

## SUBORDINAÇÃO ESTRUTURAL, TERCEIRIZAÇÃO E RESPONSABILIDADE NO DIREITO DO TRABALHO

Rinaldo Guedes Rapassi<sup>1</sup>

O celebrado Ministro MAURÍCIO GODINHO DELGADO<sup>2</sup>, com vistas à efetividade do Direito do Trabalho, bem como à ampliação de sua base de incidência, propõe uma nova e interessante abordagem teórica do conceito de **subordinação jurídica**<sup>3</sup>, indispensável à configuração da relação de emprego e, pois, de fundamental interesse para o Direito do Trabalho. Antes desse enfoque, porém, convém recordar a definição clássica desse elemento fático-jurídico e o contexto histórico em que se formou.

A subordinação jurídica pode ser descrita como a situação em que o empregado tem limitada a sua autonomia de vontade por força do contrato de emprego, transferindo ao empregador o poder de direção sobre a atividade a desempenhar<sup>4</sup>. Expressa-se pela intensidade de ordens fundada no poder diretivo, de um lado, e pela dependência hierárquica quanto ao modo de prestar serviço, de outro.

Essa conformação foi construída no contexto do início do século XX, da produção **taylorista**<sup>5</sup>, aperfeiçoada por HENRY FORD (como com a introdução da esteira de montagem, passando a melhor dominar o tempo de execução das tarefas), fortemente hierarquizada e segmentada no âmbito de uma mesma empresa.

Sucedeu que, no início dos anos 1970, intensificou-se a crise do **fordismo**, que já nascera em decorrência: a) do desenvolvimento da organização sindical e da legislação trabalhista (gerando crise de oferta), e b) da internacionalização crescente da atividade econômica (globalização), inclusive do monetarismo (gerando crise de demanda).

Em razão dessas dificuldades de acumulação de capital e furo de estratégias neoliberais, criou-se um novo paradigma econômico, intensivo em capital, tecnologia (com ênfase na microeletrônica e nas telecomunicações), informações e conhecimento, caracterizador da *terceira revolução industrial*. Permitiu-se, assim, o aparecimento do **sistema toyotista**, pensado por TAIICHI OHNO<sup>6</sup> (por isso também conhecido como **sistema ohnista**), que implementou novas técnicas de administração, principalmente o “*downsizing*”: o salário individualizado (por produtividade), a diminuição com controle do estoque (“*kan-ban*”) e a produção em tempo real (“*just-in-time*”); com isso, eliminou-se o excesso de equipamentos, a área útil empenhada nas atividades e o número de empregados necessários para a mesma produção, mantendo-se apenas os trabalhadores

1 Rinaldo Guedes Rapassi é assessor de juiz no Eg. TRT da 10ª Região, ex-assessor de ministro no Eg. TST e advogado licenciado. Autor do livro *Direito de greve de servidores públicos*. São Paulo: LTr, 2005. Aprovado no concurso público (iniciado em 2006) para juiz do trabalho substituto do Eg. TRT da 5ª Região.

2 DELGADO, Maurício Godinho. *Direitos fundamentais na relação de trabalho*. São Paulo: Revista LTr, vol. 70, nº 6, junho/2006, p. 657-667.

3 Além da **subordinação jurídica** ao tomador dos serviços, a existência de relação de emprego é aferida da constatação dos demais elementos fático-jurídicos formais, sob os quais se assenta. Vale dizer que, para existir uma relação de emprego, é necessário existir trabalho prestado por **pessoa física**, que labore de modo **pessoal e não-eventual**, com **onerosidade** e **alteridade**, ou seja, por conta alheia (uma vez que o risco inerente à atividade empresarial é do empregador).

4 Vide, a respeito: DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 7ª ed. São Paulo: LTr, 2008, p. 302. E, ainda: NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Iniciação ao direito do trabalho*, 14ª ed. São Paulo: LTr, 1989, p. 103.

5 O engenheiro estadunidense FREDERICK WINSLOW TAYLOR (1856-1915) desenvolveu modelo de administração baseado em princípios científicos cartesianos (*simplicificação, especialização, planejamento, treinamento, controle e execução*), formando inclusive os contornos mais claros do que hoje identificamos com o conceito de poder diretivo do empregador.

6 TAIICHI OHNO (29/02/1912 a 28/05/1990) é considerado o maior responsável pela criação do *Sistema Toyota de Produção*. Nascido em Dairen, na China, formou-se em Engenharia Mecânica na Escola Técnica de Nagoya e entrou para a *Toyota Spinning and Weaving* em 1932 (a atividade têxtil era o principal ramo da família Toyota). Em 1943, foi transferido para a *Toyota Motor Company*; em 1954 tornou-se diretor; em 1964, diretor gerente; em 1970, diretor gerente sênior; e vice-presidente-executivo em 1975 (DALLA COSTA, Ricardo. *Modelos produtivos industriais com ênfase no fordismo e toyotismo: o caso das montadoras paranaenses*. *in Revista Eletrônica da FEATI - Faculdade de Educação, Administração e Tecnologia de Ibiti*. Disponível em: <<http://www.feati.com.br/revista/>>. Acesso em 25/03/2008; e, ainda, <[http://pt.wikipedia.org/wiki/Taiichi\\_ohno](http://pt.wikipedia.org/wiki/Taiichi_ohno)>. Acesso em 25/03/2008).

multifuncionais, qualificados e adaptáveis às mudanças. Outro aspecto desse sistema é o “*outsourcing*”, que aposta nas deslocalizações de unidades produtivas, de país em país, em busca de força de trabalho mais barata possível, e, geralmente, com maiores debilidades organizativas ao nível sindical e sem grande passado de luta reivindicativa (“*dumping*” social). Por fim, a **terceirização** (mais conhecida no exterior como **subcontratação** ou **externalização**), que é definida pela atribuição de serviços e produção de bens a pequenas e médias empresas, situadas na periferia da economia capitalista internacional, em lugar da utilização de fábricas próprias das transnacionais.

A nova corrente, preocupando-se (louvadamente, portanto) com esse moderno sistema de gestão refratário ao direito trabalhista original, desatualizado, cogita de uma **concepção estruturalista da subordinação**, com o objetivo de incluir no conceito de empregado todo o trabalhador inserido na “*dinâmica do tomador de seus serviços*”, vale dizer, no âmbito de repercussão das decisões da empresa principal, ainda que apenas para ‘colaborar’ indiretamente (mas de forma dependente e habitual). Visa a integrar aqueles que passaram a estar desprotegidos no também denominado *sistema de acumulação flexível*.

Inegavelmente, a nova corrente supera as dificuldades de enquadramento de situações fáticas que a visão clássica não alcança – daí o seu merecido destaque. Por outro lado, por ora não parece estar suficientemente desenvolvida a ponto de explicitar solução quanto a outros aspectos, reflexos.

Realmente, ao tornar dispensável o caráter direto da ordem do empregador, que passa a ser visto como comandante da produção como um todo e contratualmente vinculado a todos aqueles estruturalmente subordinados, transbordando a pessoa jurídica formal, afasta-se do entendimento até então pacificado na jurisprudência acerca da **terceirização lícita**, consubstanciado na Súmula nº 331, III, do TST, segundo o qual não se forma vínculo de emprego direto com o tomador de serviços em atividade-meio nem em caso de trabalho temporário (hipótese de intermediação de mão-de-obra em atividade-fim – Lei nº 6.019/74 e Súmula nº 331, I, do TST).

A dispensa da **subordinação direta** e da **licitude** da terceirização, nessa caracterização da subordinação estrutural, traz, por consequência, na solução de causas submetidas à Justiça do Trabalho (“*leading case*” do TRT da 3ª Região: processo nº RO-00059-2007-011-03-00-0, Rel. Juiz Convocado JOSÉ EDUARDO DE RESENDE CHAVES JÚNIOR<sup>7</sup>), novas situações ainda não inteiramente resolvidas pela mais vanguardista doutrina, como ilustrativamente se pode listar: i) a não-

7 “TERCEIRIZAÇÃO E SUBORDINAÇÃO ESTRUTURAL - No exercício da função de instalador/emendador de cabos telefônicos, o autor exercia função perfeita e essencialmente inserida nas atividades empresariais da companhia telefônica (TELEMAR). E uma vez inserido nesse contexto essencial da atividade produtiva da empresa pós-industrial e flexível, não há mais necessidade de ordem direta do empregador, que passa a ordenar apenas a produção. Nesse ambiente pós-grande indústria, cabe ao trabalhador ali inserido habitualmente apenas “colaborar”. A nova organização do trabalho, pelo sistema da acumulação flexível, imprime uma espécie de cooperação competitiva entre os trabalhadores que prescinde do sistema de hierarquia clássica. Em certa medida, desloca-se a concorrência do campo do capital, para introjetá-la no seio da esfera do trabalho, pois a própria equipe de trabalhadores se encarrega de cobrar, uns dos outros, o aumento da produtividade do grupo; processa-se uma espécie de sub-rogação horizontal do comando empregatício. A subordinação jurídica tradicional foi desenhada para a realidade da produção fordista e taylorista, fortemente hierarquizada e segmentada. Nela prevalecia o binômio ordem-subordinação. Já no sistema ohnista, de gestão flexível, prevalece o binômio colaboração-dependência, mais compatível com uma concepção estruturalista da subordinação. Nessa ordem de idéias, é irrelevante a discussão acerca da ilicitude ou não da terceirização, como também a respeito do disposto no art. 94, II da Lei 9.472/97, pois no contexto fático em que se examina o presente caso, resume da prova a subordinação do reclamante-trabalhador ao empreendimento de telecomunicação, empreendimento esse que tem como beneficiário final do excedente do trabalho humano a companhia telefônica. Vale lembrar que na feliz e contemporânea conceituação da CLT - artigo 2º, caput - o empregador típico é a empresa e não um ente determinado dotado de personalidade jurídica. A relação de emprego exsurge da realidade econômica da empresa e do empreendimento, mas se aperfeiçoa em função da entidade final beneficiária das atividades empresariais.” (DJ 03/08/2007). Dado provimento aos embargos de declaração para sanar contradição, ementando-se: “...O v. acórdão embargado concluiu assim, que a existência de empresa interposta não obsta a configuração da subordinação estrutural em relação à TELEMAR, e reconheceu, ao final, como de emprego, a relação jurídica de prestação de serviço que existiu entre o reclamante e a segunda reclamada - assegurando ao reclamante, pelas razões também já exaustivamente expostas no subitem 2.1 (fl. 571, parte final), os direitos assegurados pelos instrumentos coletivos aplicáveis aos empregados da TELEMAR (previstos nos instrumentos normativos firmados pela SINTTEL). Nesse sentido, é de dar provimento aos embargos, a fim de esclarecer que o acórdão não considerou ilícita a terceirização, senão concluiu pela subordinação estrutural do autor à TELEMAR. Dessa forma, fica sanada a contradição na parte dos fundamentos que fez breve referência a suposta ilicitude da terceirização.” (DJ 22/08/2007)

caracterização de **litisconsórcio passivo necessário** em relação à empresa interposta (com a qual ordinariamente se examina o pedido de declaração de nulidade do vínculo para, somente em seguida, declarar o vínculo com a tomadora), com conseqüente coexistência de dois vínculos de emprego simultâneos relativos ao mesmo desforço obreiro; ii) a viabilidade de **equiparação salarial** irrestrita no emprego privado (tanto em relação à empresa interposta quanto, alternativamente, à escolha do empregado, com a tomadora – dependendo do pedido); iii) incerteza quanto ao **enquadramento sindical**; iv) a antinomia de **normas regulamentares** (novamente entre aquelas da empresa interposta e as da tomadora); v) a duplicidade de obrigação ao recolhimento da **contribuição previdenciária**, e direito a **benefícios**, diversificados (variando em razão da atividade de uma e de outra empregadora).

Por outro prisma, colateral, em homenagem à coerência, quanto à terceirização **lícita** pela **administração pública**<sup>8</sup>, a aplicação dessa tese resultaria na drástica redução dos direitos sociais sedimentados na Constituição da República, na CLT e na legislação complementar, para míngua do salário mínimo proporcional às horas trabalhadas e depósitos do FGTS (Súmula nº 363/TST e Lei 8.036/90, art. 19-A).

Em que pese a busca pelo aprofundamento dessa reflexão, é au spicioso constatar a manifestação doutrinária e jurisprudencial de nova ordem de reação, no Direito do Trabalho, aos fenômenos econômicos que estão a causar, invariavelmente, maior debilidade nas condições de trabalho, o que nos encoraja e convoca a também contribuir.

Da mesma maneira como o *fordismo* e o *toyotismo* no século passado, estamos vivenciando hoje quebra de paradigmas, com criatividade e rapidez inimagináveis, dada a influência da tecnologia digital nas relações socioeconômicas.

Ilustrativamente, uma dessas importantes mudanças é o fenômeno chamado de *wiki-economia*<sup>9</sup>, *economia wiki* ou *economia de colaboração em massa*, baseada no trabalho coletivo independente e disseminado pela “Internet”<sup>10</sup>, visando a atingir um mesmo objetivo, sobretudo no desenvolvimento de produtos e serviços.

A PROCTER & GAMBLE, por exemplo, busca 50% de suas idéias inovadoras fora dos muros da empresa – e além dos limites da “intranet” –, mediante um centro virtual que criou<sup>11</sup>, em que pede e recebe a ajuda de pesquisadores, estudantes e químicos aposentados. É a forma que escolheu para acompanhar de perto o ritmo das inovações, contratando especialistas de pesquisa e desenvolvimento (*P&D*), **sem que constem da folha de salários**. Conseguiu reunir uma comunidade de 90 mil cientistas em todo o mundo. Caso a ajuda enviada seja útil, a empresa remunera o respectivo autor, encontrando soluções antes inacessíveis, e distribuindo milhões de dólares em pagamento ao autônomo trabalho por resultado<sup>12 13</sup>.

Evidenciado, portanto, o forte papel da **colaboração** entre empresas e entre empresas e pessoas naturais, inclusive de forma global, talvez a melhor solução jurídica para os problemas de

8 A administração pública, no Brasil, já tem precarizado incontáveis relações de emprego não precedidas de aprovação em concurso público, pela prática de terceirização **ilícita**, de maneira corriqueira, considerável e, infelizmente, impune porque as ações de improbidade não têm se mostrado eficazes contra o agente público supostamente responsável. Constitui-se, por isso, em outro fator de grave preocupação, por também atentar contra o trabalho cumprido e remunerado no *patamar mínimo existencial*.

9 “Wiki” é um “software” ou página da internet que permite a produção entre pares, compartilhamento e interação em âmbito global. Daí “wikinomics”, um neologismo utilizado pela primeira vez por DON TAPSCOTT e ANTHONY WILLIAMS, autores do livro *Wikinomics: como a colaboração em massa pode mudar o seu negócio* (São Paulo: Nova Fronteira, 2007). Um dos maiores exemplos da *economia wiki* é o *Linux*, que não tem um proprietário, mas se tornou fundamental para os produtos e serviços comercializados por empresas como IBM, Motorola, Nokia, Philips, Sony e várias outras. Suscita considerável aquecimento nos debates jurídicos acerca da aplicação das regras de **propriedade intelectual** aos programas de código aberto (ou “open source initiative”- *OSI*), o que teoricamente estimularia o desenvolvimento de novas tecnologias. Contudo, hoje, algumas empresas nem perdem tempo e dinheiro em patentear inventos, tão rápida é a evolução tecnológica. Veja outras informações: <<http://www.wikinomics.com/>>.

10 por cuidar-se de tecnologia barata e fácil de usar (como a *Wikipédia*, o *Orkut* e o *YouTube*).

11 Página de colaboração da empresa: <<https://secure3.verticali.net/pg-connection-portal/ctx/noauth/PortalHome.do>>.

12 Fontes: <<http://www.novafrenteira.com.br/wikinomics/>>, acesso em 25/03/2008; e VIEIRA, Eduardo. *Aprenda com a Wikipédia*. *in* Revista Época, Edição nº 457, 05/03/2007. São Paulo: Editora Globo S.A. <<http://revistaepoca.globo.com/Revista/Epoca/0,,EDG76410-6012,00.html>>, acesso em 25/03/2008.

13 Veja também: <[http://www.ibm.com/br/businesscenter/articles\\_etips/wikinomics.phtml](http://www.ibm.com/br/businesscenter/articles_etips/wikinomics.phtml)>.

**responsabilidade trabalhista** seja, nessa linha, o incremento da regulação legal de sua aplicação de forma **subsidiária** ou **solidária**<sup>14</sup>.

Note-se que, já em 1990, atendendo à antevisão do legislador constitucional (*vide* arts. 5º, XXXII, da CR e 48 do A DCT) o Direito do Consumidor pátrio tomou a liderança qualitativa no cenário mundial (pioneiro na codificação da matéria - Lei nº 8.078) em face de inúmeros problemas gerados pela economia globalizada (que afetam também o Direito do Trabalho), em grande parte graças à obra competente de ADA PELLEGRINI GRINOVER (Coordenadora da Comissão que elaborou o anteprojeto do CDC, pelo Ministério da Justiça - DOU de 04/01/1989), JOSÉ GERALDO BRITO FILOMENO (Coordenador), DANIEL ROBERTO FINK, KAZUO WATANABE e ZELMO DENARI, bem assim de ANTÔNIO HERMAN DE VASCONCELLOS E BENJAMIN, ELIANA CACERES, MARCELO SODRÉ, MARIÂNGELA SARRUBBO, NELSON NERY JÚNIOR e RÉGIS RODRIGUES BONVICINO<sup>15</sup>.

Em sua ótica científica, de proteção ao consumidor, lega bom exemplo das vantagens de detalhadamente legislar, impondo a **solidariedade** nos casos de má-qualidade no fornecimento de *serviços* (art. 20 do CDC), **inclusive quanto ao preposto**, seja ele **pessoa física** (incluindo representantes autônomos) ou **jurídica** (art. 34 do CDC). Mais claramente se nota a vantagem dessa sistemática diante das normas que pretendem alcançar toda a rede ou cadeia de empresas integrantes do ciclo de *produção e distribuição de mercadorias*, vale dizer, todos aqueles que desenvolvem as atividades descritas no art. 3º (*vide* arts. 12 e 25, §§). É um diploma riquíssimo em concertar, em um microsistema, normas de processo coletivo (art. 81), responsabilidade objetiva (art. 12, *caput*), responsabilidade solidária e subsidiária (art. 28, § 2º) e inversão do ônus da prova (art. 6º, VIII), sem se valer da desconsideração da personalidade jurídica empresarial, senão de forma supletiva (art. 28, *caput*).

Observe-se que, no âmbito do Direito do Trabalho, a modernização na matéria tem cabido, apenas, à jurisprudência e à doutrina em torno dos polivalentes arts. 2º e 3º, 8º e 9º da CLT. Ilustrativamente, observe-se que, para o reconhecimento do que se convencionou denominar **grupo econômico** e para a subsequente aplicação da responsabilidade solidária pelos débitos trabalhistas, a jurisprudência inclina-se no sentido de não ser necessário que entre as empresas haja controle de uma empresa-mãe (a chamada “*holding*”), bastando que se perceba uma **relação de coordenação** entre as empresas do grupo, ainda que sendo autônomas e não exista subordinação entre elas, haja vista que a finalidade do instituto é a garantia de solvabilidade dos créditos trabalhistas. Na esteira desse raciocínio, se pelas provas reunidas no processo trabalhista exsurgir claramente uma relação de coordenação entre as reclamadas, é possível declarar-se a existência de grupo econômico e deferir-se a responsabilidade solidária, no caso concreto, como forma de melhor atender ao princípio da proteção ao hipossuficiente econômico. Nesse contexto, abandona-se aqui a tese de que haveria um empregador único formado por todo o grupo (desconsiderando, assim, a personalidade jurídica da empresa, com diversas conseqüências indesejáveis, como, por exemplo, a do enquadramento sindical do empregado) e, pois, o de solidariedade ativa. A melhor inteligência da Súmula nº 129/TST, pois, para nós, é a de que há um só contrato: o formal; em que pese haver responsabilidade solidária passiva.

A República Federativa do Brasil tem como um de seus fundamentos o direito à propriedade dos bens e meios de produção (arts. 1º, IV, e 170, *caput*, II e III, da Constituição), o que revela que fez opção pelo **sistema capitalista** – temperado e equilibrado, por outro lado, pela primazia dos princípios da *dignidade da pessoa humana* e dos *valores sociais do trabalho*, que têm posição precedente, de destaque (art. 1º, III e IV, primeira parte, e 170, *caput*, primeira parte, da Constituição), bem como a limitação ao direito de propriedade, pelo critério de atendimento à sua *função social* (art. 170, III, da Constituição).

14 A solidariedade não se presume: decorre da lei ou da vontade das partes (art. 265 do Código Civil).

15 Os nomes foram sugeridos ao Ministro PAULO BROSSARD pelo então Presidente do Conselho de Defesa do Consumidor da mesma pasta, FLÁVIO FLORES DA CUNHA BIERRENBACH (Deputado Federal de 1983 a 1987 por São Paulo e atualmente Ministro do Eg. Superior Tribunal Militar).

Diante disso, e do sobreprincípio da **segurança jurídica** (art. 5º, *caput*, CR), é que se conclui pela preferência por métodos que se valem da **responsabilização solidária ou subsidiária** das pessoas físicas e jurídicas envolvidas no processo de produção por colaboração, deixando a despersonalização jurídica para uma etapa secundária.

Nesse passo, a garantia de implantação desse sistema depende da eficiência de desempenho do papel interventivo do Estado, que atua por meio dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário. No modelo trabalhista brasileiro de intervenção na economia, a **legislação sistematizada** (ou mesmo a **codificação**) poderia adicionar coerência, homogeneidade e clareza de que a autonomia científica se resente, como considerável aliado para facilitar o exercício da interpretação das normas, seja por seus destinatários finais, seja pelos aplicadores estatais.

Nesse meio de tempo, o Poder Judiciário não se furta à aplicação dos princípios fundamentais diretamente às causas submetidas à sua apreciação e julgamento, de modo a acompanhar as rápidas transformações socioeconômicas.