

# O CONTRATO DE MARCHANDAGE, NO DIREITO ESTRANGEIRO E NA CONSOLIDAÇÃO DAS LEIS DO TRABALHO

DR. EVARISTO DE MORAES FILHO

Procurador da Justiça do Trabalho, assistente técnico do ministro do Trabalho e membro efetivo do Instituto da Ordem dos Advogados

11 "Trabalho Social" julho de 1943

SUMÁRIO — O *marchandage* é uma convenção de sub-empregada, que diz respeito exclusivamente à mão-de-obra — Em tal caso, cabe aos empregados do sub-empregado o direito de reclamação contra o empregado principal pelo inadimplemento das obrigações do contrato de trabalho, na hipótese de insolvabilidade do primeiro.

Até há bem pouco tempo soava como algo estranho em nosso direito do trabalho a palavra *marchandage*. Ou era quase que inteiramente desconhecida, ou então era

tomada em sentido pejorativo, como qualquer coisa de proibido e delitual. Mas já agora, principalmente depois da publicação da Consolidação das Leis de Proteção ao Trabalho, familiarizou-se o público brasileiro com o uso do vacábulo, e mais do que isso, com o seu próprio conceito exato. Sim, foi muito feliz o legislador ao defini-la da forma em que o fez (1). Conteem-se em sua definição legal todos os elementos requeridos pela doutrina para a sua caracterização correta e total.

Mas, afinal de contas, que espécie de contrato é este? Responde-o Georges Scelle melhor do que ninguém, em magnífica síntese, que resume páginas inteiras de inúmeros tratadistas (2):

*“É uma convenção de sub-empregada que diz respeito exclusivamente à mão-de-obra”.*

Contudo, não é demais precisar detalhadamente como se realiza este contrato. Assim o definem Capitant e Cuche (3):

*“O marchandage é uma convenção de sub-empregada, usada em certas profissões, principalmente na indústria de construção e nas indústrias a domicílio, pela qual um sub-empregado, tendo contratado com o empregado principal sobre a mão-de-obra dos trabalhos a realizar, faz executar esses trabalhos por operários pagos por ele a tempo ou a peça, com ou sem a garantia do empregado principal”.*

Idêntica definição é encontrada em Paul Pic (4):

*“Designa-se sob o nome de marchandage a combinação que consiste, para um artífice, em tomar a obra de empregada e mandá-la executar por outros operários, que ele paga a dia ou a peça, especulando sobre a diferença dos preços”.*

Das definições apresentadas, ressaltam desde logo os dois elementos primordiais da *marchandage*, que por si sós o caracterizam: é uma *sub-empregada* e diz respeito tão somente à *mão-de-obra*. Pelo primeiro característico, inclui-se o *marchandage* entre os contratos propriamente ditos, de vez que encerra todos os requisitos de uma relação bilateral de direito privado. É pelo segundo é que se pode distingui-lo com nitidez de qualquer outra figura jurídica de *sub-empregada*. Enquanto que nas outras, o *sub-empregado* apresenta também material e capital, nesta, oferece exclusivamente a *mão-de-obra* (5).

Como muito bem esclarece a exposição de motivos do projeto de 18 de novembro de 1908, apresentado na França para impedir o *marchandage* — só esses dois caracteres são permanentes na conceituação dessa modalidade de contrato de trabalho, porque os demais são variáveis, contingentes e muitas vezes especiais ao gênero de indústria no qual é ela praticada. Pode o *marchandeur* trabalhar ao lado dos operários que emprega, ou ser um pequeno empregado que somente dirige e orienta a sua equipe. Nada se pode concluir nem das ferramentas, que segundo o caso, pertencem ao empregado, ao *marchandeur* ou ao operário; nem do lugar do trabalho, que é realizado, ora na oficina do empregado, ora do *marchandeur*, ora enfim no próprio domicílio do operário; nem do modo de remuneração, que, como vimos, pode ser pago a tempo, peças ou tarefa.

(1) Art. 455: “Nos contratos de sub-empregada responderá o sub-empregado pelas obrigações derivadas do contrato de trabalho que celebrar, cabendo, todavia, aos empregados o direito de reclamação contra o empregado principal pelo inadimplemento daquelas obrigações na hipótese da insolvabilidade do primeiro.

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

(2) *Le Droit Ouvrier* — Paris — 1922 — pág. 165.

(3) *Précis de Législation Industrielle* — Paris — 1939 — pág. 222.

(4) *Traité Élémentaire de Législation Industrielle* — Paris — 1933 — pág. 602.

(5) Louis Jossierand — *Cours de Droit Civil Positif Français* — Vol. II — Paris — 1930 — págs. 618/19 — estuda o *marchandage* na categoria geral do contrato de empregada *louage de industrie* ou *locatio operis*, classificando em duas espécies os casos de sub-empregada: a) *marché à forfait* e b) *marché sur dévis*. Na primeira hipótese, o preço é determinado em bloco e de modo fixo; desde o primeiro dia sabe o empregado a soma a que terá direito em qualquer eventualidade. Na segunda, contenta-se ele em estabelecer previsões, o *dévis* (orçamento) é um simples estudo dos trabalhos a executar, que servirá de base para a determinação do preço, uma vez a obra terminada. Esta segunda hipótese é muito mais flexível do que a primeira, a qual se apresenta, quanto ao preço, num aspecto exageradamente rígido.

Sobre o *marchandage* propriamente dito, escreve Jossierand: “A empregada comporta

Pois bem, é justamente desta ausência de garantias do sub-empregado, que é em geral uma pessoa sem meios financeiros, quase sempre sem capital, que advem a nocividade da prática do *marchandage*, em relação aos interesses do operário em geral. Como muito bem o diz ainda Scelle:

*“Os abusos do intermediário entre a oferta e a procura são, em matéria de trabalho, mais nocivos que em qualquer outra parte, porque o seu benefício afeta uma renda de caráter alimentar: o salário. Eis porque o operário os persegue com o seu ódio.”*

E pouco adiante:

*“A maior queixa contra o marchandage vem precisamente disto: o lucro do intermediário nada mais é do que uma retirada antecipada sobre o salário”.*

Nesta altura, é bom que se faça um pequeno histórico dos debates que se travaram em torno desta figura contratual de trabalho. Os dados informativos estão em Capitant, Cuche e Paul Pic, nos capítulos citados por nós.

Pouco depois da vitória da Revolução de 1848 em França, reclamou o partido operário a limitação do horário de trabalho e a abolição do *marchandage*. Aceitando a pretensão do proletariado, expediu o Governo um decreto a 2 de março, no qual satisfazia as duas reivindicações pedidas. Em seu artigo 2.º, dispunha o decreto: “Considerando que a exploração dos operários pelos sub-empregados operários, ditos *marchandeurs*, é essencialmente injusta, vexatória e contrária ao princípio da fraternidade, o Governo provisório decreta: a exploração dos operários pelos sub-empregados ou *marchandage* é abolida” (6).

A 21 de março, foram impostas penalidades para os infratores da lei. Reapareceu a questão em 1885 e posteriormente por três decretos de 10 de agosto de 1899 foi novamente tratado o assunto. Mas, o que interessa, porém, é o seguinte: qual a verdadeira interpretação do decreto de 1848? Proibiu ele totalmente o *marchandage* ou tão somente a exploração dos operários pela sub-empregada? A isso, responderam diversamente as Câmaras da Corte de Cassação francesa. Em aresto de 4 de fevereiro de 1898, decidiu a Câmara Criminal que o decreto de 1848 proibia não o *marchandage* em si mesmo, e sim só a exploração dos operários pelos sub-empregados. Mais tarde, a Corte de Apelação afirmou o contrário, achando que todo o *marchandage*

duas subdivisões; o empregado primitivo, que tratou em bloco para um conjunto de trabalhos que ultrapassam a sua capacidade de produção ou a sua competência, alivia-se, sobre outros empregados a quem ele cede uma parte destes trabalhos, por exemplo, a um os aterros, a outro os serviços de marcenaria e assim por diante, ou melhor ainda, tal lote a um que se encarregará da construção de uma casa, e tal lote a outro que deverá construir um imóvel diferente. Estes empregados de segunda mão, que trataram com o empregado inicial, chamam-se *sub-empregado*. No caso especial em que eles sejam mestres-de-obra operários aos quais os materiais necessários são fornecidos e que se encarregam somente da execução (*mise en oeuvre*) por uma equipe por eles dirigida, são qualificados de *marchandeurs* ou ainda de *tâcherons*. Se bem que hajam surgido dúvidas relativamente à validade do contrato de *marchandage*, assim constituído entre o empregado e os mestres operários, tem-se pronunciado a jurisprudência a favor, feita a reserva dos abusos que poderiam surgir ocasionalmente em prejuízo do operário”.

Veja-se também Ambroise Colin e Henri Capitant — *Cours Élémentaire de Droit Civil Français* — Vol. II — 4.ª ed. — Paris — 1923 — págs. 569/571.

Sobre a natureza do *marchandage*, escrevem Georges Bry e E. H. Perreau — *Les Lois du Travail Industriel et la Prévoyance Sociale* — 6.ª ed. — Paris — 1921 — pág. 328: “Um operário se encarrega, por conta de um empregado, de trabalhos a tarefa; não o pode realizar só, e assim admite outros operários que devem trabalhar sob a sua direção e são pagos por dia ou por hora. A convenção que se realiza entre este tarefairo e os operários é o *marchandage*. Os socialistas e muitos operários consideram-na como ilegal, porque o *marchandeur* consegue, em detrimento de quem ele emprega, um lucro que consiste na diferença entre o preço fixado por ele e o empregado e o salário que paga a seus operários. Este lucro diminui em detrimento do salário dos operários, que teriam vantagens em tratar diretamente com o empregado, evitando assim o intermediário que procura ganhar sobre os seus salários, aviltando-os”.

(6) Eis o histórico desta fase, nas palavras de Bry e Perreau — *op. cit.* — pág. 327: “A 1 de março de 1848, uma delegação de 200 operários veio a Luxemburgo, afim de expor suas pretensões à Comissão do Governo para os trabalhadores. Esta Comissão, presidida por Louis Blanc, tinha por missão organizar o trabalho e a abolição do *marchandage* como injusto e vexatório. Um decreto de 2 de março de 1848 ratificou as suas reivindicações decidindo que a exploração dos operários por sub-empregados ou *marchandage* estava abolida. Um decreto de 21 de março de 1848 puniu a exploração do operário por via de *marchandage* com a multa de 50 a 100 francos, de 100 a 200 em caso de reincidência, e, em caso de dupla reincidência, com a prisão de um a seis meses”.

Oferece ainda os autores citados uma extensa bibliografia especializada no que diz respeito a este período histórico da França.

devia ser proibido. Afinal, em 31 de janeiro de 1901, restabeleceu a Corte de Cassação com todas as Câmaras reunidas a verdadeira interpretação do texto legal: fica proibida exclusivamente a exploração dos operários pelo sub-empregado, ou o *marchandage* ilícito. Como bem fez sentir a Câmara Criminal francesa, é preciso distinguir entre a exploração e o *marchandage* leal, feito de boa fé; entre o contrato abusivo, concebido com a intenção de prejudicar os operários e o contrato legal de sub-empregado (7).

Resumindo: o efeito nocivo do *marchandage* não decorre da intenção subjetiva do *marchandeur*, de prejudicar ou explorar, e sim da sua falta quase sistemática de capital e de outras garantias efetivas. Apesar de tudo, não deixa o *marchandage* de ter os seus apologistas. Pertencem a esta categoria, em geral, os economistas clássicos e individualistas. Inclue-se entre eles Paul Leroy-Beaulieu, que estribado no conceito — hoje em dia inteiramente desprezado — da livre concorrência, diz ser esta modalidade de contrato de trabalho um processo de seleção entre os operários, elevando sempre na escala social os mais capazes, que acabam verdadeiros capitalistas. Este argumento é mais ou menos repetido por Paul Pic.

Contudo, a tendência legislativa dos países cultos é no sentido de proibi-lo de uma vez por todas. Os operários estão com a razão: o *marchandeur*, com boa ou má fé, especula sobre a mão de obra que emprega. A esse respeito, ilustrou Millerand muito bem a realidade com o seguinte exemplo: se o empregado paga 1.500 francos ao sub-empregado para realizar uma certa obra, este pagará aos operários 1.200 ou 1.000 francos, embolsando o restante. E é justamente deste benefício que vive o sub-empregado.

Em face da existência generalizada desta prática por todos os recantos trabalhistas do mundo, só há um meio para remediar o mal e ir pouco a pouco extirpando-o — é obrigar o empregado principal a tornar-se responsável pelo pessoal do sub-empregado, em caso de insolvência deste. Por sua falta de capital, pelo seu papel de mero intermediário, não é o *marchandeur* um empregador, e sim também um empregado, um representante, por assim dizer, do empregador principal, para quem ele executa a obra. *Sobre este ponto são unânimes todos os autores ao declarar que seria injustiça deixar o operário à mercê de sua sorte, sem que o empregado principal não tomasse as responsabilidades econômicas do contrato de trabalho.* Não se trata aqui de interpretar as intenções secretas do sub-empregado, e sim de avaliar somente a sua capacidade econômica.

Diz Scelle, por exemplo (8):

*“O empregado permanece em todos os casos diretamente responsável pelos operários. E é talvez a generalização desta medida que fornecerá o melhor remédio aos abusos desta prática.”*

Outra não é a opinião de Capitant e Cuche (9):

*“Por outro lado, desde há muito tempo parece que todos estão de acordo em admitir que seria muito útil de generalizar a regra citada pelo decreto de 10 de agosto*

(7) No Dalloz, encontram-se vários exemplos desta jurisprudência. Lê-se por exemplo, na coletânea de 1897, 2, 401, a seguinte decisão da Corte de Cassação: “As disposições do decreto de 2 de março de 1848, abolindo o *marchandage*, e as do decreto de 21 de março de 1848, sancionando esta abolição por penas correccionais, estão ainda em vigor.

Mas estas disposições não proíbem todo contrato de sub-empregado existente entre um empregado geral e tateiros operários; elas atingem somente os abusos que podem viciar este contrato, principalmente a colisão entre o empregado e o sub-empregado, ou todo ato doloso de um ou de outro cujo fim seria acarretar uma redução exagerada do preço do trabalho e de expor os operários aos perigos da infidelidade ou da insolvabilidade do *marchandeur* na regulamentação do seu pagamento.

Desde que o delito do *marchandage* resulta de uma colusão entre o tateiro e o empregado principal, este último pode ser processado como cúmplice, nos termos do direito comum”.

No Dalloz de 1898, 1, 369, encontra-se esta outra decisão do mesmo tribunal e em sentido idêntico: “O delito de *marchandage* constitui, não um delito contravençional, mas um delito correccional propriamente dito, constituído pela reunião dos três elementos seguintes: um fato material, uma intenção de prejudicar e um prejuízo para o operário”.

Pode-se ainda citar outro exemplo no Dalloz de 1899, 2, 393, todos com notas que bem elucidam as decisões e as aplaudem, de Jean Appleton, professor da Faculdade de Direito da Universidade de Lyon.

(8) Op. cit. — pág. 166.

(9) Op. cit. — pág. 228.

de 1899, para os mercados de trabalhos públicos e de decidir que o empreiteiro seria responsável em todos os casos de pagamento dos salários devidos pelo marchandeur”.

Adepto também desta medida, fazendo recair a responsabilidade do sub-empreiteiro na pessoa do empreiteiro, é Paul Pic (10):

“O único abuso incontestável deste modo de trabalho reside na insuficiência de garantias de pagamento oferecidas ao operário. Mas seria fácil, diz-se, de fazer desparecer este inconveniente conferindo por um texto formal uma ação direta aos operários contra o empreiteiro principal, pela totalidade de seus salários não pagos.”

Esta medida legislativa, reclamada e proposta por todos, que já se encontrava inscrita no art. 5, do projeto de lei de 1906 do contrato de trabalho, em França, tornou-se realidade afinal de contas com o decreto-lei de 8 de agosto de 1935, que introduziu no Livro 1.º do Código de Trabalho, dois artigos novos (30c e 30d), do seguinte teor, que nos dispensamos de colocar entre aspas, por serem disposições de lei: 1.º — Se se tratarem de trabalhos executados em suas fábricas, armazens ou oficinas, o empreiteiro principal, em caso de insolvência do sub-empreiteiro, substituirá este último, no que se referir aos trabalhadores que este emprega para efeitos de pagamento de salários, reparação de acidentes no trabalho e moléstias profissionais, contribuição de salários familiares e obrigações resultantes da legislação sobre seguros: 2.º — Refere-se este inciso segundo à mesma matéria do anterior, com a única diferença de que o empreiteiro principal não é responsável pela reparação de acidentes no trabalho, caso os operários trabalhem fora de sua oficina.

Sobre a mesma matéria e de igual teor é a lei búlgara, de 24 de agosto de 1936, em seu capítulo 5.º, art.34:

“A obrigação de pagar salários constitui um onus dos proprietários da empresa, que tiram vantagem direta do trabalho do operário, independentemente do fato de terem pessoalmente contratado o operário ou de ter este sido contratado por intermédio de outras pessoas.

Na hipótese, entretanto, da empresa ter sido confiada a um empreiteiro principal a este incumbe a responsabilidade do pagamento dos salários.”

Já antes da lei francesa, que veio colocar em plena vigência tão salutar medida, saneadora desses contratos de trabalho, já Marcel Planiol e Georges Ripert, tidos como clássicos e individualistas no direito civil moderno, pregavam que o empreiteiro principal é o verdadeiro empregador. Depois de definirem o que seja *marchandage*, dizem esses autores: (11)

“É preciso fazer entre eles a mesma distinção que para os primeiros: uns fornecem ao mesmo tempo os materiais e o trabalho, e se lhes reserva o nome de empreiteiros; tem em geral a qualidade de patrão; os outros são simples operários que não fornecem senão a mão-de-obra e que executam o trabalho, a tarefa” (12).

Entre nós também houve quem já tratasse do assunto. Aceitando a lição dos mestres, aponta Dorval Lacerda o empreiteiro principal como o responsável pelas obrigações que são devidas pelo sub-empreiteiro aos operários (13):

(10) Op. cit. — pág. 863.

(11) *Traité Élémentaire de Droit Civil* — Paris — 1931 — Vol. II — pág. 707.

(12) Embora justificando de certa maneira o *marchandage*, filiando-se, deste jeito, à corrente de Paul Leroy-Beaulieu, não deixa Bry e Perreau de notar a fraqueza do sub-empreiteiro e apontar na responsabilidade do empreiteiro principal a solução para o caso. Eis as suas palavras: — op. cit. — pág. 328: “O lucro do tarefeiro (*tâcheron*) não provem necessariamente da diminuição dos salários que ele paga. Advem de suas qualidades, de sua habilidade, da rapidez com a qual conta fazer a obra”.

Pouco adiante: “Todavia, o *marchandage* oferece um inconveniente real, nisto que não dá ao operário uma garantia suficiente de pagamento para seu salário. Seria necessário assegurar-lhe sempre, contra o empreiteiro principal, uma ação direta que o art. 1.798 dá somente em um caso determinado e sob condições especiais. O empreiteiro principal, diretamente interessado, trataria somente com tarefeiros que apresentassem todas as garantias de solvabilidade”.

Tamberu René Foignet e Émile Dupont já pleiteavam a mesma solução para o problema, antes da vigência do decreto-lei de 1935, há pouco referido no texto: — *Manuel Élémentaire de Législation Industrielle* — 6.ª ed. — Paris — 1932 — pág. 218: “É desejável sobretudo que o legislador estenda bem cedo a todos os mercados de trabalhos a regra contida no art. 2.º dos decretos de 10 de agosto de 1899, isto é, que torne, em todos os casos, o empreiteiro principal responsável pelo pagamento dos salários devidos pelo *marchandeur*.”

(13) *O Contrato Individual de Trabalho* — S. Paulo — 1939 — págs. 160/161.

*“Em verdade, não é o empreiteiro principal quem contrata o operário, diretamente; mas, quando o marchandeur o contrata, atendendo ao conceito acima mencionado de dependência econômica e à própria natureza do contrato de marchandage, onde ele funciona como um verdadeiro intermediário, de prestação de serviços, parece-nos que ele o contrata como um representante, um mandatário, um intermediário do empreiteiro principal, do mesmo modo pelo qual um gerente contrataria um empregado em nome do empregador. Outrossim, o fato do empreiteiro principal não pagar diretamente aos contratados pelo marchandeur os seus salários, não o exime das responsabilidades desse contrato, pelas mesmas razões acima mencionadas.”*

Em caso concreto dos músicos de hotéis e bars, que eram contratados diretamente pelos chefes de orquestras, negando-se os proprietários dos estabelecimentos a assinar as carteiras profissionais dos primeiros por não serem seus empregadores, assim se manifestou Oliveira Viana, quando consultor jurídico do Ministério do Trabalho (14):

*“Nossa legislação não prevê (15), como outras — a francesa, por exemplo — a espécie. Há, pois, uma lacuna na lei. Como, porém, a Constituição admite que, no caso de lacuna, a interpretação da lei se faça segundo a equidade ou segundo os princípios gerais do direito (que, no caso, seriam os do direito social), é de se concluir pela responsabilidade do proprietário principal nesta hipótese.”*

Este parecer foi aprovado pelo ministro do Trabalho, como o foram igualmente outros mais tarde no mesmo sentido (16).

Assim, como vimos de todas as citações anteriores e, agora, do próprio texto expresso da nossa Consolidação das Leis de Proteção ao Trabalho, a solução para o caso do *marchandage* — encarado em sua natureza jurídica de um mero contrato de sub-empregada, no qual o sub-empregado oferece somente a mão-de-obra, e não do ponto de vista de contrato coletivo por equipe, que não quisemos estudar neste ensaio — está em obrigar-se o empreiteiro principal a responder por todos os onus da legislação social, quando não o possa fazer o sub-empregado, e isto independente de colisão ou qualquer intenção de prejudicar que, por acaso, tenham os dois ou um deles.

(14) *Revista do Trabalho* — Maio de 1938 — pág. 202.

(15) Hoje, já não existe mais esta lacuna, em face do que expressamente dispõe o art. 440, da Consolidação das Leis de Proteção ao Trabalho, citado no início deste estudo.

(16) *Revista do Trabalho* — Julho e agosto de 1938, respectivamente, páginas 318 e 358, cujas ementas são do seguinte teor: “Embora sejam efetuados por terceiros os contratos dos músicos de orquestra e “bar” e “music-hall”, estes profissionais prestam seus serviços ao estabelecimento, que, pela natureza técnica dos mesmos, confiou a direção a um profissional”. E do segundo: “Os músicos que exercem suas atividades em hotéis e bars, pela jurisprudência já estabelecida pelos tribunais, embora contratados por um diretor de orquestra, são considerados empregados da empresa que recebe seus serviços”.

Também no nosso exercício na Procuradoria Regional, tivemos oportunidade de emitir um parecer neste mesmo sentido, sobre *marchandage*, que logrou ser unanimemente aprovado pelo Conselho Regional do Trabalho, da 5.ª Região, com sede na Cidade do Salvador, Estado da Bahia. Encontra-se ele publicado na *Revista do Trabalho*, de novembro de 1941, págs. 593/595, cuja ementa é redigida da forma que se segue: “Nos casos de sub-empregada, o empreiteiro principal responde, com respeito aos empregados do sub-empregado, pelos onus da legislação social”.

Em face da doutrina e da legislação comparada, aqui sumariamente expostas por nós, decidiu errado o Conselho Regional da 1.ª Região no processo número 1.369/42, quando escreveu: “Não é de se atribuir ao empreiteiro principal a qualidade de empregador, para efeito da aplicação dos dispositivos da legislação social vigente, somente podendo ser limitada a sua responsabilidade, quando muito, ao pagamento dos salários devidos pelo sub-empregado”. (*Jurisprudência*, da Imprensa Nacional, — Vol. X — pág. 59).

Esta mesma decisão foi reformada pela Câmara da Justiça do Trabalho, aprovando parecer nosso na Procuradoria Geral da Justiça do Trabalho, na sessão de 30 de novembro de 1942. Veja-se *Trabalho e Seguro Social* — fevereiro de 1943 — págs. 12/13.