

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PUC-SP

Otavio Amaral Calvet

**DIREITO DO TRABALHO NA ERA DA
DESCENTRALIZAÇÃO PRODUTIVA**

DOUTORADO EM DIREITO

SÃO PAULO
2015

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PUC-SP

Otavio Amaral Calvet

DIREITO DO TRABALHO NA ERA DA
DESCENTRALIZAÇÃO PRODUTIVA

DOUTORADO EM DIREITO

Tese apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Doutor em Direito, na área de concentração Efetividade do Direito, sob orientação do Professor Doutor Renato Rua de Almeida.

SÃO PAULO

2015

Banca Examinadora

Dedicatória

Para Fernanda, sempre.

RESUMO

A descentralização produtiva, fenômeno pelo qual ocorre a externalização de parte da atividade produtiva necessária através da contratação de terceiros (pessoas jurídicas ou naturais) com manutenção de algum tipo de controle, em maior ou menor grau, voltado ao resultado da produção para empresas parceiras, constitui uma realidade.

Se por um lado a descentralização produtiva constitui um modelo de desenvolvimento empresarial, por outro vem demonstrando ser fator de precarização do trabalho humano em determinados casos, pois diante do fenômeno da globalização e das novas formas de comunicação, muitas vezes o destino da descentralização localiza-se em países ainda de baixo índice de proteção jurídica, com reduzido custo de mão-de-obra e pouca ou não efetiva legislação trabalhista.

Neste novo cenário de estruturação empresarial, resta patente a defasagem em que se encontra o ordenamento jurídico para produzir eficaz proteção ao ser humano trabalhador e permitir o desenvolvimento econômico, em que pese o reconhecimento como princípio fundamental da República não só a dignidade da pessoa humana, mas também o valor social do trabalho e a livre iniciativa.

Nota-se que essa nova realidade de acomodação do mercado de trabalho avança enquanto o Direito do Trabalho luta para se manter intocável, criando uma distância cada vez maior entre a regulamentação trabalhista e as necessidades atuais dos trabalhadores e empresas, urgindo o reconhecimento de novas formas de responsabilização dos atores da cadeia produtiva que se beneficiam com essa sistemática e, em última análise, da própria energia de trabalho, ainda que à distância e sem vinculação formal direta; de outra parte, urge o fomento às boas práticas que podem levar a ganho de produtividade e desenvolvimento econômico.

Propõe-se neste trabalho, portanto, uma nova abordagem para o Direito do Trabalho, com critérios para caracterização do fenômeno da descentralização produtiva, fixando-se em que casos pode haver responsabilidade trabalhista em relação aos empregados das empresas satélites para com a empresa principal, delimitando-se a aplicação do direito trabalhista na era do pós-positivismo inserido no ordenamento jurídico de um Estado Democrático de Direito.

Palavras-chave: descentralização produtiva, pós-positivismo; direito do trabalho.

ABSTRACT

The productive decentralization, phenomenon through which occurs the outsourcing of part of the demanded productive activity through the hiring of third-party (legal or natural persons) with maintenance of some sort of control, in a greater or lesser degree, focused on the production output for partner companies, constitutes a reality.

If on one hand the productive decentralization is a business development model, on the other it has demonstrated in certain cases to be a factor of casualization of human labor, as in face of the globalization phenomenon and new forms of communication, often decentralization occurs in countries still under a low level of legal protection, with reduced cost of labor and scarce or ineffective labor legislation.

In this new scenario of business structuring, it remains evident the gap in which stands the legal system to produce effective protection to the working human being and allow economic development, considering recognition as a fundamental principle of the Republic not only the dignity of the human person, but also the social value of the work and the free initiative.

It is noticed that this new reality of the labor market adjustment advances while the Labor Law struggles to stay untouched, creating a growing gap between labor regulation and the current needs of workers and companies, urging the recognition of new forms of accountability of the actors in the production chain who benefit from this system and, ultimately, of their own work energy, even from a distance and without a direct formal link; on the other hand, it urges the promotion of good practices that can lead to gain in productivity and economic development.

It is proposed in this paper, therefore, a new approach to Labor Law, with criteria for characterization of the productive decentralization phenomenon, focusing on cases in which there may be legal accountability towards employees of subcontracted companies by the main company, delimiting the application of labor law in the era of post-positivism inserted in the legal system of a Democratic State of Law.

Keywords: productive decentralization; post-positivism; labor law.

Sumário

1. Mercado de Trabalho e Direito do Trabalho	8
1.1. Evolução do mercado de Trabalho: Taylorismo, Fordismo, Toyotismo e Descentralização Produtiva	8
1.2. Gênero “descentralização produtiva”	22
2. Espécies de descentralização produtiva já regulamentadas no ordenamento jurídico brasileiro	31
2.1. Empreitada e Subempreitada	31
2.2. Terceirização	36
2.2.1. Responsabilidade subsidiária na terceirização e na intermediação	40
2.2.2. Direitos trabalhistas e crítica à Orientação Jurisprudencial 383 da SDI1 do TST	46
2.3. Grupo Econômico.....	58
2.3.1. Grupo econômico e Consórcio de Empregadores	64
2.3.2. Consórcio de tomadores dos serviços em terceirização lícita	72
2.4. Trabalhadores autônomos – prestadores de serviços (pessoa natural ou pessoa jurídica).....	73
3. Rede de empresas: espécie de descentralização	84
3.1. Critérios para fixação da espécie de descentralização denominada “Rede de Empresas”	84
3.1.1. Impactos nas relações trabalhistas da organização em rede (natural ou dependente).....	90
3.2. Inexistência de normas trabalhistas para a organização empresarial em redes	106
4. Direito do Trabalho na era da descentralização produtiva	116
4.1. Responsabilidade trabalhista e subordinação estrutural	116
4.2. Pós-positivismo e Direito do Trabalho	131
4.2.1. Princípios e Regras: A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais.....	137
4.2.2. Ponderação de Interesses	139
4.2.3. Princípios como fatores de mobilidade do sistema jurídico	143
4.3. Ordem econômica: princípios e ponderações	147
4.4. Princípios da ordem econômica e descentralização em rede: critério para responsabilização trabalhista	155
5. Conclusão: Direito do Trabalho na era da descentralização produtiva	168
BIBLIOGRAFIA	181

1. Mercado de Trabalho e Direito do Trabalho

1.1. Evolução do mercado de Trabalho: Taylorismo, Fordismo, Toyotismo e Descentralização Produtiva

Entender o passado auxilia na construção do futuro. Mas o apego a antigas fórmulas pode impedir a natural evolução da vida. Partindo-se desta premissa, que já deixa antever o escopo deste trabalho – propor uma nova visão para antigos problemas, no esforço para construir um melhor ambiente para a contínua progressão da proteção trabalhista adequada, necessário se faz iniciar a construção de uma nova solução para o problema da descentralização a partir da análise do que lhe antecedeu, como forma de se demonstrar o anacronismo entre as normas trabalhistas em vigor e as necessidades atuais de proteção do ser humano trabalhador.

O Direito do Trabalho, disciplina jurídica autônoma que tem por escopo básico a proteção ao trabalho subordinado, constitui resultado do fenômeno conhecido como Revolução Industrial, possuindo como corte epistemológico a liberdade do trabalhador, o fim da escravidão.

Como amplamente conhecido, ainda que historicamente já existissem manifestações de trabalho livre em período pretéritos - inclusive no Direito Romano - onde havia a figura da *locatio conductio operarum*, modalidade de locação de serviços que por alguns é considerada a origem remota do trabalho subordinado livre, não se pode confundir tal modalidade de contratação com o fenômeno do trabalho livre cooptado na modalidade subordinada que deu suporte à construção do Direito do Trabalho e por sua vez originou a relação de emprego pactuada através do contrato de trabalho.

Embora possa impressionar a semelhança entre a figura clássica da *locatio operarum* e o contrato de trabalho, o próprio conceito de Direito do Trabalho “aponta para a modernidade do fenômeno do trabalho subordinado, que deve assim ser reconhecido como um produto da Revolução Industrial”¹, vez que a liberdade necessária para a concretização do direito do trabalho pressupõe não apenas o exercício do trabalho livre mas

¹ RAMALHO, Maria do Rosário Palma. *Da autonomia dogmática do Direito do Trabalho*. Coimbra: Livraria Almedina, 2000.

a constituição de garantias para o efetivo exercício dessa liberdade, o que somente foi observado na modernidade após o advento da Revolução Francesa e a afirmação histórica das dimensões de direito fundamentais.

Assim, falar em direito do trabalho é basicamente constatar que tal fenômeno é deveras recente na cultura ocidental, sendo patente que desde o início da criação e estruturação desse ramo do direito ocorreram diversas modificações no ambiente social e, principalmente, de mercado, que afetaram não apenas a visão da sociedade sobre a regulação do trabalho, mas que colocaram em xeque a própria manutenção desse sistema.

Nota-se, portanto, que a própria concepção de direito do trabalho decorre do ambiente econômico em que se insere, sofrendo seus dogmas e conceitos frequentes críticas de acordo com a conjuntura de momento da economia.

Em momentos de conjuntura econômica adversa tende-se a reduzir as garantias trabalhistas. Em cenários positivos, o direito do trabalho não sofre maiores questionamentos. O grande problema, portanto, é saber como a proteção trabalhista deve se portar quando as empresas não conseguem suportar o custo inerente à efetivação dos direitos dos trabalhadores diante da alteração do panorama da economia. Devem ser mantidas as conquistas históricas frente às mudanças econômicas que levam conseqüentemente às modificações de mercado e da forma de exploração do trabalho humano? Ou a dogmática trabalhista deve se amoldar a tais necessidades de mercado?

Ademais, deve-se pensar qual o significado das conquistas históricas dos trabalhadores na atualidade, pois muitas delas, que significaram na época de sua afirmação indubitável melhoria nas condições de vida, hoje podem não ser mais adequadas, não ao menos nos moldes em que foram construídas.

Interessante exemplo gira em torno da questão da duração do trabalho, onde a necessidade de uma limitação precisa da quantidade de trabalho, com anotação burocrática dos horários praticados pelo empregado, surgiu como elemento vital para a construção da dignidade do trabalhador, que necessitava de um tempo delimitado para descanso e para lazer, o que culminou na jornada de oito horas até hoje adotada para o limite máximo geral de trabalho diário (art. 7º, XIII da Constituição Federal).

Entretanto, diante das novas tecnologias, das novas formas de trabalho advindas pelo uso de recursos telemáticos, já é fato que diversos trabalhadores não mais se

enquadram nesse sistema de trabalho preciso, pois ao laborarem a distância como permitido pela própria legislação (art. 6º da CLT), resta extremamente complexa a forma de prestação do trabalho no que concerne ao tempo, eis que na prática tais pessoas podem se conectar e prestar seu labor no momento em que entenderem melhor.

Essa característica nova do trabalho a distância, inclusive, tem gerado ações na Justiça do Trabalho com pleitos de tempo à disposição, ou ao menos sobreaviso, por vinte e quatro horas por dia nos sete dias da semana, já que na prática potencialmente esse trabalhador pode sim laborar a qualquer momento.

O que deve ser indagado é em que medida essa nova característica pode ser usada a favor ou contra o trabalhador, pois a conexão ao trabalho por via de recursos telemáticos tanto pode ser usado para vincular ainda mais o empregado ao serviço quanto para sua libertação. Existem interessantes casos, por exemplo, de trabalhadores que se auto-intitulam “nômades digitais”, que se aproveitam do advento da tecnologia para prestarem serviços de forma mais livre, a qualquer momento e em qualquer lugar, rompendo com os valores que levarem à afirmação do Direito do Trabalho.

Vale citar o manifesto constante do *site* criado pelos próprios:

“Se você está lendo esse texto agora, considere-se uma pessoa de sorte. Você está presenciando uma revolução que está mudando a forma como o mundo funciona. Por mais que ainda possa não ter percebido isso, estamos na crista da onda de um movimento global que nos próximos anos vai desconstruir a noção do que significa trabalhar e ter uma vida feliz de verdade. As grandes responsáveis por isso? **A internet e a tecnologia.**

A junção dessas duas coisas fez nascer um novo modelo de trabalho e de vida ao qual cada dia mais pessoas aderem – a possibilidade de poder trabalhar de qualquer lugar do mundo, desde que haja uma conexão com a internet.

É um momento épico: as paredes dos escritórios e as baias começam a despencar para diversas profissões. Em diversos casos, **elas já não fazem mais sentido.** Hoje, para muita gente, não há mais porque pegar horas de trânsito todos os dias, se locomover para escritórios que em sua maioria ficam em áreas centrais, gastar com transporte, estacionamento, almoço, gasolina, e tudo inflacionado, pois há muitas pessoas fazendo as mesmas coisas nos mesmos lugares. Há formas mais inteligentes de **trabalhar, ganhar dinheiro e ter uma vida fantástica ao mesmo tempo.**

Com as condições de trabalho atuais, várias pessoas podem realizar suas funções de qualquer computador com acesso à internet. Nem mesmo reuniões precisam necessariamente ser presenciais, hoje em dia, salvo algumas exceções. A internet possibilitou uma nova opção para aqueles que se sentem muito mais inspirados e produtivos quando trabalham em casa ou em qualquer outro lugar de sua escolha. Ela veio para ser uma ferramenta poderosa para aqueles que estão insatisfeitos com seu caminho profissional e de vida, e que desejam trabalhar e viver de outra forma. **Ela é a carta de alforria para milhões de pessoas.**² (grifos no original)

O fato é que não se pode mais simplesmente utilizar o paradigma da contagem de horas de trabalho marcadas em um controle manual, mecânico ou eletrônico para essas novas formas de se trabalhar, o que obviamente não significa abandonar o espírito da conquista trabalhista referente a um limite de trabalho. Deve-se pensar na preservação do essencial desse direito trabalhista, mas permitir-se uma flexibilidade que amolde para o caso concreto a forma de sua concretização.

Tais indagações remetem à constatação de que o direito do trabalho não pode ser analisado em separado à questão econômica, pois o constante desafio é a manutenção da dignidade do trabalhador frente às necessidades de mercado, o que determina para este estudo uma breve análise do caminhar dessas alterações, culminando com o atual ambiente de fragmentação da proteção trabalhista e da própria empresa, seio clássico da criação e manutenção dos empregos.

Interessante ressaltar, sempre, que a construção do Direito do Trabalho e, portanto, da proteção trabalhista ao labor subordinado, ocorreu paralelamente à afirmação histórica dos direitos fundamentais, sejam os de primeira dimensão (liberdades clássicas) que permitiram o ambiente para surgimento do trabalho livre, sejam os de segunda dimensão (direitos sociais) que reconheceram a debilidade do ser humano que não encontra respaldado pelo mínimo existencial. Esta constatação é fundamental para não se afastar, em época de crise econômica, o essencial da proteção trabalhista que tem por papel primordial servir como freio à exploração do trabalho humano e, assim, do que mais de

² Disponível em <http://nomadesdigitais.com/comece-por-aqui#> (acessado em 15.07.2015)

essencial existe em na ideia de se “ser humano”. Fixa-se desde logo, portanto, a premissa de que não se propõe abandonar o Direito do Trabalho, mas adequá-lo à realidade atual.

Como se sabe, o primeiro grande movimento de forma de exploração do trabalho humano subordinado configurado após a primeira Revolução Industrial ficou conhecido como “taylorismo”, em referência ao engenheiro Robert Taylor, que organizando a produção efetuou a decomposição das etapas de trabalho de forma a especializar cada trabalhador em um segmento específico da produção, aumentando a produtividade a partir do controle rigoroso do tempo gasto em cada uma dessas etapas.

Como bem identifica Rodrigo de Lacerda Carelli, “com a organização do trabalho sendo totalmente decomposta, o trabalho a ser objetivamente realizado pelo obreiro seria totalmente predeterminado pela gerência de administração, retirando-se toda e qualquer autonomia do trabalhador, que se restringiria a cumprir os movimentos pré-estabelecidos pelo empregador, tanto em relação à forma quanto ao tempo de cada operação. Quanto ao tempo, Taylor insistia na sua importância, criando inclusive a função de “cronometrista” dentro da planta industrial, para a verificação do cumprimento do tempo estabelecido para as operações determinadas a cada trabalhador.”³

Identifica-se como consequência dessa forma de organização do trabalho a potencialização da alienação do trabalhador, que se já ficava afastado do resultado de seu próprio labor pela essência da exploração capitalista, passa a perder o sentido daquilo que faz, com a transformação do ser humano em objeto, uma peça na engrenagem, ou seja, ocorre a padronização do trabalho humano com a retirada da subjetividade do trabalhador.

Interessante notar que esta primeira manifestação de objetivação do trabalho continua seguindo sua tendência, hoje chegando-se perto da própria eliminação do ser humano do processo do trabalho, com parques fabris totalmente automatizados.

Entretanto, houve forte resistência a esta racionalização do trabalho, não existindo adesão imediata e mansa por parte dos trabalhadores, o que levou o empresariado a pensar fórmulas que levariam o próprio destinatário a absorver essa cultura, adotando-se uma estratégia de motivação para que essas mudanças fossem aceitas e implementadas. “Esse foi o pensamento de Henry Ford, gerando a forma organizacional do trabalho denominada

³ *Terceirização como Intermediação de Mão de Obra*. Edição do autor: 2014, p. 27. Disponível em https://drive.google.com/folderview?id=0B8Zxt_MDsIamYXlQeVJndUE3YVYk&usp=sharing

de Fordismo, tornando-se, inclusive, denominação de forma de organização do próprio capitalismo e do próprio regime de acumulação do capital.”⁴

Ford, pensando na produção em massa, desenvolve a ideia de linha de montagem contínua, tomando como “inspiração o processo contínuo de produção existente nos matadouros e cria a linha de montagem (moving assembly line), onde faz uso da mecanização associada e parcialmente automatizada, já antevista por Marx, em O Capital. O controle sobre o trabalho humano não precisa ser feito pela determinação e controle direto do gerente, mas é feito automaticamente pela máquina. A esteira (conveyor belt), que leva o trabalho até os homens, resolve a questão do controle dos tempos e movimentos que agora são determinados pelo ritmo de funcionamento das máquinas, diferente do Taylorismo, em que o ritmo é baseado no rendimento individual.”⁵

Aliando tais ideias ao aumento de renda para o trabalhador, que obteve significativa retribuição financeira pelo labor, Ford conseguiu ao mesmo tempo a submissão do trabalhador a essa nova sistemática de exploração do trabalho humano e, ainda, fomentou a criação de uma nova classe importante para a sociedade que se afirmava: a classe média para a sociedade de consumo.

Essa classe passa a ter importante papel no novo mundo que se afirmava, com a transformação do trabalhador em consumidor, dentro da lógica de que o comportamento consumista gera a demanda necessária para a produção e, portanto, o desenvolvimento econômico.

Embora seja certo que o modelo Fordista teve diferentes aplicações na ordem internacional, admite-se de forma hegemônica que o tipo de mercado que permitiu sua propagação, assim como antes o “taylorismo”, era o baseado na ideia de necessidade contínua de produção, para abastecer um consumo de massa que tinha franca tendência crescente, o que possibilitava a lógica da empresa verticalizada, hierarquizada, estável, produtiva e que podia realizar estoque da sua produção, pois haveria a proporcional absorção pelos consumidores, principalmente no padrão vigente nos Estados Unidos que eram, até então, franco dominadores do mercado mundial, com matiz energética petroleira.

⁴ Idem, p. 29.

⁵ Ibidem, p. 30.

Tais características de mercado influenciaram justamente o momento de afirmação dogmática do direito do trabalho, levando, por exemplo, no Brasil, ao estabelecimento de estabilidade definitiva por tempo de serviço, ou seja, o empregado adquiria direito ao posto de trabalho após completar dez anos de serviço para o mesmo empregador, direito este criado pela Lei Previdenciária n. 4.682 de 24 de janeiro de 1923 (Lei Elói Chaves) ao ferroviários que, alguns anos depois, foi estendida aos empregados de todas as empresas ferroviárias, aos portuários e, finalmente, “no período pós-1930, denominado de *institucionalização do Direito do Trabalho*, o sistema estabilitário ampliou-se e sofisticou-se. Pela Lei n. 62, de 5.1.1935, a estabilidade deixou de ‘ligar-se à previdência, passando a constar de diploma legal relativo ao contrato de trabalho’, generalizando-se para o mercado laborativo urbano. Viria a constar, logo em seguida, da Carta de 1937, do corpo da Consolidação das Leis do Trabalho, de 1943, e, finalmente, da Constituição de 1946, que a estendeu também aos trabalhadores rurais (art. 157, XII).”⁶

Ora, fica evidente que o estabelecimento de estabilidade decenal somente é possível a partir de uma mentalidade de permanência no trabalho, de pertencimento do ser humano trabalhador a uma instituição, onde se fazia uma projeção de carreira de longo prazo, de uma forma de viver compatível com o estabelecimento de uma rotina, como bem identificou Richard Sennet ao analisar o estilo de vida e trabalho de um seu entrevistado: “O que mais me impressionou em Enrico e sua geração foi ver como o tempo era linear em suas vidas: ano após ano trabalhando em empregos que raras vezes variavam de um dia para o outro. E, nessa linha de tempo, a conquista era cumulativa: toda semana, Enrico e Flavia conferiam o aumento de suas poupanças, mediam a vida doméstica pelas várias melhorias e acréscimos que haviam feito na casa de fazenda. Finalmente, o tempo que viviam era previsível. As convulsões da Grande Depressão e da Segunda Guerra Mundial haviam-se esfumado, os sindicatos protegiam seus empregos; embora tivesse apenas quarenta anos quando o conheci, Enrico sabia exatamente quando ia aposentar-se e o pecúlio que teria”⁷.

⁶ DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. São Paulo: Editora LTR, 13ª edição, 2014, p. 1306-1307

⁷ SENNETT, Richard. *A corrosão do caráter. Consequências pessoais do trabalho no novo capitalismo*. São Paulo: Editora Record, 1999, p. 14.

Essa noção de emprego permanente, sem sombra de dúvidas, passou a ser um norte na própria acepção do direito do trabalho no Brasil (e no mundo), seguindo-se a ideia de existência de postos de trabalho em empresas seguras, o que dá total coerência ao princípio da proteção, basilar de todo esse ramo jurídico.

No caso brasileiro, importante ressaltar, a construção do direito do trabalho teve ainda uma clara finalidade política de amortização do conflito inerente ao capitalismo, adotando-se com habilidade na era de Getúlio Vargas a fixação de direitos individuais aos trabalhadores antes mesmo da industrialização brasileira, ao mesmo tempo em que na seara coletiva estabelecia-se o corporativismo para se manter a questão trabalhista dentro da esfera de controle do Estado.

Havia, portanto, um claro sentido na construção de um direito trabalhista imutável, rígido, controlável e homogêneo, consentâneo com a filosofia que imperava na sociedade acerca do sentido do trabalho, como fator de construção da própria identidade do ser humano.

Realizou-se no Brasil, portanto, uma opção de construção do mercado a partir da exploração da matriz energética do petróleo que era barata, elegendo-se a indústria automobilística como modelo para a construção desse mercado, o que possibilitou a afirmação do Direito do Trabalho preconizado na era Vargas, conforme análise de José Eduardo Faria em palestra proferida na Associação dos Advogados Trabalhista de São Paulo durante o 22º Congresso Estadual dos Advogados Trabalhistas.

Ocorre que essas premissas mercadológicas enfrentaram grave turbulência na década de 60, quando o capitalismo engendrado por Ford começa a sofrer modificações, mormente diante da grande crise da década de 70 do século passado decorrente dos problemas com o fornecimento do petróleo, matriz energética base do sistema produtivo ocidental.

Como resultado, “surgiram dois movimentos que se entrelaçam e não se separam: a globalização, principalmente em sua faceta financeira e econômica, e o regime de acumulação flexível do capital, com suas características de reorganização produtiva e remodelação do próprio giro do capital”⁸. Jeremy Rifkin bem analisa o problema iniciado na década de 60 e que afetaria mormente as empresas americanas, que “dominavam o

⁸ CARELLI, *ibidem*, p. 36.

comércio internacional”⁹, sendo que o “ano de 1965 foi também o ano em que as corporações americanas viram aumentar seus lucros líquidos para um patamar pós-guerra de 10%”¹⁰ mas “nos anos 70, os lucros das empresas haviam encolhido para menos de 6%”¹¹ como resultado de uma série de fatores que podem ser assim resumidos: mercado consumidor interno saturado, aumento da concorrência estrangeira, aumento de impostos e benefícios para os trabalhadores americanos, embargo ao petróleo da OPEP que aumentou o custo da energia, a desregulamentação de algumas indústrias antes protegidas que levaram a aumento de concorrência, tudo como identificado na festejada obra de Rifkin.

A solução preconizada para esse novo desafio, que acima restou apontado para a sociedade americana - mas que foi sentido em escala global -, recaiu no investimento em tecnologia, busca de novas matrizes energéticas e a mudança na forma de administração do trabalho, que aliado ao momento de globalização, levou à descentralização produtiva iniciada com o movimento conhecido como Toyotismo e que, atualmente, assumiu contornos mais agudos como adiante será observado.

Explica-nos muito bem Eurenice de Oliveira a forma de administração em questão e seu surgimento no pós-guerra onde se preconizou o crescimento econômico em detrimento da questão social, pois “a tentativa japonesa de se recuperar do atraso na indústria automobilística e os esforços de reconstrução do país passam ao largo do desenvolvimento social, concentrando-se no crescimento econômico, como se este, por si só, implicasse inserção do trabalhador nos benefícios resultantes de seu trabalho. O desemprego e a miséria da população nipônica são determinações fundamentais na introdução do ‘toyotismo’. Questões como moradia, poluição e qualidade de vida continuam, até hoje, na ordem do dia, mas sempre desprezadas em razão de outras prioridades.”¹²

Obviamente, não se pode deixar de notar, desde logo, que os mesmos dilemas apontados para o início do “toyotismo” continuam na pauta do dia, talvez como a principal questão da área trabalhista: desenvolvimento econômico *versus* proteção social. Vale lembrar que as atuais técnicas de administração da empresa parecem, em parte, produzir o

⁹ RIFKIN, Jeremy. *O Fim dos Empregos. O contínuo crescimento do desemprego em todo o mundo*. São Paulo: M. Books Editora Ltda, 2004, p. 90.

¹⁰ Idem, p. 90.

¹¹ Ibidem, p. 90

¹² GUERRA, Eurenice. *Toyotismo no Brasil: desencantamento da fábrica, envolvimento e resistência*. São Paulo: Editora Expressão Popular, 2004, p.18

mesmo fenômeno de precarização que foi a base da criação do sistema japonês, observando-se o mesmo discurso da necessidade como justificativa para redução de direitos trabalhistas. Emblemática, neste sentido, a opinião manifestada em 12 de maio de 2014 no jornal “O Globo” na seção “Opinião”¹³:

“O Brasil mudou muito desde o início dos anos 1940, quando a legislação trabalhista foi consolidada (e se tornou conhecida desde então como CLT, com mais de 900 itens). Era um país essencialmente rural, com maioria da população ainda analfabeta, e por isso a CLT é vista pelos historiadores como uma iniciativa importante de se dar dignidade ao trabalho. A mão de obra escrava fora a base da produção de um ciclo desonroso encerrado somente em 1888, com a Lei Áurea. No entanto, as novas relações entre empregados e empregadores demoraram a evoluir.

Na década de 1930, o Brasil tinha uma indústria nascente que contribuía para acelerar o processo de urbanização. O Estado também começava a organizar sua máquina burocrática.

Para que a CLT se impusesse como a legislação determinante do mercado do trabalho, a Justiça passou a ter um dos seus braços exclusivamente dedicado às causas trabalhistas, coletivas ou individuais. Hoje, o país não é mais rural, pois 84% da população vivem em cidades (médias e grandes, na maior parte). A economia se sofisticou, com expressiva participação dos serviços. E é crescente o número de brasileiros escolarizados, com mais de oito anos de instrução.

Em um mundo que avança na era digital, com a tecnologia transformando a maneira de se produzir, não faz sentido que a legislação trabalhista continue a espelhar um quadro dos anos 1930/40. Não por acaso a justiça trabalhista se tornou campeã em número de causas, tamanha é a dificuldade que o mercado tem para se adaptar às regras definidas pela CLT. Tudo é conflito jurídico. Quase nada se resolve em negociações entre as partes.

O que se discute há tempos no Brasil é uma flexibilização dessa legislação que possibilite a empregados e empregadores negociarem ajustes temporários, com o objetivo de manutenção de empregos e retenção de pessoal qualificado, treinado ou mais familiarizado com os negócios da empresa. Atualmente não existe essa opção: em caso de retração de mercado e necessidade de ajuste dos custos variáveis, o empregador se vê forçado a dispensar pessoal. Quando há retomada dos negócios e ressurgem a necessidade de contratação, dificilmente

¹³ Jornal O Globo, 12.05.2014, disponível em: <http://oglobo.globo.com/opiniao/uma-necessidade-12443331> (acessado em 15.07.2015)

são restabelecidos os vínculos com ex-funcionários. Em ambos momentos, há um custo elevado, para os dois lados.

O tema voltou à agenda de debates por conta de uma situação específica da indústria automobilística, mas que também deve se aplicar a outros segmentos da economia. Grande empregador de mão de obra qualificada, com salários acima da média, o setor fez expressivos investimentos para ampliar sua capacidade, mas não tem conseguido manter o forte ritmo de produção de 2012 e 2013. Tudo indica que haverá uma retomada de vendas mas isso poderá levar alguns ou vários meses. Até lá, como reter toda essa mão de obra ocupada? Reduções temporárias de jornada de trabalho poderiam ser negociadas, sem risco judicial, se empregadores e empregados se respaldassem em uma legislação mais flexível.”

Embora seja corrente a crítica da área trabalhista a qualquer ideia de flexibilização, não se pode olvidar a necessidade de adequação como acima manifestado, cumprindo buscar-se um modelo que possa, na medida do possível, atender a ambos os interesses antagônicos do conflito capital e trabalho.

No caso do modelo adotado pela empresa Toyota, a precarização humana já havia sido instalada por conta dos efeitos da Segunda Guerra Mundial no Japão, passando-se à nova forma de administração a partir das seguintes fases: integração de técnicas do ramo têxtil (um trabalhador operava diversas máquinas); efetivo mínimo decorrente da crise financeira; importação de técnicas estadunidenses de gestão de estoques de supermercados (racionalização da indústria conhecida como *kanban*); generalização do *kanban* para os fabricantes terceirizados e demais fornecedores.¹⁴

Adota-se, então, como “prática estrutural” a filosofia da redução de pessoal para aumento de produtividade, aliado à ideia de polivalência, “procedendo à máxima flexibilidade da organização do trabalho e da linha automatizada, até a tensão máxima da linha de produção, elevando o desgaste da força de trabalho até níveis considerados desumanos”¹⁵, em que “o operário deixa de atuar numa máquina, em um posto de trabalho isolado, para atuar como membro de uma equipe de operários, diante de um sistema automatizado, em postos polivalentes”.¹⁶

¹⁴ GUERRA, Eurenice. Idem, p. 19.

¹⁵ Ibidem, p. 21.

¹⁶ Ibidem, p. 23

O trabalho em equipe e sem a especialização máxima que antes foi observado no período do taylorismo/fordismo pode parecer, numa análise açodada, ganho para o ser humano, que estaria resgatando características do trabalho pré-industrial. Entretanto, na forma como foram implantados durante o toyotismo, tais elementos propiciaram a criação do conceito de controle de qualidade por células, implantando-se a fiscalização entre os próprios trabalhadores, fomentando-se a competitividade e gerando não apenas a “gestão por estresse” tão em voga na atualidade mas práticas de assédio moral horizontal e exacerbação do individualismo, com base na cultura do medo diante do fantasma da desocupação.

Essa brutalização do trabalhador para com seus pares foi bem identificada por Christophe Dejours, que percebeu os efeitos do medo decorrente das constantes ameaças de perda do posto de trabalho, típicas da administração flexível e majoradas pelo controle de qualidade extremado, explicando que “convém preferir o termo *precarização* a precariedade”, sendo que “o primeiro efeito da precarização é pois a intensificação do trabalho e o aumento do sofrimento subjetivo (sem dúvida, com um índice de morbidade maior porém ‘exteriorizado’ da empresa em virtude das demissões); o segundo efeito é a neutralização da mobilização coletiva contra o sofrimento, contra a dominação e contra a alienação; a terceira consequência é a estratégia defensiva do silêncio, da cegueira e da surdez. Cada um deve antes de tudo se preocupar em ‘resistir’. Quanto ao sofrimento alheio, não só ‘não se pode fazer nada’, como também sua própria percepção constitui um constrangimento ou uma dificuldade subjetiva suplementar, que prejudica os esforços de resistência. Para resistir, portanto, convém fechar os olhos e os ouvidos ao sofrimento e à injustiça infligidos a outrem. Nossa pesquisa mostra que todos, dos operadores ao gerentes, se defendem da mesma maneira: *negando o sofrimento alheio e calando o seu.*”¹⁷

Essas consequências no ambiente de trabalho constituem o tema denominado assédio moral, já existindo amplo arcabouço jurídico para seu combate, seja através da prevenção, seja pela reparação às vítimas através de compensação por dano imaterial.

Vale lembrar que a premissa no trabalho toyotista é a produção *just-in-time*, sem estoques e atendendo à demanda do mercado, com medição da produtividade não pela

¹⁷ DEJOURS, Christophe. *A Banalização da Injustiça Social*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006, 7ª edição, p. 51.

quantidade de produtos criados, mas em relação ao número de trabalhadores disponibilizados, motivando-se os trabalhadores através da fixação de rendas variáveis, bônus, de acordo com as metas de produção, muito comumente aplicadas no Brasil pela criação de programas de Participação nos Lucros e Resultados, que não por acaso a partir de 1988 torna-se direito fundamental trabalhista previsto no art. 7º, XI da Carta Magna, ao mesmo tempo em que retira-se sua natureza salarial de forma definitiva. Como se sabe, antes da incorporação ao texto constitucional do direito a Participação nos Lucros e Resultados admitia-se sua natureza salarial, como nos dá conta Maurício Godinho Delgado:

“A presente parcela tradicionalmente assimilada pela tradição jurisprudencial do país à figura salarial das gratificações habituais, integrando, desse modo, o salário obreiro para todos os fins (nessa linha, o antigo Enunciado 251 do TST, cancelado em maio de 1994 pela Resolução 33 daquela Corte Superior). Desde 1988, contudo, a Constituição já havia invalidado essa linha compreensiva a respeito da parcela, fixando, taxativamente, estar *desvinculada da remuneração* semelhante verba (art. 7º, XI, CF/88). Não sendo salário, a verba participatória pode deixar de ser paga nos exercícios negativos apresentados pela empresa, embora obviamente não possa a regra abstrata da participação em exercícios positivos ser expurgada dos contratos anteriormente beneficiados (Súmula 51, TST), exceto se coletivamente negociada a exclusão.”

Não há dúvidas de que esses ajustes do ordenamento jurídico trabalhista podem ser vistos sob dois pontos. De um lado produzem ganho aos trabalhadores, democratizando a empresa ao permitir a distribuição de lucros; por outro lado, o tipo de produção flexível com atribuição de responsabilidade pelo resultado ao próprio trabalhador passa, no campo da remuneração, pela tendência de redução do ganho fixo com o estabelecimento de bônus por metas, que agora podem inclusive não possuir natureza salarial, retroalimentando o sistema de diminuição da proteção trabalhista, em que pese o discurso comum da premiação por méritos.

Adotado de forma perversa, tal sistema gera outro grave problema para o mundo do trabalho: o próprio empregado busca a supressão de intervalos de descanso e a realização de horas extras para obter aumento de sua renda, defendendo-se o tomador dos serviços como vítima que concedeu liberdade a seu trabalhador por não proceder a um controle severo hierarquizado, escondendo dessa forma seu comportamento omissivo em não produzir

uma fiscalização para observância dos padrões de duração do trabalho vigentes em nosso país. Basta observar ser comum, em ações trabalhistas desta natureza, a apresentação de defesa no sentido de que era o próprio empregado quem desrespeitava a norma da empresa quanto ao gozo de intervalo e prática de labor extraordinário, não havendo qualquer proibição por parte do empregador para a fruição destes direitos, numa linha que esquece a premissa básica do Direito do Trabalho: a debilidade do empregado na relação de emprego. Não pode haver, por óbvio, perda do direito pelo empregado quando o próprio sistema remuneratório o leva a sacrificar o tempo livre para obtenção do resultado esperado.

Deve-se, ao contrário, buscar um equilíbrio na utilização dessas novas modalidades de pagamento que somente pode ser encontrado a partir da negociação calcada no reforço da manifestação livre de vontade, o que no caso da participação nos lucros, inclusive, encontra respaldo da legislação através da participação de representantes dos sindicatos.

Não é raro, por outro lado, observar a transformação do ser humano trabalhador, que classicamente era importante pelo seu conhecimento em labor de caráter personalíssimo, em mero fator numérico de obtenção de metas, chegando-se ao ponto de fiscalização do trabalho apenas pelo resultado, o que aumenta o sentimento de perda de subjetividade e, novamente, a gestão por estresse para que os resultados sejam atingidos, numa época de elogio à pura desregulamentação trabalhista.

No sistema toyotista ficou bem clara essa transformação, onde os empregados “são contratados por jornada e não para desempenhar determinadas funções, daí a extrema mobilidade do trabalhador e, também, o arbítrio da gerência. Só com a combinação da ‘autonomação’, auto-ativação, polivalência, multiespecialidade, JIT (*‘just in time’*), trabalho em equipe e todas as outras denominações com as quais se conhece o trabalho sob o ‘toyotismo’, é que se pode entender esse conceito que diz tanto sobre a subordinação do trabalho ao capital a partir do chão-de-fábrica”.¹⁸ Adota-se, portanto, um novo processo social que modifica não apenas a administração das empresas, mas também a própria visão do sistema capitalista, adotando-se o conceito de flexibilidade para abertura, com forte mudança nas bases do sistema até então adotado, jogando o ser humano trabalhador num salto sem paraquedas para o individualismo desregulamentado.

¹⁸ GUERRA, *ibidem*, p. 29

Paralelamente, otimizou-se o sistema de subcontratações, de criação de redes interligadas de empresas fornecedoras, uma “malha de subcontratadas”, que “é a própria forma da estruturação industrial no Japão denominada *keiretsu*”.¹⁹ Como será analisado a seguir, essa base reticular constitui, maximizada pela revolução tecnológica e a globalização, o esteio da atual onde precarizante que assola o direito do trabalho, na forma em que muitas vezes é utilizada.

Constata-se, de forma geral, que o caminhar da proteção trabalhista pode estar ocorrendo em círculos, ou melhor, em forma de senóide, pois há retorno não ao ponto de partida da ausência de regulamentação, do individualismo puro, mas de um ponto intermediário em que existe regulamentação porém anacrônica, em que há mecanismos de coletivização porém com baixa penetração social, enfim, onde o formal do direito do trabalho permanece assegurado, mas o real demonstra não mais ser suficiente ou eficiente. O fato é que a nova forma de produção descentralizada elevou a máxima do aproveitamento do trabalho sem responsabilidade a um patamar próximo ao original da história do trabalho pós Revolução Industrial.

Pode-se identificar, portanto, que existe uma desconexão entre a proteção trabalhista clássica e a atual realidade do mercado de trabalho.

1.2. Gênero “descentralização produtiva”

A descentralização como um fenômeno produtivo ocorre dentro de uma nova fase do consumismo, conhecida como sociedade de hiperconsumo, que “designa a terceira etapa histórica do capitalismo de consumo”²⁰ caracterizada não apenas pelo novo tipo de ser consumidor e de maneiras de consumir, “mas também por novos modos de organização das

¹⁹ Ibidem, p. 33. Explica o autor acerca do *keiretsu*: “Consta que, no pós-guerra, quando a ocupação estadunidense investiu contra o poder dos grandes *zaibatsus* – que financiaram a participação do Japão na II Guerra Mundial – estes, para fugirem da perseguição, procederam a uma fragmentação de seus domínios econômicos e se ocultaram nessas relações de subcontratação, passando por empresas independentes, vindo a formar depois os grandes trustes integrados que absorvem negócios, desde a agricultura até os complexos financeiros da atualidade. (Torres Filho: *O mito do sucesso: uma análise da economia japonesa no pós-guerra – 1945 – 1973*).

²⁰ LIPOVETSKY, Gilles. *A Felicidade Paradoxal. Ensaio sobre a sociedade de hiperconsumo*. São Paulo: Companhia das Letras, 2007, p. 76.

atividades econômicas, novas maneiras de produzir e de vender, de comunicar-se e de distribuir.”²¹

A premissa dessa nova sociedade passa pelo fenômeno da “redescoberta do cliente”²² orientando-se o mercado pela procura do consumidor, o que é totalmente compatível com a flexibilidade então instalada no sistema toyotista, que possibilitou a diversificação da oferta na época da globalização, com desenvolvimento de empresas gigantes com marcas também globais, onde se estabeleceu um interessante paradoxo: “de um lado, a sociedade de hiperconsumo coincide com o triunfo da variedade e do ‘cliente rei’; do outro, é contemporânea da unificação mundial dos mercados e das gamas de produtos através dos desenvolvimento das megamarcas ou hipermarcas que, presentes nos cinco continentes, se baseiam em um marketing global, em produtos e slogans, logotipos e imaginários geridos de maneira internacional e mais ou menos adaptada às especificidades locais”²³. Surge essa nova fase do consumo no “momento em que os dispositivos pós-fordistas se combinam com a terceirização e a individualização galopante do consumo”.²⁴

Essa constatação da um modelo econômico global que produz conforme a demanda atendendo à diversidade, com total flexibilidade na produção, instigador de uma competição empresarial em nível internacional, gestado após a lógica da subcontratação, da estruturação em rede dos conglomerados empresariais, culminou na exportação dos parques de trabalho para empresas parceiras localizadas em qualquer parte do globo terrestre, obviamente buscando-se aquelas inseridas em sistemas de baixa proteção trabalhista como forma de se reduzir o custo da mão-de-obra e, assim, criar competitividade para atender à produção em massa do novo cenário mundial: o barateamento do valor efetivo do produto com o incremento do valor das marcas a ele agregadas, contribuindo para esse fator o constante marketing que busca lidar com a emoção do ser humano consumidor, preenchendo seu vazio existencial na era de mudança radical de valores pela satisfação do consumo.

De fato, é recorrente na propaganda em voga o apelo às necessidades emocionais, sendo comum observar-se a venda de produtos supérfluos ligados à ideia de satisfação de

²¹ Idem, p. 76.

²² Ibidem, p. 77.

²³ Ibidem, p. 77.

²⁴ Ibidem, p. 78.

necessidades humanas, como deixa ver, por exemplo, um comercial de refrigerantes onde o apelo é não ao líquido em si, ou suas propriedades para o bem-estar do corpo, mas apenas a identificação com o prazer de se abrir uma garrafa para sorver o líquido ali contido com o *slogan* “Coca-cola – Abra a felicidade”²⁵.

Ora, não se mede mais o valor de um produto pelo que ele efetivamente vale em termos de uso de matéria prima e mão-de-obra, mas pelo que o consumidor está disposto a pagar para obter tal produto, sendo conhecida a estratégia empresarial adotada pela gigante “Apple” neste sentido, que não apenas vende tecnologia mas desejo, aliado a *design* e à criação de uma identificação com o público como distribuidor de uma nova categoria de produtos, gerando uma verdadeira legião de seguidores que chegam a se aglomerar por dias em filas aguardando o lançamento de novos produtos, mormente os aparelhos de celular, como nos dá conta diversas matérias jornalísticas²⁶.

Esse apelo consumista, a necessidade de se manter à frente nas inovações tecnológicas, a criação de um sentimento de pertencimento ao grupo por aquilo que se possui, parecem ser características completamente amoldadas à nova sociedade de hiperconsumo que maximiza o individualismo e, pelo duvidoso uso da tecnologia de contato por redes sociais, acaba por afastar os seres humanos contribuindo para uma alienação do problema do outro e à banalização do sofrimento alheio como se fosse um espetáculo a ser assistido à distância, pois sob as telas digitais tanto o momento de festa como o de dor parecem retratos de uma história não vivida e que apenas se vislumbra como uma narrativa abstrata.

O novo individualismo, que na empresa institui a perda da solidariedade que caracterizou o movimento trabalhista do século XX, e a superficialidade do contato virtual,

²⁵ Disponível em <http://www.cocacola.com.br/>, acessado em 21.02.2015.

²⁶ Conforme matéria publicada no site G1, em 19.09.2014: “A loja da Apple na 5ª Avenida em Nova York, o principal ponto de encontro de “applemaníacos” que buscam os novos aparelhos, começou a vender o iPhone 6 nesta sexta-feira (19). Andreas Gibson foi o primeiro a comprar o produto e saiu da loja celebrando. Como acontece com todo o lançamento da Apple, os fãs estão na fila pelos aparelhos há muitos dias. A cada lançamento de um novo smartphone da empresa, o número de pessoas que ficam na fila para comprar os dispositivos na estreia aumenta. Em 2013, 1.417 pessoas estavam na fila pelo iPhone 5S nesta loja. Para o iPhone 6, antes mesmo da apresentação da Apple no dia 9 de setembro já havia pessoas na fila da loja da Apple na 5ª Avenida em Nova York. De acordo com o site “CNBC”, o primeiro casal da fila, que aparece com camisetas vermelhas na imagem, pagou US\$ 1,25 mil para duas pessoas guardarem seus lugares na fila.”, disponível em <http://g1.globo.com/tecnologia/noticia/2014/09/iphone-6-e-vendido-em-nova-york-e-reune-fas-em-principal-loja-da-apple.html>, acessado em 21.02.2015.

são elementos que estão afetando a relação das pessoas entre si e com o todo, instaurando a “modernidade líquida” onde “o ‘relacionamento puro’ tende a ser, nos dias de hoje, a forma predominante de convívio humano, na qual se entra ‘pelo que cada um pode ganhar’ e se ‘continua apenas enquanto ambas as partes imaginem que estão proporcionando a cada uma satisfações suficientes para permanecerem na relação’. O atual ‘relacionamento puro’, na descrição de Giddens, não é, como o casamento um dia foi, uma ‘condição natural’ cuja durabilidade possa ser tomada como algo garantido, a não ser em circunstâncias extremas. É uma característica do relacionamento puro que ele possa ser rompido, mais ou menos ao bel-prazer, por qualquer um dos parceiros e a qualquer momento. Para que uma relação seja mantida, é necessária a possibilidade de compromisso duradouro. Mas qualquer um que se comprometa sem reservas arrisca-se a um grande sofrimento no futuro, caso ela venha a ser dissolvida.”²⁷

O breve resumo do cenário do atual ideário de nossa sociedade globalizada, privatizada e fragmentada, viabiliza a procura por produtos de forma também individualista, preocupando-se o consumidor apenas com a satisfação de seus interesses sem cogitar dos problemas envolvidos para a produção daquela peça ou oferecimento daquele serviço de que pretende usufruir, quase que se instalando um estado de sobrevivência onde nem se quer cogitar nos meios que levaram ao fim-consumo, o que gera a escolha do que consumir por dois fatores básicos que tentam se equilibrar: preço e marca.

Em escala global assiste-se a uma interessante inflexão no mercado: a nova forma de administração do trabalho tende a excluir a maior quantidade possível de pessoas dos postos de ocupação (ao menos formais) e ao mesmo tempo necessita-se aumentar a massa de consumidores para se viabilizar a manutenção e expansão das empresas e do próprio capitalismo. Instala-se, portanto, uma contradição dentro do capitalismo, que por ora encontra saída no consumo de classes sociais de menor poder de renda.

Não à toa percebe-se um aumento da exclusão de trabalhadores do emprego formal protegido e uma busca justamente pelos consumidores das classes “C” e “D”, considerados como a nova classe média que abastece o mercado de consumo conforme evidencia a matéria jornalística que tem como premissa: “Em ascensão e ávidas por consumo, as

²⁷ BAUMAN, Zygmunt. *Amor líquido. Sobre a fragilidade dos laços humanos*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2004, p. 111.

classes C e D movimentaram em 2010 um mercado de R\$ 834 bilhões, despertando o interesse da indústria de bens e serviços, que agora corre atrás para atender as necessidades desses consumidores”; e dispõe que “enquanto a nomenclatura das classes sociais sofre mudanças, o ingresso de milhares de novos consumidores com poder de compra gera um desafio para as empresas, ou seja, aquelas que pensam em arrebatar fatias desse público vão precisar agir, e com rapidez. É preciso rever alguns conceitos (...). Porém, uma coisa é certa, muitos empresários brasileiros já descobriram que para serem líderes em qualquer segmento é necessário primeiro serem líderes na classe C.”²⁸

E justamente no cenário da produção em massa com foco no preço reduzido em um mundo globalizado e conectado, a descentralização da produção encontrou ambiente favorável a sua afirmação, tornando-se um verdadeiro fenômeno produtivo, com todas suas implicações no Direito do Trabalho, não apenas jurídicas mas também sociológicas e filosóficas, pois questiona-se até mesmo se a finalidade do trabalho construída na era industrial ainda prevalece, se a solidariedade social deve ou não prevalecer perante as necessidades individuais.

Importa, portanto, a fixação de um conceito de descentralização para se delimitar o fenômeno produtivo que afeta sobremaneira o direito do trabalho e que exigiu maior flexibilidade das regras trabalhistas, mormente no que concerne à facilitação para contratação a termo (do tipo “provisória” ou “precária”), contratos a tempo parcial e facilitação da extinção dos contratos.

Vale registrar que, no Brasil, as duas primeiras flexibilizações ocorreram, não por acaso, nos idos da década de 90, durante o governo do Presidente Fernando Henrique Cardoso, considerado de matiz neoliberal em questões trabalhistas, sendo que o trabalho a tempo parcial foi instituído pela Medida Provisória n. 1.709/98 e o contrato a termo chamado de “provisório” através da Lei 9.601/98. Importante lembrar que a extinção do contrato de trabalho sofreu grave revés também no mesmo período com a denúncia feita pelo mesmo Presidente da República antes citado à Convenção 158 da Organização Internacional do Trabalho, que vigeu da publicação do Decreto 1.855/96 em 10 de abril de 1996 pelo qual se finalizou o procedimento de ratificação até a publicação do Decreto

²⁸ Matéria publicada em fevereiro de 2011 e disponível em <http://www.revistamercado.com.br/destaques/a-forca-que-vem-debaixo/>, acessada em 22.02.2015.

2.100/96 que formalizou sua denúncia em 20 de dezembro de 1996,²⁹ restando, portanto, bem claro que também nosso ordenamento jurídico procurou se adaptar às novas necessidades da produção descentralizada, acompanhando o fenômeno mundial de mudança de bases do sistema produtivo em claro detrimento da proteção trabalhista tradicional.

Houve, assim, certa modificação no sistema jurídico para se possibilitar dentro das regras do próprio ordenamento a precariedade produzida pelo atual sistema produtiva.

Deve ficar claro, ainda, que a nova forma de produção descentralizada se instalou sem que a proteção trabalhista tenha evoluído, ou ao menos se adequou, observando-se um verdadeiro engessamento da matéria em nosso país já que é recorrente o gasto político inerente a qualquer mudança no direito do trabalho.

Vive-se um tudo ou nada para o Direito do Trabalho, como se existissem apenas duas alternativas: sua destruição ou sua manutenção. É interessante que ambas as hipóteses não são viáveis para o momento atual, devendo reconhecer uma terceira via que adeque o rígido direito trabalhista à realidade fluida da atual sociedade em que se insere, mas sem perder o essencial de seus valores, o que a nosso sentir somente é possível a partir da adoção de um modelo com menor carga de regras e maior abertura normativa, como será abordado mais à frente neste estudo.

Cria-se, assim, um descompasso entre a agilidade das mudanças econômicas e da forma de produção, em um mundo interconectado, e a lentidão da evolução da regulamentação trabalhista, o que fomenta a redução do direito do trabalho se não formal, mas fática, real, pois manter a proteção de forma não adequada praticamente equivale a não se proteger. A título de exemplo da lentidão do avanço formal das proteções jurídicas ao trabalho cita-se a criação no Brasil de norma específica para reger o “teletrabalho”, ainda que de forma lacônica, apenas em 2011, através da Lei 12.551, que alterou o artigo sexto da CLT.

Importa por ora, assim, estabelecer algumas características básicas do processo de reestruturação empresarial conhecido como descentralização produtiva, a fim de se propor

²⁹ A validade da denúncia à Convenção 158 da OIT encontra-se pendente de julgamento no Supremo Tribunal Federal através da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1625 ajuizada pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Agricultura e pela Central Única dos Trabalhadores, estando atualmente aguardando pauta para julgamento, conforme site do STF acessado em 22.02.2015: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp>

uma classificação trabalhista do mencionado fenômeno e se fixar a distinção entre figuras semelhantes já objeto de tutela em nosso ordenamento.

Em primeiro lugar, há que se observar que a descentralização produtiva pode ser conceituada como um gênero, que possui algumas espécies. A característica básica do gênero “descentralização” constitui a circunstância da externalização do trabalho, ou seja, parte do que normalmente a própria empresa realizava, através da contratação direta de empregados subordinados, agora é executada por terceiros sem vinculação empregatícia formal, seja através de outras empresas, seja por trabalhadores tidos como autônomos, estes muitas vezes travestidos de pessoas jurídicas por questões fiscais (para redução do custo com impostos).

Interessante perceber que essa sistemática de retirar parte do processo laboral do seio da empresa traduz a forma moderna de segmentação do trabalho pensada no taylorismo/fordismo, sendo que a especialização deixa de ser interna para ocorrer em outras empresas.

Partindo-se da premissa da externalização de parte do processo produtivo, em maior ou menor grau, pela empresa originária (que pode ser uma empresa tradicional que se transformou em empresa descentralizada ou empresa nova já constituída em tal sistema), observa-se que permanece a lógica do controle dessa etapa da produção, mas sob um novo matiz, onde geralmente não interessa a forma como é despendido o trabalho humano, que agora é problema da empresa contratada, mas pelo resultado que se espera e se estabelece.

Pouco importa a manipulação da energia do trabalho, irrelevante as condições em que o trabalho ocorre e até mesmo se os direitos trabalhistas estão ou não sendo cumpridos, pois a empresa que se descentraliza procura se alienar dos problemas da empresa contratada, de forma a reduzir seu risco trabalhista e sua gestão, permanecendo com sua estrutura enxuta e controlando, basicamente, a entrega do produto ou serviço na qualidade e quantidade pactuadas.

Mesmo importando mais o resultado final que o próprio processo do trabalho, existe entre as empresas assim estruturadas, entretanto, alguma espécie de vínculo, ao menos de coordenação, para que seja viável esse controle por resultados, pois não se pode deixar de exigir a qualidade no produto ou serviço prestado pela contratada.

Outra consequência do modelo descentralizado de produção, como já dito, é o dispêndio de energia do trabalhador possuir um tomador direto e um indireto, este muitas vezes sequer identificado pelo trabalhador.

Direto é o tomador que admite e assalaria o trabalhador, geralmente na condição de empregado; indireto é o beneficiário final desse gasto de energia, ou seja, aquele que na ponta da cadeia produtiva obtém a mais-valia da energia de trabalho sem, contudo, contratar o ser humano trabalhador sob sua responsabilidade.

Em outras palavras, rompe-se com o tradicional paradigma de alteridade do contrato de trabalho, pois a relação dual de emprego partia da premissa de que a energia de trabalho seria aproveitada pelo empregador, que usando e adquirindo essa energia produzia para o mercado com a finalidade de obtenção de lucro, caracterizando a alienação do trabalho humano correspondente à mais-valia capitalista.

Vale frisar que para o trabalhador essa característica apresenta enorme dificuldade no momento de busca de reparação por danos sofridos durante sua relação de emprego, já que normalmente a empresa que lhe contrata é de menor porte, com reduzida solvabilidade, inexistindo, no ordenamento jurídico, regra específica para a responsabilização daqueles entes integrantes da cadeia produtiva, isso quando o trabalhador consegue saber quem no fim aproveitou de sua energia. Imagine-se, por exemplo, a situação de um trabalhador chinês que sofre acidente de trabalho em fábrica na China mas que produz a favor de uma ou várias empresas americanas. Não apenas não se sabe exatamente qual empresa usou de sua energia no final, como as regras de direito internacional dificultam ou praticamente impedem o alcance de responsabilidade do aproveitador final da energia de trabalho.

Essas características básicas da estruturação em rede podem ser resumidas como exposto Juan Gorelli Hernández, em tradução livre:

- “a) A empresa que se descentraliza deixa de realizar diretamente certas atividades, passando a ser realizada por outra ou outras empresas;
- b) Ainda que a atividade seja prestada por outra empresa, se estabelecem mecanismo de controle dessa atividade. Estes mecanismos podem derivar de uma vinculação contratual que os permita (contratos de arrendamento que outorgam à empresa principal determinadas funções de intervenção na produção ou a fixação de padrões de produção); pode haver um domínio fático de uma empresa sobre a outra (pressuposto de grupos de empresa); pode

se tratar de uma situação, mais que de controle, de coordenação entre diferentes empresas para se obter um interesse comum.

A partir deste ponto de vista é frequente encontrar como os contratos através dos quais se produz o compromisso de assumir parte da atividade produtiva por parte de uma terceira empresa ou um trabalhador autônomo, geralmente incluem cláusulas de controle por parte da empresa principal que se descentraliza. Generaliza-se assim um âmbito totalmente novo de ‘subordinação’ entre empresas.

c) Aos dois elementos anteriores é necessário incluir um novo: que a atividade que deixa de realizar-se segue sendo necessária para a principal, de forma que o objetivo é que o produzido retorne à principal.”³⁰

Pode-se, finalmente, estabelecer um conceito do gênero “descentralização produtiva” como sendo o fenômeno de externalização de parte da atividade produtiva necessária e permanente através da contratação de terceiros (pessoas jurídicas ou naturais) com manutenção de algum tipo de controle, em maior ou menor grau, voltado ao resultado da produção.

Estabelecida a premissa genérica, torna-se necessário analisar os casos já existentes em nosso ordenamento jurídico para se estabelecer as espécies desse gênero, a responsabilidade trabalhista inerente a cada figura e as necessárias diferenciações do tema objeto deste estudo.

³⁰ HERNÁNDEZ, Juan Gorelli. *La tutela de los trabajadores ante la descentralizaciones productiva*. Madrid: Grupo difusión, 2007, p. 30-31.

2. Espécies de descentralização produtiva já regulamentadas no ordenamento jurídico brasileiro

Existem atualmente no cenário jurídico trabalhista brasileiro algumas formas de estruturação empresarial através da contratação de terceiros, seja pela delegação de parte da atividade a outra empresa, seja pela contratação de trabalhadores através de outra pessoa jurídica ou ainda, pela desconcentração de empresas de que pode resultar a criação de um grupo econômico trabalhista.

Cabe, portanto, a análise de cada uma dessas figuras de forma a se estabelecer suas características principais para, posteriormente, realizar-se o confronto com a novel figura da descentralização em rede, mormente em rede economicamente dependente.

2.1 Empreitada e Subempreitada

O art. 455 da CLT permite a subcontratação de operários pelo empreiteiro principal através da seguinte redação:

“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.

Parágrafo único - Ao empreiteiro principal fica ressalvada, nos termos da lei civil, ação regressiva contra o subempreiteiro e a retenção de importâncias a este devidas, para a garantia das obrigações previstas neste artigo.”

Como uma obra passa por diversas fases, é comum, no ramo da construção civil, que haja a necessidade de mão de obra especializada em alguns serviços transitórios que podem ser externalizados, realizados através de subempreiteiras.

O subempreiteiro, que pode ser uma pessoa física ou jurídica, contrata os operários e os coloca à disposição do empreiteiro principal para uso na atividade que está sendo

desenvolvida, ou seja, inserindo-os na própria atividade-fim deste ou, ao menos, em atividades conexas, atuando como verdadeiro intermediário entre o trabalhador e o tomador dos serviços.

A forma de contratação através de subempreitada impede a configuração do vínculo de emprego ordinário entre o trabalhador e o beneficiário da energia de trabalho final, permitindo-se por lei que o empregador seja a figura intermediária.

Há de se observar que nessa modalidade de contratação o subempreiteiro atua como efetivo empregador, exercendo os poderes inerentes a essa figura, admitindo, assalariando e dirigindo a prestação pessoal dos serviços, que constituem necessidade ordinária e permanente da atividade da subempreiteira e, da mesma, forma, da empreiteira principal.

Vale notar que há identidade de objetivo social entre as figuras do empreiteiro principal e do subempreiteiro, ambos atuando no ramo da construção civil, embora divirjam as atividades específicas desenvolvidas por cada um deles, o que permite a conclusão de que essa figura produz verdadeira desconcentração da empresa principal originária, que pode ficar mais enxuta porque parte da atividade especializada que normalmente desenvolveria é agora realizada por terceiros.

Admitiu-se tal modalidade de exceção à regra da dualidade do Direito do Trabalho pela percepção da complexidade das diversas etapas de uma obra de construção civil, onde cada etapa chega a possuir um nível tal de especialização que se justifica a repartição entre empresas segmentadas cada qual em seu objeto específico que, juntos, compõem o todo necessário à realização do serviço contratado pela empreiteira principal junto a seu cliente (dono da obra).

Presentes, portanto, os elementos básicos do gênero da descentralização: externalização de etapas do trabalho; vinculação entre os atores com alguma espécie de controle; e execução de atividade necessária ao tomador final dos serviços.

Entretanto, a espécie “subempreitada” do gênero “descentralização” tem características próprias que a distinguem das demais: possibilidade de delegação de parte da atividade-fim do tomador; controle direto do tomador dos serviços (empreiteira principal) sobre as atividades desenvolvidas pela contratada (subempreiteira), a ponto de se justificar a retenção de fatura em caso de inadimplemento trabalhista desta.

A delegação de atividade-fim resta clara pelo fato de ambas serem do mesmo ramo da construção civil, sendo certo que acaso inexistente o citado art. 455 da CLT a própria empreiteira principal deveria desenvolver todas as etapas da obra que executa, segundo o clássico dogma da relação dual de emprego.

Já o controle direto da empreiteira principal sobre a subempreiteira fica evidenciado no parágrafo único do mesmo artigo consolidado. Por expressa disposição legal, em havendo o inadimplemento do subempreiteiro quanto às obrigações trabalhistas fica reconhecida a responsabilidade do empreiteiro principal, pois se beneficiou dos serviços dos trabalhadores, podendo reter fatura do que deveria pagar ao subempreiteiro para pagamento direto aos empregados deste.

Ora, se o empreiteiro principal pode, por lei, ser chamado a responder pela dívida do subempreiteiro, resta patente a possibilidade de, no mínimo, se exercer fiscalização quanto ao cumprimento das obrigações trabalhistas do contratado, entendendo-se pacificamente que a fiscalização nessa modalidade de contratação é um dever mais do que um direito, pois exprime a necessária cautela que todo contratante deve guardar, seja ao eleger o contratado, seja durante a execução do contrato.

Há dúvida na doutrina e jurisprudência, entretanto, quanto à natureza da responsabilidade fixada ao empreiteiro principal. Embora seja nítido o caráter de garantia em que se estabelece tal responsabilidade, pois o empreiteiro principal somente é chamado a responder após ocorrer o inadimplemento pelo subempreiteiro, sendo típico caso de dever secundário que somente é disparado após o descumprimento do dever primário, conforme regra geral de responsabilidade civil, inexistente consenso sobre o tipo de responsabilidade criada pelo legislador, se solidária ou subsidiária.

A corrente majoritária fixa que tal responsabilidade é apenas subsidiária, pois o trabalhador somente poderia acionar o empreiteiro principal após o inadimplemento de seu empregador, como se observa das seguintes lições:

“A doutrina e a jurisprudência *tendiam* a considerar a responsabilidade imputada ao empreiteiro principal como *solidária*. Por força dessa interpretação (responsabilidade solidária criada por lei: arts. 896, CCB/1916, e 455, CLT), consideravam *desnecessária a prova de fraude ou insolvência do subempreiteiro para acionar-se o empreiteiro principal*.”

Hoje, contudo, a partir da uniformização jurisprudencial sedimentada pela Súmula 331, IV do TST, engloba-se também a situação-tipo aventada pelo art. 455 da CLT, no cenário jurídico geral da *terceirização*, passando-se a considerar como *subsidiária* a responsabilidade do *empreiteiro principal*, em casos de *subempreitada*. A responsabilidade subsidiária em exame, como se sabe, é também automática, exigindo simples inadimplemento do devedor principal (Súmula 331, IV, TST). Isso significa ser desnecessário realizar-se prova de fraude ou insolvência do subempreiteiro para acionar-se o empreiteiro principal.”³¹

“... se a subempreitada for lícita, a responsabilidade do empreiteiro em relação aos créditos inadimplidos pelo subempreiteiro será meramente subsidiária, ou seja, oferecida em caráter auxiliar.”³²

Nota-se, de uma forma geral na doutrina, que o entendimento majoritário acerca da responsabilidade subsidiária decorreu da absorção do conceito de subempreitada pelo de terceirização fixado pela jurisprudência, estabelecendo-se na culpa *in eligendo* e/ou *in vigilando* o substrato jurídico para tal responsabilização.

Entretanto, não concordamos com referida posição, justamente por não ser possível a confusão entre o conceito de subempreitada e o de terceirização, o que abaixo será explorado. Não há dúvidas que ambos pertencem ao mesmo gênero – descentralização – mas tratam-se de figuras distintas, com contornos diferentes, sendo portanto extremamente importante a percepção de que ambas não podem ser tratadas sob o mesmo manto da terceirização como preconizada pela Súmula 331 do TST.

Justificando a posição divergente, nada no texto legal remete à responsabilidade subsidiária como preconizado pela doutrina majoritária. Ao mencionar a parte final do *caput* do art. 455 da CLT que possui o trabalhador “*o direito de reclamação contra o empreiteiro principal pelo inadimplemento daquelas obrigações por parte do primeiro*”, não se pode concluir tenha sido estabelecida referida ordem pelo texto legal.

De fato, a responsabilidade subsidiária constitui o dever secundário de uma pessoa em relação ao dano causado por outrem quando este não possui condições de arcar com a reparação devida, sendo corrente na doutrina o estabelecimento de um benefício de ordem neste tipo de responsabilidade, onde somente é possível se recorrer ao devedor subsidiário

³¹ DELGADO, idem, p. 511

³² MARTINEZ, Luciano. *Curso de Direito do Trabalho*. São Paulo: Editora Saravia, 2014, 5ª edição, p. 267.

quando restar configurado que o devedor principal (ou primário) não possui patrimônio disponível para cumprir com sua obrigação.

Ora, ao mencionar que o trabalhador pode reclamar diretamente contra o empreiteiro principal, estabeleceu o legislador, justamente, a ausência de uma ordem de preferência, cabendo ao empregado do subempreiteiro ajuizar sua ação em face de seu empregador, do empreiteiro principal ou de ambos.

Não impressiona que o legislador tenha efetuado tal autorização apenas no caso de inadimplemento do subempreiteiro, empregador, pois trata-se de matéria de responsabilidade por garantia, cujo conceito reside justamente em ser um dever secundário após configurado o descumprimento do dever primário, no caso o adimplemento das verbas trabalhistas.

Assim, configurado o não cumprimento do dever primário pelo subempreiteiro, cabe diretamente ao empreiteiro principal responder por tal conduta, independentemente de ter incorrido em culpa de qualquer natureza, estabelecendo-se por lei uma espécie de responsabilidade objetiva e solidária do tomador dos serviços para com a entidade contratada na qualidade de subempreiteira.

Frise-se, por oportuno, que tal responsabilidade deve ser reconhecida no campo jurisdicional com a participação do empreiteiro principal na fase de conhecimento da demanda judicial, o que a nosso sentir deveria ser a regra geral, inclusive no caso de configuração de grupo econômico, ao contrário da atual jurisprudência majoritária no que concerne ao grupo de empresas após o cancelamento da Súmula 205 do TST³³.

Atesta referido entendimento, pela responsabilidade objetiva, o fato de que sequer haver investigação nas reclamações trabalhistas acerca de existência ou não de conduta culposa do empreiteiro principal, e pela responsabilidade solidária a possibilidade de retenção de faturas pelo tomador dos serviços.

Entender-se o contrário seria criar um paradoxo: o empreiteiro principal responderia pelas obrigações trabalhistas após reter a fatura devida ao subempreiteiro, que poderia alegar inadimplemento justamente por não haver recebido o pagamento de seu contratante.

³³ Após o cancelamento da Súmula 205 do TST, que pacificava a necessidade de participação de todas as empresas do grupo econômico na fase de conhecimento para a possibilidade de condenação solidária, passou a jurisprudência a entender que independentemente de participação naquela fase a empresa que compõe grupo econômico pode ser chamada a responder solidariamente na fase de execução.

Ao contrário do defendido majoritariamente, deve-se empregar ao artigo consolidado em estudo a interpretação que mais beneficia o trabalhador, sob a ótica tradicional, aplicando-se o princípio *in dubio pro misero*, orientado pelo princípio da proteção e pela nítida finalidade social de referida norma: acelerar o recebimento pelo trabalhador de seus direitos trabalhistas.

Adotando-se o caminho da solidariedade, pode-se autorizar que o empreiteiro principal faça a retenção de faturas do subempreiteiro não para defender seu patrimônio em caso de ações trabalhistas após o inadimplemento do contratado, mas para adimplir diretamente os trabalhadores que gastaram a energia de trabalho a seu favor.

Independentemente da natureza da responsabilidade do empreiteiro principal, cumpre referir, ainda, que não se pode configurar tal figura com a do “dono da obra”.

O dono da obra não explora, em regra, atividade econômica ligada à construção civil, não respondendo em consequência juntamente com o empreiteiro principal. Somente se configura sua responsabilidade, segundo a doutrina e a jurisprudência majoritárias quando o dono da obra construir ou realizar reforma em imóvel com a finalidade de revenda ou de lucro, tal como fixado pelo C. TST através da seguinte orientação jurisprudencial da Seção Especializada em Dissídios Individuais:

“OJ 191 da SDI-1 do TST - CONTRATO DE EMPREITADA. DONO DA OBRA DE CONSTRUÇÃO CIVIL. RESPONSABILIDADE. (nova redação) - Res. 175/2011, DEJT divulgado em 27, 30 e 31.05.2011. Diante da inexistência de previsão legal específica, o contrato de empreitada de construção civil entre o dono da obra e o empreiteiro não enseja responsabilidade solidária ou subsidiária nas obrigações trabalhistas contraídas pelo empreiteiro, salvo sendo o dono da obra uma empresa construtora ou incorporadora.”

A título de conclusão, e passando ao largo da natureza da responsabilidade do empreiteiro principal, se subsidiária ou solidária, pode-se resumir que a subempreitada prevista no art. 455 da CLT é espécie do gênero descentralização.

2.2. Terceirização

Espécie do gênero descentralização mais conhecida e que muitas vezes é tomada de forma igualmente genérica, para fins do presente estudo adotar-se-á o contorno dessa figura a partir do que resta pacificado atualmente de forma majoritária pela jurisprudência através da Súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho, cujos preceitos geralmente são seguidos pela doutrina para fins de balizamento dessa figura.

A terceirização como posta pela jurisprudência tem por requisitos a delegação de parte da atividade produtiva de uma empresa para outra (a prestadora de serviços), desde que tal atividade esteja ligada à atividade-meio da empresa tomadora dos serviços e que inexista, em relação ao trabalhador terceirizado, pessoalidade e subordinação diretas, respondendo o tomador subsidiariamente para com as obrigações trabalhistas da prestadora.

Tais requisitos encontram-se na citada Súmula 331 do TST, a saber:

“Súmula nº 331 do TST - CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LEGALIDADE (nova redação do item IV e inseridos os itens V e VI à redação) - Res. 174/2011, DEJT divulgado em 27, 30 e 31.05.2011

III - Não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância (Lei nº 7.102, de 20.06.1983) e 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.

IV - O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços quanto àquelas obrigações, desde que haja participado da relação processual e conste também do título executivo judicial.

VI – A responsabilidade subsidiária do tomador de serviços abrange todas as verbas decorrentes da condenação referentes ao período da prestação laboral.”

O fenômeno da terceirização é relativamente novo, tendo surgido nas últimas três décadas do século passado. Primeiramente com o Decreto-Lei n. 200/67 e a Lei n. 5.645/70, mas restrito à Administração Pública. Após, em 1974, com a Lei do Trabalho Temporário (Lei n. 6.019/74 – que possui contornos diferentes da terceirização, sendo na

verdade espécie de intermediação de mão-de-obra), e em 1983 com a edição da Lei n. 7.102/83, que passou a autorizar a terceirização do trabalho de vigilância bancária (de forma permanente).

Ressalta-se que parte da doutrina entende que a CLT, desde 1943, já tratava deste fenômeno no caso de empreitada e subempreitada, figura que, como acima mencionado, apesar de semelhante possui características diversas da terceirização ora analisada.

Entretanto, apenas a partir da mudança de entendimento jurisprudencial, que cancelou o então Enunciado 256 do TST, que realizava interpretação restritiva da matéria, para a adoção da Súmula 331 da mesma Corte, foi que houve o alargamento dessa figura, culminando na década de 90 com leis reguladoras de certos segmentos e atividades objeto das privatizações de empresas estatais, tais como a Lei n. 8.987/95 (que trata do regime de concessão e permissão de prestação de serviços públicos na área elétrica) e a Lei n. 9.472/97 (que trata do regime de concessão e permissão de prestação de serviços públicos na área de telefonia³⁴).

Para Mauricio Godinho Delgado³⁵, “terceirização é o fenômeno pelo qual se dissocia a relação econômica de trabalho da relação trabalhista que lhe seria correspondente”. Explica: “a terceirização provoca uma relação trilateral em face da contratação de força de trabalho no mercado capitalista: o obreiro, prestador de serviços, que realiza suas atividades materiais e intelectuais junto à empresa tomadora de serviços; a empresa terceirizante, que contrata este obreiro, firmando com ele os vínculos jurídicos trabalhistas pertinentes; a empresa tomadora de serviços, que recebe a prestação de labor, mas não assume a posição clássica de empregadora desse trabalhador envolvido”.

Contudo, há na doutrina³⁶ quem critique o uso da expressão “terceirização”, porque ela induz à existência de uma terceira pessoa, sendo certo que, na subcontratação ou terceirização, há uma entrega de uma empresa a outra, só havendo dois sujeitos na relação jurídica.

³⁴ Esse processo de alargamento da terceirização encontra-se atualmente pendente de decisão do Supremo Tribunal Federal quanto à possibilidade ou não de uso da terceirização em atividade-fim no setor de telefonia, tendo sido reconhecida repercussão geral no tema e determinada a suspensão do processo em curso, diante da decisão proferida em 22/09/14 no ARE 791932/DF da lavra do Ministro Teori Zavascki.

³⁵ DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 12ª edição. São Paulo: LTr, 2013, página 436.

³⁶ CARELLI, Rodrigo de Lacerda. *Formas atípicas de trabalho*. LTR, SP, 2010, 2ª edição, páginas 45 a 54.

A fim de se estabelecer as características básicas da terceirização, há que se distinguir, de plano, as figuras da terceirização propriamente dita (terceirização pura) da intermediação de mão-de-obra.

Na terceirização propriamente dita o tomador do serviço delega uma atividade de sua empresa para um terceiro; seu objetivo é parar de executar por conta própria determinada atividade para que o terceiro, que por sua vez é um especialista neste tipo de atividade, desenvolva esse serviço especializado. Em outras palavras, nessa modalidade de descentralização ocorre a delegação de atividades meio para o terceiro especializado, que contrata os empregados que serão alocados (em regra) dentro do estabelecimento do tomador³⁷. Assim procedendo o tomador, o serviço delegado será melhor executado pela empresa especialista, otimizando-se a empresa tomadora, que não apenas fica focada na sua atividade fim como se apresenta mais enxuta e flexível no mercado.

As premissas da terceirização propriamente dita são, portanto, a externalização de uma atividade necessária da empresa tomadora com a contratação de um terceiro especialista, mantendo-se o controle sobre o resultado desta atividade pelo tomador (inclusive respondendo o tomador em caso de inadimplemento da prestadora de serviços). Contrata a tomadora, portanto, um serviço de empresa especializada e, não, pessoas para trabalhar sob seu comando direto.

Já na intermediação de mão de obra o escopo da contratação através de terceiros é a obtenção de um ser humano trabalhador para laborar diretamente na atividade do tomador, que permanece executando suas atividades, ou seja, não há externalização de uma etapa da produção, mas mero fornecimento de mão-de-obra por um terceiro.

No caso mais comum em nosso ordenamento jurídico, o do trabalho temporário autorizado pela Lei 6.019/74, das duas uma: ou um empregado efetivo do tomador dos serviços se afasta por qualquer motivo (doença, férias, licença, etc) e a empresa necessita de um trabalhador para ocupar temporariamente o lugar deste empregado ausente, ou a empresa tomadora passa por um acréscimo extraordinário de serviços. Em ambos os casos, autoriza-se que através de um terceiro (empresa de trabalho temporário), a empresa tomadora contrate essa mão de obra para a ocupação da vaga. Não há delegação de

³⁷ O local da prestação do trabalho pelo trabalhador terceirizado, se dentro do estabelecimento do tomador dos serviços ou no da prestadora, é irrelevante para a caracterização deste fenômeno jurídico

atividade, não há delegação de um setor da empresa para o terceiro especializado, mas a contratação de uma pessoa através de um terceiro.

Trata-se, na verdade, de caso de fornecimento de seres humanos: a atividade do intermediador é somente de angariar as pessoas para trabalharem para empresas tomadoras. Tal intermediação, inclusive, é em regra proibida no Brasil, sendo aceita apenas nos casos estritamente previstos em lei³⁸. Vale ressaltar que o trabalhador temporário pode ser utilizado na atividade fim do tomador, ficando sob a subordinação direta deste de forma simultânea à subordinação ao seu empregador formal (a empresa de trabalho temporário).

Pode-se fixar os traços distintivos da terceirização propriamente dita da intermediação de mão-de-obra da seguinte forma, respectivamente: delegação de atividade-meio necessária a terceiros com fiscalização dessa atividade pelo tomador; contratação de trabalhador através de terceiros com poder diretivo sobre o trabalhador, que pode ser usado na própria atividade-fim do tomador.

Terceirização e intermediação são, portanto, duas espécies do gênero descentralização, pois ambas possuem os elementos básicos acima fixados: externalização do trabalho que constitui necessidade ordinária do tomador e manutenção de alguma espécie de controle pelo tomador.

As diferenças entre as duas figuras são importantes, entretanto, não tanto para fixação da responsabilidade trabalhista inerente ao tomador dos serviços, mas para a aplicação dos direitos trabalhistas do trabalhador assim contratado.

2.2.1. Responsabilidade subsidiária na terceirização e na intermediação

³⁸ Embora a doutrina não costume tratar do tema sob tal enfoque, pode-se citar o caso do art. 431 da CLT como espécie de intermediação de mão-de-obra de aprendiz, quando contratado através de entidades sem fins lucrativos que tenham por objetivo a assistência adolescente e à educação profissional, registradas no Conselho Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente: “A contratação do aprendiz poderá ser efetivada pela empresa onde se realizará a aprendizagem ou pelas entidades mencionadas no inciso II do art. 430, caso em que não gera vínculo de emprego com a empresa tomadora dos serviços.”

Conforme já defendemos em artigo específico, a responsabilidade subsidiária preconizada pelo C. TST em sua jurisprudência majoritária decorreu da aplicação das regras gerais do Código Civil sobre a matéria, como abaixo explanado³⁹.

Seguindo as lições de Sérgio Cavalieri Filho⁴⁰, a responsabilidade civil surge quando praticado um ato ilícito (um comportamento voluntário que infringe um dever jurídico). As pessoas, nas suas relações com os demais integrantes da sociedade, possuem deveres jurídicos originários, que são condutas externas impostas pelo Direito Positivo. Quando transgredida uma dessas condutas, surge um dever jurídico sucessivo, que é a responsabilidade pela reparação do ato contrário ao ordenamento jurídico cometido (ato ilícito, portanto).

Dependendo da fonte da obrigação (dever originário), a responsabilidade decorrente pode ser classificada como extracontratual ou contratual. Extracontratual "quando o dever violado é oriundo de norma geral de direito" (art. 927 CC); contratual quando "o dever violado é oriundo de um vínculo obrigacional preexistente entre as partes" (art. 389 CC).

Na sistemática de nosso ordenamento jurídico, a responsabilização depende de conduta culposa (em sentido lato) do agente, somente se admitindo atribuir-se responsabilidade sem exame de culpa em estritas hipóteses legais. Por tal motivo, prevalece a responsabilidade subjetiva (baseia-se na culpa) como regra geral em nosso direito positivo (regra esta mantida pelo atual Código Civil), onde a responsabilidade objetiva (sem culpa) é exceção. Logo, para podermos aplicar a responsabilidade objetiva deve haver norma jurídica com tal previsão, como ocorre nas relações de consumo pela teoria do risco.

Acrescente-se que no conceito de culpa acima referido deve se entender como integrante tanto a culpa em sentido estrito ("conduta voluntária contrária ao dever de cuidado imposto pelo Direito, com a produção de um evento danoso involuntário, porém previsto ou previsível"), ou seja, falta de cautela por imperícia, negligência ou imprudência, quanto o dolo ("vontade conscientemente dirigida à produção de um resultado ilícito").

Por outro lado, a culpa pode ser:

³⁹ CALVET, Otavio Amaral. *Responsabilidade subsidiária na Terceirização*. Disponível em <http://jacquelinepaes.blogspot.com.br/2009/10/responsabilidade-subsidiaria-na.html>, acessado em 22.02.2015.

⁴⁰ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. São Paulo, Malheiros Editora, 4ª edição, 2003.

- a) contratual ou extracontratual (ou aquiliana), conforme o dever jurídico descumprido;
- b) in eligendo quando "a falta de cuidado vem expressa na má escolha de determinada pessoa, quando presente entre elas vínculo de subordinação"[1]; in vigilando quando "o descuido caracteriza-se pela inobservância do dever de vigiar determinada pessoa sujeita à fiscalização"[2]; e in custodiando "na falta de atenção da pessoa com as coisas ou animais que estão sob sua guarda"[3].
- c) presumida, quando das próprias circunstância em que ocorre o fato danoso pode ser extrair tal conclusão ou quando o ato danoso é contra a legalidade, ocasiões em que se inverte o ônus da prova presumindo-se a culpa do agente.

A responsabilidade civil, via de regra, incumbe ao agente do ato danoso, mas por vezes admite o ordenamento jurídico a responsabilização de quem não praticou o ato lesivo, na chamada responsabilidade por fato de terceiro. Deve haver, no caso em análise, um vínculo jurídico entre o agente do ato ilícito (que comete o dano diretamente) e aquele que se pretende responsabilizar, este figurando como o causador mediato do dano porque elegeu mal um representante seu ou porque foi omissor por não guardar o dever de fiscalização ou vigilância sobre as pessoas com que mantém certa vinculação jurídica.

Trazendo os conceitos supra para o caso em questão, devemos em primeiro lugar afastar a aplicação de responsabilidade por fato de terceiro já que as hipóteses previstas no Código Civil devem sofrer interpretação restritiva, como as demais regras penalizantes que responsabilizam as pessoas. Não existindo, pois, previsão legal específica acerca da responsabilidade do tomador em terceirização, não há que se estender os casos do direito de comum de responsabilização por fato de terceiro.

Em segundo lugar, igualmente inviável o reconhecimento de algum tipo de responsabilidade objetiva, ou seja, sem indagação de culpa do agente, pois também apenas em hipóteses específicas - como exceção -, a legislação adota semelhante tipo de responsabilização. Como inexistente qualquer diploma fixando a responsabilidade objetiva do tomador dos serviços, não há que se aplicar tal instituto no caso em análise.

Logo, para que seja possível explicarmos a responsabilização subsidiária do tomador, devemos adentrar nos casos gerais de responsabilização previstos no diploma civil comum, de aplicação supletiva na forma do art. 8º, parágrafo único da CLT.

Consiste a terceirização numa delegação de poder empregatício a um terceiro que, especializando-se na atividade que o tomador pretende não exercer diretamente, presta-lhe o serviço mediante a contratação de mão-de-obra própria. Assim, por meio da terceirização obtém o tomador dos serviços a possibilidade de delegar a um terceiro a condição de empregador que normalmente deteria, já que pela regra geral em direito do trabalho (dualidade da relação de emprego), todo ente que pretender obter energia de trabalho deve efetuar um pacto laboral nos moldes dos arts. 2º e 3º da CLT, sendo qualquer outro tipo de vinculação considerada exceção à regra clássica consolidada.

Até aqui observamos que a terceirização, em que pese ser uma figura extraordinária para obtenção de mão-de-obra, afigura-se plenamente lícita, mesmo porque não há óbice em nosso ordenamento jurídico e ninguém pode ser obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei conforme o princípio da legalidade previsto no art. 5º, II da CRFB.

Logo, há de se concluir que o simples fato de se fazer uma terceirização não importa, em princípio, ato ilícito, motivo pelo qual resta inviável a responsabilização do tomador dos serviços pelo ato de efetuar a terceirização, nos moldes do art. 160, I do CC.

Entretanto, justamente por se tratar de uma exceção à regra clássica do contrato bilateral unipessoal e em atenção ao princípio protetivo que informa o direito do trabalho, ao efetuar o tomador dos serviços a delegação da condição originária de ser empregador, deve fazê-lo em estritos limites e sempre de forma a não causar prejuízo ao destinatário das normas trabalhistas protetivas: o empregado.

Cabe ao tomador, portanto, guardar o dever de eleger com critério a empresa de terceirização e, ainda, acompanhar o desenrolar da prestação dos serviços, verificando a existência ou não de algum tipo de prática lesiva aos empregados contratados pela empresa eleita para participar da terceirização. Tal dever afigura-se inerente a essa modalidade de contratação, ficando a empresa de terceirização, neste aspecto, sujeito ao exame do tomador com o qual guarda uma vinculação jurídica contratual.

Dessa forma, se a pessoa contratada pelo tomador dos serviços se torna inadimplente, há de se concluir que agiu este em abuso do seu direito regular de delegação de poder patronal, ou seja, o tomador excede os estritos limites da possibilidade de realizar a terceirização - essa exceção à regra clássica do direito do trabalho -, restando nesse momento configurado o ato ilícito capaz de autorizar a responsabilização civil do tomador por causar prejuízo ao trabalhador, na forma do art. 159 do CC, responsabilizando esta extracontratual já que inexistente instrumento contratual entre obreiro e tomador capaz de autorizar tal atribuição de responsabilidade.

Em outras palavras, o ato ilícito do tomador dos serviços constitui o abuso do direito de terceirizar, abuso este que fica caracterizado pela ocorrência de dano ao empregado da empresa de terceirização. Sendo o abuso do direito o exercício desviado de um direito, constitui tal abuso ato ilícito capaz de ensejar a responsabilização de seu agente, conforme interpretação em sentido contrário do art. 160, I do CC.

Como no nosso direito a regra geral de responsabilidade civil requer a culpa do agente, entendemos possível visualizar-se na hipótese em análise a culpa *in eligendo* e *in vigilando* do tomador dos serviços. A primeira ao eleger o tomador pessoa inidônea, que não cumpre seu dever jurídico originário; a segunda, quando mesmo tendo efetuado boa eleição, não acompanha o desenrolar da prestação de serviços, onde a empresa de terceirização igualmente não cumpre com suas obrigações de empregador.

Em ambos os casos, a empresa de terceirização causa dano aos empregados. Mas há que se reconhecer que esse dano foi originado, a bem da verdade, por aquele que pretendeu delegar sua posição inicial de empregador: o tomador dos serviços. Assim, pode se observar que existem dois agentes pelo dano em questão:

- um agente imediato: a empresa de terceirização, que figura como empregador;
- um agente mediato: o tomador dos serviços, que ao efetuar a terceirização delegou sua condição de empregador a um terceiro.

Configurado o ato ilícito, o dano, o nexo causal entre o dano e o ato daquele que se pretende responsabilizar, bem como a culpa do agente (*in eligendo* ou *in vigilando*), possível a responsabilização do tomador dos serviços.

Agora, por que responsabilidade subsidiária? Porque o tomador dos serviços é apenas o agente mediato do dano, donde se conclui a possibilidade de, esgotada a tentativa

de se responsabilizar o agente direto do dano (empregador inadimplente), buscar-se a responsabilização do agente indireto do dano (tomador dos serviços), reconhecendo-se, assim, a responsabilidade subsidiária contida na Súmula 331 do C. TST.

Subsidiária, porque somente haveria que se pensar no ato ilícito do tomador (abuso do direito de delegação do poder empregatício) quando a empresa de terceirização restasse não cumpridora de suas obrigações.

Por outro lado a culpa do tomador que não elegeu bem ou que não guardou o dever de fiscalização seria presumida, já que das próprias circunstância em que ocorreu o fato danoso pode se concluir que o tomador agiu em culpa in eligendo e in vigilando invertendo-se o ônus da prova para este a fim de demonstrar que não agiu com culpa ou que houve motivo de força maior ou caso fortuito a fim de elidir a responsabilidade no evento danoso.

Em resumo, assentada a noção de que a terceirização é evento extraordinário na dinâmica trabalhista, onde a regra geral é a contratação direta de empregados pela empresa que pretende obter energia de trabalho, deve referido instituto, tido por lícito, ser usado em estritos limites, a fim de ser guardar a sistemática protetiva ao trabalhador.

Ocorrendo lesão ao empregado da empresa de terceirização, simultaneamente há a caracterização do abuso do direito de se aplicar a terceirização e a caracterização da culpa presumida in eligendo ou in viligando do tomador, funcionando este como agente mediato do dano causado imediatamente pela empresa terceirização.

Dessa forma, pelo dano deve o tomador dos serviços responder sempre que a empresa de terceirização não arcar com suas obrigações, sendo chamado após esgotada a possibilidade de se cobrar a dívida diretamente do devedor principal, surgindo, em conseqüência, a responsabilidade subsidiária do tomador, que pode ser elidida caso demonstrada a inexistência de culpa, motivo de força maior ou caso fortuito.

No que concerne à responsabilidade na intermediação de mão-de-obra (trabalho temporário), ressalvado o caso de falência da empresa de trabalho temporário, em que a legislação fixou expressamente a responsabilidade solidária do tomador dos serviços (art. 19 da Lei 6.019/74), segue-se o mesmo entendimento de aplicação da responsabilidade subsidiária para o trabalho temporário lícito.

2.2.2. Direitos trabalhistas e crítica à Orientação Jurisprudencial 383 da SDI1 do TST

Estabelecida a importante diferença entre as figuras da terceirização (em sentido estrito) e a intermediação, resta verificar que os direitos trabalhistas dos empregados contratados em cada uma dessas situações diverge claramente.

Em primeiro lugar, na terceirização o enquadramento sindical ocorre pela atividade preponderante da empresa prestadora dos serviços – e não da tomadora –, inexistindo direito ao empregado terceirizado de recebimento dos mesmos benefícios e patamar salarial dos empregados efetivos do tomador, não havendo possibilidade de sequer se aplicar a equiparação salarial entre ambos por não serem idênticos os empregadores, o que afasta a incidência do art. 461 da CLT que rege a matéria.

Já na intermediação de mão-de-obra preconizada pela Lei do Trabalho Temporário, o próprio legislador, percebendo essa diferença, determinou que o trabalhador temporário obtivesse paridade de direitos com os empregados efetivos do tomador, nos termos do art. 12 da Lei 6.019/74, vez que o trabalhador temporário é inserido na dinâmica do tomador dos serviços efetuando o mesmo labor de empregados efetivos, sob o comando do tomador, sendo portanto impossível admitir-se tratamento diferenciado inclusive em matéria salarial.

Percebendo essa diferença entre as duas figuras como acima citado, a jurisprudência e a doutrina vêm buscando formas para reduzir essa desigualdade, mormente diante da constatação fática de que muitas terceirizações ocorrem de forma à empresa tomadora obter mão-de-obra alienada para realizar as mesmas tarefas de empregados seus efetivos, colocando-os lado a lado no seio da empresa. Tal circunstância, obviamente, deve ser combatida, pois gera a situação de duas pessoas efetuado o mesmo mister, nas mesmas condições, mas como direitos diferentes, geralmente sendo o trabalhador terceirizado mais precário em relação ao empregado efetivo do tomador no que diz respeito ao direitos trabalhistas.

Para atender a tal reclame, desenvolveu o jurista e Ministro do Tribunal Superior do Trabalho Maurício Godinho Delgado interessante tese a partir da aplicação do princípio da

isonomia, que denominou de “salário equitativo”⁴¹. Por sua importância e impacto na jurisprudência, que inclusive culminou com a criação da Orientação Jurisprudencial n. 383 da SDI1 do C. TST, passa-se a transcrever integralmente, para ser possível tecer alguns argumentos e se propor diferente abordagem para a problemática em análise da tese defendida por Godinho:

“A terceirização – *mesmo lícita* – provoca, naturalmente, debate acerca do tratamento isonômico aplicável ao obreiro terceirizado em face dos trabalhadores diretamente admitidos pela empresa tomadora de serviços terceirizados. Esse debate tem a resposta na própria Lei do Trabalho Temporário (Lei n. 6.019/74, art. 12, “a”), a par do preceito antidiscriminatório do art. 7º, XXXII, da Constituição de 1988, merecendo ainda da jurisprudência largo desenvolvimento e aprofundamento ao longo da última década.

A Constituição estabelece, taxativamente, *proibição de distinção entre trabalho manual, técnico e intelectual ou entre os profissionais respectivos* (art. 7º, XXXII, CF/88).

A Lei do Trabalho Temporário, por sua vez, determina que, mesmo na hipótese da terceirização lícita por ela regulada, fica garantida ao trabalhador terceirizado *remuneração equivalente à percebida pelos empregados da mesma categoria da empresa tomadora ou cliente calculados à base horários...*(art. 12, “a”, Lei n. 6.019/74). Trata-se do hoje chamado *salário equitativo*.

Esse preceito de isonomia ou comunicação remuneratória passou a ser interpretado pela jurisprudência na devida extensão, *de modo a mitigar o caráter antissocial da fórmula terceirizante*. Assim, todas as parcelas de caráter salarial cabíveis aos empregados originários da entidade tomadora (13º salário, jornada, adicional noturno, vantagens salariais normativas, etc.) foram estendidas aos trabalhadores terceirizados, segundo o padrão jurídico estabelecido na Lei n. 6.019. Não há dúvida, portanto, de que o salário equitativo aplica-se plenamente a qualquer situação que envolva o trabalhador temporário.

Também não há mais dúvida de que, em se tratando de terceirização ilícita mas sem possibilidade de se realizar a correção pelo meio do reconhecimento do vínculo com o tomador de serviços – casos de entidades estatais, em que o concurso público é insuperável (art. 37, *caput*, II e §2º, CF/88) -, o remédio corretivo desponta por meio da fórmula isonômica. Nesta linha a Orientação Jurisprudencial 383 da SDI-I do TST:

‘TERCEIRIZAÇÃO. EMPREGADOS DA EMPRESA PRESTADORA DE SERVIÇOS E DA TOMADORA. ISONOMIA. ART.

⁴¹ DELAGADO, *ibidem*, p. 470.

12, “A”, DA LEI Nº 6.019, DE 03.01.1974 (mantida) - Res. 175/2011, DEJT di-vulgado em 27, 30 e 31.05.2011

A contratação irregular de trabalhador, mediante empresa interposta, não gera vínculo de emprego com ente da Administração Pública, não afastando, contudo, pelo princípio da isonomia, o direito dos empregados terceirizados às mesmas verbas trabalhistas legais e normativas asseguradas àqueles contratados pelo tomador dos serviços, desde que presente a igualdade de funções. Aplicação analógica do art. 12, “a”, da Lei nº 6.019, de 03.01.1974.’

A questão decisiva que se coloca, hoje, porém, é a seguinte: tal procedimento analógico isonômico aplica-se às demais hipóteses de terceirização?

A jurisprudência não se decidiu, *pacificamente*, nessa linha, reconheça-se. Mantém-se ainda importante interpretação de que, desde que seja considerada lícita a terceirização – e não se tratando de trabalho temporário -, não seria aplicável o salário equitativo. Ou seja, em casos de terceirização lícita o padrão remuneratório da empresa tomadora não se comunicaria com o padrão remuneratório dos trabalhadores terceirizados postos a serviço dessa mesma tomadora.

Tal compreensão jurídica deve merecer críticas, entretanto.

Em primeiro lugar, ordens jurídicas e sociais mais avançadas e igualitárias que a brasileira expressamente já rejeitaram essa incomunicabilidade, em face da injustificável discriminação socioeconômica que ela propicia. Ilustrativamente, o Direito do Trabalho da Itália elaborou preceito claro nesse sentido:

‘Os empresários arrendatários de obras ou serviços, inclusive os trabalhos de porte, limpeza ou conservação normal das instalações, que tenham de ser executados no interior de sua propriedade sob organização e gestão do arrendador, serão solidários a este no pagamento dos trabalhadores de que deste dependem, de um salário mínimo não inferior ao que percebem os trabalhadores que dele dependem, bem como lhes assegurará condições de trabalho não inferiores às que desfrutam estes trabalhadores’ (art. 3º, Lei n. 1.369/60).

Em segundo lugar, a fórmula terceirizante, se não acompanhada do remédio jurídico da comunicação remuneratória, transforma-se em *mero veículo de discriminação e aviltamento do valor da força de trabalho, rebaixando drasticamente o já modesto padrão civilizatório alcançado no mercado de trabalho do país*. Reduzir a terceirização a simples mecanismo de tangenciamento da aplicação da legislação trabalhista é suprimir o que pode haver de tecnologicamente válido em tal fórmula de gestão trabalhista, colocando-a contra a essência do Direito do Trabalho, enquanto ramo jurídico finalisticamente dirigido ao aperfeiçoamento das relações de trabalho na sociedade contemporânea.

Em terceiro lugar, há claros preceitos constitucionais e justralhistas brasileiros que, lidos em conjugação sistemática entre si e com os aspectos acima apontados, indicam na direção da comunicação remuneratória entre o contrato do trabalhador terceirizado e o padrão prevalecente para os empregados da mesma categoria da empresa tomadora dos serviços. *Preceitos constitucionais e legais que, em síntese, favorecem à aplicação do salário equitativo mesmo em situações de terceirização lícita.*

Trata-se, de um lado, dos preceitos constitucionais concernentes à *ideia básica de isonomia* (art. 5º, *caput*, *ab initio*, e inciso I, CF/88); preceitos concernentes à *ideia da prevalência na ordem jurídica dos direitos sociotrabalhistas* (art. 1º, III e IV; art. 3º, I, *in fine* e III, *ab initio*, e IV, *ab initio*; art. 4º, II; art. 6º, art. 7º, *caput*, *in fine*; art. 7º, VI, VII, X; art. 1000, *ab initio*; art. 170, III); preceitos constitucionais determinadores da *proteção ampla do salário* (art. 7º, VI, VII e X, CF/88).

Há, se já não bastassem os dispositivos citados, o fundamental preceito lançado no art. 7º, XXXII, da Constituição: “*proibição de distinção entre trabalho manual, técnico e intelectual ou entre os profissionais respectivos*”. Ora, esta norma isoladamente já é frontal instrumento vedatório da discriminação sociotrabalhista produzida pela terceirização. Desse modo, associada aos demais dispositivos constitucionais citados, torna imperativa a retificação isonômica a ser realizada pelo mecanismo do salário equitativo.

De outro lado, há regras da própria legislação ordinária que indicam na direção isonômica constitucionalmente determinada: é o que se passa com o art. 12, “a”, da Lei 6.019/74 (que fixa salário equitativo no trabalho temporário). Ora, AL preceito é plenamente compatível com as demais situações-tipo de terceirização, aplicando-se analogicamente a tais casos (art. 8º, CLT e 126, CPC): é que se a isonomia impõe-se até mesmo na terceirização temporária, de curto prazo (em que é menor a perversidade da discriminação), muito mais necessária e logicamente ela impor-se-á nas situações de terceirização permanente – em que a perversidade da discriminação é muito mais grave, profunda e constante.”⁴²

Posta a premissa defendida pelo ilustre mestre e Ministro do TST, cumpre indagar se a escolha pela solução do salário equitativo, embora tenha produzido significativo avanço na proteção trabalhista em matéria de terceirização no Brasil, efetivamente pode ser tida com o melhor caminho para enfrentar o problema do tratamento discriminatório entre trabalhadores terceirizados e empregados efetivos do tomador.

⁴² Ibidem, p. 470-473.

Em nosso sentir, há outra possibilidade que produz maior efetividade na solução desse paradoxo jurídico, constatada após realizadas as seguintes indagações acerca do modelo de salário equitativo proposto: é possível a aplicação da isonomia, e do salário equitativo, a trabalhador terceirizado que labora para vários tomadores de serviço durante seu contrato de trabalho? Como seria a apuração desse salário equitativo no caso imaginado (e de frequente ocorrência prática) se, por exemplo, num primeiro tomador dos serviços onde o terceirizado permaneceu por alguns meses o salário equitativo remontaria a R\$ 2.000,00, num segundo, onde laborou por mais um par de meses, R\$ 1.500,00 e, no terceiro tomador, praticava-se salário de R\$ 3.000,00 para a mesma função? Haveria possibilidade do salário do trabalhador terceirizado ser flexível para acompanhar o padrão salarial de cada tomador dos serviços? Mais, e se o trabalhador terceirizado possuir salário superior ao empregado efetivo, também haveria de se aplicar a isonomia, mas agora a favor do efetivo? Pior, se o trabalhador terceirizado trabalha, simultaneamente, para diversos tomadores na mesma jornada de trabalho (como o pessoal de carro forte que recolhe malotes em diversas instituições bancárias num mesmo dia de trabalho), como seria possível fixar o salário equitativo caso em cada banco existisse um empregado efetivo com salário diverso do outro?

Todas as indagações supra, decorrentes de variados casos práticos reais encontrados durante o exercício da magistratura trabalhista, demonstraram que a fórmula do salário equitativo possui, sim, validade, mas apenas restrita à situação em que o trabalhador terceirizado labora de forma permanente a um único tomador dos serviços, realizando labor idêntico ao de empregados efetivos, não sendo aplicável às demais diversas situações do cotidiano trabalhista.

Ademais, sequer restou aventado, nas dúvidas acima mencionadas, as questões de cunho coletivo da seara trabalhista, como por exemplo o conflito de normas coletivas entre os sindicatos do tomador dos serviços e da prestadora, conflitos entre normas coletivas de tomadores diversos nos casos em que o trabalhador terceirizado laborou para mais de um tomador diferente, questões ligadas ao exercício do direito de greve, no sentido de ser possível ou não o trabalhador terceirizado estar inserido no comando de greve dos empregados efetivos capitaneados pelo sindicato da categoria preponderante do tomador dos serviços etc.

Dessa forma, parece que a solução mais abrangente ao problema proposta deve ser analisada em um ponto anterior à aplicação do salário equitativo, indagando-se se o resguardo ao princípio da isonomia encontra-se na atribuição de salários equivalentes ou, antes, na vedação dessa prática de se permitir labor nas mesmas funções por trabalhadores terceirizados e empregados efetivos do tomador simultaneamente.

E a resposta não pode ser outra se não pela negativa. A verdadeira proteção ao trabalho humano e a isonomia resguardada na Carta Magna e na legislação infraconstitucional trabalhista encontra-se na vedação à contratação de trabalhadores terceirizados para trabalho idêntico ao de efetivos, sendo ilícita, portanto, o que atribuímos chamar de “terceirização parcial”.

Terceirização parcial seria aquela em que o tomador dos serviços não efetua a delegação integral da atividade-meio a uma empresa especializada, mantendo o controle dessa atividade no seio de sua própria empresa mas obtendo, simplesmente, espécie de reforço de mão-de-obra para executar as mesmas tarefas desempenhadas por seus empregados próprios. Esta sim a odiosa discriminação que deve ser vedada.

A uma, porque no fundo o tomador dos serviços pretende obter mais trabalhadores para labor permanente diante de acréscimo de serviços, o que é regulado em nosso ordenamento jurídico pela própria Lei 6.019/74, que somente admite a contratação através de terceira pessoa para acréscimo de necessidade dos serviços de forma temporária; a duas, porque dificilmente uma empresa (a tomadora), conseguiria conciliar a execução do trabalho dos empregados efetivos e dos terceirizados na mesmas tarefas se não existisse um comando único para tal desiderato, o que denota a subordinação direta para com o tomador ainda que disfarçada por encarregados, gestores ou supervisores da prestadora de serviços.

Logo, cumpre concluir que em caso de uma empresa necessitar aumentar seus quadros para atender a atividades que ela mesma executa de forma permanente, o único caminho possível em nosso ordenamento jurídico, com a atual regulamentação trabalhista, seria a contratação direta de empregados nos moldes dos arts. 2º e 3º da CLT.

Vale lembrar que o uso do salário equitativo pode criar verdadeira distorção no mercado de trabalho, pois de certa forma acaba-se aceitando a terceirização precarizante que, posteriormente, é amenizada na Justiça do Trabalho, entendendo-se como um padrão

normal de comportamento a contratação de trabalhadores terceirizados para executarem as mesmas tarefas de empregados efetivos.

Deixa-se de lado, nesta visão, os problemas sociais e humanos decorrentes dessa prática abusiva, pois não apenas criam-se duas categorias diferentes de pessoas dentro do ambiente da empresa (efetivos e terceirizados) como atribui-se a reparação econômica do salário equitativo como cura para esses males que são, no fundo, da própria civilização, impedindo-se que o padrão mínimo de civilidade seja evoluído no seio das relações trabalhistas. Passa-se a pensar que pouco importa “quem assina a carteira de trabalho”, pouco importa quem contratou, desde que o padrão salarial esteja assegurado, o que contraria toda a construção de solidariedade que foi a própria gênese do Direito do Trabalho.

Mas ainda há mais argumentos a favor da vedação da prática da “terceirização parcial”, mormente se usada no âmbito da Administração Pública.

Como preconizado por Maurício Godinho Delgado, o salário equitativo seria também uma solução para quando se percebe que houve terceirização ilícita figurando como tomador dos serviços um ente da administração pública o que, segundo o entendimento majoritário, torna impossível o reconhecimento do vínculo de emprego diretamente com o tomador dos serviços diante da exigência do concurso público, conforme Súmula 331, item II do TST: “A contratação irregular de trabalhador, mediante empresa interposta, não gera vínculo de emprego com os órgãos da Administração Pública direta, indireta ou fundacional (art. 37, II, da CF/1988).”

Diante dessa impossibilidade, portanto, para se resguardar o direito do trabalhador que gastou sua energia de trabalho, mantém-se o vínculo com a prestadora dos serviços mas atribui-se a ao trabalhador os mesmos direitos dos empregados efetivos dos entes públicos, conforme a citada OJ 383 da SDI1 do TST.

Uma primeira observação deve ser levada em conta: referido verbete jurisprudencial pode ser aplicado quando o trabalhador do ente público é servidor público estatutário? Ou restringe-se essa aplicação apenas ao caso de entes públicos que contratam empregados públicos (concurados mas regidos pela CLT)?

O texto da orientação jurisprudencial em análise nada revela sobre a dúvida em questão, sendo necessária a investigação dos Acórdãos do TST que originaram essa orientação majoritária.

Analisando-se referida jurisprudência, percebe-se já em conclusão que os casos que deram origem a este entendimento ocorreram tendo-se como tomador dos serviços empresas públicas ou sociedades de economia mista que, como se sabe, apesar de pertencerem à Administração Pública Indireta, em matéria trabalhista são regidas pelos mesmos preceitos legais que os entes privados, conforme art. 173, II da Carta Magna.

Assim, um primeiro balizamento se faz necessário: ainda que se aplique a citada OJ 383 da SDI1 do TST, que se restrinja sua incidência para os casos em que o tomador possui empregados celetistas para fins de aplicação do salário equitativo, pois não se pode aventar igualdade entre empregado terceirizado ilicitamente na Administração com servidor público estatutário, que possui relação de natureza administrativa e, segundo comando do próprio STF, sequer podem ser considerados em relações de trabalho, o que inclusive afastou a competência para julgamento dessa categoria da Justiça do Trabalho, como atestado por Mauro Schiavi: “a aplicação do inciso I, do art. 114, da CF, no que concerne aos servidores estatutários, está suspensa por força da ADIn n. 3.395, cuja liminar foi dada pelo Ministro Nelson Jobim, suspendendo *ad referendum* toda e qualquer interpretação dada ao inciso I, do art. 114 da CF, na redação dada pela EC n. 45/04 que inclua na competência da Justiça do Trabalho as ações entre os servidores públicos regidos pelo regime estatutário e o Estado, esvaziando a competência da Justiça do Trabalho.”⁴³

Ademais, seria no mínimo estranho que a Justiça do Trabalho pudesse deferir direitos de servidor estatutário a um trabalhador não concursado e terceirizado ilicitamente, se sequer possui competência para analisar os direitos do próprio servidor estatutário.

Passada esta premissa, cumpre verificar se é devida a aplicação da tese do salário equitativo quando o tomador dos serviços, empresa pública ou sociedade de economia mista, realizam terceirização ilícita ao contratarem trabalhadores para executarem as mesmas tarefas de seus empregados públicos efetivos e concursados.

⁴³ SCHIAVI, Mauro. *Manual de Direito Processual do Trabalho*. São Paulo: Editora LTR, 2015, 8ª ed, p. 234.

Novamente, não se pode concordar com o entendimento majoritário supramencionado, por algumas razões específicas além das já expostas para qualquer caso de terceirização parcial.

Em se tratando de tomador integrante da Administração Pública, a primeira observação importante é no sentido de que a terceirização ilícita não impede a formação do vínculo de emprego com o ente público, ao contrário do que preconiza a redação literal da Súmula 331, II do TST.

A bem da verdade, a ausência do concurso público não afeta a existência do contrato de trabalho, mas sua validade, tratando-se de um requisito da substância do ato – de ordem pública – que tem por escopo resguardar os princípios que regem a administração pública, principalmente os da legalidade, da moralidade e da impessoalidade, todos previstos no art. 37 da Constituição da República em vigor.

Não se pode confundir, portanto, os diferentes planos de investigação do negócio jurídico, da existência, da validade e da eficácia. O negócio jurídico (do qual o contrato é uma espécie) existe quando presentes quatro elementos básicos: manifestação de vontade, agente, objeto e forma. “Presentes esses quatro elementos, podemos afirmar, sem a menor sombra pálida de dúvida, que o contrato, como negócio jurídico, existe no campo da realidade fática.”⁴⁴

Agora, se este contrato que existe possui validade, ou seja, se está de acordo com o ordenamento jurídico, há necessidade de se investigar as qualidades dos elementos anteriores, vale dizer, se a manifestação de vontade é livre e sem vícios, se o agente é capaz, se o objeto é lícito, possível e determinado ou determinável e se a forma é a prescrita ou não defesa por lei, tudo como disciplinado pelo art. 104 do CC.

Finalmente, o plano da eficácia diz respeito à aptidão para o negócio jurídico produzir efeitos no mundo jurídico, podendo acontecer de um negócio existente e válido não produzir efeitos (quando sob condição suspensiva por exemplo) e um negócio existente e válido produzir alguns efeitos ou ao menos algumas consequências jurídicas.

Essa breve incursão no direito civil se faz necessária para a crítica ao mencionado item II da Súmula 331 do TST, que prescreve que a terceirização ilícita com ente da

⁴⁴ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil*, volume 4: contrato tomo I: teoria geral – 8ª Ed. – São Paulo: Saraiva, 2012, p. 58.

administração pública “não gera vínculo de emprego” com o tomador, dando a entender que o contrato de trabalho não existe com o tomador dos serviços e, portanto, permanece na esfera do prestador de serviços, ou seja, mantém-se o vínculo de emprego entre o trabalhador terceirizado e a empresa prestadora de serviços que praticou a fraude junto à Administração Pública.

Ocorre que, como visto, o fato de uma pessoa natural laborar para ente da administração pública com pessoalidade, habitualidade, onerosidade e subordinação, ou seja, com os requisitos do vínculo de emprego previstos nos arts. 2º e 3º da CLT, faz existir um contrato de trabalho, pois houve manifestação de vontade, agente capaz, objeto e forma. O problema, na verdade, se circunscreve à validade desse negócio jurídico que, como se sabe, somente pode ser considerado hígido se o trabalhador houver prestado o concurso público necessário para sua admissão no tomador dos serviços integrante da administração pública, isso após a Constituição de 1988, conforme seu art. 37, II.

Dessa forma, pode-se afirmar tranquilamente que um trabalhador terceirizado ilicitamente na administração pública possui vínculo de emprego com o ente da administração, porém tal vínculo não possui validade, já que não observada a forma estabelecida no texto constitucional que, como se sabe, constitui requisitos da substância do ato sendo preceito de ordem pública.

Outra solução não foi dada, aliás, pelo próprio TST, ao examinar a mesma questão quando o trabalhador, ao invés de terceirizado ilicitamente na administração pública, é contratado diretamente pelo ente da administração sem o devido concurso público, como se nota da Súmula 363 do TST:

“CONTRATO NULO. EFEITOS (nova redação) - Res. 121/2003, DJ 19, 20 e 21.11.2003

A contratação de servidor público, após a CF/1988, sem prévia aprovação em concurso público, encontra óbice no respectivo art. 37, II e § 2º, somente lhe conferindo direito ao pagamento da contraprestação pactuada, em relação ao número de horas trabalhadas, respeitado o valor da hora do salário mínimo, e dos valores referentes aos depósitos do FGTS.”

Ora, como se pode admitir soluções distintas para os dois casos citados? Trabalhador contratado diretamente pela administração sem concurso público possui um

contrato de trabalho com o tomador dos serviços, mas nulo pela ausência de concurso; trabalhador contratado através de terceiros pela administração de forma ilícita e sem concurso público sequer possui contrato com o tomador dos serviços e permanece sendo empregado da prestadora de serviços fraudulenta?

Pior: trabalhador contrato diretamente pela administração somente possui direito ao pagamento das horas trabalhadas e FGTS conforme pacificado pela citada Súmula 363 do TST; trabalhador terceirizado ilicitamente pela administração recebe todos os direitos trabalhistas do empregado público concursado conforme OJ 383 da SDI1 do TST?

Fica patente que vale mais a pena, se o intuito for realizar uma fraude ao erário, utilizar de prestadoras de serviços em terceirização ilícitas do que contratar diretamente o trabalhador, pois dessa forma ganham todos: prestadora de serviço que recebe sua fatura, trabalhador terceirizado que recebe todos os direitos trabalhistas dos empregados efetivos (ainda que na Justiça do Trabalho e através da responsabilidade subsidiária do tomador), perdendo apenas a moralidade no serviço público e o erário, este normalmente saqueado duas vezes, na fatura paga à prestadora e na responsabilidade subsidiária a que é condenado na Justiça, sendo de conhecimento notório que a maioria absoluta das empresas terceirizadas que se prestam a tal papel fraudulento encerram suas atividades irregularmente sem o devido adimplemento dos direitos trabalhistas de seus empregados após a perda do contrato com o ente da administração pública.

Assim, o caminho que deveria ser adotado pela jurisprudência seria simplesmente o mesmo já perfilhado para as contratações diretas sem concurso público: em caso de terceirização ilícita com a administração pública forma-se o vínculo de emprego diretamente com o tomador dos serviços, mas tal vínculo é nulo por faltar o requisito essencial do concurso público, percebendo o trabalhador o pagamento pela energia de trabalho gasta (salário ajustada por hora de trabalho) e o FGTS correspondente, nos exatos termos da Súmula 363 do TST acima transcrita.

Finalmente, há um argumento final para não aplicação do salário equitativo e a Orientação Jurisprudencial 383 da SDI 1 do TST, que concerne à impossibilidade de uso da técnica da analogia para busca do art. 12, “a” da Lei 6.019/74 para equalização da isonomia ao caso da terceirização parcial.

Defende-se tal posicionamento a partir da constatação, e aqui retorna-se à importância da distinção entre terceirização e intermediação – espécies do gênero “descentralização” –, de não haver nessa aplicação analógica o pressuposto básico que autoriza a integração da lacuna observada em nosso ordenamento jurídico.

Como se sabe, o uso da analogia, permitida pelo art. 8º da CLT e pelo art. 126 do CPC, somente é permitido quando haja um caso concreto sem norma que o regule, que exista no ordenamento jurídico norma regulamentadora para caso semelhante e que essa semelhança seja o principal ponto entre os dois casos para uso da técnica analógica.

Entretanto, embora a terceirização e a intermediação de mão-de-obra prevista na Lei 6.019/74 sejam situações semelhantes, reside justamente no ponto do uso de trabalhadores na atividade própria do tomador dos serviços a dessemelhança fundamental entre as duas figuras, tanto que o trabalho temporário pode ser usado licitamente na atividade-fim do tomador e, a terceirização, não.

Ora, tal fato impede que se estabeleça como ponto fundamental do processo analógico do salário equitativo justamente o trabalho em igualdade de condições com os empregados efetivos do tomador dos serviços, pois para um o ordenamento jurídico, segundo o entendimento majoritário, prevê a licitude (trabalho temporário) e para outro a ilicitude (terceirização), não sendo razoável estender-se uma regra do Direito criada para uma circunstância de exceção, que deve possuir interpretação restritiva (intermediação) para figuras genéricas criadas pela jurisprudência que sequer possuem regramento normativo (terceirização⁴⁵).

Assim, pode-se concluir que em caso de terceirização parcial, seja na esfera privada ou na administração pública, deve-se entender pela ilicitude do modelo terceirizado com reconhecimento do vínculo de emprego diretamente com o tomador dos serviços e a consequente percepção pelo empregado de todos os direitos trabalhistas, salvo se o tomador for ente da Administração Pública, quando o contrato de trabalho será nulo percebendo o trabalhador apenas o pagamento das horas trabalhadas e o FGTS.

⁴⁵ Tramita no Congresso Nacional o Projeto de Lei 4330/04 sobre terceirização, mas sem nenhum indicativo ainda de sua aprovação nos termos em que foi proposto, conforme tramitação acessada no link <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=267841>, em 24.02.2015.

2.3. Grupo Econômico

Contém a Consolidação das Leis do Trabalho em seu artigo 2º, §2º norma prevendo a figura jurídica do grupo de empregadores, *verbis*:

“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.”

Como já tivemos oportunidade de apontar em antiga obra, “o grupo econômico, para fins trabalhistas, independe de qualquer formalidade para sua criação. Por quaisquer elementos fáticos, como por exemplo, comunhão de sócios, participação societária, que indiquem a existência de verdadeiro grupo entre as diversas empresas, sendo a prova efetuada através de documentos ou mesmo oralmente, pode se constatar a existência do grupo, repita-se, no campo meramente trabalhista.”⁴⁶

Embora seja pacífico tal entendimento quanto à forma de se provar a existência do grupo, “discute-se se para a configuração do grupo deve existir, entre as diversas empresas, a direção hierárquica de uma sobre as outras. *Otavio Bueno Magano*, em respeitável posição, entende pela afirmativa, seguido por outros doutrinadores como, por exemplo, *Sérgio Pinto Martins* que assim disciplina sua posição: ‘*A relação que deve haver entre as empresas do grupo econômico é de dominação, mostrando a existência de uma empresa principal, que é a controladora, e as empresas controladas. A dominação exterioriza-se pela direção, controle ou administração. O requisito principal é o controle de uma empresa sobre a outra, que consiste na possibilidade de uma empresa exercer influência dominante sobre outras. Assim, o controle é exercido pelo fato de uma empresa deter a maioria das ações de outra, ou mesmo que tenha a minoria das ações, mas detendo o poder pelo fato de haver dispersão na titularidade das ações entre várias pessoas. A caracterização do controle pode ser evidenciada pelo fato de haver empregados comuns*

⁴⁶ CALVET, Otavio. *Consórcio de Empregadores Urbanos: uma realidade possível*. São Paulo, Ed. LTr, 2002, p. 16.

*entre uma ou mais empresas, assim como acionistas comuns, mesmo que sejam de uma mesma família, e administradores ou diretores comuns, quando as empresas possuem o mesmo local ou a mesma finalidade econômica’.*⁴⁷

Outra parte da doutrina seguindo não vê a necessidade do “controle de uma para as demais empresas no sentido de direção hierárquica, mas bastando mera coordenação entre as várias componentes do grupo. Justifica-se tal entendimento mormente pela interpretação que se extrai da figura semelhante existente no âmbito rural, em que a Lei n. 5.889/73 no art. 3º, §2º⁴⁸ estipula, claramente, bastar existir coordenação para a configuração do grupo, lei esta que trata do mesmo fenômeno contido no art. 2º, §2º da CLT, mas após décadas de sedimentação doutrinária e jurisprudencial.”⁴⁹

Vale ponderar que “no conceito de administração contido no §2º do art 2º da CLT pode se enquadrar não um controle hierárquico, mas uma orientação, uma coordenação de atividades para busca de um fim comum que é o fortalecimento do próprio grupo”⁵⁰, sendo certo que “havendo dúvida no alcance interpretativo a ser dado à norma em análise, deve-se aplicar a regra *in dubio pro misero* que, decorrente do princípio protetivo, informa a interpretação das normas trabalhistas no sentido de se buscar sempre a conclusão que for melhor ao empregado”⁵¹, que no caso em análise aponta para a facilitação da caracterização do grupo e, portanto, da responsabilidade trabalhista, ante a fixação da solidariedade entre as empresas componentes do grupo.

Não se pode olvidar que a finalidade social desta norma, e aqui invoca-se a interpretação teleológica tão importante para o Direito do Trabalho, é tão-somente a de “robustecer a posição do empregado diante do aumento de poder patronal, decorrente da concentração de capital”⁵².

Embora tenha prevalecido, por ora, a tese da mera coordenação para reconhecimento do grupo econômico trabalhista, não se pode considerar a questão

⁴⁷ Idem, p. 16-17

⁴⁸ Lei 5889/73, 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 emprego.

⁴⁹ Ibidem, pg. 17.

⁵⁰ Ibidem, p. 17.

⁵¹ Ibidem, p. 18.

⁵² Ibidem, p. 18.

pacificada nem na doutrina nem na jurisprudência, como nos dá conta a decisão abaixo apontada:

“RECURSO DE EMBARGOS EM RECURSO DE REVISTA. CONFIGURAÇÃO DE GRUPO ECONÔMICO. ART. 2º, § 2º, DA CLT. EXISTÊNCIA DE SÓCIOS EM COMUM. A interpretação do art. 2º, § 2º, da CLT conduz à conclusão de que, para a configuração de grupo econômico, não basta a mera situação de coordenação entre as empresas. É necessária a presença de relação hierárquica entre elas, de efetivo controle de uma empresa sobre as outras. O simples fato de haver sócios em comum não implica por si só o reconhecimento do grupo econômico. No caso, não há elementos fáticos que comprovem a existência de hierarquia ou de laços de direção entre as reclamadas que autorize a responsabilidade solidária. Recurso de Embargos conhecido por divergência jurisprudencial e desprovido.

(E-ED-RR - 214940-39.2006.5.02.0472 Data de Julgamento: 22/05/2014, Relator Ministro: Horácio Raymundo de Senna Pires, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, Data de Publicação: DEJT 15/08/2014).”

No que concerne à solidariedade prevista na norma ora em análise, igualmente ainda paira tanto na doutrina quanto na jurisprudência discussão acerca de sua natureza, se apenas passiva ou, se além de passiva, também ativa, com a caracterização neste caso da figura conhecida como “empregador único”.

A primeira linha de argumentação, pela solidariedade passiva e também ativa simultaneamente, defende a doutrina que “quando o artigo consolidado dispõe que a solidariedade existe para os efeitos da relação de emprego, quis dizer que ela seria quanto aos direitos e deveres inerentes à figura do empregador. Assim, todas as empresas do grupo gozariam das faculdades decorrentes do poder cabível ao empregador, de forma a poderem utilizar dessas prerrogativas sobre todos os empregados do grupo (já que todas são o próprio empregador) e, por outro lado, ficando todas responsabilizadas pelos débitos

decorrentes das relações de emprego. Em consequência, restaria configurada a figura do ‘empregador único’⁵³.

Neste sentido, pode-se apontar o entendimento de Arnaldo Süssekind a partir do contido na Lei n. 435/37 “que tratava da questão mas limitava a solidariedade apenas a grupo industrial ou comercial, conceito que teria sido ampliado pela CLT para qualquer tipo de atividade econômica, mas mantendo a mesma natureza de solidariedade ativa e passiva. Ainda, de acordo com o item 53 da Exposição de Motivos da CLT, o então Ministro Marcondes Filho, quando submeteu o projeto final da CLT ao Presidente Getúlio Vargas, explicitou que: *‘inseriu a definição de empregador, que integra o conceito definitivo da relação de emprego, acompanhando-o da noção legal de empregadora única dada pela Lei n. 435’*”⁵⁴.

Costuma-se ainda citar a Súmula 129 do TST como demonstração de adoção de tal posicionamento pela jurisprudência, *verbis*:

“A prestação de serviços a mais de uma empresa do mesmo grupo econômico, durante a mesma jornada de trabalho, não caracteriza a coexistência de mais de um contrato de trabalho, salvo ajuste em contrário.”

Entretanto, a bem da verdade, as decisões judiciais acerca da matéria costumam variar bastante no particular, pois ora encontra-se a aplicação da tese do empregador único, ora apenas a da solidariedade passiva e o fazem basicamente pelos seguintes fundamentos:

“a) pela interpretação literal do art. 2º, §2º da CLT, quando o legislador taxou de solidariamente ‘responsáveis’ as diversas empresas do mesmo grupo, quis com isso atribuir aos integrantes deste o dever de responder pelas obrigações trabalhistas, aumentando a proteção do trabalhador diante da concentração de capital que poderia situações de maior desequilíbrio na relação já desigual de patrão e empregado; se fosse intenção do legislador atribuir a qualidade de empregador a todos do grupo, teria simplesmente omitido o vocábulo em questão.

Da forma como redigido, pode-se concluir que apenas cabe a responsabilização dos componentes do grupo para fins trabalhistas,

⁵³ Ibidem, p. 19.

⁵⁴ Ibidem, p. 19.

fixando-se a ideia de reparação, e, portanto, de devedoras, às empresas componentes do grupo.

b) pela interpretação sistemática advinda do art. 3º, da Lei n. 5889/73 (rural) que ao tratar do mesmo fenômeno claramente atribuiu aos integrantes do grupo econômico rural a responsabilidade apenas pelas obrigações decorrentes da relação de emprego, ou seja, responsabilidade apenas passiva, não sendo crível que no meio urbano as consequências de idêntica figura tenha solução diversa daquela admitida para o meio rural, em lei produzida na década de 70, quando a doutrina trabalhista apresentava alguma modernização e melhor sistematização”.⁵⁵

Apresentada ainda que sucintamente a figura do grupo econômico trabalhista e admitida a solidariedade existente nesse agrupamento de empresas, resta observar que o grupo pode configurar uma das espécies do gênero descentralização, existindo caso inclusive já absorvido pela jurisprudência trabalhista, como será adiante abordado.

Em primeiro lugar, deve-se notar que o grupo econômico não necessariamente serve para a realização de descentralização produtiva, vez que há diversos casos em que as empresas integrantes do grupo, com vínculo maior ou menor de controle ou coordenação, simplesmente não são estruturadas para cada uma delas absorver uma etapa da produção permanente da que seria, originariamente, o papel da empresa concentrada e una, existindo a formação de grupo por questões financeiras ou societárias.

Entretanto, igualmente pode acontecer da formação do grupo ocorrer pela necessidade de criação de uma espécie de rede própria para consecução do objetivo de produção que, antes, ou ao menos ideologicamente, seria desenvolvido por uma única empresa de porte maior.

Essa estruturação em rede dentro de um grupo econômico acontece quando há criação de outras empresas pelo grupo com a finalidade de absorverem parcela das etapas da produção, acontecendo uma externalização da mão-de-obra mas para dentro do universo do próprio grupo econômico. Como exemplo, cita-se o caso pacificado pela Súmula 236 do TST, sobre grupo econômico formado por banco e empresa de processamento de dados:

“BANCÁRIO. EMPREGADO DE EMPRESA DE PROCESSAMENTO DE DADOS (incorporadas as Orientações

⁵⁵ Ibidem, p. 20.

Jurisprudenciais nºs 64 e 126 da SBDI-1) - Res. 129/2005, DJ 20, 22 e 25.04.2005

É bancário o empregado de empresa de processamento de dados que presta serviço a banco integrante do mesmo grupo econômico, exceto quando a empresa de processamento de dados presta serviços a banco e a empresas não bancárias do mesmo grupo econômico ou a terceiros. (primeira parte - ex-Súmula nº 239 - Res. 15/1985, DJ 09.12.1985; segunda parte - ex-OJs nºs 64 e 126 da SBDI-1 - inseridas, respectivamente, em 13.09.1994 e 20.04.1998)”

De referida construção jurisprudencial pode-se concluir que o entendimento majoritário do Tribunal Superior do Trabalho cuida do tema sob dois ângulos diversos: o primeiro vedando a prática de externalização do trabalho para outra empresa do próprio grupo econômico; o segundo, aceitando tal situação desde que a empresa de processamento de dados preste serviços para outras empresas do grupo ou mesmo empresas fora deste.

Essa diferenciação tem por base lógica o cuidado para não haver criação de empresas dentro do grupo apenas para realização de terceirização precarizante, de forma a transformar o empregado bancário em trabalhador terceirizado de outra categoria, o que obviamente é extremamente positivo em termos de manutenção da proteção trabalhista.

Ratifica tal argumento o fato da aceitação, na parte final do verbete jurisprudencial, dessa mesma terceirização no caso da empresa de processamento de dados possuir real existência, ou seja, não ter sido criada apenas para absorver parcela da mão-de-obra que deveria ser enquadrada na categoria dos bancários.

Mas tal entendimento traz uma consequência muito interessante que normalmente é olvidada pela doutrina: a permissão de terceirização dentro do grupo econômico como mais um fundamento para a tese da responsabilidade solidária apenas passiva e, obviamente, contra a tese do empregador único.

Explica-se: fosse a tese ativa do grupo econômico, com a configuração do empregador único, o padrão geral aceito pela jurisprudência e doutrina majoritárias de forma efetiva – como parte da doutrina defende –, sequer poder-se-ia cogitar de algum tipo de terceirização dentro do grupo econômico, pois se todas as empresas são na verdade o mesmo empregador, como realizar-se tal distinção? Como seria possível pensar que dentro de um grupo econômico configurado como empregador único, esse mesmo empregador poderia terceirizar para si mesmo?

Fica evidente, nesta ótica, que a tese do empregador único encontra severas limitações, razão pela qual prefere-se adotar que a responsabilidade solidária do grupo é apenas passiva, adicionando-se tal fundamento aos acima já expostos.

De mais a mais, referida conclusão reforça a ideia de que a condenação solidária das empresas do grupo, que não são o empregador, deve ocorrer após o contraditório e a ampla defesa, com sua inclusão no polo passivo da ação trabalhista ainda na fase de conhecimento.

Superada tal questão, e admitida a terceirização dentro do grupo econômico, verifica-se que nessa forma de estruturação empresarial nada mais ocorreu do que uma descentralização da atividade que normalmente seria executada de forma concentrada por uma das empresas do grupo, para delegação a outras empresas desse grupo econômico configurando-se, portanto, mais uma espécie de descentralização diante da presença das mesmas características básicas que compõem esse gênero: externalização do trabalho (aqui ainda que circunscrito ao grupo econômico encarado na tese passiva de responsabilidade); controle ou coordenação entre as empresas; atividade desenvolvida pelas empresas do grupo como necessária à finalidade do conglomerado de empresas.

Do ponto de vista trabalhista, vale ressaltar, a descentralização efetuada dentro do grupo econômico encontra fácil solução normativa para a questão da responsabilidade dos tomadores dos serviços, por já consagrada a solidariedade como acima estudado no art. 2º, §2º da CLT (também no art. 3º, §2º da Lei do Rural).

2.3.1. Grupo econômico e Consórcio de Empregadores

Figura ainda pouco desenvolvida na área trabalhista, embora já exista previsão normativa para o consórcio de empregadores rurais (art. 25-A da Lei 8.212/91), admite-se sua configuração não apenas nos moldes da regulamentação mencionada, mas também no meio urbano, como inclusive já decidido pelo C. TST conforme ementa abaixo transcrita proferida no feito TST-RR-552/2008-002-24-40.0 da lavra do Ministro Alberto Bressiani de Fontan Pereira de 24 de junho de 2009:

I - AGRAVO DE INSTRUMENTO. 1. CONSÓRCIO DE EMPREGADORES URBANOS. POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO ANALÓGICA DO ART. 25-A DA LEI Nº 8.212/1991. REQUISITOS PARA CONFIGURAÇÃO. 2. CERCEAMENTO DE DEFESA. INDEFERIMENTO DA OITIVA DE PREPOSTO E DE TESTEMUNHAS. OCORRÊNCIA. Diante de potencial violação dos arts. 25-A da Lei nº 8.212/1991, 5º, LV, da Constituição Federal e 400 do CPC, merece processamento o recurso de revista. Agravo de instrumento conhecido e provido. II - RECURSO DE REVISTA. 1. O consórcio de empregadores é figura relativamente nova no direito brasileiro e encontra regulação restrita ao ambiente rural. Sua institucionalização atende aos anseios não só dos empregadores, mas, também, àqueles dos trabalhadores, a uns e outros resguardando contra vicissitudes decorrentes das atividades peculiares ao campo, naturalmente descontínuas. O instituto, como regrado, responde aos comandos constitucionais de respeito à dignidade da pessoa humana e de valorização social do trabalho e da livre iniciativa, dignificando a pessoa do trabalhador e garantindo o pleno emprego, além de outorgar segurança jurídica (Constituição Federal, arts. 1º, III e IV, 7º, 170, VIII e 193). 2. Cumpre anotar, no entanto, que, para o meio rural, a efetividade da proteção jurídica depende - agora, inclusive, sob o interesse previdenciário - de que sejam materializados os requisitos fixados pelas normas que regulam a espécie. O consórcio simplificado de produtores rurais, “formado pela união de produtores rurais pessoas físicas, que outorgar a um deles poderes para contratar, gerir e demitir trabalhadores para prestação de serviços, exclusivamente, aos seus integrantes”, ganhará corpo com o pacto de solidariedade (Código Civil, art. 256), registrado em cartório de títulos e documentos e que “deverá conter a identificação de cada produtor, seu endereço pessoal e o de sua propriedade rural”, também com o “respectivo registro no Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária - INCRA ou informações relativas a parceria, arrendamento ou equivalente e a matrícula no Instituto Nacional do Seguro Social - INSS de cada um dos produtores rurais”. Ainda: “o consórcio deverá ser matriculado no INSS em nome do empregador a quem hajam sido outorgados os poderes, na forma do regulamento” (Lei nº 8212/91, art. 25-A). 3. Afirma-se a possibilidade de extensão analógica do consórcio de empregadores ao meio urbano. Por expressa dicção legal (CLT, art. 8º), deve o Direito do Trabalho socorrer-se da analogia, atendendo aos fins sociais da norma aplicada e às exigências do bem comum. Tal processo impescinde de lacuna no ordenamento, de molde que, em situações semelhantes e com olhos postos na mutação dos fatos, permita-se a evolução do Direito e ampla atenção aos fenômenos sociais, sempre garantida a integridade dos princípios e direitos fundamentais aplicáveis e a coerência da ordem jurídica. Embora admissível a trasladação do instituto, não será lícito autorizar-se-lhe a despir-se de todos os seus requisitos essenciais durante o trajeto. É

fundamental que as mesmas formalidades exigíveis para o universo rural persistam no urbano. A solidariedade não se presume (Código Civil, art. 296): sem a adoção dos protocolos exigidos em Lei, o modelo jurídico apegar-se-ia aos estatutos corriqueiros, instalando-se dúvidas quanto à titularidade, natureza e extensão de direitos e obrigações, com a iminência de vastos prejuízos e a consequente perda de todas as benesses já descritas. A aplicação analógica das normas de regência do modelo há se de fazer pela sua inteireza. 4. Não há que se cogitar de consórcio de empregadores urbanos, quando os reclamados assim não se qualificam e, obviamente, nunca o pretendendo, jamais adotaram quaisquer das formalidades necessárias a tanto. A identificação do instituto resulta em má aplicação do art. 25-A da Lei nº 8.212/91 e, tomando-se-o como substrato para o indeferimento da produção de prova, em violação dos arts. 5º, LV, da Constituição Federal, e 400, do CPC. Recurso de revista conhecido e provido.

O consórcio de empregadores urbanos pode ser conceituado como “um ajuste de vontade de diversos entes (pessoas físicas, jurídicas ou entes despersonalizados) com a finalidade única de contratar empregados para prestarem serviços, indistintamente a todos os seus integrantes.”⁵⁶

De extrema importância, para fixação deste conceito, é a percepção de que o consórcio não possui personalidade jurídica própria, “sendo um mero convênio, um acordo de interesses comuns, forçoso se torna reconhecer que as pessoas contratadas como empregados manteriam vínculo de emprego não com a figura do consórcio, que sequer admite esse tipo de interpretação, mas com os próprios integrantes dele. Ao visualizarmos, então, uma relação de emprego assim estabelecida teríamos de um lado a pessoa física do empregado e, do outro, a presença de vários empregadores simultaneamente, cada um com os direitos e deveres inerentes à figura clássica do empregador.”⁵⁷

Não se pode concordar, portanto, com o entendimento existente na doutrina pátria no sentido de que figuraria como empregador o próprio consórcio, criando-se outro caso para uso da figura do “empregador único”, pois não condizente com o ajuste de vontades pretendido pelos participantes do consórcio – que não pretende realizar uma vinculação

⁵⁶ CALVET, Otavio. *Consórcio de Empregadores Urbanos*. São Paulo: LTr, 2002, INCLUIR PÁGINA

⁵⁷ Idem, INCLUIR PÁGINA

entre as empresas, nem de cooperação – não sendo também compatível tal interpretação com a natureza meramente de negócio jurídico do consórcio.

Justamente por não se confundir com o grupo econômico trabalhista, existe certa dificuldade na doutrina e na jurisprudência para estabelecimento da responsabilidade existente entre os empregadores no consórcio, pois “ao se falar em pluralidade de empregadores na relação de emprego, surge imediatamente o questionamento acerca da responsabilidade quanto aos créditos trabalhistas que deve caber a cada um dos componentes do consórcio: se pela sua cota-parte ou se pela integralidade do crédito.”⁵⁸

A fim de estabelecer algum parâmetro para solver essa questão, inicialmente há que se lembrar que “em caso de ocorrer a pluralidade num dos polos da relação obrigacional, a presunção a ser extraída é de que a cada devedor cumpre o cumprimento de sua parte ideal (se se tratar de pluralidade de devedores)”, sendo que “a cada credor cabe a sua parte da obrigação (se a pluralidade for de credores).”⁵⁹ No caso do consórcio, em que a pluralidade ocorre no polo patronal, deve-se em regra fracionar as responsabilidades conforme art. 257 do CC.

Dessa forma, “não se deve procurar a indivisibilidade do vínculo de emprego em si, eis que trata este do vínculo jurídico mantido pelas partes, mas buscarmos na natureza do objeto da obrigação pactuada a possibilidade ou não de fracionamento de responsabilidade. E, como já dito, a regra geral em matéria obrigacional é no sentido de responsabilidade proporcional à cota-parte de cada participante na relação, muito embora seja um só vínculo existente entre a pluralidade de interessados.”⁶⁰

Existem, entretanto, duas exceções a esta regra: obrigações indivisíveis e solidariedade.

Maria Helena Diniz dispõe que “obrigação indivisível é aquela cuja prestação só pode ser cumprida por inteiro, não comportando sua divisão em várias obrigações parceladas distintas, pois uma vez cumprida parcialmente a prestação, o credor não obtém nenhuma utilidade ou o que não representa a parte exata da que resultaria do adimplemento

⁵⁸ Ibidem, p. 39

⁵⁹ Idem, ibidem, p. 39.

⁶⁰ Idem, p. 39

integral ”.⁶¹ Obrigação divisível, por sua vez, é aquela cuja a prestação admite cisão em ideia contrária ao conceito acima exposto.

Ainda conforme ensinamento da ilustre autora, a indivisibilidade da obrigação pode ser:

“a) física (RT,494:149), se a sua prestação for indivisível física ou materialmente, por não poder ser fracionada em prestações homogêneas, cujo valor seja proporcional ao todo;

b) legal (RT, 478:162, 443:261), se a prestação for indivisível em virtude de disposição legal, que por motivos variáveis impede sua divisão, embora seja naturalmente divisível;

c) convencional ou contratual (RT459:162), se a indivisibilidade de sua prestação advier da vontade das partes, apesar de materialmente divisível;

d) judicial, quando a indivisibilidade de sua prestação é proclamada pelos Tribunais”⁶²

Por outro lado, a doutrina majoritária admite que mesmo em obrigações de fazer, espécie obrigacional que corresponde à principal prestação do empregado (prestar serviço), pode ocorrer a divisibilidade ou não. Conforme lição ainda de Maria Helena Diniz: “A obrigação de fazer, por sua vez, poderá ser: a) divisível se a sua prestação constituir um ato fungível ou se relacionar com divisão do tempo, levando-se mais em conta quantidade do que qualidade. P.ex. prestar contas de um período de dois anos, trabalhar durante três dias para determinadas pessoas; b) indivisível, se sua prestação consistir em serviço dotado de individualidade própria, como a pintura de um quadro, a feitura de uma estatua, pois o trabalho confiado a um especialista não pode ser cumprido com a execução de meia tarefa, tendo-se em vista que o mais importante é a qualidade”.⁶³

Em caso de indivisibilidade da obrigação, dispõem os arts. 259 e 260 do CC:

“Art. 259. Se, havendo dois ou mais devedores, a prestação não for divisível, cada um será obrigado pela dívida toda.

⁶¹ Incluir citação

⁶² Idem, incluir página

⁶³ Incluir citação

Parágrafo único. O devedor, que paga a dívida, sub-roga-se no direito do credor em relação aos outros coobrigados.

Art. 260. Se a pluralidade for dos credores, poderá cada um destes exigir a dívida inteira; mas o devedor ou devedores se desobrigarão, pagando:

I - a todos conjuntamente;

II - a um, dando este caução de ratificação dos outros credores.”

Tais conceitos aplicados à relação de emprego deixam antever “que, dependendo da forma pela qual a energia do trabalho despendida pelo empregado a mais de um empregador seja efetuada, haverá variação na divisibilidade ou não da obrigação em análise.

Assim, nos casos em que o labor do empregado beneficia simultaneamente a mais de um empregador, sendo impossível verificar-se a cada momento qual dos empregadores adquire a energia de trabalho, ou seja, quando o trabalho indistintamente for prestado a uma pluralidade de tomadores, conclui-se que a obrigação é divisível fisicamente.”⁶⁴

Pode-se citar como exemplo “o trabalho do vigia de rua contratado por vários moradores de um mesmo bairro; com o faxineiro que limpa uma loja de fastfood que se situa no interior de uma lanchonete que se encontra em um posto de gasolina etc.”⁶⁵ Em tais casos “resta impossível uma distinção do momento exato em que o empregado trabalha para cada um dos empregadores, já que é inerente à própria natureza do serviço pactuado que seja de proveito de todos os participantes do consórcio, percebendo-se que não há verdadeira partição de poder empregatício entre os componentes do consórcio, mas multiplicidade desse poder, todos os empregadores ao mesmo tempo detêm os direitos inerentes à figura patronal. Dessa forma, resta claro que a principal prestação (trabalho) decorrente desse tipo de relação de emprego é indivisível, donde se conclui a aplicação dos arts. 259 e 260 do CC já citados diante da regra contida no art. 8º, parágrafo único da CLT, ou seja, todos os empregadores são obrigados pela dívida trabalhista integralmente.”⁶⁶

Vale observar “que no exemplo retro não há como se imaginar agrupamento de vínculos de emprego que poderiam ser estipulados separadamente, pois como já dito,

⁶⁴ CALVET, op. cit, incluir página

⁶⁵ Idem, p. 41.

⁶⁶ Idem, p. 41

decorre da natureza da prestação do serviço a qualidade de ser disponibilizada a mão de obra indistintamente a mais de um empregador.”⁶⁷

Entretanto, “quando no consórcio de empregadores não houver o antes mencionado labor indistinto para a pluralidade dos tomadores de serviço, ou seja, quando possível que o labor do empregado seja prestado parte da jornada para um, parte da jornada para outro, e assim sucessivamente, não há, a nosso ver, possibilidade de se chegar à mesma conclusão supra diante da divisibilidade da obrigação ora em análise.

Note-se que aqui cada empregador usa do seu poder empregatício apenas no período de tempo como constatado no caso anterior.

Se, portanto, a obrigação for divisível, aplica-se a regra geral (presunção juris tantum) de responsabilização de cada devedor pela sua cota-parte”⁶⁸ na forma art. 260 do CC.

Pode-se citar “como exemplo desse segundo caso o trabalho prestado por um contador que na parte da manhã labora para empresa A e, na parte da tarde, para empresa B; o trabalho contratado usualmente no consórcio de empregadores rurais; o labor de profissional de propaganda para pequenas empresas que quinzenalmente (ou semanalmente) necessitam confeccionar material publicitário; as diaristas que passariam a empregadas domésticas, laborando um dia em cada casa de família diferente etc.”⁶⁹

Neste segundo caso, “cada empregador deverá responder proporcionalmente ao labor utilizado em seu benefício. Se dois empregadores fazem consórcio e utilizam o labor de um mesmo empregado cada um quatro horas por dia, no final do mês cada um dos patrões deve arcar com metade do salário. Cremos não ser possível pretender se enquadrar o segundo caso analisado em obrigações de fazer infungíveis e, portanto, indivisíveis, vez que a pessoalidade na prestação dos serviços pelo empregado, que traz o caráter de infungibilidade quanto à figura do trabalhador, não se confunde com a fungibilidade do objeto de sua prestação laboral, tanto que, via de regra, possível a substituição de mão de obra sem maiores consequências para os empregadores, mormente quando se tratar de trabalho não qualificado ou de pouca especialização. Observe-se que, mesmo se contratando um profissional de notória especialização, ou cujo serviço não possa ser objeto

⁶⁷ Idem, p. 42

⁶⁸ Idem, p. 42

⁶⁹ Idem, p. 42

de substituição por outro (trabalho de artistas, por exemplo), não se verifica a infungibilidade da prestação laboral no sentido de ser a mesma indivisível, eis que o serviço a ser executado para cada empregador participante do consórcio era independente, cada tomador recebendo parte da energia de trabalho do empregado em sua atividade econômica distinta, de forma que o resultado final do trabalho pretendido já era em sua natureza fracionado à pluralidade de empregadores. Logo, inviável pretender-se buscar a indivisibilidade da obrigação neste aspecto.”⁷⁰

Da mesma forma que antes defendemos, “a responsabilização dos empregadores deve ocorrer pela natureza de prestação de trabalho pactuado: se divisível ou indivisível. Sob outro ponto de vista, diretamente reflexo, pode-se vislumbrar a mesma distinção enfocando-se a quantidade de poder empregatício que os empregadores mantêm dentro do consórcio que fizeram: se todos detêm da integralidade do poder empregatício (trabalho prestado indistintamente a todos os tomadores), todos respondem pela integralidade do crédito trabalhista; se, por outro lado, há verdadeira partição do poder empregatício, cada empregador com legitimidade para exercê-lo dentro de sua cota-parte, a responsabilidade deve ser proporcional à medida de poder patronal mantido por cada empregador.”⁷¹

Cabe avaliar, ainda, se seria viável “o enquadramento dos empregadores em responsabilização solidária. Decorrendo a solidariedade da lei ou da vontade das partes, parece-nos claro que não havendo um ajuste de vontade manifestado pelos consorciados, resta inviável a pretensão de se responsabilizar a todos solidariamente, já que não há qualquer dispositivo legal atribuindo referido tipo de responsabilização aos participantes desse negócio jurídico”⁷².

Muito importante, ainda na linha de argumentação da impossibilidade de aplicação da responsabilidade solidária por força de lei, que “não há que se aplicar analogicamente o art. 2º, §2º da CLT ou mesmo interpretar-se extensivamente o art. 25-A, §3º da Lei n. 8.212/91, já que por se tratarem normas restritivas, de penalização, não comportam alargamento em seus estritos termos. Ademais, a solidariedade resultante do grupo econômico de empregadores depende da configuração de um grupo sob direção de uma das empresas ou entre empresas coordenadas (conforme o entendimento), sendo certo que,

⁷⁰ Idem, p. 42-43.

⁷¹ Idem, p. 43.

⁷² Idem, p. 44

como já demonstrado em linhas acima, os diversos integrantes do consórcio não guardam similitude ou coordenação em suas atividades econômicas, cada qual desenvolvendo sua empresa independentemente (como se conclui do art. 278 da lei n. 6404/76).”⁷³

Embora o consórcio de empregadores apresente estrutura semelhante a um agrupamento empresarial em rede, não se pode cogitar que haja configuração de descentralização produtiva no uso dessa figura, pois o escopo aqui é apenas a contratação de trabalhadores de forma rateada para obtenção direta de energia de trabalho, ainda que partida, não havendo os elementos da externalização do trabalho em atividade necessária à empresa nem controle de uma empresa sobre a outra. Não pretendem os empregadores integrantes do consórcio uma cooperação mútua para construção de uma cadeia produtiva, mas apenas partilhar os custos da contratação de um mesmo empregado.

2.3.2. Consórcio de tomadores dos serviços em terceirização lícita

Ainda que não seja tema específico desta obra, eis que o consórcio não pode ser conceituado como espécie do gênero descentralização, a fim de se estabelecer importante possibilidade de responsabilidade trabalhista, passa-se a analisar o problema da realização de terceirização onde o trabalhador assim contratado gasta energia de trabalho para mais de um tomador, o que pode ocorrer de forma sucessiva ou simultânea.

No primeiro caso, quando o trabalhador terceirizado é alocado em sucessivos períodos para diversos tomadores, permanecendo maior ou menor tempo em cada um deles, mas de forma contínua, não se encontra maiores dificuldades para a delimitação da responsabilidade de cada um dos tomadores: responde-se apenas pelo período em que o trabalhador permaneceu laborando a seu favor.

Dificuldade maior repousa no segundo caso, quando o trabalhador terceirizado, ou ao mesmo tempo gasta energia de trabalho diretamente a todos os tomadores, ou quando na mesma jornada ou em diferentes dias da semana, de forma interpolada, é colocado a favor de diversos tomadores, caso bastante comum, por exemplo, para vigilantes que trabalham em carro forte, pois embora contratados pela empresa de vigilância, trabalham a favor de diversos tomadores na rota em que executam.

⁷³ Idem, p. 44

A fim de se apresentar uma solução para tal problema, pode-se imaginar a aplicação do mesmo raciocínio para a atribuição de responsabilidade acima desenvolvido para o consórcio de empregadores: se o trabalho terceirizado pode ser dimensionado no tempo de forma individualizada a cada tomador, cada qual responde por sua cota-parte; mas se impossível tal divisão, respondem todos os tomadores igualmente diante da indivisibilidade do objeto.

Pode-se argumentar pela injustiça dessa tese no sentido de que algum tomador poderia ter recebido ínfima parcela da energia de trabalho e estar sendo acionado para pagar pela integralidade. Embora ponderável o argumento, parece que ele não se justifica dentro da realidade do direito do trabalho, informado pelo princípio protetivo que, no mínimo, determina que qualquer exceção à regra geral da dualidade do contrato de trabalho não possa trazer maior fragilidade ao hipossuficiente da relação jurídica de emprego, cabendo aos tomadores de serviço buscarem a via de regresso entre si para dimensionarem a exata dose de responsabilidade que cabe a cada qual.

Tal solução, inclusive, encontra amparo na ponderação entre a livre iniciativa e o valor social do trabalho, pois permite a inovação dessa forma de gestão sem produzi precarização na condição do trabalhador, sendo certo que os tomadores dos serviços poderão reaver valores supostamente pagos aos trabalhadores na via regressiva, equilibrando-se portanto a equação capitalista da contraprestação pelos serviços contratados.

2.4. Trabalhadores autônomos – prestadores de serviços (pessoa natural ou pessoa jurídica)

A externalização do trabalho necessária a uma empresa com manutenção de vínculo de controle sobre o executante desta atividade delegada pode acontecer, ainda, através da simples contratação de um ser humano para, sem os elementos da relação de emprego, absorver parte das etapas produtivas assumindo o risco dessa atividade, o que é bastante comum no setor de serviços, mormente na área de tecnologia.

De fato, a área trabalhista assistiu na última década ao fenômeno que logrou receber a alcunha de “pejotização” do ser humano, onde uma pessoa natural constitui uma pessoa jurídica para laborar com pessoalidade, onerosidade, habitualidade a um tomador dos

serviços, mas sem a clássica subordinação da relação de emprego e, de certa forma, assumindo os riscos que antes eram exclusivos do tomador dos serviços.

Tal fenômeno coloca em xeque, inclusive, o próprio conceito de relação de trabalho, pois confunde o intérprete entre o reconhecimento de uma relação de gasto de energia de trabalho sendo aproveitada por um tomador dos serviços e um prestador que oferece seu trabalho no mercado, questão que veio à tona após a ampliação de competência da Justiça do Trabalho pela Emenda Constitucional de no. 45, que tornou importantíssima a delimitação do conceito da relação de trabalho e sua distinção da relação de consumo, para se fixar o alcance do inciso I do art. 114 da CRFB, que confere a competência ao segmento trabalhista do Judiciário para “as ações oriundas da relação de trabalho, abrangidos os entes de direito público externo e da administração pública direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios”.

Tal confusão, no fundo, diz respeito à possibilidade ou não da inserção da relação de consumo no conceito de relação de trabalho.

Como já defendemos anteriormente, a necessidade de clara distinção entre relação de trabalho e relação de consumo “decorre do fato do Código de Defesa do Consumidor conceituar os componentes dessa relação específica em seus artigos 2º e 3º, mormente o consumidor e o prestador de serviços como abaixo transcrito:

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

...

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

...

§ 2º Serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista.”⁷⁴

⁷⁴ CALVET, Otavio. *Nova competência a Justiça do Trabalho: Relação de Trabalho versus Relação de Consumo*, Revista LTr, São Paulo, SP, v. 69, n.1, p. 55-57, jan. 2005.

O exame do texto legal indica “que a relação de consumo mantida com um prestador de serviços tem como limite de caracterização justamente as relações de caráter trabalhista, donde se observa o campo de entrelaçamento conceitual desses dois distintos fenômenos jurídicos.”⁷⁵

Já resta assentado na doutrina trabalhista a distinção entre relação de trabalho e relação de emprego, esta tida como espécie daquele gênero. Tal premissa de relação gênero-espécie “leva a uma primeira conclusão sobre a caracterização da relação de trabalho: o trabalhador deve ser pessoa natural. É patente que ao reconhecer o direito ao trabalho no art. 6º como direito social e, ainda, firmar o rol de direitos dos trabalhadores no art. 7º, o constituinte visualizou a situação daquele que efetivamente gasta a energia de trabalho em prol de um tomador dos seus serviços, pois não se pode imaginar, por exemplo e entre outros, que uma pessoa jurídica possa gozar de “licença-paternidade” ou de “licença-maternidade”, conforme incisos XVIII e XIX do citado artigo. Logo, resta inviável que se mantenha relação de trabalho entre duas pessoas jurídicas, vez que acaso contratada uma empresa prestadora de serviços, deverá ela contratar um trabalhador (pessoa natural) para, efetivamente, efetuar o gasto de energia que será objeto de contraprestação.”⁷⁶

Em decorrência desta primeira conclusão, “entre as duas pessoas jurídicas haveria uma relação meramente civil ou comercial, enquanto que, entre o trabalhador e o tomador dos seus serviços, efetiva relação de trabalho. Exemplificando, se uma empresa contrata outra para fazer dedetização no ambiente de trabalho, o funcionário que realiza a tarefa de ir ao local ministrar o produto químico mantém relação de trabalho com a empresa dedetizadora, enquanto entre esta e o cliente (pessoa jurídica que a contratou), existe relação estranha à trabalhista, não sendo de competência da Justiça do Trabalho. Por outro lado, ao se falar em relação de trabalho tem-se em foco o fato de uma pessoa, natural ou jurídica, ou mesmo um ente despersonalizado, figurar como tomador do serviço, auferindo a energia de trabalho da pessoa natural que se coloca na posição de trabalhador com a finalidade de, utilizando essa energia como incremento de sua produção ou melhoria de suas atividades, agregar valor para exploração de seus próprios produtos ou serviços junto ao usuário final. Percebe-se, assim, que entre o trabalhador e o usuário final existe uma

⁷⁵ Idem.

⁷⁶ Ibidem.

outra pessoa, o tomador dos serviços, que usa da energia do trabalhador para impulsionar sua atividade empresarial, buscando no usuário final o pagamento pelo fornecimento do produto ou da prestação do serviço.”⁷⁷

Ainda no mesmo artigo defendemos que: “numa relação de trabalho, portanto, nunca pode aparecer como tomador do serviço o usuário final, este mero cliente consumidor, mas sempre alguém que, utilizando do labor adquirido pela relação de trabalho, realiza sua função social perante os usuários finais.

Cita-se, como exemplo, o paciente que utiliza dos serviços de um dentista dentro de uma clínica especializada. Em relação ao paciente há verdadeira relação de consumo com a clínica, que a realiza através de um dos seus trabalhadores (o dentista). Já entre o dentista e a clínica sim, podemos fixar a existência de relação de trabalho, ainda que mencionado profissional seja autônomo ou eventual.

Observe-se que o dentista, no exemplo supra, despende sua energia de trabalho em prol da clínica que, recebendo o pagamento do paciente, repassa parte para o dentista e retém parte como lucro. Assim, restam evidenciadas duas relações: a de consumo entre paciente-clínica e a de trabalho, entre dentista-clínica. A primeira foge à competência da Justiça do Trabalho. A segunda, insere-se na nova competência material desse ramo do judiciário.

Indagar-se-á se, no exemplo supra, ao invés do paciente buscar uma clínica para tratamento, fosse ele buscar diretamente um dentista, profissional liberal autônomo, para execução do serviço dentário. Um exame açodado poderia levar à conclusão de que o paciente “tomou” os serviços do dentista, configurando-se uma relação de trabalho entre ambos, figurando o dentista como trabalhador e o paciente como tomador dos serviços.

Ocorre que, conforme conceito acima explicitado, a relação de trabalho não ocorre entre o trabalhador e o usuário final do serviço. No caso em análise, existiria verdadeira relação de consumo, figurando o paciente como consumidor e o dentista como prestador de serviços. A presente conclusão assegura o tratamento correto às relações de trabalho e consumo, cada uma com princípios diversos ou, pelo menos, com foco em polos diversos dessas relações.

⁷⁷ Ibidem.

Se é pacífico que a doutrina trabalhista vê na relação de consumo questões similares à relação de emprego (em sentido estrito) pela hipossuficiência de uma das partes e pela concessão de benefícios a ela em busca de uma igualdade substantiva, há de se ressaltar que, na relação de consumo, o protegido é o consumidor e, em hipótese alguma, o prestador dos serviços, este aparecendo como o detentor do poder econômico que oferece publicamente seus préstimos auferindo ganhos junto aos consumidores.

Transportando-se para as relações de trabalho em sentido lato, seria no mínimo estranho imaginar-se o deferimento de uma tutela especial ao consumidor que, no caso, apareceria também como tomador dos serviços, reconhecendo-se-lhe, simultaneamente, duas posições que se afiguram incompatíveis ontologicamente: a de fragilizado consumidor com a de contratante beneficiado pela energia de trabalho (tomador dos serviços).

Assim, resta fixada a segunda premissa para caracterização das relações de trabalho da competência da Justiça do Trabalho: o tomador dos serviços não pode ser o usuário final, mas mero utilizador da energia de trabalho para consecução da sua finalidade social (ainda que seja o tomador pessoa natural ou ente despersonalizado).⁷⁸

Passados alguns anos da alteração da competência da Justiça do Trabalho, ainda não se pode afirmar que tenha a doutrina ou mesmo a jurisprudência chegado a uma conclusão definitiva sobre a matéria, mantendo-se presente o debate que, no fundo, pode ser resumido a um dos elementos típicos da relação capitalista de exploração do trabalho humano: a alteridade.

Como bem definido na doutrina pátria, toda relação de emprego (espécie) possui de forma inerente a alteridade, já que os riscos do negócio são assumidos pelo empregador (tomador dos serviços), como expressamente dispõe o art. 2º da CLT. Indica-se, inclusive, que a alteridade seria o reverso da subordinação, conforme lição de José Augusto Rodrigues Pinto: “*Subordinado* é o trabalhador cuja energia pessoal é utilizada *por outrem*, que, por isso, *lhe dirige a aplicação*. Em consequência, só é possível encontrá-lo trabalhando para proveito alheio, quanto ao resultado da atividade, havendo mesmo quem identifique nessa circunstância um dos requisitos essenciais de sua prestação.”⁷⁹

⁷⁸ Ibidem.

⁷⁹ PINTO, José Augusto Rodrigues. *Curso de Direito Individual do Trabalho*. São Paulo: Editora LTR, 2003, 5ª edição, p. 108.

Continua o festejado mestre: “*Manuel Alonso Olea*, por sua vez, indica outro suposto elemento essencial de caracterização da prestação do empregado, a que denomina *alteridade*, consistente, segundo ele, em ser sempre o trabalho do empregado prestado em benefício de outrem, no caso, o empregador. A despeito de ser verdadeira essa constatação..., a *alteridade* não caracteriza, essencialmente, por si só, a prestação do empregado, por se tratar de mero elemento componente da subordinação, pois é em razão desta que o empregado não pode aplicar sua energia em proveito próprio.”⁸⁰

A constatação supra efetivamente constitui um dos marcos para se entender a questão da relação de trabalho e suas distinções para a espécie relação de emprego e para o gênero relação de consumo.

Na relação de emprego, como visto, necessariamente a alteridade encontra-se presente, pois esse fenômeno jurídico estabelece “uma realidade social na qual os frutos do trabalho são atribuídos inicial e diretamente a pessoa distinta de quem executou o trabalho. A atribuição ocorre em virtude uma singular relação entre o trabalho e o adquirente dos frutos, a relação de alteridade, estruturada juridicamente de formas muito diversas e peculiares, que preexistem à execução do trabalho. (tradução livre)”⁸¹

Trata-se de uma espécie de relação de trabalho que foi engendrada, como se sabe, como modelo principal para a formatação da exploração capitalista do trabalho humano, onde “a atribuição dos frutos ao terceiro no trabalho por conta alheia é inicial e originária; a alteridade consiste precisamente isto: *ab initio*, desde o momento mesmo da sua produção, os frutos são do outro, não do trabalhador. (tradução livre)”⁸²

Sendo inerente à relação de emprego, cumpre ressaltar que tal característica não é exclusiva desse negócio jurídico, não servindo portanto para distinguir a relação de emprego de outras espécies do gênero relação de trabalho, mas sem qualquer dúvida possui a virtude de caracterizar esse próprio gênero, como acima exposto: em toda e qualquer relação de trabalho encontra-se presente a alteridade.

Serve a alteridade, ainda, para se efetuar a distinção da relação de consumo, pois nela o prestador de serviços efetivamente não gasta sua energia a favor de um terceiro estranho, ou seja, não há alteridade nessa relação.

⁸⁰ Idem, p. 39.

⁸¹ OLEA, Manuel Alonso. *Derecho del Trabajo*. Madrid: Civitas Ediciones, 2006, 25ª Ed., p. 70.

⁸² Idem, p. 70.

O gênero, portanto, relação de trabalho possui como elementos essenciais o trabalho por um ser humano, com pessoalidade, alteridade e, em regra, onerosidade.

A pessoalidade aqui mencionada, entretanto, não se configura no mesmo grau da encontrada na relação de emprego e prevista no art. 2º da CLT, considerada pela doutrina em nível quase absoluto, a ponto de impedir a substituição de um empregado por outra pessoa, sob pena de descaracterização da própria relação de emprego.

Em sede do gênero “relação de trabalho”, embora necessário que o ser humano trabalhador seja quem efetivamente gastará a energia de trabalho, pode-se aceitar sua substituição por outrem desde que em comum acordo com o tomador dos serviços, como ocorre de forma bastante comum na área da saúde, onde um médico autônomo plantonista, por exemplo, pode ser substituído por outro colega também autônomo, possuindo ambos relação de trabalho com o mesmo tomador, provavelmente o substituído de forma habitual e o substituto de forma eventual.

No que concerne à onerosidade, em regra estará presente na relação de trabalho pelo simples fato de tal relação jurídica importar como forma de inserção no mundo capitalista do ser humano trabalhador, mormente diante do campo do presente estudo que tem sua premissa na questão do trabalho remunerado de um lado e da exploração capitalista de outro.

Embora seja essa a regra, não se pode olvidar da exceção de certa forma comum do trabalho voluntário, que em nosso sentir permanece inserido no campo das relações trabalhistas, embora despojado da onerosidade, constituindo uma exceção à regra geral.

Para deixar clara a delimitação do gênero “relação de trabalho”, vale abordar ainda a questão do pequeno empreiteiro (ou empreiteiro operário ou artífice) e das pessoas que trabalham tal qual as diaristas em residências particulares.

Tais figuras prestam serviço diretamente ao destinatário final (contratante), com onerosidade e, tratando-se de pessoas naturais, mas sem alteridade. Ora, se o prestador de serviços gasta sua energia para o contratante sem intermediários, não se pode cogitar de trabalho por conta alheia e, assim, do clássico conflito capital-trabalho.

Diante desta constatação resta a dúvida: essas pessoas não podem ser conceituadas como trabalhadores em relações de trabalho?

A fim de apresentar resposta a esta questão, há de se efetuar uma nova abordagem que possa de forma harmônica não contrariar a regra geral acima exposta para o conceito de relação de trabalho, ao mesmo tempo que justifique a manutenção dessas pessoas no seio das relações trabalhistas, valendo registrar que pela própria norma consolidada há competência da Justiça do Trabalho ao menos para a figura do pequeno empregado (art. 652, a, III da CLT).

Em nosso sentir, o caminho para uma solução coerente passa pela percepção de que esses prestadores de serviço encontram-se numa zona intermediária entre a relação de trabalho padrão e a relação de consumo, possuindo características de ambas.

Da relação de trabalho, há o elemento de serem seres humanos que laboram com pessoalidade e onerosidade; da relação de consumo, a inexistência de alteridade.

A nota que resolve o problema encontra-se na circunstância do prestador dos serviços ter capacidade ou não de oferecer sua atividade no mercado consumidor, o que constitui elemento essencial para a configuração da relação de consumo. Nos casos ora em análise, resta patente que nem a diarista nem o pequeno empregado possuem força suficiente para lançar no mercado suas atividades, o que impede sua configuração como prestadores de serviço em relação de consumo.

Essa ausência de força pode ser traduzida como a manutenção da debilidade, da fragilidade típica de um trabalhador, o que denominamos de “paradigma da hipossuficiência”, o que os torna semelhantes à figura do empregado. Não foi por outro motivo, inclusive, que há décadas o legislador trouxe para a competência da Justiça do Trabalho o pequeno empregado.

A bem da verdade, a atual competência da Justiça do Trabalho apenas alargou o caso do pequeno empregado para outras relações jurídicas de prestação de serviço que tenham a mesma característica, a debilidade do trabalhador.

Assim, pode-se finalizar o conceito de relação de trabalho como sendo a relação em que um ser humano gasta energia de trabalho pessoalmente, em regra com onerosidade, a um tomador dos serviços e com alteridade, salvo quando presente o paradigma da hipossuficiência, quando desnecessária a existência da alteridade.

Fixadas estas importantes premissas, deve-se analisar mais de perto a questão da externalização do trabalho a uma pessoa natural (ainda que sob a roupagem de pessoa jurídica).

Entenda-se, desde logo, que não se preocupa aqui no estabelecimento da licitude ou não da contratação de trabalhadores através de pessoa jurídicas pelos próprios constituídas, pois ou tal estratégia restará configurada como fraude à relação de emprego, quando configurados os elementos típicos desta relação jurídica, ou trata-se de trabalho efetivamente autônomo em que o ser humano utilizou deste expediente com a finalidade de reduzir encargos fiscais, o que pode configurar fraude não na seara trabalhista.

Logo, justamente no uso de trabalho autônomo de pessoa natural – ou contratação dessa pessoa natural através de pessoa jurídica – é que reside mais essa forma de externalização do trabalho, muito em voga na atualidade.

De fato, percebe-se cada vez mais que o mercado de trabalho não se importa em obter mão-de-obra sob o modelo clássico da relação de emprego, pois mais interessa na atualidade o resultado obtido pelos trabalhadores do que propriamente a disponibilização de energia de trabalho para ser manipulada por um empregador.

A nova mentalidade que parece ter sido instalada no seio de nossa sociedade passa por um natural esvaziamento das relações pessoais permanentes, aí incluía a relação de emprego, sendo mais fácil e menos custoso manter vínculos precários que podem ser descartados a qualquer momento e com reduzida carga de proteção jurídica, o que igualmente reduz os riscos financeiros e o custo do trabalho assim obtido.

O fenômeno conhecido como “empreendedorismo” pode ser citado como demonstração desta tendência. Se de um lado pode-se pensar que um empreendedor não passa de um empregado que sofreu precarização na sua condição, pois passa a trabalhar suportando parcela do risco empresarial, por outro não se pode negar que em diversos tipo de labor, mormente intelectuais e de concepção, essa nova fórmula produz maiores ganhos e liberdade para quem consegue se estabelecer como tal.

Note-se que tal vinculação plasticamente mais flexível ocorre quando esse trabalho contratado com autônomos continua sendo necessário como fator da produção do tomador dos serviços, o que revela as características básicas do gênero descentralização: externalização de trabalho necessário com vínculo de controle sobre o contratado.

Frise-se que o trabalho autônomo ora considerado leva em consideração a mudança ocorrida no próprio conceito dessa figura como decorrência da tese ora adotada sobre relação de trabalho, pois o autônomo que assume os riscos do próprio negócio é aquele que gasta energia sem alteridade, ou seja, usufruindo o máximo do potencial de seu trabalho, o que somente ocorre com o prestador de serviços que oferece seu mister no mercado de consumo, vale dizer, numa relação de consumo; já o autônomo visto como trabalhador em uma relação de trabalho presta seus serviços com alteridade, ou seja, a favor de um tomador dos serviços que adquire essa energia para usar dentro de seu empreendimento como um fator da produção, o que revela que o risco da atividade permanece com o tomador dos serviços, que simplesmente usa do trabalhador autônomo para obter mão-de-obra flexível, não sendo possível a verificação de que esse trabalhador autônomo assume os riscos do negócio, até porque seu trabalho é apenas pequena parcela de uma atividade que é inserida no negócio do tomador de seus serviços.

Vale lembrar que essas circunstâncias do atual estado do trabalho autônomo levou alguns ordenamentos jurídicos a estabelecer uma proteção trabalhista específica diante da constatação de sua precariedade e, portanto, semelhança ao próprio empregado num dos caracteres de sua relação jurídica com o tomador dos serviços: a dependência, citando-se por todos o exemplo espanhol com a criação do Estatuto do Trabalhador Autônomo, que define como trabalhador autônomo economicamente dependente “aqueles trabalhadores que ‘realizam uma atividade econômica ou profissional a título lucrativo e de forma habitual, pessoal, direta e predominantemente para uma pessoa física ou jurídica, denominado cliente, de que dependem economicamente por perceber dele, ao menos, 75 por cento de seus ingressos por rendimento do trabalho e de atividades profissionais’ (tradução livre)”⁸³, sendo que tal trabalhador deve preencher ainda os seguintes requisitos: “não ter a cargo trabalhadores ou conta alheia ou própria, impossibilidade de contratar ou subcontratar atividade, auto-organização na execução da atividade, disposição de materiais e infraestrutura própria de caráter economicamente relevante etc. (tradução livre)”⁸⁴

O uso, portanto, de indivíduos (diretamente ou sob a roupagem de pessoas jurídicas) também pode caracterizar a existência de descentralização, o que aprofunda a

⁸³ DAL-RE, Fernando Valdés; VILLALÓN, Jesús Cruz. *El estatuto del trabajo autónomo*. Madrid: La Ley, 2008, p. 204-205 (artigo de Alberto Valdés Alonso)

⁸⁴ Idem, p. 205.

complexidade da delimitação de uma responsabilidade trabalhista por parte de quem se aproveita da energia de trabalho.

Pode-se dizer, inclusive, que a descentralização tende a ir se expandindo a ponto de se adelgar num caminhar que passa pela contratação de empresas até chegar à utilização de pessoas naturais, num modelo de trabalho em que cada um passa a ser responsável por si mesmo, modificando-se radicalmente a percepção do valor do trabalho humano e do sentimento de solidariedade que informou o Direito do Trabalho da era industrial, como mais a frente será abordado neste estudo.

3. Rede de empresas: espécie de descentralização

Definidas as figuras já regulamentadas em nosso ordenamento jurídico e que podem ser consideradas espécies do gênero descentralização, cumpre delimitar o conceito da mais recente das espécies desse fenômeno mundial, advertindo-se desde logo que parte-se da premissa da realização de um esforço didático para melhor compreensão do instituto em análise, já se reconhecendo que existem diversas facetas para a distribuição das etapas produtivas de uma empresa, sendo bastante difícil isolar-se cada uma delas.

Assim, como critério para delimitação do presente estudo, adotar-se-á a configuração que parece de maior ocorrência na atualidade e que apresenta contornos diversos dos fixados para as demais espécies deste gênero.

3.1. Critérios para fixação da espécie de descentralização denominada “Rede de Empresas”

A definição do fenômeno de estruturação empresarial em rede não é preocupação apenas da doutrina brasileira. Diante da globalização, essa importante alteração na forma de se produzir afeta igualmente a questão trabalhista nos diversos países que, interligados, aderem a este mesmo movimento. Na doutrina portuguesa, pode-se identificar o conceito de estruturação em rede (reticular) através da seguinte proposição, que analisa a questão:

“Mais recentemente, e sempre com o fito de inovar e de se adaptar às mudanças, as empresas começaram a organizar-se em redes de cooperação. O que torna a cooperação contemporânea distinta da que sempre existiu é o facto de ela operar em rede, isto é, de ser desenvolvida de uma forma orgânica, procurando tirar partido das especificidades e especialização de cada uma das empresas da rede, de forma a que as sinergias geradas aportem valor acrescentado ao produto ou serviço colocado no mercado. A cooperação já não é fruto da opção de apenas uma empresa – a maior e economicamente mais forte – que depois é secundada por outras que se tornam seus satélites, mas é muitas vezes resultado de actuações concertadas de várias empresas, numa verdadeira concatenação de esforços com

vista a um resultado que a todas beneficia, sendo esse um dos grandes factores de competitividade das empresas em rede.”⁸⁵

Em Espanha também verifica-se essa preocupação, como nos dá conta Juan Gorelli Hernández:

“Outro dos mecanismos que se estão utilizando com maior êxito por parte das empresas é adotar uma estratégia de produção em rede ou redes de empresas, fenómeno económico que admite múltiplas tipologias, o qual se faz difícil de apreender em termos jurídicos. Podemos seguir a denominação que lhes outora OJEDA ALVILES: ‘coordenação empresarial estável de meios instrumentais com repercussão laboral para impulsionar os objetivos próprios da cada empresa membro’. Trata-se de um estratégia através da qual as empresas, que não podem desenvolver a totalidade de seu processo produtivo, buscam colaboradores ou aliados estáveis para o desenvolvimento de projetos; de maneira que a colaboração se produz somente durante o período em que o projeto está em marcha (de maneira estável, mas não permanente nem pontual).”⁸⁶

No cenário nacional o problema não é diferente, sendo pacífico na doutrina que vivemos a mesma situação mundial de reestruturação produtiva com adoção das redes de empresas:

“Como apontam diversos autores (AMATO NETO, 1995; SALERNO, 1992), as empresas tendem, então, a adotar uma estratégia orientada para a descentralização produtiva, focalizando seu negócio principal (missão da produção) e, em paralelo, desenvolvendo ou contratando outras empresas especializadas em atividades/serviços de apoio ou fornecedores de componentes de produtos finais (terceirização), surgindo a necessidade de um novo tipo de relacionamento mais cooperativo entre as empresas, principalmente na cadeia da qual fazem parte. Esse novo relacionamento é baseado nas experiências de outros países, como o Japão, que estabeleceu vínculos estreitos entre as grandes empresas e as terceiras, vínculos estes que incluem o desenvolvimento conjunto de novos projetos e/ou aperfeiçoamento de

⁸⁵ COSTA, Ana Isabel Lambelho. *Descentralização produtiva, redes de cooperação empresarial e negociação coletiva. Reflexões a partir da experiência portuguesa*. Tese de Doutorado, Universidad Salamanca, 2010, p. 66, disponível em http://iconline.ipleiria.pt/bitstream/10400.8/760/1/DDTTS_CostaAI_Descentraliza%C3%A7ao.pdf, acessado em 25.02.2015.

⁸⁶ HERNÁNDEZ, op.cit., p. 30.

componentes já existentes via auxílio técnico, uso comum de laboratórios, pessoal, equipamentos, etc.

Assim, é uma das características-chave da especialização flexível, onde a cooperação entre as unidades produtivas é imprescindível e vem desencadear um processo novo de fabricação: "*o produto passa a percorrer uma rota através de equipamentos e instalações de diferentes unidades produtivas autônomas*" (CELESTE, 1993, p.36). A empresa-mãe centra seu negócio, reduzindo o número de processos de transformação, e passa a subcontratar ou desenvolver outras empresas, formando-se uma cadeia de produção ordenada e eficiente. Esta organização permite às empresas menores enfrentarem problemas como acesso às fontes de matérias-primas, aos financiamentos, às informações, entre outras. Responde à necessidade das organizações em responder rapidamente às oscilações de demanda do mercado, podendo lançar novos produtos em tempo curto (diversificação de bens).⁸⁷

O que se percebe, portanto, são alguns elementos básicos que identificam a formação dessa rede de cooperação entre empresas, sendo necessário, entretanto, traçar basicamente duas situações diversas que produzirão resultados diferentes em termos de responsabilidade pelos direitos trabalhistas, a rede por simples cooperação (rede natural) e a rede por controle (rede economicamente dependente).

Essa constatação decorre do fato de se observar que existem empresas em rede que simplesmente utilizam do serviço de outras em relação de total autonomia, como se uma visse a outra como fornecedor/cliente, ou seja, não se pretende aqui nenhum tipo de fiscalização direta ou indireta, nenhum tipo de manipulação dos destinos da outra empresa, enfim, cada uma mantém suas atividades de forma independente – inclusive no plano fático – mas apenas realizam contrato para fornecimento de produtos ou serviços, o que permite, inclusive, que em termos de dimensão ou força patrimonial a empresa contratada seja talvez mais poderosa ou com mais presença de mercado do que a própria contratante, não sendo possível imaginar-se, como frequentemente acontece na área trabalhista, de que tal rede foi estruturada com a finalidade única de se promover fraude aos preceitos trabalhistas com precarização da mão-de-obra.

⁸⁷ GARAY, Angela Beatriz Scheffer. *Reestruturação Produtiva e Desafios de Qualificação: Algumas Considerações Críticas*, disponível em <http://www.cefetsp.br/edu/eso/globalizacao/desafioqualificacao.html>, acessado em 25.02.2015.

Pode-se identificar que em tal caso a formação da rede ocorre após a existência real e autônoma de cada uma dessas empresas, que não dependem uma da outra para manter sua permanência no mercado.

Como exemplo cita-se uma montadora de automóveis de presença mundial que contrata com fabricante de pneus também de escala global o fornecimento desse material, sendo comum ocorrer desse fabricante de pneus também fornecer, simultaneamente, para outras empresas do ramo automobilístico, inclusive concorrentes, e a empresas de outros ramos (aviação, indústria ciclística etc.) o que denota que tal rede de cooperação se deu de forma natural, sem interferência entre as empresas contratantes no que concerne à sua existência e autonomia.

Por outro lado, não se pode ignorar a existência de redes de empresas que passam desse limite da simples combinação de valores empresariais, observando-se uma espécie de liderança de uma das empresas que sobressai como base estruturante da rede que se forma à sua volta, campo fértil para a precarização do trabalho humano com a ruptura do modelo tradicional de contratação de mão-de-obra, e que se aproveita de um vazio normativo, como logrou acontecer historicamente com a empresa Toyota, conforme ensina Erenice de Oliveira:

“Flexibilidade, no limite, é a busca da ruptura do complexo de relações que ordenavam o mundo do trabalho em torno da solidariedade social que se fortalecia e orientava a luta operária mundial.

A força de trabalho divide-se em trabalhadores internos e externos, estes ligados às empresas terceirizadas, que ocasionalmente prestam serviços para a empresa principal.

...

Considerando a concepção do veículo, a Toyota concentra suas operações sobre a montagem e a manufatura de partes essenciais, tais como motores, *designer* e *marketing*.

A fábrica ‘ohnista’⁸⁸ se subdivide, deslocando tarefas e operações, até ficar com uma estrutura mínima, um núcleo central de comando e controle da produção de 25% das peças, das quais 10% dos componentes estratégicos são motores. Os outros 75% das tarefas são confiadas aos fornecedores de componentes automobilísticos, organizados em empresas externas, subcontratadas, formadas por empresas medianas, pequenas e minúsculas. (Watanabe, 1993:20).

⁸⁸ Referência ao engenheiro Taiichi Ohno, tido como figura central na criação do modelo “toyotista” de produção.

Cria-se uma verdadeira rede hierarquicamente horizontalizada de fabricantes menores, fornecendo a base da concorrência e competitividade em que se apoia e sustenta o capitalismo japonês, na forma como é organizado a partir dos anos de 1950. Em outras palavras, da malha de subcontratadas de uma empresa resulta a rede de subcontratação que é a própria forma da estrutura industrial no Japão denominada *keiretsu*.⁸⁹

Não se pode, portanto, ignorar a distinção patente entre as duas situações acima mencionadas. De um lado, a rede de cooperação empresarial natural, que constitui mera evolução das relações capitalistas do mundo globalizado (a que convencionamos chamar de “rede natural”) e que não indica nenhuma fraude trabalhista; de outro lado, a rede criada mantendo-se um claro vínculo que ultrapassa os limites da mera cooperação natural, que deve constituir o foco da preocupação trabalhista, a que chamados de “rede dependente”.

Mencionada distinção tem por base um pensamento que, a bem da verdade, é anterior a esta constatação: a opção pela descentralização produtiva é lícita diante do princípio da livre iniciativa consagrado na Constituição de 1988 como um de seus pilares, conforme art. 1º, IV:

“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:

...

IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa”

Ao contrário do que geralmente se defende na área trabalhista, não se pode entender, portanto, que o simples fato de uma empresa estar estruturada em rede constitui ofensa ao ordenamento jurídico, como será explicitado no capítulo 4 do presente estudo.

A análise dos intérpretes do Direito do Trabalho tende a visualizar a descentralização como fraude aos preceitos trabalhistas por tomar como ponto de partida, geralmente, a percepção das consequências desse fenômeno nas relações de trabalho, havendo uma ideia geral de que a descentralização possui um forte caráter negativo, pois orientada à criação de uma nova forma de gestão empresarial com a finalidade de precarização do trabalho humano.

⁸⁹ GUERRA, op. cit., p. 33.

De fato, parece que a motivação principal para a opção do empresário pelo uso da descentralização não é diretamente a vontade de prejudicar o ser humano trabalhador, mas de acompanhar o cenário atual onde a revolução tecnológica e a globalização impuseram uma rapidez ao modelo econômico que dificilmente é acompanhado por quem mantém uma estrutura taylorista/fordista.

A estrutura clássica, sob a qual o direito do trabalho floresceu, produz uma empresa de grande porte, inchada em quantidade de trabalhadores, com alto custo fixo decorrente da manutenção das diversas plantas de trabalho, benefícios etc., não conseguindo manter competitividade com empresas criadas sob a lógica da flexibilidade instalada a partir do sistema toyotista.

Pode-se lamentar essa opção efetuada pela sociedade mundial, mas não se pode ignorar que o fenômeno já se instalou e parece não mais permitir uma volta ao passado glorioso do direito do trabalho gerado a partir da empresa verticalizada.

Cumprido na atualidade, portanto, primeiro fazer uma difícil abordagem da descentralização sem os preconceitos de uma era que não mais subsiste para, então, encontrar mecanismos nessa análise científica que possam estabelecer o que realmente importa no desenvolvimento do Direito do Trabalho: novas formas de tutela ao ser humano trabalhador.

Não se ignora, por óbvio, que no plano normativo não aconteceram avanços no ordenamento jurídico trabalhista que pudessem auxiliar no enfrentamento de tal desafio, cabendo aos intérpretes a tarefa de aplicação do direito criado em outra realidade para novas paragens, como se pretende realizar na presente tese, sob o enfoque dos direitos fundamentais do ser humano.

Como antes mencionado, o empresário que se lança numa estruturação reticular, portanto, não o faz necessariamente pensando na precarização da condição do trabalhador, mas basicamente para sobreviver na realidade posta, obtendo com a externalização das etapas da produção uma redução de custos decorrente, principalmente, da também redução dos riscos inerentes ao negócio.

O risco, que na visão clássica sempre foi integralmente assumido pela empresa verticalizada, na rede de cooperação é partilhado entre seus diversos componentes, seja pelo insucesso de um de seus integrantes, que pode assim ser facilmente substituído por

outro, seja porque boa parcela do tradicional custo fixo de uma empresa é assumido de forma repartida pelas diversas empresas estruturadas de forma reticular.

Veja-se que não se fala apenas em risco trabalhista, que de forma patente fica reduzido ao empresário e repartido entre as diversas componentes da rede, mas de toda a sorte do risco inerente ao sistema capitalista, inclusive no que concerne à necessidade de capital inicial para criação de um empreendimento e caixa para sua manutenção.

De certo que é bastante fácil perceber que, para um pequeno ou médio empresário, torna-se muito mais simples – e possível – aventurar-se no mercado dentro da lógica das redes empresariais, pois se antes, por exemplo, para criar uma editora com a finalidade de publicação de livros o empresário precisaria investir num parque gráfico, revisores, diagramadores, logística, entrega etc., atualmente pode simplesmente se preocupar com a produção do conteúdo de qualidade e contratar com empresas especializadas cada uma dessas etapas da produção do livro.

De positivo, a estruturação em rede movimentava a economia, permitindo que novos empreendedores tenham possibilidade de iniciarem suas empresas, a ponto de se defender que vivemos a “era do empreendedorismo”, um tipo de comportamento de quem quer mudança, reage propositivamente a ela e busca explorá-la como uma oportunidade.

De negativo, a percepção de que as pessoas assim agindo sofrem com a assunção de riscos, cada vez mais presentes em suas vidas, com a escassez de postos tradicionais de trabalho, ou seja, a percepção de que o mundo do trabalho mudou.

Existem, portanto, duas subespécies de redes empresariais, a natural e a dependente.

De comum, a externalização de uma etapa necessária da produção; de diferente, o grau de controle entre as empresas. Na rede dependente resta presente um grau de controle que retira a liberdade da empresa satélite perante a empresa principal. Ambas produzem impactos nas relações trabalhistas, mas a natural como mera decorrência de um novo modelo de organização produtiva que determina uma nova arrumação da mão-de-obra, enquanto a dependente através do odioso sistema de controle disfarçado que precariza o trabalho humano.

3.1.1. Impactos nas relações trabalhistas da organização em rede (natural ou dependente)

Já restou observado nas seções precedentes que a descentralização produtiva não se coaduna com a dogmática clássica do Direito do Trabalho, trazendo o seu uso algumas consequências insolúveis do ponto de vista do direito positivo e da própria natureza da proteção trabalhista construída após a Revolução Industrial.

A fim de se apresentar os principais impactos da organização produtiva em rede na seara trabalhista no que concerne às relações laborais individuais, adota-se a classificação proposta, por mais completa, na tese de doutorado apresentada por Ana Isabel Lambelho Costa perante a Universidade de Salamanca com o tema “Descentralização Produtiva, Redes de Cooperação Empresarial e Negociação Colectiva. Reflexões a partir da experiência portuguesa” em 2010, que apresenta três eixos de análise dos mencionados impactos: na estrutura do mercado de trabalho, na relação laboral do trabalhador da empresa principal e na relação laboral do trabalhador da empresa contratada.

No que concerne à estrutura do mercado de trabalho, a autora indica o carácter complexo do empregador como primeiro item afetado pelas redes de empresas, pois tradicionalmente, inclusive no direito brasileiro, pensou-se o empregador como uma figura singular, um sujeito de direito que dirige a prestação pessoal dos serviços, embora no caso brasileiro o legislador tenha utilizado para o conceito legal a ideia de empresa que, como se sabe, a rigor é objeto de direito.

A estruturação em rede de empresas, portanto, produz uma verdadeira dissipação do clássico poder diretivo entre as empresas que estão em cooperação, pois “faz com que entre as empresas haja uma troca de conhecimentos e o uso, por todos os membros da rede, das estruturas empresariais de cada um ou de outras especificamente criadas para o efeito, o que conduz ou potencia a confusão patrimonial. A cooperação lícita das empresas tem por base variados esquemas contratuais que vão muito mais além dos societários.”⁹⁰

Identifica a autora, ainda, que “aos aspectos patrimoniais da organização juntam-se os pessoais, pois, em muitos casos, os titulares das organizações produtivas são os mesmos ou alguns deles participam em órgãos de gestão de outras empresas. Em Portugal é relativamente frequente que as redes empresariais ou mesmo os grupos de empresas resultem do impulso de um sócio comum a todas elas, exercendo ele, as mais das vezes,

⁹⁰ COSTA, ob. cit., p. 129.

também os poderes típicos do empregador. A organização empresarial em rede reflecte-se ao nível laboral na partilha de trabalhadores ou na prossecução das finalidades produtivas de uma das empresas pelos trabalhadores de outras, devido à cedência ocasional de trabalhadores ou à celebração de contratos de prestação de serviços ou de outros contratos atípicos. O funcionamento em rede provoca também a perda de alguma da autonomia organizativa das empresas, pois a tomada de decisões passa a ser feita em conjunto (as redes de cooperação horizontal) ou por uma das empresas da rede, tendo as restantes de a elas se sujeitar (nas redes de cooperação vertical)”⁹¹

Pode-se concluir, assim que a figura do empregador passa a ser plural, complexa, como inclusive já acontece com a figura do consórcio de empregadores (inserido ou não num grupo económico), o que naturalmente dificulta a delimitação de responsabilidades e até mesmo o próprio conhecimento, pelo empregado, de quem se aproveita de sua energia de trabalho, pois a fragmentação da cadeia produtiva em rede quase que impede o conhecimento pelo trabalhador do real beneficiário de sua energia de trabalho.

A segunda modificação fática que a estruturação em rede apresenta é a diversificação das formas de contratação do trabalhador.

Como bem asseverado por Isabel Costa, “Cada vez mais o trabalhador dispõe de um certo grau de autonomia na realização da sua tarefa. Tal resulta não só do aumento das taxas de escolaridade e de formação profissional, em comparação com as que se verificavam na primeira metade do século XX, como também da “intelectualização” do trabalho, da introdução das novas tecnologias que permitem a deslocalização da prestação de trabalho (teletrabalho), bem como da própria forma de organização do mesmo, mais orientada para a consecução de resultados. As tarefas repetitivas e programáveis, antes realizadas por operários não qualificados, tendem agora a ser executadas por máquinas, altamente produtivas. Para o Homem ficam as tarefas de análise, readaptação dos sistemas, programação e direcção. Requer-se, por isso, que os trabalhadores tenham altos níveis de preparação técnica, que sejam flexíveis e que se adaptem a novas condições de trabalho. Para tanto, a formação profissional ao longo da vida activa é fundamental. Esta assume importância em dois aspectos essenciais: quer na requalificação/reconversão de trabalhadores, exigida pelas mudanças organizativas e pela introdução de novos processos e

⁹¹ Idem, p. 129.

métodos de fabrico, quer na permanente actualização dos trabalhadores, permitindo-lhes aportar para a empresa novas ideias e torná-los mais participativos no processo produtivo.”⁹²

Fica patente, na actualidade, uma crise para o modelo tradicional de subordinação jurídica, a partir do momento em que o trabalhador ganha autonomia na sua atividade, importando mais pelo que produz, pelo que apresenta de resultado, do que pela necessidade de comando direto do empregador, ainda mais diante da possibilidade de labor fora do ambiente empresarial e da fiscalização direta do empregador.

Interessante notar que a legislação pátria já tenta se amoldar a essas novas necessidades, ao remodelar o art. 6º da CLT e acrescentar seu parágrafo único, de forma a esclarecer que o fato do empregado laborar a distância e sofrer controle por meios telemáticos em nada altera seus direitos trabalhistas.

Entretanto, esse novo tipo de trabalhador, que importa mais pelo conhecimento que possui e pelo resultado que apresenta, facilmente pode ser contratado por modelos que dificultam a configuração da relação de emprego, proliferando-se a chamada “pejotização” do ser humano, um fenômeno atual que faz com que ambas as partes, empresa e trabalhador intelectualizado, utilizem da criação de pessoas jurídicas para prestação do labor, mormente como forma de se evitar os encargos fiscais inerentes à formalização do emprego.

Alia-se a tal fenômeno as ideias acerca do empreendedorismo, onde o ser humano sente que se lançar ao risco do trabalho não formalizado pode ter maiores possibilidades de ganho, muito embora não obtenha nenhuma segurança em caso de adversidades. Retorna-se, assim, ao campo do individualismo, da perda da noção de solidariedade social, agindo cada um para conquista de seu espaço e de seu sucesso, que se apresenta possível a todos que se esforçarem em tal sentido. No fundo, esse novo modelo de mundo do trabalho transforma os próprios trabalhadores em “minicapitalistas” que investem na sua própria capacidade de produzir num mundo onde todos virtualmente podem vencer.

Óbvio que do Direito do Trabalho não se apresenta preparado para tal realidade, pois restringe-se sua aplicação ao empregado formal, de forma que o novo trabalhador “PJ” não obtém qualquer possibilidade de proteção social, salvo a tentativa de buscar na Justiça

⁹² Ibidem, p. 145.

do Trabalho o reconhecimento do vínculo de emprego, o que somente é feito após o insucesso da empreitada individual, em questionável conduta ética.

Observe-se que, aqui, deve-se separar a figura do trabalhador que se lançou conscientemente num novo tipo de trabalho onde a subordinação jurídica é questionável daquele que, premido por necessidades, foi coagido a aceitar o labor em tais condições. Para este, não há dúvida, cabe a aplicação dos preceitos trabalhistas consolidados.

Entretanto, não se pode negar que a atual realidade demonstra não ser mais a simples aplicação da CLT aos casos de fraude a solução para os problemas estruturais do Direito do Trabalho na era da descentralização produtiva, seja porque a Justiça do Trabalho nunca conseguirá reconhecer todos os vínculos de emprego que se realizam mascarados, por falta de iniciativa dos próprios interessados ou por falta de capacidade estrutural para tal, seja porque a simplificação de aplicação ou não da CLT gera dois grandes grupos de trabalhadores: os totalmente protegidos e os sem proteção alguma.

A bem da verdade, de há muito as empresas diversificaram as formas de contratação de seus trabalhadores, sendo conhecida a fórmula dos setores de recursos humanos de nominar todos como “colaboradores” como forma de reduzir a sensação da diversidade de vínculos dentro de uma mesma realidade empresarial.

O fato é que a “descentralização produtiva e a organização empresarial em rede fazem, pois, perder a tendencial uniformidade das condições de trabalho.”⁹³

Como terceira modificação imposta pela descentralização produtiva, a autora acima citada indica o problema das fronteiras do Direito do Trabalho, ou seja, se deve-se permanecer com a ideia de subordinação jurídica como fato principal de aplicação da legislação trabalhista ou se deve-se adotar novas formas de dependência para aplicação desse ramo do direito.

Pode-se mencionar, neste aspecto, que há no Brasil interessante proposta interpretativa acerca da subordinação, repensando-se tal dogma para a realidade da estruturação em redes, chamada subordinação estrutural que, por sua importância, será analisada em tópico próprio.

Por outro lado, a questão da crise do conceito de subordinação pode levar ao questionamento do caminho a ser adotado pelo Direito do Trabalho, reflexão esta que se faz

⁹³ Ibidem, p. 148

presente de forma mais patente ao menos desde a ampliação da competência da Justiça do Trabalho para todas as relações de trabalho: ampliar-se o Direito do Trabalho para alcançar as demais relações de trabalho (ainda que não subordinadas) ou manter-se o panorama atual com a regulação em separado das outras relações de trabalho, com direitos distintos.

Ambos os caminhos apresentam virtudes e vicissitudes, como quase tudo na vida, mas a escolha entre eles talvez já tenha sido realizada pelo Brasil ainda que de forma tímida.

Desde a Reforma do Judiciário em 2004, não se obteve qualquer alteração nos ditames da legislação trabalhista que possibilitasse a inclusão de outros trabalhadores no seu campo de aplicação, o que demonstra que até aqui não quis o legislador avançar com o dogma do Direito do Trabalho para outras paragens.

Ao contrário, nota-se que houve o incremento de novas leis que pontualmente consagraram clássicos direitos trabalhistas a algumas figuras, como no caso das cooperativas de trabalhadores e do estagiário.

No caso das cooperativas de trabalho a Lei 12.690 de 19 de julho de 2012, embora reconheça que o trabalhador cooperativado não é empregado, tanto que seu artigo primeiro determina a aplicação subsidiária da lei geral das cooperativas (Lei 5.764, de 16 de dezembro de 1971) e do Código Civil (Lei 10.406 de 10 de janeiro de 2002), obviamente não se lhe aplicando a CLT, até por força do parágrafo único do art. 442 consolidado, que permaneceu em vigor após os vetos presidenciais, e que exclui o vínculo de emprego para o cooperativado, a própria nova legislação atribui diversos direitos trabalhistas dos empregados aos trabalhadores cooperativados em seu artigo sétimo, a saber:

“Art. 7º A Cooperativa de Trabalho deve garantir aos sócios os seguintes direitos, além de outros que a Assembleia Geral venha a instituir:

I - retiradas não inferiores ao piso da categoria profissional e, na ausência deste, não inferiores ao salário mínimo, calculadas de forma proporcional às horas trabalhadas ou às atividades desenvolvidas;

II - duração do trabalho normal não superior a 8 (oito) horas diárias e 44 (quarenta e quatro) horas semanais, exceto quando a atividade, por sua natureza, demandar a prestação de trabalho por meio de plantões ou escalas, facultada a compensação de horários;

III - repouso semanal remunerado, preferencialmente aos domingos;

IV - repouso anual remunerado;

- V - retirada para o trabalho noturno superior à do diurno;
- VI - adicional sobre a retirada para as atividades insalubres ou perigosas;
- VII - seguro de acidente de trabalho.”

Além do mais, preocupou-se o legislador em impedir o uso desvirtuado das cooperativas de trabalho no artigo quinto, ao vedar sua utilização para intermediação de mão-de-obra subordinada, além de estender as normas de saúde e segurança do trabalho no artigo oitavo e fixar a responsabilidade solidária do tomador dos serviços (contratante) pelo cumprimento das normas de saúde e segurança do trabalho quando os serviços forem prestados no seu estabelecimento ou em local por ele determinado (artigo nono).

Evidente, portanto, que o legislador optou por manter este tipo de trabalho fora do conceito clássico da relação de emprego, embora atribuindo-lhe alguma espécie de proteção social, talvez indicando o caminho a ser adotado para o futuro das relações de trabalho.

Da mesma forma, o trabalhador estagiário recebeu, nos últimos anos, tratamento diferenciado que lhe assegura alguns direitos trabalhistas, embora não seja também conceituado como empregado, sendo a Lei 11.788 de 25 de setembro de 2008 taxativa neste sentido conforme seu art. 3º: “O estágio, tanto na hipótese do § 1º do art. 2º desta Lei quanto na prevista no § 2º do mesmo dispositivo, não cria vínculo empregatício de qualquer natureza.”

Quanto aos direitos tipicamente trabalhistas assegurados ao estagiário, vale transcrever os artigos correspondentes:

“Art. 10. A jornada de atividade em estágio será definida de comum acordo entre a instituição de ensino, a parte concedente e o aluno estagiário ou seu representante legal, devendo constar do termo de compromisso ser compatível com as atividades escolares e não ultrapassar:

I – 4 (quatro) horas diárias e 20 (vinte) horas semanais, no caso de estudantes de educação especial e dos anos finais do ensino fundamental, na modalidade profissional de educação de jovens e adultos;

II – 6 (seis) horas diárias e 30 (trinta) horas semanais, no caso de estudantes do ensino superior, da educação profissional de nível médio e do ensino médio regular.

§ 1º O estágio relativo a cursos que alternam teoria e prática, nos períodos em que não estão programadas aulas presenciais, poderá ter

jornada de até 40 (quarenta) horas semanais, desde que isso esteja previsto no projeto pedagógico do curso e da instituição de ensino.

§ 2º Se a instituição de ensino adotar verificações de aprendizagem periódicas ou finais, nos períodos de avaliação, a carga horária do estágio será reduzida pelo menos à metade, segundo estipulado no termo de compromisso, para garantir o bom desempenho do estudante.

Art. 11. A duração do estágio, na mesma parte concedente, não poderá exceder 2 (dois) anos, exceto quando se tratar de estagiário portador de deficiência.

Art. 12. O estagiário poderá receber bolsa ou outra forma de contraprestação que venha a ser acordada, sendo compulsória a sua concessão, bem como a do auxílio-transporte, na hipótese de estágio não obrigatório.

§ 1º A eventual concessão de benefícios relacionados a transporte, alimentação e saúde, entre outros, não caracteriza vínculo empregatício.

§ 2º Poderá o educando inscrever-se e contribuir como segurado facultativo do Regime Geral de Previdência Social.

Art. 13. É assegurado ao estagiário, sempre que o estágio tenha duração igual ou superior a 1 (um) ano, período de recesso de 30 (trinta) dias, a ser gozado preferencialmente durante suas férias escolares.

§ 1º O recesso de que trata este artigo deverá ser remunerado quando o estagiário receber bolsa ou outra forma de contraprestação.

§ 2º Os dias de recesso previstos neste artigo serão concedidos de maneira proporcional, nos casos de o estágio ter duração inferior a 1 (um) ano.

Art. 14. Aplica-se ao estagiário a legislação relacionada à saúde e segurança no trabalho, sendo sua implementação de responsabilidade da parte concedente do estágio.”

A constatação das recentes legislações atribuidoras de direitos trabalhistas a figuras que não são consideradas como empregados aponta, a nosso sentir, o caminho que o legislador vem trilhando na era das “relações de trabalho”, demonstrando clara tendência a não se ampliar o campo de atuação do Direito do Trabalho calcado na relação de emprego subordinada juridicamente.

Talvez esteja o legislador apresentando soluções pontuais para atender não apenas à realidade, mas ao que parece possível no cenário das relações trabalhistas, configurando clara demonstração de desgaste do modelo clássico da relação de emprego.

Passando-se para a análise do segundo grupo de impacto da descentralização produtiva, pode-se apontar que a empresa que adota tal modelo de estruturação afeta as

relações de emprego até então existentes, pois os empregados dos setores que passam a ser descentralizados ou serão modificados de função para permanecerem na mesma empresa original, ou serão repassados para a empresa contratada ou mesmo dispensados.

Como a absorção de todos pela própria empresa original que se descentraliza afigura-se praticamente inviável e, ainda, o aproveitamento pela nova empresa contratada arriscado do ponto de vista da prevenção trabalhista, pois facilmente obter-se-ia em futura demanda trabalhista a configuração de fraude, geralmente a adoção desse novo modelo implica a dispensa dos trabalhadores que não serão aproveitados.

Sendo ainda majoritária na doutrina e na jurisprudência nacional a tese de que vigora a possibilidade de dispensa imotivada, como mero exercício de direito potestativo pelo empregador, a saída da perda do emprego afigura-se mais simples em nosso cenário do ponto de vista capitalista, mormente porque o custo adicional das indenizações em médio prazo é absorvido pela redução geral produzida pela prática da descentralização.

Vale ressaltar que, a rigor, não poder haver dispensa imotivada, diante do comando do art. 7º, I da Carta Magna conforme interpretação proposta por Renato Rua de Almeida:

“A proteção da relação de emprego contra a despedida arbitrária ou sem justa causa catalogada no texto constitucional brasileiro como direito fundamental implica dizer que conceitualmente o empregador não mais possui o direito potestativo de despedir.

O exercício do direito do empregador de despedir só ocorrerá quando a despedida coletiva não for arbitrária ou quando a despedida individual for em decorrência do cometimento pelo empregado de falta disciplinar ou contratual.

Daí concluir-se que tanto as despedidas coletivas quanto as individuais só teriam validade se justificadas.

Não havendo justificação para as despedidas coletivas e individuais, isto é, ocorrendo a despedida arbitrária ou sem justa causa, o ato unilateral do empregador é ilícito.

Na despedida individual sem justa causa a ilicitude está estipulada pelo art. 186 do CC, em decorrência do direito fundamental previsto pelo art. 7º, inciso I, da CF de 1988, ao garantir, como visto, aos trabalhadores que a relação de emprego é protegida contra a despedida sem justa causa.

A ilicitude da despedida individual sem justa causa acarreta dano ao empregado pela perda do emprego.

Consequentemente, o art. 7º, inciso I, da CF de 1988, prevê indenização compensatória decorrente da ilicitude do ato unilateral

do empregador que ensejou a despedida sem justa causa e provocou dano ao empregado.”⁹⁴

Entretanto, no caso de adoção do modelo de descentralização pelo empregador e, em consequência, o uso do recurso da dispensa imotivada, poder-se-ia ponderar pela existência de justificção pautada justamente no novo modelo empresarial adotado, ou seja, um motivo do empregador para realizar a dispensa, como usualmente se distingue pelo uso do art. 165 da CLT com o objetivo de se caracterizar uma dispensa como não abusiva, ou seja, quando há motivo técnico, financeiro, econômico ou disciplinar.

De outra parte, deve-se observar que no caso a dispensa tende a ser considerada como coletiva, sendo necessária a observância de tratativa de negociação coletiva antes de sua realização, como ensina Renato Rua de Almeida:

“No tocante à proteção constitucional da relação de emprego contra a despedida arbitrária, que, como visto, refere-se à despedida coletiva, implica dizer que ela só será admitida, sob pena de ilicitude por abuso de direito, prevista pelos arts. 187 e 422, ambos do CC, quando precedida do cumprimento pelo empregador dos deveres anexos da boa-fé objetiva. Esses deveres anexos da boa-fé objetiva na despedida coletiva compreendem o dever de informação ao conjunto dos trabalhadores e seus representantes (eleitos na empresa ou, na sua falta, sindicais) da causa objetiva da empresa, de ordem econômico-conjuntural ou técnico-estrutural, a justificar a despedida coletiva (o direito à informação é direito fundamental do conjunto dos trabalhadores, conforme o art. 5º, inciso XIV, da CF de 1988), bem como o dever da tentativa da negociação coletiva (é direito fundamental dos trabalhadores participarem da negociação coletiva, conforme o art. 7º, inciso XXVI, da CF de 1988 e Convenções 98 e 154 da OIT, ratificadas pelo Brasil), visando à substituição da extinção do contrato por mecanismos encontrados no ordenamento jurídico brasileiro, como, por exemplo, a suspensão dos contratos de trabalho para participação dos trabalhadores em programa ou curso de qualificação profissional, com recebimento do empregador de ajuda compensatória mensal de recursos provenientes do FAT, nos termos dos arts. 476-A e seguintes da CLT, e, também, os institutos das férias coletivas, do trabalho a tempo parcial, da redução da jornada e do salário, sendo, esta última hipótese, a teor do art. 7º,

⁹⁴ *Proteção contra a despedida arbitrária ou sem justa causa*, Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região, n. 40, 2012, p. 81.

inciso VI, da CF de 1988 e Lei n. 4.923, de 23 de dezembro de 1965.”⁹⁵

Sob qualquer ângulo, portanto, que se examine o problema, é fato que em geral a perda do emprego resulta como consequência da adoção do modelo de descentralização.

Finalmente, como terceira vertente dos impactos da descentralização, passa-se a verificar o problema em relação ao trabalhador agora contratado pela empresa satélite.

Como bem salientado por Isabel, “a organização empresarial actual exige a flexibilidade de toda a relação laboral: uma flexibilidade à entrada, predominando a contratação a termo e as formas de trabalho ditas atípicas; uma flexibilidade durante a vida da relação laboral, que impõe ao trabalhador não só as mais tradicionais situações de mobilidade funcional, geográfica, mas também as modificações do seu vínculo causadas pela cedência ocasional de trabalhadores, pela transmissão da empresa ou mesmo pela suspensão do seu contrato por motivos ligados ao empregador; e, por fim, uma flexibilidade na saída, com o aumento das situações de despedimento por causas objectivas.

As relações laborais ficam expostas não só às vicissitudes que afectam a organização produtiva do empregador, mas também às que afectam as empresas com as quais são mantidas estreitas relações de cooperação. Essa influência verifica-se, desde logo, na política de contratações. As empresas auxiliares são, em regra, de menor dimensão e, conseqüentemente, com menor poderio económico, estando dependentes dos contratos de cooperação que celebram com outras empresas. Esta dependência projecta-se a vários níveis: *i*) assume preponderância na política de contratação de trabalhadores, pois, sendo os contratos de cooperação de natureza temporária as empresas vão fazer reflectir essa característica nos contratos de trabalho que celebrem; *ii*) contribui para a degradação das condições de trabalho, tanto ao nível salarial, como da segurança e saúde no emprego como da tutela dos créditos salariais.”⁹⁶

Sendo a própria descentralização produtiva fruto da necessidade de criação de empresas mais flexíveis, enxutas e leves, resta evidente que em alguma parte dessa estruturação alguém deverá executar o papel de executor dessas características no plano fático das relações trabalhistas, papel que geralmente é assumido pelas empresas satélites,

⁹⁵ ALMEIDA, op. cit., p. 82.

⁹⁶ COSTA, op. cit., p. 196.

que em redes dependentes claramente admitem trabalhadores sob formas precárias, sem formalização de vínculos de emprego, ou através de modelos mascarados em pessoas jurídicas, ou ainda subcontratando outras empresas para intermediação de mão-de-obra.

Tal consequência constitui, inclusive, uma das principais preocupações deste trabalho, pois é fato que a transformação do modelo tradicional para o descentralizado no campo das relações trabalhistas produziu nefasta redução da proteção social trabalhista, ao menos na inicial busca de redução dos custos do trabalho.

Entretanto, como já afirmado anteriormente, o uso da descentralização não é, necessariamente, gerador de condições de trabalho precárias, pois as redes de cooperação entre empresas de igual porte, com autonomia e força econômica (redes naturais), não gera por si só malefícios às relações trabalhistas, tratando-se de simples forma de gestão empresarial com a finalidade de otimização de custos e geração de maior lucratividade.

Cabe, portanto, a separação dos tipos de redes criadas com o fenômeno da descentralização produtiva como, inclusive, consta da proposta desta obra.

Abordados os três principais eixos de impacto da descentralização produtiva no campo trabalhista, resta evidente que deve-se repensar o modelo clássico de aplicação do Direito do Trabalho na regra do “ou tudo ou nada”.

Não se pode ignorar que em diversos campos o mundo não mais se apresenta como um fenômeno simples, onde um modelo estático satisfaz as necessidades que se apresentam diversas.

O Direito do Trabalho clássico, e o modelo brasileiro, que foi criado tardiamente em um governo autoritário na era pré-industrial com o claro objetivo de evitar os conflitos sociais observados na Europa e nos Estados Unidos após a Revolução Industrial, através da concessão de direitos individuais e controle do direito coletivo do trabalho pelo Estado, não mais se coaduna com a realidade a nossa volta.

Por outro lado, não se observa do legislador pátrio nenhum movimento no sentido de renovação, provavelmente pelo desgaste político de mudanças nos direitos trabalhistas que afetam diretamente uma camada da população numerosa e que se apresenta como decisiva em eleições, o que contribui para a total letargia no sentido da modernização da legislação trabalhista.

Alia-se a tal fato o protagonismo assumido pelo Poder Judiciário, mormente a Justiça do Trabalho, através do ativismo judicial típico da era do pós-positivismo, porém marcado mais pela ideologia do que propriamente pela aplicação dos direitos fundamentais dentro da técnica da ponderação em cada caso concreto, geralmente propondo soluções conservadoras e retroalimentadoras de um sistema ultrapassado, com viés paternalista e com forte intervenção na autonomia da vontade, a ponto de se comemorar o veto presidencial à arbitragem e mediação nos direitos trabalhistas individuais de altos empregados, como se tais pessoas não soubessem ou não pudessem dispor dos seus interesses perante o empregador, na ótica da vulnerabilidade quase que absoluta que marcou a origem do Direito do Trabalho do operário de fábrica.

Em tal sentido cita-se a mensagem de veto presidencial à alteração em questão, em sintonia com as associações de magistrados trabalhistas:

“§ 4º do art. 4º, da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996, alterados pelo art. 1º do projeto de lei

“§ 4º Desde que o empregado ocupe ou venha a ocupar cargo ou função de administrador ou de diretor estatutário, nos contratos individuais de trabalho poderá ser pactuada cláusula compromissória, que só terá eficácia se o empregado tomar a iniciativa de instituir a arbitragem ou se concordar expressamente com a sua instituição.”

Razões do veto

“O dispositivo autorizaria a previsão de cláusula de compromisso em contrato individual de trabalho. Para tal, realizaria, ainda, restrições de sua eficácia nas relações envolvendo determinados empregados, a depender de sua ocupação. Dessa forma, acabaria por realizar uma distinção indesejada entre empregados, além de recorrer a termo não definido tecnicamente na legislação trabalhista. Com isso, colocaria em risco a generalidade de trabalhadores que poderiam se ver submetidos ao processo arbitral.”

Percebe-se pelas razões do veto que não se quis distinguir entre tipos de trabalhadores, mantendo-se a legislação trabalhista homogênea para todas as situações que ocorrem no cenário nacional, desde o analfabeto hipossuficiente ao diretor estatutário, como se de fato tais pessoas estivessem em pé de igualdade.

Sintomática, contudo, foi a atuação da Associação Nacional nos Magistrados Trabalhistas, ANAMATRA, que desde sempre defendeu a não incidência sob qualquer forma da mediação e arbitragem na seara trabalhista, como se nota da seguinte matéria⁹⁷:

“Anamatra manifesta-se contra mediação e arbitragem em relações trabalhistas

Notícia publicada em: 25 de abril de 2013

O juiz do Trabalho Luiz Antonio Colussi, membro da Comissão Legislativa da Anamatra, representou a entidade na tarde de ontem (24/4) em audiência pública promovida pela Comissão de Trabalho, de Administração e Serviço Público da Câmara dos Deputados para discutir Projeto de Lei 4891/05, do deputado Nelson Marquezelli (PTB-SP), que regula o exercício das profissões de árbitro e mediador e dá outras providências.

Em sua intervenção, Colussi afirmou que a Anamatra tem posição histórica, firme de que as questões relacionadas aos conflitos individuais de trabalho não podem e não devem ser submetidas à mediação e à arbitragem. “Entendemos que a competência para a solução dos conflitos trabalhistas é da Justiça do Trabalho, do Estado, do juiz do Trabalho, que tem a preparação devida para solucionar a matéria”, disse.

O magistrado explicou que a Anamatra entende que os direitos trabalhistas tem natureza alimentar e, portanto, indisponíveis, não se prestando ao arbítrio de um terceiro a solução de conflito que decorre de inadimplemento de obrigação decorrente de uma relação trabalhista.”

Nota-se, portanto, que a posição da Justiça do Trabalho, de forma geral, é pela manutenção do *status quo*, ou seja, pela manutenção do Direito do Trabalho na forma como se encontra, talvez por falta de visualização de novas possibilidades que não tragam repercussões no arcabouço da proteção trabalhista.

Esquece-se, portanto, que a realidade a nossa volta indica exatamente o contrário, pois enquanto defende-se a aplicação das normas trabalhistas tal como criadas, no plano fático já se observa o gradual aumento de trabalho sob novas modalidades que, aliado ao trabalho informal, no Brasil já constitui a maioria de trabalhadores, como nos dá conta a estatística publicada pelo escritório da Organização Internacional do Trabalho em estudo

⁹⁷ <http://www.anamatra.org.br/index.php/noticias/anamatra-manifesta-se-contr-mediacao-e-arbitragem-em-relacoes-trabalhistas> (acessada em 28.06.2015)

feito junto ao Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística com base nos dados do Censo de 2010, *verbis*:

“Informalidade. Uma das principais revelações do novo Sistema de Indicadores Municipais de Trabalho Decente é que um esforço concentrado em 24 municípios poderia reduzir significativamente o número de trabalhadores e trabalhadoras em situação de informalidade no Brasil. De acordo com os dados, um grupo de apenas 24 municípios com mais de 100 mil trabalhadores e trabalhadoras em situação de informalidade – composto por diversas capitais e grandes centros urbanos – abrigava 6,8 milhões de pessoas ocupadas em trabalhos informais, o correspondente a 20,5% do total nacional (33,2 milhões). É importante destacar ainda que, apesar de terem níveis de formalização maiores, as capitais abrigam um de cada cinco trabalhadores e trabalhadoras informais. Além disso, foi constatado que metade dos municípios com taxa de informalidade acima de 50% eram da região Nordeste. Também se observou que, ao final de 2013, todos os municípios brasileiros contavam com trabalhadores e trabalhadoras formalizados na condição de Microempreendedor Individual (MEI). Nesta data, um significativo contingente de 3,66 milhões de trabalhadoras e trabalhadores já estava formalizado por intermédio da figura do MEI, o que contribuiu expressivamente para a redução da informalidade laboral. Com efeito, a título apenas de aproximação, este número de ocupados/as formalizados pelo MEI representava 11,0% do total da força de trabalho ocupada em trabalhos informais no país (33,2 milhões) no ano de 2010.”⁹⁸

Vale ressaltar, na análise acima transcrita, que 11% do total da força de trabalho ocupada em trabalhos informais no país obteve formalização através não da clássica relação de emprego, mas a partir da condição de Microempreendedor Individual, que constitui, na definição legal (art. 18-A, parágrafo primeiro da Lei Complementar 123 com as alterações da Lei Complementar 128 de 19 de dezembro de 2008): “Para os efeitos desta Lei, considera-se MEI o empresário individual a que se refere o art. 966 da Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002 – Código Civil, que tenha auferido receita bruta, no ano-calendário anterior, de até R\$ 60.000,00 (sessenta mil reais), optante pelo Simples Nacional e que não esteja impedido de optar pela sistemática prevista neste artigo.”

⁹⁸ Disponível em http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/---ilo-brasil/documents/publication/wcms_360793.pdf (acessado em 29/06/2015)

E ainda mais significativo é observar que, até junho de 2015, houve expressivo aumento neste quantitativo, chegando os Microempreendedores Individuais à soma de 5.136.661⁹⁹ (cinco milhões, cento e trinta e seis mil, seiscentas e sessenta e uma) pessoas que deixaram a condição de informais, mas não pela obtenção de emprego subordinado.

Não há dúvida, portanto, que o mercado de trabalho sofre constante modificação amoldando-se às necessidades do momento para sua sobrevivência, sendo certo que boa parte dos trabalhadores formalizados através de MEI prestam serviços a empresas onde antes figuravam trabalhadores na condição de empregados.

Claro que boa parte desses trabalhadores pode estar simplesmente sendo vitimado por fraudes aos preceitos trabalhistas, já que pode ocorrer de estarem laborando com os requisitos da relação de emprego, mas sem o devido reconhecimento do liame empregatício, situação que pode ser expurgada pela provocação do Poder Judiciário.

Mas não se pode deixar de reconhecer que as novas formas de trabalho, principalmente através de trabalho remoto, com foco em resultado, sendo o trabalhador detentor da técnica, do *know-how*, dificulta em muito o reconhecimento desse novo tipo de trabalhador como empregado subordinado, levando os juízes a buscarem soluções alternativas para enquadramento no vínculo de emprego, como no caso da subordinação estrutural que será analisada posteriormente.

De outra parte, vive-se um momento em que o futuro do modelo de trabalho subordinado encontra-se em cheque, pois nunca antes na história do mundo houve tanta supressão de postos de trabalho diante da automação, não mais ocorrendo simples rearranjo da mão-de-obra pelo incremento de tecnologia, mas simples perda de postos de trabalho.

Tal movimento, que poderia ser libertador para o ser humano, como um dia pensou Paul Lafargue, permanece fora da ordem do dia, pois as antigas ideias acerca do primado do trabalho do mundo capitalista vigoram como dantes, valendo citar trecho da obra “O Direito à Preguiça”¹⁰⁰ do autor acima mencionado, mais atual do que nunca:

“Um poeta grego do tempo de Cícero, Antiparos, cantava deste modo a invenção da azenha (para moer os cereais): ia emancipar as

⁹⁹ Disponível em <http://www.portaldoempreendedor.gov.br/estatistica/lista-dos-relatorios-estatisticos-do-mei> (acessado em 29/06/2015)

¹⁰⁰ Disponível em <http://www.ebooksbrasil.org/adobeebook/direitopreguica.pdf> (acessado em 29/06/2015)

mulheres escravas e voltar a trazer a idade de ouro: «Poupei o braço que faz girar a mó, ó moleiras, e dormi tranquilamente! Que o galo vos avise em vão de que já é dia! Dao impôs às ninfas o trabalho das escravas e ei-las que saltitam alegremente sobre a roda e eis que o eixo agitado rola com os seus raios, fazendo rodar a pesada pedra rolante. Vivamos da vida dos nossos pais e ociosos regozijemo-nos dos dons que a deusa nos concede.»

Infelizmente, os tempos livres que o poeta pagão anunciava não vieram; a paixão cega, perversa e homicida do trabalho transforma a máquina libertadora em instrumento de sujeição dos homens livres: a sua produtividade empobrece-os.”

Assim, mais do que apenas resistir às mudanças, cabe ao intérprete do Direito do Trabalho apreciar os movimentos de renovação, buscando alternativas para que seja possível a evolução desse ramo do Direito afetado pelas alterações nos modos de produção, contrapondo a proteção necessária e suficiente para se evitar o retrocesso social.

Importa pensar as bases para esta transformação, que se bem utilizada pode ser libertadora do ser humano e, não, excludente de proteção social.

3.2. Inexistência de normas trabalhistas para a organização empresarial em redes

A situação do Direito do Trabalho perante a nova forma de organização empresarial em redes simplesmente é nula. Não há na legislação trabalhista brasileira norma capaz de enfrentar o problema do trabalho sob a ótica da descentralização produtiva.

Embora algumas espécies do gênero descentralização possuam regramento específico, como já abordado neste estudo, limita-se essa regulamentação normativa aos casos de subempreitada, grupo econômico e, por via da jurisprudência, da terceirização.

O instituto da terceirização, inclusive, encontra muita resistência por diversos setores da sociedade quanto à adoção de um modelo que permita seu uso de forma mais livre, haja vista os intensos debates acerca do Projeto de Lei 4330 que restou aprovado na Câmara dos Deputados e ainda pende de exame pelo Senado Federal.

Pela similitude com o modelo da descentralização em rede, mas que com ele não se confunde, por se tratarem de duas espécies de um mesmo gênero, vale tecer algumas

considerações sobre o mencionado Projeto de Lei no que diz respeito à principal indagação da sociedade acerca do modelo a ser adotado: permitir-se ou não a terceirização na atividade-fim.

Antes, porém, frisa-se a distinção teórica entre as duas espécies acima mencionadas: terceirização (ainda que na atividade-fim) e descentralização em rede. Aquela concerne a delegação de uma ou algumas atividades de uma empresa a terceiros, seja atividade-meio (como atualmente se aceita) seja atividade-fim (como se pretende com o projeto de lei); esta, a descentralização em rede, constitui modelo mais avançado de externalização do trabalho, pois a própria empresa descentralizada modifica suas atividades, estabelecendo-se de forma enxuta com apenas parte da atividade que, no passado, inicialmente costumava ser centralizada sobre uma mesma empresa, depois passou a ser terceirizada para, finalmente, se estabelecer de forma descentralizada.

Na visão proposta, portanto, de plano observa-se que a terceirização na atividade-fim não passa de um estágio pretérito à própria descentralização em rede, o que de antemão constitui uma das críticas apresentadas neste estudo sobre o atual estágio da discussão da questão trabalhista acerca da descentralização produtiva.

Voltando-se à análise do projeto de lei 4330, consta do texto aprovado na Câmara a seguinte regra:

“Art. 4º É lícito o contrato de terceirização relacionado a parcela de qualquer atividade da contratante que obedeça aos requisitos previstos nesta Lei, não se configurando vínculo de emprego entre a contratante e os empregados da contratada, exceto se verificados os requisitos previstos nos arts. 2º e 3º da Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943.

§ 1º Configurados os elementos da relação de emprego entre a contratante e o empregado da contratada, a contratante ficará sujeita a todas as obrigações dela decorrentes, inclusive trabalhistas, tributárias e previdenciárias.

§ 2º A exceção prevista no *caput* deste artigo no que se refere à formação de vínculo empregatício não se aplica quando a contratante for empresa pública ou sociedade de economia mista, bem como suas subsidiárias e controladas, no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

§ 3º É vedada a intermediação de mão de obra, salvo as exceções previstas em legislação específica.”

Ao invés de simplesmente apresentarmos um posicionamento a favor ou contra a adoção da terceirização na atividade-fim, que no fundo é o que autoriza o artigo acima transcrito, em primeiro lugar deve-se observar que o conceito eleito pela jurisprudência e pelo legislador para definir o eixo central de uma terceirização lícita não se apresenta como um valor certo e delimitado, carecendo portanto da almejada segurança jurídica¹⁰¹.

De fato, existe uma ideia do que possa ser atividade fim de uma empresa, que se contrapõe à atividade-meio, pois enquanto esta é de suporte, aquela concerne à própria finalidade social da empresa.

Entretanto, a situação no plano fático não se apresenta de forma simples. Para se exemplificar, há fortes dúvidas acerca das atividades, por exemplo, de empresas de telefonia. A atividade-fim concerne apenas à comercialização de linhas telefônicas ou também engloba a instalação de aparelhos, a reparação desses aparelhos, as obras para passagem de cabos de telefonia, a manutenção de toda essa rede, o atendimento aos clientes, enfim, o que efetivamente compõe a finalidade social dessa empresa?

A questão na área das telecomunicações, mormente diante do art. 94, II, § 2º da Lei nº 9.472/97, que autoriza a terceirização nas atividades inerentes às empresas de telefonia, é tão tormentosa que há tempos o Poder Judiciário debate o tema sem conseguir uma solução definitiva, estando o problema agora no Supremo Tribunal Federal que reconheceu repercussão geral para a matéria e determinou a suspensão dos julgamentos afetados, conforme andamento do feito ARE 791.932.

Em nossa ótica o PL 4330 perdeu, até aqui, a excelente oportunidade de criar outro parâmetro para fixação da terceirização lícita, pois a impossibilidade de se delegar a terceiros parcela da atividade-fim da empresa resultou, em nosso sentir, como fomento à adoção da descentralização em rede através do simples expediente de mudança de atividade-fim das empresas.

Explica-se. Se antigamente a indústria automobilística era concentrada e fazia desde as peças até a montagem, hoje há empresa com atividade-fim de montadora e

¹⁰¹ Vale registrar que há décadas a jurisprudência se debate sobre o tema, não havendo notícia de que se tenha criado um conceito seguro para delimitação do que constitui atividade-meio e atividade-fim de uma empresa, o que já pode se considerar como um fracasso do papel consolidador dos tribunais no sentido da busca de segurança jurídica.

diversas outras com atividade-fim de produção de cada peça necessária a esta cadeia produtiva; se antes a indústria do vestuário era marcada pela produção das peças e sua colocação no mercado, hoje as grandes empresas do setor se dedicam à comercialização de suas marcas, que constituem o real valor na era do capitalismo imaterial, criando-se uma enorme rede de empresas cuja atividade-fim passa a ser a confecção de roupas (facções); se antes a indústria de eletrônicos envolvia a concepção, criação e produção, hoje empresas de produtos eletrônicos dedicam-se à concepção e delegam a outras empresas que possuem atividade-fim na produção dos componentes a sua fabricação, como por exemplo a americana “Apple” que delega para a chinesa “Foxcom” a produção de “Iphones” e “Ibads”.

Assim, parece que simplesmente pretender-se no campo jurídico evitar a terceirização na atividade-fim é ignorar que as empresas em larga escala já se adaptaram a um novo modelo em que o próprio conceito de atividade-fim se perde e se adapta, com as mesmas características fluidas que marca o mundo pós-moderno.

E, pior, é perceber que muitas vezes os julgamentos da própria Justiça do Trabalho acabam por aceitar a lógica da descentralização, mas não a da terceirização na atividade-fim, ao menos como se pode observar por julgados do Tribunal Superior do Trabalho no ramo da indústria do vestuário conforme notícias divulgadas por aquela Corte:

“A Adidas do Brasil Ltda. não foi responsabilizada pela Justiça do Trabalho por verbas trabalhistas de empregado da Sigma Calçados Vulcanizados Ltda., fabricante de produtos vendidos por ela. A Terceira Turma do Tribunal Superior do Trabalho não conheceu recurso do trabalhador e manteve decisão do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região (MG), negando a existência de serviço terceirizado na relação contratual entre as duas empresas.

Para o TRT, as atividades econômicas desenvolvidas pelas duas são diferentes, o que afasta a terceirização por prestação de serviços em atividade fim da Adidas. A Sigma, onde o autor do processo desenvolvia a função de auxiliar de produção, fabrica calçados, o que não ocorre com a Adidas. No contrato social desta, estão entre seus objetivos o comércio de qualquer artigo esportivo e recreativo, como calçados, bola e roupa, além de importação, exportação.

Haveria, no caso, "o fornecimento de produtos prontos e acabados" para ser comercializados pela Adidas. "Trata-se, então, de contrato de facção celebrado entre as empresas, e, não de terceirização de

serviços, pelo que, como exposto, não há espaço para a aplicação da Súmula 331 do TST", afirmou o Regional.

O Tribunal destacou ainda que as eventuais determinações dadas pela Adidas aos empregados da Sigma são próprias do contrato de facção, pois visavam a garantir a qualidade do produto final fornecido e o bom nome da marca. Para o TRT, "não se confundem, de forma alguma, com a subordinação jurídica de que trata o artigo 3º da CLT".

Responsabilidade

No processo, inicialmente a Sigma reconhecia o "descabimento da ação trabalhista" contra a Adidas. Posteriormente, ela mudou de posição, tentando transferir a responsabilidade trabalhista para a outra empresa. Tal atitude não foi aceita pelo TRT, para quem a Sigma não pode "agora, diante da alegada redução drástica da produção mensal de seus calçados por parte da Adidas, e da dispensa em massa de seus empregados, alterar a versão dos fatos, para se ver livre das obrigações trabalhistas respectivas, a fim de que a responsabilidade recaia sobre a segunda empresa".

TST

Ao não conhecer recurso da trabalhadora, o ministro Mauricio Godinho Delgado, relator do processo na Terceira Turma do TST, afirmou que o TRT, com base no conjunto probatório dos autos, consignou que restou comprovado contrato tipicamente comercial. "Nesse sentido, acolher a argumentação em sentido oposto – ou seja, de que houve terceirização ilícita – implicaria em revolvimento de fatos e provas, o que encontra contraria a Súmula 126 do TST", concluiu.

(Augusto Fontenele/AR)

Processo: RR-2297-28.2012.5.03.0041”¹⁰²

“Por ter sido julgado válido seu contrato de facção com uma microempresa, situação em que não há fornecimento de mão-de-obra, a Cia. Hering foi absolvida da responsabilidade subsidiária pelas obrigações trabalhistas com uma empregada da Facção Stinghen Ltda. - ME, com sede no estado de Santa Catarina. Nesta quarta-feira (11), a Quarta Turma do Tribunal Superior do Trabalho não acatou o agravo de instrumento da trabalhadora, mantendo, assim, a decisão regional isentando a Hering pelas verbas não pagas pela empregadora.

A trabalhadora alegou, na reclamação, que, durante todo o tempo do contrato de trabalho, de 2007 a 2011, os produtos confeccionados por

¹⁰² Disponível em http://www.tst.jus.br/busca-de-noticias?p_p_id=buscanoticia_WAR_buscanoticiasportlet_INSTANCE_xl8Y&p_p_lifecycle=0&p_p_state=normal&p_p_mode=view&p_p_col_id=column-2&p_p_col_count=2%20&advanced-search-display=yes%20&articleId=6241745%20&version=1.2%20&groupId=10157%20&entryClassPK=6241747 (acessado em 15.07.2015)

sua empregadora eram destinados à Hering e à Malharia Diana Ltda. Como os seus serviços foram prestados em proveito dessas empresas contratantes, argumentou que elas eram as verdadeiras tomadoras dos serviços e deveriam ser responsabilizadas subsidiariamente pela dívida.

Com a Malharia Diana ela acabou fazendo acordo. No entanto, em relação à Hering, a contenda chegou ao TST, por meio de recurso no qual ela sustentou que "as tomadoras de serviços de facção podem ser subsidiariamente responsabilizadas pelos créditos dos trabalhadores quando elas tiveram alguma ingerência na administração dos serviços".

Ao analisar o processo, o relator do recurso, ministro João Oreste Dalazen, destacou que conforme foi constatado pelo Tribunal Regional do Trabalho da 12ª Região (SC), não houve ingerência da contratante Hering na Facção Stinghen, contratada, que atuava com autonomia econômica e administrativa. Além disso, também não havia exclusividade na destinação dos produtos, ressaltou o ministro. Na avaliação do relator, o TRT-SC decidiu de acordo com a atual jurisprudência do TST ao não responsabilizar a Hering. Afinal, foi reconhecida a validade do contrato de facção, por haver fornecimento de produtos acabados e não de mão-de-obra. Assim, ao contrário do que pretendia a trabalhadora, não se aplica ao caso o item IV da Súmula 331 do TST, que trata da responsabilização das tomadoras de serviços quando há inadimplência das obrigações trabalhistas por parte do empregador.

O que é contrato de facção

O contrato de facção é muito empregado na indústria têxtil, tendo por objeto a execução de serviços de acabamento pela contratada em peças a serem entregues à contratante, esclareceu o ministro Dalazen. Essa modalidade contratual, explicou, se caracteriza pela entrega de peças em "estado bruto" pela contratante; realização dos serviços nas instalações da contratada; autonomia da empresa contratada; e, ao final, entrega de produtos acabados pela contratada.

Além disso, frisou que não existe exclusividade na prestação de serviços pela contratada, que, em regra, presta serviços a mais de uma empresa. Esses elementos, especialmente a autonomia da empresa contratada e a inexistência de exclusividade, demonstram que o contrato de facção não se inclui na situação de terceirização de serviços descrita na Súmula 331 do TST. "Por isso, não se configura, no caso, 'locação de mão-de-obra', mas autônoma prestação de serviços e fornecimento de bens por parte da empresa de facção", ressaltou Dalazen.

(Lourdes Tavares/AR)

Processo: AIRR - 1945-34.2011.5.12.0048¹⁰³

¹⁰³ Disponível em http://www.tst.jus.br/busca-de-noticias?p_p_id=buscanoticia_WAR_buscanoticiasportlet_INSTANCE_xI8Y&p_p_lifecycle=0&p_p_state=n

É de fato muito interessante observar que os posicionamentos da Justiça do Trabalho, ao mesmo passo que não cogitam de terceirização na atividade-fim, já aceitam a prática da descentralização em seu grau maior, as redes de empresas, praticamente sinalizando ao empresário que apenas delegar uma parcela de sua atividade é sofrer risco maior do que se estabelecer como uma empresa totalmente descentralizada usando a rede de cooperação com empresas satélites.

Evidente, portanto, que todo o debate acerca do PL 4330 e a terceirização na atividade-fim restou marcado por uma viés ideológico, quase que discriminatório daqueles que ousaram se posicionar a favor dessa possibilidade, perdendo-se uma real oportunidade para estabelecimento de algum tipo de regramento para se enfrentar o fenômeno da descentralização através de um debate produtivo com discussão científica da questão trabalhista.

De nossa parte, repita-se, não se vislumbra a regulamentação da terceirização na atividade-fim como o fim do Direito do Trabalho, mas como a possibilidade de se tecer alguma consideração acerca da alteração já ocorrida no mundo do trabalho, não sendo lógico ou possível simplesmente fecharmos os olhos para fingirmos que nada mudou e nem mesmo tentarmos manter o antigo modelo à força.

Vive-se no fundo com medo de se aceitar essas modificações, sendo paradigmática a questão da terceirização na atividade-fim por produzir uma total inversão dos valores que justificaram até aqui o Direito do Trabalho, criado para ser dual, monogâmico, duradouro, eterno, contínuo, estável e, não, plural, segmentado, fugaz e alternado.

Claro fica que nossa sociedade não consegue aceitar, no campo do Direito do Trabalho, as mesmas vibrações que levaram a enormes mudanças em outros campos do Direito, como o de Família, onde a fluidez pós-moderna já instalou diversas novidades. “A família contemporânea se pluralizou... hoje, existem famílias recompostas, monoparentais, homoafetivas e mais um sem número de formas.”¹⁰⁴

ormal&p_p_mode=view&p_p_col_id=column-2&p_p_col_count=2%20&advanced-search-display=yes%20&articleId=5881102%20&version=1.0%20&groupId=10157%20&entryClassPK=5881104 (acessado em 15.07.2015)

¹⁰⁴ MARIANO, Ana Beatriz Paraná; *As mudanças no modelo familiar tradicional e o afeto como pilar de sustentação destas novas entidades familiares*, disponível em

Talvez esteja na hora do Direito do Trabalho se tornar também plural, não preconceituoso, aceitando que o mundo mudou e que a antiga identidade do ser humano através do trabalho igualmente se alterou. De qualquer sorte, já se admite há algum tempo que as novas gerações possuem relação com o trabalho bastante diferente daquelas criadas sob os auspícios da sociedade do trabalho industrial, com baixo índice de permanência nos empregos, vontade de rapidez de obtenção de sucesso e pouca noção de carreira a longo prazo.

A questão da terceirização na atividade-fim, portanto, não se apresenta como o fator definitivo entre a manutenção do Direito do Trabalho e sua destruição, mesmo porque esse olhar simplista relega a este ramo do Direito a missão menor de apenas criar regras para controle da livre iniciativa, como um dique a segurar um rio, sem perceber que o próprio fluxo desse rio através de canais pode ser um caminho alternativo de sobrevivência e evolução, desde que tal canalização tenha por base a dignidade da pessoa humana.

No entrave do debate atividade-fim versus atividade-meio pouco se falou, acerca do mesmo Projeto de Lei 4330, sobre o avanço na proteção trabalhista propiciado pelo art. 5º, a saber:

“Art. 5º Além das cláusulas inerentes a qualquer contrato, devem constar do contrato de terceirização:

I - a especificação do serviço a ser prestado e do objeto social da contratada;

II - o local e o prazo para realização do serviço, quando for o caso;

III - a exigência de prestação de garantia pela contratada em valor correspondente a 4% (quatro por cento) do valor do contrato, limitada a 50% (cinquenta por cento) do valor equivalente a 1 (um) mês de faturamento do contrato em que ela será prestada;

IV - a obrigatoriedade de fiscalização pela contratante do cumprimento das obrigações trabalhistas decorrentes do contrato, na forma do art. 15 desta Lei;

V - a possibilidade de interrupção do pagamento dos serviços contratados por parte da contratante se for constatado o inadimplemento das obrigações trabalhistas e previdenciárias pela contratada; e

VI — a possibilidade de retenção em conta específica das verbas necessárias ao adimplemento das obrigações referidas no art. 15 desta Lei.

§ 1º Para contratos nos quais o valor de mão de obra seja igual ou superior a 50% (cinquenta por cento) do total, a garantia a que se refere o inciso III do *caput* deste artigo será correspondente a 4% (quatro por cento) do valor do contrato, limitada a 130% (cento e trinta por cento) do valor equivalente a 1 (um) mês de faturamento do contrato em que ela será prestada.

§ 2º Para o atendimento da exigência de prestação de garantia a que se refere o inciso III do *caput* deste artigo, cabe à contratada optar por uma das seguintes modalidades:

I - caução em dinheiro;

II – seguro garantia;

III - fiança bancária.

§ 3º É nula de pleno direito cláusula que proíba ou imponha condição à contratação pela contratante de empregado da contratada.”

Resolve-se, ou ao menos ameniza-se, com tal disposição boa parte dos problemas inerentes às terceirizações, que consiste justamente na salvaguarda de patrimônio capaz de honrar com as dívidas trabalhistas, a partir do momento em que há previsão de garantia pela contratada de valores com tal finalidade. Ademais, consta do referido artigo a expressa obrigação de fiscalização pela contratante, como já entende a jurisprudência, determinando uma posição ativa do contratante que, de qualquer sorte, responderá solidariamente – e não apenas subsidiariamente como atualmente – nos termos do artigo 15 do citado projeto de lei: “A responsabilidade da contratante em relação às obrigações trabalhistas e previdenciárias devidas pela contratada é solidária em relação às obrigações previstas nos incisos I a VI do art. 16 desta Lei.”

De outra parte, se a terceirização ocorrer na atividade-fim da empresa garante o artigo 8º do projeto o mesmo enquadramento sindical da atividade da contratante, o que reduz um dos odiosos impactos da terceirização na área trabalhista, concernente na pulverização das categorias e, portanto, do movimento sindical e da própria consciência coletiva do trabalhador.

Parece que no fundo o problema é mais de se aceitar ou não o abandono de uma forma de se relacionar com o sentido do trabalho do que, propriamente, uma questão jurídica.

O fato é que enquanto não se consegue superar os traumas e ideologias que impedem qualquer mudança na legislação trabalhista que afaste o modelo vigente da tradicional relação de emprego com subordinação jurídica dual, assiste-se ao avanço de novas formas de contratação fomentadas justamente por essa incapacidade de adaptação, que produz uma flexibilização fática, ou seja, não se adequa a norma para o atual modelo econômico, deixando-se a proteção trabalhista aquém do necessário.

Essa flexibilização fática, sem dúvida, incentiva as novas práticas que, em época de globalização, encontram campo fértil pela dificuldade de aplicação de normas trabalhistas para além do território soberano, outro conceito que precisa evoluir para se efetivar a proteção necessária ao ser humano trabalhador, pois as empresas se conectam mundialmente e criam suas redes com delegação de atividades para o estrangeiro, praticamente impedindo que, com as ferramentas à disposição no campo normativo, haja algum controle ou responsabilização por eventuais danos causados aos trabalhadores envolvidos nas redes empresariais.

Urge, portanto, que os operadores do direito aceitem modificações capazes de enfrentar essas novas realidades, não apenas demonizando a livre iniciativa, mas amoldando-a dentro dos princípios que regem a ordem econômica e sob a luz do valor social do trabalho.

4. Direito do Trabalho na era da descentralização produtiva

4.1. Responsabilidade trabalhista e subordinação estrutural

Inexiste, como visto, norma de âmbito nacional que regule do ponto de vista trabalhista a descentralização produtiva tanto como gênero como em algumas de suas espécies, mormente no que diz respeito às redes empresariais, sejam as naturais sejam as dependentes.

Essa lacuna do legislador, entretanto, não pode ser tratada como mero caso de necessidade de integração sob os ditames do art. 126 do CPC/73 (art. 140 CPC/15) combinado com o art. 8º da CLT e seu parágrafo único, que determinam a completude do sistema jurídico e indicam a forma de supressão dessas lacunas normativas. Não constitui o problema, portanto, caso para simples aplicação analógica.

Importante tal percepção, pois os trabalhadores contratados por empresas organizadas em rede possuem na norma a definição para seus vínculos de trabalho do ponto de vista tradicional, ou seja, vínculos que se dão entre o trabalhador e a empresa contratante de seus serviços, o que acaba gerando, muitas das vezes, a discussão acerca dos problemas trabalhistas apenas nesta restrita órbita de interesses.

Há inclusive certa miopia de operadores do direito que sequer indagam da possibilidade de obtenção de algum tipo de vinculação com outras empresas dentro da mesma rede, o que já também ocorreu com a espécie da terceirização, pois a percepção do próprio trabalhador é de que sua energia de trabalho é absorvida pelo tomador direto, seu contratante, ignorando-se muitas vezes o real destinatário final do produto do trabalho.

Esta dificuldade de percepção do real beneficiário da energia de trabalho, que no sistema de redes a bem da verdade é múltiplo, para muitos inviabiliza a aplicação do arcabouço normativo trabalhista, vez que criado para realidades singulares como antes abordado.

De outra parte, existe grande esforço da doutrina e da jurisprudência em se estabelecer algum tipo de possibilidade de manutenção dos vínculos trabalhistas próximos do que sempre foram, através de fórmulas que tentam amoldar essa nova forma de trabalho ao antigo sistema celetista.

Entre tais aplicações doutrinárias cita-se a reinterpretação do conceito de subordinação conhecido como subordinação reticular, integrativa ou estrutural, sendo esta última a modalidade que parece ter recebido maior aceitação por parte da jurisprudência, existindo julgados no próprio Tribunal Superior do Trabalho aplicando tal premissa, como abaixo se exemplifica:

“TST-RR-521-05.2010.5.24.0000 – Relator Ministro ALBERTO LUIZ BRESCIANI DE FONTAN PEREIRA (06.10.2010)

I - AGRAVO DE INSTRUMENTO. PROVIMENTO. VÍNCULO EMPREGATÍCIO. EMPRESA DE TELECOMUNICAÇÃO. TERCEIRIZAÇÃO DE ATIVIDADE-FIM - IMPOSSIBILIDADE. Demonstrada a divergência jurisprudencial, merece processamento o recurso de revista. Agravo de instrumento conhecido e provido. II - RECURSO DE REVISTA. 1. NULIDADE. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. Deixando a parte de opor embargos declaratórios, com a finalidade de obter pronunciamento sobre a matéria, resta precluso o momento de arguição de nulidade por negativa de prestação jurisdicional. Inteligência da Súmula 184 do TST. Recurso de revista não conhecido. 2. VÍNCULO EMPREGATÍCIO. EMPRESA DE TELECOMUNICAÇÃO. TERCEIRIZAÇÃO DE ATIVIDADE-FIM - IMPOSSIBILIDADE. O § 1º do art. 25 da Lei nº 8.987/95, bem como o inciso II do art. 94 da Lei nº 9.472/97 autorizam as empresas de telecomunicações a terceirizar as atividades-meio, não se enquadrando em tal categoria os atendentes do sistema "call center", eis que aproveitados em atividade essencial para o funcionamento das empresas. Recurso de revista conhecido e provido.

...

Por fim, ressalto que o conceito de subordinação deve ser examinado à luz da inserção do trabalhador na dinâmica do tomador de serviços, configurando a denominada subordinação estrutural, teoria que se adianta como proposta para solucionar os casos em que o conceito clássico de subordinação apresenta-se inócuo.”

“TST-AIRR-342-23.2010.5.03.0108 – Relator Ministro Maurício Godinho Delgado (23.02.2011)

AGRAVOS DE INSTRUMENTO. RECURSOS DE REVISTA. TELEMAR NORTE LESTE S.A. E CONTAX.S.A. RITO SUMARÍSSIMO. EMPRESA DE TELEFONIA. *CALL CENTER*. VÍNCULO DE EMPREGO DIRETAMENTE COM A TOMADORA DE SERVIÇOS (TERCEIRIZAÇÃO ILÍCITA - SÚMULA 331-I/TST). RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. INSTRUMENTO NORMATIVO. VANTAGENS. REPOUSO SEMANAL REMUNERADO. COISA JULGADA.

MANUTENÇÃO DA DECISÃO AGRAVADA. Segundo a Súmula 331, I/TST, a contratação de trabalhadores por empresa interposta é ilegal, formando-se o vínculo com o tomador dos serviços, salvo nos casos elencados nos incisos I (trabalho temporário) e III (conservação e limpeza, vigilância, atividades-meio do tomador) da referida súmula (desde que não havendo pessoalidade e subordinação direta nos casos do inciso III, acrescente-se). Nesse quadro, a terceirização de atividade-fim – exceto quanto ao trabalho temporário – é vedada pela ordem jurídica, conforme interpretação assentada pela jurisprudência (Súmula 331, III), independentemente do segmento econômico empresarial e da área de especialidade profissional do obreiro. Locação de mão-de-obra em atividade-fim é medida excepcional e transitória, somente possível nos restritos casos de trabalho temporário, sob pena de leitura interpretativa em desconformidade com preceitos e regras constitucionais decisivas, como a dignidade da pessoa humana, da valorização do trabalho e do emprego, além da subordinação da propriedade à sua função socioambiental. Configurada a irregularidade do contrato de fornecimento de mão-de-obra, determina a ordem jurídica que se considere desfeito o vínculo laboral com o empregador aparente (entidade terceirizante), formando-se o vínculo justralhista do obreiro diretamente com o tomador de serviços (empregador oculto ou dissimulado). Desse modo, não há como assegurar o processamento dos recursos de revista quando os agravos de instrumento interpostos não desconstituem as razões expendidas na decisão denegatória que assim subsiste pelos seus próprios fundamentos. Agravos de instrumento desprovidos.

...

Registre-se, ainda, que a subordinação jurídica, elemento cardeal da relação de emprego, pode se manifestar em qualquer das seguintes dimensões: a clássica, por meio da intensidade de ordens do tomador de serviços sobre a pessoa física que os presta; a objetiva, pela correspondência dos serviços deste aos objetivos perseguidos pelo tomador (harmonização do trabalho do obreiro aos fins do empreendimento); a estrutural, mediante a integração do trabalhador à dinâmica organizativa e operacional do tomador de serviços, incorporando e se submetendo à sua cultura corporativa dominante.”

“TST-AIRR-50240-11.2007.5.18.0005 – Relator MINISTRO VIEIRA DE MELLO FILHO (30.03.2011)

AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA – VÍNCULO EMPREGATÍCIO - TERCEIRIZAÇÃO - ATIVIDADE-FIM - EXISTÊNCIA DE SUBORDINAÇÃO. Ao que se extrai da decisão recorrida, a primeira-reclamada foi inserida no próprio setor de telemarketing do banco. Os serviços contratados pelo tomador, por meio de empresa interposta, abrangem a prestação de serviços de "call center", cujas operações estão inseridas na atividade-fim deste,

uma vez que imprescindíveis ao fornecimento dos serviços bancários, enfim, para concretização dos fins econômicos da empresa tomadora de mão-de-obra, motivo pelo qual não se pode ter como lícita a terceirização havida.

Agravo de instrumento desprovido.”

Pela importância do tema, que pretende apresentar solução para a responsabilidade trabalhista no sistema de empresas formadas em rede, passa-se a analisar a subordinação estrutural de forma mais aprofundada.

Foi Maurício Godinho Delgado quem lançou a ideia de se repensar o conceito de subordinação jurídica da relação de emprego sob a perspectiva dos direitos fundamentais para superar o modelo tradicional de vinculação dual, entre empregado e empregador em empresas verticais, como forma de avançar as conquistas trabalhistas mantendo o dogma clássico do Direito do Trabalho e, ainda, uma das suas características, concernente à tendência de expansão do modelo trabalhista a outras relações de trabalho a ela assemelhadas.

Delgado explana o conceito de direitos fundamentais, realizando uma análise histórica e pautando sua aplicação para os direitos trabalhistas, defendendo sua extensão para este campo da seguinte forma:

“Não obstante a possibilidade de um caminho extensivo dos direitos fundamentais a certas relações de trabalho não empregatícias — caminho submetido a importantes riscos e desafios, como exposto acima —, parece claro que a via mais factível e eficiente para o avanço dos direitos fundamentais do trabalho passa pelo próprio alargamento deste ramo jurídico especializado.

Não se trata somente da pura e simples busca de efetividade do Direito do Trabalho — processo que, em países como o Brasil, já produziria impressionante impacto socioeconômico e cultural —; trata-se, sim, da efetiva ampliação da base de incidência deste ramo normativo.

O que se propõe é uma adequação — renovação, talvez — em certo conceito específico deste campo do Direito, de modo a melhor adaptá-lo à dinâmica do mercado de trabalho contemporâneo. Tal adaptação poderia permitir, a um só tempo, alargar o campo de incidência juslaborativa, além de conferir resposta normativa eficaz a alguns de seus mais recentes instrumentos desestabilizadores.

Está-se falando do conceito de subordinação, inerente à relação de emprego.

Como se sabe, o conceito de subordinação hoje dominante é o que a compreende como a situação jurídica, derivada do contrato de emprego, em decorrência da qual o trabalhador acata a direção laborativa proveniente do empregador. É uma situação jurídica que se expressa por meio de certa intensidade de ordens oriundas do poder diretivo empresarial, dirigidas ao empregado.

Em paralelo a esta conceituação hegemônica, construiu o Direito do Trabalho noção ampliativa deste elemento integrante da relação de emprego, denominando-a de subordinação objetiva.

A subordinação objetiva, ao invés de se manifestar pela intensidade de comandos empresariais sobre o trabalhador (conceito clássico), despontaria da simples integração da atividade laborativa obreira nos fins da empresa. Com isso reduzia-se a relevância da intensidade de ordens, substituindo o critério pela ideia de integração aos objetivos empresariais.

Embora válido o intento da construção teórica da subordinação objetiva, ela não se consolidou, inteiramente, na área jurídica, por ser fórmula desproporcional às metas almejadas. Tal noção, de fato, mostrava-se incapaz de diferenciar, em distintas situações práticas, entre o real trabalho autônomo e o labor subordinado, principalmente quando a prestação de serviços realizava-se fora da planta empresarial, mesmo que relevante para a dinâmica e fins da empresa. Noutras palavras, a desproporção da fórmula elaborada, tendente a enquadrar como subordinadas situações fático-jurídicas eminentemente autônomas, contribuiu para seu desprestígio.

A readequação conceitual da subordinação — sem perda de consistência das noções já sedimentadas, é claro —, de modo a melhor adaptar este tipo jurídico às características contemporâneas do mercado de trabalho, atenua o enfoque sobre o comando empresarial direto, acentuando, como ponto de destaque, a inserção estrutural do obreiro na dinâmica do tomador de seus serviços.

Estrutural é, pois, a subordinação 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.

A ideia de subordinação estrutural supera as dificuldades de enquadramento de situações fáticas que o conceito clássico de subordinação tem demonstrado, dificuldades que se exacerbaram em face, especialmente, do fenômeno contemporâneo da terceirização trabalhista.

Nesta medida ela viabiliza não apenas alargar o campo de incidência do Direito do Trabalho, como também conferir resposta normativa

eficaz a alguns de seus mais recentes instrumentos desestabilizadores — em especial, a terceirização.”¹⁰⁵

O uso da subordinação estrutural, como pensada por seu elaborador, de fato constitui forte instrumento para enfrentar o fenômeno não apenas da terceirização em sentido estrito, mas da própria descentralização produtiva como um todo, inclusive na espécie de empresas em rede, vez que, na prática, reconduz a figura do trabalhador para uma relação dual com o suposto real beneficiário de sua energia de trabalho.

A aplicação da subordinação estrutural produz um interessante efeito, pois aceita o fenômeno da descentralização como um modelo econômico, mas simplesmente porque ignora suas consequências trabalhistas, criando uma fórmula para que o Direito do Trabalho tradicional possa se adaptar à novel estruturação empresarial. Se levada a cabo a subordinação estrutural, no fundo praticamente acaba-se com qualquer prática de descentralização no que concerne aos efeitos trabalhistas, pois não se vislumbra como conceber o trabalho externalizado sem que de alguma forma o trabalhador esteja “estruturalmente” vinculado a uma empresa principal.

Vale registrar, ainda, que o próprio conceito de “subordinação estrutural”, ao definir como empregado direto aquele trabalhador que se encontra “estruturalmente” ligado à empresa, possui um grau de abstração que, habilmente utilizado, reconduz ao vínculo de emprego quase que todos os trabalhadores utilizados em sistemas de descentralização produtiva.

Embora se possa notar algum ponto de incerteza no instituto em exame, não apenas a jurisprudência nacional, inclusive na mais alta corte trabalhista como acima demonstrado, mas também a doutrina buscou desenvolver o conceito da subordinação estrutural como forma de se encontrar uma resposta para o problema dos impactos da descentralização produtiva, mas sempre tomando-se por base o substrato ideológico de que tal fenômeno produz o desmonte do Direito do Trabalho e a precarização nas relações trabalhistas, focando-se maneiras de se manter o mesmo arcabouço normativo para o novo cenário da exploração capitalista do trabalho humano.

¹⁰⁵ *Direitos Fundamentais na Relação de Trabalho*, Revista do Ministério Público do Trabalho no. 31, março de 2006, Ed. LTr: São Paulo, p. 20-46

Neste sentido, há interessante estudo elaborado por dois magistrados trabalhistas, Marcus Menezes Barberino Mendes e José Eduardo de Resende Chaves Júnior,¹⁰⁶ que propuseram um desenvolvimento da doutrina da subordinação estrutural, articulando-a “com a feição reticular da reorganização produtiva, que mescla características protocapitalistas à contemporaneidade do empreendimento em rede¹⁰⁷”.

Deixam claro, os autores, que “reconhecendo a necessidade de estabilidade e sistematicidade da regulação do trabalho na sociedade capitalista, buscamos no alheamento do trabalho – em função dos frutos, dos riscos e da utilidade patrimonial – a devida consistência conceitual da subordinação jurídica, ressaltando o caráter essencial da ‘alienidade’ no Direito do Trabalho”¹⁰⁸.

No estudo em questão, iniciam os autores por reconhecer os impactos das novas formas de organização produtiva e, embora seja mencionado que não se nega a possibilidade de modificações na regulação do trabalho, parece que o escopo da tese elaborada é em sentido contrário, pois consta em seu bojo que “o objetivo deste texto é justamente dar uma resposta jurídica a um fenômeno econômico que tem contribuído para a desestruturação, não só dos mecanismos de solidariedade entre os trabalhadores, mas inclusive das próprias relações jurídicas laborais”¹⁰⁹.

Neste desiderato, inicialmente foi realizada uma análise da clássica subordinação jurídica, que constitui “o elemento de caracterização da condição de prestador de trabalho tutelado pela CLT”¹¹⁰, ressaltando que a doutrina espanhola buscou outro foco para tal fixação, a alteridade¹¹¹ que pode ser resumida no trabalho por conta alheia, na assunção de riscos pelo tomador dos serviços que adquire originariamente os frutos do trabalho, fixaram

¹⁰⁶ *Subordinação Estrutural-Reticular: Uma Perspectiva sobre a Segurança Jurídica*, Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região, Belo Horizonte, v. 46, n. 76, p. 197-218, jul/dez.2007.

¹⁰⁷ *Idem*, p. 197.

¹⁰⁸ *Ibidem*, p. 197.

¹⁰⁹ *Ibidem*, p. 198.

¹¹⁰ *Ibidem*, p. 201.

¹¹¹ Registre-se que há discussão acerca da melhor tradução do termo usado pela doutrina espanhola (“ajenidad”) para o português, preferindo o autor o uso do termo alteridade como significativo do trabalho por conta alheia. No estudo em análise, os autores tecem longos comentários acerca deste embate doutrinário, concluindo que “neste momento da reorganização produtiva, a centralidade do conceito de alienidade no Direito do Trabalho é fundamental para desenvolver uma exegese sistemática e estável - conceitos muito caros ao sistema capitalista, inclusive - da relação de emprego. A idéia mais tradicional de subordinação, descolada dessa perspectiva de alheamento, muitas vezes torna a subordinação, ela própria - ainda que aparentemente, apenas - suscetível a desvirtuamentos conceituais, principalmente em face da crescente concepção do trabalhador (supostamente) autônomo, mas econômica e habitualmente dependente de uma mesma rede produtiva.”

os autores do celebrado estudo que as novas formas de se trabalhar não passam de um retorno ao passado das relações trabalhistas, e ao contrário de países que resolveram regulamentar figuras sem o mesmo nível de proteção social do clássico empregado, entendem que no cenário nacional há ainda possibilidade de se interpretar o ordenamento jurídico com a finalidade de aplicação da mesma norma consolidada a tais trabalhadores, mantendo-se o dogma trabalhista intacto, na busca de segurança jurídica.

Para fundamentar sua posição, definiram os autores que as coalizões empresariais, que surgem a partir do novo modelo econômico e sob o prisma da segurança jurídica, devem ser responsabilizadas a partir do estabelecimento de uma “conexão entre atividade, risco e responsabilidade”¹¹², fixando as seguintes conclusões acerca das repercussões dessas ideias no Direito do Trabalho e do Direito Processual do Trabalho:

“1. Resgatar o conceito de “alienidade” no Direito do Trabalho contribui para uma extensão civilizatória e isonômica dos direitos sociais, ensejando a agregação das novas realidades decorrentes da reorganização produtiva.

2. Assumir o caráter central da idéia de “alienidade” no conceito de subordinação e, por conseqüência, no próprio Direito do Trabalho, torna esse ramo da ciência jurídica mais sistemático e estável.

3. Com o conceito de subordinação estrutural-reticular apreende-se o fenômeno das coalizões de empresas e de empregadores, quer assumam formas jurídicas explícitas e reguladas pelo direito empresarial, quer sejam coalizões factuais, reconhecendo a possibilidade de que tais empresas ou empregadores assumam cada um parte das funções diretivas que o artigo 2º da CLT estabelece como necessárias e suficientes ao reconhecimento do(s) sujeito(s) de deveres jurídicos do tomador.

4. O conceito, ao mesmo tempo, absorve como próprias da subordinação as múltiplas formas de controle e mando, tais como, regulamentos, contratos, manuais de uso de máquinas e equipamentos ou de processos produtivos, GPS, celulares, tacógrafos, *softwares* de vigilância e registro, *palm tops*, câmeras de vídeo, relatórios de atividade e desempenho, tanto analógicos quanto os digitais.

5. Espraiar segurança jurídica nas relações laborais, diminuindo o uso instrumental e, frequentemente, predatório da legislação do trabalho, reconhecendo a condição de empregadores das unidades econômicas que atuam em rede, no mesmo espaço geográfico ou em locais distintos, para assegurar que o risco econômico da atividade não seja

¹¹² Ibidem, p. 210.

transferido ao trabalho e, via de consequência, aos sistemas sociais e estatais de amparo ao trabalho.

6. Flagrar a relação dinâmica entre direito, economia e, sobretudo, o *character expectacional* da segurança jurídica, que pode e deve ser um compromisso do sistema jurídico, mas num contexto espraiado e universal, onde a mutabilidade da vida social não se traduza em simples refúgio da irresponsabilidade jurídica e social dos agentes sociais, mormente dos agentes econômicos.

7. Reconhecer a condição de “empregado por interpretação constitucional” aos trabalhadores que ingressam na estrutura da empresa ou da rede de empresas, ainda que suas contratações estejam amparadas por contratos de trabalho autônomos. Trata-se de atrair para a proteção dos direitos fundamentais socioeconômicos aqueles que têm semelhanças com o empregado e que em outros sistemas jurídicos recebem tratamento distinto, com proteção jurídica e social inferior ao do empregado.

8. Assegurar a aplicação das normas coletivas relacionadas com a atividade econômica desenvolvida pelos empregados da rede de unidades econômicas, quando estas têm múltiplas atividades com o escopo de auferir faturamento, com a dupla finalidade de assegurar a aplicação do princípio da proteção em relação aos empregados envolvidos em cada uma das atividades econômicas da rede, e ao mesmo tempo disciplinar a concorrência intercapitalista, atraindo para o campo do direito coletivo do trabalho e do direito individual do trabalho o conceito de *dumping* social.

9. Permitir a legítima atividade de especialização do trabalho, como ocorre com setores em que a prevalência do trabalho imaterial aumenta a capacidade de resistência política e de inovação do trabalho, seja para gerar novos setores de atividade econômica, seja para permitir a otimização da sua ação coletiva.

10. Distinguir a fraude relacionada com a criação de interposta pessoa ou empresa, por uma das unidades econômicas da rede, tenha ou não idoneidade econômico-financeira, da existência de uma unidade econômica dotada de especialização técnica capaz de reconhecer nela mais um dos empregadores da rede.

11. Distinguir, também, da fraude a emergência - *rectius*: ressurgimento – de figuras de trabalhador não jungidos à subsunção material do capital, que não podem ser tratados pelo regime de regulação trabalhista como *tertius*, não só por imposição dos princípios de isonomia do trabalho humano e de expansão tuitiva dos direitos sociais, bem assim para o próprio equilíbrio do sistema de competição capitalista.

12. Compreender a possibilidade de que em certas atividades econômicas o presente abraça-se ao passado e o capital pode dar-se ao luxo de abrir mão da subsunção material do trabalho. O trabalhador, eventualmente, pode ser excepcionado do rol dos não-proprietários de meios de produção, já que a propriedade desses

meios não é mais estratégica para todas as formas e etapas da produção.”¹¹³

O extenso rol de conclusões, todas válidas do ponto de vista do esforço doutrinário em se manter coerência ao sistema trabalhista vigente, se de um lado apresentam solução para o problema do trabalho na descentralização produtiva, por outro criam dificuldades para uso desse mesmo sistema, na forma como concebido.

Para exemplificar a afirmativa supra, cita-se o grave imbróglio da aplicação da teoria da subordinação estrutural-reticular a um caso concreto, onde de fato um trabalhador foi aproveitado dentro de um sistema de empresas articuladas em rede através de um contrato de prestação de serviços autônomos, prestando consultoria em TI (tecnologia da informação) a uma empresa que explora atividade na área de energia e que por sua vez possui contrato para desenvolvimento de softwares de controle para outra empresa que perfura poços de petróleo, mas que também é contratada de outra que possui tecnologia de sonda para perfuração e assim por diante.

Sob a premissa do reconhecimento do vínculo de emprego pela subordinação estrutural-reticular fica a indefinição: quem é o empregador desse sujeito? Todas as empresas ao mesmo tempo? A melhor delas? Qual seria a melhor? Pode-se cogitar de equiparação salarial entre esse trabalhador subordinado estrutural-reticular com um dos empregados de uma das empresas em rede que foi formalmente contratado pela CLT? E os direitos normativos? Qual o enquadramento sindical?

Como visto, embora sedutoras as teorias acima analisadas a bem da verdade há uma quase que impossibilidade de sua aplicação prática, salvo se ignorarmos diversos problemas de aplicação do Direito do Trabalho em vigor em prol da segurança jurídica da formalização de algum tipo de emprego com alguém que assuma essa conta.

Note-se que a tese proposta da subordinação estrutural não tem por base a aplicação em casos concretos onde se percebe fraude aos preceitos trabalhistas, sem em toda e qualquer rede de empresas pelo simples fato desse novo modelo econômico gerar uma desestruturação do tradicional cenário trabalhista.

O grau de incerteza gerado pela subordinação estrutural e na sua forma mais desenvolvida – subordinação estrutural-reticular – parece-nos ser verdadeiro impeditivo

¹¹³ Ibidem, p. 216-217.

para uso da própria teoria. Talvez tenham seus autores vislumbrando muito além do alcance e das possibilidades de nosso ordenamento jurídico em seu atual estágio, talvez o tempo se encarregue de mostrar que a solução apresentada por eles fosse efetivamente a devida, mas o fato é que com todas as vênias não vislumbramos como deixar de lado os inúmeros pontos de atrito com a própria ciência do Direito do Trabalho para acatar a proposta ora analisada.

No fundo, parece que o problema do desenvolvimento de tais teorias reside na vontade de se atingir uma proposta que em nenhuma hipótese aceite qualquer modificação nos direitos trabalhistas, que não mude a concepção mesma do Direito do Trabalho, não aceitando que o mundo inteiro mudou, que as pessoas não são mais as mesmas, que os valores da sociedade também já se modificaram, enfim, parece que existe um senso coletivo que não permite a um operador da área trabalhista propor alternativas que possam realmente mexer no marco regulatório herdado da era pós Revolução Industrial.

A nosso sentir, no Brasil o Direito do Trabalho getulista já cumpriu seu papel de amortização do conflito social para lançamento do plano de industrialização, sendo necessário se repensar o modelo adotado antes que ele seja preterido pelo simples fato de se tornar inadequado, sendo certo que mesmo com a boa vontade da Justiça do Trabalho, que já absorve milhões de demandas por ano, não se pode conceber que a sociedade tenha um direito que ela mesma não pretende aplicar, salvo se forçada a tal por via da tutela jurisdicional.

Como bem aponta José Eduardo Faria¹¹⁴, a questão passa pelo impacto da reestruturação do capitalismo, que traz cinco consequências sobre o direito que podem ser resumidas como o foco nos resultados de curto prazo e dividendos imediatos, a redução da margem de autonomia dos governos nacionais, crescente diferenciação da economia em sistemas e subsistemas cada vez mais especializados, fenômeno da ‘relocalização industrial’ e crescimento do tamanho das empresas transnacionais e o empalidecimento da ideia de Estado-nação, sendo que no que concerne à questão trabalhista, há uma forte tendência no enfraquecimento do Direito do Trabalho, conforme análise efetuada a partir das novas formas e funções do direito pelo autor:

¹¹⁴ *A Sociologia Jurídica – Direito e Conjuntura*, 2ª ed., 2010, Ed. GVlaw, 2010, p. 22.

“De algum modo vinculada com o refluxo do direito público,- a sexta tendência é de enfraquecimento firme e progressivo do Direito do Trabalho, enquanto conjunto de princípios, normas e procedimentos que surgiram a partir de conquistas históricas na dinâmica de expansão do capitalismo industrial, com a finalidade de circunscrever, controlar e dirimir os conflitos laborais, sob a forma de gratificações compensatórias. Foi graças a muito sangue e muita pancadaria, como é sabido, que a livre associação sindical e o recurso da greve como instrumento de pressão e barganha deixaram de ser tipificados como crimes previstos em leis penais para se converterem em direitos fundamentais constitucionalmente- assegurados, entre os séculos XIX e XX; foi a ferro e fogo que o emprego se tornou categoria jurídica no âmbito do Estado Providenciário e sua regulação se converteu numa das vias de acesso à cidadania; e que a generalização de padrões mínimos de trabalho, os assim chamados *labour standards*, abriu caminho para a adoção de diferentes medidas de discriminação positiva destinadas a proteger as partes mais fracas nas relações laborais.

Também foi graças a muito conflito político e muito confronto sindical que o encurtamento da jornada e o descanso semanal-remunerado, a limitação do trabalho noturno, a fixação de salários básicos, a concessão de reajustes em níveis proporcionais aos ganhos de produtividade e/ou ao aumento do custo de vida, a garantia de condições salubres de trabalho, a normatização das formas de admissão e contratação, o estabelecimento de condições para demissões e de sanções pecuniárias para despedidas arbitrárias, o pagamento de pensões temporárias para os trabalhadores acidentados e a aposentadoria pública puderam transformar-se na espinha dorsal da rede jurídica de proteção constituída pelo Direito do Trabalho, ao longo dos últimos 150 anos. No entanto, diante das transformações no padrão mundial de produção e concorrência ocorridas nas duas ou três últimas décadas, toda essa herança passou a ser contestada, em nome da força expansiva dos mercados e da adequação dos recursos humanos às oscilações econômicas, e a ser progressivamente desmontada, em face das pressões dos agentes econômicos para que os níveis salariais locais e o valor dos encargos trabalhistas se uniformizem por baixo, no plano internacional.

Obrigado agora a lidar com as formas variáveis e cambiantes dos novos modos de organização da produção e a disciplinar situações inéditas, ainda não inteiramente estruturadas, cada vez mais funcionalmente diferenciadas e, portanto, dificilmente padronizáveis, o escopo, a estrutura, o alcance e a eficácia do Direito do Trabalho estão sendo profundamente afetados pela extrema volatilidade e mobilidade dos capitais, pelas mudanças ocupacionais e organizacionais subjacentes ao fenômeno da globalização econômica e pela subsequente explosão do trabalho urbano flexível, informal, descontínuo e altamente precarizado. Refinando o argumento: com a

crescente automação e informatização dos sistemas de gestão e produção, o avanço da terceirização e da subcontratação e o advento de modos novos e bem mais seletivos de inserção na economia formal, (a) o trabalho repetitivo e auferido por tempo de serviço é progressivamente substituído pelo trabalho reflexivo, como aquele encontrado, por exemplo, nas atividades de ensino e treinamento, desenho aplicado, marketing, logística, contabilidade, gestão empresarial, informação, produção cultural, assessoria fiscal e jurídica, informática, corretagem, intermediação financeira etc.; (b) o trabalho industrial perde força na orientação de sentido normativo de ação e na identificação pessoal e coletiva, perde capacidade social integradora e perde capacidade comunicativa de gerar solidariedade; e (c) a mão-de-obra desloca-se para o setor de serviços, acarretando o declínio do operariado fabril clássico e levando a própria idéia de “emprego industrial”, que sempre esteve subjacente aos principais institutos e categorias da legislação trabalhista, a entrar em crise. E como o setor de serviços se caracteriza pela diferenciação funcional e operativa, por distintos critérios de aferição de produtividade, pela flexibilização do tempo de trabalho e por políticas de remuneração altamente discriminatórias e extremamente seletivas, sob a forma de bônus, gratificações, compensações e prêmios por assiduidade, mérito e desempenho individuais, ele exige formas contratuais muito mais maleáveis e segmentadas de contratação e formalização das relações trabalhistas do que aquelas vigentes no âmbito do setor industrial.

Com isso, o caráter estatutário da legislação trabalhista forjada no âmbito do Estado Providência acaba sendo contraposto a iniciativas tomadas com o objetivo de substituir a regulação protetora pela livre negociação, e justificadas em nome da desoneração dos agentes produtivos, a fim de que possam aumentar sua competitividade em mercados abertos e desregulamentados. Em termos esquemáticos, no sistema estatutário os direitos e deveres individuais e coletivos são garantidos por leis que estabelecem os limites das convenções e acordos coletivos. No sistema negocial, esses direitos e deveres tendem a ser estabelecidos por um contrato discutido e pactuado entre as entidades representativas das empresas e os sindicatos trabalhistas ou, então, diretamente entre as próprias empresas e seus funcionários. O sistema estatutário baseia-se, assim, mais na legislação em si do que na negociação, exigindo, por consequência, a intervenção adjudicante e normativa da Justiça do Trabalho. Já o sistema negocial tem características diversas. Postulando a adoção da liberdade plena de associação sindical, o reconhecimento quase absoluto da livre disposição contratual entre as partes e a supressão de contribuições compulsórias impostas legalmente, ele se baseia em muita negociação e pouca legislação, dispensando a interferência-judicial. “A cada negociação, que pode ser definida com periodicidade fixa ou quando uma das partes decidir chamar a outra a

negociar, novas cláusulas são automaticamente negociadas”, afirma um analista (Camargo, 1993). E, para que isso ocorra, é preciso que as partes entrem em acordo com relação ao que deve permanecer intocado e ao que pode ser alterado. “Dadas as exigências das tecnologias flexíveis e a perda de competitividade da tecnologia de produção em massa”, conclui ele, “reduzir a rigidez do mercado de trabalho torna-se um objetivo (...) talvez mais importante que a própria tecnologia embutida no capital físico da empresa” (Camargo, 1993).

Essa combinação entre flexibilidade operativa, heterogeneidade do perfil do emprego no setor terciário, despadronização e/ou individualização nas formas jurídicas de contratação e demissão e enfraquecimento das estruturas nacionais de negociação coletiva, ao minar as condições estruturais de estabilidade e segurança dos padrões trabalhistas, acaba assim atingindo mortalmente a essência da legislação laboral (Ferreira: 2001 e 2005). À medida que se multiplicam as comissões de arbitragem e os mediadores nos conflitos coletivos, a fragmentação dos acordos e das convenções trabalhistas, a desregulação dos contratos por meio das (muitas vezes falsas) cooperativas de trabalho e o uso fragrantemente abusivo dos contratos com prazo determinado, dos contratos de aprendizagem das funções interinas prorrogadas ao infinito, da subcontratação, do trabalho em domicílio e de novas formas de remuneração com base na produtividade, levando o antigo trabalhador com carteira assinada a assumir a figura jurídica de “cooperado” ou de “microempresário”, a proteção assegurada aos “hipossuficientes” é esvaziada pela livre negociação entre partes formalmente “iguais”. Como decorrência, as fronteiras entre o trabalho assalariado e a livre-iniciativa perdem nitidez, tornando-se cada vez mais porosas. Desse modo, quanto mais os contratos de locação de serviços vão assumindo a forma de simples contratos de obrigações, na melhor tradição do direito privado tradicional, mais eles vão tomando o espaço anteriormente ocupado pelas normas protetoras e padronizadoras da legislação laboral de inspiração social-democrata. E, com isso, mais o Direito do Trabalho tende a se desfigurar e a se “civilizar”, ou seja, tende mais a se confundir e se refundir com o Direito Privado.”¹¹⁵

Impressiona a força e a precisão da análise relativa ao futuro do Direito do Trabalho realizada por Faria nos idos de 2010 após a grande crise mundial de 2008. Longe de ser uma reflexão pessimista, toma-se o texto como um alerta para o que em nosso entender deve-se reconhecer já é a realidade atual da área trabalhista, seja no campo do Direito Material do Trabalho seja no campo do Direito Processual, talvez mais ainda neste.

¹¹⁵ Idem, p. 22-23.

De fato, o ano de 2015 foi marcado pela publicação do novo Código de Processo Civil, através da Lei 13.105, que adota claramente uma simplificação do procedimento processual também já antevista por José Eduardo Faria,¹¹⁶ sendo patente que a reformulação da Teoria Geral do Processo levada a cabo na área comum será aplicável ao Processo do Trabalho que, apesar de autônomo, reconhece uma mesma base teórica com o processo civil, o que ratifica a ideia de que o mundo está em movimento e há que se adotar postura perante os novos desafios desta era, que a nosso sentir não deve ser apenas a de fixar pé na tentativa de manter o modelo até então praticado.

Na seara do direito material já restou amplamente demonstrado que tais mudanças igualmente ocorreram, mas não no campo normativo. Ocorreram, sim, no plano da realidade, pois vivenciamos a estranha situação de estar o mundo do trabalho já acontecendo sob a ótica da empresa descentralizada, mas permanecermos aplicando o mesmo Direito do Trabalho apenas para aqueles que se socorrem do Poder Judiciário e conseguem sucesso em demanda trabalhista postulando a aplicação tradicional da relação de emprego dual, ou seja, a uma pequena parcela que discute sua relação de trabalho na ótica da legislação em vigor.

Cabe, portanto, apresentar algum modelo que possa permitir a manutenção de um nível tolerável de proteção trabalhista, ao mesmo tempo em que autorize a evolução do mercado de trabalho para os modelos que já são utilizados na prática, ou seja, algum Direito do Trabalho que se amolde à lógica da flexibilidade sem flexibilizar os direitos trabalhistas, tarefa esta, reconhece-se, bastante difícil.

Certos de que a única resposta adequada encontra-se nos fundamentos, nos elementos essenciais da proteção humana trabalhista, parte-se da premissa da construção de

¹¹⁶ Na mesma obra citada, o autor analisa tal tendência da seguinte forma, na página 72: “Trata-se da reformulação paradigmática do direito processual civil e penal, com a simplificação dos procedimentos de citação e das provas periciais, a abolição de parte das formalidades nos procedimentos especiais, o enxugamento do procedimento ordinário, a redução drástica do número de recursos judiciais, a desburocratização dos agravos, a ênfase ao princípio da oralidade, a agilização do trâmite de processos em que já existe jurisprudência estabelecida, conversão dos tribunais inferiores em instâncias terminativas para determinados tipos de conflitos, a valorização da jurisprudência por meio da adoção de súmulas vinculantes, a conversão da última instância judicial em corte exclusivamente constitucional etc. Essa tendência decorre, acima de tudo, da incompatibilidade entre a concepção de tempo adotada pelas legislações processual civil e processual penal, que é deliberadamente lenta em face da necessidade de se institucionalizar o princípio do contraditório, garantir o direito de defesa, assegurar o chamado “duplo grau de jurisdição” e salvaguardar valores, interesses e procedimentos vitais ao funcionamento do próprio Estado de Direito, por um lado, e a concepção de tempo prevalente no processo decisório no âmbito dos mercados transnacionalizados, especialmente os financeiros, por outro.”

um Direito do Trabalho maleável, fluido, mas calcado, entretanto, nas fortes bases dos princípios que regem a área e dos direitos fundamentais.

O que se pretende propor, portanto, é uma redução de regulamentação trabalhista sem que se perca o essencial deste Direito. Ou melhor, uma diminuição do caráter estatutário do Direito do Trabalho para a adoção de um modelo construído preferencialmente pelos próprios atores sociais, mediados pela contribuição de terceiros que são chamados a resolver os conflitos que naturalmente surgem: árbitros, entes coletivos (sindicatos), Justiça do Trabalho, Ministério Público do Trabalho e fiscalização do trabalho.

Pretende-se alcançar tal objetivo através de dois pontos básicos: reconhecimento da plasticidade da aplicação da teoria dos direitos fundamentais, inclusive na área trabalhista, sob a ótica do chamado pós-positivismo, que atende à heterogeneidade da questão trabalhista moderna no campo do direito individual do trabalho e busca da liberdade sindical ampla no campo do direito coletivo do trabalho.

4.2. Pós-positivismo e Direito do Trabalho

A Constituição da República de 1988 foi pródiga ao disciplinar os direitos trabalhistas em seu texto, colocando no Título II, “Dos Direitos e Garantias Fundamentais”, o Capítulo II, que, especificamente, trata dos “Direitos Sociais”, relacionados pelo constituinte como sendo o direito a “educação, saúde, trabalho, moradia, lazer, segurança, previdência social, proteção à maternidade e à infância e assistência aos desamparados”.

Já é basicamente reconhecido que “a efetivação dos direitos trabalhistas na atualidade não pode mais ficar relegada à mera subsunção do caso concreto às normas positivadas, pois é patente que a Constituição da República fixou valores dentre seus fundamentos e objetivos fundamentais que afetam substancialmente a prática das relações de trabalho, tais como a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), o valor social do trabalho e da livre iniciativa (art. 1º, IV), a construção de uma sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, I), a redução das desigualdades sociais (art. 3º, III) e a prevalência dos direitos humanos (art. 4º, II) entre outros, de forma a se tornar imprescindível delimitar o alcance jurídico efetivo de tais princípios e a possibilidade de sua aplicação com força normativa, o que resultaria em verdadeiro reexame de todas as normas que regem as relações de trabalho no

fenômeno conhecido por “filtragem constitucional”, que inauguraria, “no âmbito infraconstitucional, um momento de releitura do Direito, mormente em sua dimensão tecnológica (visando a orientação e decidibilidade dos problemas concretos)”¹¹⁷.

Dessa forma, torna-se imprescindível adentrar, ainda que brevemente, no exame dos tipos de normas constitucionais e da interpretação constitucional como base para o desenvolvimento do tema específico do presente estudo.

Ensina Guilherme Peña¹¹⁸ que as normas constitucionais são conceituadas como “significações extraídas de enunciados jurídicos, caracterizadas pela superioridade hierárquica, natureza da linguagem, conteúdo específico e caráter político, com diferentes tipologias”, classificando-as quanto ao conteúdo, quanto à finalidade, quanto à eficácia e aplicabilidade e quanto à estrutura, em lições que são adotadas neste estudo.

No que concerne ao conteúdo, são as normas classificadas em materialmente constitucionais – aquelas que têm conteúdo típico da Constituição – e formalmente constitucionais – as que se encontram na Constituição mas não denotam conteúdo típico constitucional.

Quanto à finalidade, há as normas de organização, que apenas organizam o exercício do poder político, as definidoras de direitos, que “têm por objeto imediato a definição de direitos fundamentais, correlativas à parte dogmática da Constituição”¹¹⁹, gerando verdadeiros direitos subjetivos aos jurisdicionados e, ainda, as normas constitucionais programáticas, que estabelecem “fins públicos a serem alcançados pelo Estado e sociedade, sem a especificação de meios para a obtenção das finalidades colimadas”¹²⁰.

No que diz respeito à eficácia e aplicabilidade, subdivide-se a classificação em três aspectos, ainda segundo o mesmo autor:

a) classificação bipartida: normas autoaplicáveis, “que não carecem da interposição do legislador ordinário para tornarem-se aplicáveis, abrangendo as normas

¹¹⁷ SCHIER, Paulo Ricardo. *Filtragem Constitucional. Construindo uma Nova Dogmática Jurídica*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999, p. 25.

¹¹⁸ PEÑA, Guilherme. *Direito Constitucional. Teoria da Constituição*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 79.

¹¹⁹ *Ibidem*, p. 82.

¹²⁰ *Ibidem*, p. 82.

preceptivas (normas que exigem uma conduta positiva) e normas proibitivas (normas que impõem uma conduta negativa)”¹²¹; e as normas não autoaplicáveis, ou seja, que:

‘(...) dependem da interposição do legislador para tornarem-se aplicáveis, alcançando as normas interpretativas (normas que indicam o sentido, alcance e conteúdo de outras), normas declarativas ou explicativas (normas que contém definições de conceitos) e normas permissivas ou facultativas (normas que atribuem uma permissão, não impondo nenhuma conduta comissiva ou omissiva) (grifos no original)’¹²².

b) classificação tripartida – adotada por José Afonso da Silva –: tem por premissa que todas as normas constitucionais possuem eficácia, mas em graus diferentes, com o efeito imediato de revogar toda a legislação ordinária anterior incompatível com o texto constitucional e, ainda, o efeito diferido de afetar a produção, interpretação e aplicação das demais normas infraconstitucionais, o que configuraria a chamada eficácia-meio das normas constitucionais. Entretanto, nem todas gozariam da eficácia-fim, não havendo aplicabilidade uniforme das normas constitucionais, surgindo a classificação em normas de eficácia plena (com aplicabilidade imediata e integral), de eficácia contida (cujo alcance pode ser reduzido por lei infraconstitucional) e de eficácia limitada (as que necessitam de regulamentação para serem aplicadas).

c) classificação quadripartida: além das três espécies expostas no item anterior, adota-se um quarto tipo de norma constitucional, a de eficácia absoluta, que seriam “normas intangíveis, contra as quais não há expressão do poder constituinte derivado reformador, como, por exemplo, as normas que prescrevem a federação (art. 1º), o voto direto, secreto, universal e periódico (art. 14), a separação dos poderes (art. 2º) e os direitos fundamentais (art. 5º, dentre outros), todos da CRFB”¹²³.

Ingo Wolfgang Sarlet adota posicionamento pessoal no sentido de aplicação preferencial de classificação do ponto de vista dúplice, observando que os autores de uma forma geral sustentam que “inexiste norma constitucional completamente destituída de eficácia, sendo possível sustentar-se, em última análise, uma graduação da carga eficaz

¹²¹ Ibidem, p. 86.

¹²² Ibidem, p. 86.

¹²³ Ibidem, p. 89.

das normas constitucionais”¹²⁴. Assim, essa variação de eficácia estaria ligada à densidade normativa do texto em exame, alguns já aptos à produção de todos os seus efeitos principais e outros dependentes de “uma atuação concretizadora por parte do legislador ordinário”¹²⁵.

Finalmente, quanto à estrutura, são as normas constitucionais classificadas em regras e princípios.

Expostas de forma sucinta as diversas classificações das normas constitucionais, cabe também de forma superficial examinar a interpretação de referidas normas, apenas como esteio para as conclusões desse estudo.

Interpretar é buscar o conteúdo de uma norma, delimitando seu significado e seu alcance, conforme a hermenêutica jurídica, que “é um domínio teórico, especulativo, cujo objeto é a formulação, o estudo e a sistematização dos princípios e regras de interpretação do direito”¹²⁶.

Como adverte Luís Roberto Barroso, as normas constitucionais geralmente apresentam-se mais abertas que os textos normativos legais, com um grau de abstração maior, a ponto de, em sua interpretação, ser necessária a utilização de um conceito específico denominado de “construção”, concernente a “tirar conclusões a respeito de matérias que estão fora e além das expressões contidas no texto e dos fatores nele considerados”, constituindo “conclusões que se colhem no espírito, embora não na letra da norma”, indo além do texto e podendo recorrer a “considerações extrínsecas”¹²⁷, o que de imediato traz à discussão a questão da influência das convicções pessoais do intérprete na busca do sentido de uma norma constitucional, uma vez que ao buscar valores além do texto, há necessariamente a influência da formação pessoal no exame do conteúdo valorativo da norma em questão. Por tal motivo, deve-se buscar ao máximo uma interpretação objetiva e neutra, o que sabe-se de antemão ser praticamente impossível, mas não odioso, na medida em que os conceitos que norteiam determinada sociedade vão terminar por influenciar a interpretação das normas que ela própria criou, legitimando-se o certo grau de insegurança jurídica atinente à presente questão.

¹²⁴ SARLET Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 4.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 242.

¹²⁵ *Ibidem*, p. 242.

¹²⁶ BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 103.

¹²⁷ *Ibidem*, p. 104.

Ademais, cremos que excesso de segurança jurídica pode findar por restringir em grau elevado a liberdade do cidadão, pois quanto mais numerosas as normas de conduta, menor o espaço para adoção de comportamentos diversificados, o que se reputa ser da essência do ser humano. Nesse sentido, a advertência de Thomas Jefferson, um dos fundadores dos Estados Unidos: “Uma sociedade que troca um pouco de liberdade por um pouco de ordem acabará por perder ambas, e não merece qualquer delas”¹²⁸.

De qualquer sorte, as próprias características já acima enunciadas da norma constitucional dão um tom especial a sua interpretação, mormente pela natureza da linguagem utilizada, mais aberta e de menor densidade jurídica, e pelo caráter político, efetuando verdadeiro controle de poder.

Dessa forma, distingue a doutrina alguns princípios para a interpretação constitucional a seguir abordados:

a) Supremacia da Constituição: todas as normas do ordenamento jurídico são inferiores às da Constituição e buscam sua validade naquela, de tal sorte que se uma norma infraconstitucional contrariar a Constituição fica passível de perda de sua eficácia através do controle de constitucionalidade que, em nosso sistema jurídico, pode ser efetivado de forma difusa ou concentrada.

b) Unidade da Constituição: todas as normas do texto constitucional estão em mesmo nível hierárquico. Entretanto, isso não significa a impossibilidade de reconhecimento de uma hierarquia axiológica entre as normas constitucionais, ou seja, a análise pelo intérprete que, numa situação concreta, observa a incidência simultânea de mais de um princípio constitucional, ocasião em que deve utilizar da ponderação de interesses, ou de colisão de regras, neste último caso observando as técnicas comuns de reconhecimento de validade consistentes na hierarquia, cronologia e especialidade, tal como efetuado para a interpretação geral de normas infraconstitucionais. Por tal orientação de interpretação constitucional, deve-se “chegar à vontade unitária da Constituição, evitando-se contradições, antinomias e antagonismos aparentemente existentes entre suas normas”¹²⁹.

¹²⁸RIBEIRO, Pedro. *O Dilema entre Segurança e Liberdade*. Disponível em: <<http://dossiers.publico.pt/shownews.asp?id=176936&idCanal=981>>. Acesso em: 27 fev. 2005.

¹²⁹MOTTA, Moacyr Parra. *Interpretação Constitucional Sob Princípios*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003, p. 146.

c) Interpretação conforme a Constituição: deve-se buscar a interpretação da norma que esteja de acordo com o texto constitucional, de forma a preservar sua constitucionalidade, resultando num aspecto de mero critério interpretativo, “pelo qual a norma jurídica somente pode ser declarada inconstitucional quando a invalidade seja manifesta e inequívoca” e numa técnica de decisão, “pela qual uma norma jurídica não deve ser declarada inconstitucional quando possa ser interpretada em consonância com a Constituição”, eliminando-se “as possibilidades de interpretação incompatíveis com o ordenamento constitucional, com redução do conteúdo normativo, sem afetar a expressão literal da norma subjugada a controle de constitucionalidade”¹³⁰.

d) Presunção de Constitucionalidade: as leis e atos normativos gozam de presunção de constitucionalidade, de forma que detêm presunção relativa de validade, que somente pode ser afastada ou transformada em presunção absoluta pela declaração de inconstitucionalidade ou de constitucionalidade, respectivamente.

e) Máxima Efetividade: como visto alhures, todas as normas constitucionais possuem aplicabilidade-meio, variando o grau de sua eficácia. Sendo aplicáveis em certa medida de forma imediata, nem que seja do ponto de vista negativo, ou seja, para impedir comportamentos que não se adequam ao valor nela exposto, deve-se observar uma interpretação da norma constitucional que não lhe retire conteúdo, mas, ao contrário, atribua-lhe a maior eficácia possível.

f) Razoabilidade: constituindo verdadeira garantia aos cidadãos contra abusos do poder estatal, divide-se o princípio em questão em adequação, necessidade e proporcionalidade. Aquela informa que deve-se identificar o meio adequado para que se alcance o fim almejado pelo interesse público; essa, que o meio escolhido não deve exceder os limites para que seja alcançado o seu fim, preferindo-se os meios menos onerosos e nocivos aos cidadãos; esta, finalmente, determina que o meio eleito melhor atenda ao conjunto dos interesses em jogo.”¹³¹

¹³⁰ PEÑA, op. cit., p. 132.

¹³¹ Idem, p. 133.

4.2.1. Princípios e Regras: A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais

Tema fundamental para a doutrina moderna, a distinção entre os tipos de norma, princípios e regras, constitui elemento essencial para a possibilidade de reconhecimento da possibilidade de utilização dos princípios como forma de se renovar o Direito do Trabalho a partir do caso concreto sem perda de sua consistência histórica.

Como defendemos em estudo pretérito, cujo teor mantém sua atualidade e importância, transcrevemos o trecho que realiza a distinção ora em análise:

“Abandonando a visão tradicional da finalidade da Constituição como mero programa a ser cumprido pelo Estado, em muito alimentado pelo grau de abstração com que são redigidos tradicionalmente seus artigos, mesmo porque toda Carta Magna tem o viés de cristalizar os valores preponderantes de uma determinada sociedade em uma determinada época, torna-se imprescindível a compreensão da moderna visão constitucionalista que garante força normativa e eficácia às normas constitucionais, mesmo aquelas que apresentam conteúdo principiológico.

Para tanto, inicialmente há de se estabelecer o conceito prevalecente sobre normas, princípios e regras, distinguindo-os e fixando-se os critérios para sua identificação.

Conforme lúcida lição de Ana Paula de Barcellos, “o elemento essencial do direito, e da norma jurídica em particular, consiste na imperatividade dos efeitos propostos”¹³². Ensina a autora que o Direito tem por finalidade atuar no mundo real, afetando-lhe de alguma forma, sendo necessário para tal fim que a norma jurídica seja obrigatória e, caso não observada, imposta de alguma forma, ainda que substitutivamente, mediante recurso ao Poder Judiciário, o que é reconhecido modernamente por eficácia jurídica, distinguindo-se a norma jurídica de outras (morais, por exemplo) por referida característica. Com base em tal pressuposto, registra Barcellos três observações caracterizadoras de uma norma jurídica:

a) a necessidade de identificação dos efeitos que cada norma pretende produzir no mundo dos fatos;

¹³² BARCELLOS, Ana Paula de. *A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais. O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana*. Rio de Janeiro-São Paulo: Renovar, 2002, p. 31-57.

b) o que se pode exigir do Poder Judiciário quando descumprido o dispositivo normativo a fim de se assegurar sua imperatividade (eficácia jurídica);

c) necessidade de um meio de tutela judicial para realização dos efeitos da norma.

Decorrente das observações supra, há de se reconhecer que a norma constitucional possui certos diferenciais das normas comumente estabelecidas pela legislação ordinária (geralmente dispostas como regras), dificultando-se sua aplicação prática.

Essa dificuldade, entretanto, não obsta o reconhecimento da força normativa da Constituição, teoria que tomou corpo a partir da obra de Konrad Hesse¹³³ e atualmente encontra grande respaldo na doutrina nacional, modificando toda a forma de se ver e aplicar a Carta Magna, o que exige do intérprete a correta identificação da natureza das normas constitucionais que pretende aplicar.

Assentado, portanto, o pressuposto axiológico da normatividade constitucional, importante se torna a distinção entre as normas constitucionais que representam princípios e aquelas que dizem respeito a simples regras, já que a metodologia de sua aplicação diverge como a seguir é abordado.

Em síntese geralmente seguida por outros autores, Luis Roberto Barroso¹³⁴ propõe a seguinte distinção entre os princípios e as regras, destacando três principais critérios: “(i) o conteúdo; (ii) a estrutura normativa; (iii) as particularidades da aplicação”.

Os princípios, quanto ao conteúdo, são normas que traduzem “valores a serem preservados ou fins a serem alcançados”¹³⁵, deixando espaço para o intérprete identificar, dentro de referida norma, os delineamentos desses valores para concretização no momento de sua aplicação, enquanto que as regras “limitam-se a traçar uma conduta”¹³⁶, já tendo sido explicitados pelo legislador os valores que originaram a cristalização de referida regra.

No que concerne à estrutura normativa, os princípios “indicam fins, *estados ideais* a serem alcançados”¹³⁷, não ocorrendo o detalhamento da conduta a ser adotada em cada caso concreto, o que determina a realização, pelo intérprete, de raciocínio complexo a fim

¹³³ Cf. HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

¹³⁴ BARROSO, Luís Roberto (org.). *A Nova Interpretação Constitucional. Ponderação, Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. Rio de Janeiro-São Paulo: Renovar, 2003a, p. 340-344.

¹³⁵ Ibidem.

¹³⁶ Ibidem.

¹³⁷ Ibidem.

de extrair do conteúdo valorativo dos princípios sua realização no mundo dos fatos. As regras, por outro lado, costumam ser mais detalhadas, apresentando o legislador a moldura de conduta pretendida para a hipótese do caso concreto, sendo de maior simplicidade a atividade do intérprete no enquadramento do fato à hipótese.

Finalmente, no que diz respeito à aplicação, as regras, ainda segundo as lições de Barroso, que adotou a doutrina desenvolvida sob as premissas teóricas de Ronald Dworkin e Robert Alexy:

(...) são proposições normativas aplicáveis sob a forma de *tudo ou nada* (“*all or nothing*”). Se os fatos nela previstos ocorrerem, a regra deve incidir, de modo direto e automático, produzindo seus efeitos. Uma regra somente deixará de incidir sobre a hipótese de fato que contempla se for inválida, se houver outra mais específica ou se não estiver em vigor. Sua aplicação se dá, predominantemente, mediante *subsunção*.¹³⁸

Os princípios, em sua aplicação, diferem porque, por seu próprio conteúdo específico – valores –, não se amoldam à prática do *tudo ou nada*, sendo inerente ao sistema jurídico “a colisão de princípios”¹³⁹.

Deve-se reconhecer aos princípios uma dimensão de peso ou importância. À vista dos elementos do caso concreto, o intérprete deverá fazer escolhas fundamentadas, quando se defronte com antagonismos inevitáveis, como os que existem entre a liberdade de expressão e o direito de privacidade, a livre iniciativa e a intervenção estatal, o direito de propriedade e a sua função social. A aplicação dos princípios se dá, predominantemente, mediante ponderação.¹⁴⁰

Pela importância do tema, a análise da técnica da ponderação é efetuada abaixo.

4.2.2. Ponderação de Interesses

¹³⁸ Ibidem, p. 342.

¹³⁹ Ibidem, p. 342.

¹⁴⁰ Ibidem, p. 342.

A técnica de aplicação dos princípios mediante a ponderação de interesses possui justificativas que foram muito bem analisadas por Daniel Sarmento¹⁴¹, que ora serão sintetizadas a fim de melhor esclarecer qual deve ser a postura do intérprete ao se deparar com um caso concreto a ser solvido pela aplicação de princípios em colisão.

Em primeiro lugar, o Princípio da Unidade da Constituição determina a impossibilidade de se dar prevalência hierárquica entre normas constitucionais, o que “leva o intérprete a buscar a harmonização entre dispositivos aparentemente conflitantes da Lei Maior”¹⁴², não servindo para tal desiderato os critérios clássicos: cronológico, hierárquico e de especialidade.

Segundo, há na própria Constituição tanto as normas consistentes em princípios como as em regras, bem como a existência de princípios implícitos. Estes decorrem da característica da Constituição “representar um sistema aberto, onde devem se refletir os valores fundamentais partilhados por determinada comunidade”¹⁴³, extraindo-se “norma mesmo onde não haja texto”¹⁴⁴.

Obviamente, a descoberta dos princípios implícitos requer um esforço interpretativo que, como o passar do tempo, vai cristalizando os contornos valorativos deles através principalmente da doutrina e da jurisprudência, reconhecendo-se atualmente como princípios implícitos os da “proporcionalidade, da presunção de constitucionalidade das leis, da interpretação conforme à Constituição, da motivação dos atos administrativos, do efeito retroativo nas decisões no controle de constitucionalidade das leis, entre vários outros”¹⁴⁵, como noticia Sarmento.

Por outro lado, ressalta o autor que toda ponderação de interesses contém uma dimensão substantiva, em que o princípio da dignidade da pessoa humana, consagrado no art. 1º, III da Constituição da República, ressalta em valor sobre os demais, no sentido de que toda e qualquer ponderação deve respeitar o ser humano, obviamente sem que se tenha

¹⁴¹ SARMENTO, Daniel. *A Ponderação de Interesses na Constituição Federal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

¹⁴² Ibidem, p. 29.

¹⁴³ Ibidem, p. 53.

¹⁴⁴ Ibidem, p. 53.

¹⁴⁵ Ibidem, p. 53-54.

tal premissa por absoluta, mas lembrando-se que “a garantia e promoção desta dignidade representa o objetivo magno colimado pela Constituição e pelo Direito”¹⁴⁶.

Ainda identifica Sarmiento que a ponderação de interesses tem seu método pautado pelo princípio da proporcionalidade, mediante sua aplicação em três fases subsequentes: “adequação, necessidade ou exigibilidade e proporcionalidade em sentido estrito”¹⁴⁷, o que, trazendo-se para o campo da ponderação de interesses, resultaria na justificação das restrições a cada interesse em jogo no caso concreto “na medida em que: (a) mostrar-se apta a garantir a sobrevivência do interesse contraposto, (b) não houver solução menos gravosa, e (c) o benefício logrado com a restrição a um interesse compensar o grau de sacrifício imposto ao interesse antagônico”¹⁴⁸.

Ademais, há de se verificar em cada caso concreto se efetivamente existe a colisão de princípios ou se esta é apenas aparente, o que é possível pela “identificação dos ‘limites imanentes’ de cada direito”, que “representam a fronteira externa dos direitos fundamentais”, podendo “estar definidos expressamente na Constituição, ou dela decorrerem implicitamente, sendo, neste caso, inferidos da análise da proteção outorgada pela Lei Maior a outros direitos e valores da mesma estatura”¹⁴⁹.

Assim, apenas se o caso concreto estiver dentro do limite de mais de uma norma constitucional é que efetivamente há a colisão a ser solucionada pelo método da ponderação, passando-se à segunda fase do problema, que é a realização da efetiva ponderação de interesses.

Nessa segunda fase, para a solução do caso concreto busca-se um ponto ideal de restrições aos princípios colidentes de forma que a “restrição a cada interesse seja a mínima indispensável à sua convivência com o outro”¹⁵⁰, primeiramente comparando o intérprete o peso genérico conferido aos interesses envolvidos (momento em que incide em certo grau a subjetividade do julgador como ser humano), devendo extrair da própria Constituição a preponderância de valores por ela reconhecida, como no caso brasileiro ressalta sem dúvidas a proteção conferida aos direitos fundamentais. Em segundo lugar, o intérprete

¹⁴⁶ Ibidem, p. 75.

¹⁴⁷ Ibidem, p. 87.

¹⁴⁸ Ibidem, p. 96.

¹⁴⁹ Ibidem, p.100.

¹⁵⁰ Idem, p. 102.

deve identificar o “peso específico que cada princípio vai assumir na resolução do caso concreto”¹⁵¹, o que afetará diretamente o grau de restrição ao interesse na solução final.

Finalmente, deve preocupar-se o intérprete com o resultado concreto decorrente da aplicação desse método, pois “não há espaço para a irresponsabilidade decisória no método da ponderação de interesses. Este, sem olvidar das dimensões normativas da Constituição, orienta-se sempre para a busca da justiça para o caso concreto”¹⁵², bem como para respeitar o núcleo essencial dos direitos fundamentais como limite à ponderação, reconhecendo a doutrina que “existe um conteúdo mínimo destes direitos, que não pode ser amputado, seja pelo legislador, seja pelo aplicador do Direito”¹⁵³.

Dessa forma, pode-se observar que a solução dos conflitos oriundos das relações de trabalho, na ótica do direito ao trabalho e dos direitos dos trabalhadores inseridos na Constituição Federal dentro do Título concernente aos direitos fundamentais, deve sempre ter em vista a potencial necessidade de aplicação do método da ponderação de interesses, uma vez que, não raro, a controvérsia posta ao aplicador do Direito envolverá princípios constitucionais colidentes, mormente diante da constante mutação sofrida pelo Direito do Trabalho (em sentido lato) que sempre acompanha – e em reverso determina – as modificações no cenário do mercado, existindo no âmago desse ramo do Direito a colisão de dois valores básicos à nossa sociedade: a proteção do trabalhador como ser humano e a visão do trabalho como peça componente do cenário econômico.

Logo, assentar-se que o núcleo de direitos fundamentais constitui um patamar axiológico superior na Constituição revela a preponderância do aspecto humanístico das relações de trabalho genericamente, devendo o intérprete, nesta seara, não esquecer da impossibilidade de restrição a esse conteúdo fundamental acima de limites toleráveis pela sociedade.

Entretanto, não se quer com isso defender que tais preceitos são absolutos, repita-se, cabendo em cada caso concreto a restrição possível para que não se perca a essência da proteção humana e haja a compatibilização com os demais valores envolvidos no problema, como a livre iniciativa.

¹⁵¹ Ibidem, p. 104.

¹⁵² Ibidem, p. 109.

¹⁵³ Ibidem, p. 111.

A noção da função normativa dos princípios e sua técnica de aplicação, a ponderação de interesses, pode portanto constituir a base para a solução do atual dilema da área trabalhista, desde que se percebe a que os princípios devem atuar de forma a permitir que o ordenamento jurídico não seja considerado estático, mas um todo dinâmico que se reconstrói através do contato com a realidade, o que será examinado no próximo item.

4.2.3. Princípios como fatores de mobilidade do sistema jurídico

O presente subitem dedica-se ao estudo do artigo desenvolvido por Paulo José Leite Farias¹⁵⁴, com o mesmo título, que constitui a síntese do pensamento acerca da função dos princípios como fator a permitir que o sistema jurídico seja maleável, com características necessárias à modernidade fluida do mundo pós-industrial, que a nosso sentir constitui a base jurídica possível para a aplicação do Direito do Trabalho na era da descentralização produtiva.

Como adverte o autor mencionado, o estudo realiza a “diferenciação entre regras e princípios de um ponto de vista funcional: *os princípios como elemento sistêmico ensejador da porosidade do sistema jurídico às mudanças da realidade* (grifo no original)”¹⁵⁵.

A premissa dessa funcionalidade encontra-se na sistemática do ordenamento jurídico, ou seja, da constatação que a ordem jurídica constitui um sistema, “um conjunto de partes interdependentes e inter-relacionadas”¹⁵⁶ que atuam de forma coordenada, sendo que tal sistema encontra-se “inserido em um ambiente circundante (macrossistema)”¹⁵⁷.

Explica Farias no citado artigo que os sistemas podem ser fechados ou abertos, aqueles não aceitando a retroalimentação, não interagindo com o ambiente externo, não se modificando, portanto; estes, ao contrário, aceitam tal interação, podendo adaptar-se por necessidades próprias ou por demandas do ambiente, fixando que o sistema jurídico é do tipo aberto, composto por regras e princípios como já visto acima.

¹⁵⁴ *Os Princípios Como Fatores de Mobilidade do Sistema Jurídico*, Revista do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, Brasília, 10 (2) 15-48, abr/jun. 1998

¹⁵⁵ *Idem.*

¹⁵⁶ *Ibidem.*

¹⁵⁷ *Ibidem.*

Abordando a metodologia clássica e a sistêmica, bem como a teoria geral dos sistemas desenvolvida por Ludwig von Bertalanffy aliado ao conceito de organização, conclui Farias que “o sistema é, portanto, um conjunto de elementos que se inter-relacionam de maneira regular e estável”¹⁵⁸, sendo que “a ordem, nos sistemas sociais, age como condição básica indispensável para o funcionamento de uma sociedade concebida como um sistema social”¹⁵⁹.

Após discorrer sobre as teorias do ordenamento jurídico e de sua visão sistêmica, resta reconhecido na tese supramencionada que a partir do fim século XIX e início do século XX há uma retomada da abertura do ordenamento jurídico, superando-se a era das codificações, através da positivação dos princípios como normas sendo que, “entretanto, é preciso atentar para o fato de que a abertura do sistema não o conduz ao desaparecimento, porque tal caminho levaria a um estado de incerteza jurídica inconciliável com os próprios postulados da democracia: é preciso manter um determinado patamar de segurança nas relações jurídicas, seja na relação dos privados entre si, seja na relação entre estes e o Estado sob pena de ser instaurada a lei do mais forte, assentando que o princípio da certeza jurídica é essencial às funções de tutela e garantia às quais o Direito se opõe. Contudo, conforme já visto, cabe às regras, em maior grau, a tarefa de garantia da certeza jurídica”¹⁶⁰ enquanto os princípios atuam para permitir a plasticidade do sistema jurídico.

Discorrendo sobre as características dos princípios e fixando a característica do Direito de se reproduzir por si próprio a partir das influências do ambiente externo (realidade fática), conclui Farias:

“Em suma, como sistemas dinâmicos, os ordenamentos têm uma alta mobilidade, neles tudo está em movimento, de onde decorre a dificuldade de operar com eles (tarefa da dogmática). Com inspiração na analogia elaborada por Carrio (1970: 15-20), eles se comparam, enquanto sistema, a um jogo de futebol, no qual não só os jogadores, a bola e os árbitros se movimentam, mas, também, as linhas do campo e as traves mudam de posição. Cabe ao jurista, com base na ciência dogmática, operar a possibilidade do jogo. Para isso, ele necessita de conceitos operacionais dinâmicos, sem os quais os conflitos sociais seriam de difícil solução. Embora dinâmicos, esses

¹⁵⁸ Ibidem.

¹⁵⁹ Ibidem.

¹⁶⁰ Ibidem.

conceitos possibilitam alguma forma de estabilidade (estabilidade na mudança), mantendo a integridade do ordenamento no curso das necessidades do sistema jurídico.”¹⁶¹

Trazendo-se tais conceitos para o desiderato da presente tese, restam assentadas as premissas para a renovação do subsistema trabalhista a partir das influências da realidade externa, algo que em princípio os operadores desse sistema geralmente não realizam, pois como já identificado anteriormente, em matéria trabalhista há um forte sentimento de que aceitar as mudanças fáticas é desconstruir o sistema e, não, retroalimentá-lo.

Acreditamos, entretanto, que há espaço para atuação principiológica renovadora que não seja apenas no sentido de reforço do caráter protetivo do Direito do Trabalho, mas também pela ótica da livre iniciativa e dos valores que informam a ordem econômica, numa ponderação que justifique a inovação do mercado sem a perda da finalidade social do próprio sistema trabalhista.

Vale lembrar que o Direito do Trabalho não constitui um sistema isolado informado apenas pelos princípios específicos deste ramo, entre os quais o da proteção, da indisponibilidade, da imperatividade, da continuidade da relação de emprego, mas um subsistema inserido em um sistema maior que possui outros princípios aplicáveis, nem todos de simples proteção ao trabalhador, como os valores consagrados como fundamentais à República (livre iniciativa e valor social do trabalho) e da ordem econômica como já mencionado.

Importante a constatação supra, apesar de parecer simplória, pois a renovação do subsistema trabalhista depende da aceitação de que outros valores influenciam esta área do conhecimento, pressuposto essencial para se criar uma regra de calibração que viabilize a renovação necessária para adaptação à realidade fática.

Tal objetivo, portanto, somente pode ser obtido através do exame da ordem econômica como fixada na Constituição da República, o que passa a ser objeto do presente estudo.

Vale lembrar, finalmente, que a própria principiológica do Direito do Trabalho carece de renovação em sua interpretação, pois como bem observado por André Araújo Molina, “Fenômeno curioso ocorrente no Brasil é que quase todos os doutrinadores do

¹⁶¹ Ibidem.

ramo especializado buscam apoio para doutrinar acerca dos princípios no uruguaio Américo Plá Rodriguez. Fizemos pesquisa vasta na literatura trabalhista nacional e não encontramos um único autor que não invoque o mestre platino como referência inquestionável. Como se uma premissa apodítica fosse, invocam as lições dele para dar início às suas fundamentações, por dedução. Não se sabe por qual razão tal fenômeno ocorreu, talvez pela eloquência da lição referenciada talvez pela escassez de outras doutrinas especializadas, mas o certo é que a temática dos princípios no Direito do Trabalho ficou imune de críticas e discussões construtivas, formando-se um *topoi*.”¹⁶²

O problema, a bem da verdade, é que “A metodologia que empolgava a lição de direito de Américo Plá Rodriguez era a positivista normativista, conforme se infere de passagens de sua obra, método esse que não mais satisfaz a atual exigência constitucional de aplicação dos direitos fundamentais, direitos esses destinados tanto a trabalhadores quanto a empregadores, sem que haja precedência *prima facie* de uns sobre os outros, carentes de ponderação em cada caso concreto. Como corolário, a doutrina trabalhista abraçou as conclusões do método positivista normativista e, por arrastamento, refletiu na jurisprudência”,¹⁶³ o que levou na prática à aplicação de tais princípios de forma absoluta, ou seja, “sempre dando como solução a supremacia dos direitos dos trabalhadores, não importando as circunstâncias do caso concreto e os direitos contrapostos”.¹⁶⁴

Concordamos, portanto, com a advertência de Molina no sentido de que “enquanto não alterada a pré-compreensão de que o direito do trabalho não mais deve ser interpretado pelo viés social, mas como pertencente ao Estado democrático de direito, nos termos da atual Constituição Federal, o método jurídico será deturpado no momento de sua aplicação pelos juristas”.¹⁶⁵

Sob tal premissa, de análise do Direito do Trabalho como subsistema inserido no ordenamento jurídico de um Estado Democrático de Direito que passamos a analisar os valores inerentes à ordem econômica brasileira.

¹⁶² *Teoria dos Princípios Trabalhistas: A Inserção do Direito do Trabalho no Modelo Metodológico Pós-Positivista*, Dissertação de mestrado, PUC-SP, 2010, p. 21, disponível em <http://livros01.livrosgratis.com.br/cp138455.pdf> (acessado em 05.07.2015)

¹⁶³ *Idem*.

¹⁶⁴ *Ibidem*.

¹⁶⁵ *Ibidem*.

4.3. Ordem econômica: princípios e ponderações

Os princípios que regem a ordem econômica encontram-se inseridos no art. 170 da Constituição Federal:

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

I - soberania nacional;

II - propriedade privada;

III - função social da propriedade;

IV - livre concorrência;

V - defesa do consumidor;

VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação;

VII - redução das desigualdades regionais e sociais;

VIII - busca do pleno emprego;

IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País.

Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.”

Torna-se quase que evidente a formulação dos valores que regem a ordem econômica por normas principiológicas, pois de conteúdo aberto e com diversas possibilidades de fixação de conteúdo no caso concreto, que constituem não apenas o reflexo fático da realidade, mas também que a determinam “por meio de suas normas que idealizariam uma outra (nova) realidade econômica a ser alcançada.”¹⁶⁶

Segundo Fabrício Antônio Cardim de Almeida, o conceito de ordem econômica foi construído na tradição brasileira em conjunto com a ideia de ordem social, com a incorporação nas constituições de “direitos de diferentes estruturas – direitos individuais, sociais e econômicos e metaindividuais – que, muitas vezes, em casos concretos, além de

¹⁶⁶ *Interpretação Constitucional e os Princípios da Ordem Econômica: debate teórico e estudo empírico da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal*, Dissertação de Mestrado, USP, 2009, p. 37

serem contrapostos entre si, demandam uma postura diferenciada por parte do Estado para a garantia de cada um deles”.¹⁶⁷

Interessante notar, portanto, que o enunciado normativo constante do citado art. 170 da Carta Magna é composto por princípios que devem ser aplicados, todos, sem citar o legislador uma ordem de prevalência, tarefa esta que cabe ao intérprete do direito no momento de sua aplicação concreta, seguindo-se o modelo já antes apontado neste estudo a que denominamos pós-positivismo, através da ponderação de interesses (sopesamento).

Na precisa lição de Almeida,¹⁶⁸ “Pela simples leitura do texto do art. 170 da Constituição Federal não parece ser possível identificar-se uma única disposição que tenha caráter definitivo e seja capaz, assim, de conferir sua prevalência, do ponto de vista da validade, sobre os demais dispositivos. Ao contrário, cada um dos princípios ali revelados parece ter um suporte fático bastante amplo de modo que, somente na composição com outros princípios em casos concretos, terão o seu conteúdo final revelado para aquela determinada circunstância”.

Essa formulação principiológica da ordem econômica determina, para o problema objeto desta tese, que analisa a ponderação de tais valores envolvendo a questão trabalhista a fim de se amoldar o problema da descentralização produtiva ao modelo da legislação trabalhista vigente, a constatação de que há um conflito constante entre os valores ali previstos, não sendo possível, como já criticado anteriormente, que a solução para todos os casos concretos seja a prevalência dos valores ligados à proteção do trabalhador.

Adotar a solução única a favor do trabalhador, como já dito, é se afastar da metodologia científica proposta pelo pós-positivismo, que determinada a análise de cada caso concreto para conferir a solução adequada através do método do sopesamento, tendo-se como suporte ideológico não as premissas de um Estado Social, mas um Estado Democrático de Direito, onde tais valores conflitantes devem conviver harmonicamente.

A fim de se avançar nesta análise, adota-se mais uma vez a lição de Fabrício Almeida¹⁶⁹, que de forma bastante arguta e didática identifica entre o rol de valores constantes do art. 170 da Constituição Federal os de matiz individual e os coletivos, assim

¹⁶⁷ Idem, p. 38

¹⁶⁸ Ibidem, p. 48.

¹⁶⁹ Ibidem, p. 50.

como os que constituem direitos individuais e aqueles que concernem a direitos sociais e econômicos e de solidariedade, conforme quadro a seguir:

	Interesses individuais	Interesses coletivos
	Direitos individuais	Direitos sociais e econômicos e direitos de solidariedade
Valorização do trabalho humano		X
Livre iniciativa	X	
Existência digna		X
Justiça social		X
Soberania nacional		X
Propriedade privada	X	
Função social da propriedade		X
Livre concorrência	X	X
Defesa do consumidor		X
Defesa do meio ambiente		X
Redução das desigualdades regionais e sociais		X
Busca do pleno emprego		X
Tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte		X
Livre exercício de qualquer atividade econômica	X	
Total	4	11

A classificação acima proposta indica, a nosso sentir, a árdua tarefa que cabe ao operador do direito do trabalho, pois os enunciados genéricos propostos pelo legislador, em

quantidade superior para os interesses coletivos, aliado à ideologia que construiu a dogmática do Direito do Trabalho, praticamente levam a uma aplicação preferencial destes valores sobre os individuais, cabendo, portanto, antes de se definir a ponderação aplicável ao presente trabalho uma análise do conteúdo dos principais valores mencionados do ponto de vista teórico.

Do ponto de vista da aplicação prática de tais princípios, ao menos nas decisões do Supremo Tribunal Federal, a minuciosa pesquisa levada a cabo por Almeida de forma bastante criteriosa demonstrou que aquela Corte “não leva em consideração tais modelos de interpretação constitucional apontado pela doutrina brasileira, e, ao mesmo tempo, tampouco se revela capaz de desenvolver e sinalizar, por meio de suas decisões, critérios e padrões de julgamento claros e adequados para o controle de constitucionalidade e solução desses problemas identificados”¹⁷⁰, adotando formulações abstratas quando da análise das colisões entre os princípios que regem a ordem econômica, deixando de lado sua verificação conforme o caso concreto.

No campo teórico, podemos assentar que existem dois vetores básicos que balizam o desenvolvimento econômico quanto à livre iniciativa: a justiça social e a dignidade da pessoa humana.

Dessas formulações, no que concerne à justiça social, é consenso na doutrina nacional que parte-se da premissa de que sua orientação diz respeito a uma busca de elevação no padrão geral de vida das pessoas, sendo o princípio previsto no art. 170 da Constituição Federal relacionado com os próprios fundamentos da República, como adverte André Ramos Tavares:

“A Constituição, já no art. 3.º, inc. I, deixa claro que um dos objetivos do Brasil deve ser o de construir uma sociedade justa e solidária (in fine). No caput do art. 170, uma vez mais, menciona como uma das finalidades da ordem econômica assegurar a todos uma vida conforme os ditames da “justiça social” (in fine). Também constitui objetivo da ordem social (art. 193) a justiça social. A menção, portanto, não é isolada ao âmbito econômico. Permeia a Constituição, pois, como norte em sua implementação, o objetivo maior da “justiça social”. A própria Constituição associa-a à solidariedade, deixando certo que o conceito envolve não apenas a

¹⁷⁰ Ibidem, p. 126.

prevalência do social sobre o individual, como também o compromisso de uma dependência recíproca entre os indivíduos. A expressão “justiça social” foi definitivamente consagrada com Pio XI, em sua Encíclica “Quadragesimo anno”. Na observação arguta de Manoel Gonçalves Ferreira Filho, essa expressão “longe está de possuir sentido unívoco. Presta-se, por isso, a interpretações contraditórias. Seu uso, todavia, é corrente, divulgado especialmente pela doutrina social da Igreja” (Ferreira Filho, 1977: 145). É certo que a afirmação constitucional da justiça social impõe uma restrição ao princípio da livre-iniciativa (e da liberdade em geral). Nesse mesmo diapasão, Cavalcanti (1952: 279).

...

Para Oscar Dias Corrêa (1991: 206), justiça social “implica melhoria das condições de repartição dos bens, diminuição das desigualdades sociais, com a ascensão das classes menos favorecidas. Não é objetivo que se alcance sem continuado esforço, que atinja a própria ordem econômica e seus beneficiários”. Deve-se aceitar, aqui, como bem observa Dimoulis (2006: 141) a “finalidade claramente comunitarista da atividade econômica”, assim como também não se pode negar que a restrição ao econômico derivada dessa cláusula é rarefeita ou, como coloca Dimoulis (2006: 141-2), “muito abstrata e de difícil concretização”, “enunciado genérico, de baixa densidade normativa”, o que de forma alguma autoriza a conclusão de uma total falta de eficácia jurídica.

A justiça social, em síntese, deve ser adotada como um dos princípios de finalidade comunitarista expressos da Constituição de 1988 a interferir no contexto da ordem econômica, visando ao implemento das condições de vida de todos até um patamar de dignidade e satisfação, com o que o caráter social da justiça é-lhe intrínseco.”¹⁷¹

Percebe-se que outra não é a ideia acerca da justiça social que não buscar um equilíbrio entre a livre iniciativa e a melhoria das condições de vida de todos os envolvidos numa sociedade capitalista, em especial os trabalhadores que dedicam seu tempo a gastar energia em prol da atividade empresarial com um dos fatores necessários ao seu desenvolvimento.

Quanto à dignidade da pessoa humana, retratada na ordem econômica através da finalidade de “assegurar a todos uma existência digna” (art. 170, CF, *caput*), existe vasta doutrina nacional que procura estabelecer os contornos desse princípio fundamental, considerado o epicentro do ordenamento jurídico e valor máximo que deve sofrer, no

¹⁷¹ *Direito Constitucional Economico*, 3ª ed, Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2011, p. 126-127.

sopesamento, a menor restrição possível, não sendo também, como antes explorado, um valor absoluto, como de resto nenhum princípio constitucional pode ser.

Como a premissa deste trabalho não é apresentar profundo debate sobre o conceito da dignidade da pessoa humana, adota-se por entender espelhar de forma concisa e escorreita o valor em análise a lição da obra já citada de André Araújo Molina:

“Por se constituir a dignidade humana em um conceito que possui contornos imprecisos, tenciona-se a reconhecer que muitas situações podem ser apontadas como violadoras de dignidade, mas não será possível a enumeração exaustiva, até mesmo pontual, de diversas outras em que supostamente a dignidade foi violada. Corolário da plasticidade do seu conceito, é o reconhecimento de que a dignidade deve servir como pauta informativa de análise dos problemas, mas nunca isoladamente e prescindindo do estudo das circunstâncias dos casos concretos. A dignidade, inserida que está em uma sociedade multiculturalista, tem seus contornos definidos pela atividade dos entes estatais, primordialmente a Corte Constitucional – em nosso caso, ainda que não seja um genuíno Tribunal Constitucional, o Supremo Tribunal Federal.

Um limite operacional mínimo para o conceito de dignidade humana seria o respeito aos direitos fundamentais à vida, integridade física, psíquica e moral, com o respeito às condições mínimas de uma existência digna.”¹⁷²

Fica evidente, portanto, que abstratamente considerada, a dignidade da pessoa humana constitui um conceito difícil de se reduzir a uma fórmula única, sendo no caso concreto que se buscará uma definição que resulta na possibilidade de se operacionalizar tal valor.

Outra não foi a conclusão de Molina: “devido à sua plasticidade, cada caso concreto é que irá definir qual o conteúdo da dignidade de uma pessoa humana individualmente considerada”¹⁷³, mesmo porque somente após o juízo de ponderação será possível a realização da constatação dos limites de incidência desse princípio constitucional.

Vale lembrar acerca dos valores previsto no art. 170 da Constituição Federal, ainda, que a valorização do trabalho humano constitui igualmente um fundamento da República

¹⁷² MOLINA, op cit, p 185.

¹⁷³ Idem, p. 185.

Federativa do Brasil com natureza principiológica, nos termos no art. 1º, IV da Carta Magna.

Da mesma forma que o eixo da justiça social, o valor do trabalho humano foi concebido a partir da doutrina social da igreja como constituidor da própria identidade do ser humano, a partir do momento em que o trabalho dá sentido à existência e, portanto, dignifica o homem.

Finalmente, acerca da livre iniciativa, vale transcrever a lição de Alberto de Magalhães Franco Filho que forma sintética aduz:

“A livre iniciativa, como segundo fundamento da ordem econômica, á seu turno, também é fundamento da República Federativa do Brasil (art. 1º, inc. IV da CF/88). Trata-se, pois, também de “princípio político constitucionalmente conformador”, que segundo Luiz Alberto David Araújo e Vidal Serrano Nunes Júnior possui uma densidade normativa, da qual se pode extrair a “faculdade de criar e explorar uma atividade econômica a título privado” e a “ não sujeição a qualquer restrição estatal, senão em virtude de lei” (ARAÚJO; SERRANO JUNIOR, 2006, p. 466). Nesse sentido, salienta André Ramos Tavares que o postulado da livre iniciativa tem uma conotação normativa positivada (liberdade a qualquer pessoa) e um viés negativo (imposição da não-intervenção estatal) (TAVARES, 2006, p. 83).

José Afonso da Silva comenta que a livre iniciativa consagra uma economia de mercado, de natureza capitalista, já que a iniciativa privada é um princípio básico da ordem capitalista, e afirma também que “a liberdade de iniciativa envolve a liberdade de indústria e comércio ou liberdade de empresa e a liberdade de contrato”. Porém, em contrapartida, Eros Roberto Grau, reconhece e insiste que a liberdade de iniciativa não se identifica apenas com a liberdade de empresa, pois ela abrange todas as formas de produção individuais ou coletivas, dando ensejo às iniciativas privada, cooperativa, autogestionária e pública (GRAU, 2004, p. 186-187). Contudo, é certo que é fundamental o reconhecimento de que a livre iniciativa tem seu ponto sensível na chamada liberdade de empresa, que pode ser entendida sobre três vertentes: “liberdade de investimento ou acesso; liberdade de organização; liberdade de contratação” (VAZ *apud* ARAÚJO; SERRANO JUNIOR, 2006, p. 465).”

Dessa forma, tomando-se por base o problema da descentralização produtiva e a aplicação do direito do trabalho, ante a inexistência de regra aplicável diretamente ao

caso proposto, cumpre efetuar a aplicação dos princípios que regem a ordem econômica, os valores fundamentais que regem a República Federativa do Brasil e os princípios específicos do Direito do Trabalho, sendo certo que por se tratar de um modelo de estruturação empresarial decorrente da economia globalizada o problema passa necessariamente pela análise econômica do direito, sendo importante a adoção dos seguintes balizamentos sugeridos por Fabrício Almeida a fim de se realizar uma correta aplicação da metodologia do sopesamento:

“(i) que qualquer teoria que se pretenda adequada sobre a interpretação dos princípios da ordem econômica da Constituição Federal deva levar em consideração, entre possíveis outros, os seguintes fatores: (i.a) as especificidades dos setores econômicos envolvidos no caso concreto sobre o qual aplicar-se-á algum dispositivo da ordem econômica da Constituição Federal; (i.b) a estrutura e a dinâmica (práticas) de mercado existentes em cada um dos setores econômicos envolvidos no caso concreto; (i.c) ferramentas teóricas de direito e economia que possam vir a auxiliar identificação mais precisa da realidade econômica de modo a subsidiar a tomada de decisão no caso concreto; (i.d) o complexo normativo infra-constitucional aplicável ao caso concreto, de modo a se procurar investigar em que medida tais normas infraconstitucionais podem definir o conteúdo abstrato via de regra presente no dispositivo constitucional da ordem econômica aplicável ao caso; (i.e) a interação existente entre os diversos objetivos econômicos e sociais revelados na estrutura de princípios no art. 170 da Constituição Federal e a necessidade de se enfrentar potenciais colisões ali existentes para a solução do caso concreto; e (i.f) o impacto das possíveis decisões a serem tomadas no caso concreto (a partir de determinada construção privilegiada a respeito da interpretação da ordem econômica da Constituição Federal) sobre o setor econômico em análise e sua repercussão sobre eventuais outros setores, caso a decisão ora tomada seja utilizada como precedente para a solução de outros casos concretos.

...

(ii) que qualquer estudo doutrinário de direito constitucional econômico que pretenda interpretar adequadamente a ordem econômica da Constituição Federal deveria distanciar-se de abordagens puramente teóricas, genéricas e axiológicas a respeito do modelo do papel do Estado consagrado na Constituição Federal e se aproximar de análises que levem em consideração a realidade econômica sobre a qual devem ser aplicados os dispositivos constitucionais em casos concretos.”¹⁷⁴

¹⁷⁴ ALMEIDA, op. cit., p. 127.

Tais sugestões balizam a ponderação, em última análise, dos princípios da livre iniciativa e do valor social do trabalho, valendo registrar a advertência realizada por André Araújo Molina na obra já citada: “Por serem princípios constitucionais, não há hierarquia entre eles quando vistos abstratamente. Em determinados casos concretos, um deles poderá ser mais privilegiado, enquanto, quando as condições se invertem, deverá a lógica se inverter também, balizada pelo princípio da proporcionalidade.”¹⁷⁵

4.4. Princípios da ordem econômica e descentralização em rede: critério para responsabilização trabalhista

A multiplicidade de princípios que regem a ordem econômica, conforme rol do art. 170 da Constituição Federal, são capitaneados pela dignidade da pessoa humana, não só por tal valor ser fundamento da República como pelo fato do próprio *caput* do mencionado artigo deixar claro que a ordem econômica tem por finalidade assegurar a todos uma existência digna, motivo pelo qual “a função social da empresa e a justiça social não deixam de ser uma tentativa de inserir a solidariedade nas relações horizontais entre os indivíduos, transformando-os em corresponsáveis, ao lado do Estado, pela efetiva realização do projeto de uma sociedade de membros livres e iguais. Não deve haver, portanto, oposição entre a liberdade de iniciativa e as responsabilidades inerentes à dignidade e à autonomia privada”¹⁷⁶.

A tensão existente entre os valores acima mencionados não pode levar à conclusão de que a livre iniciativa deva ser simplesmente tolhida em sua potencialidade, a ponto de se coibir quaisquer tipos de inovações empresariais, como a estruturação em rede objeto deste estudo, devendo a função social da empresa ser interpretada no sentido de que deve

¹⁷⁵ Idem, p. 90

¹⁷⁶ SARLET Ingo Wolfgang, MELLO FILHO, Luiz Phillipe Vieira, FRAZÃO, Ana de Oliveria (coordenadores), *Diálogos Entre o Direito do Trabalho e o Direito Constitucional: estudos em homenagem a Rosa Maria Weber*, Ed. Saraiva, São Paulo, 2014, Artigo *A Ordem Econômica Constitucional e os Contornos da Proteção do Trabalhador*, FRAZÃO, Ana de Oliveria, p. 530

“assegurar que o projeto do empresário seja compatível com o igual direito de todos os membros da sociedade de também realizarem os seus respectivos projetos de vida”¹⁷⁷.

Não se duvida mais, atualmente, que a empresa deve ser preservada por constituir a fonte criadora dos empregos, como, aliás, expressamente previsto o art. 47 da Lei 10.101 de 2005 no capítulo da recuperação judicial:

“A recuperação judicial tem por objetivo viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica.”

Importante notar que a norma em questão relaciona a ideia da manutenção da empresa à sua própria função social, admitindo, em consequência, restrições à proteção trabalhista, como a não configuração de sucessão trabalhista no caso de alienação judicial de ativos, conforme interpretação fixada pelo Supremo Tribunal Federal acerca do parágrafo único do art. 60 da norma em análise, como deixa ver o Acórdão proferido em sede da Ação Direta de Inconstitucionalidade 3934, publicado em 27 de maio de 2009:

“Por essas razões, entendo que os arts. 60, parágrafo único, e 141, II do texto legal em comento mostram-se constitucionalmente hígidos no aspecto em que estabelecem a inoccorrência de sucessão dos créditos trabalhistas, particularmente porque o legislador ordinário, ao concebê-los, optou por dar concreção a determinados valores constitucionais, a saber, a livre iniciativa e a função social da propriedade – de cujas manifestações a empresa é uma das mais conspícuas – em detrimento de outros, com igual densidade axiológica, eis que reputou mais adequados ao tratamento da matéria”.

No mesmo sentido, admitindo restrições à proteção trabalhista em prol de outros valores, o mesmo julgado admite a constitucionalidade do art. 83 do mencionado diploma legal, que fixa limite quantitativo ao privilégio dos créditos trabalhistas em 150 (cento e cinquenta) salários mínimos, conforme trecho abaixo transcrito:

¹⁷⁷ Idem, p. 531.

“Nesse aspecto, as disposições da Lei 11.101/2005 abrigam uma preocupação de caráter distributivo, estabelecendo um critério o mais possível equitativo no que concerne ao concurso de credores. Em outras palavras, ao fixar um limite máximo – bastante razoável, diga-se – para que os créditos trabalhistas tenham um tratamento preferencial, a Lei 11101/2005 busca assegurar que essa proteção alcance o maior número de trabalhadores, ou seja, justamente aqueles que auferem os menores salários.

Procurou-se, assim, preservar, em uma situação de adversidade econômica por que passa a empresa, o caráter isonômico do princípio da *par condicio creditorum*, segundo o qual todos os credores que concorrem no processo de falência devem ser tratados com igualdade, respeitadas a categoria que integram”.

A proteção trabalhista, portanto, não constitui um valor absoluto, devendo ser sopesado no caso concreto a aplicação adequada a fim de não haver impedimento ao desenvolvimento econômico através da maximização do valor social do trabalho.

De outra parte, resta evidenciado que a atividade empresarial não tem por escopo apenas produzir lucro ao empresário, nas suas mais diversas formas, mas também produzir a melhoria da condição social de todos os envolvidos, em especial o trabalhador, sendo patente neste sentido os comandos constitucionais da participação nos lucros e resultados e de co-gestão, conforme art. 7º, XI da Constituição Federal.

De qualquer sorte, não se pode olvidar de uma questão prática e essencial: inexistente função social da empresa se esta não possui capacidade de se sustentar e de gerar aquilo que, no fundo, o empresário almeja: o lucro.

Explica-se. Por mais que se desejasse que o ser humano agisse com motivações outras que não apenas o próprio interesse pessoal de progresso e sucesso, não se pode ignorar que em um sistema capitalista a força motivadora básica que impulsiona o mercado é a vontade de obtenção de resultado positivo, de lucratividade, o que não afasta por si só o agir em comunhão com valores diversos. Não se pode, portanto, impedir que a atividade empresarial possa ter sua margem razoável de lucratividade, sob pena do próprio sistema não ser sustentável e, portanto, o Direito do Trabalho ser desestruturado por outro ângulo.

O difícil equilíbrio, portanto, dos valores constantes da ordem econômica brasileira podem ser resumidos como a necessidade de desenvolvimento econômico sem alijar o bem estar do ser humano neste processo, em especial dos empregados, envolvidos

necessariamente no esquema capitalista de exploração do trabalho eis que disponibilizam sua energia de forma subordinada e, portanto, com a marca da alteridade.

Enfocando-se o problema da descentralização produtiva a partir de tais premissas pode-se em primeiro lugar frisar que a livre iniciativa autoriza o uso dessa forma de gestão empresarial.

De fato, a decisão de uma empresa em se estabelecer de forma descentralizada encontra-se dentro do campo da liberdade atribuído pela Constituição da República, não havendo norma que possa ser invocada no sentido de que restou consagrada alguma restrição a esta prática, mesmo porque nada indica afronta aos valores constitucionais pelo simples fato de se usar a descentralização como forma de estruturação empresarial.

Como já dito alhures, a objeção na área trabalhista para adoção de tal modelo em boa parte diz respeito não a questões jurídicas, mas do campo da sociologia do trabalho, pois é fato que o uso desse modelo de gestão provoca imensos impactos na própria percepção do trabalho e no sentimento de solidariedade entre os trabalhadores e que foi essencial para o nascimento e construção da proteção trabalhista.

Embora existam repercussões também jurídicas, a maior modificação apresentada pela descentralização produtiva reside no sentimento de deslocamento, de estranhamento, pois todo o arsenal trabalhista foi edificado sobre valores outros que parecem não mais ter assento diante dessa nova realidade.

Neste ponto torna-se importante ressaltar que o direito do trabalho tradicional ainda encontra plena aplicabilidade em boa parte das relações trabalhistas, pois a descentralização, embora em franca expansão, não alcançou todos os setores da economia, mormente no que concerne ao pequeno empresário que figura quantitativamente com peso relevante no papel de empregador.

Logo, não se trata de descartar a aplicação tradicional do Direito do Trabalho como um todo, mas de modulá-la seguindo-se a própria heterogeneidade inerente ao fato social, que nunca é singular.

No caso das empresas que adotaram a descentralização produtiva em rede como modelo de gestão empresarial, resta em princípio inadequado o uso indiscriminado da relação de emprego dual, ainda que sob o enfoque da subordinação estrutural (ou estrutural-

reticular), que busca a vinculação direta do empregado com o real/final destinatário de sua energia de trabalho.

Parece-nos, portanto, que a função social da empresa, encarada sob o enfoque de que a atividade empresarial deve por finalidade propiciar a existência digna de todos os envolvidos, principalmente os empregados, determina a distinção da proteção trabalhista, no que concerne à responsabilidade empresarial, de acordo com os dois tipos de descentralização em rede: a natural e a dependente.

Referida distinção encontra amparo na técnica pós-positivista, que determina a análise dos valores envolvidos em cada caso concreto, apresentando soluções diferentes e adequadas às circunstâncias do problema em exame.

Embora em ambos os casos seja comum a presença dos elementos caracterizadores do fenômeno da descentralização, resta evidente que do ponto de vista da justiça social, do bem estar do ser humano, enfim, da dignidade da pessoa humana, nota-se que os resultados da adoção desses dois modelos são extremamente diversos.

Na rede natural, onde a descentralização ocorre entre empresas que possuem efetiva autonomia, patrimônio suficiente para arcar com suas responsabilidades, tanto sociais quanto trabalhistas, não parece existir, pelo simples fato da descentralização, nenhum decréscimo da condição humana do trabalhador, nenhum tipo de retrocesso social nas conquistas trabalhistas, nenhuma precarização nos direitos trabalhistas.

Em tais redes cada empresa mantém suas relações trabalhistas de forma hígida, remunerando seus empregados de acordo com os ditames legais e convencionais, atuando as empresas entre si como parceiros numa complexa teia de relacionamentos em busca de produtividade, enxugamento de custos, maior eficiência e flexibilidade, valores que no atual cenário globalizado permitem não apenas maior lucratividade, mas no fundo viabilizam a própria sobrevivência da empresa no cenário de competitividade voraz produzido pelo capital transnacional.

Não foram poucos os exemplos de setores da economia nacional desmantelados ou extremamente impactados com essas novas práticas por grandes conglomerados, o que demonstra ser contraproducente não se admitir que também no Brasil possa se adotar tal

modelo de forma sustentável. Interessante citar o caso da tradicional empresa brasileira de brinquedos “Estrela”, conforme reportagem da Revista Exame¹⁷⁸:

“Em 75 anos (recém-completos), a Estrela atravessou uma guerra mundial, uma revolução e viu o mundo encolher por meio da tecnologia digital e de telefones móveis. Com 20 anos de empresa, Carlos Tilkian, presidente da companhia, pode dizer que acompanhou boa parte dessa trajetória.

Mas o pior veio no final dos anos 90, quando o governo passou a facilitar as importações e o setor de brinquedos sofreu com uma verdadeira enxurrada de produtos chineses. Muitas empresas nacionais baquearam e poucos acreditaram que a Estrela sobreviveria.

“Do dia pra noite derrubamos a alíquota de importação, as indústrias não tiveram tempo de se preparar pra se manterem competitivas e, por outro lado, a informalidade tomou conta do mercado”, lembra o executivo.

A receita da Estrela para vencer a batalha foi unir-se ao inimigo. A empresa passou a produzir na China os produtos que eram menos competitivos no Brasil. Só os produtos em que a empresa era competitiva nacionalmente continuaram a ser produzidos em suas três unidades fabris. Basicamente, a linha de jogos e de bonecas.

Assim, ela conseguiu sobreviver aos importados.”

Se a estratégia adotada por tal empresa tivesse sido impedida pela alegação de que a descentralização efetuada com parceiras chinesas seria contrária ao valor social do trabalho e, portanto, lesiva à ordem econômica, fatalmente o resultado poderia ter sido a própria inviabilização da continuidade dessa atividade empresarial, o que por óbvio não é de interesse nem do empresário e nem dos trabalhadores.

Admitir-se a restrição de postos de trabalho em casos como tais, a mudança na forma de gestão empresarial pelo uso da descentralização e até mesmo a redução de custos para obtenção de competitividade, não pode ser considerado como aviltamento ao trabalho humano, pois a existência digna determinada pela ordem econômica constitucional antes de tudo necessita que a empresa seja preservada para continuar gerando e mantendo empregos.

Cabe no caso concreto ponderar entre a atitude adotada pelo empresário em nome da livre iniciativa e o cenário em que suas decisões foram realizadas, a fim de se verificar a

¹⁷⁸ Disponível em <http://epocanegocios.globo.com/Inspiracao/Empresa/noticia/2012/08/brincadeira-de-gente-grande.html> (acessado em 14.07.2015).

adequação das medidas e se não houve abuso no exercício dessa liberdade o que, no caso do exemplo supra, não parece configurado, ainda mais porque o tempo decorrido demonstrou que a estratégia adotada foi bem sucedida, mantendo a empresa sua posição de mercado e, portanto, o nível desejado de empregos.

Em casos como tais, a redução do custo trabalhista num primeiro momento pode significar óbvio impacto nos direitos dos trabalhadores, ao menos para os que podem perder suas ocupações no processo de enxugamento, mas em médio ou longo prazo o fortalecimento da empresa pode trazer de novo esses postos de trabalho, ainda que em setores diversos.

O fato é que, numa estratégia de descentralização em rede onde a empresa que reduz de tamanho simplesmente formula parcerias comerciais, não se vislumbra necessidade ou justificativa para atuação da proteção trabalhista no sentido de vinculação de responsabilidade entre as empresas ou mesmo de reconhecimento de vínculo direto entre os trabalhadores das empresas parceira com a empresa principal.

Advirta-se que não se está com isso defendendo, que fique bem claro, a extinção da responsabilidade trabalhista no casos atuais de terceirização como praticada no Brasil, que como visto no decorrer deste trabalho não se confunde com o modelo da descentralização em rede (natural ou dependente).

Em resumo, no caso da descentralização em rede natural cada empresa responde pelos trabalhadores que contratou, não havendo responsabilidade solidária nem subsidiária dentro dessa estruturação empresarial.

Por outro lado, quando se tratar de descentralização em rede dependente, aquela em que há controle efetivo de uma empresa principal sobre as empresas satélites, ainda que mascarado, não se duvida que a ponderação dos valores da ordem economia determinam conclusão diametralmente oposta, ou seja, no sentido da responsabilidade trabalhista direta da empresa principal.

A rede dependente disfarça, sob o manto do desenvolvimento econômico, nada mais que mera precarização dos direitos trabalhistas e, portanto, do valor social do trabalho, não produzindo a existência digna que é a finalidade da ordem econômica.

Esse distanciamento, na prática, impede que a função social da empresa atue em concreto, pois a adoção dessa estruturação empresarial nada mais faz que tentar otimizar o

lucro às custas do ser humano, maximizando a exploração capitalista que perde, assim, seu natural equilíbrio entre a livre iniciativa e o valor social do trabalho.

Não se trata aqui de impedir a prática da descentralização, mas de coibi-la apenas quando ela se apresenta de forma patológica, o que deve ser examinado em cada caso concreto.

Essa análise, entretanto, não deve ser efetuada pela forma como o trabalhador gasta sua energia de trabalho, se dentro da estrutura da empresa principal ou não como defendido no conceito de subordinação estrutural, mas através do próprio vínculo existente entre as empresas parceiras.

Nos casos de redes patológicas resta patente que as características tradicionais da relação de emprego que indicam a fraude trabalhista não mais devem ser examinadas entre o trabalhador e a empresa que o admite como empregado (a empresa satélite), mas sob uma nova roupagem, entre as próprias empresas (principal e satélite).

O fenômeno se dá como se a externalização do trabalho realizada pela descentralização em rede levasse, na sua forma patológica, também à externalização dos elementos típicos da relação de emprego. Se tradicionalmente tais elementos ocorriam entre o empregado e seu empregador, na rede patológica percebe-se traços desses elementos entre a empresa principal e as satélites.

Em outras palavras, as empresas satélites genericamente consideradas (sejam sociedades empresárias, sejam empresários individuais, sejam trabalhadores autônomos) atuam com elementos típicos do modelo trabalhista tradicional, mormente quanto à dependência e habitualidade.

A dependência, se na relação de emprego configura-se como a subordinação, nas redes patológicas configura-se como controle (direto ou indireto) da empresa principal, seja pelo estabelecimento de políticas de preço, de qualidade do produto, de prazo para entrega, enfim, por fatores que na prática fazem com que a empresa satélite tenha sua própria existência conforme as determinações da empresa principal.

Costuma ser comum que a empresa satélite atue com exclusividade (ou ao menos de forma preponderante) para uma única empresa principal.

Essa característica de dependência produz na prática a potencialidade de precarização dos direitos trabalhistas e, portanto, da condição humana, afrontando a

dignidade da pessoa humana, pois diante da necessidade de se amoldar aos ditames da empresa principal, principalmente quanto ao custo da produção, é comum que a empresa satélite descumpra os preceitos trabalhistas, adotando práticas que chegam, em caso extremos, ao labor na condição análoga à de escravo, em ambientes de trabalho inadequados e que produzem condições degradantes aos trabalhadores, produzindo verdadeiras tragédias.

Paradigmático neste sentido foi o caso de empresa satélite localizada em Bangladesh, conforme notícia veiculada pelo jornal Valor Econômico em 24.04.2013¹⁷⁹:

“O desabamento de um prédio de oito andares que abrigava várias fábricas de artigos de vestuário matou pelo menos 104 pessoas, segundo autoridades, e deixou muitas outras entre os escombros em Bangladesh, na manhã desta quarta-feira. O prédio Rana Plaza, nas proximidades da capital do país, estava com tantas rachaduras ontem que o caso foi veiculado em canais locais.

A polícia afirma que centenas de pessoas seguem presas entre os escombros. O ministro do Interior, Muhiuddin Khan Alamgir, disse durante visita ao local que o prédio havia violado as normas de construção e que os responsáveis devem ser punidos. O secretário-executivo do Ministério da Saúde, Mohammed Neazuddin, confirmou pelo menos 104 mortes, enquanto policiais diziam que centenas de pessoas seguiam entre os escombros.

Alguns funcionários hesitaram em entrar hoje no prédio, segundo um dos trabalhadores, Abdur Rahim. “Nós começamos a trabalhar. Depois de mais ou menos uma hora, o prédio de repente desabou”, relatou Rahim, que trabalhava no quinto andar.

Dezenas de milhares de pessoas foram ao local do acidente, inclusive voluntários e pessoas em busca de parentes. Rahim disse que seus pais, que trabalhavam no prédio, ficaram presos ali. Também havia bancos e lojas no local.

O general Mohammed Siddiquil Alam Shikder informou mais cedo que 600 pessoas já foram resgatadas. Segundo alguns relatos, porém, o número de mortos pode aumentar.

Um incêndio em novembro em uma fábrica de vestuário chamou a atenção para as condições precárias dos trabalhadores na indústria têxtil de Bangladesh, que gera US\$ 20 bilhões ao ano. O país tem cerca de 4 mil dessas fábricas e exporta roupas para importantes varejistas no Ocidente, além de ter um grande poder no país asiático. O prédio que pegou fogo em novembro, Tazreen, não tinha saída de

¹⁷⁹ Disponível em <http://www.valor.com.br/internacional/3098342/desabamento-mata-mais-de-100-em-bangladesh> (acessado em 14.07.2015).

emergência e apenas três de seus oito andares haviam sido construídos legalmente. Sobreviventes disseram que seus chefes manaram que eles voltassem ao trabalho, após o alarme de incêndio soar.”

Não são poucos os exemplos, na indústria de vestuário, de configuração de dependência de empresas satélites que precarizam os direitos trabalhistas para poderem atuar no cenário da descentralização instaurado sob a forma patológica da dependência, inclusive no cenário nacional, onde até labor em condições análogas à de escravo já foram encontradas nos maiores centros urbanos do país, como no caso dos bolivianos em São Paulo contratados por fação que prestava serviços a conhecida marca “Zara”:

“Nem uma, nem duas. Por três vezes, equipes de fiscalização trabalhista flagraram trabalhadores estrangeiros submetidos a condições análogas à escravidão produzindo peças de roupa da badalada marca internacional Zara, do grupo espanhol Inditex.

Na mais recente operação que vasculhou subcontratadas de uma das principais "fornecedoras" da rede, 15 pessoas, incluindo uma adolescente de apenas 14 anos, foram libertadas de escravidão contemporânea de duas oficinas – uma localizada no Centro da capital paulista e outra na Zona Norte.

A investigação da Superintendência Regional do Trabalho e Emprego de São Paulo (SRTE/SP) – que culminou na inspeção realizada no final de junho – se iniciou a partir de uma outra fiscalização realizada em Americana (SP), no interior, ainda em maio. Na ocasião, 52 trabalhadores foram encontrados em condições degradantes; parte do grupo costurava calças da Zara.

"Por se tratar de uma grande marca, que está no mundo todo, a ação se torna exemplar e educativa para todo o setor", coloca Giuliana Cassiano Orlandi, auditora fiscal que participou de todas as etapas da fiscalização. Foi a maior operação do Programa de Erradicação do Trabalho Escravo Urbano da SRTE/SP, desde que começou os trabalhos de rastreamento de cadeias produtivas a partir da criação do Pacto Contra a Precarização e Pelo Emprego e Trabalho Decentes em São Paulo – Cadeia Produtiva das Confecções.

A ação, complementa Giuliana, serve também para mostrar a proximidade da escravidão com pessoas comuns, por meio dos hábitos de consumo. "Mesmo um produto de qualidade, comprado no *shopping center*, pode ter sido feito por trabalhadores vítimas de trabalho escravo".

O quadro encontrado pelos agentes do poder público, e acompanhado pela **Repórter Brasil**, incluía contratações completamente ilegais, trabalho infantil, condições degradantes, jornadas exaustivas de até

16h diárias e cerceamento de liberdade (seja pela cobrança e desconto irregular de dívidas dos salários, o *truck system*, seja pela proibição de deixar o local de trabalho sem prévia autorização). Apesar do clima de medo, um dos trabalhadores explorados confirmou que só conseguia sair da casa com a autorização do dono da oficina, concedida apenas em casos urgentes, como quando teve de levar seu filho às pressas ao médico.”¹⁸⁰

Interessante notar que no caso paradigmático da empresa acima mencionada, o Ministério Público do Trabalho e a Justiça do Trabalho já atuam no sentido de buscar sua responsabilização, por ser típico caso de uso da descentralização em sua forma patológica, como nos dá conta a notícia publicada pela revista Exame em 15.04.2014¹⁸¹:

“O Ministério Público do Trabalho de São Paulo (MPT-SP) anunciou, nesta terça-feira, que decidiu responsabilizar a Zara por trabalho análogo ao escravo em oficinas de costura subcontratadas pela AHA Indústria e Comércio de Roupas, responsável pela produção de suas peças no Brasil.

Em 2011, uma investigação do Ministério do Trabalho encontrou 16 bolivianos que ganhavam 2 reais por peça de roupa produzida e trabalhavam em situação considerada insalubre, em duas casas na periferia de São Paulo.

Para o MPT-SP, ao consentir que as empresas contratadas deleguem a terceiros a produção das peças, a Zara "assume o risco da precarização extrema das relações de trabalho contaminarem sua cadeia produtiva", diz o comunicado do órgão.

O anúncio ocorre poucos dias depois de o juiz Alvaro Emanuel de Oliveira Simões, da 3ª Vara do Trabalho de São Paulo, ter decidido manter o processo na Justiça que a Zara havia tentado anular. Para o juiz, a Aha foi contratada para burlar a legislação.

“A subordinação, embora camuflada sob a aparência de terceirização, era direta aos desígnios da comerciante das confecções”, diz a sentença.

Precedente

De acordo com o MPT-SP, a decisão de responsabilizar a empresa é "um importante precedente na eficiência da fiscalização", porque, ao responsabilizar a grife, entendida pelo processo como "detentora do poder econômico relevante na cadeia produtiva", a medida alcança, e

¹⁸⁰ Disponível em: <http://reporterbrasil.org.br/2011/08/roupas-da-zara-sao-fabricadas-com-mao-de-obra-escrava/> (acessado em 14.07.2015).

¹⁸¹ Disponível em <http://exame.abril.com.br/negocios/noticias/zara-brasil-e-responsabilizada-por-trabalho-escravo> (acessado em 14.07.2015).

pode proteger, os 15 mil trabalhadores subordinados a ela, e não apenas os das pequenas oficinas.

O MPT-SP estima que as confecções que utilizam trabalho análogo ao escravo ganham cerca de 2.300 reais por imigrante explorado. O valor corresponde a direitos trabalhistas e tributos sonegados no processo.

Em nota, a Zara Brasil e o Grupo Inditex, proprietário da empresa no país, afirmaram que vão recorrer da decisão da 3ª Vara e que a companhia não obteve "qualquer vantagem financeira com a irregularidade cometida pela AHA".

A nota diz também que a Aha, que segundo eles foi quem realmente cometeu as irregularidades, 'não foi sequer investigada, julgada ou punida'."

De forma acertada, portanto, deve-se buscar a responsabilidade direta da empresa principal que utilizou da estruturação em rede de forma precarizante, patológica, apenas para obter redução de custos olvidando-se do valor social do trabalho.

Como reforço ao argumento da dependência entre a empresa satélite e a principal, observa-se que há um segundo elemento, que é típico da relação de emprego, mas que também existe neste tipo de relação empresarial patológica: a habitualidade.

De fato, a externalização do trabalho pela contratação de empresa parceira na sua forma patológica se faz com o sentido de permanência do trabalho, pois a própria atividade da empresa principal não se perfaz sem o trabalho executado pela empresa satélite.

Observa-se nos casos em análise que o próprio objeto social da empresa principal, no fundo, não consegue ser atingido sem que existam as empresas satélites operando em regime permanente, claro que com pluralidade dessas empresas e sem necessária fidelidade, vale dizer, a empresa principal usa das satélites que fornecem o produto no preço e na qualidade almejadas, pouco importando as práticas por ela realizadas para se alcançar tal desiderato.

Não se deve confundir, importante ressaltar, a permanência da atividade descentralizada com a permanência de específica empresa satélite. No cenário da descentralização em rede patológica é traço característico que cada empresa satélite seja contratada por projeto, descartando-se tais empresas ao final desse projeto ou se algum ruído ocorrer na relação empresarial.

Se, por exemplo, algumas das empresas satélites for flagrada com trabalho escravo, provavelmente a empresa principal vai lamentar o ocorrido, tentar isentar-se de responsabilidade, descartar tal empresa satélite e contratar outras em seu lugar.

Esses dois elementos essenciais – dependência e permanência – são, portanto, os principais indicativos do estabelecimento de uma rede patológica.

Deve-se observar que, se no clássico trabalho autônomo, sem se indagar de fraude trabalhista, o tomador dos serviços pode exercer fiscalização sobre a prestação de trabalho, até mesmo com o objetivo de manter seu bom nome, sua marca, desde que isso não configure em total controle da atividade laboral, na descentralização em rede pode haver também a natural fiscalização dos serviços e produtos prestados pelas empresas contratadas, mas não a ponto de se suprimir sua liberdade e, no plano fático, acabar por se determinar a forma como ela vai atuar, pois tal circunstância de forma patente leva a uma deturpação do próprio conceito de livre iniciativa e, portanto, do próprio valor da liberdade.

É no seio da forma de vinculação entre as empresas constituídas em rede, assim, que se pode analisar se há ou não necessidade de incidência da reponsabilidade trabalhista.

Defende-se neste trabalho que apenas nas redes dependentes, as redes patológicas, deve haver a extensão da responsabilidade trabalhista para a empresa principal, de forma direta e, obviamente, solidária com a empresa satélite, que atuou em conjunto para fraudar os preceitos trabalhistas e, assim, violar a dignidade da pessoal humana e a própria função social da empresa.

Em tais casos deve o trabalhador perceber os direitos trabalhistas como se empregado da empresa principal fosse, inclusive os oriundos de normas coletivas, reconhecendo-se, portanto, o enquadramento sindical também de acordo com a atividade preponderante de tal empresa.

5. Conclusão: Direito do Trabalho na era da descentralização produtiva

As premissas expostas neste estudo revelam a necessidade de uma nova ótica acerca da forma de positivação e aplicação do Direito do Trabalho. Ao invés da regulamentação exaustiva, a abertura para atuação dos próprios atores sociais na fixação de seus direitos, em nível coletivo e individual. Ao invés de predominarem normas do tipo regras, normas principiológicas aliadas a regras quando necessário.

Embora atualmente já se reconheça que existe no ordenamento jurídico os dois tipos de normas acima mencionados, na área trabalhista é patente a preponderância das regras sobre os princípios no que concerne à positivação, tanto que a legislação trabalhista não cuida de positivar as normas principiológicas, extraindo-se geralmente da própria Constituição Federal o balizamento para se realizar a incidência dos valores no caso concreto através da ponderação de interesses.

Não se quer com isso simplesmente abandonar a legislação trabalhista em vigor, mas apenas se reconhecer que ela não está adequada para vários casos de relações trabalhistas na atualidade, sendo necessário o estabelecimento de alguns parâmetros a título de conclusão que, juntos, propiciarão a construção dessa nova forma de proteção laboral.

Tais parâmetros podem ser resumidos em dois principais vetores: heterogeneidade entre os tipos de relações de emprego; grau de hipossuficiência (ou de vulnerabilidade) do empregado e de força econômica do empregador. Esses elementos serão decisivos para que ocorra a incidência móvel dos direitos fundamentais nas relações privadas de trabalho e, não, apenas a incidência horizontal ou diagonal.

A heterogeneidade das diversas relações de emprego diz respeito à constatação de que nem todo vínculo empregatício se perfaz dentro de um grande empregador centralizado e verticalizado, conforme o paradigma da construção do Direito do Trabalho como já abordado neste estudo.

Existem no mercado de trabalho diversos tipos de empresa, de todos os portes, o que por si só autorizaria a conclusão acerca da necessidade de adequação da regulamentação trabalhista, como inclusive determina a própria Constituição Federal para as pequenas e microempresas, nos termos do art. 170, IX, “tratamento favorecido para as

empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País.”.

Tal favorecimento, entretanto, foi extremamente tímido no que concerne às questões trabalhistas, pois a Lei Complementar 123 de 2006 dispõe no seu Capítulo VI apenas que:

“CAPÍTULO VI
DA SIMPLIFICAÇÃO DAS RELAÇÕES DE TRABALHO

Seção I

Da Segurança e da Medicina do Trabalho

Art. 50. As microempresas e as empresas de pequeno porte serão estimuladas pelo poder público e pelos Serviços Sociais Autônomos a formar consórcios para acesso a serviços especializados em segurança e medicina do trabalho.

Seção II

Das Obrigações Trabalhistas

Art. 51. As microempresas e as empresas de pequeno porte são dispensadas:

- I - da afixação de Quadro de Trabalho em suas dependências;
- II - da anotação das férias dos empregados nos respectivos livros ou fichas de registro;
- III - de empregar e matricular seus aprendizes nos cursos dos Serviços Nacionais de Aprendizagem;
- IV - da posse do livro intitulado “Inspeção do Trabalho”; e
- V - de comunicar ao Ministério do Trabalho e Emprego a concessão de férias coletivas.

Art. 52. O disposto no art. 51 desta Lei Complementar não dispensa as microempresas e as empresas de pequeno porte dos seguintes procedimentos:

- I - anotações na Carteira de Trabalho e Previdência Social - CTPS;
- II - arquivamento dos documentos comprobatórios de cumprimento das obrigações trabalhistas e previdenciárias, enquanto não prescreverem essas obrigações;
- III - apresentação da Guia de Recolhimento do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço e Informações à Previdência Social – GFIP;
- IV - apresentação das Relações Anuais de Empregados e da Relação Anual de Informações Sociais - RAIS e do Cadastro Geral de Empregados e Desempregados - CAGED.

Seção III

Do Acesso à Justiça do Trabalho

Art. 54. É facultado ao empregador de microempresa ou de empresa de pequeno porte fazer-se substituir ou representar perante a Justiça do Trabalho por terceiros que conheçam dos fatos, ainda que não possuam vínculo trabalhista ou societário.”

Em outras palavras, o tratamento diferenciado entre uma empresa de grande porte, multinacional, com milhares de empregados, bilionária, globalizada e o pequeno empregador de um único estabelecimento comercial, com por exemplo dois empregados e talvez sem capital de giro, reside na liberação de algumas medidas burocráticas e o envio de preposto contratado para lhe representar na Justiça do Trabalho, salvo pontuais casos de exceção, como adiante será demonstrado.

Não permite a lei, por exemplo, a aplicação diferenciada do Direito do Trabalho para a realidade da pequena empresa, que o bloco da regulamentação do trabalho seja mais consentâneo com sua realidade sem que se perca o essencial dessa proteção.

Existem, sim, alguns exemplos que caminham neste sentido, novamente ainda de forma muito incipiente, como o caso das chamadas horas *in itinere* e o registro dos horários de trabalho em ponto.

O primeiro caso, através da inclusão de um terceiro parágrafo ao art. 58 da CLT pela LC 123/06 no seguinte sentido: “Poderão ser fixados, para as microempresas e empresas de pequeno porte, por meio de acordo ou convenção coletiva, em caso de transporte fornecido pelo empregador, em local de difícil acesso ou não servido por transporte público, o tempo médio despendido pelo empregado, bem como a forma e a natureza da remuneração.”

O segundo, bastante tradicional, pelo art. 74 da CLT em seu parágrafo segundo, ao estabelecer a obrigatoriedade de manutenção de controle de ponto apenas para os estabelecimentos com mais de dez empregados:

“§ 2º - Para os estabelecimentos de mais de dez trabalhadores será obrigatória a anotação da hora de entrada e de saída, em registro manual, mecânico ou eletrônico, conforme instruções a serem expedidas pelo Ministério do Trabalho, devendo haver pré-assinalação do período de repouso. (Redação dada pela Lei nº 7.855, de 24.10.1989)”

Embora louváveis tais medidas, pode-se notar que não há na concepção nacional a vontade ou o interesse de se reduzir a regulamentação trabalhista para que o pequeno empregador possa ter condições diferenciadas a fim de aumentar sua competitividade no mercado, ou mesmo sua sobrevivência, isso em um país onde se reconhece que a maior parte dos empregos encontra-se justamente no seio das pequenas empresas, pois “no

período 2000-2008, as MPEs foram responsáveis por aproximadamente 54% dos empregos formais do país (Sebrae, 2010). Em 2008, os pequenos negócios respondiam por 51% da força de trabalho urbana empregada no setor privado, equivalente a 13,2 milhões de empregos com carteira assinada, 38% da massa salarial e 20% em média do produto interno bruto (PIB) (Brasil, 2009).”¹⁸²

Curioso notar que a diferenciação já produzida pela legislação quanto à micro e pequenas empresas não parece estar surtindo o efeito desejado, embora não se tenha admitido uma aplicação em bloco diferenciada para os direitos trabalhistas, de forma a demonstrar uma das constatações realizadas neste estudo, no sentido de que ignorar a realidade é produzir a flexibilização fática, empurrando-se para a informalidade ou para a ilegalidade boa parte dos trabalhadores.

Vale registrar a observação de José Dari Krein e Magda Biavaschi:

“As mudanças assinaladas não afetaram os elementos centrais da relação de emprego, mas não deixam de flexibilizar aspectos da legislação. No campo do cumprimento das normas de proteção ao trabalho, não há outros dispositivos que assegurem tratamento diferenciado às MPEs, salvo quanto a algumas disposições em acordos coletivos que instituem pisos salariais diferenciados para ocupados em pequenos negócios em relação a algumas categorias, como depois se verá. O mesmo acontece relativamente às multas por descumprimento das normas de proteção, as quais apresentam pequenas variações de valores, não sendo progressivas, acabando, na prática, por onerar mais os pequenos do que os grandes. Essa é uma distorção que merece tratamento mais adequado.

Em síntese: a legislação, ainda que importante no sentido da construção de um patamar civilizatório alicerçado no princípio da igualdade substantiva, não contempla uma gama de dificuldades a demandarem políticas públicas que busquem superar: a informalidade expressiva no setor; a grande rotatividade da mão de obra; o trabalho de maior risco à saúde; os índices alarmantes de acidentes e doenças profissionais; a concretização do direito de acesso ao Judiciário; e a

¹⁸² MADI, Maria Alejandra Caporale; GONÇALVES, José Ricardo barbosa; *Produtividade, financiamento e trabalho: aspectos da dinâmica das micro e pequenas empresas (MPEs) no Brasil*; na obra coletiva *Micro e pequenas empresas: mercado de trabalho e implicação para o desenvolvimento*/Anselmo Luís dos Santos, José Dari Krein, Andre Bojikian Calixtre: organizadores. – Rio de Janeiro: Ipea, 2012, p. 18.

adoção de sistema de fiscalização mais eficaz, com multas que inibam o desrespeito às leis e freiem a ilegalidade”¹⁸³

Registra-se, entretanto, que os autores acima mencionados realizam conclusão diversa à apontada nesta tese, ou seja, opinam pela manutenção dos direitos trabalhistas tais como fincados na legislação atual, refutando a criação de uma legislação trabalhista diferenciada para as micro e pequenas empresas, sob pena de “criação de uma categoria diferenciada e ‘menor’ de trabalhadores do ponto de vista dos direitos assegurados.”¹⁸⁴

Em nosso sentir, manter-se as coisas como estão, acreditando-se que as instituições públicas terão condições de forçar o cumprimento das normas trabalhistas é negar a realidade à volta, pois jamais será possível se atingir a integralidade das relações trabalhistas através da reparação produzida pela Justiça do Trabalho. Se analisada a questão sob outra perspectiva, a simples manutenção do atual cenário determina que apenas parte dos trabalhadores consigam a formalização do vínculo e os direitos trabalhistas, aqueles que se socorrem do Estado, ficando os demais – maioria – sem a devida proteção social.

Cabe, portanto, uma abertura para o estabelecimento de uma legislação adequada que possa ser cumprida de acordo com o tamanho da empresa, reconhecendo-se a diferença existente em cada caso para a fixação dos direitos trabalhistas.

Relacionada com este primeiro fator – heterogeneidade das empresas – deve-se ponderar a existência de um segundo elemento crucial para a presente análise: o grau de vulnerabilidade do empregado perante seu empregador e a força econômica deste.

O paradigma clássico da relação de emprego, a hipossuficiência do trabalhador, não mais pode ser analisado de forma simplista, como se todo tipo de empregado estivesse em mesmo grau de dependência de seu empregador.

Se não há dúvidas de que independentemente de qualquer fator externo os empregados, de forma geral, possuem um traço que os vulneram, que é a necessidade de obter e manter um ocupação que garanta o sustento próprio e de suas famílias, também não

¹⁸³ *Condições e relações de trabalho no segmento das micro e pequenas empresas*, na obra coletiva *Micro e pequenas empresas: mercado de trabalho e implicação para o desenvolvimento*/Anselmo Luís dos Santos, José Dari Krein, Andre Bojikian Calixtre: organizadores. – Rio de Janeiro: Ipea, 2012, p.120

¹⁸⁴ Idem, p. 156.

se pode duvidar que tal elemento não é absoluto e não encontra variações de acordo com as circunstâncias concretas do caso em análise.

Apesar de se reconhecer que o trabalho é um valor maior do que seu aspecto meramente econômico, de sobrevivência humana, não se nega que a análise acerca do traço de dependência que o empregado possui em relação a seu empregador reside no fato da necessidade de obtenção de sustento material, tanto que é recorrente a argumentação no sentido da natureza alimentar do salário.

Reconhecemos, inclusive, que para além da concepção alimentar o salário constitui, geralmente, a forma de acesso aos direitos sociais em uma sociedade capitalista e privatizada, ao menos em um nível razoável de qualidade, a partir da constatação de que o Estado não consegue prover tais bens da vida da forma desejada. Assim, cumpre muitas vezes ao próprio cidadão obter meios para ter acesso “a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados” (art. 6º da Constituição Federal).

Logo, de plano fixa-se que não se perdeu na atualidade a noção de hipossuficiência ou vulnerabilidade do empregado. O que se nota é existirem casos em que este traço se apresenta de forma diferenciada, merecendo portanto também tratamento diferenciado como determina a própria técnica da ponderação de interesses inerente ao pós-positivismo.

Ainda analisando-se do ponto de vista da hipossuficiência pela necessidade de obtenção e manutenção de salário, pode-se citar o recorrente caso de altos empregados, alguns artistas e atletas profissionais, que percebem remunerações significativas a ponto de estabelecerem um patrimônio que possa lhes assegurar uma sobrevivência digna para além da manutenção de um vínculo de emprego específico.

Claro que resta mantido o traço da subordinação jurídica também para tais empregados, não se propõe ignorar tal aspecto. Mas no caso concreto não se pode olvidar de tal diferença para com o empregado modelo imaginado no início da regulamentação trabalhista, o operário do piso de fábrica.

Outra situação interessante ocorre em profissões em que há escassez de trabalhadores qualificados, ou seja, onde os empregados são disputados no mercado e, com isso, obtém razoável remuneração e facilidade de busca de ocupação. Tais trabalhadores, se possuem a subordinação inerente ao vínculo de emprego por um lado, por outro sabem

que não dependem tanto de um específico empregador, pois em caso de não ser possível a continuidade do vínculo facilmente conseguirão nova colocação no mercado.

Aliado a isso, deve-se averiguar em cada caso concreto a própria condição pessoal do empregado, o que indica a aplicação dos direitos fundamentais dentro da técnica do sopesamento, que não pode ignorar as circunstâncias específicas de cada caso, pois novamente não se pode igualar um trabalhador analfabeto, sem instrução, com outro que possua formação superior, com grau de educação bastante desenvolvido.

A questão da educação, em sentido amplo, constitui em nosso sentir importante fator para balizamento da ponderação no caso concreto para as questões trabalhistas, pois hipossuficiência não significa falta de capacidade, subordinação não pode significar perda de liberdade, vínculo de emprego não pode resultar em impossibilidade de expressão da vontade do empregado, obviamente desde que hígida.

O caminho para esse equilíbrio, entre a visão clássica do direito do trabalho, que nada permite, que não aceita negociação, que impede até a solução pacífica de conflitos entre empregado e empregador individualmente, e uma aplicação consentânea com o pós-positivismo passa, portanto, pelo reconhecimento da eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas, mas não de forma estática horizontal ou diagonal, e sim com a mobilidade inerente ao sistema principiológico que não admite soluções somente a favor dos valores trabalhistas.

Acerca da eficácia horizontal dos direitos fundamentais na esfera trabalhista, conforme já tivemos oportunidade de expor na obra *Direito ao Lazer*¹⁸⁵, indispensável ao presente estudo, que se situa na esfera da aplicação de tais direitos em face de atores privados, uma breve incursão sobre esta temática, lembrando-se que a matéria ainda é objeto de grandes controvérsias, embora majoritariamente os operadores trabalhistas adotem de forma ampla as ideias abaixo expostas.

Como pressuposto para justificar uma aplicação dos direitos fundamentais de forma a vincular não apenas os Poderes Públicos (o que é aceito com tranquilidade pela doutrina na medida de eficácia de cada direito fundamental segundo sua densidade normativa e pela observância das dimensões subjetivas e objetivas, em seu caráter negativo e positivo), mas também particulares, há que se observar, brevemente, que o clássico

¹⁸⁵ CALVET, Otavio. *Direito ao Lazer*, Ed. LTr, São Paulo, 2005.

preceito da autonomia privada da vontade vem se relativizando em todo campo do Direito Privado.

Aliás, não surpreende aos operadores da área trabalhista a superação desse dogma da autonomia privada ilimitada, pois a gênese do Direito do Trabalho decorreu justamente do reconhecimento da impossibilidade de garantir mera liberdade formal a dois particulares que, com forças desiguais, vinculam-se para satisfação de seus interesses, o que fatalmente resulta na exploração do mais forte sobre o mais fraco, fato inclusive determinante do reconhecimento geral do princípio da proteção ao empregado como forma de conter os abusos patronais.

A crescente espiral de exclusão social nada mais fez do que alastrar para outros campos da vida civil a infeliz condição de há muito sentida pelo trabalhador humano de absoluta impotência diante de seu provedor, tanto que atualmente admite-se um certo grau de dirigismo estatal nos contratos civis que varia de acordo com a essencialidade de seu objeto para a vida humana, como bem apontado por Sarmiento, citando no particular Teresa Negreiros, que formulou a interessante teoria do “paradigma da essencialidade”, a saber:

“(…) a destinação do bem objeto do contrato é um elemento fundamental na determinação do relativo poder negocial dos contratantes, e por isso deve ser levada em conta na solução do conflito de interesses que eventualmente sobrevenha”, continuando no sentido de que:

(…) os contratos que versem sobre a aquisição ou a utilização de bens que, considerando a sua destinação, são tidos como essenciais estão sujeitos a um regime tutelar, justificado pela necessidade de proteção da parte mais vulnerável (...); e, vice-versa, no extremo oposto, os contratos que tenham por objetos bens supérfluos regem-se predominantemente pelos princípios do direito contratual clássico, vigorando aqui a regra de mínima intervenção heterônoma.”¹⁸⁶

Referida observação nada mais é do que, no campo das relações de emprego, o disposto no art. 444 da CLT, “as relações contratuais de trabalho podem ser objeto de livre estipulação das partes interessadas em tudo quanto não contravenha às disposições de proteção ao trabalho, aos contratos coletivos que lhes sejam aplicáveis e às decisões das

¹⁸⁶ SARMENTO, op. cit, p. 218, nota 554.

autoridades competentes”, apontado pela doutrina como a positivação do princípio da limitação da autonomia da vontade, o que se constata como fator de revalorização do caminho até então perseguido pela doutrina trabalhista que, agora, começa a ganhar adeptos em outras searas, infelizmente motivados pela degradação das condições sociais.

De qualquer sorte, referido “paradigma da essencialidade” em muito pode auxiliar no exame das demais relações de trabalho, além da relação de emprego em que sua aplicação é total, calcando-se na ideia de que o trabalho remunerado em todas as suas formas tem por objeto, precipuamente, gasto de energia humana para fins de obtenção de uma contraprestação cuja finalidade, via de regra, situa-se na esfera da manutenção da sobrevivência do trabalhador e de sua família.

Ademais, o reconhecimento de virtual possibilidade de disparidade entre as posições de poder aos integrantes de uma relação de trabalho, seja do empregado para seu empregador, seja do trabalhador para seu tomador de serviços (aqui não em todos os casos, devendo-se verificar um real estado de dependência econômica do trabalhador), justifica a aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas, como verdadeiro limite à disparidade social em cada caso verificada.

Outrossim, o próprio reconhecimento do legislador constituinte do direito ao trabalho como direito social no art. 6º e, ainda, de uma série de direitos concedidos aos trabalhadores no art. 7º, em inequívoco patamar de direitos fundamentais, alguns deles com eficácia imediata perante o empregador (geralmente ente privado) de forma inequívoca, como o pagamento de adicional de horas extras em no mínimo 50% previsto no inciso XVI, determina o exame em questão acerca da eficácia horizontal dos direitos fundamentais.

Assim, aponta a doutrina que se dedica ao tema da eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas teorias que vão da negação dessa eficácia, do reconhecimento de eficácia indireta e mediata, da eficácia direta e imediata, dos deveres de proteção e, finalmente, de teorias alternativas, como se observa tanto na profunda obra sobre o tema do constitucionalista Daniel Sarmento¹⁸⁷ quanto no minucioso artigo escrito

¹⁸⁷ Ibidem, p. 223.

por Ingo Wolfgang Sarlet¹⁸⁸, para citar apenas dois a que praticamente adotamos os lúcidos posicionamentos.

A base da teoria em questão encontra-se na constatação de que não basta compelir o Estado ao respeito de determinados direitos fundamentais, já que atualmente também na esfera das relações privadas encontram-se sérias ameaças a essa ordem de valores, razão pela qual inclusive afirmou-se um Estado Social em nossa Constituição como forma de reconhecer tal “realidade, tendo como consequência a extensão dos direitos fundamentais às relações entre particulares”¹⁸⁹, reforçada pela ideia de unidade do ordenamento jurídico, entrelando-se as esferas privada e pública.

Referida aplicação imediata, contudo, encontra limites, como não poderia deixar de ser, na ponderação do “direito fundamental em jogo com a autonomia privada dos particulares envolvidos no caso”, não se constituindo em doutrina radical já que considera “a liberdade individual no tráfico jurídico-privado”¹⁹⁰.

Aponta Sarmento que a doutrina da eficácia imediata “é majoritária na Espanha e em Portugal”¹⁹¹, sendo que neste a própria Constituição em seu art. 18.1 determina a extensão dos direitos fundamentais às relações privadas: “Os preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias são diretamente aplicáveis e vinculam as entidades públicas e privadas”¹⁹².

Transportando-se o problema para o Direito Brasileiro, constata-se que a Constituição Federal consagrou um modelo de Estado Social, com vasto rol de direitos sociais como se percebe pelo exame dos arts. 6º e 7º, sendo objetivo fundamental da República, como bem observado por Sarmento, “construir uma sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, I, CF)”¹⁹³, restando patente que no seu atual estágio de desenvolvimento, a sociedade brasileira apresenta disparates sociais que justificam a aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas a fim de obter uma “mudança do *status quo*”¹⁹⁴. Desta

¹⁸⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos Fundamentais e Direito Privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. In: ____ (Org.). *A Constituição Concretizada. Construindo Pontes com o Público e o Privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

¹⁸⁹ SARMENTO, op. cit., p. 245.

¹⁹⁰ *Ibidem*, p. 246.

¹⁹¹ *Ibidem*, p. 246.

¹⁹² *Ibidem*, p. 250.

¹⁹³ *Ibidem*, p. 279.

¹⁹⁴ *Ibidem*, p. 281.

feita, o autor carioca rechaça os argumentos contrários a referida tese da seguinte forma, abaixo resumida¹⁹⁵:

a) a vinculação direta comprometeria em demasia a autonomia privada: “esta não traduz um valor absoluto, e que pode, portanto, ser ponderada com outros direitos e interesses constitucionais”, sendo certo que a eficácia direta leva em conta essa ordem de valor, que apenas pode sofrer restrições pelo uso do método da ponderação de interesses. De outro lado, a efetiva autonomia somente pode existir após garantidas condições mínimas materiais, mormente em se tratando de relações privadas entre desiguais, como já mencionado anteriormente;

b) é antidemocrática por atribuir poderes excessivos ao juiz em detrimento do legislador: cabe ao judiciário em primeiro lugar a aplicação das regras criadas pelo legislador dentro de seu espaço de atribuições, aplicando diretamente os direitos fundamentais apenas quando inexistente norma específica infraconstitucional ou quando esta se demonstrar contrária aos ditames constitucionais, justificando-se tal posição pela necessária fundamentação da decisão judicial;

c) gera insegurança jurídica, pois os conflitos são solucionados por princípios vagos e abstratos cuja aplicação é imprevisível: o novo paradigma pós-positivista efetivamente diminui a carga de segurança, mas além de tal fenômeno não ser exclusivo da problemática da eficácia imediata contra privados dos direitos fundamentais, há fórmulas para se reduzir essa incerteza mediante o reconhecimento de *standards* que vão sendo consolidados pela doutrina e pela jurisprudência;

d) põe em risco a autonomia e identidade do Direito Privado: é lugar comum na atualidade o reconhecimento da publicização de todos os ramos do direito privado frente à força normativa da Constituição, que detém de supremacia hierárquica formal e material sobre o resto do ordenamento jurídico;

e) divisão de funções entre juiz civil e juiz constitucional: noção aplicada apenas no Direito Comparado, estranha à nossa realidade jurisdicional.

Finalmente, a circunstância dos Poderes Públicos terem o “dever de proteger os particulares de lesões e ameaças aos seus direitos fundamentais perpetradas por terceiros não apresenta nenhuma incompatibilidade ou contradição com a ideia da incidência direta

¹⁹⁵ Ibidem, p. 281-287.

dos mesmos direitos na esfera privada”¹⁹⁶, havendo, ao contrário, verdadeira soma entre as duas vinculações, a do Estado e a dos particulares.

Em reforço aos argumentos acima expostos, há de se observar que na seara trabalhista não constitui qualquer novidade a eficácia horizontal imediata dos direitos fundamentais, seja porque vários dos direitos trabalhistas foram concebidos com tal qualidade, como já argumentado alhures, seja porque na clássica relação de emprego sempre houve a constatação de posição de hipossuficiente para o empregado.

De novo, entretanto, a constatação de que a correta aplicação da técnica criada a partir do pós-positivismo não deve ser pré-concebida a favor dos trabalhadores, com resultados sempre a partir de uma ideologia socialista.

Em conclusão, portanto, adotamos a teoria da eficácia horizontal imediata dos direitos fundamentais nas relações privadas, observados os limites e características especiais para aplicação de tais direitos, mormente a observância do método da ponderação de interesses, devendo-se estabelecer uma metodologia acerca da aplicação dessa eficácia, que a nosso sentir deve ocorrer pelos seguintes elementos, em rol não exaustivo:

- a) Quanto ao empregado: nível social; grau de educação do trabalhador; condição patrimonial; tipo de profissão; local de trabalho (estabelecimento ou remoto); nível de desemprego específico para a profissão; idade; experiência profissional; nível salarial etc.
- b) Quanto ao empregador: tamanho da empresa; número de empregados; cenário econômico; setor específico da atividade econômica; capacidade patrimonial etc.

Dessa forma, a resolução dos casos concretos passa a ser efetivamente diferenciada segundo as circunstâncias específicas, possibilitando-se uma redução do estabelecimento de regras para regulamentação do Direito do Trabalho que deve ser reforçado, por outro lado, pelo uso dos princípios que informam a matéria, adotando-se a plasticidade deste tipo de norma que permite uma renovação do subsistema jurídico trabalhista de acordo com a influência da realidade a sua volta.

¹⁹⁶ Ibidem, p 287.

Em resumo, essa forma de aplicação do Direito do Trabalho determina, no caso específico da descentralização produtiva em redes de cooperação, a diferenciação entre as redes naturais e as dependentes, somente havendo necessidade de incidência da relação dual de emprego, de acordo com o sistema trabalhista tradicional, nestas últimas, diante do abuso no exercício da livre iniciativa de forma a se distanciar o valor social do trabalho e da busca de uma existência digna.

BIBLIOGRAFIA

ALMEIDA, Fabricio Antônio Cardim. *Interpretação Constitucional e os Princípios da Ordem Econômica: debate teórico e estudo empírico da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal*, Dissertação de Mestrado, USP, 2009.

ALMEIDA, Renato Rua. *Proteção contra a despedida arbitrária ou sem justa causa*, Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região, n. 40, 2012.

BARCELLOS, Ana Paula de. *A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais. O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana*. Rio de Janeiro-São Paulo: Renovar, 2002.

BARROSO, Luís Roberto (org.). *A Nova Interpretação Constitucional. Ponderação, Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. Rio de Janeiro-São Paulo: Renovar, 2003.

_____. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 2003.

BAUMAN, Zygmunt. *Amor líquido. Sobre a fragilidade dos laços humanos*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2004.

BIAVASCHI, Magda; KREIN, José Dari. *Condições e relações de trabalho no segmento das micro e pequenas empresas*, na obra coletiva *Micro e pequenas empresas: mercado de trabalho e implicação para o desenvolvimento*/Anselmo Luís dos Santos, José Dari Krein, Andre Bojikian Calixtre: organizadores. – Rio de Janeiro: Ipea, 2012

CALVET, Otavio. *Consórcio de Empregadores Urbanos: uma realidade possível*. São Paulo, Ed. LTr, 2002.

_____. *Nova competência a Justiça do Trabalho: Relação de Trabalho versus Relação de Consumo*, Revista LTr, São Paulo, SP, v. 69, n.1, p. 55-57, jan. 2005.

_____. *Responsabilidade subsidiária na Terceirização*.

CARELLI, Rodrigo de Lacerda. *Formas atípicas de trabalho*. LTR, SP, 2010, 2ª edição

_____. *Terceirização como Intermediação de Mão de Obra*. Edição do autor: 2014.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. São Paulo, Malheiros Editora, 4ª edição, 2003.

COSTA, Ana Isabel Lambelho. *Descentralização produtiva, redes de cooperação empresarial e negociação coletiva. Reflexões a partir da experiência portuguesa*. Tese de Doutorado, Universidad Salamanca, 2010

DAL-RE, Fernando Valdés; VILLALÓN, Jesús Cruz. *El estatuto del trabajo autónomo*. Madrid: La Ley, 2008, p. 204-205 (artigo de Alberto Valdés Alonso)

DEJOURS, Christophe. *A Banalização da Injustiça Social*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006, 7ª edição.

DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. São Paulo: Editora LTR, 13ª edição, 2014.

_____. *Direitos Fundamentais na Relação de Trabalho*, Revista do Ministério Público do Trabalho no. 31, março de 2006, Ed. LTr: São Paulo.

FARIA, José Edurado. *Direito Constitucional Economico*, 3ª ed, Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2011.

_____. *A Sociologia Jurídica – Direito e Conjuntura*, 2ª ed., 2010, Ed. GVlaw, 2010.

FARIAS, Paulo José Leite. *Os Princípios Como Fatores de Mobilidade do Sistema Jurídico*, Revista do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, Brasília, abr/jun. 1998.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil*, volume 4: contrato tomo I: teoria geral – 8ª Ed. – São Paulo: Saraiva, 2012.

GARAY, Angela Beatriz Scheffer. *Reestruturação Produtiva e Desafios de Qualificação: Algumas Considerações Críticas*.

GUERRA, Eurenice. *Toyotismo no Brasil: desencantamento da fábrica, envolvimento e resistência*. São Paulo: Editora Expressão Popular, 2004.

HERNÁNDEZ, Juan Gorelli. *La tutela de los trabajadores ante la descentralización productiva*. Madrid: Grupo difusión, 2007.

HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

LIPOVETSKY, Gilles. *A Felicidade Paradoxal. Ensaio sobre a sociedade de hiperconsumo*. São Paulo: Companhia das Letras, 2007.

MADI, Maria Alejandra Caporale; GONÇALVES, José Ricardo barbosa; *Produtividade, financiamento e trabalho: aspectos da dinâmica das micro e pequenas empresas (MPes) no Brasil*; na obra coletiva *Micro e pequenas empresas: mercado de trabalho e implicação para o desenvolvimento*/Anselmo Luís dos Santos, José Dari Krein, Andre Bojikian Calixtre: organizadores. – Rio de Janeiro: Ipea, 2012

MARIANO, Ana Beatriz Paraná; *As mudanças no modelo familiar tradicional e o afeto como pilar de sustentação destas novas entidades familiares*

MARTINEZ, Luciano. *Curso de Direito do Trabalho*. São Paulo: Editora Saravia, 2014, 5ª edição.

MENDES, Marcus Menezes Barberio; CHAVES JÚNIOR, José Eduardo de Resende. *Subordinação Estrutural-Reticular: Uma Perspectiva sobre a Segurança Jurídica*, Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região, Belo Horizonte, v. 46, n. 76, jul/dez.2007.

MOLINA, André Araújo. *Teoria dos Princípios Trabalhistas: A Inserção do Direito do Trabalho no Modelo Metodológico Pós-Positivista*, Dissertação de mestrado, PUC-SP, 2010

MOTTA, Moacyr Parra. *Interpretação Constitucional Sob Princípios*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

- OLEA, Manuel Alonso. *Derecho del Trabajo*. Madrid: Civitas Ediciones, 2006, 25ª Ed.
- PEÑA, Guilherme. *Direito Constitucional. Teoria da Constituição*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.
- PINTO, José Augusto Rodrigues. *Curso de Direito Individual do Trabalho*. São Paulo: Editora LTR, 2003, 5ª edição.
- RAMALHO, Maria do Rosário Palma. *Da autonomia dogmática do Direito do Trabalho*. Coimbra: Livraria Almedina, 2000.
- RIBEIRO, Pedro. *O Dilema entre Segurança e Liberdade*, 2002.
- RIFKIN, Jeremy. *O Fim dos Empregos. O contínuo crescimento do desemprego em todo o mundo*. São Paulo: M. Books Editora Ltda, 2004.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *Direitos Fundamentais e Direito Privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais*. In: ____ (Org.). *A Constituição Concretizada. Construindo Pontes com o Público e o Privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.
- SARLET Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 4.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.
- SARLET Ingo Wolfgang, MELLO FILHO, Luiz Phillipe Vieira, FRAZÃO, Ana de Oliveria (coordenadores), *Diálogos Entre o Direito do Trabalho e o Direito Constitucional: estudos em homenagem a Rosa Maria Weber*, Ed. Saraiva, São Paulo, 2014, Artigo *A Ordem Econômica Constitucional e os Contornos da Proteção do Trabalhador*, FRAZÃO, Ana de Oliveria.
- SARMENTO, Daniel. *A Ponderação de Interesses na Constituição Federal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.
- SCHIAVI, Mauro. *Manual de Direito Processual do Trabalho*. São Paulo: Editora LTR, 2015, 8ª ed,

SCHIER, Paulo Ricardo. *Filtragem Constitucional. Construindo uma Nova Dogmática Jurídica*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999.

SENNETT, Richard. *A corrosão do caráter. Consequências pessoais do trabalho no novo capitalismo*. São Paulo: Editora Record, 1999.

Sítios da internet

<http://nomadesdigitais.com/comece-por-aqui#> (acessado em 15.07.2015)

<http://oglobo.globo.com/opiniaou/uma-necessidade-12443331> (acessado em 15.07.2015)

<http://www.cocacola.com.br/> (acessado em 21.02.2015).

<http://www.revistamercado.com.br/destaques/a-forca-que-vem-debaixo/>, acessada em 22.02.2015.

<http://www.anamatra.org.br/index.php/noticias/anamatra-manifesta-se-contramediacao-e-arbitragem-em-relacoes-trabalhistas> (acessada em 28.06.2015)

http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/---ilo-brasil/documents/publication/wcms_360793.pdf (acessado em 29/06/2015)

<http://www.portaldoempreendedor.gov.br/estatistica/lista-dos-relatorios-estatisticos-do-mei> (acessado em 29/06/2015)

<http://www.ebooksbrasil.org/adobeebook/direitopreguica.pdf> (acessado em 29/06/2015)

<http://epocanegocios.globo.com/Inspiracao/Empresa/noticia/2012/08/brincadeira-de-gente-grande.html> (acessado em 14.07.2015).

<http://www.valor.com.br/internacional/3098342/desabamento-mata-mais-de-100-em-bangladesh> (acessado em 14.07.2015)

<http://reporterbrasil.org.br/2011/08/roupas-da-zara-sao-fabricadas-com-mao-de-obra-escrava/> (acessado em 14.07.2015)

<http://exame.abril.com.br/negocios/noticias/zara-brasil-e-responsabilizada-por-trabalho-escravo> (acessado em 14.07.2015).

<http://dossiers.publico.pt/shownews.asp?id=176936&idCanal=981>>. Acesso em: 27 fev. 2005.