quanto aos seus direitos e deveres, com vistas à melhoria do mercado de consumo”, nos termos do inciso IV, do art. 4º., da Lei n. 8.078/90, sendo relevante recordar que o direito à informação é preceito fundamental do respeito ao princípio da boa-fé objetiva, essencial no desenvolvimento de uma sociedade sadia.

Nem se diga que faltaria à Justiça do Trabalho competência para aplicar todas essas regras, afinal a política econômica, o consumo e as relações de trabalho estão ligadas de forma indissolúvel à mesma lógica. Além disso, os efeitos jurídicos dos ilícitos constados fazem parte da competência derivada. Lembre-se, a propósito, que a Emenda Constitucional 45 de 2004 atribuiu à Justiça do Trabalho competência para todas as repercussões jurídicas relativas à exploração do trabalho humano no contexto produtivo, conferindo-lhe, inclusive, a tarefa de executar as contribuições previdenciárias decorrentes das suas decisões. Há quem diga, com razão, que mesmo a competência penal relativa às questões

³²¹. “Art. 37. É proibida toda publicidade enganosa ou abusiva.

§ 1º É enganosa qualquer modalidade de informação ou comunicação de caráter publicitário, inteira ou parcialmente falsa, ou, por qualquer outro modo, mesmo por omissão, capaz de induzir em erro o consumidor a respeito da natureza, características, qualidade, quantidade, propriedades, origem, preço e quaisquer outros dados sobre produtos e serviços.” (grifou-se)

³²². “Art. 66. Fazer afirmação falsa ou enganosa, ou omitir informação relevante sobre a natureza, característica, qualidade, quantidade, segurança, desempenho, durabilidade, preço ou garantia de produtos ou serviços.”

trabalhistas foi conduzida à Justiça do Trabalho, sendo relevante destacar que também o direito penal preocupou-se com o desrespeito à ordem jurídica trabalhista, definindo como crime a conduta de “Frustrar, mediante fraude ou violência, direito assegurado pela legislação do trabalho” (art. 203), com pena de “detenção de um ano a dois anos, e multa, além da pena correspondente à violência”.

Diante de tudo isso, o que se espera do Judiciário é que faça valer todo o aparato jurídico para manter a autoridade do ordenamento jurídico no aspecto da eficácia das normas do Direito Social, não fazendo vistas grossas para a realidade, não fingindo que desconhece a realidade em que vive, e não permitindo que as fraudes à legislação trabalhista tenham êxito. Sobretudo, exige-se do Judiciário que reconheça ser sua a obrigação de tentar mudar a realidade quando em desacordo com o Direito.

Vale repisar que a tentativa de inibir as ações corretivas, pondo em discussão qual seria o ente legítimo para receber a reparação de cunho social, não tem a menor razão de ser, como acima delineado. Concretamente, a forma de se fixarem a reparação e o beneficiário da obrigação determinada não são o mais importante. Não se podem pôr como obstáculos à ação concreta para reparação do dano social, que visa revitalizar a autoridade da ordem jurídica, as discussões processuais em torno da legitimidade e dos limites da ação do juiz ao pedido formulado. O que se exige do juiz é que, diante do fato demonstrado, que repercute no interesse social, penalize o agressor para desestimulá-lo na repetição da prática e para compensar o benefício econômico já obtido. A medida corretiva, assim, vai desde a condenação ao pagamento de uma indenização adicional (ou suplementar), destinada ao autor da ação individual, em virtude da facilidade de implementação da medida, até a determinação de obrigações de fazer, voltadas a práticas de atos em benefício da comunidade.

Poder-se-ia, então, condenar o agressor do interesse social a pagar uma multa (com caráter indenizatório), com reversão para algum ente estatal, ou mesmo para alguma ONG (que atue na área social). Mas, isso, sinceramente, não me parece aceitável. Com relação ao Estado, porque destinar a ele o dinheiro é uma incoerência, na medida em que a situação só se concretizou por ter ele descumprido o seu papel no que tange à fiscalização. Com relação às ONGs, porque não há controle efetivo sobre a destinação da verba. De todo modo, como dito, não é esta a questão que interessa. Quem achar que a reparação do dano social, reconhecido nas ações individuais, deva ter essa destinação que o faça, pois o que importa é o efeito prático de recomposição da autoridade do ordenamento. O que não se pode, de jeito algum, é deixar que o dano social, reconhecido perante um ou vários processos judiciais, reste impune.

A 2ª. reclamada, que, inegavelmente, é uma potência econômica mundial, vale-se de uma pretensa impunidade para utilizar de técnica internacionalmente condenada, do “merchandage”, ou seja, da intermediação de mão-de-obra como mecanismo de mercantilização do trabalho humano, para incremento de sua atividade. Sua postura, obviamente, enquadra-se nos fundamentos acima expostos, exigindo, por isso, a devida reprimenda jurídica.

Em âmbito mundial, aliás, vários são os exemplos de penalização das empresas que descumprem seus compromissos sociais em termos de preservação de direitos humanos. Muito se fala a respeito da proteção do meio-ambiente, mas é óbvio que a proteção do ser humano está em primeiro plano, pois um meio ambiente saudável sem homens saudáveis que dele possam usufruir nada vale.

Roberto Basílone Leite, em sua obra, *Introdução do Estudo do Consumidor*³²³, traz uma

³²³ , Roberto Basílone. *Introdução ao direito do consumidor*. São Paulo: LTr, 2002. p. 97-100.

análise de caso paradigmático dessa atuação jurisdicional corretiva, ocorrido nos EUA. Trata-se do caso *Gore vs BMW*, do qual se extraiu o princípio jurídico do desestímulo, que é “princípio oriundo do Direito Penal, apropriado pela doutrina civilista que trata da responsabilidade por danos metapatrimoniais”. Esclarece o autor que “diante de uma lei destinada a garantir determinado direito consumerístico, tanto individual, quanto difuso ou coletivo, presume-se implícito, nas punições nela estipuladas, o intuito de desestimular o possível infrator à prática do ato ou omissão lesivos”.

Dada a pertinência, convém reproduzir o relato de Basilone:

“Exemplo bem ilustrativo da aplicação do princípio do desestímulo, colhido por Paulo Soares Bugarin, consiste na decisão prolatada no caso *BMW of North America, Inc. versus Gore*. Após ³²⁴adquirir um veículo BMW novo de um revendedor do Estado do Alabama, Gore descobriu que o carro fora repintado. Ajuizou ação de ressarcimento de danos (compensatory damages) e de punição por danos (punitive damages) contra a American Distributor of BMW, em que a empresa foi condenada ao pagamento de US\$ 4.000,00 a título de compensatory damages e mais US\$ 4 milhões a título de punitive damages.

A sanção foi reduzida posteriormente pelas Cortes superiores, mas o que interessa, neste passo, é apenas destacar o raciocínio lógico da primeira decisão. US\$ 4 milhões teria sido o valor dos lucros obtidos pela empresa com a venda de todo o lote ‘condenado’ de veículos repintados. Com tal punição, pretendia o juiz criar um precedente tendente a eliminar no produtor justamente o interesse econômico da assunção do risco de lançar produto defeituoso no mercado.

É comum o empresário pautar suas decisões exclusivamente com base em cálculos financeiros. Suponhamos que, num lote de determinada mercadoria pronto para a comercialização, o produtor constata um certo defeito em todas as unidades. O cálculo das probabilidades, no entanto, indica que poucos consumidores acabarão notando ou sofrendo prejuízos em decorrência desse defeito. O empresário poderá sentir-se tentado a ceder ao seguinte raciocínio: se vier a ocorrer dano a uns poucos consumidores e o ressarcimento das respectivas despesas for pequeno em relação aos lucros obtidos com a colocação daquele lote no mercado, compensa a ele correr o risco.

Contudo, se ele souber que a ocorrência de lesão a um único consumidor o sujeitará a uma pena pecuniária equivalente ou até superior aos referidos lucros, não valerá mais a pena correr o risco: estará eliminada a própria vantagem subjacente à decisão de risco de comercializar o lote “defeituoso” que seria a certeza de algum lucro. O fator psicológico instaurador da tentação restará bastante enfraquecido, pois seu objeto principal ‘a certeza do lucro’ terá sido eliminado. Nisso consiste o princípio do desestímulo.

Pode-se concluir, afinal, este tópico, mencionando que a indenização de desestímulo tem três funções distintas: a) a função reparatória ou compensatória, conforme se trate, respectivamente, de dano material ou imaterial; b) a função pedagógica ou didática, que procura sanar as eficiências culturais do lesante; c) a função punitiva ou de desestímulo, que diminui no lesante a pulsão para a prática lesiva.”

A posição em questão vem se difundindo na jurisprudência brasileira nas matérias pertinentes ao Código do Consumidor, conforme decisão, proferida em 2007, pela 3ª. Turma Recursal Cível dos Juizados Especiais Cíveis do Rio Grande do

³²⁴ ., Paulo Soares. “O direito do consumidor e o devido processo legal na moderna jurisprudência constitucional norte-americana: o caso *BMW of North America, Inc. V. Gore*”. Revista de Informação Legislativa, Brasília, DF, v. 36, n. 143, jul./set. 1999, p. 234.

Sul, no processo n. 7100120866, que tinha como partes, EVA SHIRLEI MELLO MACHADO e KATER ADMINISTRADORA DE EVENTOS LTDA., e da qual foi relator o Dr. Eugênio Facchini Neto, que contém a Ementa abaixo transcrita:

“TOTO BOLA. SISTEMA DE LOTERIAS DE CHANCES MÚLTIPLAS. FRAUDE QUE RETIRAVA AO CONSUMIDOR A CHANCE DE VENCER. AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS MATERIAIS E MORAIS. DANOS MATERIAIS LIMITADOS AO VALOR DAS CARTELAS COMPROVADAMENTE ADQUIRIDAS. DANOS MORAIS PUROS NÃO CARACTERIZADOS. POSSIBILIDADE, PORÉM, DE EXCEPCIONAL APLICAÇÃO DA FUNÇÃO PUNITIVA DA RESPONSABILIDADE CIVIL. NA PRESENÇA DE DANOS MAIS PROPRIAMENTE SOCIAIS DO QUE INDIVIDUAIS, RECOMENDA-SE O RECOLHIMENTO DOS VALORES DA CONDENAÇÃO AO FUNDO DE DEFESA DE INTERESSES DIFUSOS. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

- Não há que se falar em perda de uma chance, diante da remota possibilidade de ganho em um sistema de loterias. Danos materiais consistentes apenas no valor das cartelas comprovadamente adquiridas, sem reais chances de êxito.
- Ausência de danos morais puros, que se caracterizam pela presença da dor física ou sofrimento moral, situações de angústia, forte estresse, grave desconforto, exposição à situação de vexame, vulnerabilidade ou outra ofensa a direitos da personalidade.
- Presença de fraude, porém, que não pode passar em branco. Além de possíveis respostas na esfera do direito penal e administrativo, o direito civil também pode contribuir para orientar os atores sociais no sentido de evitar determinadas condutas, mediante a punição econômica de quem age em desacordo com padrões mínimos exigidos pela ética das relações sociais e econômicas. Trata-se da função punitiva e dissuasória que a responsabilidade civil pode, excepcionalmente, assumir, ao lado de sua clássica função reparatória/compensatória. “O Direito deve ser mais esperto do que o torto”, frustrando as indevidas expectativas de lucro ilícito, à custa dos consumidores de boa fé.
- **Considerando, porém, que os danos verificados são mais sociais do que propriamente individuais, não é razoável que haja uma apropriação particular de tais valores, evitando-se a disfunção alhures denominada de *overcompensation*. Nesse caso, cabível a destinação do numerário para o Fundo de Defesa de Direitos Difusos, criado pela Lei 7.347/85, e aplicável também aos danos coletivos de consumo, nos termos do art. 100, parágrafo**

único, do CDC. Tratando-se de dano social ocorrido no âmbito do Estado do Rio Grande do Sul, a condenação deverá reverter para o fundo gaúcho de defesa do consumidor.”

No acórdão em questão, destaca o relator:

“A função punitiva, presente na antigüidade jurídica, havia sido quase que esquecida nos tempos modernos, após a definitiva demarcação dos espaços destinados à responsabilidade civil e à responsabilidade penal. A esta última estaria confinada a função punitiva. Todavia, quando se passou a aceitar a compensabilidade dos danos extrapatrimoniais, especialmente os danos morais puros, percebeu-se estar presente ali também a idéia de uma função punitiva da responsabilidade civil. Para os familiares da vítima de um homicídio, por exemplo, a obtenção de uma compensação econômica paga pelo causador da morte representa uma forma estilizada e civilizada de vingança, pois no imaginário popular está-se também a *punir* o ofensor pelo mal causado quando ele vem a ser condenado a pagar uma indenização.

Com a enorme difusão contemporânea da tutela jurídica (inclusive através de mecanismos da responsabilidade civil) dos direitos da personalidade, recuperou-se a idéia de *penas privadas*. Daí um certo *revival* da função punitiva, tendo sido precursores os sistemas jurídicos integrantes da família da *common law*, através dos conhecidos *punitive* (ou *exemplary*) *dammages*. Busca-se, em resumo, ‘punir’³²⁵ alguém por alguma conduta praticada, que ofenda gravemente o sentimento ético-jurídico prevalecente em determinada comunidade³²⁶.”

E, mais adiante destaca o aspecto da relevância social do dano, que não se repara na perspectiva individual, sobretudo quanto este se apresente ínfimo: “individualmente os danos sofridos foram ridiculamente ínfimos. Mas na sua globalidade, configuram um dano considerável. Tratando-se de fenômeno de massa – e fraudes do gênero só são intentadas justamente por causa disso (pequenas lesões a milhares ou milhões de consumidores) – a

³²⁵. “Quanto à não exclusividade do direito penal para o exercício de funções sancionatórias, veja-se Paolo Cendon, “Responsabilità civile e pena privata”, in: Francesco D. Busnelli e G. Scalfi (org.), *Le pene private*, Milano, Giuffrè, 1985, p. 294, os estudos de Paolo Gallo, especialmente *Pene Private e Responsabilità Civile*, Milano: Giuffrè, 1996, e *Introduzione al Diritto Comparato*, vol. III, *Analisi Economica del Diritto*, Torino: Giappichelli, 1998, esp. p. 91s., e Giulio Ponzanelli, *La responsabilità civile – profili di diritto comparato*, Bologna, Il Mulino, 1992, p. 30 e s. No direito francês, v. menção feita por Geneviève Viney, na sua *Introduction à la Responsabilité*, volume integrante do *Traité de Droit Civil*, dirigido por Jacques Ghestin, Paris: L.G.D.J., 1995, p. 122 e 123. No direito norte-americano, na obra coletiva *Punitive Damages* (Chicago: University of Chicago Press, 1992), v. especialmente a introdução de Cass Sunstein, “To punish or not” (p. 75/76), além de Thomas H. Koenig and Michael L. Rustad, *In Defense of Tort Law*, New York: New York University Press, 2003, esp. p. 23/28.”

³²⁶. “Trata-se de uma função freqüentemente invocada pelos tribunais, do que serve de exemplo o seguinte acórdão: ‘Responsabilidade civil. Dano moral. Acusação injusta de furto em mercado. A injusta imputação de furto a cliente de mercado e a sua revista causam constrangimento passível de indenização. A fixação do dano deve levar em conta o caráter compensatório e *punitivo*’ (TJRS, 6ª. CC., C.C. 70001615152, j. em 11.04.01, rel. Des. Cacildo de Andrade Xavier).”

Justiça deve decidir levando em conta tal aspecto, e não somente a faceta individual do problema.”

O caso dos presentes autos se encaixa, plenamente, na temática supra. O dano individual da reclamante, sob o prisma econômico, não se apresenta, em análise jurídica simplista, relevante, mas não se pode deixar de reconhecer que a 2ª. reclamada, uma empresa mundialmente reconhecida, engendrou uma forma de exploração do trabalho no meio rural que tenta uma “desvinculação” coletiva de suas obrigações sociais, dificultando, sobremaneira, a efetivação dos direitos trabalhistas.

No modelo legalmente previsto, nos termos da Lei n. 5.889/ 73, os trabalhadores são inseridos ao contexto da produção, o que lhes permite sindicalização, pela qual podem obter, progressivamente, melhores condições de trabalho, tanto econômicas quanto referentes ao aspecto do meio ambiente de trabalho.

A jurisprudência, visando implementar em concreto os objetivos da lei, sempre se pautou pela ampliação da proteção jurídica dos trabalhadores rurais, considerando o trabalho que se realiza de forma sucessiva nos períodos de safra e entressafra como contratos únicos, limitando as formas de contratação por prazo determinado, garantindo a efetiva limitação das horas trabalhadas pela integração do tempo de percurso na jornada de trabalho etc.

A fórmula encontrada pela 2ª. reclamada para contratação, por meio de empresa interposta, é uma burla da lei, pois busca evitar que os direitos consagrados aos trabalhadores rurais sejam efetivados, tornando a precariedade das condições de vida e de trabalho um dado comum na exploração do trabalho rural. Os trabalhadores, nesse modelo engendrado, são contratos por prazo determinado, por intermédio de “prestadores de serviços” diversos, os quais, quase sempre não têm idoneidade econômica, já que não são, por assim dizer, os autênticos capitalistas.

As contratações, elas próprias, ainda se fazem com mecanismos fraudulentos, como se verifica no caso dos autos, em que em um contrato de safra se fez inserir cláusula de experiência, como se fosse possível dupla motivação para a contratação por prazo determinado.

Além disso, propositalmente, os proprietários das terras, onde os serviços são realizados, não são identificados e os destinatários das matérias-primas restam ocultos. Ou seja, o serviço se realiza sem indicação precisa dos seus efetivos beneficiários, ficando toda a responsabilidade para um prestador de serviço que não ostenta capital compatível com as obrigações assumidas.

Importante perceber, ainda, que a forma de remuneração por produção, aliada às extensas jornadas, tem gerado graves lesões de natureza pessoal e social no meio rural.

Com efeito, vários são os relatos de morte por exaustão no âmbito rural, sem falar nos problemas de saúde que não estão inseridos em qualquer dado estatístico.

Essas lesões de direito atingem inúmeras pessoas e não são tão facilmente percebidas. Aliás, nem se apresentam, pelos padrões imediatos, relevantes do ponto de vista econômico, se individualmente vislumbradas.

Somando-se a tudo isso as dificuldades processuais que os trabalhadores encontram para buscarem individualmente os seus direitos, ainda mais quando se pensa na fragilidade econômica dos “empregadores aparentes”, tem-se a fórmula perfeita para a manutenção da prática de supressão de direitos no campo.

Vale verificar que a fórmula em questão, de tão eficiente, do ponto de vista do óbice à configuração de obrigações trabalhistas, tem se alastrado pelas culturas da cana, da laranja, do café...É a reprodução, no meio rural, da quebra do pacto social, que

se tem configurado no setor urbano.

Por todos esses fundamentos, diante do dano social gerado pela prática adotada pela 2ª. reclamada de utilizar a intermediação da mão-de-obra como forma de dificultar o acesso à ordem jurídica por parte dos trabalhadores, reduzindo o “status” de cidadania destes, provocando discriminação, negligenciando obrigações, agredindo o Estado Social Democrático de Direito e obtendo vantagem econômica indevida, seria o caso de condenar a 2ª. reclamada a pagar multa de R\$1.000.000,00 (hum milhão de reais), revertida, nos termos do art. 13 da Lei n. 7.347/85, ao Fundo de Defesa dos Direitos Difusos, instituído pela Lei n. 9.008/95 (Regulamentada pelo Decreto 1.306/94), cabendo ao Ministério Público do Trabalho, a fiscalização da efetiva aplicação desta verba para a reconstituição dos bens lesados, sobretudo no que tange a inibir a repetição da aludida prática, tais como a realização de diligências conjuntas com o Ministério do Trabalho; implementação de cursos de formação e de requalificação de trabalhadores quanto a conhecimento de seus direitos; concretização de Fóruns sobre a saúde do trabalhador no campo; desenvolvimento de pesquisa para colheita e armazenamento de dados sobre as condições de trabalho no campo; divulgação de campanhas educativas e de esclarecimentos sobre a ilegalidade da intermediação de mão-de-obra no campo, voltando-se sempre à realidade das comunidades locais abrangidas pela situação destacada nos presentes autos.

Alguém mais desavisado pode até imaginar que o valor em questão seria muito alto, mas se pensarmos bem é até bastante módico diante do propósito de resgatar a autoridade da ordem jurídico-sócio-econômica nacional.

Recentemente, a Microsoft foi multada pela Comissão Européia da Concorrência em 899 milhões de euros, por ter quebrado regras da livre concorrência, conforme revela a reportagem do Portal da Revista Exame na internet (<http://portalexame.abril.com.br/ae/economia/m0152907.html>).

No Brasil, em março de 2008, o PROCON do Distrito Federal notificou a TAM em razão da alegação de ter servido **lanche com data vencida** aos passageiros de um voo. O fato, segundo notícia o PROCON, sujeita a TAM ao pagamento de uma multa que varia de R\$212,00 (duzentos e doze reais) a R\$3.1000.000,00 (três milhões e cem mil reais).

Em abril de 2008, a Volkswagen assinou acordo com o Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor, órgão do Ministério da Justiça, pelo qual se fixou o prazo de 30 dias, prorrogáveis por mais 30, para que a Volkswagen desse início ao procedimento de recall dos 477 mil Fox produzidos pela empresa desde 2003, além da obrigação da empresa “recolher R\$ 3 milhões ao Fundo Federal de Defesa de Direitos Difusos, uma espécie de multa ou compensação por ter exposto os consumidores a risco”³²⁷, representado pelo fato de que o manuseio do banco traseiro teria machucado e até mutilado dedos de usuários.

Pois bem, R\$1.000.000,00 (hum milhão de reais), pela burla deliberada da legislação trabalhista, ferindo frontalmente a dignidade daquele cuja força de trabalho serviu ao incremento da atividade econômica do agressor, gerando, ainda, condições precárias de trabalho que, inegavelmente, mutilam e matam (fato que atinge até mesmo a esfera penal – art. 203 do Código Penal), não é excessivo, ainda mais considerando a relevância da 2ª.

³²⁷. Segundo: <http://www1.folha.uol.com.br/folha/dinheiro/ult91u392014.shtml>

reclamada para a sociedade brasileira, que, certamente, serve como paradigma de conduta no âmbito empresarial, dado o seu elogiável sucesso. Lembre-se que a negação deliberada em cumprir obrigações trabalhistas previstas legalmente é, sem dúvida, desde a criação da OIT, ao final da 1ª. Guerra Mundial, uma das maiores agressões ao capitalismo em nível internacional, merecendo, portanto, no mínimo, proteção jurídica igual à que se confere aos consumidores.

Além disso, não é sequer razoável supor que o agressor da ordem jurídica possa invocá-la para se manter impune. O direito, por óbvio, não traz consigo o antídoto contra a sua própria eficácia.

No entanto, embora não negando a existência de dano social, que requer devida reparação, os demais membros da Turma, não acompanharam a imposição de efeitos jurídicos específicos nos presentes autos, limitando-se a determinar a expedição de Ofício ao Ministério Público do Trabalho, a fim de que, caso entenda devido, leve adiante, em procedimentos próprios, os fundamentos ora manifestados.

Assim, determina-se a expedição de **ofício ao Ministério Público do Trabalho**.

c) Da limitação dos valores

Os artigos 852-A e seguintes da CLT não limitam o débito exequendo ao valor equivalente a 40 salários mínimos, eis que tal quantia somente deve ser observada quanto ao valor atribuído à causa, para distinção entre os ritos processuais. A Lei 9.957, de 12/1/2000, introduziu modificações tão somente no que diz respeito ao rito processual, em nada se referindo ao montante da condenação efetivamente deduzido em liquidação de sentença. Reforma-se a r. sentença.

d) Do abatimento de valores pagos sob o mesmo título

A r. sentença de primeiro grau deferiu o abatimento, pela primeira reclamada, dos valores comprovadamente pagos, sob o mesmo título, “com base nos recibos juntados até o final da fase instrutória”.

Nada a reparar na sentença.

O abatimento dos valores quitados sob o mesmo título, desde que comprovadamente se refiram ao mesmo título, evita o pagamento das verbas devidas em duplicidade e impede o enriquecimento sem causa, com fundamento no próprio Princípio de Justiça, que orienta todos os ramos do Direito, devendo ser mantida a r. sentença neste aspecto.

e) Da multa do art. 477 e da penalidade do art. 467, ambos da CLT

A aplicação do art. 477, § 8º, da CLT, tem sentido pelo simples fato de que as verbas rescisórias devidas não foram pagas no prazo legal. A inserção da penalidade legal ao caso depende, nos termos expressos da norma, apenas desse único fato. O fato de ter sido a responsabilidade por determinada verba rescisória declarada em juízo não altera a situação jurídica, pois a sentença no aspecto da declaração do vínculo ou da responsabilidade é declaratória e neste sentido seu efeito é retroativo, restabelecendo a realidade jurídica ao momento em que os fatos ocorreram.

Ao contrário do que se passa com a sentença constitutiva, a sentença declaratória, acompanhada de seu efeito condenatório, não cria o direito; a sentença apenas o declara, com efeitos retroativos ao momento da ocorrência dos fatos. Em outras palavras, o que a sentença diz é, no momento em que os fatos se passaram o direito que deveria ter sido, espontaneamente, respeitado pelas partes é este. Assim, os efeitos do desrespeito ao direito são integrais, incluindo, por óbvio, as multas, sob pena de se ferir de morte o próprio princípio isonômico, com o conseqüente incentivo ao não cumprimento espontâneo da

norma.

Sobre o total das verbas rescisórias, com inclusão do FGTS e exclusão da multa do art. 477, da CLT, deverá incidir o percentual de 50%, pela aplicação do art. 467 da CLT, que se justifica pelos mesmos argumentos supra, utilizados no que tange à multa do art. 477, da CLT, com o acréscimo de que não se pode considerar como controvertido um direito apenas pela apresentação de defesa. É preciso que haja séria e razoável controvérsia jurídica para não incidência do preceito, o que, por óbvio, não se trata da hipótese dos autos.

CONCLUSÃO

Pelo exposto, resolvo conhecer do recurso apresentado e, no mérito, dar-lhe parcial provimento, reformando a sentença recorrida para declarar a nulidade do contrato de experiência, condenar a reclamada a pagar ao reclamante os valores relativos à indenização do art. 479, da CLT até o dia 14.02.2007, com os demais consectários, nos limites do pedido inicial, bem como multa do art. 477, §8º, penalidade do art. 467, ambos da CLT, tudo sem qualquer limitação aos valores mencionados na inicial, ou seja, respeitando-se os completos efeitos da inserção da norma legal, conforme apurado em liquidação de sentença.

Declaro, ainda, a existência de vínculo empregatício entre a reclamante e a 2ª. reclamada, afirmando sua responsabilidade solidária quanto às obrigações trabalhistas e previdenciárias fixadas no presente processo.

Expeça-se Ofício ao Ministério Público do Trabalho, para avaliação do aspecto pertinente ao dano social, conforme acima destacado.

JORGE LUIZ SOUTO MAIOR

Juiz Relator