

TEORIA GERAL DA RESPONSABILIDADE “CIVIL” E OBRIGAÇÕES CONTRATUAIS DO EMPREGADOR PERANTE O NOVO CÓDIGO CIVIL(*)

JORGE PINHEIRO CASTELO (**)

I. TEORIA CONTRATUAL PRÉ-LIBERAL

1. Contratos pré-liberais

Anteriormente à criação do crédito proposto pela economia capitalista, o contrato não se desenvolveu na forma liberal.

Os contratos antigos eram uma troca entre presentes e por coisas presentes. A sociedade era uma soma de patrimônios, não um sistema de financiamento de grandes empresas, como passou a ser com a consolidação da sociedade sob o regime capitalista.⁽¹⁾

A teoria geral dos contratos pré-liberais admitia que eles poderiam ser anulados, rescindidos e objeto de responsabilização na presença de vícios objetivos, tais como, diante de um motivo justo ou razoável, em face do instituto da lesão ou do estado de perigo, ou mesmo pela desproporção das obrigações.⁽²⁾

“No regime pré-liberal, por condições adversas, ou por ter mudado de idéia poderia arrepender-se do negócio e não concluí-lo, ou desfazê-lo, ou alegar algum motivo justo e razoável.”⁽³⁾

Em síntese, na teoria geral dos contratos pré-liberais o que, fundamentalmente, interessava era a consequência ou o resultado final da ação: se a mesma gerava, ou não, situação de injustiça, iniquidade, desproporção das obrigações, lesão, abuso ou uma situ-

(*) Palestra proferida no Ciclo de Palestras sobre o Novo Código Civil, realizado no Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região, promovido pela EMATRA XV — Escola da Magistratura da Justiça do Trabalho da 15ª Região, AMATRA XV — Associação dos Magistrados da Justiça do Trabalho da 15ª Região, Associação dos Advogados Trabalhistas de São Paulo — AAT-SP e Associação dos Advogados Trabalhistas de Campinas — AATC, em 24.04.2003.

(**) Advogado, especialista (pós-graduação), mestre, doutor e livre docente pela Faculdade de Direito da Universidade São Paulo. É o autor dos livros: “O Direito Processual do Trabalho na Moderna Teoria Geral do Processo”; “Tutela Antecipada na Teoria Geral do Processo”, “Tutela Antecipada no Processo do Trabalho” e “O Direito Material e Processual do Trabalho e a Pós Modernidade: A CLT e o CDC e repercussões do novo CC, os três primeiros já publicados e o último no prelo, todos pela Editora LTr.

(1) Lopes, José Reinaldo de Lima, *O direito na história*, São Paulo, Max Limonad, 2000, p. 396-397.

(2) “Havia dois pressupostos na teoria contratual do século XII ao século XVII: a) que os contratos eram tipos definidos com finalidades específicas...b) que o fundamento último dos contratos era realizar a justiça entre as partes, ou realizar a liberalidade, isto é trocar igualmente entre iguais...Ao trocar de forma justa as partes dão-se reciprocamente o que é de cada um (pois a justiça consiste em dar a cada um o que é seu).”

(3) Lopes, J. R. de Lima, *op. cit.*, p. 397.

ação antiética.

Vale dizer, no regime jurídico pré-liberal, a lesão corresponde a um vício objetivo, que independia da vontade (erro, dolo, coação). Por isso, o contrato poderia ser rescindido quando extremamente gravoso.⁽⁴⁾

Assim, antes do aparecimento dos mecanismos do crédito próprios da economia de mercado e da economia financeira propulsores do capitalismo, a operatividade contratual não ocorria na forma imposta pelo modelo liberal.

Até então, era permitida e usual a interferência no julgamento das cláusulas contratuais sob o prisma da justiça, da ética e da razoabilidade dos gravames e da proporcionalidade dos ônus impostos.

Tal situação, contudo, passou a ser inaceitável para a teoria contratual liberal visto que o desenvolvimento da economia capitalista, ao lidar com o crédito e com o financiamento de coisas e pagamentos futuros, exigia certeza e segurança jurídica.

Realmente, o crédito é uma promessa de coisas futuras. Com o objetivo de garantir a segurança, foi preciso a teoria geral dos contratos no período liberal retirar do crédito uma série de variáveis antes aceitas, normalmente, na teoria dos contratos. Por exemplo, torna-se necessário que a promessa não possa ser desfeita.⁽⁵⁾

O contrato na passagem do período liberal para o liberalismo aos poucos deixa de ser um tipo para transformar-se numa promessa exigível com a coação organizada do Estado.⁽⁶⁾

“Um exemplo característico de mudança está no desaparecimento do instituto da lesão, mencionado antes: lesão era vício objetivo, que independia da vontade (erro, dolo, coação). O contrato poderia ser rescindido quando extremamente gravoso.”⁽⁷⁾

II. TEORIA CONTRATUAL LIBERAL E A MODERNIDADE

1. Contratos liberais e a era moderna

A teoria contratual liberal, oriunda do liberalismo triunfante e consolidado no século

(4) Por exemplo, nas Ordenações Filipinas, Livro IV, Título 13, já se previa a rescisão ou nulidade do contrato por conta da lesão enorme ou enormíssima (*Apud* Lopes, J. R. de Lima, *idem*, p. 394/395)

(5) Lopes, J. R. de Lima, *ibidem*, p. 397.

(6) Lopes, J. R. de Lima, *idem ibidem*, 396-397.

(7) Lopes, J. R. de Lima, *op. cit.*, 398.

XIX, significou o triunfo do paradigma de pensamento da Era Moderna, do Iluminismo e do Racionalismo.

Filosófica, econômica e juridicamente a teoria contratual liberal representou a libertação do mercado das peias do Absolutismo Feudal. E, a libertação de todas as variantes de incerteza existentes no direito pré-liberal de maneira que permitisse ao Mercado se auto-regular.

“A sociedade civil e, acima de tudo, as relações de mercado eram concebidas como auto-reguladas, e era ao Estado que cabia garantir essa autonomia.”⁽⁸⁾

Nessa época, o direito privado passou a ocupar o lugar do foco privilegiado do cientificismo e do positivismo jurídico. Isso porque estava desvinculado de qualquer conteúdo político ou social. A imposição jurídica e a garantia estatal da executividade dos acordos e negócios do direito privado permitiram, ainda, libertar as relações sociais dos vínculos e hierarquias do antigo regime. O seu objetivo era o de assegurar o desenvolvimento de um mercado competitivo, capaz de se auto-sustentar e equilibrar, através das liberdades negativas, enquadramentos jurídicos apropriados, mas supletivos, e mecanismos que garantissem o cumprimento dos contratos.⁽⁹⁾

O voluntarismo imposto pelo direito privado liberal e capitalista praticamente pôs fim ao tema da justiça, da ética e das conseqüências ou do resultado final na abordagem dos contratos. Um contrato, desde que aceito livremente (dentro dos quadrantes da liberdade formal liberal), seria válido independentemente da discussão sobre a justiça do seu conteúdo.⁽¹⁰⁾

A matéria pertinente à justiça e à ética saiu do plano jurídico e passou a ser objeto de conhecimento de filósofos, não de juristas ou operadores do direito. Essa perspectiva do direito foi imposta pelo paradigma de pensamento da economia capitalista.

Por isso, não cabia à lei e nem aos juízes se imiscuir nos termos dos contratos para restabelecer o equilíbrio das obrigações entre as partes, aferir a justiça ou o abuso e a desproporção das condições pactuadas, mas apenas para garantir a sua executoriedade, tal como formalmente pactuado.

“A ideologia jurídica é ao mesmo tempo fundada na autonomia da vontade (a simples vontade livre das pessoas — natural ou jurídica — é fonte de obrigações) e na objetivação

(8) Santos, Boaventura de Souza, *A Crítica da Razão Indolente*, São Paulo, Cortez, 2000, p. 146.

(9) Santos, Boaventura de Souza, *op. cit.*, p. 146.

(10) Lopes, J. R. de Lima, *op. cit.*, pp. 396-397.

das obrigações: uma vez declarada (objetivamente num título de crédito), a vontade obriga e torna-se executável.”⁽¹¹⁾

Ao legislador não caberia mais a tarefa da distribuição de justiça, senão de mero organizador, pacificador (paz ainda que sem justiça) e garantidor da ordem e da execução dos contratos. Por isso, um contrato seria válido independentemente da discussão sobre a justiça do seu conteúdo. Tal proposta era básica para o funcionamento e triunfo na vida material do modelo de economia capitalista.⁽¹²⁾

“Procedendo desta maneira, sob um discurso legalista no fundo estão legitimando o voluntarismo, que tende, naturalmente, a ser, numa sociedade capitalista, o voluntarismo do capital.”⁽¹³⁾

O resultado da ação não conta mais, é a intenção e a subjetividade que passa a ter significado jurídico.

2. A teoria contratual liberal e o paradigma de pensamento da modernidade

A economia capitalista exigia para completar seu amplo e completo projeto de livre desenvolvimento, a segurança jurídica.⁽¹⁴⁾

“Os tribunais e o legislador já não poderiam propriamente regular os termos dos contratos quanto à sua justiça (*fairness*), mas apenas dar-lhes executoriedade.”⁽¹⁵⁾

A partir da consolidação do paradigma de pensamento da modernidade liberal, para garantir a segurança jurídica dos negócios, instituiu-se o dogma da autonomia da vontade, como elemento criador das relações contratuais. Consolida-se o postulado que só a vontade livre e consciente, manifestada sem influências externas coatoras, deverá ser considerada pelo direito. Nessa perspectiva, reside à base da teoria dos vícios subjetivos do consentimento.⁽¹⁶⁾

Assim, a nulidade ou anulabilidade do contratado só ocorrerá pela comprovação do vício subjetivo do consentimento.

(11) Lopes, J. R. de Lima, *op. cit.*, 398.

(12) Lopes, J. R. de Lima, *op. cit.*, pp. 396-397.

(13) Lopes, José R. de Lima, *op. cit.*, p. 227-228.

(14) Canotilho, J. J. Gomes, *Direito constitucional*, Coimbra, Almedina, 1991, p. 261.

(15) Lopes, J. R. de Lima, *op. cit.*, p. 397.

(16) Marques, Cláudia Lima, *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 47.

“O dogma da autonomia da vontade (...) obriga de tal maneira que mesmo sendo o conteúdo do contrato injusto ou abusivo, não poderá ele, na visão tradicional, recorrer ao direito.”⁽¹⁷⁾

Toda a construção constitucional liberal tem em vista a certeza do direito. O laço que liga ou vincula as leis gerais às funções estatais protege o sistema da liberdade codificada do direito privado no interesse da burguesia e da economia de mercado.⁽¹⁸⁾

“O direito separou-se dos princípios éticos e tornou-se instrumento dócil da construção institucional e da regulação do mercado; a boa ordem transformou-se na ordem *tout court*.”⁽¹⁹⁾

O surgimento do positivismo na epistemologia moderna e do positivismo jurídico no direito e na dogmática jurídica representa a consolidação de construções ideológicas propostas para reduzir o progresso societal a forma do mero desenvolvimento capitalista, bem como “imunizar” e impedir a contaminação da racionalidade de qualquer irracionalidade não capitalista que pudesse ter tradição, na religião, na metafísica, na ética, nas utopias ou ideais emancipatórios.⁽²⁰⁾

“Da codificação começa a história do positivismo jurídico verdadeira e propriamente dito.”⁽²¹⁾

“A teoria contratual sofre o seu polimento final, nesta linha individualista, no século XIX. Junto com o liberalismo do Código Civil francês e da Pandectística alemã, triunfa na tradição romano-germânica. Simultaneamente, triunfa na tradição anglo-americana.”⁽²²⁾

Assim, a sociedade burguesa e capitalista do paradigma de pensamento da Modernidade que se consolidava no poder necessitava da segurança jurídica e da defesa intransigente da propriedade privada para realizar o desenvolvimento do projeto capitalista fundado no crédito para financiamento de empresas, de coisas e de pagamentos futuros.

Era preciso, nesse paradigma de pensamento, que o “futuro fosse como se prometeu”.

Por isso, era essencial se retirar da teoria dos contratos as variáveis anteriormente

(17) Marques, Cláudia Lima, *op. cit.*, p. 48.

(18) Canotilho, J. J. Gomes, *op. cit.*, p. 261.

(19) Santos, Boaventura de S., *op. cit.*, p. 140.

(20) Santos, Boaventura de S., *op. cit.*, p. 141.

(21) Bobbio, Norberto, *Lições de Filosofia do Direito: O positivismo jurídico*, São Paulo, Ícone, 1995, p. 28.

(22) Lopes, J. R. de Lima, *op. cit.*, p. 398.

aceitas — os vícios objetivos relacionados ao resultado concreto da ação.

Esse paradigma de pensamento iluminista, racionalista e positivista da Era Moderna estava calcado na defesa da propriedade privada individualista e na segurança jurídica e não na realização de justiça. Por isso, constituiu um direito pacificador e criador da ordem “*tout court*” (‘ordem e progresso’) necessários ao desenvolvimento do capitalismo.

III. OS TRÊS DOGMAS FUNDAMENTAIS DO LIBERALISMO, DO DIREITO LIBERAL E DO PARADIGMA DE PENSAMENTO DA MODERNIDADE

1. Os dogmas do liberalismo e da modernidade

Com a consolidação do Estado Liberal Burguês e da hegemonia do capitalismo, a partir de meados do século XIX, foram impostos três instrumentos e princípios jurídicos capazes de dar segurança e certeza ao empreendimento capitalista, quais sejam:

- a) o dogma da autonomia da vontade
- b) da propriedade individualista, exclusivista e ilimitada,
- c) da sociedade mercantil com personalidade jurídica que trazia o privilégio da responsabilidade limitada dos sócios.⁽²³⁾

Tendo presente que tais conceitos e estruturas são, apenas, criações jurídicas instituídas dentro de um contexto histórico, filosófico e político ficam bastantes mitigados os dogmas concebidos e criados por ficção legal e por meio de ordenamento jurídico liberal e individualista, que tinha naquele momento históricas necessidades específicas que não estão mais presentes.

2. A propriedade privada exclusivista e ilimitada

Locke formulou as diretrizes do Estado Liberal.⁽²⁴⁾

Para Locke, o Estado civil nasce para preservar direitos naturais do homem, a vida e a propriedade.

Segundo Locke a moeda (o dinheiro) alterou profundamente as relações sociais da propriedade, ao subverter a equação entre propriedade e a capacidade de utilização. A partir

(23) Lopes, J. R. de Lima, *op. cit.*, p. 411.

(24) Bobbio, Norberto, *Direito e Estado no Pensamento de Emanuel Kant*, Brasília, Ed. Un. Brasília, 1992, p. 41.

do uso da moeda a propriedade tornou-se ilimitada.⁽²⁵⁾

“O contraste com Rousseau é flagrante. Embora Rousseau forneça uma justificação da propriedade muito semelhante à de Locke — propriedade como produto do trabalho — ele modifica-a ao introduzir o ideal de igualdade. Por isso, como a liberdade não pode subsistir sem igualdade, o Estado tem que intervir.”⁽²⁶⁾

“Para Locke, pelo contrário, ao admitir tacitamente o uso da moeda, o homem aceitou uma propriedade da terra desproporcional e desigual.”⁽²⁷⁾

E esta forma de propriedade individual, exclusivista, desigual e ilimitada é um dos pilares do princípio do mercado do paradigma de pensamento da Modernidade.⁽²⁸⁾

Esta concepção de riqueza — cuja segurança jurídica é garantida pelo Estado Liberal — decorrente da propriedade ilimitada, porém, legítima e mesma natural apesar da desigualdade, uma vez que adquirida segundo as leis da natureza (leis do mercado), e produziu as relações sociais e de mercado universalizadas pelo capitalismo.⁽²⁹⁾

O dogma da propriedade privada individual, exclusivista e ilimitada foi instituído no pensamento liberal indiferente a função social da propriedade.

3. Personalidade jurídica

As formas embrionárias da personalidade jurídica do direito moderno surgiram no século XVII e seguintes, em Portugal, Espanha, e especialmente Holanda, Inglaterra e França, com as empresas coloniais, como a Cia. das Índias Orientais e Cia das Índias Ocidentais.⁽³⁰⁾

Para estas empresas coloniais, que representam um pacto entre os soberanos absolutistas e os comerciantes, foi estabelecido o privilégio: a) da limitação da responsabilidade dos sócios, b) a divisão social em ações ou partes determinadas.

Este privilégio é dado porque o Estado Absolutista passa a se interessar diretamente pelo fomento ativo da atividade econômica = da prosperidade.

Como nem todos podiam livremente associar-se com o benefício da limitação de sua responsabilidade, tampouco com as mesmas condições militares, jurisdicionais e de

(25) Santos, Boaventura de S., *op. cit.*, p. 134.

(26) Santos, Boaventura de S., *op. cit.*, p. 136.

(27) Santos, Boaventura de S., *op. cit.*, p. 136.

(28) Santos, Boaventura de S., *op. cit.*, p. 136.

(29) Santos, Boaventura de S., *op. cit.*, p. 136.

(30) Lopes, J. R. de Lima, *op. cit.*, p. 413.

comerciar outorgadas pelo Estado, as companhias coloniais diziam-se privilegiadas.

“Até o advento da Revolução Francesa e durante boa parte do século XIX, as companhias de comércio ou sociedades anônimas não poderiam constituir-se sem autorização pública...*(Na França*⁽³¹⁾) É a lei de 23 de maio de 1863 que permite a criação das sociedades por cotas de responsabilidade limitada independentemente de autorização e a mesma liberdade só é levava às sociedades anônimas em 24 de julho de 1867. Então é concedida a liberdade de constituição, separação de responsabilidade e distinção jurídica definitiva.”⁽³²⁾

Assim, na França, a lei de 1863, ao permitir a criação da sociedade de responsabilidade limitada, encorajou novos investimentos, garantindo que os acionistas não poderiam perder mais que o valor ao par de suas ações, não importando o grau de endividamento da companhia em que houvessem investido.⁽³³⁾

Na Inglaterra, uma lei de 1857 “regulou um tipo de sociedade, denominada *limited by guarantee* pela qual os sócios respondiam, em caso de liquidar-se a sociedade até o montante do capital estipulado no contrato.”⁽³⁴⁾

Todavia, foi o modelo alemão, criado por uma lei de 1892, que restou disseminado pelo mundo.⁽³⁵⁾

Assim, a personalidade jurídica das empresas, tal como existe hoje, é uma criação técnica jurídica do Estado Liberal para garantir o desenvolvimento do capitalismo.

Ocorre que a sociedade se desenvolveu e chegamos a pós-modernidade, com o capitalismo não apenas mercantil e nem industrial, mas com um capitalismo pós-industrial, informacional, financeiro, selvagem, monopolista e predatório operando em face uma sociedade despersonalizada, de massa e consumo.

Durante toda essa evolução da sociedade, constataram os operadores do direito, que a personalidade jurídica estava sendo usada, em especial na pós-modernidade, de uma maneira avassaladora, com desvio de finalidade, para os mais diversos objetivos, normalmente antiéticos e de irresponsabilidade jurídica.

(31) Acréscimo nosso.

(32) Lopes, J. R. de Lima, *op. cit.*, p. 413/414.

(33) Burns, Edward Macnall, Lerner, Robert, e Meacham, Standish, *História da Civilização Ocidental*, Vol. II, São Paulo, 1997, p. 569.

(34) Requião, Rubens, *Curso de Direito Comercial*, 1º Volume, São Paulo, Saraiva, 1981, p. 313.

(35) Requião, R., *op. cit.*, p. 315.

O que levou a doutrina e a jurisprudência estrangeira e nacional a buscar meios para, como escreveu Rubens Requião — em 1969, ao trazer para o Brasil a *Disregard Doctrine*: “desprezar a personalidade jurídica, para penetrando em seu âmago, alcançar as pessoas e bens que dentro dela se escondem para fins ilícitos ou abusivos.”⁽³⁶⁾

Tendo presente essa evolução histórica e filosófica do significado jurídico-político da personalidade jurídica do direito moderno, fica bastante mitigado o dogma nela concebido e criado por ficção legal e por meio do ordenamento jurídico liberal e individualista, que tinha, naquele momento histórico, necessidades específicas que não estão mais presentes.

4. Autonomia da vontade

Como já foi dito, para a teoria geral dos contratos pré-liberal os vícios objetivos ou o resultado objetivo da ação (abuso, injustiça, desproporção das prestações, etc.) sempre eram levados em consideração na definição da validade ou responsabilidade contratual.

Nos contratos liberais, o dogma da autonomia da vontade passou a significar que o resultado da ação não mais importava para a validade e execução dos contratos, mas, apenas e tão somente, a subjetividade da vontade.

O método positivista associa-se a concepção voluntarista do direito. A legalidade é a mera expressão da vontade do legislador. O legislador não é mais um distribuidor de justiça, passa a ser apenas um organizador e um pacificador.⁽³⁷⁾

O que passou a importar para a validade de um contrato foi o voluntarismo. “Procedendo desta maneira, sob um discurso legalista no fundo estão legitimando o voluntarismo, que tende, naturalmente, a ser, numa sociedade capitalista, o voluntarismo do capital.”⁽³⁸⁾

5. A responsabilidade civil do direito liberal

A teoria geral dos contratos liberais está fundeada, pois, nos dogmas da propriedade privada exclusivista e ilimitada, da personalidade jurídica e do voluntarismo.

Dentro deste modelo de pensamento é que se extrai a noção e a dimensão da responsabilidade civil nos contratos liberais.

Conseqüentemente, para a teoria dos contratos liberais a responsabilidade civil basicamente está fundada no contrato, ou seja, é contratual. Ou, sendo extracontratual deve ter

(36) Requião, Rubens, *Disregard Doctrine*, RT de 1969, *Apud* Denari, Zelmo, Da Desconsideração da Personalidade Jurídica, “in” Código de Defesa do Consumidor pelos Autores do Projeto, Rio de Janeiro, Forense Universitária, 1998, p. 190.

(37) Lopes, J. R. de Lima, *op. cit.*, p. 227.

(38) Lopes, J. R. de Lima, *op. cit.*, p. 227-228.

fundamento na existência do ato ilícito e na prova da culpa.

Essa era a teoria contratual da responsabilidade civil adotada pelo antigo Código Civil brasileiro.

Assim, a responsabilidade do antigo Código Civil estava fundada na vontade contratual ou na responsabilidade legal relacionada à culpa.

IV. A MUDANÇA DE PERSPECTIVA DO PARADIGMA DA MODERNIDADE PARA A PÓS-MODERNIDADE E DA PASSAGEM DO ESTADO (ABSOLUTISTA) LIBERAL PARA O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO: RESPONSABILIDADE CIVIL EM FACE DO PODER DO MERCADO NA SOCIEDADE PÓS-MODERNA INFORMACIONAL E EM REDE

Desde o início do século XX, já se constatara o desvirtuamento e a superação das razões históricas, filosóficas, política e econômicas que geraram os três dogmas do direito liberal.

Por outro lado, diferentemente da situação jurídica, política, econômica e histórica da passagem do Absolutismo feudal para o Liberalismo, o mercado não precisa mais ser libertado das “peias” do arcabouço feudal. Mas, ao contrário, a sociedade é que precisa ser libertada ou emancipada da opressão e da exploração do mercado.

O Estado Democrático de Direito (Estado do Bem Estar e Investimento Social) é que precisa emancipar a sociedade em face do mercado.

O Mercado auto-regulado liberal (e neoliberal) gerou e gera enormes distorções econômicas e sociais, por isso, as relações na sociedade pós-moderna de consumo e de trabalho exigem que sua relação com o mercado seja disciplinada pelo Estado Democrático de Direito.

Tendo em vista o desvirtuamento da propriedade individualista e ilimitada, o desvio de finalidade da personalidade jurídica e a inoperatividade da responsabilidade civil pautada no contrato ou na culpa, a doutrina passou a sustentar a responsabilidade civil pelo denominado sistema “*no fault*” — da responsabilidade sem culpa — ou da responsabilidade objetiva decorrente do risco empresarial e como integrante do princípio protetor do consumidor na sociedade de consumo.

Essa necessidade tornou-se imperativa no atual quadro de sujeição da sociedade ao

enorme poder do mercado, face à presença do sistema do capitalismo financeiro, informacional, em rede e global e de poderosas empresas gigantescas e globais.

Exigência e necessidade prementes diante de um crescimento sem paralelos do poder econômico numa sociedade que as pessoas foram “despersonalizadas” (despessoalizadas, virando meros números estatísticos) e as empresas tornaram-se pessoas (foram personalizadas), pessoas ‘jurídicas’.

Daí, porque no direito do consumidor que, na verdade, se tornou o direito comum da sociedade pós-moderna e de consumo, adotou o sistema da responsabilidade civil, pautado no princípio protetor, na responsabilidade objetiva e, fundamental, instituiu um sistema que alcança todos os integrantes da cadeia produtora e comercializadora dos bens, serviços e produtos, seja essa caracterizada como terceirização, quarteirização, franquia, etc.

O sistema da responsabilidade objetiva e em face do princípio protetor próprios do direito do consumidor decorreu da constatação de que, na pós-modernidade, a produção seriada e a cadeia distributiva percorrida pelos bens e produtos envolvem inimagináveis situações e danos que delas podem advir que refogem completamente à disciplina da responsabilidade civil contratual ou do sistema da culpa.⁽³⁹⁾

A responsabilidade civil passa a debitar, pura e simplesmente, o ônus do risco da atividade empresarial sobre as empresas, porque elas tem mais condições de prevê-lo (*business plan*), de distribuir os riscos (com as demais envolvidas na corrente de fabricação, distribuição e comercialização ao consumo), de diluir os riscos (abatendo despesas de imposto de renda e pagamento de impostos por outros mecanismos de planejamento e redução fiscal a partir da perda), reduzir o risco (mediante a utilização de seguros em geral, e, inclusive, seguros de responsabilidade civil para cobrir os riscos dos sócios e administradores gestores), além do próprio fato de que o risco da atividade econômica deve recair sobre a empresa que o origina.

V. A NOVA RESPONSABILIDADE CIVIL EM FACE DO NOVO CÓDIGO CIVIL

1. Da nova perspectiva

Muito embora o novo Código Civil, ainda, não tenha alcançado a perspectiva pós-

(39) Donato, Maria Antonieta Zanardo, Proteção do Consumidor: Conceito e Extensão. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1993, p. 217.

moderna da responsabilidade civil, na forma e extensão, como vem sendo tratada por diplomas legais mais evoluídos (e modernos na sua concepção), como é o caso do Código de Defesa do Consumidor, a verdade, é que o novo Código Civil representa um giro de cento e oitenta graus em relação ao Código anterior.

É que o novo Código Civil, apesar de concebido na década de 1970, retomou a noção das regras de justiça e dos princípios éticos do resultado do contrato. E, assim, estabeleceu a nulidade e a responsabilidade contratual em decorrência de vícios objetivos como da assunção de obrigação excessivamente gravosa (estado de perigo), ou, quando a parte assume prestação manifestamente desproporcional (da lesão). Também, fixou o princípio da função social do contrato, o respeito ao princípio da boa-fé objetiva e da probidade, além da proteção do aderente no contrato de adesão.⁽⁴⁰⁾

Não que o novo Código Civil tenha definido de forma generalizada às obrigações em termos de vício objetivo e da responsabilidade objetiva, mas, tratou em inúmeras situações específicas dessas figuras e estabeleceu princípios que habilitam a reentrada da questão da justiça, da ética e das conseqüências ou dos resultados na visão da nova teoria contratual.

Vejamos a seguir concretamente situações que revelam essa nova ótica.

2. Regras gerais e principiológicas do novo CCB

O art. 186 do novo Código Civil, ainda, estabelece a regra geral do ato ilícito e da responsabilidade aderente ao sistema da culpa — ótica velha e superada —, contudo, já faz referência ao dano moral.

O art. 927 do novo CC, também, adota a regra geral própria do velho sistema, pois, no trato da responsabilidade civil faz alusão aos artigos 186 e 187. Sendo que o art. 186 enquadra-se, como mencionado, na regra geral da responsabilidade oriunda da culpa.

Porém, há novas nuances, com temperamento dessa regra da culpa, com grande avanços aproveitáveis para o Direito do Trabalho.

Cumprе destacar, inicialmente, a existência de outras regras gerais ou principiológicas que, por sua vez, temperam, ou por vezes, até mesmo, excluem as vetustas regras gerais anteriormente citadas. O que, na verdade, em boa parte já fazia a jurisprudência civil.

(40) Conforme se verifica dos artigos 156-157 do Código Civil. A função social do contrato foi prevista no artigo 421. O princípio da boa-fé e da probidade e a proteção do aderente nos artigos 421-424.

Assim, funciona o art. 187 do novo Código Civil, que, igualmente, é referido pelo art. 927, e, já estabelece a responsabilidade por consequência de abuso de direito, nesse sentido entenda-se a extrapolação ou o desrespeito aos fins econômicos, sociais e a boa-fé.

E, também, opera o parágrafo único do art. 927 do novo Código Civil. Isto porque, já trata da responsabilidade civil objetiva de forma geral para a situação da atividade empresarial de risco, o que pode ser, especificamente, aproveitado para o Direito do Trabalho, particularmente, na situação de trabalhos perigosos, insalubres, acidente de trabalho e atividades de risco — v.g., transporte de valores.

Destaque-se que o inciso XVII do art. 7º da CF exige a presença da culpa para a responsabilidade civil no caso de acidente de trabalho. Porém, com o parágrafo único do art. 927 do novo Código Civil pode-se dizer que, em tais casos, a culpa passa a ser presumida.

3. Outras regras específicas pertinentes a obrigações, contratos e responsabilidade do novo CCB

Afora as regras gerais mencionadas no item anterior, e de outras normas que, igualmente, conduzem e revelam um novo enfoque para o sistema das obrigações e da responsabilidade, vale a pena chamar a atenção para os seguintes preceitos que dão bem a medida da mudança do paradigma.

O art. 50 determina a desconsideração da personalidade jurídica em face do abuso, desvio de finalidade ou confusão patrimonial

O art. 113 de cunho principiológico estabelece que os negócios jurídicos devem respeitar a boa-fé.

O art. 156 reintroduz a figura do vício objetivo decorrente do “estado de perigo”, no qual uma pessoa premida por necessidade sua, ou da família, para se salvar, assume obrigação excessivamente onerosa.

O art. 157 reincorpora a teoria contratual, a figura do vício objetivo oriundo do estado da “lesão”, onde uma pessoa sob premente necessidade ou por inexperiência assume obrigação desproporcional a oposta.

Assim, tanto o art. 156 como o art. 157 do novo Código Civil externam a concepção e o princípio que o sistema contratual passou adotar que não admite a iniquidade e a desproporção das obrigações.

O art. 402 estabelece que as perdas e danos abrangem o que, efetivamente, se perdeu

e o que, razoavelmente, se deixou de lucrar (lucros cessantes). E, mais, com o objetivo de se alcançar a completa tutela do direito, o art. 404, ainda, autoriza o juiz a conceder indenização suplementar se os juros de mora não forem suficientes para a completa reparação do dano.

O art. 421 com enfoque principiológico, estabelece que a liberdade de contratar deve observar a função social do contrato. Interessante que a função social da empresa e mesmo do contrato já estava inserida no inciso IV do ar. 1º da CF. E a função social da propriedade encontra-se no inciso XXIII do art. 5º da CF.

O art. 422 de natureza principiológica, estabelece que os contratantes tem que observar os princípios da probidade e da boa-fé.

O art. 478 fixa que os contratos de execução continuada poderão ser resolvidos por onerosidade excessiva decorrente de fatos extraordinários e imprevisíveis.

O art. 884 mantém a proibição do enriquecimento sem causa.

O art. 942, também, mantém determinação já existente no sistema anterior, no sentido de que os bens de todos os envolvidos pela violação do direito alheio, sendo mais de um, ficam todos solidariamente sujeitos a reparação do dano.

O art. 944 fixa que a indenização se mede pela extensão do dano.

Convém, desde logo, chamar a atenção que a extensão do dano muitas vezes não envolve apenas o dano patrimonial ou moral da própria vítima.

Isto ocorre, por exemplo, com o dano moral. A extensão do dano moral tem que considerar que não apenas a vítima é agredida quando ocorre uma violação/agressão a direitos da personalidade, mas toda a sociedade e o próprio Estado Democrático de Direito.

Realmente, a sociedade está reunida em função e o Estado Democrático de Direito está fundado no respeito à dignidade da pessoa humana (inc. III do art. 1º da CF).

Por isso, consagra-se o princípio do “*punitive damage*”, ou seja, que, além do valor fixado pelo dano sofrido diretamente pela vítima, há o necessário acréscimo na fixação da extensão e valor do dano, cujo objetivo e interesse da sociedade é no sentido de que o agressor não volte a repetir o ato contra qualquer pessoa e não apenas contra a vítima. Essa é a real extensão do dano. Entendimento contrário, afora contrariar a teleologia e a axiologia que envolve a finalidade da norma, propiciaria um inconstitucional retrocesso social, posto que estimularia a violação dos direitos humanos que fundamentam a própria

convivência em sociedade.

O parágrafo único do art. 944 trata, novamente, da desproporção das obrigações ainda que no sistema da culpa, relacionando valor equitativo da reparação do dano à dimensão da culpa.

O art. 953 trata do dano moral por conta de injúria, difamação e calúnia.

O art. 954 fixa a indenização por ofensa à liberdade pessoal

O art. 1.024 estabelece, explicitamente, a possibilidade da execução de bens do sócio, desde que observada a ordem de preferência. Assim, os bens particulares dos sócios respondem pelas dívidas depois de executados os bens da sociedade.

O parágrafo único do art. 1.026 fixa a possibilidade dos bens da sociedade responderem por dívida pessoal do sócio.

No art. 1.032 do novo Código Civil ocorre uma ampliação da responsabilidade patrimonial pessoal do sócio retirante, plenamente aproveitável para o Direito do Trabalho.

A responsabilidade patrimonial do sócio retirante foi ampliada para além do período que ele permaneceu como sócio. Foi estendida para os atos praticados pela sociedade mesmo na sua ausência. Ou seja, passa a alcançar os atos praticados pela sociedade, sem a sua presença, até dois anos após a sua saída.

Até então para o Direito Laboral, a responsabilidade patrimonial do sócio estava relacionada com o contato dele com os contratos de trabalho existentes (firmados, em continuação ou rescindidos). Ou seja, o sócio retirante não era responsável patrimonial pelos direitos laborais de contratos firmados após a sua retirada.

Em boa hora, o sistema impôs um período de segurança ou de quarentena para os atos societários após a retirada do sócio. Isto porque, se constatou que, em inúmeras situações, os sócios que tinham o patrimônio, ou o conhecimento técnico ou do negócio na sociedade se retiravam dela, deixando sócios sem nenhuma idoneidade para continuar as atividades. Com isso, os novos contratantes “caiam” na armadilha daquele que se retirou deixando “laranjas” para “tocar” o negócio.

Desta forma, o sócio retirante passa a responder pelos contratos de trabalhos firmados, na sua ausência, pela sociedade por mais dois anos. É o estabelecimento de uma responsabilidade pós-contratual, objetiva, independentemente da existência de fraude contra credores ou de culpa.

Ressalte-se, pois, que, muito ao contrário do que algumas vezes se manifestaram, não se trata de regra de limitação — até porque não está no capítulo prescricional —, mas, de ampliação da responsabilidade. Tanto é que figura no capítulo da responsabilidade do sócio retirante. Aliás, qualquer outro entendimento violaria a própria inteligência do dispositivo que não foi estabelecido para favorecer o violador de direitos ou o fraudador, mas sim, por conta do princípio protetor da sociedade civil em face do mercado, ou para garantir segurança a terceiros contratantes com a sociedade.

VI. O REVIGORAMENTO DA RESPONSABILIDADE OBJETIVA NO PENSAMENTO DOS OPERADORES DO DIREITO DO TRABALHO

Espera-se que, a partir do novo Código Civil, os operadores do Direito do Trabalho, finalmente, esqueçam o sistema contratual do velho Código Civil, especialmente no que diz respeito ao trato da responsabilidade e nulidade contratuais.

Isto porque, surpreendentemente, numa sociedade pós-moderna, informacional e em rede, com um novo direito comum vigente, que é o direito do consumidor, que tornou há muito tempo, na jurisprudência civilista, letra morta preceitos do vetusto Código Civil relativos ao sistema de responsabilidade e nulidade contratuais, insistiam alguns operadores do Direito Laboral em ressuscitá-los

VII. O CDC E A RESPONSABILIDADE NO DIREITO COMUM DA PÓS-MODERNIDADE

1. O Direito Comum na sociedade pós-moderna

Sem ter o intuito de desestimular o essencial estudo do novo Código Civil, não se poderia deixar de dizer que muito mais fácil, útil, completo, direto, efetivo e eficaz do que o sistema do novo Diploma Civil é o já vigente sistema da teoria contratual, particularmente, no trato das obrigações, das nulidades e da responsabilidade fixado pelo Código de Defesa do Consumidor — e, em muitos outros aspectos sequer tratados pelo Código Civil, como os interesses e direitos individuais homogêneos, coletivos e difusos.

O CDC é o diploma legal que fixa a disciplina do mercado na sociedade de massa e consumo informacional. Portanto, é o verdadeiro direito comum da pós-modernidade.

De fato, dispõe o § 2º do art. 3º do CDC: “Serviço é qualquer atividade fornecida ao

mercado de consumo, mediante remuneração inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária...”. E, o seu §1º que: “produto é qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial.”

Para o art. 2º do CDC: “Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final.” Ao que acresce o art. 29 do CDC: “para os fins deste Capítulo e seguinte, equiparam-se aos consumidores todas as pessoas determináveis ou não expostas às práticas nele previstas.”

Já o art. 3º do CDC estabelece: “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.”

Finalmente, o art. 22 do CDC reza: “os órgãos públicos, por si ou suas empresas, concessionárias, permissionárias ou sob qualquer outra forma de empreendimento, são obrigados a fornecer serviços adequados, eficientes, seguros e, quanto aos essenciais, contínuos”. O seu parágrafo único expõe que “nos casos de descumprimento, total ou parcial, das obrigações referidas neste artigo, serão as pessoas jurídicas compelidas a cumpri-las e a reparar os danos causados na forma prevista neste código”.

Por conseqüência, o Código de Defesa do Consumidor passou a disciplinar (e tutelar jurisdicionalmente) todas as relações obrigacionais contratuais mais importantes da vida humana, relativas ao direito comum.

Nesse sentido, podemos dizer que o Código de Defesa do Consumidor disciplina as relações obrigacionais contratuais, entre pessoas físicas e jurídicas, vivas ou predominante, na sociedade pós-moderna informacional de massa e consumo, ou seja, disciplina as relações de consumo.

Para ilustrar essa conclusão, basta verificar que o CDC trata: a) da moradia: contratos do Sistema Financeiro de Habitação, compra e venda de imóveis junto a imobiliárias ou construtoras, b) do nosso dinheiro: relações bancárias, c) do nosso transporte: compra e venda de automóveis, transporte público, lotações, pedágio, d) relações que dizem respeito ao fornecimento de água, luz e gás, e) das comunicações: Telefonica, Embratel, etc.; f) de saúde/doença: médicos, hospitais, planos de saúde; g) de justiça, na contratação de advogados.

Por conseguinte, o CDC passou a constituir-se no pós-moderno “Direito Comum” da

sociedade informacional de massa e consumo da pós-modernidade.

2. As identidades do Direito do Trabalho e do Direito do Consumidor e do Sistema de Tutela do Direito do Consumidor e do Direito do Trabalho

O Direito do Consumidor e o Direito do Trabalho são direitos que dão soluções a problemas que o modelo de pensamento da modernidade não pode resolver.

Direito do Consumidor e Direito do Trabalho são direitos que garantem emancipação social em face do mercado.

Por isso, são direitos integrantes do paradigma de pensamento da pós-modernidade.

A constatação que são direitos da pós-modernidade se dá na identidade do tratamento de direitos estranhos ao paradigma de pensamento da modernidade liberal e individualista. Ambos — Direito do Trabalho e Direito do Consumidor — oferecem tutela jurisdicional a direitos da pós-modernidade.

Por conseqüência, resta inevitável essa aproximação do Direito do Trabalho com o Direito do Consumidor.

A aproximação e a reciprocidade se impõe até pela similitude da relação de subordinação jurídica, técnica e econômica do trabalhador em face do “mercado” (*rectius*: empregador) e da relação de vulnerabilidade jurídica, técnica e econômica do consumidor em face do “mercado” (*rectius*: poder econômico).

Por isso, a adoção ou importação pelo CDC dos princípios, conceitos e diagramas fundamentais utilizados pelo Direito do Trabalho, tais como o princípio da proteção, princípio da irrenunciabilidade, princípio da norma/condição mais favorável, princípio da primazia da realidade, da razoabilidade, da boa fé e da responsabilidade objetiva.

É, pois, conveniente observar o papel fundamental que o CDC e o Direito do Trabalho têm como indicativo do caminho da transição da modernidade para a pós-modernidade, constituindo-se em modelos jurídicos essenciais à resolução dos problemas que o modelo de pensamento do paradigma da modernidade liberal não tem mais como resolver, e, conseqüentemente para o funcionamento da sociedade pós-moderna e do ordenamento jurídico e do sistema de jurisdição pós-modernos

Realmente, tanto o Direito do Consumidor, como o Direito do Trabalho são direitos

da pós-modernidade porque postulam a emancipação social em face do mercado.

Vale a pena observar algumas regras do CDC relativas à teoria geral dos contratos (obrigações, nulidades e responsabilidade).

3. Sistema de nulidades do CDC

“O CDC representa uma verdadeira mudança na ação protetora do direito. De uma visão clássica, liberal e individualista, do Direito Civil, evoluímos para uma visão social, que valoriza a função do Direito como ativo garante do equilíbrio contratual.”⁽⁴¹⁾

O CDC representa o paradigma de pensamento jurídico da pós-modernidade para o qual a teoria contratual impõe que o contrato cumpra uma função social. Por isso, para o regime do CDC o que interessa, primordialmente, é o vício objetivo aferido pelo resultado do contrato.

Para esse novo paradigma de pensamento jurídico, o desequilíbrio contratual gera “*ipso iuri*” um vício objetivo. Não se exige um ato reprovável do fornecedor ou vício da vontade do consumidor.

A cláusula contratual pode até ter sido aceita conscientemente pelo consumidor. Porém, se traz vantagem excessiva para o fornecedor, a autonomia da vontade não prevalecerá. E a cláusula será considerada objetivamente abusiva, apenas, porque o seu resultado contrária às novas normas de ordem pública de proteção do CDC.

“O Poder Judiciário declarará a nulidade absoluta destas cláusulas... mesmo, incidentalmente, *ex officio*. A vontade das partes manifestada livremente no contrato não é mais o fator decisivo para o Direito, pois, as normas do Código instituem novos valores superiores.”⁽⁴²⁾

É o que o dispõe o art. 1º do CDC: “O presente Código estabelece normas de proteção e defesa do consumidor, de ordem pública e interesse social...”

E o artigo 6º e incisos do CDC, que assim, dispõem: “São Direitos Básicos do Consumidor (...)

V — “A Modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas.”

(41) Marques, Cláudia L., *op. cit.*, pg. 401.

(42) Marques, Cláudia L., *op. cit.*, pg. 391.

VI — “Efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos.”

No mesmo diapasão, fixa o artigo 24 do CDC que: “A garantia legal de adequação do produto ou serviço independe de termo expresso, vedada a exoneração do fornecedor.”

Nesse sentido, igualmente, o artigo 25 do CDC prescreve: “É vedada a estipulação contratual que impossibilite, exonere ou atenuie a obrigação de indenizar prevista nesta e nas Seções anteriores.”

E o art. 51 do CDC, que trata das cláusulas consideradas abusivas, dispõe expressamente:

(Seção II — Das Cláusulas Abusivas)

“São nulas de pleno direito as cláusulas contratuais que: I — IMPOSSIBILITEM, EXONEREM OU ATENUEM A RESPONSABILIDADE DO FORNECEDOR...OU IMPLIQUEM A RENÚNCIA OU DISPOSIÇÃO DE DIREITOS.”

4. Da responsabilidade objetiva e da solidariedade de todos da cadeia de consumo

A disciplina legal da responsabilidade do respeito e da reparação da lesão de direito patrimonial e moral lesado no direito “comum” pós-moderno, ou, no CDC: é da responsabilidade ampla objetiva e solidária alcançando todos os integrantes do ciclo de consumo.

O Código de Defesa do Consumidor estabelece a responsabilidade solidária de todos os agentes envolvidos e beneficiários da cadeia de consumo ou da prestação de serviço, independentemente da existência de culpa.⁽⁴³⁾

Pelo Código de Defesa do Consumidor, a responsabilidade objetiva e universal alcança o real beneficiário da cadeia de consumo independentemente de toda espécie ou tipo de terceirização.

Vejamos.

O parágrafo único do art. 7 do CDC dispõe: “TENDO MAIS DE UM AUTOR A OFENSA, TODOS RESPONDERÃO SOLIDARIAMENTE PELA REPARAÇÃO DOS DANOS PREVISTOS NAS NORMAS DE CONSUMO”

O art. 12 DO CDC: “O fabricante, o produtor, o construtor, nacional ou estrangeiro, e

(43) Marques, Cláudia L., *op. cit.*, p. 621.

o importador RESPONDEM, INDEPENDENTEMENTE DA EXISTÊNCIA DE CULPA, PELA REPARAÇÃO DOS DANOS causados aos consumidores por defeitos decorrentes de projeto, fabricação, construção, montagem, fórmulas, manipulação, apresentação ou acondicionamento de seus produtos, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua utilização e riscos.”

Assim, também, o art. 14 do CDC determina: “O fornecedor de serviços RESPONDE, INDEPENDENTEMENTE DA EXISTÊNCIA DE CULPA, PELA REPARAÇÃO DOS DANOS CAUSADOS AOS CONSUMIDORES POR DEFEITOS RELATIVOS A PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS...”

Diz, ainda, o art. 25 do CDC que: “É VEDADA a estipulação contratual que impossibilite, exonere ou atenuie a obrigação de indenizar prevista nesta e nas Seções anteriores.”

E o § 1º do art. 25 do CDC: “HAVENDO MAIS DE UM RESPONSÁVEL PELA CAUSAÇÃO DO DANO, TODOS RESPONDERÃO SOLIDARIAMENTE PELA REPARAÇÃO PREVISTA...”

Dessa forma, o art. 25 e seu §1º (do CDC), mais uma vez, reafirmam a solidariedade passiva de todos, que, de qualquer modo, concorreram para a causação do dano. Trata-se, mais, de solidariedade pura e simples, que não admite o benefício de ordem.⁽⁴⁴⁾

Ademais, o § 2º do art. 25 do CDC prescreve que: “Sendo o dano causado por componente ou peça incorporada ao produto ou serviço, SÃO RESPONSÁVEIS SOLIDÁRIOS SEU FABRICANTE, CONSTRUTOR OU IMPORTADOR E O QUE REALIZOU A INCORPORAÇÃO.”

Do exposto, resta claro que o CDC rejeitou a teoria da responsabilidade subjetiva e adotou a teoria da responsabilidade objetiva para disciplinar as relações jurídicas da pós-modernidade vigentes numa sociedade informacional de massa e consumo.

5. A pós-modernidade da desconsideração da personalidade jurídica do CDC

O Código de Defesa do Consumidor estabelece, direta e inequivocamente, a ampla e geral desconsideração da personalidade jurídica para a proteção dos direitos do consumidor.

Vejamos.

(44) Denari, Zelmo, Código de Defesa do Consumidor Comentado pelos Autores do Anteprojeto, Rio de Janeiro, Forense Universitária, 1998, p. 182.

O art. 28 do CDC:

“O juiz poderá desconsiderar a personalidade jurídica da sociedade quando, em detrimento do consumidor, houve abuso de direito, excesso de poder, infração de lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos o contrato social. A desconsideração da personalidade também será efetivada quando houver falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração.”

— § 2º do art. 28 do CDC: “As sociedades integrantes de grupos societários e as sociedades controladas são subsidiariamente responsáveis pelas obrigações decorrentes desse Código.”

— § 3º do art. 28 do CDC: “As sociedades consorciadas são solidariamente responsáveis pelas obrigações decorrentes desse Código.

— § 5º do art. 28 do CDC:

“TAMBÉM PODERÁ SER DESCONSIDERADA A PESSOA JURÍDICA SEMPRE QUE SUA PERSONALIDADE FOR, DE ALGUMA FORMA, OBSTÁCULO AO RESARCIMENTO DE PREJUÍZOS CAUSADOS AOS CONSUMIDORES.”

Assim, o legislador do CDC, com uma penada encerrou e superou toda essa discussão a respeito das diversas teorias sobre a responsabilidade decorrente de fraude, de desvio de finalidade ou abuso e/ou da desconsideração da personalidade jurídica, ao considerar toda e qualquer situação que de alguma forma se apresente como obstáculo a eficiência e efetividade da aplicação das regras de proteção ao consumidor e/ou para se alcançar às pessoas envolvidas na lesão como hábeis à desconsideração da personalidade jurídica, “*ex vi*” dos arts. 28 e 51 e subseqüentes §§ do CDC.

VIII. A PÓS-MODERNIDADE DA CLT RELATIVA AO DIREITO DAS OBRIGAÇÕES: SISTEMA DE NULIDADES, DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA E RESPONSABILIDADE

1. A pós-modernidade da CLT

Não poderíamos terminar o exame do novo Código Civil — e mesmo do CDC — sem constatar que o direito do trabalho, há muito tempo, já se mostrava apto a enfrentar as situações apresentadas pela pós-modernidade e mesmo pelo capitalismo neoliberal relacionadas dentre outras ao sistema das obrigações, das nulidades e da responsabilidade.

A tão combatida CLT se apresenta com relação a mais esses temas como um estatuto jurídico da pós-modernidade, tão moderno que ao que parece nela o legislador se baseou ao redigir o art. 28 e §§s, bem como o art. 51 do CDC (e §§s, especialmente o § 2º), muito mais consentâneo e próximo dos arts. 2º, 9º, 10, 444, 448 e 623 da CLT do que com a aplicação do modelo tradicional da teoria da desconsideração da personalidade jurídica.

A força dos dispositivos Consolidados — pós-modernos — no trato da garantia da eficiência e efetividade da tutela do crédito laboral em face da personalidade jurídica e do sistema das obrigações, das nulidades e da responsabilidade é que parece incomodar tanto o pensamento neoliberal.

De fato, a CLT há mais de 60 anos já se encontrava apta a tratar dos tipos de problemas pós-modernos que o direito comum só veio, eficazmente, tutelar, em 1990, com o pós-moderno direito comum (CDC), e, em 2003, com o novo Código Civil. Vejamos.

2. A pós-modernidade dos artigos 9º, 444 e 468 e 477 da CLT — *Sistema de nulidades = CDC*

O direito do trabalho, como um direito pós-moderno (ou o primeiro direito pós-moderno) já estabelecia o sistema de nulidade objetivas, ou seja, por desrespeito das normas laborais, ou aos princípios de proteção, e, mesmo na verificação em concreto da desproporcionalidade ou do prejuízo na execução de alguma cláusula contratual ainda que bilateral — ou seja, sem necessidade da existência dos vícios subjetivos do consentimento do antigo Código Civil.

Nesse sentido, no direito do trabalho, dispõem, expressamente, os seguintes artigos da CLT:

O artigo 9º da CLT estabelece que: “Serão nulos de pleno direito os atos praticados com o objetivo de desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação dos preceitos contidos na presente Consolidação”.

(...)

Artigo 444. “As relações contratuais de trabalho podem ser objeto de livre estipulação de direitos das partes interessadas em tudo quanto não contravenham às disposições de proteção ao trabalho, aos contratos coletivos que lhes sejam aplicáveis e às decisões das autoridades competentes.”

(...)

Artigo 468. “Nos contratos individuais do trabalho só é lícita a alteração das respectivas condições por mútuo consentimento, e, ainda assim, desde que não resultem, direta ou indiretamente, prejuízos ao empregado, sob pena de nulidade da cláusula infringente desta garantia.”

(...)

Artigo 477. (...)

(...)

§ 2º “O instrumento de rescisão ou recibo de quitação, qualquer que seja a causa ou a forma de dissolução do contrato, deve ter especificada a natureza de cada parcela paga ao empregado e discriminado o seu valor, sendo válida a quitação, apenas, relativamente às mesmas parcelas.”

3. A pós-modernidade dos artigos 2º, 10 e 448 da CLT e do § 2º do art. 3º da Lei n. 5.889/73 — *Sistema da Desconsideração da Personalidade Jurídica* = CDC

O direito do trabalho já se mostrava apto a enfrentar as situações propostas pela pós-modernidade do capitalismo neoliberal relacionadas ao abuso de direito, excesso de poder, infração de lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos o contrato social, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração.

Como já foi dito, a tão combatida CLT se apresenta com relação a mais esse tema como um estatuto jurídico da pós-modernidade, tão moderno que ao que parece nela o legislador se baseou ao redigir o art. 28 e §§s, bem como o art. 51 do CDC (e §§s, especialmente o § 2º), muito mais consentâneo e próximo dos arts. 2º, 9º, 10, 444, 448 e 623 da CLT do que com a aplicação do modelo tradicional da teoria da desconsideração da personalidade jurídica.

Repita-se a intensidade dos dispositivos Consolidados — pós-modernos — no trato da garantia da eficiência e efetividade da tutela do crédito laboral em face da personalidade jurídica é que parece incomodar tanto o pensamento neoliberal.

Isto porque, insista-se a CLT há mais de 60 anos encontrava-se apta a tratar do tipo de problema pós-moderno que só o pós-moderno direito comum (CDC) veio, em 1990, resolver com amplitude do art. 28 e §§s e o art. 51 e §§ (especialmente o §2).

Em sede trabalhista, à vista do disposto nos arts. 2º (*caput* e § 2º), 10 e 448 da Consolidação e do § 2º do art. 3º da Lei n. 5.889/73, empregador é o próprio patrimônio moral, mobiliário e imobiliário que envolve a empresa e seu complexo econômico, o que envolve o patrimônio e a responsabilidade solidária ou subsidiária dos sócios e das empresas integrantes do grupo econômico.

Nesse sentido, o artigo 2º da CLT conceitua o empregador como a empresa individual ou coletiva (“Considera-se empregador a empresa individual, ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviços”), bem como os entes a esses equiparados (§1º: “equiparam-se ao empregador, para os efeitos exclusivos da relação de emprego, os profissionais liberais, as instituições de beneficência, as associações recreativas ou outras instituições sem fins lucrativos, que admitirem trabalhadores como empregados”).

Em outras palavras, o empregador não é conceituado como pessoa física e nem como pessoa jurídica. É, na verdade, uma simbiose das duas coisas, é a universalidade composta pelo patrimônio moral e material dos sócios e da sociedade.

É a completa desconsideração da personalidade jurídica.

Nessa direção, ainda, a Consolidação apresenta o artigo 10 (“Qualquer alteração na estrutura jurídica da empresa não afetará os direitos adquiridos por seus empregados.”) e o artigo 448 (“A mudança na propriedade ou na estrutura jurídica da empresa não afetará os contratos de trabalho dos respectivos empregados.”)

4. Da pós-modernidade do sistema *no fault*, do risco da atividade

empresarial e da responsabilidade objetiva em face do princípio protetor

O sistema processual e material do direito do trabalho, há muito tempo, já se mostra apto a enfrentar as situações propostas pela pós-modernidade do capitalismo neoliberal relacionadas à responsabilidade solidária ou subsidiária de devedores e/ou responsáveis patrimoniais garantes da satisfação do crédito laboral.

É lugar comum, hoje, a observação que o trabalhador (tal qual o consumidor) da pós-modernidade, ou seja, numa economia neoliberal, em rede e globalizada, com crescente processo de fusões, incorporações, transformações, privatizações, criação de megagrupos de empresas, tal como o consumidor, se encontra em situação de vulnerabilidade técnica, econômica e jurídica jamais vista, em face da atividade empresarial .

Na pós-modernidade, todos aqueles agentes econômicos que desenvolvem atividade que utilizem ou se beneficiem de qualquer forma da prestação de serviço, por meio da intermediação lícita ou ilícita de mão-de-obra, devem assumir os riscos da atividade econômica análogos aos do empregador.

É um sistema equânime de responsabilização, pelo fato da utilização da atividade humana, no qual o risco deve ser debitado às empresas participantes do elo e integrantes da “corrente” empregadora.

É um sistema que garante o princípio protetor de que o trabalhador não assume o risco da atividade econômica e debita o ônus do risco da atividade empresarial sobre as empresas que têm condições de prevê-lo (*business plan*). E, mais que isso, impõe-se o ônus da atividade sobre as empresas que, melhor que os trabalhadores, têm condições para distribuir os riscos (com as demais envolvidas na corrente de fabricação, distribuição e comercialização ao consumo), de diluir os riscos (abatendo despesas de imposto de renda e pagamento de impostos por outros mecanismos de planejamento e redução fiscal a partir da perda), reduzir o risco (mediante a utilização de seguros em geral, e, inclusive, seguros de responsabilidade civil para cobrir os riscos dos sócios e administradores gestores), além do próprio fato de que o risco da atividade econômica deve recair sobre a empresa tomadora, que é quem o origina.

A responsabilidade do tomador do serviço, seja de empresa temporária, seja de terceirização, quarterização, privatização, concessão ou qualquer outra modalidade, decorre pura, simples e automaticamente, em virtude da adoção da teoria do risco da atividade e da sua conseqüente responsabilidade objetiva.

Na verdade, o direito do trabalho sempre adotou, embora sem uma formulação doutrinária mais sistemática, mas praticada ativamente pela jurisprudência, a pós-moderna teoria da responsabilidade objetiva, independentemente de culpa, por força do risco da atividade empresarial, e, igualmente, em decorrência da condição pessoal do empregador, como ator social capaz de suportar as conseqüências do evento danoso. Princípio esse facilmente extraído das clássicas e primitivas formas de terceirização do direito laboral, expostas nos artigos 16 da Lei n. 6.019/74 e artigos 2º, 10, 448, 455 e 501/502 da CLT, e no inciso IV do Enunciado 331 do TST c/c § 6º do art. 337 da C.F

O princípio protetor, fundamental e da própria essência do direito laboral, que se apresenta de maneira clara, é que o trabalhador não assume o risco da atividade econômica,

especialmente na pós-modernidade.

É que, na sua vanguarda, o pós-moderno direito trabalhista sempre adotou o princípio de responsabilizar objetivamente a empresa pelos eventos e riscos ocorrentes durante o contrato de trabalho, e que pudessem causar prejuízos ao empregado, como risco natural e próprio que decorre da própria atividade empresarial daquele que a prática.

Em outros termos, a responsabilidade do tomador de serviços da terceirização ou quarteirização, na pós-modernidade não está fundada em nenhum tipo de culpa ou na velha responsabilidade subjetiva extracontratual — quando não estivesse expressa essa responsabilidade contratual, como se sabe que a regra contratual era da irresponsabilidade, que atentava contra todo o princípio protetor emanado do sistema tutelar do direito laboral — mas sim, no princípio da extensão da responsabilidade laboral, para todos aqueles que direta ou indiretamente estejam envolvidos na cadeia/corrente empregadora que terminou por gerar o contrato de trabalho, ou que assim sejam beneficiários da prestação de serviço, em virtude da teoria do risco e da responsabilidade objetiva.

Esse princípio do direito trabalhista corresponde ao princípio fixado no direito pós-moderno, de responsabilização de todos os envolvidos em qualquer um dos elos da cadeia ou da corrente beneficiária da prestação de serviços, copiado pelo CDC.

Por isso, surpreendente e inusitadamente, para recolocar o direito laboral na pós-modernidade, será necessário resgatar, novamente, esse princípio, através da aplicação subsidiária do CDC (arts. 7º, 12, 14, 25, 28 e parágrafos do CDC c/c art. 8º e 769 da CLT).

IX. O DIREITO COMUM, A CLT E O CDC E DO DIREITO ALEMÃO

Como informou o Professor Wolfgang Daubler, em sua última passagem pela Faculdade de Direito de São Paulo, em 2003, o que há de mais (pós) moderno, na atualidade, é uma lei de 2002, da Alemanha, que determina a aplicação subsidiária do Direito do Consumidor ao Direito do Trabalho.

Na verdade, o CDC brasileiro adotou e importou todos os grandes princípios, diagramas e estruturas do Direito do Trabalho, que podemos dizer que o CDC é a CLT “de fraque”.

Assim, parece que a Alemanha nos ensina que é necessário visitar a CLT com os olhos no novo CCB ou no CDC, para, sem medo, sem vergonha ou receio constatarmos

a sua pós-modernidade.