

**UNIVERSIDADE CATÓLICA DE PERNAMBUCO
PRÓ-REITORIA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO
MESTRADO EM DIREITO**

MANOEL AMARO PEREIRA JÚNIOR

**TERCEIRIZAÇÃO: VIOLAÇÃO OU CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS
HUMANOS?**

Recife, 2012

MANOEL AMARO PEREIRA JÚNIOR

TERCEIRIZAÇÃO: VIOLAÇÃO OU CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS?

Dissertação submetida à apreciação do curso de mestrado em Direito da Universidade Católica de Pernambuco, como requisito parcial para obtenção do grau de mestre em Direito no curso de Mestrado da Universidade Católica de Pernambuco.

Orientador: Prof^o. Dr. **José Soares Filho**

Recife, 2012

P436t

Pereira Júnior, Manoel Amaro

Terceirização: violação ou concretização dos direitos fundamentais?/
Manoel Amaro Pereira Júnior; Orientador José Soares Filho, 2012.
132 f.

Dissertação (Mestrado) - Universidade Católica de Pernambuco.
Pró-reitoria Acadêmica. Programa de Mestrado em Ciências Jurídicas,
2012.

1. Direito do trabalho. 2. Relações trabalhistas. 3. Contrato de
trabalho. 4. Direitos humanos. I. Título.

CDU 34:331

UNIVERSIDADE CATÓLICA DE PERNAMBUCO
PRÓ-REITORIA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO
MESTRADO EM DIREITO

MANOEL AMARO PEREIRA JÚNIOR

TERCEIRIZAÇÃO: VIOLAÇÃO OU CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS
HUMANOS?

Dissertação defendida e aprovada no dia 24 de fevereiro de 2012 como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito pela Banca Examinadora composta pelos seguintes professores:

Orientador: ~~Prof. Dr. José Soares Filho~~

1º Examinador: ~~Prof. Dr. Sérgio Torres Teixeira~~
Examinador Interno – ~~Universidade Católica de Pernambuco – UNICAP~~

2º Examinador: ~~Prof. Dr. Arnaldo José Duarte do Amaral~~
Examinador ~~Externo~~ – ~~Universidade Federal da Paraíba – UFPB~~

Recife, 2012

A Pró-Reitoria de ensino, Pesquisa e Extensão da Universidade Católica de Pernambuco não aprova nem reprova as opiniões emitidas neste trabalho, que são de responsabilidade exclusiva da autora desta dissertação

Ao meu pai, que contribuiu com perseverança e força com meus estudos, como forma de agradecer por tudo que tem feito por mim; à minha mãe, pelo seu colo, ao tentar me confortar nos momentos de maior apreensão e dificuldade, com suas palavras simples que me fizeram encher o coração de esperança; minha esposa e aos meus filhos e irmãos por encherem minha vida de alegria por acreditarem a cada dia que tudo seria possível. Amo todos vocês.

AGRADECIMENTOS

A consecução deste trabalho, agradeço primeiramente aos meus pais, esposa, filhos, irmãos, e amigos. Em especial, ao professor José Soares e Fábio Túlio Barroso, pelas primeiras orientações sempre bem vindas e por contribuir, com seu conhecimento, para o desenvolvimento; bem como o professor José Soares também pelas orientações que me foram dadas, e por contribuir com seu conhecimento, para o desenvolvimento e finalização do trabalho; Ao professor e amigo Sérgio Torres Teixeira, por acreditar no meu potencial e abrir as portas de sua confiança para mim; Ao professor Arnaldo José Duarte do Amaral que desde o princípio do nosso contato se mostrou ser uma pessoa atenciosa e interessada pela pesquisa; A todos os demais professores, com os quais tive a oportunidade de adquirir mais conhecimentos, além dos funcionários da universidade e amigos que fiz em sala de aula. Muito obrigado a todos.

RESUMO

O trabalho que segue tem como tema "Terceirização: violação ou concretização dos direitos fundamentais?". O título escolhido foi fruto de inquietações próprias do autor, no que concerne às modificações pelas quais vem passando a relação de trabalho. O método utilizado neste trabalho, com o auxílio de livros, periódicos e pesquisas, foi o dedutivo. A princípio, o autor faz uma análise acerca princípios fundamentais aplicáveis ao Direito do Trabalho. Posteriormente, foram analisadas algumas das formas atuais e atípicas de contratação de trabalhadores, frutos reformas flexibilizadoras do direito do trabalho, com foco especial sobre a terceirização na atividade-meio e atividade-fim. No decorrer do estudo, o autor faz um liame entre esses assuntos, numa tentativa de demonstrar que a terceirização, fundada no seu instrumento normativo (Súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho), atinge, de forma negativa princípios do direito do trabalho, abalando com toda a estrutura de proteção que sobre ele recai. Como poderá ser analisado, após muitas investigações, constata-se que a terceirização, legitimamente reconhecida pelo Estado, através da mais alta corte trabalhista do país, contraria princípios constitucionais de aplicabilidade para os trabalhadores, bem como direitos fundamentais.

Palavras - chave: Direitos; Princípios fundamentais do direito do trabalho; flexibilização; terceirização lícita e ilícita.

Resume

This assignment has as a theme "Outsourcing: violation or realization of fundamental rights?". The title chosen was a result of the author's concerns, as to the modifications in which the labor relation is now passing by. The method used in this assignment, with the help of books, journals and research, was the deductive. At first, the author makes an analysis about the fundamental principles. Then, was analyzed some of actual and atypical forms of workers' hiring, due to flexible politics, with special focus on outsourcing. In the course of the study, the author will do a connection between these subjects, in an attempt of demonstrating what the outsourcing, founded in its normative instrument (Docket 331 of the Superior Court of the Work), reaches, in a negative way, principles of labor rights, making doubts with the entire protection base that stands for it. As can be seen, after many investigations, it concludes that the outsourcing, legally approved by the state, through the highest work court of the country, is against constitutional principles for the workers, as the jus fundamental rights.

KEY – WORKS: rights; fundamental principles of work rights; flexibilization; unlawfully and lawfully outsourcing.

SUMÁRIO

Introdução.....	12
1. Princípios Fundamentais aplicáveis ao trabalhador-----	14
1.1.1 Princípio da dignidade da pessoa humana na relação de trabalho	18
1.1.2 Princípio da justiça social -----	26
1.1.3 Princípio da valorização do trabalho -----	27
1.1.4. Princípio do não-retrocesso social-----	28
2. Algumas considerações sobre a relação de trabalho – origens/registros	
histórico -----	30
2.1.1 Corporações de ofício -----	32
2.1.2 Do típico contrato de trabalho-----	35
2.1.3 Do contrato de trabalho e a relação de emprego-----	37
2.1.4 Da atipicidade das relações de trabalho -----	48
2.1.5 Contrato a tempo parcial -----	50
2.1.6 Do trabalho voluntário -----	53
2.1.6.1 Do Trabalho voluntário e a Lei n. 10.029/2000 -----	56
2.1.7 Alguns contratos de trabalho por prazo determinado -----	57
2.1.7.1 Contrato de experiência -----	60
2.1.7.2 Do contrato de Trabalho Temporário -----	62
2.1.7.3 Do trabalho em domicílio-----	68
2.1.8 Os efeitos da flexibilização no âmbito da relação laboral -----	71
2.1.8.1 Posições a favor da flexibilização-----	76
2.1.8.2 Posições contra a flexibilização -----	77
3. Terceirização: concretização ou precarização da relação de trabalho; violação dos direitos fundamentais -----	80
3.1.2 Terceirização: definição, a legislação pertinente, e a Súmula n. 331 do Colendo TST -----	87
3.1.3 Espécies de Terceirização -----	90
3.1.4 Terceirização regular ou irregular -----	93
3.1.5 Interpretação da Súmula n. 331 do Colendo Tribunal Superior do trabalho -----	94
3.1.6 A terceirização e a responsabilidade contratual da Administração Pública -----	97
6.1.6.1 Súmula vinculante n. 10 -----	107
3.1.7 Posicionamento do Judiciário Trabalhista -----	110
3.1.8 A terceirização e as empresas de Telecomunicações -----	114
Conclusões -----	119
Referências	

INTRODUÇÃO

O presente estudo objetiva demonstrar que as práticas de flexibilização da legislação social, em especial, que a terceirização precariza os direitos fundamentais aplicáveis ao trabalhador.

No primeiro capítulo, será feito um estudo acerca dos direitos humanos e direitos fundamentais, bem como de alguns princípios fundamentais previstos na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, aplicáveis ao trabalhador.

Com relação aos direitos humanos deu-se ênfase aos direitos sociais previstos em alguns tratados internacionais. No que se refere aos direitos fundamentais será abordados aqueles que tem relação com os direitos sociais.

Quanto aos princípios fundamentais aplicáveis ao direito do trabalho, serão apontados estudo aqueles consagrados no texto da Carta Magna de 1988, os explícitos e os implícitos, que tem relação com o tema da dissertação, que estão voltados sua aplicabilidade aos trabalhadores. Serão encontrados princípios de alto grau valorativo, como o princípio da dignidade da pessoa humana, com destaque ao trabalhador, princípio da justiça social, o princípio da valorização do trabalho, e o do retrocesso social.

O segundo capítulo será dedicado as relações de trabalho – origens/registros históricos desde o início da civilização até a época atual. Serão expostos os efeitos das transformações causadas na relação de emprego, com o surgimento de formas precárias de prestação de serviços, os chamados contratos atípicos, como contrato de trabalho por prazo determinado, o contrato a tempo parcial, o trabalho em domicílio, o contrato temporário, etc.

Diante da realidade tão negativa para a classe trabalhadora, tendo em vista que cada vez mais perde-se postos formais de emprego, sendo estes, em regra, substituídos por formas precárias de contratação, serão questionados quais seriam as vantagens e desvantagens dessas formas de flexibilização, e como ficam os trabalhadores e tomadores de serviços. Serão questionados quais seriam as vantagens para os trabalhadores terceirizados em relação aos trabalhadores da tomadora de serviços que prestam iguais atividades.

Finalmente, no último capítulo debruça-se no instituto da

terceirização, seus delineamentos conceituais, seus tipos e sua atuação (negativa) nas relações de trabalho. Será destacada a responsabilidade subsidiária da administração quando contrata uma empresa terceirizada, bem como a responsabilidade das empresas de telecomunicações. Esse capítulo será finalizado no sentido de tentar dar resposta a todas as indagações feitas no decorrer do trabalho, no sentido de saber se o instituto da terceirização precariza, ou não, os direitos fundamentais do trabalhador, como tantos outros.

1. Princípios constitucionais fundamentais aplicáveis ao direito do trabalho

Devido ao caráter dúplice das normas de Direito Humanos, no sentido de ter valor normativo e principiológico, será abordado neste capítulo os princípios que fundamentam o direito do trabalhador. Aliás, é necessário também fazer um breve estudo sobre os direitos fundamentais.

Os direitos fundamentais são situações jurídicas subjetivas de vantagem, sem as quais a pessoa humana não pode sobreviver, “*tem eficácia jurídica não apenas reconhecidos formalmente, mas concreta e materialmente efetivados em favor da pessoa seu titular*”¹.

Com efeito, os direitos fundamentais, em dado momento da história da humanidade, foram fundados no reconhecimento da dignidade da pessoa humana, “*possibilitando assegurar a cada homem as garantias de liberdade, igualdade, solidariedade, cidadania e justiça, dentre outras*”².

Diversas são as expressões apontadas pela doutrina para designar os direitos fundamentais, tais como “*direitos humanos, direitos naturais, direitos do homem, direitos individuais, direitos políticos subjetivos, liberdades fundamentais, liberdades públicas, direitos da personalidade, direitos fundamentais do homem*”, entre outras. Porém, neste trabalho opta-se pela diferença de terminologia entre direitos humanos e direitos fundamentais³, embora parte da doutrina entenda como sinônima.

A expressão direitos humanos “*pode equivaler a direitos naturais, insertos nas declarações e convenções internacionais*”. Essa terminologia é bastante criticada tanto pela doutrina estrangeira como pela nacional, sob o argumento de

¹ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional*. 10. ed. nos termos da revisão constitucional de 1994. São Paulo: Malheiros Editora Ltda. p. 176-178. De acordo com o autor: “*Direitos fundamentais do homem significa direitos fundamentais da pessoa humana ou direitos humanos fundamentais*. É com esse conteúdo que a expressão *direitos fundamentais* encabeça o Título II da Constituição, que se completa, como direitos fundamentais da pessoa humana, expressamente, no art. 17.”

² ROMITA, Arion Sayão. *Direitos fundamentais nas relações de trabalho*. São Paulo: LTr, 2005. p. 36.

³ SILVA, José Afonso da. Op. cit., p. 176. Esta opção teve inspiração no entendimento do magnífico estudo do professor José Afonso da Silva que salienta: “*Direitos fundamentais do homem constitui a expressão mais adequada a este estudo, porque, além de referir-se a princípios que resumem a concepção do mundo e informam a ideologia política de cada ordenamento jurídico, é reservada para designar, o nível do direito positivo, aquelas prerrogativas e instituições que ele concretiza em garantias de uma convivência digna, livre e igual de todas as pessoas*”.

pouco dizem ou representam”. De fato, segundo SARLET⁴ :

Em que pese sejam ambos os termos (“direitos humanos” e “direitos fundamentais”) como sinônimo, a explicação corriqueira e, diga-se de passagem, procedente para a distinção é de que o termo “direitos fundamentais” se aplica para aqueles direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado, ao passo que a expressão “direitos humanos” guardaria relação com os documentos de direito internacional, por referir-se àquelas posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal, independentemente de sua vinculação com determinada ordem constitucional, e que, portanto, aspiram à validade universal, para todos os povos e tempos, de tal sorte que revelam um inequívoco caráter supranacional (internacional).

Os direitos humanos são frutos de um espaço simbólico de luta na busca por dignidade humana, o que compõe “*um arcabouço axiológico emancipatório*”⁵.

Os direitos humanos consistem em uma fundamentação axiológica da “*posição do homem na ordem universal, na qual a humanidade está ordenada em uma hierarquia composta pela lei eterna, natural e positiva*”⁶.

Todos os homens são dotados de direitos humanos, estes considerados como atributos inerentes a cada pessoa, uma vez que eles, de fato, são inerentes aos indivíduos pelo simples fato de existirem, e por isso é natural que a sociedade busque sua preservação evitando-se o retrocesso social.

Nesse contexto, posicionando os direitos humanos no espaço e no tempo, constata-se concepção que os apresenta como resultado de um processo natural e imodificável, no qual a luta dos trabalhadores pela justiça social antepõe-se aos direitos, em um ordenamento positivo.

É de se reconhecer que a base cultural da humanidade constitui a maneira de coordenar as forças produtivas e relações de produção, que impõe a construção das identidades dos indivíduos e das classes sociais, e sinaliza para o bem estar da pessoa, sobretudo com observância de sua dignidade.

⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 9.ed. rev.atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p.35-36

⁵ PIOSEVAN, Flavia, *Direitos fundamentais e o direito constitucional internacional*. 9ª ed. ver. amp. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2008, p. 110.

⁶ VERDÚ, Pablo Lucas. *Los derechos humanos como “religión civil”. Derechos humanos y concepción del mundo y de La vida. SUS desafíos presentes*. In. GRAU, Eros Roberto; GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Direito constitucional: estudos em homenagem a Paulo Bonavides*. São Paulo, 2003, p. 503

No que se refere ao espaço em que devem ser considerados os direitos humanos não compreende apenas o seu local de reconhecimento, mas também a construção simbólica de processos em que se criam, reproduzem e transformam os sistemas de ações sociais. Neste contexto, “*o papel da globalização permite que a empresa e o local de produção possam ser deslocados por vários países, atuando em múltiplas localidades*”⁷.

Os direitos humanos são considerados independentes e indivisíveis. E esses direitos se ligam aos ideais de liberdade, igualdade, justiça e dignidade da pessoa humana que devem primar por todo indivíduo, com suporte no princípio do solidarismo entre os homens, este previsto em tratados internacionais.

A explicação para o caráter de indivisibilidade dos direitos fundamentais é devido a sua vinculação ao respeito da dignidade da pessoa humana. Esta é indivisível: “*se privada das liberdades públicas, a pessoa não desfruta direitos econômicos e sociais*”⁸.

A indivisibilidade e a universalidade dos direitos humanos foram introduzidas na Declaração Universal de 1948, que demonstra a visão moderna sobre os direitos humanos.

Também pode-se dizer que os direitos fundamentais são universais. O traço da universalidade deve ser compreendido, pelo fato de que, todas as pessoas são titulares de direitos fundamentais contidos na constituição, e que a qualidade de ser humano constitui uma condição suficiente para a titularidade desses direitos.

Alguns direitos fundamentais são específicos, não se ligam a toda e qualquer pessoa. Na lista dos direitos fundamentais contemplados na Constituição da República de 1988, há direitos a todos os homens – como o direito à vida -, mas há também posições que não interessam a todos os indivíduos, “*referindo-se apenas a alguns deles ou até mesmo apenas a grupo de trabalhadores*”⁹.

Entender o significado dos direitos humanos decorre da necessidade de se preservar um mínimo de direitos que devem possuir todos os homens pertencentes a uma sociedade, o que representa um futuro melhor para as novas

⁷ GOSDAL, Thereza Cristina. *Dignidade do trabalhador: um conceito construído sob o paradigma do trabalho decente e da honra*. São Paulo: LTr, 2007, p. 29

⁸ ROMITA, Arion Sayão. *Direitos fundamentais nas relações de trabalho*. op. cit., p. 68.

⁹ MENDES. Gilmar Mendes. *In: Inocêncio Mártires Coelho, Paulo Gustavo Gonet Branco Curso de direito constitucional*. – 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 239.

gerações, e, principalmente, haverá mais solidariedade entre os povos e menos retrocesso social.

Vale ressaltar que havendo conflito entre dois direitos ou garantias fundamentais, “o aplicador da norma deve utilizar-se do princípio da concordância prática ou da harmonização”,¹⁰ ou “da ponderação de interesses ou proporcionalidade”. De forma a coordenar e combinar os bens jurídicos em conflito, evitando o sacrifício total de uns em relação aos outros, realizando uma redução proporcional do âmbito de alcance de cada qual (contradição dos princípios), sempre em busca do verdadeiro significado da norma e da harmonia do texto constitucional com sua finalidade precípua consoante .

Arnaldo José Duarte do Amaral¹¹, em passagem do seu livro Estado Democrático de Direito relata que:

[...] Eis o norte da interpretação dos direitos fundamentais: ocorrendo tensão entre esses, o aplicador do direito deve tentar harmonizá-los. Noutras palavras, deve tentar maximizar os dois direitos em conflito (tensão), não lhes aplicando a regra do tudo ou nada. Ou seja, duas normas-princípios devem regular o máximo possível o mesmo caso concreto.⁽³³⁾ . E, em cada caso concreto, onde houver tensão, um direito fundamental poderá preponderar sobre outro.

Mas isso — quando um direito fundamental prepondera sobre outro — não pode significar a supressão do outro direito fundamental. Ambos continuam vigentes e válidos e devem, pela lógica dos direitos fundamentais, ser maximizados — otimizados —, na medida do possível, pelo aplicador e concretizador do direito.

Aliás, a depender das particularidades de cada caso concreto, um direito fundamental que, numa dada hipótese fática, possa ter sido preterido, pode, noutra situação, preponderar. Ou seja, é o caso concreto que determinará o direito fundamental que, eventualmente, prevalecerá sobre outro direito fundamental, pois apenas as especiais circunstâncias fáticas da hipótese sub judice poderão fornecer critérios para que se encontre a solução hermenêutica correta (mais justa). [...]

É sabido que muitas questões tratadas como relações conflituosas de direitos individuais configuram conflitos aparentes, isto porque controvérsias desbordam da proteção oferecida pelo direito fundamental em que se pretende

¹⁰ PEREIRA, Cícero Rufino. *Efetividade dos direitos humanos trabalhistas: o Ministério Público do Trabalho e o tráfico de pessoas: o Protocolo de Palermo, a Convenção n. 169 da OIT, o trabalho escravo, a jornada exaustiva*. São Paulo: LTr, 2007, p. 28.

¹¹ AMARAL, Arnaldo José Duarte do. *Estado democrático de direito : nova teoria geral do direito do trabalho: dequação e compatibilidade*. São Paulo : LTr, 2008, p. 79

buscar¹².

1.1.1 Princípio da dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais

Ao longo do tempo, percebe-se que a dignidade está entrelaçada com os direitos fundamentais. O princípio da dignidade da pessoa humana identifica um espaço de integridade moral a ser assegurado a todas as pessoas por sua existência no mundo.

É um respeito à criação, “*independente da crença que se professe quanto à sua origem*”¹³. E foi a partir dos ideais do jus naturalismo, “*que se passou a atribuir significado ao termo “dignidade da pessoa humana”*”.

A doutrina¹⁴ registra que a idéia de direitos humanos é de direitos “*inerentes à pessoa humana é tão antiga quanto a história das civilizações, tendo aparecido ao longo do tempo em diversos momentos históricos e em diversas culturas e épocas*”.

A dignidade da pessoa humana se apresenta como um conjunto de atributos inerentes à toda pessoa humana e dela é inseparável, “*possuindo conteúdo inegavelmente axiológico*”¹⁵, tendo em vista que retrata valores próprios do ser homem, mas que refletem em toda a coletividade”¹⁶.

A positivação do princípio da dignidade da pessoa humana é “*relativamente recente, tendo em vista a cultura da humanidade*”, isso porque só a partir da Segunda Guerra Mundial o valor fundamental da dignidade da pessoa humana “*passou a ser reconhecido expressamente nas constituições, após ter sido consagrado pela Declaração Universal da ONU de 1948*”¹⁷.

¹² MENDES, Gilmar Mendes. op. cit., p. 341

¹³ BARROSO, Luis Roberto. *Fundamentos teóricos e filosóficos do novo Direito constitucional brasileiro (Pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo)* Salvador: Revista Diálogo Jurídico, ano I, v. I, n. 6, setembro.2001. p. 26.

¹⁴ VECCHI, Ipojucan Demétrius. *Contrato de trabalho & eficácia dos direitos humanos fundamentais de primeira dimensão*. Curitiba: Juruá, 2009. p. 148.

¹⁵ Idem. op. cit., 12. Neste sentido, dentre tantos, a lição do autor, quando afirma que “A identificação da dignidade humana como um princípio jurídico produz conseqüências relevantes no que diz respeito à determinação de seu conteúdo e estrutura normativa, seu modo de aplicação e seu papel no sistema constitucional”.

¹⁶ RIBAR, Georgia. *Mudanças contemporâneas e os impactos nas vedações à discriminação do trabalhador*. São Paulo: Revista LTr. v. 70, n.01, janeiro.2006. p. 77.

¹⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. op. cit., p. 109.

O século XX é o marco do reconhecimento oficial dos direitos humanos, pois os documentos do período mencionado registram a importância desses direitos, tais como: a Carta das Nações Unidas de 1945, a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 e algumas constituições, como a do México de 1917, a Constituição Italiana de 1948, a Alemã de 1949, de Portugal de 1976 e a do Brasil de 1988.

De fato, cabe salientar que uma das pioneiras e, certamente, a mais importante, por seu impacto cultural, fez referências a esse princípio, pois, no primeiro parágrafo do Preâmbulo da Declaração Universal dos Direitos do Homem, aprovada pela Assembleia Geral das Nações Unidas, em Paris, em 10 de dezembro de 1948, prevê a dignidade da pessoa humana como sendo “*inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis é o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo*”.

Somado a isso, constata-se que tal afirmação é reproduzida no primeiro parágrafo do Preâmbulo do Pacto Internacional relativo aos direitos civis e políticos “*adotado pela Assembleia Geral das Nações Unidas, em 1966, cujo artigo 10 expressamente proclama que toda pessoa privada de sua liberdade, será tratada com o respeito da dignidade inerente à pessoa humana*”¹⁸.

Igualmente, verifica-se que o primeiro parágrafo do Preâmbulo do Pacto Internacional relativo aos direitos econômicos, sociais e culturais, foi reproduzido pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 1966.

A Constituição Alemã de 1949 recepcionou o ideal humanista, de que a dignidade é inerente ao ser humano proclamando que “*a dignidade da pessoa humana é sagrada. Todos os agentes da autoridade pública têm o dever absoluto de a respeitar e proteger*”¹⁹.

Analisando referida matéria, ROMITA, Arion Sayão²⁰ enfatiza que:

[...] O Preâmbulo da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, proclamada em Nice, em 7 de dezembro de 2000, declara que a União repousa sobre os valores indivisíveis e universais da dignidade humana (além de outros). O Capítulo I da Carta traz como epígrafe “Dignidade”, e o art. 1º, cuja epígrafe é “Dignidade humana”, dispõe que “a dignidade humana é inviolável. Ela deve ser respeitada e protegida”. A Explicação fornecida pelo *Presidium* esclarece que “a

¹⁸ ROMITA, Arion Sayão. *Direitos fundamentais nas relações de trabalho*. op. cit., p. 37.

¹⁹ Idem. op. cit., p. 37.

²⁰ Idem. op. cit., p. 37.

dignidade da pessoa humana não é apenas um direito fundamental em si, mas constitui a própria base dos direitos fundamentais. A dignidade da pessoa humana integra a substância dos direitos inscritos na Carta [...].

Por sua vez, a Constituição da Itália de 1948 considera que o trabalho dignifica a pessoa e, é por meio dele, que o homem alcança seu pleno desenvolvimento.

A Constituição Portuguesa de 1976 diversamente das constituições anteriores fiéis à ideia de soberania nacional, contém fórmulas substancialmente inovadoras consoante lição de José Joaquim Gomes Canotilho, tendo em vista que:

[...] no artigo 1.º fala de "República soberana baseada na dignidade da pessoa humana e na vontade popular [...]"²¹; não deixando quaisquer dúvidas sobre a indispensabilidade de uma base antropológica constitucionalmente estruturante do Estado de direito²², sendo assim irrenunciável e inalienável.

O respeito à dignidade da pessoa humana "*não consta no rol dos direitos fundamentais individuais catalogados no art. 5º da Constituição Federal*"²³. Todavia, está previsto entre os fundamentos da República Federativa do Brasil, especificamente no inciso III do art. 1º da Constituição²⁴.

A Carta Magna não quis externar mera declaração de princípios, mas que tal princípio fosse fonte produtora de efeitos jurídicos na interpretação e na aplicação das leis e dos outros princípios constitucionais.

O princípio da dignidade da pessoa humana expressa a ideia de um mínimo intangível, que deve ser respeitado e protegido por todo ordenamento

²¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 6 ed. Coimbra: Almeida, 1998. p. 362.

²² Idem. op. cit., p. 362-363. Sobre tal matéria, J. J. Gomes Canotilho esclarece que "A densificação dos direitos, liberdades e garantias é mais fácil do que a determinação do sentido específico do enunciado 'dignidade da pessoa humana'. Pela análise dos direitos fundamentais, constitucionalmente consagrados, deduz-se que a raiz antropológica se reconduz ao homem como pessoa, como cidadão, como trabalhador e como administrado (cfr. infra, Padrão II)".

²³ PESSOA, Flávia Moreira Guimarães. *Curso de direito constitucional do trabalho - uma abordagem à luz dos direitos fundamentais*. Salvador: Jus PODIVM, 2009. p. 28.

²⁴ MEDEIROS, Antônio Paulo Cachapuz de. (org). *Jornadas de Direito Internacional Público no Itamaraty (2005: Brasília, DF) Desafios do direito internacional contemporâneo*. Brasília: Fundação Alexandre de Gusmão, 2007. p. 380. Neste sentido, oportuna a lição do autor, pois assevera que "A Constituição de 1988, dentro desse contexto internacional marcadamente humanizante e protetivo, erigiu a dignidade da pessoa humana (art. 1.º, inc. III) e a prevalência dos direitos humanos (art. 4.º, inc. II) a princípios fundamentais da República Federativa do Brasil. O último passou a ser, até mesmo, princípio pelo qual o Brasil deve se reger no cenário internacional. A Carta de 1988, dessa forma, instituiu no país novos princípios jurídicos que conferem suporte axiológico a todo o sistema normativo brasileiro e que devem ser sempre levados em conta quando se trata de interpretar quaisquer normas do ordenamento jurídico pátrio."

jurídico. Igualmente, ressalte-se que a sadia qualidade de vida é “*identificada através dos bens fundamentais à garantia da dignidade da pessoa humana*”²⁵.

Somado a isso, percebe-se a dignidade da pessoa humana engloba, em primeiro lugar, o respeito à vida e a proteção da integridade física e corporal do indivíduo e, noutra dimensão, está na garantia de “*condições justas e adequadas de vida para o indivíduo e sua família. Nesse contexto, ganham especial relevo os direitos fundamentais sociais trabalhistas*”²⁶.

Uma vida com dignidade aclama a satisfação dos valores (mínimos) fundamentais descritos no art. 6º da Constituição República, de forma a “*exigir do Estado Democrático de Direito*”²⁷ que sejam garantidos a todas as pessoas “*educação, saúde, trabalho, moradia, segurança, lazer, entre outros direitos básicos, indispensáveis ao desfrute de uma vida digna*”²⁸.

O princípio da dignidade da pessoa humana está “*inserido nos direitos humanos quanto nos direitos fundamentais*”²⁹. E mais, quatro são os mais notáveis princípios constitucionais que embasa o trabalho humano na ordem jurídico-cultural brasileira: o da valorização do trabalho, em especial do emprego; o da justiça social; o da submissão da propriedade à sua função socioambiental; o *princípio da dignidade da pessoa humana*.

Além disso, os direitos fundamentais têm grande importância na ordem constitucional brasileira, isso porque são erigidos na condição de princípio fundamentais, “*por meio de preceitos como o da dignidade da pessoa humana, do valor social do trabalho, da justiça social e do não retrocesso social*”³⁰.

Quanto ao significado que se pode demonstrar a respeito do princípio da dignidade da pessoa humana, há registro de que a ideia do “*valor da*

²⁵ FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. *Curso de direito ambiental brasileiro*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 55-56.

²⁶ PESSOA, Flávia Moreira Guimarães. *Curso de direito constitucional do trabalho - uma abordagem à luz dos direitos fundamentais*. op. cit., p. 31. A autora faz referência a (Salert, 2006, p. 119).

²⁷ AMARAL, Arnaldo José Duarte do. op. cit., p. 45 “[...] Cumpridos esses dois aspectos, passa-se a ter, paulatinamente, o Estado democrático de direito a suceder o Estado social; os direitos de terceira dimensão a complementar os direitos de primeira e segunda dimensões (teoria geral do Estado); e a jurisprudência de valores a suceder (completar) a jurisprudência interesses (teoria geral do direito). [...]”.

²⁸ FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. op. cit., p. 55-56

²⁹ GOSDAL. op. cit., p. 41. Sustenta a autora que “[...] há autores que vêem a dignidade apenas como princípio e outros apenas como valor fundante dos direitos fundamentais. Está inegavelmente prevista no ordenamento jurídico pátrio, permitindo uma idéia de ser tutelada legal e jurisprudencialmente, podendo ser tratada no âmbito dos direitos fundamentais. Mas está na base de todos os direitos humanos, o que impede sua retirada do âmbito dos direitos humanos [...]”.

³⁰ BARBUGIANI, Luiz Henrique Sormanip. *A inserção das normas internacionais de direitos humanos nos contratos individuais de trabalho*. São Paulo: LTr, 2008.

*peessoa humana encontra suas raízes no pensamento clássico e na ideologia cristã*³¹.

Acrescente-se que no Antigo e no Novo Testamento há referências no sentido de que:

[...] o homem foi criado à imagem e semelhança de Deus, premissa da qual o cristianismo extraiu a consequência de que o ser humano é dotado de um valor próprio e que lhe é intrínseco, não podendo ser transformado em mero objeto ou instrumento [...]³².

Os direitos fundamentais e a dignidade da pessoa humana³³ entrelaçam-se fortemente, isso porque este último “*é elemento fundante, informador*” e “*unificador dos direitos fundamentais*”³⁴, é uma dos pilares do Estado de Direito Democrático, conforme previsto no inciso III do art. 1º da Constituição Federal, servindo “*também como elemento orientador do processo de interpretação, integração e aplicação das normas constitucionais e infraconstitucionais*”³⁵.

A dignidade da pessoa humana, além de constituir um dos princípios fundamentais da República Federativa do Brasil foi inserida à condição de finalidade precípua da ordem econômica (art. 170, caput, da CF)³⁶.

O princípio da dignidade da pessoa humana é o núcleo essencial de todas “*as reivindicações e do qual constituem explicitações de maior ou menor grau, não podem, neste contexto, ser deduzidas diretamente "de um valor único (unicitário) - que assim se dividiria em frações de soma igual à unidade*”³⁷.

Com referência a normatividade de todos os dispositivos constitucionais tais como princípios ou regras, mesmos que de natureza

³¹ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. op. cit., p. 111.

³² Idem. op. cit., p. 111.

³³ QUEIROZ JÚNIOR, Hermano. *Os direitos fundamentais dos trabalhadores na Constituição de 1988*. São Paulo: LTr, 2006. p. 85. O autor afirma que [...]“o princípio da dignidade da pessoa humana há de ser considerado como o fundamento de todo o sistema dos direitos fundamentais, no sentido de que estes constituem exigências, concretizações e desdobramentos da dignidade da pessoa humana e com fundamento nesta devem ser interpretado[...]”.

³⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. op. cit., p. 107. Nessa linha de entendimento o autor, no sentido de que “além de constituir o valor unificador de todos os direitos fundamentais,²⁵³ que, na verdade, são uma concretização daquele princípio, também cumpre função legitimatória do reconhecimento de direitos fundamentais implícitos, decorrentes ou previstos em tratados internacionais, revelando, de tal sorte, sua íntima relação com o art. 5º, § 2º, de nossa Lei Fundamental.

³⁵ Por sua vez, em arremate, mercê das idéias acima apresentadas, SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. op. cit., p. 108, frisa que “[...] todos os direitos fundamentais encontram sua vertente no princípio da dignidade da pessoa humana e de que este - justamente por este motivo - pode ser tido como elemento comum à matéria dos direitos fundamentais, merece ser encarada, ao menos de início, com certa reserva.”

³⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. op. cit., p. 331.

³⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. op. cit., p. 84.

programática, já está superada a concepção segundo a qual as disposições programáticas não são regras, mas são dotadas de normatividade.

Com efeito, o princípio da dignidade da pessoa humana assume importante função principiológica, estabelecendo o norte para o que se convence nomear um padrão mínimo na esfera dos direitos sociais, ou seja, onde faltam as *“condições materiais mínimas, o próprio exercício da liberdade fica comprometido, e mesmo os direitos de defesa não passam de fórmulas vazias de sentido”*³⁸, ficando *totalmente comprometida a fruição do direito”*.

Em elucidativo estudo feito por Eduardo Ramalho Rabenhorst³⁹, assevera ele que o Estado de direito:

[...] não se reduz ao respeito dos princípios formais de legalidade, igualdade, publicidade e separação de poderes: uma que ele deve assumir a obrigação de assegurar o exercício recíproco das liberdades, construindo o respeito de todos à dignidade da pessoa humana em valor que se torna o próprio ethos da moralidade democrática [...]⁴⁰

A dignidade da pessoa humana se caracteriza como a *“qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade”*⁴¹.

Cabe registrar que, a dignidade da pessoa humana pode ser reverenciada tanto no âmbito interno como no internacional, sendo certo que na *“hipótese de conflito entre normas de direitos humanos previstas em tratados regionais ou universais e leis internas prevalecerá a que melhor proteja o ser humano”*⁴².

Vale ressaltar que a função social está constituída na Carta da República quando esta impõe o respeito à dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho e da livre-iniciativa, estabelecendo que a ordem econômica está *“fundada na valorização do trabalho humano e na livre-iniciativa, tendo por fim assegurar a todos uma existência digna, “conforme os ditames da justiça social”* (art. 170, *caput*).

³⁸ Idem. op. cit., p. 372.

³⁹ RABENHORST, Eduardo Ramalho. *Dignidade humana e moralidade democrática*. Brasília: Brasília Jurídica, 2001, p. 47-49.

⁴⁰ Nesse sentido é o entendimento de ROMITA, Arion Sayão. *Direitos fundamentais nas relações de trabalho*. op. cit., p. 113.

⁴¹ SARLET, Ingo Wolfgang (org). *Dimensões da dignidade. Ensaios da filosofia do direito e direito constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 37.

⁴² BARBUGIANI, Luiz Henrique Sormani. op. cit., p. 113.

Cabe registrar que de acordo art. 1º, inciso IV, da Constituição da República, o Brasil deve se fundar nos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, isso é, a livre iniciativa, só pode ser entendida enquanto valor social e em conjunto com o valor social do trabalho.

E mais, de acordo com o art. 226, § 7º, o planejamento familiar é *“fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável,[...] é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas”*

Acrescente-se a isso, que nos termos do art. 227 da Carta Magna:

É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

A valorização do trabalho humano significa defender condições humanas de trabalho digno, além de preconizar por justa remuneração e defender o trabalhador contra abusos que o capital possa desarrazoadamente proporcionar⁴³, impondo uma nova tomada de posição frente ao direito do trabalho.

Com base no princípio da dignidade da pessoa humana, deve-se fazer uma releitura do direito do trabalho à luz dos princípios constitucionais, não mais dando preferência ao patrimônio e sim, a pessoa, em particular a dignidade da pessoa humana. *“A ideia é a tutela orientada na perspectiva da efetiva valorização social do trabalho e na busca da realização da dignidade da pessoa humana no exercício da atividade social útil”*⁴⁴.

O conteúdo jurídico da dignidade humana se relaciona com a realização dos direitos fundamentais ou humanos:

[...] o homem só é homem quando tem a sua dignidade atingida e respeitada. Sem tal realização, o homem não passa de uma espécie do gênero animal. Admitir,

⁴³ BOCORNY, Leonardo Raupp. *A valorização do trabalho humano no Estado Democrático de Direito*. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 2003. p. 73.

⁴⁴ PROSCURCIN, Pedro. *Compêndio de direito do trabalho: introdução às relações de trabalho em transição à nova era tecnológica*. São Paulo: LTr, 2007. p.26.

então, que o homem se despoje de sua dignidade, é admitir que ele integre a sociedade sem a verdadeira condição humana [...]”⁴⁵.

O princípio da dignidade humana é “*um referencial do pensamento moral, político e jurídico*”⁴⁶, como parâmetro na dedução de direitos fundamentais implícitos, seguindo “*a concepção de que a própria dignidade consistiria em um direito fundamental na medida em que se manifestasse ‘stricto sensu’*”⁴⁷.

E no campo coletivo, no que concerne aos direitos revestidos de indisponibilidade absoluta, os quais não podem ser transacionados em nenhuma hipótese pelos entes sindicais.

Aliás, as parcelas de indisponibilidade absoluta previstas em normas de ordem públicas não são dispositivas, e têm por escopo tutelar um interesse coletivo por se constituírem em:

[...] patamar civilizatório mínimo que a sociedade democrática não concebe ver reduzido em qualquer segmento econômico-profissional, sob pena de se afrontarem a própria dignidade da pessoa humana e a valorização mínima deferível ao trabalho [...]”⁴⁸.

Desse modo, o princípio da dignidade da pessoa humana tem importância na interpretação e aplicação da norma, especialmente, quando se trata de direito constitucional como fonte formal dos direitos fundamentais, propiciando a ponderação interesses entre dos direitos humanos ou dos fundamentais.

⁴⁵ BARBUGIANI, Luiz Henrique Sormanip. op. cit., p.79.

⁴⁶ PESSOA, Flávia Moreira Guimarães. *Curso de direito constitucional do trabalho - uma abordagem à luz dos direitos fundamentais*. op. cit. p. 28

⁴⁷ Idem. op. cit. p. 31.

⁴⁸ GOMES, Ana Virgínia Moreira. *A Aplicação do princípio protetor no direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2001. p. 129.

1.1.2 Princípio da justiça social

A dignidade da pessoa humana e o valor social do trabalho são concretizadores da Justiça Social, isso porque a Ordem Econômica “*é fundada na valorização social do trabalho humano que visa buscar o pleno emprego*”⁴⁹. Aliado ao fato de que o Estado Social de Direito “*é também chamado de Estado do Bem-Estar*”⁵⁰, distingue-se “*justamente por ter avocado para si a tarefa de realização da justiça social*”⁵¹, compromete-se com o bem social e com a dignidade da pessoa humana.

Com efeito, a justiça social é um princípio fundamental que transmite a ideia de que a toda pessoa deve ser assegurada as mesmas condições de tratamento, independente da região e das capacidades, todos têm direito a viver numa sociedade livre justa e solidária, em que haja uma boa distribuição de rendas e riquezas naturais do país, bem como exista trabalho para todos com bons salários.

A utilização da expressão “social” *de acordo com a doutrina*⁵² encontra justificativa na circunstância de que os direitos da segunda dimensão podem ser considerados uma densificação do princípio da justiça social. Somado a isso, também pode “*corresponder a reivindicações das classes menos favorecidas, de modo especial da classe operária*”⁵³.

Cabe ressaltar que, na Filadélfia, em 10/05/1944, “*adotou-se a*

⁴⁹ BRANCO, Ana Paula Tauceda. *A colisão de princípios constitucionais no direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2007. p. 64.

⁵⁰ Amaral, Arnaldo José Duarte do Amaral. Op. cit. p. 43. Sobre tal questão o referido autor registra que: “[...] Deveras, se nos trinta anos posteriores ao término da Segunda Guerra Mundial o Estado social (Estado de bem-estar social) viveu o seu apogeu, a crise do petróleo e a consequente recessão econômica ocorrida em meados da década de setenta do século passado provocaram o início do declínio desse modelo estatal. Ora, consoante o modelo até aqui exposto, esse ataque econômico ao modelo de Estado social também ocasionou um ataque à teoria geral do direito que lhe era correspondente, pois se tratava de um direito protecionista. Restou atingido, assim, o direito do trabalho, mormente em sua acepção clássica (direito interventor, protetor de apenas uma das partes da relação contratual).[...]”

⁵¹ SALET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 9 ed. rev., atual. e ampliada. Porto Alegre: Livrari do Advogado, 2007. p. 67.

⁵² Idem. cit., p. 56.

⁵³ Idem. cit., p. 56

*Constituição da Organização Internacional do Trabalho*⁵⁴ preconizando, no preâmbulo, "que a paz universal e permanente só pode basear-se na Justiça Social". Considera ainda a Carta Constitucional da OIT, em seu artigo 427, que o trabalho não constitui mercadoria⁵⁵.

A República Federativa do Brasil rege-se no plano internacional pelo princípio da cooperação, no sentido de que deve buscar "amenizar os efeitos da globalização, conciliando as necessidades em matéria de justiça social com os imperativos da competição econômica"⁵⁶.

1.1.3 Princípio da valorização do trabalho

A Constituição da República Federativa do Brasil declara que a ordem econômica é fundada na valorização do trabalho humano e na iniciativa privada. Isso quer dizer que a Carta Magna consagra uma economia de mercado de natureza capitalista, porque os valores da iniciativa privada é um princípio básico da ordem capitalista.

Por outro lado, embora de natureza capitalista, a ordem econômica dá preferência aos valores do trabalho humano sobre todos os demais valores da economia de mercado. Essa prioridade tem por fundamento orientar a intervenção do Estado na economia, com a finalidade de fazer valer os valores sociais do trabalho ao lado da iniciativa privada, uma vez que a Constituição constituiu relevância a esse princípio, descartando-o também como fundamento não só da ordem econômica, mas da própria da República Federativa do Brasil, em seu art. 1º, nos seguintes termos:

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

IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; [...]"

⁵⁴ SUSSEKIN, Arnaldo. *Direito constitucional do trabalho*. 4.ed. (ampl. e atual). Rio de Janeiro: Renovar, 2010. p. 14.

⁵⁵ PINTO, Bernadete Edith de Rosa. *A flexibilidade das relações de trabalho: a precariedade do contrato a prazo determinado da Lei n. 9.601, de 1998*. São Paulo: Ltr, 2001. p. 34.

⁵⁶ SUSSEKIN, Arnaldo. *Direito constitucional do trabalho*. 4.ed. (ampl. e atual). cit., p. 15.

Cabe salientar que a Declaração da Filadélfia de 1944 prima pela realização do pleno emprego e da elevação do nível de vida. Na interpretação das normas trabalhistas “*deve-se buscar dar maior prevalência os valores sociais do trabalho*”. Nesse sentido Arnaldo Süssekind⁵⁷ esclarece que:

Os instrumentos normativos alusivos às relações de trabalho devem objetivar a prevalência dos valores sociais do trabalho. E o respeito à dignidade do trabalhador constitui um dos direitos supra-estatais inerentes ao ser humano, cuja observância independe da vigência de leis nacionais ou tratados internacionais.

Oportuna a lição de Ana Cristina Costa Meireles⁵⁸ ao mencionar que “*a Constituição de 1934, que teve influência da Constituição de Weimar de 1919, já dedicava um título à Ordem Econômica e Social*”. Sustenta ainda que a de “1946 preconizou os princípios da justiça social como conciliatória da liberdade de iniciativa e da valorização do trabalho humano”.

1.1.4 Princípio do não retrocesso social

O princípio do não retrocesso social ou proibição do retrocesso não possuía previsão expressa no ordenamento jurídico interno. Com promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, esse princípio foi implicitamente previsto, apesar de o modelo social adotado pelo Estado Brasileiro já seja suficiente para a aplicação do referido princípio.

Analisando o referido princípio, Daniela Muradas Reis⁵⁹, enfatiza que a “*noção de vedação do retrocesso social está de maneira indissolúvel vinculada à noção de progresso, que por sua vez se define como "marcha adiante, movimento em uma direção definida"*”.

O Pacto de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais formalmente prevê o princípio de concorrência dos diplomas internacionais de proteção ao trabalho, consagrando a aplicação do princípio da progressão social, cujo consectário direto é o princípio de vedação do retrocesso⁶⁰.

É pacífico na doutrina e na jurisprudência, por força do art. 5º, §2º,

⁵⁷ SÜSSEKIND, Arnaldo [et al]. *Instituições de direito do trabalho*, v. 1. 22. ed. atual, por Arnaldo Süssekind e João de Lima Teixeira Filho. São Paulo: LTr, 2005. p. 143

⁵⁸ MEIRELES, Ana Cristina Costa. In: Edilton Meireles. *A intangibilidade dos direitos trabalhistas*. — São Paulo: LTr, 2009. p. 30.

⁵⁹ REIS, Daniela Muradas. *O princípio da vedação do retrocesso no direito do trabalho*. São Paulo : LTr, 2010, p. 20

⁶⁰ REIS, Daniela Muradas. Op. cit., p. 90

da Carta Magna, o qual, em linhas gerais, faz referência a direitos e garantias previstos em tratados internacionais poderão ser aceitos e incorporados ao ordenamento jurídico interno, *in verbis*:

§ 2º - Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte⁶¹.

O outro dispositivo que trata do referido princípio é o art. 7º, *caput*, da Constituição da República Federativa de 1988, que trata dos direitos sociais do trabalhador, ao estabelecer:

[...] Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: [...]⁶²

O artigo 26 do Pacto de São José da Costa Rica é um instrumento de direito internacional, que também prevê implicitamente o princípio do não-retrocesso social, o qual afirma o seguinte:

Os Estados-partes comprometem-se a adotar as providências, tanto no âmbito interno, como mediante cooperação internacional, especialmente econômica e técnica, a fim de conseguir progressivamente a plena efetividade dos direitos que decorrem das normas econômicas, sociais e sobre educação, ciência e cultura, constantes da Carta da Organização dos Estados Americanos, reformada pelo Protocolo de Buenos Aires, na medida dos recursos disponíveis, por via legislativa ou por outros meios apropriados, (grifo nosso).

É sabido que os direitos sociais são direitos fundamentais, constituindo-se em cláusulas pétreas, não podendo ser objeto de alteração para pior, inclusive, tendo-se em vista o princípio do não retrocesso social. Têm eles eficácia vertical e horizontal. A primeira, sendo garantida pelo Estado, enquanto que a segunda é assegurada entre os particulares.

O princípio da proibição do retrocesso social está relacionado à essência dos direitos sociais já realizados e torna inconstitucional adoção de “*quaisquer medidas tendente a criação de planos alternativos ou compensatórios, que se traduzam em concretização de uma anulação, revogação ou aniquilação pura e simples desse núcleo essencial*”⁶³.

⁶¹ BRASIL. Poder Legislativo. Disponível em: <http://2011a.http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao.htm> Acesso em: 06fev.2012a.

⁶² Idem.

⁶³ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional*. op. cit., p. 337-338

2. Algumas considerações sobre as relações de trabalho – origens/registros históricos

No início da civilização, o homem trabalhou apenas para “*obter alimentos*”, já que não tinha outra necessidade⁶⁴. Contudo, com o passar do tempo, teve a “*necessidade de se defender dos animais e de outros homens*”, é que começou “*a fabricar armas e instrumentos para se defender*”⁶⁵.

Há ainda registro de que o trabalho humano foi “*concebido como um castigo*”⁶⁶. E o mais revoltante é que, na maior parte da história da humanidade, a forma de utilização da “*mão de obra foi feita de maneira escrava*”⁶⁷, com trabalhos forçados e sem onerosidade para o tomador.

A onerosidade veio a ser uma das mais importantes características da relação de emprego, “*consubstanciada na instituição por parte do Estado, de uma disciplina jurídica denominada Direito do Trabalho, que delimita os comportamentos dos sujeitos da relação de trabalho sob o epíteto emprego*”⁶⁸.

Na Antiguidade, o ser humano, nos combates que travava contra seus semelhantes, pertencentes a outras tribos e grupos, acabava prendendo ou até mesmo matando seus adversários. Isso ocorria, na maior parte das vezes, para evitar ameaças que, estes podiam representar. Entretanto, depois de algum tempo, ele percebeu que seria melhor, em vez de matá-los, escravizá-los, para que pudesse gozar de seu trabalho⁶⁹, ou seja, “*usufruir dos benefícios que essa força de labor podia proporcionar-lhe sem qualquer custo direto ou indireto*”.

Também nessa época, observa-se que os mais fortes faziam número maior de prisioneiros e, como não podiam utilizar dos serviços de uma grande quantidade de escravos, passaram a negociá-los; a partir daí começaram a vendê-los e trocá-los por bens materiais. É nesse momento que o escravo passa a ter valor econômico.

⁶⁴ VIANNA, Segadas. In: SÜSSEKIND, Arnaldo Lopes; MARANHÃO, Délio; TEIXEIRA FILHO, João de Lima. *Instituições de direito do trabalho*. 18. ed. São Paulo: LTr, 1999. v. I, p. 27.

⁶⁵ VIANNA, Segadas. op. cit., p. 27.

⁶⁶ FERRARI, Irany. In: NASCIMENTO. Amauri Mascaro, MARTINS FILHO, Ives Gandra da. *História do trabalho, do direito do trabalho e da justiça do trabalho*. São Paulo : LTr, 1998, p. 13.

⁶⁷ VIANNA, Segadas. op. cit., p. 29.

⁶⁸ BARROSO, Fábio Túlio. *Manual de direito coletivo do trabalho*. São Paulo: LTr, 2010, p. 23.

⁶⁹ VIANNA, Segadas. op. cit., p. 27.

Os escravos eram utilizados em serviços braçais, quase sempre de forma exaustiva e penosa nas grandes fazendas, enquanto os homens livres dedicavam ao pensamento e à contemplação aos Deuses, ação a qual, os escravos eram considerados incapazes⁷⁰. É de ser ressaltado que, na antiguidade clássica, os escravos não possuíam direitos, eram considerados "coisas", ou seja, mercadorias, pois pertenciam aos seus donos ou proprietários de terras⁷¹.

Nessa esteira, entre outras hipóteses apontadas pela doutrina o simples fato de nascer de mãe escrava já era uma condição de ser tido como escravo.

O escravo não tinha direito à vida, tampouco a tratamento digno, mas o seu dono estava sujeito as cominações penais se o matasse sem uma causa justa. Praticamente, ele trabalhava para sobreviver (comer), pois o seu dono, em regra, *‘era o proprietário da terra, que ditava as regras a serem cumpridas’*. Assim, a *“comida, que representava o seu salário, era fator de sobrevivência de manutenção, por outro lado, a rentabilidade da terra do seu dono”*⁷².

Observa-se que, na Idade Média, especificamente na Europa, a antiga relação estabelecida entre o escravo e o dono foi aos poucos cedendo espaço para a relação entre o senhor feudal e o servo da terra. Nessa relação, surge *“o feudalismo, adotado na Europa no período entre os séculos X e XIII. É importante destacar que esse movimento nasceu com a sociedade bárbara, após o declínio do império romano”*⁷³.

Nesse período, o homem deixa, em parte, *“de ser escravo, passando a ser servo”*⁷⁴. Essa situação configura o regime pelo qual alguém se tornava vassalo de um senhor, prestando serviços com submissão e auxílio; de outro lado, *“percebia do senhor, em troca da proteção e do sustento, um feudo (concessão de terras ou de rendimentos), deixando de certa forma de haver a exploração do*

⁷⁰ BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de direito do trabalho*. Op. cit., p. 53.

⁷¹ SAEGUSA, Cláudia Zaneti. *A flexibilização e os princípios de direito individual e coletivo do trabalho*. São Paulo: LTr, 2008, p. 16.

⁷² FERRARI, Irany. In: NASCIMENTO. Amauri Mascaro, MARTINS FILHO, Ives Gandra da. op. cit., p. 32.

⁷³ ROCHAS, Andréa Presas. In: SERRANO, Paulo Marcelo de Miranda, NAHAS, Thereza Cristina. *Liberdade Sindical e Trabalhador autônomo na Lei Orgânica de Libertard Sindical – LOLS*. São Paulo: Revista LTr. Vol. 72, nº 02, p. 193.

⁷⁴ JORGE NETO, Francisco Ferreira. In: Jouberto de Quadros Pessoa Cavalcante. *Curso de direito do trabalho*. São Paulo: Atlas, 2009. p. 3.

*homem pelo próprio homem*⁷⁵.

O homem que estava vinculado à terra, não era escravo no sentido estrito da palavra, ou seja, “*não constituía uma propriedade ou coisa do proprietário da terra*”⁷⁶. A partir daí, o trabalho passou a ser confiado ao servo da gleba, a quem era reconhecido a natureza de pessoa e não de coisa, passando ele a ter personalidade jurídica. Nessa época, “*a economia era predominantemente agrária, diversamente, do que ocorria na escravidão. Contudo, a situação do servo se aproximava da dos escravos*”⁷⁷, na medida em que ele era submisso ao senhor feudal.

Assim, na servidão, o homem passa a gozar de certa liberdade em relação a direitos. Isso porque o servo não era totalmente livre, tendo em vista que “*estava vinculado à gleba e estava sujeito a severas restrições, inclusive de deslocamento*”⁷⁸. Enquanto isso, no trabalho escravo era o senhor o seu dono.

Neste contexto, pode-se dizer que as propriedades eram cedidas pelo senhor feudal para o trabalho dos servos, que “*laboravam, produziam e pagavam pela utilização do espaço rural cedido, e o que era produzido poderia ser transformado em dinheiro, em garantia ao direito de exploração da produção rural*”⁷⁹.

2.1.1 Corporações de ofício

As corporações de ofício⁸⁰, “*de origem greco romana*”⁸¹, tiveram na “*Europa seu auge iniciado no século XII e término no século XVII*”⁸². Tiveram origem no trabalho organizado pelos artesãos, com a finalidade de atender aos diversos

⁷⁵ Idem. op. cit., p. 3.

⁷⁶ BARAÚNA, Augusto Cezar Ferreira de. *Manual de direito do trabalho*. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 2.

⁷⁷ BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de direito do trabalho*. 5. ed. São Paulo: LTr, 2009, p. 58.

⁷⁸ PORTO, Lorena Vasconcelos. *A subordinação no contrato de trabalho: uma releitura necessária*. São Paulo: LTr, 2009, p. 21.

⁷⁹ BARAÚNA, Augusto Cezar Ferreira de. *Manual de direito do trabalho*. op. cit., p. 2.

⁸⁰ SÜSSEKIND, Arnaldo. *Curso de Direito do Trabalho*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 7. De acordo com o autor “Com a decadência do regime feudal, os colonos refugiaram-se nas cidades, ao lado dos artesãos e operários especializados, onde podiam defender-se das violências dos seus antigos senhores. E, inspirados nos *collegia* romanos e nas *guildas* germânicas, esses trabalhadores livres organizaram-se em grêmios, que, a pouco a pouco, passaram a constituir ponderáveis instrumentos da produção econômica local. Surgiram, assim, no século XII, as Corporações de Artes e Ofícios, que agremiavam pessoas da mesma profissão ou atividade profissional e elegiam, quase sempre, um santo como patrono”.

⁸¹ CATHARINO, José Martins. *Temas de direito do trabalho*. 2. ed. Rio de Janeiro: Edições trabalhistas, 1993. p. 15.

⁸² Idem. p. 15.

interesses da sociedade daquela época, tais como organizar o “*atendimento das necessidades de consertos de roupas e sapatos, a ferramentaria em geral, a construção de casas e estabelecimentos de comércio, a venda de frutas ou pão*”⁸³.

Vale ressaltar que, no início, era permitido aos aprendizes tornarem-se mestres, desde que seu trabalho fosse perfeito. Posteriormente, apenas os filhos de mestres conseguiam ser mestres.

A organização estrutural de mestres e aprendizes “*representou o trabalho mais especializado das corporações de ofício*”⁸⁴ que se estabeleceram na Europa. De fato, ao mestre era assegurado o direito de “*cobrar pelos ensinamentos aos aprendizes, para obtenção do conhecimento do ofício que lhe era oferecido*”⁸⁵. A organização das corporações se dava em três níveis: aprendizes, companheiros e mestres. Os trabalhadores que exercessem uma mesma profissão estavam obrigados “*a filiar-se às suas respectivas corporações (associações), pois, se assim não o fizessem, não poderiam desempenhar os seus ofícios*”⁸⁶.

As corporações, também denominadas “*associações de artes e misteres, ou guildas*”⁸⁷, eram na verdade união de pessoas que tinham como objetivo assegurar a defesa de interesses comuns dos mestres e aprendizes, pelos serviços que prestavam à comunidade daquela época, principalmente, no artesanato e na manufatura.

A maior característica produtiva desse período era o fato de que a relação de trabalho estava limitada à atividade artesanal. Com a chegada da “*industrialização, na fase histórica posterior*”⁸⁸, ela foi apontada como a principal responsável por liquidar as corporações de ofício do mapa produtivo.

⁸³ BARAÚNA, Augusto Cezar Ferreira de. *Manual de direito do trabalho*. op. cit., p. 3.

⁸⁴ SOARES FILHO, José. *Elementos de direito coletivo do trabalho*. São Paulo: LTr, 2011, p. 26. Explica o autor que “numa fase posterior, as atividades econômicas passaram a desenvolver-se no seio das corporações de ofício, que eram entidades criadas sob o beneplácito do soberano (rei, imperador ou senhor feudal) e cuja direção era confiada a um mestre, que para tanto recebia daquele uma carta de privilégio. Tinham elas a exclusividade da exploração de determinada atividade - no sistema de artes e ofícios - em certa área geográfica, regulando-se por normas de produção rígidas, preestabelecidas pela mestria por delegação do Poder Público”.

⁸⁵ FERRARI, Irany. *In: NASCIMENTO*. Amauri Mascaro, MARTINS FILHO, Ives Gandra da. op. cit., p. 25.

⁸⁶ JORGE NETO, Francisco Ferreira. *In: Jouberto de Quadros Pessoa Cavalcante*. op.cit., p. 2.

⁸⁷ PORTO, Lorena Vasconcelos. op. cit., p. 22.

⁸⁸ BARROSO, Fábio Túlio. *Manual de direito coletivo do trabalho*. op.cit., p. 23.

Fábio Túlio⁸⁹, por seu turno, visualiza outro motivo para a extinção das corporações de ofício: aponta o fato de “*elas estarem restritas às outorgas do poder público para a sua criação, sendo uma concessão da administração local para que seus membros pudessem desenvolver a atividade produtiva, com a utilização da mão de obra, na produção e na profissionalização dos jovens*”.

Acrescenta o referido autor outros fatores que contribuíram para abolição dessa forma de trabalho, entres eles, “*as revoluções burguesas que aconteceram no século XVII propuseram a exacerbação do princípio da liberdade, em termos de liberdade individual*”. Devido a isso, a organização do trabalho proporcionada pelas corporações de ofício se chocou com essa nova forma “*ideológica de organização da sociedade, que, por uma série de normas*⁹⁰, *acabou por extinguir as corporações*⁹¹”.

O fim das corporações não extinguiu, contudo, a “*vontade de se associar dos trabalhadores, porque o movimento de solidariedade*⁹² e de cooperação continuou a existir, visando à melhoria das condições de trabalho e ao interesse dessa categoria. Foi após essa fase que teve origem o Sindicato, como órgão legítimo para defesa dos ideais e reivindicações dos trabalhadores.

Com o advento da grande indústria, no final do século XVIII e ao longo do século XIX, a especialização da mão de obra e mecanização de tarefas geraram um sistema de produção sequencial em série, o que demandou a utilização do trabalho assalariado.

A partir de 1808, segundo Flávia Moreira⁹³, com a vinda da família “*real para o Brasil teve início a liberdade industrial, por meio do Alvará de 1º de abril de 1808*”. Também há apontamentos⁹⁴ de que as primeiras indústrias têxteis foram

⁸⁹ Idem. op. cit., p. 23.

⁹⁰ BARROSO, Fábio Túlio. *Manual de direito coletivo do trabalho*. op. cit., p. 24. De acordo com o autor “Destacam-se neste universo de situações políticas e normativas o *Combination Act*, 1799, no Reino Unido, o Código Penal de Napoleão, em 1810, na França, o *Código Penale Sardo*, 1859, na Itália, dentre outras normas que foram emitidas pelos países, que tinham além do ideal liberal a realidade industrial em plena expansão”.

⁹¹ BARAÚNA, Augusto Cezar Ferreira de. *Manual de direito do trabalho*. op. cit., p. 4. Registra o autor que “Com base nos ideais de filosofia liberal, promulgou-se na França o chamado Decreto *Dallarde* (1790), quando as corporações de ofício foram sendo gradativamente extintas, tendo seu golpe de misericórdia, com a promulgação da *Lei Lé Chapelier*”.

⁹² PORTO, Lorena Vasconcelos. op. cit., p. 22.

⁹³ PESSOA, Flávia Moreira Guimarães. *Relações de trabalho na sociedade contemporânea*. São Paulo: LTr, 2009, p. 20.

⁹⁴ Idem. op. cit., p. 20.

instaladas no Rio de Janeiro e na Bahia, além de siderurgias em Minas Gerais e São Paulo, e, após a proclamação da Independência, em 1824, foi outorgada a Constituição do Império, que aboliu as corporações de ofício⁹⁵. Isso decorreu devido “à influência do ideário liberal preceituado pela Revolução Francesa. Surgindo as primeiras leis esparsas que viriam a regular os contratos escritos sobre prestação de serviços”⁹⁶, de natureza civil.

2.1.2 Do típico contrato de trabalho

Antes de adentrar no tema propriamente dito, faz-se necessário ressaltar que a evolução jurídica do contrato de trabalho decorre dos preceitos acerca das relações de direito real e de direito pessoal. A relação jurídica de direito civil recaía sobre uma coisa (res), que se refere ao direito real. Enquanto, a relação “de trabalho tem por objeto uma prestação pessoal, de dar, fazer ou não fazer, sendo por isso denominada de direito pessoal”⁹⁷.

Nesse contexto, o regime da escravidão comportava uma relação jurídica de direito real, isto porque o escravo não tinha personalidade jurídica, pois “era considerado “coisa” (res) – mercadoria-, não sendo sujeito de direito”⁹⁸.

Por outro lado, com o regime das servidões, os camponeses estavam ligados a prestação de atividades rurais, especificamente à terra, dela “retirando o seu sustento e o de seu proprietário”⁹⁹. Os servos não podiam se transformar em senhores da terra, apesar de não se desvincularem da mesma. A partir desse momento houve personalização do trabalho.

Embora tenha uma característica privada, o contrato de trabalho é protegido por normas de ordem pública em sua essencialidade. E, devido as diversas formas de contrato de trabalho existentes, houve a necessidade de formalizar e definir suas características, para transformá-lo em um instrumento válido no ordenamento jurídico, isto porque decorre do fato de ser uma manifestação de

⁹⁵ Idem. op. cit., p. 20.

⁹⁶ Idem. op. cit., p. 20.

⁹⁷ ZANGRANDO, Carlos Henrique da Silva. *Curso de direito do trabalho*: São Paulo: tomo II. LTr, 2008, p. 612.

⁹⁸ Idem. op. cit., p. 612.

⁹⁹ Idem. op. cit., p. 612.

vontade do indivíduo. Esse instrumento vinculatório fazia o papel da lei entre as partes.

É sabido que os acordos de vontade deviam ser respeitados - *pacta sunt servanda*-, pois “*refletiam um ato de liberdade individual*”¹⁰⁰. E, por decorrer desse acordo, os contratos deveriam ser considerados justos e intangíveis. As partes não poderiam deixar de cumpri-lo. Havia apenas exceção em relação aos casos excepcionais de força maior e de caso fortuito.

O contrato de trabalho tinha natureza civil antes da intervenção estatal, porque ele decorria de um contrato de prestação ou locação de serviços, sem que fossem levadas em consideração as suas formalidades essenciais. O empregador, como dito antes, tinha obrigação de pagar pelos serviços prestados e, nesta relação predominava a autonomia das partes.

Essa aparência de igualdade caracterizava-se por ser uma igualdade formal. Na verdade, havia uma grande desigualdade entre empregado e empregador, que perdurou até o final do século XIX. A partir dessa constatação o Estado passou a intervir nas relações de trabalho, impondo regras e limites nas contratações. A par dessas considerações, o que se entende por emprego típico, em contraposição às chamadas relações de trabalho atípicas?

O padrão “*típico do contrato de trabalho*”¹⁰¹, ou seja, contrato de emprego, é definido como sendo uma relação jurídica existente entre empregado e empregador, quando esse contrato é celebrado entre uma pessoa física e outra, física ou jurídica.

No plano fático existem os elementos fático-jurídicos da relação de emprego, tais como “*a subordinação, a pessoalidade, a não-eventualidade, a*

¹⁰⁰ BARAÚNA, Augusto Cezar Ferreira de. *Manual de direito do trabalho*. op. cit., p. 23. Aduz que “A concepção da liberdade e igualdade estabelecida pela Revolução Francesa (1789) confrontava com a organização das corporações de ofício, que estabeleciam preços e privilégios profissionais. A filosofia da liberdade individual de contratação -*pacta sunt servanda* -, sem a interferência de qualquer instituição estatal, conflitava com os ideais de liberdade e fraternidade da Revolução Francesa”.

¹⁰¹ BARAÚNA, Augusto Cezar Ferreira de. *Manual de direito do trabalho*. op. cit., p. 21. Analisando os aspectos da flexibilização do direito do trabalho e a terceirização, enfatiza o autor que “Da fragilidade da relação pactual entre patrão e empregado, estabelece-se novas condições para o trabalhador. Ocorrendo o enaltecimento do chamado “trabalho típico”, onde se buscou regulamentar condições mais sólidas, como por exemplo: trabalho assalariado por conta de outrem; vínculo contratual determinado (carteira de trabalho devidamente assinada); contrato de trabalho com duração indeterminada com sujeição as inovações de cláusulas provenientes de convenção coletiva ou de uma sentença normativa; estabilidade que eventualmente enseja carreira profissional; jornada de trabalho completa e que proporciona o suficiente para a renda familiar e devidamente exercida em um local certo de trabalho”.

*onerosidade e a alteridade (para alguns doutrinadores), devendo o trabalho ser realizado em benefício de outra pessoa*¹⁰².

Após a primeira guerra mundial, a relação jurídica existente entre empregado e empregador passa a conviver com outras formas, atípicas e flexíveis, tais como: contrato por prazo determinado, a terceirização, o contrato a tempo parcial, o consórcio de empregadores e as cooperativas.

Além dessas modalidades de contratação, a Consolidação das Leis do Trabalho passou a admitir algumas formas flexibilizatórias também atípicas, como o banco de horas e a suspensão do contrato de trabalho prevista na Lei n. 9.601, precarizando ainda mais a relação laboral e, conseqüentemente, mitigando a dignidade da pessoa humana.

2.1.3 Do contrato de trabalho e a relação de emprego

Partindo-se da concepção de que, a relação de emprego é fato jurídico, “*conclui-se que o contrato de trabalho é típico negócio jurídico*”¹⁰³. Tal relação surgiu a partir da primeira revolução industrial, isso porque não se pode falar em relação de emprego no regime das corporações de ofícios, dos servos da gleba e da escravatura.

Com efeito, com a invenção da máquina a “*vapor e das máquinas para industrialização do algodão, teve início a Revolução Industrial, a partir da segunda metade do século XVIII*”¹⁰⁴. Entretanto, cabe ressaltar que o trabalhador continua sendo explorado pela classe empregadora.

Ocorre que, analisando os fatos históricos acima apontados, que caracterizam a evolução do capitalismo, pode-se constatar pelo menos três “*revoluções industriais*” de acordo com ROMITA¹⁰⁵:

1ª) fins do século XVIII, princípios do século XIX, proporcionada pela produção de motores a vapor por meio de máquinas;

2ª) fins do século XIX, princípios do século XX, desenvolvimento e aplicação do

¹⁰² A CLT não faz exigência de que o empregado preste serviços com exclusividade a determinado empregador. Assim sendo, não dever ser considerado requisito essencial para configuração do vínculo empregatício que o empregado trabalhe para apenas um empregador. Há entendimentos doutrinários no sentido de que é possível ter vários contratos de trabalho, com empresas diversas, simultaneamente.

¹⁰³ ZANGRANDO, Carlos Henrique da Silva. *op. cit.*, p. 422.

¹⁰⁴ SAEGUSA, Cláudia Zaneti. *op. citl.*, p. 20.

¹⁰⁵ ROMITA, Arion Sayão. *Flexigurança: a reforma do mercado de trabalho*. São Paulo: LTr, 2008, p. 17.

motor elétrico e do motor a explosão;

3ª) a partir de Segunda Guerra Mundial, automação por meio de aparelhos eletrônicos.

Cabe afirmar que a Primeira Revolução Industrial abrange meras descrições históricas e sociais. Já na Segunda Revolução, Taylor introduziu na indústria o conceito de eficiência no processo econômico, fez uso do cronômetro e “*eliminou do trabalho humano os tempos mortos que retardavam a tarefa*”¹⁰⁶.

Assim, cada trabalhador tinha sua tarefa dividida nos menores componentes operacionais visivelmente identificáveis. E cada elemento “*da produção era medido para apurar o menor tempo atingível sob condições ótimas de desempenho*”¹⁰⁷.

O taylorismo¹⁰⁸, por sua vez, é caracterizado pela separação entre a organização das tarefas e sua execução, ou seja, o trabalhador não passa de uma engrenagem no sistema complexo dominado pela máquina¹⁰⁹.

De outro lado, há registros¹¹⁰ de que foi Ford quem criou a produção em série e implantou a padronização das peças que compõem o conjunto, que teve como objetivo acelerar o ritmo do trabalho. Esse processo como característica, a adoção da esteira móvel, “*trazendo vantagens em ganhos evidentes, entretanto trouxe consequências, como o caráter parcelado do trabalho e o operário ficava sujeito a um ritmo desumano, aumentando à fadiga nervosa e os acidentes e doenças profissionais*”¹¹¹.

Além da “*busca da racionalização*”¹¹², do trabalho em moldes taylorista, Ford idealizou a empresa¹¹³, incorporando a máquina como elemento

¹⁰⁶ Idem. op. cit., p. 17.

¹⁰⁷ Idem. op. cit., p. 18.

¹⁰⁸ RIFKIN, Jeremy. op. cit., p. 53. Explica o autor que “Usando um cronômetro, Taylor dividiu a tarefa de cada trabalhador nos menores componentes operacionais visivelmente identificáveis e mediu cada um para apurar o melhor tempo atingível sob condições de desempenho ótimas. Seus estudos aferiram o desempenho de trabalhadores em frações de segundo. Calculando os tempos médios e os melhores tempos atingidos em cada componente da tarefa do trabalhador, Taylor podia fazer recomendações sobre como mudar aspectos mínimos de desempenho, para economizar segundos preciosos e, até mesmo, milissegundos”.

¹⁰⁹ ROMITA, Arion Sayão. *Flexigurança: a reforma do mercado de trabalho*. op. cit., p. 18.

¹¹⁰ Idem. op. cit., p. 18.

¹¹¹ Idem. op. cit., p. 18.

¹¹² MEDEIROS, Benizete Ramos de. op. cit., p. 92. Citando FABRICIO, Márcio M. O modelo de produção "Jordista" e o consumo de massa, 2005. São Paulo. Disponível em: <<http://www.saplei.eesc.usp.br/sap5837>> Acesso em: 25.8.2007

¹¹³ GONÇALVES, Rogério Magnus Varela. *Direito Constitucional do Trabalho: aspectos controversos da automatização*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2003, p. 97.

central ao ritmo da produção, ou seja, com linha de montagem, produção em larga escala e, principalmente, “*responsável pela produção do produto do início ao seu término. Cedeu lugar a um modelo mais horizontal, com importação das técnicas da Toyota*”¹¹⁴.

Diferentemente do modelo de Ford, a produção no modo toyotismo visa ao estoque mínimo, onde são utilizados métodos organizacionais como *just in time*, subcontratação, terceirização, flexibilização, controle de qualidade total, eliminação do desperdício¹¹⁵.

Traço importante para ser ressaltado é que o toyotismo¹¹⁶ utiliza empresas terceirizadas para explorar o seu ramo econômico, “*diminuindo encargos trabalhistas e previdenciários, sem contar a redução dos encargos operacionais para administrar inúmeros empregados*”¹¹⁷.

Além disso, estrutura-se a partir de um número mínimo de trabalhadores e aumento do número de horas extras, havendo um incremento maior da contratação de trabalhadores temporários.

A reestruturação produtiva, portanto, reduz emprego e pode causar

¹¹⁴ Idem. op.cit., p. 97.

¹¹⁵ GÊNNOVA, Leonardo de. *O princípio da proteção no século XXI: os novos desafios do trabalhador Brasileiro*. São Paulo : LTr, 2009, p. 40.

¹¹⁶ DALLEGRAVE NETO, José Affonso. *Análise de conjuntura Socioeconômica e o Impacto no direito do Trabalho*. São Paulo: Revista LTr. v. 4, n. 65, abril.2001. p. 04/391. O autor, por seu turno, explica que “A empresa Toyota, entre os anos de 1950-1970 altera as bases do sistema Fordista, introduzindo a produção flexível. Algumas diferenças entre a linha de produção fordista e a toyotista merecem ser destacadas para melhor compreensão: na estrutura fordista o trabalho é fragmentado sendo construído em série e sem grandes modificações de seus modelos *standard*. A produção é estocada e a empresa é verticalizada, controlando todas as áreas e fases da produção num único local geográfico: desde a matéria prima até o transporte dos seus produtos. Quanto maior a empresa, melhor (*the big is beautiful*). O gerenciamento e o controle de qualidade estão centralizados na pessoa de um superior hierárquico. No toyotismo a produção é sob medida (*just-in-time*), de acordo com a demanda e exigências do consumidor. Não há sobra e, portanto, não há necessidade de estocagem, o que diminui custo. As empresas são horizontalizadas, terceirizando e subcontratando a maior quantidade possível de setores da produção (*the small is beautiful*). No toyotismo o trabalhador é polivalente e versátil, devendo estar apto a operar várias máquinas e a desempenhar múltiplas funções simultaneamente. As tarefas múltiplas são também repetitivas, rápidas e ainda mais estressantes que o fordismo, em face da maior responsabilidade e menor morosidade da jornada de trabalho. Passa-se a implantar os CCQs — círculos de controle de qualidade e os CQTs — controles de qualidade total, ficando os próprios grupos de empregados incumbidos da fiscalização mútua, desaparecendo a figura do gerente superior hierárquico. Por último importa lembrar que enquanto no fordismo a integração dos trabalhadores na economia capitalista se dava através do consumismo ensejado pelo aumento de salário, no toyotismo a situação é diferente: não há qualquer compensação ou atrativo para a classe trabalhadora que progressivamente tem seus proventos aplacados. O desemprego estrutural e a dificuldade de acesso ao consumo constituem espécies de marcas registradas dos novos tempos de precarização”.

¹¹⁷ Idem.

inúmeras doenças pelo excesso de trabalho exigido pelas empresas contratadas¹¹⁸. Essa intensidade de trabalho, as grandes mudanças e a forte pressão são fatores fundamentais para o aumento do esgotamento físico e psicológico, que pode desencadear a fadiga crônica, hipertensão, câncer, problemas mentais, inclusive, a morte.

Por outro lado, com base no art. 2º, *caput*, e do art. 3º, *caput*, da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), é possível identificar o conceito de contrato individual do trabalho como sendo o acordo de vontade pelo qual uma pessoa natural se compromete a prestar serviços não eventuais a outra pessoa, física ou jurídica, em seu proveito e sob suas ordens, mediante salário.

Do referido conceito se extrai que o contrato de trabalho resulta de um ato jurídico bilateral, que está sujeito a manifestação da vontade de ambas as partes, para que sua celebração seja considerada válida e, conseqüentemente, possa produzir efeitos na ordem jurídica.

O requisito pessoalidade significa que somente pode ser empregado pessoa física, e nunca pessoa jurídica. E ele é *intuitu personae*, isto é, celebrado levando em consideração as qualificações pessoais e profissionais de determinada pessoa, ou seja, do empregado.

Ademais, em virtude desse requisito se extrai que o trabalhador não pode fazer-se substituir por outro sem permissão do seu empregador. Isto é, a pessoalidade, ou seja, a infungibilidade é inerente em relação ao empregado, mas completamente desnecessária em relação ao empregador, “*que pode ser substituído sem alterar os direitos adquiridos e a contagem do tempo de serviço do empregado*”¹¹⁹.

Ressalte-se que, na prestação de serviços, em regra, há uma obrigação de fazer, pela qual o trabalhador se compromete a colocar a sua força de trabalho à disposição de uma pessoa física ou jurídica (empregador), que se beneficia do seu labor.

Quanto ao requisito serviços não eventuais, ou seja, a continuidade, a prestação dos serviços pelo trabalhador não deve ser eventual; “*ao revés, tem que*

¹¹⁸ Idem.

¹¹⁹ BARAÚNA, Augusto Cezar Ferreira de. *Manual de direito do trabalho*. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 86.

*ser permanente*¹²⁰. A continuidade depende da permanência do empregado na atividade, ou seja, pela semana completa ou somente alguns dias, e, mesmo *“incompleta de dias na semana se repete durante meses no curso do Contrato de Trabalho, pode configurar vínculo empregatício”*¹²¹.

Sobre o exato sentido do elemento fático-jurídico da não eventualidade, existem teorias apontando a noção de “eventualidade”, que levam em consideração a condição do serviço prestado pelo trabalhador. Essas teorias, segundo Maurício Godinho Delgado, são: *a teoria do evento, a teoria dos fins do empreendimento, a teoria da fixação jurídica e a teoria da descontinuidade*.

A primeira, considera trabalho eventual aquele realizado em virtude de um determinado acontecimento, obra ou serviço. A teoria dos fins da empresa, ou teoria dos fins do empreendimento, a mais prestigiada (Súmula n. 331 do TST), estabelece que *“eventual é o trabalhador contratado para a realização de tarefas não incluídas no rol das atividades normais do empreendimento, de modo esporádico. Essa teoria não é isenta de críticas, notadamente quanto à variedade de “atividades” da empresa moderna”*¹²².

Por outro lado, segundo a terceira teoria, da fixação jurídica¹²³ ao tomador dos serviços, eventual é o trabalhador que não se fixa a uma fonte de trabalho, enquanto empregado é o trabalhador que se fixa numa fonte de trabalho. Assim, sendo o trabalhador eventual não é fixo; fixo é o empregado vinculado a determinada empresa.

A teoria da descontinuidade destaca a não-permanência do empregado em uma organização com ânimo de permanecer (definitivo). Nesse contexto, o trabalho tem caráter esporádico, com espaçamentos de tempo reduzidos com respeito ao tomador de serviços.

Com relação ao requisito da onerosidade, é complexo, pois esta

¹²⁰ MORAES FILHO, Evaristo de. *In: Antônio Carlos Flores de Moraes. Introdução ao direito de trabalho*. 8. ed. São Paulo: LTr, 2000. p. 236. Esclarece o autor que continuidade de serviços é a possibilidade que o contrato de trabalho contém em si de se prolongar indefinidamente no tempo, colocando o empregado a sua força de trabalho à disposição do empregador de modo contínuo. Essa continuidade é relativa, pois é de todo impossível uma absoluta continuidade na prestação do trabalho.

¹²¹ BARAÚNA, Augusto Cezar Ferreira de. *Manual de direito do trabalho*. op. cit., p. 86.

¹²² ZANGRANDO, Carlos Henrique da Silva. op. cit., p. 455.

¹²³ Idem. p. 455.

depende de determinadas circunstâncias¹²⁴. A CLT refere-se a esse elemento com a expressão: "...mediante salário", consoante dispõe o art. 3º, *caput*, do texto Consolidado.

A onerosidade é uma das características típicas do contrato de trabalho, pela prestação de serviços do empregado, "que sujeita o empregador a uma obrigação de dar"¹²⁵.

A relação de emprego naturalmente pactuada possui "um fundo econômico"¹²⁶, ou seja, de caráter essencialmente remuneratório. É que, em toda e qualquer relação de emprego, a onerosidade deve estar presente, ou seja, embora possa ser presumida¹²⁷, isso porque a Consolidação das Leis do Trabalho dispõe que, "na falta de estipulação do salário ou não havendo prova sobre a importância ajustada, o empregado terá direito a perceber salário igual ao daquela que, na mesma empresa, fizer serviço equivalente ou do que for habitualmente pago para serviço semelhante" (art. 460 c/c art. 447, ambos da CLT)¹²⁸.

É sabido que, quando o trabalhador presta serviços e se submete ao poder de direção do empregador, espera obter um retorno financeiro pelo trabalho físico empregado na execução da tarefa.

Assim, a relação de emprego é, de fato, onerosa, isso porque a principal obrigação do empregado é prestar serviços físicos ou intelectuais ao empregador, e este tem como sua principal obrigação, a de dar, ou seja, pagar salários ao empregado, nos termos do ajuste celebrado.

Assim, a prestação de serviços pelo obreiro possui um valor econômico; colocada à disposição do empregador, deve ter uma contrapartida financeira em proveito do empregado, consubstanciada no complexo salarial, isto é, "no conjunto de verbas contraprestativas pagas pelo empregador ao empregado em

¹²⁴ CATHARINO, José Martins. *Temas de direito do trabalho*. Rio de Janeiro: Edições Trabalhistas, 1993, p. 89.

¹²⁵ MORAES FILHO, Evaisto. Coporo. *Introdução ao Direito do Trabalho*. São Paulo, 4. ed. LTr, 1986, p. 199 e 215.

¹²⁶ BARAÚNA, Augusto Cezar Ferreira de. *Manual de direito do trabalho*. op. cit., p. 86.

¹²⁷ Cabe esclarecer que há prestação de serviços sem ônus, ou seja, com ausência do requisito da onerosidade (um exemplo típico é trabalho voluntário), onde se desenvolve uma atividade, sem, contudo, ter fins lucrativos, é o caso dos serviços assistenciais de associações ou ordens religiosas), desde que nessas situações haja ausência de subordinação e um serviço sem a obrigação da pessoalidade.

¹²⁸ O artigo 447 da CLT dispõe que na falta de acordo ou prova sobre condição essencial ao contrato verbal, esta se presume existente, como se a tivessem estatuído os interessados na conformidade dos preceitos jurídicos adequados à sua legitimidade.

*virtude da relação empregatícia pactuada*¹²⁹.

As parcelas relacionadas no parágrafo 1º do art. 457 da CLT constituem sobre-salário, integrando o salário-base na formação do complexo salarial¹³⁰. Ressalte-se que compõem esse complexo, ou seja, “*atribui natureza salarial às parcelas nele referidas, distinguindo-se, porém, do salário-base*”¹³¹.

É sabido que o salário básico é fixado por unidade de tempo (mês, semana, dia ou hora) ou por unidade de obra ou serviço (unidade produzida), o que “*o diferencia das prestações que, por sua natureza, integram o complexo salarial*”¹³², entre outras, as gratificações e adicionais oriundos do contrato ou de qualquer fonte normativa, ou as diárias para viagem (se excedentes de metade do salário mensal estipulado – Súmula n. 318 C. TST¹³³), que também integram o salário do empregado (art. 457, § 1º da CLT. Isso porque tais “*prestações possuem natureza salarial, mas não compõem o salário básico fixado no contrato de trabalho*”¹³⁴.

A ordem jurídica estabelece que, na estipulação do salário¹³⁵, o valor deste deve ser em espécie¹³⁶, “*sob pena de não ser considerado válido o pagamento*”¹³⁷.

De outro lado, destaque-se que o pagamento dos salários deve ser, via de regra, em espécie (dinheiro), por semana, por quinzena ou por mês. Isso

¹²⁹ DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2009, p. 277. Maurício Godinho relata que a onerosidade deve ser enfocada sob a ótica do prestador de serviços: apenas nessa perspectiva é que ela constitui elemento fático-jurídico da relação de emprego.

¹³⁰ SÜSSEKIND, Arnaldo. *Direito constitucional do trabalho*. 4.ed. (ampl. e atual.) Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 178. Advoga a tese de que “O § 1º do art. 457 restringe-se a indicar os elementos que compõem o que poderíamos chamar o complexo salarial? isto é, ‘confere natureza salarial às parcelas nele referidas, distinguindo-as, porém, do salário-base. As gratificações e as percentagens correspondem ao que se denomina sobre-salário; somam-se ao salário-base, mas neste não se diluem, nem perdem suas características próprias”.

¹³¹ ROBINSON, Carlos Alberto Robinson. *A Efetividade da Súmula Vinculante N. 04 do STF e suas repercussões na esfera trabalhista*. São Paulo: Revista LTr. v. 72, n. 11, abril.2008. p. 11/1295

¹³² SÜSSEKIND, Arnaldo. *Direito constitucional do trabalho*. cit., p. 178.

¹³³ SUM-318 DIÁRIAS. BASE DE CÁLCULO PARA SUA INTEGRAÇÃO NO SALÁRIO (mantida) - Res. 121/2003, DJ 19, 20 e 21.11.2003. “Tratando-se de empregado mensalista, a integração das diárias no salário deve ser feita tomando-se por base o salário mensal por ele percebido e não o valor do dia de salário, somente sendo devida a referida integração quando o valor das diárias, no mês, for superior à metade do salário mensal”.

¹³⁴ SÜSSEKIND, Arnaldo. *Direito constitucional do trabalho*. op. cit., p. 178.

135 Art. 29, § 1º da CLT estabelece que as anotações concernentes à remuneração devem especificar o salário, qualquer que seja sua forma de pagamento, seja ele em dinheiro ou em utilidades, bem como a estimativa da gorjeta.

¹³⁶ Art. 477, § 4º da CLT - O pagamento a que fizer jus o empregado será efetuado no ato da homologação da rescisão do contrato de trabalho, em dinheiro ou em cheque visado, conforme acordem as partes, salvo se o empregado for analfabeto, quando o pagamento somente poderá ser feito em dinheiro.

¹³⁷ Art. 463 - A prestação, em espécie, do salário será paga em moeda corrente do País. Parágrafo único - O pagamento do salário realizado com inobservância deste artigo considera-se como não feito.

porque em algumas atividades é possível de haver pagamento de formas variáveis (comissão, gorjeta, entre outras espécies), em que o prazo para pagamento é superior a 30 dias)¹³⁸. Existem ainda certos salários *in natura*, espécies de “benefícios concedidos em decorrência da relação de emprego (art. 81 da CLT¹³⁹), que podem configurar-se como salários indiretos”¹⁴⁰.

A subordinação, por sua natureza, é a característica mais importante da relação de emprego, uma vez que os outros elementos - a pessoalidade, a onerosidade e a não eventualidade – “podem estar presentes em outras relações, como no trabalho autônomo. Para se constatar com segurança que se está diante de uma relação de emprego, o elemento essencial é a subordinação”¹⁴¹.

De fato, se não há subordinação, inexistente a relação de emprego, não goza o trabalhador dos direitos assegurados pela Consolidação das Leis do Trabalho. Daí, a importância de se estabelecer esse conceito¹⁴².

Registre-se que a subordinação ou dependência, em sua origem clássica, correspondia à submissão do empregado a ordens patronais vinculantes e penetrantes, sobre o modo de desenvolver a sua prestação de serviços, e a controles contínuos sobre suas atividades com aplicação de sanções disciplinares em caso de descumprimento das ordens do empregador. Essa era a ideia de uma “forte heterodireção patronal sobre diversos aspectos da prestação laborativa obreira”¹⁴³.

Nesse contexto, a subordinação se caracterizava com ordens específicas, “com controle de horário de trabalho, com o exercício da prestação laborativa nos próprios locais da empresa, sob a fiscalização do empregador ou de

¹³⁸ Art. 459 - O pagamento do salário, qualquer que seja a modalidade do trabalho, não deve ser estipulado por período superior a 1 (um) mês, salvo no que concerne a comissões, percentagens e gratificações.

¹³⁹ Art. 81 - O salário mínimo será determinado pela fórmula $S_m = a + b + c + d + e$, em que "a", "b", "c", "d" e "e" representam, respectivamente, o valor das despesas diárias com alimentação, habitação, vestuário, higiene e transporte necessários à vida de um trabalhador adulto.

¹⁴⁰ BARAÚNA, Augusto Cezar Ferreira de. *Manual de direito do trabalho*. op. cit., p. 86.

¹⁴¹ Ressalte-se que pode haver relações de trabalho onde há todos os elementos da relação de emprego, inclusive a subordinação, contudo, por disposição expressa do legislador, elas não são consideradas relações de emprego, como ocorre com o servidor público estatutário e o estagiário. Entretanto, essas situações excepcionadas são expressamente autorizadas pela ordem jurídica, em virtude da natureza da relação existente entre o prestador de serviços e o tomador.

¹⁴² PORTO, Lorena Vasconcelos. *op. cit.*, p. 30.

¹⁴³ *Idem*. op. cit., p. 43.

seus prepostos”¹⁴⁴.

Assim, o empregado estava sempre submisso às ordens impostas pelo empregador. Contudo, com o passar do tempo a atividade industrial se desenvolve e surgem novos métodos de trabalho, evoluindo as práticas comerciais, e o estado de subordinação também se altera diante da automação dos serviços de informática, por exemplo. A missão do pesquisador “*reside em detectar essas alterações, através das quais o conceito jurídico sofreu revisão em suas bases*”¹⁴⁵.

De outro lado, ROMITA¹⁴⁶ defende que deve haver relação de causalidade entre as atribuições patrimoniais, “*devendo entender-se por atribuição patrimonial, em outras palavras, a obtenção de uma vantagem mensurável em espécie*”. Diz ainda o referido autor que ela “*é onerosa se tem como contrapartida um correlativo sacrifício patrimonial, suportado pelo seu beneficiário; gratuita na hipótese inversa*”¹⁴⁷.

Parte da doutrina aponta que a subordinação jurídica resulta, para o empregador, em três prerrogativas¹⁴⁸: “*a) poder de dirigir e comandar a prestação dos serviços; b) poder de controlar o cumprimento da obrigação anterior; c) poder de punir a desobediência violadora da fidejussão contratual*”.

É sabido que a subordinação jurídica em determinados casos é extremamente complexa e difícil de ser identificada, tendo em vista as chamadas “*zones frontières*” (zonas fronteiriças) entre o trabalho subordinado e o trabalho autônomo¹⁴⁹. A propósito, adverte Jorge Souto Maior que “*a subordinação não se caracteriza por uma relação de poder entre pessoas, mas sobre a atividade exercida*”¹⁵⁰.

¹⁴⁴ Idem. op. cit., p. 43.

¹⁴⁵ MAIOR, Jorge Luiz Souto. *Curso de direito do trabalho: a relação de emprego, volume II*. São Paulo: LTr, 2008, p. 51.

¹⁴⁶ Nesse sentido é o entendimento de ROMITA, Arion Sayão. *Flexigurança: a reforma do mercado de trabalho*. op. cit., p. 23.

¹⁴⁷ GALVÃO TELLES, Inocêncio. “*Direito das obrigações*”. 5 ed. Coimbra Editora, 1986, pág. 79 *apud* ROMITA.

¹⁴⁸ Essas prerrogativas são apontadas por Délio Maranhão, op. cit., p. 54.

¹⁴⁹ MAIOR, Jorge Luiz Souto. *Curso de direito do trabalho: a relação de emprego*. op. cit., p. 45.

¹⁵⁰ MAIOR, Jorge Luiz Souto. *Curso de direito do trabalho: a relação de emprego*. op. cit., p. 52. Relata Jorge Souto Maior: “*Quanto à dependência econômica, é importante não confundir as coisas. Este aspecto, relevante, mas não determinante da relação de emprego, não deve ser visto a partir da vinculação da pessoa com seu próprio trabalho. Em outras palavras, a característica da dependência não pode ser enunciada pela vinculação que toda pessoa tem com o seu próprio trabalho. O autônomo, obviamente, depende de seu trabalho para viver e, portanto, todas as pessoas que usufruem algum benefício do serviço prestado pelo trabalhador autônomo,*

Também há outro ponto de ampliação¹⁵¹ do conceito, ou seja, "a *inserção estrutural*¹⁵² do obreiro na dinâmica do tomador de seus serviços"¹⁵³. Percebe-se nitidamente essa situação nos casos de terceirização de serviços, uma vez que a subordinação é minimizada dentro da organização, pois há uma coordenação através de ordens indiretas, ou seja, ela passa a ser estrutural e não há hierarquia igual ao modelo clássico de organização, isso porque se "*manifesta pela inserção do trabalhador na dinâmica do tomador de seus serviços, independentemente de receber (ou não) suas ordens diretas, mas acolhendo, estruturalmente, sua dinâmica de organização e funcionamento*"¹⁵⁴.

De fato, com a terceirização, devido a necessidade de reduzir os custos, novas tecnologias surgiram. Citam-se, como exemplo, as do setor de telecomunicações decorrentes das inovações oriundas da informática, que "*permitem ao trabalhador prestar os seus serviços em local diverso do estabelecimento empresarial, sem prejudicar a direção e o controle pelos empregadores, como ocorre com o trabalho em domicílio*"¹⁵⁵.

Na terceirização dos serviços, por exemplo, há necessidade constante de reestruturação da empresa, visando à eliminação de custos. É a "*tendência de tornar a empresa mais enxuta*"¹⁵⁶, retirando dela parcelas do ciclo produtivo, as quais são transferidas a diversas outras empresas, menores, menos visíveis, chamadas de empresas prestadoras de serviços, que contratam trabalhadores como o objetivo de realizar determinadas tarefas para as quais são especializadas.

remunerando-o por isto, contribuem para a satisfação do interesse econômico daquele. Nesta medida, pode-se dizer que o autônomo é dependente de todos aqueles que consomem o seu trabalho. Mas aí não se tem a dependência típica da relação de emprego, pois este "consumidor" é uma personalidade difusa".

¹⁵¹ MAIOR, Jorge Luiz Souto. *Curso de direito do trabalho: a relação de emprego, volume II*. São Paulo: LTr, 2008, p. 52.

¹⁵² PORTO, Lorena Vasconcelos. op. cit., p. 250. Nesse sentido, posicionou-se a autora.

¹⁵³ Neste sentido: Delgado, Maurício Godinho. *Direitos fundamentais na relação de trabalho*. Revista LTr. v. 4, n. 70, junho.2006. p. 657-667.

¹⁵⁴ DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. p. 222.

¹⁵⁵ PORTO, Lorena Vasconcelos. op. cit., p. 77.

¹⁵⁶ DELGADO, Gabriela Neves. *Terceirização: paradoxo do direito do trabalho contemporâneo*. op. cit., p. 169. Uma das passagens que melhor refletem essa ideia de empresa enxuta, advem dos ensinamentos da autora quando assevera que "A nova ênfase do processo produtivo, que se tornou hegemônica no tempo presente, pauta-se na especialização de bens e serviços e na otimização dos custos, passando a exigir das grandes empresas que instalem fórmulas redutoras e horizontais de organização do processo laborativo, sempre com vistas ao aumento dos lucros e à competitividade no mercado. Estrutura-se, pois, o padrão produtivo toyotista, mediante a legitimação de um novo conceito de empresa, designado de "empresa-magra" ou "enxuta", decorrendo desse fato a instituição de relações de trabalho trilaterais, produtos do fenômeno conhecido como terceirização".

Assim, pode ocorrer que uma parte da produção, que antes era realizada dentro da empresa (como acontecia inicialmente com a indústria automobilística), passe a ser feita fora dela. É o caso, por exemplo, dos *“trabalhadores em domicílio a mando de outras empresas chamadas prestadoras de serviços, para executar atividades que antes eram consideradas típicas da tomadora dos serviços”*¹⁵⁷.

Esses fatos são corriqueiros nas atividades bancárias, pois muitas vezes são contratadas empresas prestadoras de serviços para realizar serviços tipicamente bancários, burlando o ordenamento jurídico. É que, empregados efetivos do banco tomador dos serviços passam a instruir os prestadores de serviços a realizarem atividades que são típicas dos bancários, como a compensação de cheques, conferências de assinaturas, dentre outras.

No caso mencionado, ambos os empregados (efetivo e da empresa terceirizada) laboram no mesmo local, separados apenas por uma divisória. Esse disfarce visa a dificultar a constatação do elemento subordinação. A questão mais importante e prejudicial é que os empregados efetivos dos bancos têm uma gama de direitos e salários superiores aos das empresas prestadoras de serviço, o que denota uma precarização das relações de trabalho, violando o princípio da não discriminação.

De outro lado, a subordinação também pode ser constatada nas atividades desenvolvidas na residência do trabalhador. Isso porque o empregado, por depender economicamente do tomador dos seus serviços, em regra, está sujeito a ordem da empresa, ao ditar a forma de organização da produção. Entretanto, o empregado contratado não deve trabalhar para muitas pessoas, bem como não deve assumir os riscos de sua atividade.

Vale ressaltar que o mesmo não se pode dizer do trabalhador em domicílio autônomo, ou seja, aquele que realiza típica relação de trabalho. A título de exemplo, cita-se o artesão, que além de ser proprietário da matéria-prima, presta *‘serviços a uma pluralidade indeterminada de fregueses, vende o produto diretamente no mercado, assumindo os riscos e se apropriando dos lucros de seu*

¹⁵⁷ PORTO, Lorena Vasconcelos. op. cit., p. 77.

trabalho”¹⁵⁸.

2.1.4 Da atipicidade da relação de trabalho

Devido à crise de emprego tanto no Brasil como em outros países do mundo, e pelo próprio crescimento da oferta de mão de obra, somado ao aprimoramento nas exigências do mercado receptor, exigem-se cada dia mais profissionais altamente qualificados para produzir em estabelecimentos de tecnologia avançada. Nesse diapasão, “o trabalho típico começou a dar lugar para os trabalhos temporários ou por prazo determinado, formas atípicas de contratação”¹⁵⁹.

O trabalho atípico diferencia-se do labor tradicional, ordinário, clássico, em face da “*forma de integração organizativa da empresa, disponibilidade temporal, entre outros aspectos*”¹⁶⁰. Nesse contexto, a flexibilidade imposta pelo empregador nas relações de trabalho acarreta baixo custo da mão de obra, em virtude da redução de direitos do trabalhador.

Há uma tendência natural de que essa forma de prestação de serviços venha a aumentar cada vez mais em todo o mundo, devido ao fato de que o custo da mão de obra é mais barato.

Os contratos atípicos têm essa denominação porque fogem à regra geral inerente aos contratos de trabalho, principalmente, no que tange à jornada de trabalho e redução de direitos, como o aviso prévio e a multa de 40% do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, pois a forma do término da relação de emprego implica uma diminuição no valor a ser recebido pelo obreiro. Acrescente-se a isso o *fato de serem incorporados os institutos integrantes do conceito de flexibilização do Direito do Trabalho*¹⁶¹.

Além disso, os fatores de proteção ao trabalhador nos contratos

¹⁵⁸ Idem. op. cit., p. 52

¹⁵⁹ BARAÚNA, Augusto Cezar Ferreira de. *A terceirização à luz do Direito do Trabalho*. São Paulo: LED-Editora de Direito, 1999. p. 44.

¹⁶⁰ VASAPOLLO, Luciano. *O trabalho atípico e a precariedade. Elemento estratégico determinante do capital no paradigma pós-fordista*. In: ANTUNES, Ricardo (coord.). *Riqueza e miséria do trabalho no Brasil*. São Paulo: Boitempo, 2006.

¹⁶¹ SANTOS, Enoque Ribeiro dos. op. cit., p. 141.

atípicos “*não são os mesmos do contrato de trabalho normal ou ordinário, eis que aqueles se caracterizam como contratos de emprego precário*”¹⁶².

Salienta ainda BARROSO¹⁶³ que os modelos atípicos de emprego induzem o trabalhador a uma requalificação, com o objetivo de manter seu emprego, para atender às necessidades da nova organização das relações de produção, impondo-se vários ajustes na natureza da prestação dos serviços.

A relação de trabalho típico diferencia-se das relações atípicas de emprego, em face de as empresas buscarem uma redução das garantias de natureza econômica ao trabalhador, que são protegidas por normas de ordem pública, enquanto “*as relações precárias de emprego estão voltadas para situações especiais na prestação dos serviços pelos trabalhadores*”¹⁶⁴. Ressalta-se que nem “*todos os empregados atípicos são necessariamente precários*”¹⁶⁵.

Os contratos atípicos “*resultam nos empregos flexíveis, também denominados eventuais ou precários, embora haja diferenças na caracterização de cada tipo*”¹⁶⁶.

A flexibilização é o fenômeno que veio acelerar a mudança da relação de emprego em tempo integral para a de tempo parcial, além de dar “*preferência aos contratos de prazo determinado e precários, em detrimento dos contratos de prazo indeterminado*”¹⁶⁷.

Nesse contexto, a flexibilização é um fator que dificulta a capacidade de organização dos trabalhadores, quando se leva em consideração o desemprego estrutural provocado pela reengenharia produtiva. Somado a isso, devido à flexibilização da relação de trabalho, há evidente aumento das prerrogativas do poder empresarial (poder diretivo), provocando, conseqüentemente, uma maior “*precarização da relação de emprego, isso porque diminui a valorização profissional em face da busca pela empregabilidade e, obviamente, tem reflexo negativo no*

¹⁶² BARROSO, Fábio Túlio. *Direito flexível do trabalho: abordagens críticas*. Recife: Ed. Universitária da UFPE, 2009. p. 52.

¹⁶³ BARROSO, Fábio Túlio. *Direito flexível do trabalho: abordagens críticas*. op. cit., p. 52.

¹⁶⁴ Idem. op. cit., p. 53.

¹⁶⁵ Idem. op. cit., p. 53.

¹⁶⁶ PESSOA, Flávia Moreira Guimarães. *Relações de trabalho na sociedade contemporânea*. op. cit., p. 36.

¹⁶⁷ SANTOS, Enoque Ribeiro dos. op. cit., p. 142.

sustento do trabalhador”¹⁶⁸.

As novas formas de contratação, sobretudo as atípicas, aumentaram a diferença existente entre os conceitos de trabalho subordinado e trabalho autônomo. Dentre outras formas, cita-se, por exemplo: teletrabalho, trabalho móvel, “trabalho periférico, trabalho remoto ou trabalho à distância, além do trabalho eletrônico, que são denominações utilizadas para indicar novas formas de labor”¹⁶⁹.

É sabido que, em face das condições impostas pelo empregador, e não por parte do empregado, não há o poder de negociar nessa situação por parte do empregado, tendo em vista que, em não aceitando a proposta de emprego feita pelo empregador, outro pretendente ao emprego o fará, o que torna a forma de contratação atípica bastante vantajosa para as empresas.

A partir dessa constatação, serão feitas algumas considerações a respeito das características de alguns contratos atípicos.

2.1.5 Do contrato a tempo parcial

A Organização Internacional do Trabalho instituiu a Convenção nº 175 (Decreto do Presidente da República n. 50/2006, de 28/04/2006, ratifica a referida convenção sobre trabalho a tempo parcial, complementada pela Recomendação nº 182, que teve como objetivo aumentar o número de empregos, e estabelece requisitos sobre o trabalho a tempo parcial. “Na época”¹⁷⁰ em que foi

¹⁶⁸ BARROSO, Fábio Túlio. *Direito flexível do trabalho: abordagens críticas*. op. cit., p. 56.

¹⁶⁹ SANTOS, Enoque Ribeiro dos. op. cit., p. 241. O aumento do número de contratos atípicos não significa, em tese, que há um aumento no número de empregos. Esse fato, inclusive, foi constatado pelo referido autor, ao asseverar que na “Espanha é um dos países da Europa em que vigora o maior número de contratos atípicos de trabalho, desde os de prazo determinado, contratos temporários, até os contratos de meio-período, e nem por isso conseguiu diminuir o índice de desemprego, que atualmente situa-se na região dos 19% de sua população economicamente ativa”.

¹⁷⁰ RIFKIN, Jeremy. op. citl, p. 27. O autor salienta que “Em 1932, a classe trabalhadora organizada havia mudado o argumento em favor da redução das horas de trabalho, da preocupação com a qualidade de vida, para o da justiça econômica. Líderes trabalhistas viam o desemprego tecnológico como o ‘resultado natural da maior eficiência, dos lucros econômicos e de mercados limitados’.³³ Argumentavam que se a nação quisesse evitar a disseminação do desemprego permanente, seria necessário que a comunidade econômica dividisse os ganhos da produtividade com seus trabalhadores na forma de horas de trabalho reduzidas. A redistribuição das horas estava sendo vista, cada vez mais, como uma questão de sobrevivência. Se as novas tecnologias aumentavam a produtividade e levavam para um número menor de trabalhadores e para a superprodução, o único antídoto apropriado era reduzir o número de horas trabalhadas para que todos pudessem ter emprego, rendimento e poder aquisitivo suficientes para absorver o aumento da produção. *Bertrand Russell*, o grande matemático e filósofo inglês, defendeu a causa dos trabalhadores. ‘Não deveria haver oito horas diárias para alguns e zero para outros, mas quatro horas diárias para todos.’³⁴(³⁴ Russell, Bertrand. *In Praise of Idleness and Other Essays*. Londres: 1935, p. 17)

“adotada essa convenção teve largo uso em diversos países”¹⁷¹, principalmente nos Estados Unidos¹⁷².

No Brasil, a Medida Provisória nº 1.709, de 1998, que, em 24 de agosto de 2001, já havia sido renovada 41 vezes (nº 2.164-41)¹⁷³, quando veio a criar o trabalho a tempo parcial ao acrescentar na CLT o art. 58-A.

Contudo, não se deve confundir o trabalho a tempo parcial com os contratos especiais de trabalho, tais como “os de médicos, ascensoristas, telefonistas, bancários, dentre outros, nos quais a jornada de trabalho é inferior a 8 horas diárias”¹⁷⁴. Tais profissionais têm jornada especial “reduzida por força de norma jurídica própria”¹⁷⁵ (heterônoma), isto porque a jornada foi reduzida pela lei, tendo em vista que o trabalho é mais desgastante para tais profissionais —, o que não ocorre na situação aventada pelo regime de tempo parcial¹⁷⁶.

O art. 58-A da CLT considera “trabalho em regime de tempo parcial aquele cuja duração não exceda a vinte e cinco horas semanais”. O salário será proporcional à duração ajustada, em confronto com o percebido pelos “empregados que cumprem, nas mesmas funções, tempo integral” (§ 1º do art. 58-A)¹⁷⁷, e aplica-se a qualquer tipo de jornada contratualmente reduzida¹⁷⁸.

Com relação aos trabalhadores que já trabalham mais de 25 horas semanais, somente poderão optar pelo regime de tempo parcial se for negociado em acordo coletivo ou convenção coletiva (§ 2º), e o trabalhador opte por uma jornada inferior a 25 horas, em relação aos demais empregados. Isso traz consequências para suas férias e seu salário.

Com efeito, com relação ao salário¹⁷⁹, ele será proporcional à

¹⁷¹ SÜSSEKIND, Arnaldo. *Curso de Direito do Trabalho*. 3. ed. rev. e atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2010. p. 468.

¹⁷² Esse tipo regime contratual foi bastante utilizado na Noruega, Japão, Suécia, Holanda, Grã-Bretanha e Estados Unidos.

¹⁷³ SÜSSEKIND, Arnaldo. *Curso de Direito do Trabalho*. cit., p. 468.

¹⁷⁴ MARTINS, Sérgio Pinto. *Curso Direito do Trabalho*. 25. Ed. São Paulo: Editora Atlas, 2009. p. 127.

¹⁷⁵ DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. cit., p. 843.

¹⁷⁶ Idem. p. 843.

¹⁷⁷ SÜSSEKIND, Arnaldo. *Curso de Direito do Trabalho*. op. cit., p. 468.

¹⁷⁸ DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. op. cit., p. 843.

¹⁷⁹ ZANGRANDO, Carlos Henrique da Silva. op. cit., p. 674. Explica o autor que “Os princípios básicos a serem respeitados, no caso, sempre foram o da isonomia de tratamento (tanto salarial quanto no que diz respeito aos benefícios e da liberdade de adesão, com plena possibilidade de conversão do regime tempo parcial (*part-time period*) num regime de trabalho integral (*full-time period*), e vice-versa”.

jornada, tomando-se como referência o ganho na mesma função em tempo integral (§ 1º do referido artigo).

Maurício Godinho Delgado¹⁸⁰, ao comentar o contrato de trabalho em tempo parcial quanto à garantia do salário mínimo, afirma que a “*ideia prevalecente de fixação do salário obreiro em função de parâmetros temporais distintos (hora, dia ou mês) é funcional*”, e assevera que:

Do mesmo modo, a garantia de salário mínimo sempre foi construída tendo por critério de aferição a real duração do trabalho pactuada com o empregado (salário mínimo horário, diário ou mensal). Por esta razão sempre foi possível falar-se, validamente, em meia jornada (com durações semanais e mensais equivalentes à metade do padrão vigorante), correspondendo a meio salário mínimo (na verdade, salário mínimo correspondente à duração reduzida do labor).

Entretanto, é importante salientar que, no caso, os empregados contratados a tempo parcial poderão receber salários inferiores ao mínimo, ou seja, proporcionalmente a sua jornada de trabalho, com a concordância do Estado, o que irá implicar redução da Contribuição Previdenciária, do Fundo de Garantia de Tempo de Trabalho, e a redução do valor do Repouso Semanal Remunerado (RSR), além de outras contribuições, que incidem sobre a folha de salário.

Quanto às férias, na CLT existe uma diretriz estabelecendo uma proporção entre as horas da jornada semanal e os dias de férias. A título de exemplo, tomando como base uma jornada semanal reduzida superior 22 até 25 horas, tem-se um período de 18 dias de férias anuais (art. 130-A da CLT). E de 16 dias, pela duração laborativa semanal superior a 20 horas e até 22 horas; 14 dias, pela duração laborativa semanal superior a 15 horas e até 20 horas; 12 dias, pela duração laborativa semanal superior a 10 horas até 15 horas; 10 dias, pela duração laborativa semanal superior a 5 horas até 10 horas; finalmente, 8 dias, pela duração do labor semanal igual ou inferior a 5 horas.

Somado a isso, o parágrafo único do art. 130-A da CLT estabelece que a ocorrência de mais de 7 faltas injustificadas obreiras no respectivo período aquisitivo implicará a redução das férias à metade. Evidentemente, não se aplica ao regime de trabalho ora descrito, a redução quanto ao número de faltas prevista no art. 130 da CLT. E, se a jornada diária for superior a 04 horas, é necessária a

¹⁸⁰ DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. cit., p. 842.

concessão de um intervalo de 15 minutos, não computado na jornada diária (CLT, art. 71, §§ 1º e 2º).

Quanto à conversão pecuniária de 1/3 do período de férias (abono pecuniário), previsto no § 3º do art. 143 da CLT, não se aplica aos empregados sob regime de tempo parcial. Tais trabalhadores têm de gozar efetivamente suas férias, por todo o período respectivo. É proibido convertê-las parcialmente em dinheiro.

O § 4º do art. 58-A da CLT proíbe expressamente, nos contratados a tempo parcial, a prestação de serviços em horas extraordinárias. Quanto ao intervalo interjornada, a lei não fez qualquer alteração, devendo ser obedecido o limite mínimo de 11 horas previsto no art. 66 da CLT.

Também é de ser ressaltado que a lei fixa limites máximos semanais para o labor em tempo parcial, e não diários, podendo ser fixado limite máximo diário de jornada de trabalho de 8 horas.

Nesse sentido, esclarece Carlos Henrique da Silva Zangrando¹⁸¹ que:

“mesmo dentro do regime de ‘tempo parcial’ podemos ter jornadas de até 8 horas em alguns dias, e jornadas inferiores noutros dias. Cabe apenas lembrar que, ultrapassado o limite das 6 horas diárias, o intervalo intrajornada será de no mínimo 1 hora [...].

2.1.6 Do trabalho voluntário

Em regra, toda prestação de serviço é onerosa. Ocorre que pode existir serviço sem onerosidade, no qual se desenvolve uma função sem interesses lucrativos, como ocorre com os trabalhos realizados com finalidades assistenciais ou religiosas.

Trabalho voluntário é aquele prestado “*com ânimo e causa benevolente*”¹⁸². Maurício Godinho Delgado “*conjuga duas grandes dimensões*

¹⁸¹ ZANGRANDO, Carlos Henrique da Silva. op. cit., p. 675.

¹⁸² DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. cit., p. 327.

*constitutivas desse tipo de labor: uma, de caráter subjetivo, centrada no ânimo; e outra de caráter objetivo, centrada na causa do labor ofertado*¹⁸³.

As características do trabalho voluntário são semelhantes àquelas do contrato de trabalho típico. Isso porque o prestador de serviços voluntário é pessoa física, que trabalha em muitos casos com continuidade, sob ordens (subordinação jurídica) e com pessoalidade. Entretanto, sem onerosidade, sejam quais forem os motivos que o levaram a prestar o trabalho.

De fato, o pagamento de contraprestações habituais pelo tomador de serviços é *um dado essencial que afasta o elemento constitutivo do chamado trabalho voluntário, que é a gratuidade*¹⁸⁴. Nessa prestação de serviço, deve-se observar se o trabalho “*não está servindo de máscara à expropriação do trabalho com finalidade econômica, aplicando-se nesta hipótese o princípio da primazia da realidade sobre a forma*”¹⁸⁵.

As Leis ns. 9.608, de 18 de fevereiro de 1998, e 10.029, de 20 de outubro de 2000 tratam do trabalho voluntário¹⁸⁶. Este foi inicialmente previsto como serviço voluntário e atividade não-remunerada. O termo voluntário, de origem latim *voluntarium*, significa tudo aquilo que “*não é forçado, que depende da vontade ou é controlado por ela; que é espontâneo*”¹⁸⁷.

O conceito legal de serviço voluntário encontra-se no art. 1º da Lei n. 9.608, ao estabelecer que serviço voluntário, para fins da referida Lei, é a atividade não remunerada, “*prestada por pessoa física a entidade pública de qualquer*

¹⁸³ Idem. p. 327. Explica o referido autor que a “A dimensão subjetiva do trabalho voluntário traduz-se, pois, na índole, na intenção, no ânimo de a pessoa cumprir a prestação laborativa em condições de benevolência. Essencialmente tal ideia importa na gratuidade da oferta do labor, em anteposição às distintas formas de trabalho oneroso que caracterizam o funcionamento da comunidade que cerca o prestador de serviços”. Além disso, acrescenta que “A dimensão objetiva do trabalho voluntário vincula-se à causa propiciadora e instigadora do labor ofertado. Deve ser também benevolente a causa da existência de tal tipo de prestação de serviços”.

¹⁸⁴ DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. op. cit., p. 328.

¹⁸⁵ Idem. p. 314.

¹⁸⁶ BARROS, Alice Monteiro de. op. cit., p. 459. Esclarece a autora que “O trabalho voluntário existe no Brasil há cinco séculos², apontando-se como marco inicial dessa atividade a fundação da Santa Casa de Misericórdia da então Vila de Santos, Capitania de São Vicente, em 1543. Nos séculos XVII e XVIII, a maioria das entidades filantrópicas era ligada à Igreja Católica e a presença do Estado só se tornou significativa a partir de 1930, fortalecendo-se, em 1942, com a criação da LBA (Legião Brasileira de Assistência). Em 1995, cria-se a Comunidade Solidária para substituir a extinta LBA. Mais da metade (58%) dos voluntários são vinculados a instituições religiosas”.

¹⁸⁷ Idem. p. 529. De acordo com a autora, “O voluntário é um altruísta que demonstra amor desinteressado ao próximo. É um filantropo, que exerce labor por abnegação, sem preocupação ou interesse em auferir reconhecimento ou riqueza de qualquer espécie. É um solidário com a necessidade alheia. Seu objetivo é puramente espiritual”.

*natureza, ou a instituição privada de fins não lucrativos, que tenha objetivos cívicos, culturais, educacionais, científicos, recreativos ou de assistência social, inclusive mutualidade. Este rol legal de finalidades é meramente exemplificativo*¹⁸⁸.

A lei não vedou, na prestação do serviço voluntário, que ele seja prestado mediante subordinação jurídica.

A fiscalização da prestação de serviços é irrelevante para fins de configuração do trabalho voluntário. Para Alice de Barros Monteiro, o que interessa é que o *“trabalho seja prestado gratuitamente a entidades públicas de qualquer natureza, aí compreendidos os órgãos da administração direta e indireta, ou a instituição privada, sem fins lucrativos*”¹⁸⁹.

Para uma parcela da doutrina, *“essa lei do serviço voluntário veio introduzir uma forma atípica de trabalho subordinado*”¹⁹⁰.

As despesas¹⁹¹ que o trabalhador voluntário contraiu quando da realização dos serviços devem ser comprovadas, para que possam ser ressarcidas. Essas despesas *“também deverão estar expressamente autorizadas*”¹⁹² pela entidade a que for prestado o serviço voluntário (parágrafo único do art. 3º da mencionada Lei). Entretanto, seu valor não tem natureza jurídica de salário.

A Lei nº 11.692/2008 revogou o art. 3º da Lei nº 9.608/98, que permitia à União conceder auxílio financeiro ao prestador de serviço voluntário com idade de dezesseis a vinte e quatro anos, integrante de família com renda mensal “per capita” de até meio salário mínimo.

¹⁸⁸ DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. op. cit., p. 329. Referido autor, a título de exemplo, cita “atividade de militância política, própria à democracia, grande parte das vezes realizada como simples trabalho voluntário; ou se fale ainda das atividades religiosas, em especial cumpridas por leigos, que comumente se fazem nos moldes do labor voluntário”.

¹⁸⁹ BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de Direito do Trabalho*. cit., p. 460.

¹⁹⁰ SILVA, Otávio Pinto. *Subordinação, autonomia e parassubordinação nas relações de trabalho*. São Paulo: LTr, 2004. p. 58.

¹⁹¹ Parágrafo único do art. 3º da n. 9.608/98. As despesas a serem ressarcidas deverão estar expressamente autorizadas pela entidade a que for prestada o serviço voluntário.

¹⁹² Art. 3º O prestador do serviço voluntário poderá ser ressarcido pelas despesas que comprovadamente realizar no desempenho das atividades voluntárias.

Parágrafo único. As despesas a serem ressarcidas deverão estar expressamente autorizadas pela entidade a que for prestado o serviço voluntário.

2.1.6.1 Do trabalho voluntário e a Lei n. 10.029/2000

A Lei n. 10.029/2000 dispõe sobre normas gerais para a prestação voluntária de serviços administrativos e de serviços auxiliares de saúde e de defesa civil nas Polícias Militares e nos Corpos de Bombeiros Militares, no âmbito da administração pública. A Lei previu para tais serviços a duração de um ano, prorrogável por, no máximo, igual período, a critério do Poder Executivo, ouvido o Comandante Geral dos órgãos já mencionados (art. 2º).

O parágrafo único do art. 2º, da referida lei, estabelece que o prazo de duração da prestação voluntária poderá ser inferior ao mencionado, nos seguintes casos: I – em virtude de solicitação do interessado; II – quando o voluntário apresentar conduta incompatível com os serviços prestados; ou III – em razão da natureza do serviço prestado.

A lei n. 10.748/2003 não permite o trabalho de menores, uma vez que o art. 3º dispõe que poderão ser admitidos como voluntários à prestação dos serviços: I – homens, maiores de dezoito e menores de vinte e três anos, que excederem às necessidades de incorporação das Forças Armadas; e II – mulheres, na mesma faixa etária do inciso I.

Além disso, os Estados e o Distrito Federal estabelecerão número de voluntários para os serviços, que não poderão exceder a proporção de um voluntário para cada cinco integrantes do efetivo determinado em lei para a respectiva Polícia Militar ou Corpo de Bombeiros Militar; bem como os requisitos necessários para o desempenho das atividades ínsitas aos serviços a serem prestados, bem como o critério de admissão dos voluntários aos serviços.

Os Estados e o Distrito Federal poderão prever outros casos para a prestação de serviços voluntários nas Polícias Militares e nos Corpos de Bombeiros Militares. Entretanto, a lei vedou a esses prestadores, sob qualquer hipótese, nas vias públicas, o porte ou o uso de armas de fogo e o exercício do poder de polícia.

Os voluntários admitidos fazem jus ao recebimento de auxílio mensal, de natureza jurídica indenizatória, a ser fixado pelos Estados e pelo Distrito Federal, destinado ao custeio das despesas necessárias à execução dos serviços

(Art. 6º). Referido auxílio mensal não poderá exceder dois salários mínimos, e a prestação voluntária dos serviços não gera vínculo empregatício, nem obrigação de natureza trabalhista, previdenciária ou afim.

2.1.7 Alguns contratos de trabalho por prazo determinado

Ao estudar o Direito do Trabalho, constata-se que ele regula a produção de natureza capitalista; em razão disso, impõe limites necessários, *“para evitar a exploração desmesurada da força de trabalho e para fazer com que ao desenvolvimento econômico corresponda, na mesma proporção, um desenvolvimento social”*¹⁹³.

Verifica-se também que alguns contratos de emprego, devido à sua natureza, *“têm sua duração limitada no tempo ou podem ser pactuados de forma indeterminada”*¹⁹⁴. É sabido que esta última é a regra geral, salvo ajuste expresso em contrário.

Como dito antes, a contratação individual de trabalhadores poderá realizar-se para o incremento de uma atividade com termo prefixado, ou não. E quando esta contratação for por prazo determinado e tiver vários trabalhadores em união para fazer determinada tarefa em conjunto, denomina-se contrato de equipe.

Deve ser ressaltado que o contrato a termo é prejudicial ao trabalhador, porque restringe alguns direitos trabalhistas. Aliás, esclarece Jorge Souto Maior¹⁹⁵ *“que as leis que permitem a efetivação de contratos precários são a porta aberta para as fraudes”*.

Ora, o Direito do Trabalho tem como finalidade precípua proteger a *“dignidade do trabalhador e mantê-lo inserido no sistema produtivo, garantindo-lhe meios que garantam o sustento, com permanência no emprego”*¹⁹⁶. Ora, a contratação por indeterminação de prazo é aquela que lhe garante maior segurança, *“na medida em que assegura a manutenção do emprego e os meios de*

¹⁹³ Maior, Jorge Luiz Souto. *Curso de direito do trabalho: a relação de emprego*. op. cit., p. 205.

¹⁹⁴ CASSAR, Vólia Bomfim. *Direito do trabalho*. Niterói: Impetus, 2008. p. 576.

¹⁹⁵ MAIOR, Jorge Luiz Souto. op. cit., p. 206.

¹⁹⁶ BARAÚNA, Augusto Cezar Ferreira de. *Manual de direito do trabalho*. op. cit., p. 220.

*sobrevivência para ele e sua família*¹⁹⁷.

Assim, é fácil perceber que alguns empregadores, de fato, preferem a contratação de empregados por meio de contratos por prazo determinado, porque há maior vantagem tanto em relação à mão de obra utilizada – precária e barata-, por ser mais farta, quanto à questão econômica, no sentido de que as verbas rescisórias são pagas em valor inferior àquelas previstas no contrato de trabalho ordinário, tendo em vista que o empregador não está obrigado a pagar a multa de 40% sobre o FGTS, nem o aviso prévio.

Além disso, como bem sustenta Jorge Souto Maior, nesse tipo de contratos se esvazia “*a formação de uma base de resistência sindical por parte dos trabalhadores, diante da rotatividade, além de potencializar o estado de subordinação dos trabalhadores, que cada vez mais são aliados dos meios de produção*”¹⁹⁸.

Nesse tipo de contratação (por prazo determinado ou por empresa interposta – terceirização), devem-se observar os requisitos previstos na legislação, para que sejam amenizadas as diferenças existentes em relação ao contrato por prazo determinado e, assim, possibilite uma implementação de direitos mais justa da força de trabalho.

Vólia Bomfim¹⁹⁹ também argumenta que o contrato a termo é “*considerado prejudicial ao trabalhador, seja por impedir sua inserção na empresa de forma permanente, refletido no seu não comprometimento total com aquele emprego, seja por discriminá-lo frente aos demais empregados "efetivos", pois normalmente o empregador dispensa tratamento distinto aos efetivos e aos "temporários"*”.

Com efeito, o fato de o empregado não estar inserido no quadro permanente da empresa cria uma diferença de direitos entre os próprios empregados, o que desmotiva o empregado contratado por prazo determinado.

O art. 443²⁰⁰, *caput*, da CLT autoriza a contratação de trabalho por

¹⁹⁷ Idem, p. 220.

¹⁹⁸ MAIOR, Jorge Luiz Souto. *Curso de direito do trabalho: a relação de emprego*. op. cit., p. 206.

¹⁹⁹ CASSAR, Vólia Bomfim. op. cit., p. 576.

²⁰⁰ "Art. 443. O contrato individual de trabalho poderá ser acordado tácita ou expressamente, verbalmente ou por escrito e por prazo determinado ou indeterminado”.

prazo determinado. E o §1º²⁰¹ estipula condições nas pelas quais pode haver a prefixação de prazo, ou seja: "a) termo prefixado; b) da execução de serviços especificados cuja execução constitui o objeto do contrato; c) em função da realização de certo acontecimento suscetível de previsão aproximada". Também é possível nos contratos de experiência.

No item "a" as partes contratantes têm como objetivo a conveniência da fixação de um termo cujo implemento extingue a relação jurídica convencionada, "quanto ao item "b", o contrato é feito em razão da natureza do trabalho e ao item "c", o contrato ajusta-se a fato exterior"²⁰².

Somado a isso, a Consolidação das Leis do Trabalho determina que no contrato por prazo determinado não poderá ser estipulado prazo superior a 2 anos (art. 445)²⁰³, e o contrato de experiência não poderá ultrapassar de 90 (noventa) dias (parágrafo único do art. 445). E mais: se o contrato por prazo determinado for tácita ou expressamente prorrogado mais de uma vez passará a vigorar sem determinação de prazo (art. 451)²⁰⁴.

Acrescente-se também que em face do sistema de proteção, não pode ocorrer a "celebração de uma série de contratos por prazo determinado de forma sucessiva, antes do lapso temporal de 6 meses"²⁰⁵.

Desse modo, a CLT determina que o contrato por prazo determinado só poderá ser renovado uma única vez por outro de prazo determinado, sob pena de transformar-se em contrato por prazo indeterminado (art. 452 da CLT)²⁰⁶. E se, antes do prazo de seis meses, o contrato suceder a outro contrato por prazo determinado será tido como indeterminado. Contudo, a Consolidação excepciona essa regra, ao

²⁰¹ O Art. 443, § 1º "Considera-se como de prazo determinado o contrato de trabalho cuja vigência dependa de termo prefixado ou da execução de serviços especificados ou ainda da realização de certo acontecimento suscetível de previsão aproximada.

§ 2º O contrato por prazo determinado só será válido em se tratando:

- a) de serviço cuja natureza ou transitoriedade justifique a predeterminação do prazo;
- b) de atividades empresariais de caráter transitório;
- c) de contrato de experiência."

²⁰² SÜSSEKIND, Arnaldo. *Curso de direito do trabalho*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2010. p. 265.

²⁰³ Art. 445 - O contrato de trabalho por prazo determinado não poderá ser estipulado por mais de 2 (dois) anos, observada a regra do art. 451.

²⁰⁴ Art. 450 - Ao empregado chamado a ocupar, em comissão, interinamente, ou em substituição eventual ou temporária, cargo diverso do que exercer na empresa, serão garantidas a contagem do tempo naquele serviço, bem como volta ao cargo anterior.

²⁰⁵ SÜSSEKIND, Arnaldo. *Curso de direito do trabalho*. op. cit., p. 265.

²⁰⁶ Art. 451 - O contrato de trabalho por prazo determinado que, tácita ou expressamente, for prorrogado mais de uma vez passará a vigorar sem determinação de prazo.

permitir a prorrogação quando a expiração deste depender da execução de serviços especializados ou da realização de certos acontecimentos (art. 452)²⁰⁷.

A CLT autoriza que nos contratos por prazo determinado se apliquem os princípios que regem a rescisão dos contratos por prazo indeterminado, “desde que as partes contratantes estipulem o direito recíproco de rescisão antes de expirado o termo ajustado” (art. 481)²⁰⁸, e exerçam tal direito.

A doutrina aponta algumas hipóteses de contratação por prazo certo: contrato de safra (parágrafo único do art. 14 da Lei nº 5.889/73); contrato de atleta profissional de futebol (art. 30 da Lei nº 9.615/98); contrato de artistas (art. 9º da Lei nº 6.533/78); contrato de estrangeiro (Decreto-Lei nº 691/69); contrato de obra certa (Lei nº 2.959/58); e contrato de aprendizagem (art. 428 da CLT)²⁰⁹.

2.1.7.1 Contrato de Experiência

Na lição de Maurício Godinho, contrato de experiência é o acordo bilateral “firmado entre empregado e empregador, com prazo máximo de 90 dias, em que as partes poderão aferir aspectos subjetivos, objetivos e circunstanciais relevantes à continuidade ou extinção do vínculo empregatício”²¹⁰.

Já Alice de Barros Monteiro²¹¹, explica que o contrato de experiência é “modalidade de ajuste a termo, de curta duração, que propicia às partes uma avaliação subjetiva recíproca: possibilita ao empregador verificar as aptidões técnicas e o comportamento do empregado e a este último analisar as condições de trabalho”.

De fato, o contrato de experiência é um contrato bilateral em que o empregador busca aferir as qualidades ou aptidões do empregado referente à atividade exercida na empresa, para que seja possível passar da fase probatória

²⁰⁷ Art. 452 - Considera-se por prazo indeterminado todo contrato que suceder, dentro de 6 (seis) meses, a outro contrato por prazo determinado, salvo se a expiração deste dependeu da execução de serviços especializados ou da realização de certos acontecimentos.

²⁰⁸ Art. 481 - Aos contratos por prazo determinado, que contiverem cláusula asseguratória do direito recíproco de rescisão antes de expirado o termo ajustado, aplicam-se, caso seja exercido tal direito por qualquer das partes, os princípios que regem a rescisão dos contratos por prazo indeterminado.

²⁰⁹ BARAÚNA, Augusto Cezar Ferreira de. op. cit., p. 223.

²¹⁰ DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 8. ed. São Paulo: LTr, 2009. p. 509.

²¹¹ BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de direito do trabalho*. 5. ed. São Paulo: LTr, 2009. p. 486.

para a seguinte, sem solução de continuidade, como contrato por prazo indeterminado, desde que exista acordo de vontade dos contratantes nesse sentido. Por isso, “*se há divergências, e um deles não desejar prosseguir na relação de emprego, o contrato de experiência extingue-se no termo estipulado*”²¹².

O contrato de experiência também é “*denominado de contrato a contento, contrato de tirocínio ou contrato de prova*”²¹³, “*de teste, de avaliação*”²¹⁴.

Há posição restritiva na doutrina segundo a qual o contrato de experiência não seria aplicável à contratação de trabalhadores sem significativa qualificação profissional. Essa posição doutrinária não é acolhida pela maioria dos autores, nem pela jurisprudência dominante²¹⁵.

O contrato de prova, como dito antes, só admite uma única prorrogação, e mesmo assim que seja respeitado o prazo máximo de 90 dias (Súmula n. 188 do C. TST)²¹⁶, estabelecido pelo parágrafo único do art. 445 da CLT²¹⁷, de modo que, somados os dois períodos, não ultrapassem aquele limite.

Quanto à extinção, o contrato de tirocínio, também se rege pelas normas aplicáveis aos contratos por prazo determinado, tanto na ruptura por término do prazo prefixado, quanto na antecipada por exercício da vontade de uma das partes²¹⁸. E no caso de a ruptura contratual ser antecipada por uma das partes, na vigência de cláusula assecuratória de direito recíproco de rescisão, hipótese em que devem ser aplicados os princípios ou normas regem o contrato por prazo indeterminado.

Saliente-se que, se houver violação da regra dos contratos por prazo determinado, também aqui, o contrato de experiência transforma-se imediatamente em contrato por prazo indeterminado, consoante modelo normativo pertinente aos

²¹² SÜSSEKIND, Arnaldo. *Curso de direito do trabalho*. op. cit., p. 272.

²¹³ DELGADO, Maurício Godinho. op. cit., p. 509.

²¹⁴ CAMINO, Carmen. *Direito individual do trabalho*. 2. ed. Porto Alegre: Síntese, 1999. p. 151.

²¹⁵ Idem. p. 509. A jurisprudência majoritária do C. TST adota ponto de que é possível sem esse grau de qualificação. Nesse mesmo sentido Alice de Barros Monteiro, op. cit., p. 490.

²¹⁶ SUM-188 CONTRATO DE TRABALHO. EXPERIÊNCIA. PRORROGAÇÃO (mantida) - Res. 121/2003, DJ 19, 20 e 21.11.2003 O contrato de experiência pode ser prorrogado, respeitado o limite máximo de 90 (noventa) dias.

²¹⁷ Art. 455 . Parágrafo único - Ao empregado principal fica ressalvada, nos termos da lei civil, ação regressiva contra o subempregado e a retenção de importâncias a este devidas, para a garantia das obrigações previstas neste artigo.

²¹⁸ DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. op. cit., p. 511.

demais contratos a termo²¹⁹.

Quanto à natureza jurídica do contrato de experiência, a doutrina aponta²²⁰: (a) contrato preliminar (promessa de contrato)²²¹; (b) contrato com a cláusula condicional, isto é, a experiência seria uma cláusula subordinante do efeito jurídico a evento futuro e incerto (art. 121, CC); (c) contrato autônomo, isto é, um contrato com plena autonomia em relação a outro contrato de emprego.

Frise-se que, só é cabível o aviso prévio no contrato de experiência se houver, no contrato, a cláusula assecuratória do direito recíproco de rescisão contratual antes de seu término e for exercido (Súmula n. 163 do TST²²²).

2.1.7.2 Do contrato de Trabalho Temporário

A Lei n. 6.019, de 03 de janeiro de 1974, autorizou a instituição de intermediação de mão de obra no sistema jurídico brasileiro, referente aos contratos típicos. É que esse novo diploma facilitou a pactuação dos contratos a termo, em situações restritas, ou seja, criando os chamados contratos de *marchandage*²²³. A propósito, José Augusto Rodrigues Pinto²²⁴ explica que, “*tudo o que sua aplicação iterativa obteve foi separar a intermediação por empresa, em situações adequadas, da especulação por gatos ou homens de palha a mando de maus empregadores*”. Acrescenta Pinto que essa lei estabeleceu a distinção entre a intermediação e a fraude, facilitando a repressão a esta última.

Essa forma de contratação também veio a comprometer a eficácia de alguns princípios fundamentais do Direito do Trabalho, tais como os princípios da norma mais favorável e da continuidade da relação de emprego.

A contratação das empresas de trabalho temporário pelas

²¹⁹ Idem. p. 511.

²²⁰ JORGE NETO, Francisco Ferreira. In: Jouberto de Quadros Pessoa Cavalcante. *op. cit.*, p. 52. O autor apresenta essas naturezas jurídicas do contrato de experiência.

²²¹ BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de direito do trabalho*. *op. cit.*, p. 486. Essa teoria não é aceitável, porque o objetivo do contrato preliminar é a celebração do contrato definitivo e o do contrato de experiência é a avaliação subjetiva recíproca. Esclarece ainda a referida autora que o contrato de experiência é um contrato especial, porquanto o art. 443, § 29, da CLT o distingue de outros contratos por prazo determinado (p. 487).

²²² SUM-163 AVISO PRÉVIO. CONTRATO DE EXPERIÊNCIA (mantida) - Res. 121/2003, DJ 19, 20 e 21.11.2003. Cabe aviso prévio nas rescisões antecipadas dos contratos de experiência, na forma do art. 481 da CLT (ex-Prejulgado nº 42)

²²³ CAMINO. Carmen. *op. cit.*, p. 154.

²²⁴ PINTO, José Rodrigues. *Tratado de direito material do trabalho*. São Paulo: Ltr, 2007. p. 266.

tomadoras de serviços é mais uma forma de flexibilização das relações de trabalho com utilização de mão de obra por contrato a termo, para que de forma intermediária seja o trabalhador contratado indiretamente por meio da prestadora de serviços e colocado à disposição de uma empresa chamada tomadora de serviços, para “realização do labor no estabelecimento da empresa contratante por parte de empregados externos ao quadro funcional desta última”²²⁵.

Para Fábio Túlio²²⁶, “a subcontratação aparece assim como meio de obter a mão de obra necessária sem a obrigação de ter os trabalhadores como empregados da empresa que necessita dos serviços”. Acrescenta ele o fato de que os serviços indiretos utilizados pela empresa contratante destinam-se à execução de atividades de pouca especialização ou qualificação, serve como fator a mais para a multiplicação de contratos de caráter temporário, atípicos e em geral precários.

A Lei de Trabalho Temporário contribui para o empregador escapar das restrições rígidas estabelecidas pela CLT à pactuação de contratos a prazo determinado. Isso porque possibilita a contratação de trabalhador indiretamente por empresa cliente, através de celebração de contrato a termo, independentemente de satisfazer as exigências contidas no art. 443, § 2º, da CLT.

Os requisitos fixados pelo dispositivo celetista mencionado são três: 1) serviço cuja natureza ou transitoriedade justifique a predeterminação do prazo; 2) atividades empresariais de caráter transitório; 3) contrato de experiência.

Acrescente-se a isso o fato de a referida lei autorizar esse contrato a termo não só para atividades meio, mas também para atividades fins do empreendimento empresarial.

O conceito legal de trabalho temporário está disposto no art. 2º da Lei n. 6.019, de 1974, o qual estabelece que trabalho temporário é aquele prestado por pessoa física a uma empresa, para atender a necessidade transitória de

²²⁵ BARROSO, Fábio Túlio. *Novo contrato de trabalho por prazo determinado*. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2005. p. 58. PRUNES, José Luiz Ferreira. *Terceirização do trabalho*. 1a ed. -2a tiragem. Curitiba: Juruá, 1995. p. 75. Em elucidativo estudo feito pelo referido autor, vê-se que a empresa de trabalho temporário tem por finalidade colocar pessoal especializado à disposição de outras empresas que dele necessitem. Aduz o autor “O que a lei parece dizer é que ela - empresa de trabalho temporário - tem empregados que coloca à disposição de outrem e que não são de profissões ou serviços gerais não qualificados, mas bem qualificados. A expressão especializado não está usada no sentido que a etimologia sugere, como espécie do gênero generalizado ou geral. O texto pretende se referir a «boa qualidade técnica» ou de qualidade suficiente para substituir o empregado que se afastou.”

²²⁶ BARROSO, Fábio Túlio. *Novo contrato de trabalho por prazo determinado*. op. cit., p. 58.

substituição de seu pessoal regular e permanente ou a acréscimo extraordinário de serviço.

Frise-se que as atividades empresariais de caráter provisório são “*aquelas momentaneamente criadas para atender a um interesse comercial sazonal*”²²⁷. Exemplo disto poderia ser a estruturação de um tipo de comércio, para período de férias escolares; edificação de circo; casa de shows etc.

O trabalhador é contratado por uma empresa de trabalho temporário, que é a responsável pelo pagamento de seus salários, depósitos de FGTS, recolhimentos previdenciários e fiscais, além do pagamento das verbas rescisórias quando houver o término da relação de trabalho.

Esse trabalhador é colocado para trabalhar em local diverso do da empresa de trabalho temporário, ou seja, o da tomadora dos serviços ou cliente, que “*é a beneficiária direta de seus serviços e quem de fato os dirige*”²²⁸. Esta última é responsável subsidiariamente pelo pagamento das verbas trabalhistas correspondente ao período em que o empregado ficar à sua disposição.

As relações de trabalho entre o trabalhador e a empresa de trabalho temporário, bem como com a empresa tomadora dos serviços, são rigorosamente formais, isto porque a lei exige um contrato escrito entre as empresas mencionadas, no qual conste, obrigatoriamente, “*cláusula com os expressos motivos da contratação: necessidade transitória de substituição do pessoal regular e permanente da empresa tomadora ou acréscimo extraordinário de serviços (art. 9º c/c artigos 2º e 10 da Lei n. 6.019/74)*”²²⁹ e que o prazo da prestação de serviços não ultrapasse 03 meses.

Com efeito, o contrato de trabalho temporário entre a tomadora dos serviços (empresa ou cliente) e a empresa de trabalho temporário, também chamada fornecedora de mão de obra (art. 9º), “*deve ser entabulado por escrito e nele deve constar expressamente um dos dois motivos acima especificados no referido dispositivo, sob pena nulidade*”²³⁰.

Somado a isso, a Lei n. 6.019/74 exige contrato escrito entre o

²²⁷ BARAÚNA, Augusto Cezar Ferreira de. *Manual de direito do trabalho*. op. cit., p. 222.

²²⁸ CAMINO. Carmen. op. cit., p. 154.

²²⁹ Idem. p. 154.

²³⁰ BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de direito do trabalho*. cit., p. 499.

empregado e a empresa de trabalho temporário e o registro na carteira de trabalho, da condição de trabalhador temporário (artigos 11²³¹ e 12, §1º²³²). Além disso, a empresa de trabalho temporário deverá estar devidamente regularizada perante o Ministério do Trabalho, sob pena de se considerar inválida a relação jurídica entre as empresas tomadora e prestadora de serviço, bem como entre esta última e o trabalhador temporário.

O Juiz do trabalho, ao examinar uma relação jurídica de trabalho temporário, deve verificar a delimitação precisa da situação de fato quanto ao aspecto de regularidade da empresa de trabalho temporário, bem assim verificar se se trata de uma das hipóteses previstas na lei para contratação.

Para Carmem Caminho, o ônus da prova “*será sempre da empresa tomadora dos serviços, em face da presunção da relação de emprego*”²³³. E, se não observados tais requisitos, será declarada a nulidade, não produzindo efeitos jurídicos o contrato de trabalho temporário, conseqüentemente, o juiz do trabalho deve reconhecer o vínculo de emprego diretamente com o tomador dos serviços, declarando a responsabilidade solidária da empresa intermediadora de mão de obra.

Saliente-se que o prazo máximo do contrato entre a empresa de trabalho temporário e a empresa tomadora ou cliente, com relação a um mesmo empregado, só poderá exceder de três meses, se houver autorização do órgão local do Ministério do Trabalho e Previdência Social, segundo instruções baixadas pelo Departamento Nacional de Mão de Obra (art. 10 da referida lei).

Carmem Camino²³⁴ explica que, na relação trilateral de trabalho, o empregado submete-se a duplo poder de comando: *o emanado da empresa de trabalho temporário, que o admite, determina em que empresa vai trabalhar e exerce o poder disciplinar de adverti-lo, suspendê-lo ou até despedi-lo com justa causa; o oriundo da empresa tomadora da sua força de trabalho que dirige e fiscaliza*”.

Devido à natureza da empresa de trabalho temporário, “*ela não tem quadro permanente de empregados, mas possui trabalhadores que ficam*

²³¹ Art. 11 - O contrato de trabalho celebrado entre empresa de trabalho temporário e cada um dos assalariados colocados à disposição de uma empresa tomadora ou cliente será, obrigatoriamente, escrito e dele deverão constar, expressamente, os direitos conferidos aos trabalhadores por esta Lei.

²³² Art. 12, § 1º - Registrar-se-á na Carteira de Trabalho e Previdência Social do trabalhador sua condição de temporário.

²³³ CAMINO. Carmen. op. cit., p. 155.

²³⁴ Idem. op. cit., p. 154.

*aguardando a oportunidade de serem convocados*²³⁵.

Na verdade, existe um cadastro de trabalhadores devidamente registrados na referida empresa, os quais, quando há necessidade, são contratados por prazo determinado para prestação de serviços. Nesse contexto, é isso que justifica o contrato entre o trabalhador e a empresa de trabalho temporário por prazo determinado, que implica da redução de obrigações trabalhistas.

A Lei n. 6.019/74 autoriza contratação de trabalho por prazo determinado exclusivamente em área urbana. Contudo, a Lei n. 11.718/2008 (conversão da MP n. 410, de 28.12.2007), acrescentou o art. 14-A à Lei n. 5.889/73 (Lei do Trabalhador Rural), possibilitando apenas ao produtor rural, pessoa física, contratar trabalhador rural por pequeno prazo para o exercício de atividades de natureza temporária.

Esse novo pacto pode ser *“enquadrado no grupo de contratos que tenham como causa serviços cuja natureza ou transitoriedade justifique a predeterminação do prazo”*²³⁶. Nessas situações, pode-se *“contratar trabalhadores rurais para o período de safra, acréscimos extraordinários”*²³⁷ nos serviços do gado, pastagem, corte da cana de açúcar, adubagem do plantio da cana, entre outros.

O produtor rural só poderá contratar mão de obra temporária por, no máximo, dois meses, pelo período de um ano, e são assegurados os direitos de natureza trabalhista ao trabalhador rural contratado por pequeno prazo na área, além de remuneração equivalente à do trabalhador rural permanente.

A norma estabelece ainda que *“a filiação e a inscrição do trabalhador na Previdência Social decorrem, automaticamente, da sua inclusão pelo empregador na Guia de Recolhimento do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS) e Informações à Previdência Social, cabendo ao INSS instituir mecanismo que permita a sua identificação”*.

Na lição de Jorge Souto Maior²³⁸, o que autoriza a *“concretização de um contrato a prazo determinado não se choca com a formação do vínculo de*

²³⁵ Idem. op. cit., p. 154

²³⁶ DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 8. ed. São Paulo: LTr, 2009. p. 517.

²³⁷ Idem. op. cit., p. 517.

²³⁸ MAIOR, Jorge Luiz Souto. *Curso de direito do trabalho: a relação de emprego*. v. II. São Paulo: LTr, 2008. p. 210.

emprego. Não há distinção do ponto de vista da essência entre vínculos de emprego sem prazo determinado e vínculos de emprego com prazo determinado". Na verdade, os dois constituem uma relação de emprego, a qual se configura, haja vista a incidência da regra básica fixada nos artigos 2º e 3º da CLT, só que nos contratos por prazo determinado há precarização dos direitos conferidos aos empregados, além das garantias contratuais (estabilidade provisória, entre outras).

Somado a isso, há uma diferença fundamental entre o contrato de trabalho por prazo determinado e o contrato por prazo indeterminado, quanto à forma como será terminada a relação jurídica, pois no primeiro caso não haverá necessidade de pré-aviso nem pagamento da multa dos 40% do FGTS, entre outras, enquanto que no segundo há esses encargos e, conseqüentemente, pagamento das verbas rescisórias em maior amplitude.

Desse teor é o entendimento de Jorge Souto Maior, quando diz que a previsão legal da predeterminação diz respeito apenas à forma de cessação do vínculo, autorizando um tipo de terminação fora dos parâmetros da relação de emprego por prazo indeterminado.

É importante salientar que, no caso da contratação temporária prevista na Lei n. 6.019/74, a mão de obra é contratada através de pessoa interposta (cliente), independentemente da natureza dos serviços, sejam vinculados à atividade-fim ou à atividade-meio, como dito antes, para suprir situação circunstancial de substituição de pessoal regular e permanente ou acréscimo extraordinário de serviços (art. 2º da referida Lei). Enquanto, a terceirização destina-se a contratação de serviços especializados, e vinculados à atividade-meio, para suprir necessidade permanente de pessoal²³⁹.

O art. 12 da Lei n. 6.019/74 assegura aos trabalhadores temporários os seguintes direitos: a) remuneração equivalente à recebida pelos empregados de mesma categoria da empresa tomadora ou cliente calculada à base horária, garantida, em qualquer hipótese, a percepção do salário mínimo regional; b) jornada de oito horas, remuneradas as horas extraordinárias não excedentes de duas, com acréscimo de 20% (vinte por cento); e com respeito à aplicável para o empregado que prestar serviço igual ou equivalente para os empregados da mesma categoria

²³⁹ CAMINO. Carmen. op. cit., p. 155.

na empresa tomadora; c) férias proporcionais, nos termos do artigo 25 da Lei nº 5107, de 13 de setembro de 1966, ou seja, férias proporcionais de 1/12 por mês de serviço ou fração superior a 15 dias, acrescidas de 1/3, salvo dispensa por justa causa; d) repouso semanal remunerado; e) adicional por trabalho noturno (20%); f) indenização por dispensa sem justa causa ou término normal do contrato, correspondente a 1/12 (um doze avos) do pagamento recebido; g) seguro contra acidente do trabalho; h) proteção previdenciária nos termos do disposto na Lei Orgânica da Previdência Social, com as alterações introduzidas pela Lei nº 5.890, de 8 de junho de 1973 (art. 5º, item III, letra "c" do Decreto nº 72.771, de 6 de setembro de 1973); h) FGTS em substituição à inicialmente prevista indenização por dispensa por justa causa ou término do contrato, corresponde: 1/12 do salário por mês de serviço.

Nos termos do art. 13 da lei n. 6019/74 constituem justa causa para rescisão do contrato do trabalhador temporário os atos e circunstâncias mencionados nos artigos 482 e 483, da Consolidação das Leis do Trabalho, ocorrentes entre o trabalhador e a empresa de trabalho temporário ou entre aquele e a empresa cliente onde estiver prestando serviço.

No caso de falência a empresa de trabalho temporário, a empresa tomadora ou cliente é solidariamente responsável pelo recolhimento das contribuições previdenciárias, assim como pela remuneração e indenização previstas em lei (art. 16).

2.1.7.3 Do trabalho em domicílio

A flexibilização das relações de trabalho acabou aumentando a mudança da sociedade de emprego a tempo integral para a de tempo parcial, além de priorizar os contratos de prazo determinado e precários, em detrimento dos contratos de prazo indeterminado. Várias foram as formas de contratação que surgiram na relação entre empregado e empregador, provocando ainda mais uma mudança de paradigma entre o trabalho subordinado e o autônomo.

Nesse contexto, surgiu um novo modelo empresarial decorrente dos reflexos da globalização econômica e da revolução tecnológica. Daí nasce a dinâmica do teletrabalho, no sentido de que, "*não seria mais necessária a existência*

*de um estabelecimento fixo, central, apto a reunir trabalhadores e estimular sentimentos de coesão, possibilitando-lhes fixar maior solidez de identidade coletiva*²⁴⁰.

O computador veio a ser um elemento essencial para as atividades da empresa, possibilitando a diminuição de custos, tanto financeiros, quanto de tempo, além de ser uma ferramenta que possibilita controlar, não apenas os estoques da empresa, mas também o próprio trabalhador, que fica preso a esse novo modelo, a partir do momento em que coloca sua senha no computador.

A par dessas considerações, percebe-se que o uso do computador possibilitou a criação de uma diversidade de ocupações até então desconhecidas e a fragmentação resultante da introdução de relações de trabalho atípicas e precárias; somadas às novas tecnologias e às inovações na área de informática, fez surgir o trabalho em domicílio. Acrescente-se a isso o fato de que a atomização das atividades produzidas pelo teletrabalho possibilitou novas formas de trabalho em domicílio, pelo trabalho informal²⁴¹.

As novas formas de prestação de trabalho como o teletrabalho e o Sistema de Fabricação Flexível (SFF) pelo uso intenso de *robots* são tidas como precursoras da fábrica desconcentrada, a "*fábrica sem operários*"²⁴².

Os litígios em matéria trabalhista têm-se multiplicado, em razão das mutações ocorridas no mundo do trabalho, que modificaram as formas de execução do trabalho, possibilitando ser este executado à distância pelo obreiro, como ocorre "*com o teletrabalho e o trabalho em domicílio, assim como por meio principalmente de empresas terceirizadas, de cooperativas, contratos especiais como o temporário, o contrato a tempo parcial, trabalho voluntário, contrato de estágio, entre outros*"²⁴³.

Nesse contexto, o trabalho em domicílio é visto como aquele realizado pelo obreiro, de modo habitual, "*em sua própria residência, oficina de família ou outro local por ele escolhido, em tese, longe da vigilância do empregador,*

²⁴⁰ DELGADO, Gabriela Neves. *Terceirização: paradoxo do direito do trabalho contemporâneo*. op. cit., p. 56.

²⁴¹ ROMITA, Arion Sayão. *Flexigurança: a reforma do mercado de trabalho*. op. cit., p. 27.

²⁴² ROBORTELLA, Luiz Carlos Amorim. *O moderno direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 1994. p. 135.

²⁴³ SAKO, Emília Simeão Albino. *Ações coletivas no processo do trabalho: instrumentos de realização dos ideais de acesso às tutelas jurídica e jurisdicional*. São Paulo: Revista LTr. v. 2, n. 69, dez.2005. p. 10/1184.

mas por sua conta e mediante remuneração²⁴⁴, evitando que o trabalhador se desloque ao estabelecimento empresarial.

Evidente que esse tipo de trabalho “*Não se confunde com o artesanato, no qual o trabalhador produz e negocia as obras diretamente, em proveito próprio e isento de subordinação*”. Igualmente, “*não se confunde com trabalho doméstico, que é objeto de lei especial (Lei n. 5.859/72)*”²⁴⁵.

Pode-se dizer que é mais uma forma de flexibilização da produção e do trabalho, por um processo de reestruturação ou reengenharia do ambiente de trabalho, “*que visa a criar novas maneiras de gestão de mão de obra, de acordo com as necessidades da empresa*”²⁴⁶.

A Consolidação das Leis do Trabalho não permite que se faça distinção entre o trabalho realizado no estabelecimento do empregador e o executado no domicílio do empregado, desde que esteja caracterizada a relação de emprego. E, quando o trabalhador realizar o “*trabalho em sua residência, garante-se a ele ao menos o salário mínimo*”²⁴⁷.

Vale ressaltar que no trabalho desenvolvido no domicílio do empregado, embora executado *fora da fiscalização imediata do empregador, não deixa de haver subordinação jurídica*²⁴⁸, apesar de menos acentuada em relação a outras formas típicas de relação de emprego. Isso porque o empregador controlará a produção, data de entrega, a qualidade do produto confeccionado (se o trabalho é por tarefa, controla a quantidade de peças produzidas – exemplo típico é o da costureira; não há controle em tese da jornada, mas da quantidade de peças produzidas).

²⁴⁴ ZANGRANDO. Carlos Henrique da Silva. op. cit., p. 502.

²⁴⁵ Idem. op. cit., p. 502.

²⁴⁶ Idem. op. cit., p. 502. Explica o autor que “No início, o trabalhador em domicílio era um operário marginalizado, que realizava trabalho árduo e penoso, recebendo a matéria-prima e os instrumentos de trabalho, laborando além de limites razoáveis, para alcançar salário aproximado ao do trabalhador comum da fábrica. Nos dias atuais, o trabalho em domicílio é executado tanto por trabalhadores manuais quanto intelectuais. Esse último envia o produto do seu trabalho ao contratante por meio de conexões remotas e outras formas de comunicação eletrônica de dados”.

²⁴⁷ "Art. 6.º da CLT. "Não se distingue entre o trabalho realizado no estabelecimento do empregador e o executado no domicílio do empregado, desde que esteja caracterizada a relação de emprego”.

Art. 83 da CLT. “É devido o salário mínimo ao trabalhador em domicílio, considerado este como o executado na habitação do empregado ou em oficina de família, por conta do empregador que o remunerare.”

²⁴⁸ ROBORTELLA, Luiz Carlos Amorim. op. cit., p. 134. Nesse tipo trabalho não se pode dizer que o teletrabalho desaparece ou diminui a subordinação, isso porque “Os equipamentos modernos permitem, à distância, a conexão permanente do trabalhador com a empresa; até as pausas, descansos e horas de atividade podem ser determinados previamente através do computador”

Também no trabalho em domicílio²⁴⁹ que é uma espécie do gênero teletrabalho, constata-se que ele é, algumas vezes, realizado com ajuda dos familiares, que colaboram para o trabalho desenvolvido pelo empregado contratado. Entretanto, o vínculo de emprego se estabelece apenas com o empregado contratado, salvo se houver ajuste em contrário, quando existir contratos com os membros da família para trabalharem em sua residência para o mesmo empregador.

Estima-se que o trabalho em domicílio deverá ser bastante utilizado²⁵⁰ como forma de aumentar a produtividade, devido à ausência de interrupções, além de aumento da dedicação e satisfação pela desnecessidade de deslocamento diário ao estabelecimento do empregador. Somado a isso, “os problemas de tráfego e transporte diários poderão diminuir nos centros urbanos”²⁵¹.

A doutrina ainda aponta várias vantagens para o empregador, tais como: “a redução do espaço imobiliário, que importa em diminuição de custos inerentes à aquisição de locais, aluguéis, manutenção, transporte”²⁵². Em relação ao empregado também há vantagens econômicas, porque “exclui o tempo gasto em locomoção da residência para o escritório ou fábrica, podendo ele administrar o tempo disponível em conjunto com as atividades domésticas”²⁵³.

2.1.8 Os efeitos da flexibilização no âmbito da relação laboral

A flexibilização dos direitos do trabalhador pode incidir sobre a duração da jornada de trabalho - compensação de horas (banco de horas apenas

²⁴⁹ CASSAR, Vólia Bonfim. São Paulo: Revista Ltr, v. 74, n. 04, abril, 2010. p. 408. Advoga a autora a tese de que “Teletrabalho quer dizer trabalho à distância, trabalho realizado fora do estabelecimento do empregador. O trabalho em domicílio é espécie do gênero teletrabalho. Não há necessidade de o empregado utilizar instrumentos de informática ou de telecomunicação”. Acrescenta a autora que “A doutrina tem sido tolerante com a ajuda eventual ou insignificante de familiares ou amigos no cumprimento das tarefas, defendendo que nestes casos permanece o vínculo entre o empregado em domicílio e o patrão, desde que a prestação de trabalho não assuma a feição de empreendimento autônomo ou familiar” [...]. A pedra de toque para a descaracterizarão da relação de emprego pode ser notada quando o empregado passa a contratar (ou intermediar, obtendo lucro) ajudantes, a investir no negócio, adquirindo maquinaria, matéria-prima, utensílios industriais etc. Só a análise do caso concreto pode demonstrar a existência ou não do vínculo de emprego”.

²⁵⁰ PESSOA, Flávia Moreira Guimarães. *Relações de trabalho na sociedade contemporânea*. Op. cit., p.32. Acrescenta a autora que esse tipo de trabalho tende a aumentar como nova modalidade de emprego.

²⁵¹ ROBORTELLA, Luiz Carlos Amorim. op. cit., p. 136. “O teletrabalho em escala continental é tecnicamente viável, havendo companhias aéreas americanas que têm base informática nas *Caraibas* e nas *Filipinas*²⁴⁹. Para os países desenvolvidos, é uma forma de exportar trabalho, evitando a imigração massiva de mão de obra para seus territórios”.

²⁵² BARAÚNA, Augusto Cezar Ferreira de. *Manual de direito do trabalho*. op. cit., p. 170.

²⁵³ PESSOA, Flávia Moreira Guimarães. *Relações de trabalho na sociedade contemporânea*. op. cit., p. 32.

por negociação coletiva de trabalho - Súmula n. 85, V, do C. TST)²⁵⁴; *redução de salários, através de instrumentos coletivos*²⁵⁵ (art. 7º, inciso VI, da Constituição da República: "*irredutibilidade do salário, salvo o disposto em convenção ou acordo coletivo*).

Todavia, não é possível a precarização dos bens jurídicos fundamentais indisponíveis, ou de indisponibilidade absoluta, como os relacionados à vida, normas de higiene e medicina do trabalho, saúde do trabalhador, "*assim como os relativos à personalidade do trabalhador, e a direitos econômicos básicos*"²⁵⁶, dentre outros.

Enoque Ribeiro dos Santos²⁵⁷, por seu turno, visualiza os fatores determinantes da flexibilização, entre os quais aponta os econômicos e a crise surgida a partir de 1973, com modificações de ordem econômica, em especial a competitividade em decorrência da globalização da economia, determinando maior flexibilidade na busca de formas alternativas do modelo clássico de emprego.

Acrescenta o referido autor que a competição econômica no plano internacional e os processos de integração regional, somados a fatores sociológicos, além de "*um incremento do setor de serviços ou terciário, marcaram a mudança da estrutura do mercado de trabalho*"²⁵⁸.

A globalização da economia é um dos fatores que precarizam a relação de trabalho. Os defensores do Estado Liberal e os adeptos do Estado Social se posicionam de forma diferente²⁵⁹. Os neoliberais pregam a omissão do Estado, "*desregulamentando, tanto quanto possível, o Direito do Trabalho*"²⁶⁰. Objetivam melhores condições do emprego que sejam ditadas, basicamente, pelas leis do

²⁵⁴ SUM-85 "COMPENSAÇÃO DE JORNADA (inserido o item V) - Res. 174/2011, DEJT 31.05.2011

I. A compensação de jornada de trabalho deve ser ajustada por acordo individual escrito, acordo coletivo ou convenção coletiva. [...] V. As disposições contidas nesta súmula não se aplicam ao regime compensatório na modalidade "banco de horas", que somente pode ser instituído por negociação coletiva".

²⁵⁵ SÜSSEKIND, Arnaldo. *Curso de Direito do Trabalho*. 3a. ed. rev. e atualiz. Rio de Janeiro: Renovar, 2010. p. 49. O autor ressalta que "o precitado art. 7º, composto por cláusulas pétreas (art. 60, § IV, inciso IV, da Constituição), admitiu a flexibilização de direitos em importantes tópicos das relações de trabalho: salário (inciso VI) e duração do trabalho (incisos XIII e XIV), desde que ajustada em acordo ou convenção coletiva".

²⁵⁶ SANTOS, Enoque Ribeiro dos. op. cit., p. 142.

²⁵⁷ Idem. p. 142.

²⁵⁸ Idem. p. 142.

²⁵⁹ Segundo Arnaldo Süssekind. *Curso de Direito do Trabalho*. cit., p. 54.

²⁶⁰ SÜSSEKIND, Arnaldo. *Curso de Direito do Trabalho*. cit., p. 54.

mercado²⁶¹.

Em elucidativo estudo feito por Arnaldo José Duarte do Amaral²⁶², depara-se com os ensinamentos que:

[...] Afinal, neste momento histórico — Estado liberal —, foi fermentada a primeira condição necessária ao surgimento do direito do trabalho: a liberdade contratual⁽¹⁰⁾. Sem trabalho livre — firmado em contrato — não há direito do trabalho⁽¹¹⁾. Este existe para regular o trabalho livre (relação contratual). De fato, como é de curial sábia, o Estado liberal, colmatado no século XVIII e implementado no século XIX, surgiu para se contrapor ao modelo de Estado anterior, qual seja, o Estado absoluto.

Ora, no Estado absoluto não havia trabalho subordinado livre (contratual), aliás, pouca liberdade existia em todos os setores da existência humana. Não havia, também, segurança jurídica, pois a vontade do soberano sempre prevalecia sobre a lei e sobre os contratos. O rei absoluto centralizava os Poderes Executivo, Judiciário e Legislativo.⁽¹⁰⁾

A desregulamentação²⁶³ representa a omissão por parte do Estado, no que diz respeito à relação de trabalho, deixando para as partes a liberdade de estipular as condições de labor, o que é discutível na atual conjuntura econômica. Por outro lado, a flexibilização se conformaria em adaptar a norma à realidade vivenciada pelas partes envolvidas.

Desse modo, “*flexibilização não é desregulamentação. Não se podem confundir dois institutos diversos*”²⁶⁴.

²⁶¹ Idem. op. p. 54.

²⁶² AMARAL, Arnaldo José Duarte do. *Op. cit.*, p. 29-30. Esclarece ainda o autor que: “Por essa visão, todo ordenamento jurídico e o próprio Estado deveriam existir para proteger a irrenunciável liberdade humana (liberdade contratual). A intervenção do Estado na sociedade, portanto, deveria ser mínima (pois só seria aceita se fosse para garantir a liberdade humana livremente manifestada nos contratos), sobretudo no campo do trabalho humano”.

²⁶³ DELGADO, Gabriela Neves. *Terceirização: paradoxo do direito do trabalho contemporâneo*. op. cit., 107. Nesse sentido manifesta-se a autora quando assevera que “a desregulamentação é o fenômeno abarcado pela ideologia neoliberal, fundado na subsistência de um Estado mínimo, que exige que o Estado deixe de regular questões sociais, inclusive as de cunho trabalhista, em prol da regulação autônoma privada, individual ou coletiva. Essa política de desregulamentação dos direitos surgiu, pois, em consonância com a antiga idéia da ‘mão invisível’, criada por *Adam Smith* durante a vigência do Estado liberal, ainda no século XVIII, que determinava o afastamento do Estado da gestão social e econômica.”

²⁶⁴ AMARAL, Arnaldo José Duarte do. *Op. cit.*, p. 105-106. Nesse sentido é o entendimento do mencionado autor. Aliás, referido autor sustenta que: “[...]flexibilização, na acepção ora adotada, pressupõe a existência de intervenção estatal. Ou, melhor dizendo, implica a possibilidade de intervenção estatal, na hipótese de proteção de direitos fundamentais dos empregados e empregadores (por exemplo, na proteção da livre manifestação de vontade ou nas condições de saúde e higiene) [...]”

Nesse diapasão, a desregulamentação diferencia-se da flexibilização das normas de proteção ao trabalho, isso porque “*aquela defende a supressão da maioria dessas normas, especialmente as de caráter trabalhista*”²⁶⁵, propondo o afastamento do Estado como gestor do desenvolvimento econômico e social²⁶⁶.

Na atualidade, surgem tendências para: 1) reduzir as normas regulamentadoras; 2) dar mais autoridade aos parceiros sociais; 3) garantir apenas o mínimo fundamental²⁶⁷

Por sua vez, os defensores do Estado social, amparados na doutrina social da Igreja ou na filosofia trabalhista, advogam a tese de que é necessária a “*intervenção estatal nas relações de trabalho*”²⁶⁸. Isso se justifica, segundo Arnaldo Süssekind, na medida necessária “*à efetivação dos princípios formadores da justiça social e à preservação da dignidade humana*”²⁶⁹. Acrescenta SÜSSEKIND que nesse propósito é “*que a social democracia contemporânea pressupõe a pluralidade das fontes do Direito, considerando o patamar de direitos indisponíveis, adequado a cada país*”²⁷⁰.

De outro lado, pode-se dizer que a flexibilização²⁷¹ dos direitos trabalhistas implica o abrandamento do rigor e imperatividade das normas jurídicas, mediante negociação coletiva²⁷².

Além disso, Fábio Túlio²⁷³ explica que “*há dois modelos básicos de flexibilidade laboral em sua estrutura prática funcional: a flexibilidade interna e a flexibilidade externa, que potencializam a otimização das atividades produtivas em*

²⁶⁵ SÜSSEKIND, Arnaldo. *Curso de Direito do Trabalho*. cit., p. 54.

²⁶⁶ DELGADO, Gabriela Neves. *Terceirização: paradoxo do direito do trabalho contemporâneo*. op. cit., 107.

²⁶⁷ FRANCO FILHO, Georgenor de Souza. *Globalização & desemprego: mudanças nas relações de emprego*. São Paulo: LTr, 1999. Apud NASSIF, Elaine Noronha. *Fundamentos da flexibilização: uma análise de paradigmas e paradoxos do direito o do processo do trabalho*. São Paulo: LTr, 2001, p. 73.

²⁶⁸ SÜSSEKIND, Arnaldo. *Curso de Direito do Trabalho*. cit., p. 54.

²⁶⁹ Idem. op. cit., p. 54.

²⁷⁰ Idem. op. cit., p. 54.

²⁷¹ BARROSO, Fábio Túlio. *Novo contrato de trabalho por prazo determinado*. 1a ed. (ano 2004), 2a tir. Curitiba: Juruá, 2005. p. 47. O autor reforça as críticas à flexibilização quando afirma que “A flexibilidade laboral tem um papel ativo na dinâmica econômica a favor do empresário com o desequilíbrio acentuado do tecido produtivo social. Localiza-se num termo médio entre a juridificação imperativa das normas trabalhistas e a desregulamentação, pois a flexibilidade dos ordenamentos jurídicos da economia mundial tende a acentuar o privilégio apenas a um lado na relação de produção de riquezas. A afinidade entre flexibilidade e desregulamentação é muito estreita, podendo-se afirmar que a segunda é um passo a mais na evolução das ações capital-trabalho no marco da potencialidade dos poderes empresariais no sistema normativo do trabalho.”

²⁷² DELGADO, Gabriela Neves. *Terceirização: paradoxo do direito do trabalho contemporâneo*. op. cit., 107.

²⁷³ BARROSO, Fábio Túlio. *Novo contrato de trabalho por prazo determinado*. cit., p. 57.

relação ao fator trabalho e emprego”.

Segundo o referido autor, a flexibilidade externa está relacionada com a possibilidade de modificar a quantidade de trabalhadores empregados na empresa, segundo as necessidades empresariais, repartindo ou internalizando os custos da mão de obra e da produção. Essa modalidade de flexibilização apoia-se em normas que regulam o emprego com determinação de prazos ou atividades.

De outro lado, à flexibilidade interna, de acordo com Fábio Túlio²⁷⁴:

[...] Planeja-se a reorganização do fator trabalho, a utilização funcional do quadro de trabalhadores e o estímulo à concorrência interna, refletindo-se na adoção de variedades funcionais através da diversificação do tipo de atividade desenvolvida pelo trabalhador. É a incidência do desenvolvimento das atividades internas da empresa de acordo com seus requisitos produtivos, no marco de um melhor aproveitamento das capacidades potenciais dos empregados e os benefícios para o empregador. [...]

A flexibilização externa se refere ao modo de contratação da mão de obra, é encontrada na contratação temporária, aparecendo como elemento de fomento ao emprego conjuntural, como consequência da própria dinâmica de reestruturação do capitalismo²⁷⁵. Dessa forma, *“a utilização de modelos atípicos de contratação trabalhista conforme o objetivo empresarial afeta diretamente o princípio de estabilidade no emprego”*²⁷⁶.

Por outro lado, a flexibilização interna está relacionada com o desenvolvimento da atividade produtiva do trabalhador no seio da empresa²⁷⁷. Nesse modelo, há o planejamento e a reorganização do fator trabalho, bem como a *“utilização funcional do quadro de trabalhadores, estimulando à concorrência interna, refletindo-se na adoção de variedades funcionais através da diversificação do tipo de atividade desenvolvida pelo trabalhador”*²⁷⁸.

A par dessas considerações, constata-se que a flexibilização da relação de trabalho pode ser uma manobra legal para subcontratação de trabalhadores, ao ponto de descaracterizar o modelo de relação trabalhista bilateral, conduzindo a uma transformação da relação de emprego em relações de trabalho

²⁷⁴ Idem. op. cit., p. 57.

²⁷⁵ Idem. op. cit., p. 58.

²⁷⁶ Idem. op. cit., p. 58.

²⁷⁷ Idem. op. cit., p. 58.

²⁷⁸ Idem. Op.cit., p. 58.

trilateral, como as subcontratações ou a utilização de empresas interpostas, já que a empresa se adapta ao trabalho de que necessita, o que caracteriza o modelo de flexibilidade numérica²⁷⁹ ou externa, evidenciando ainda mais a precarização dos direitos laborais.

2.1.8.1 Posições a favor da flexibilização

A expansão da flexibilização não significa aumento de empregos e segurança jurídica nas negociações coletivas, pelo contrário, aumenta o trabalho precário e enfraquecimento dos sindicatos, além de aumentar os lucros das empresas.

Ocorre que há uma parcela da doutrina²⁸⁰ que se posiciona a favor da flexibilização da relação de trabalho, entre as quais, as consideradas partidárias do neoliberalismo, uma vez que sustentam que certas normas de precariedade do emprego, redução dos custos da produção e reorganização do tempo de trabalho “são benéficas tanto à sociedade como ao próprio empregado, podendo trazer inclusive um aumento no número de empregos e permitindo que a empresa se ajuste ao mercado, sem custos adicionais, às exigências da nova realidade econômica”²⁸¹.

Há quem entenda que a flexibilização como política social é útil, no “sentido de ser utilizada como instrumento de adaptação da norma à realidade econômica, onde trabalhadores, juntos, regulariam o mercado de trabalho”²⁸².

Assim, para aqueles que defendem a terceirização, a rigidez das normas do trabalho representa um obstáculo para o desenvolvimento econômico do país, “como também a proteção prejudica a autonomia da liberdade sindical. O direito do trabalho seria, assim, um direito imóvel, intocável, insuscetível de ajustes capazes de adaptá-lo a novas realidades”²⁸³.

No entanto, na flexibilização como uma nova forma de regulação da

²⁷⁹ Idem. op. cit., p. 59.

²⁸⁰ GÊNOVA, Leonardo de. op. cit., p. 51. Essas considerações são citadas pelo referido autor.

²⁸¹ Idem. op. cit., p. 51.

²⁸² ROBERTELLA, Luiz Carlos Amorim. *O moderno Direito do Trabalho. Flexibilização, terceirização, novas tecnologias, contratos atípicos, participação na empresa*. São Paulo: LTr, 1994. p. 97.

²⁸³ Idem.

relação de trabalho, as partes envolvidas, por meio de seus representantes, podem criar normas. Ela pode até ser admitida em países nos quais os trabalhadores têm participação efetiva na empresa, como é o caso, por exemplo, do Japão, e nos países em que os sindicatos são bem desenvolvidos.

Ocorre que essa não é a realidade da República Federativa do Brasil, onde cada vez mais os sindicatos perdem espaço nas negociações coletivas, e quando atuam não conseguem assegurar aos trabalhadores um patamar superior aquele já existente. Ademais, o sistema sindical facilita “a pulverização da prestação de serviços terceirizados pelas diversas empresas tomadoras de serviços existentes no país, com o aval do próprio sindicato”²⁸⁴.

Na verdade, a flexibilização é utilizada atualmente como uma forma de mitigar direitos dos trabalhadores, no sentido de favorecer mais e mais as empresas para obterem mais lucros, ou as classes dominantes; em contraparte, reduz os direitos trabalhistas e encargos sociais. A título de exemplo, tem-se verificado que nas negociações coletivas no meio rural, na maioria das vezes há limitação ou exclusão das horas de percurso, para efeito de remuneração, sem, contudo, trazer quaisquer benefícios concretos aos trabalhadores rurais.

2.1.8.2 Posições contra a flexibilização

A posição contrária à flexibilização²⁸⁵ da relação de trabalho sustenta que a legislação do trabalho já se mostra suficientemente flexível²⁸⁶. Daí por que o “aumento da dose de flexibilização resultará em retrocesso social”²⁸⁷ para os trabalhadores, o que é vedado pelo ordenamento jurídico (art. 7º, *caput*, da

²⁸⁴ DELGADO, Gabriela Neves. *Terceirização: paradoxo do direito do trabalho contemporâneo*. cit., p. 173.

²⁸⁵ MAIOR, Jorge Luiz Souto. *O direito do trabalho como instrumento de justiça social*. São Paulo: LTr, 2000, p. 320. O autor reforça as críticas à terceirização quando afirma que “[...] o dinamismo da terceirização acaba provocando uma pulverização da massa trabalhadora, o que inibe a luta por melhores condições de trabalho, já que o pressuposto dessa luta é a união. Comprova isso a constatação de que ‘o trabalho terceirizado é sempre pior pago que o emprego normal’². Sem mencionar que a cobrança dos créditos trabalhistas fica, sensivelmente, dificultada pela névoa que repousa sobre as relações empregatícias, no trabalho terceirizado, dificultando a identificação do real empregador”.

²⁸⁶ GÊNOVA, Leonardo de. op. cit., 9, p. 51.

²⁸⁷ Idem. p. 51. Analisando as posições contra a flexibilização, Leonardo de Gênova enfatiza que “o direito do trabalho possui finalidade eminentemente reivindicatória, em razão do que jamais se poderá pensar em reduzir conquistas sociais. O direito do trabalho nunca retrocede, pelo contrário, busca sempre ampliar os direitos assegurados aos trabalhadores, tendo em vista que esse direito visa proteger o hipossuficiente econômico”.

Constituição da República c/c com pacto São José da Costa Rica)²⁸⁸.

Os efeitos da terceirização transcendem qualquer fronteira, tendo em vista que os grandes grupos econômicos (empresas tomadoras de serviços) que produziam na forma vertical passam a explorar a atividade econômica na forma horizontal, ou seja, subcontratação de terceiros que não se encontram ligados à atividade-fim da empresa cliente, tomadora de serviços. Isso possibilita que a empresa que era detentora de todas as etapas de produção possa distribuí-las para outras empresas.

Há quem fale na atualidade²⁸⁹ de uma terceira fase no Direito do Trabalho brasileiro, comumente denominada de fase da "crise", caracterizada por “*processos de questionamentos em face dos fenômenos da desregulamentação*”²⁹⁰ e da flexibilização dos direitos trabalhistas, que vêm incentivando a normatização autônoma privatística, em franco benefício ao mercado produtor.

Com relação às instalações das empresas terceirizadas, constata-se que não oferecem as mesmas condições de segurança e higiene, em comparação “*às empresas tomadoras de serviços, o que propicia uma maior degradação do ambiente de trabalho, que é um facilitador do aumento da ocorrência de acidentes de trabalho*”²⁹¹.

Verifica-se também que, na terceirização, há dupla subordinação, já que são dois os sujeitos contratantes a “*comandarem e direcionar o modo da prestação de serviços do empregado terceirizado*”²⁹².

A par dessas considerações, normas e conceitos podem cair em

²⁸⁸ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional*. Coimbra: Almedina, 1998, p. 1154. Uma das passagens que melhor refletem essa concepção do princípio do retrocesso social é feita por CANOTILHO, quando frisa que “o núcleo essencial dos direitos sociais já realizados e efetivado através de medidas legislativas deve considerar-se constitucionalmente garantido, sendo inconstitucionais quaisquer medidas que, sem a criação de esquemas alternativos compensatórios, se traduzem, na prática, em uma anulação, revogação ou aniquilação pura e simples desse núcleo essencial. A liberdade do legislador tem como limite o núcleo essencial já realizado.”

²⁸⁹ DELGADO, Gabriela Neves. Terceirização: paradoxo do direito do trabalho contemporâneo. Op. cit., p. 170.

²⁹⁰ MONTESSO, Cláudio José; FREITAS, Marco Antônio de; STERN, Maria de Fátima Coelho Borges (Coords.). *Direitos sociais na constituição de 1988: uma análise crítica vinte anos depois*. In: SEVERO, Valdete Souto. *O mundo do trabalho e a flexibilização*. São Paulo : LTr, 2008. p. 429. A autora reforça as críticas à desregulamentação, quando afirma que “Por consequência, propugna-se a diminuição da interferência legislativa nas opções humanas [desregulamentação] como modo de aquisição de uma liberdade negativa, traduzida pela noção de Estado mínimo. Logo, ‘aumenta, em vez de diminuir, a distância entre o ideal de democracia liberal e sua versão real, de fato existente’”.

²⁹¹ Idem. op. cit., p. 172.

²⁹² Idem. op. cit., p. 172. No mesmo sentido, VIANA, Márcio Túlio. *Velhos e novos enfoques sobre o trabalho temporário*. cit., p. 154.

contradições ou perdem a eficácia pelas mudanças no marco do desenvolvimento da relação capital-trabalho, uma vez que a flexibilidade pode renegar a possibilidade de proteção e de melhoria da condição social a uma grande parcela de trabalhadores, destinados a padecer da enfermidade do progresso²⁹³.

Essa diminuição das conquistas dos trabalhadores tem seu reflexo imediato no social, com o agravamento da qualidade de vida dos cidadãos (sobretudo os assalariados), em geral²⁹⁴.

²⁹³ Quanto ao significado do progresso, BARROSO, Fábio Túlio. *O novo contrato por prazo determinado. Flexibilização Laboral e Internacionalização das Relações de trabalho*. 1ª ed. (ano 2004) 2ª tiragem. Curitiba: Juruá, 2005. p. 50, citando WALLERSTEIN, Immanuel. *El capitalismo histórico*. Madri: Ed. Siglo XXI de Espana, 1988. p. 87 e s, explica que “Com o desenvolvimento e suas grandes novidades em termos econômicos, muitos foram os trabalhadores que padeceram sem poder usufruir os frutos que trouxe o propalado *progresso*”. Do mesmo WALLERSTEIN: *Unthinking social science. The limits of nineteenth century paradigm*. Cambridge: Ed. Polite Press, 1991. p. 40 e s.

²⁹⁴ Idem.

3. Terceirização: precarização da relação de trabalho ou violação aos direitos fundamentais.

A primeira Revolução Industrial foi um marco histórico de grande importância na evolução material e cultural da humanidade, tendo em vista que “introduziu a força motriz, distinta da força muscular e animal”²⁹⁵.

Há relatos²⁹⁶ de que, após a segunda guerra mundial e a vitória dos aliados, “aos perdedores foram impostas condições de abstenção de investimentos na área da pesquisa armamentista e proibição de construções no campo da produção de materiais bélicos”. Somado a isso, percebe-se que várias foram as transformações ocorridas na consciência coletiva de alguns povos, que “influenciaram diretamente o surgimento da terceirização, aliada a uma nova concepção de cultura de mercado internacional, chamada aldeia global”²⁹⁷.

A Inglaterra, por exemplo, é o país que mais tem flexibilizado as regras dos contratos típicos, em relação aos demais países do Mercado Comum Europeu. Isso decorreu da competição existente no referido Mercado, que é muito intensa, em face de que as empresas têm sofrido inúmeras pressões para reestruturar seus sistemas de contratação, remuneração e desconstrução²⁹⁸.

Com o objetivo de reduzir o custo da mão de obra e o desgaste do labor manual foi introduzida a máquina²⁹⁹ no processo produtivo, que possibilitou um

²⁹⁵ BARAÚNA, Augusto Cezar Ferreira de. *A terceirização à luz do Direito do Trabalho*. São Paulo: LED-Editora de Direito, 1999. p. 18.

²⁹⁶ Idem. op. cit., p. 23.

²⁹⁷ Idem. op. cit., p. 23. O autor sintetiza o que vem a ser aldeia global ao afirma que “[...] Com o término da 2ª Grande Guerra, o cenário mundial estava modificado. [...] Todavia, foram muitos os avanços tecnológicos alcançados pelas indústrias na produção de bens e materiais, que posteriormente resultaram em benefícios para a sociedade mundial. Tivemos um significativo avanço nas indústrias de metais e equipamentos, um aprimoramento nos meios de transportes individual e coletivo, uma espantosa evolução na área das telecomunicações, uma maior produção e comercialização de bens de consumo entre os países, enfim, um estreitamento nas relações de intercâmbio comercial e cultural entre os povos de nossa época, convencionando-se chamar o mundo hoje de Aldeia Global. [...]”.

²⁹⁸ BARAÚNA, Augusto Cezar Ferreira de. *A terceirização à luz do direito do trabalho*. op. cit., p. 27.

²⁹⁹ SÜSSEKIND, Arnaldo. *Curso de Direito do Trabalho*. cit., p. 15, foi categórico quando disse: “A utilização cada vez maior da máquina, que poderia ter acarretado a diminuição das jornadas de trabalho e a elevação dos salários, como consequências do maior rendimento do trabalho produtivo, teve, paradoxalmente, efeitos diametralmente opostos. Num retrocesso que afrontava a dignidade humana, a duração normal do trabalho totalizava, comumente, 16 horas diárias; o desemprego atingiu níveis alarmantes e os valores dos salários decresceu³. Para complementar o orçamento da família operária, a mulher e a criança ingressaram no mercado

avanço na industrialização dos produtos, melhorando a qualidade profissional dos trabalhadores. Contudo, trouxe consequências “*negativas na relação de trabalho*”³⁰⁰. *Entre elas, pode-se citar o desemprego*”³⁰¹, uma vez que a máquina passou a substituir uma grande quantidade de trabalhadores, tanto nos centros urbanos, quanto no meio rural.

Tal panorama vem sendo alertado por Jeremy Rifkin³⁰², o qual assinala que o trabalhador industrial está sendo excluído do processo econômico. Isso se deve à automação e à reengenharia, que estão tomando o lugar do trabalho humano em muitas áreas, entre elas, a de prestação de serviços. Isso porque as novas “máquinas inteligentes” são “*capazes de executar muitas das tarefas mentais atualmente realizadas por seres humanos, e numa velocidade muito maior*”.

A estruturação organizacional é um dos fatores que vem provocando a redução dos empregos, principalmente, “*no setor de serviços, bancos comerciais e instituições financeiras, entre elas, a de poupança*”³⁰³.

Segundo Jeremy Rifkin, a reengenharia significará uma perda de 30 a 40% dos empregos. Isso se traduz “*na eliminação de aproximadamente 700 mil empregos nos próximos anos*”³⁰⁴.

O ingresso da máquina no processo produtivo possibilitou a diminuição do desgaste do trabalho manual do homem e do tempo de serviço utilizado para a produzir as mercadorias. Há quem defenda³⁰⁵ que, a redução no custo da mão de obra e do aperfeiçoamento da economia produtiva quanto ao melhoramento dos produtos industrializados significou um avanço na produção do sistema capitalista moderno.

de trabalho, acentuando o desequilíbrio entre a oferta e a procura de emprego. E, assim, ampliada a mão de obra disponível, baixaram ainda mais os salários (Lei de bronze de LASSA LÊ). Nem a liberdade formal nem a máquina libertaram o homem”.

³⁰⁰ BARAÚNA, Augusto Cezar Ferreira de. *A terceirização à luz do direito do trabalho*. São Paulo: LED-Editora de Direito, 1999, p. 18.

³⁰¹ RIFKIN, Jeremy. op. cit., p. 5. Relata o autor que “Enquanto as primeiras tecnologias industriais substituíram a força física do trabalho humano, trocando a força muscular por máquinas, as novas tecnologias baseadas no computador prometem substituir a própria mente humana, colocando máquinas inteligentes no lugar dos seres humanos em toda a escala da atividade econômica. As implicações são profundas e de longo alcance. Mais de 75% da força de trabalho na maior parte das nações industrializadas estão desempenhando funções que são pouco mais do que simples tarefas repetitivas. Máquinas automatizadas, robôs e computadores cada vez mais sofisticados podem desempenhar muitas, se não a maioria dessas tarefas.”

³⁰² Idem. op. cit., p. 5

³⁰³ Idem. op. cit., p. 5

³⁰⁴ Idem. op. cit., p. 5

³⁰⁵ BARAÚNA, Augusto Cezar Ferreira de. *A terceirização à luz do direito do trabalho*. op. cit., p. 18.

Foi a partir do século XIX até meados do XX que surgiu a ideia de estrutura organizacional clássica das empresas pautada pelo modelo taylorista/fordista. Nesse sistema, *“a estrutura empresarial caracterizava-se pela centralização de atividades, serviços e poderes em torno de uma única empresa, denominada “empresa-líder” ou “empresa-mãe”*³⁰⁶. Inexistia, nessa fase da história, uma terceira empresa para realizar as atividades de outra.

O fordismo era um sistema hierarquizado que aos poucos cedeu espaço à robótica, *“à micro-eletrônica, à automação, pela especialização flexível, por formas e padrões mais produtivos e integração no novo movimento chamado toyotista de criação japonesa”*³⁰⁷.

Saliente-se que o contexto da virada do modelo fordista para o toyotista foi marcado por:

*[...] denominações muito próprias deste último sistema*³⁰⁸, *“como Círculos de Controles de Qualidade (CCQs), Gestão participativa (GP) e Qualidade Total (QT). Por outro lado, tira do trabalhador a segurança outrora conquistada e direitos são ameaçados, relegados a um plano secundário [...]”*³⁰⁹.

Foi a partir das inovações tecnológicas que surgiu a necessidade de melhorar a qualidade dos serviços e produtos, tendo em vista que, com a informatização de determinados serviços, somada à robótica, as empresas de todos *“os setores abandonaram a produção em série –verticalizada- e partiram para a produção individualizada, - horizontal-, na qual o trabalhador passou a executar uma grande variedade de tarefas e monitorar diferentes equipamentos”*³¹⁰.

³⁰⁶ DELGADO, Gabriela Neves. *Terceirização: paradoxo do direito do trabalho contemporâneo*. São Paulo: LTr, 2003. p. 169.

³⁰⁷ MEDEIROS, Benizete Ramos de. *op. cit.*, p. 94.

³⁰⁸ Idem. p. 94. Em elucidativo estudo feito por Benizete Ramos Medeiros, encontra-se com o ensinamento de que *“Esse novo modelo, nascido com a indústria japonesa Toyota, sugere uma forma de trabalho mais flexível, com produção programada de acordo com a demanda, que é quem determina a produção — e não o contrário — porém variada, diversificada, com melhor aproveitamento do tempo garantido pelo *just in time*, onde o trabalhador deve ser polivalente e ser capaz de entender e operar várias máquinas, suscitando uma qualificação, com raciocínio lógico, capacidade de comunicação, de decisão e resolução de problemas; cooperação; capacidade de aprender e administrar o tempo. O espírito de equipe deve ser valorizado. É o mundo dos trabalhadores multifuncionais que nasce e, ao que parece, vem para ficar. No entanto, na análise do processo de transição, verifica-se que as estruturas inflexíveis do fordismo ainda emperravam o toyotismo nascente, vez que não havia ainda uma total abolição dos meios de produção em série”*.

³⁰⁹ MEDEIROS, Benizete Ramos de. *op. cit.*, p. 94. No mesmo sentido, DALLEGRAVE NETO, *José Affonso. Análise de conjuntura Socioeconômica e o Impacto no direito do Trabalho*. São Paulo: Revista LTr. v. 4, n. 65.

³¹⁰ PASTORE, José. *Flexibilização dos mercados de trabalho e contratação coletiva*. São Paulo: LTr, 1994. p. 13.

Na atualidade, a maior parte das empresas não consegue assumir o ciclo produtivo em sua totalidade, isso porque, para poder permanecer no mercado competitivo, procuram diminuir os custos operacionais, ser enxutas e aumentar o lucro, dedicando-se, exclusivamente, à sua atividade-fim, passando apenas as periféricas a ser desenvolvidas pelas empresas menores, “*chamadas interpostas, que, com maior especialidade sobre a área que atuam, têm, em tese, menores custos e podem oferecer os serviços com maior produtividade e, por isso, conseguem produzir aquilo que as maiores lhes delegariam*”³¹¹.

Nesse contexto, a empresa passa a realizar apenas as tarefas para as quais tem vocação (*core-business*), deixando para um terceiro a realização de suas atividades secundárias, nas quais não tem especialização em relação às tarefas, “*surgindo dessa forma a subcontratação precária e o aumento da intermediação de mão de obra através de contratação de empresas de trabalho temporário*”³¹².

A empresa tomadora de serviços passou a delegar a terceiros as atividades secundárias que não compõem o seu ciclo produtivo essencial, ou seja, “*somente tarefas que não constitui objeto principal de sua atividade*”³¹³ “*da cadeia produtiva de um negócio pode ser delegada a terceiros*”³¹⁴. Exceção feita apenas para intermediação de mão de obra, através da contratação temporária que é autorizada expressamente pela ordem jurídica.

A terceirização é uma das formas de flexibilização³¹⁵ das relações de

³¹¹ CAVALCANTE JÚNIOR, Ophir. *Terceirização das relações de trabalho*. São Paulo: LTr, 1996. p.86.

³¹² SANTOS, Enoque Ribeiro dos. *O Direito do trabalho e o desemprego*. São Paulo: LTr, 1999. p. 149.

³¹³ SCHIAVI, Mauro. *Abrangência da súmula 331 do tribunal superior do trabalho*. São Paulo: Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região. Publicação de Julgados. n. 7/2011. p. 60. Disponível em: http://www.trtsp.jus.br/geral/tribunal2/revistas/revista_eletronica/07_2011.pdf. Acesso em: 03.jan.201. Existem discrepâncias no tocante ao conceito de atividade-fim e atividade-meio, por exemplo, o autor afirma que “ Não há consenso na doutrina e jurisprudência sobre as definições de atividade-meio e atividade-fim. A Doutrina costuma dizer que atividade-meio é a que não está diretamente relacionada à atividade principal do tomador de serviços, é periférica, não essencial, secundária, de apoio, não relacionada ao objetivo empresarial, e da qual a empresa pode prescindir. Nesta categoria, temos as atividades de alimentação de funcionários, conservação e limpeza, vigilância, operadores de elevador, auditoria, execução de serviços de contabilidade, assistência médica, assistência jurídica, entre outras.”

³¹⁴ Idem. op. cit., p. 149.

³¹⁵ PASTORE, José. op. cit., p. 21. Frisa o autor que no campo das relações do trabalho, as mudanças no quadro político e premidos pela crescente onda de competição mundial ‘levaram as partes a descer o nível da negociação para bem perto da empresa, isso envolveu inúmeras formas de flexibilização, tais como, a redução da força de trabalho (Yernin, 1982); a redução de jornadas e moderação salarial (Evans, 1975; Cuvillier, 1982; White, 1989); a criação de horários flexíveis (Allenspach, 1975); a remuneração atrelada ao desempenho, subcontratação e terceirização da produção (Safartl e Kobrln, 1987; EIRR, 1990)’.

trabalhos, que faz diminuir, em tese, os custos operacionais de mão de obra para a empresa cliente, quanto às verbas de natureza trabalhista, isso porque o empregado que vai prestar os serviços é contratado pela empresa interposta e vai receber desta última, em regra, salário inferior àquele que seria contratado pela empresa cliente e, conseqüentemente, os encargos trabalhistas serão menores, inclusive em relação ao recolhimento da Contribuição Previdenciária e Fundo de Garantia do Tempo de Serviço – FGTS.

A terceirização requer cautela da empresa tomadora dos serviços do ponto de vista econômico e operacional, pois implica planejamento de produtividade, qualidade e custos³¹⁶.

Assim, segundo Alice de Barros Monteiro, os cuidados devem ser redobrados do ponto de vista jurídico, tendo em vista que, *“a adoção de mão de obra terceirizada poderá implicar reconhecimento direto de vínculo empregatício com a tomadora dos serviços, na hipótese de fraude, ou responsabilidade subsidiária desta última, quando inadimplente a prestadora de serviços”*³¹⁷.

A tendência atual está sendo no sentido de que as empresas, para viabilizar seus negócios, procuram reduzir os custos da produção e concentram-se em um núcleo de empregados formais, em sua atividade-fim, e terceirizam a atividade secundária através da subcontratação de serviços que são realizados por terceiros.

Ressalte-se que foi a partir da produção em série que houve a necessidade de alguns setores da economia procurarem ter uma finalidade produtiva de qualidade.

O acentuado poder patronal foi decisivo para fortalecer os empregadores diante da crise econômica que repercutia em todos os países do mundo.

Além disso, os fatores econômicos exigiram reformas no mercado de trabalho, através de várias formas de flexibilização, ampliando o *“leque da liberdade na contratação dos trabalhadores, da compensação da jornada de trabalho, sendo também esses uns dos motivos que deram surgimento ao fenômeno da*

³¹⁶ BARROS, Alice de Barros. *Curso de direito do trabalho*. 5.ed. rev.e ampl. São Paulo: LTr, 2009. p. 452.

³¹⁷ Idem.

terceirização”³¹⁸.

Nesse diapasão, a terceirização surgiu com a finalidade de reduzir custos operacionais das indústrias, transferindo a responsabilidade, tanto da contratação do empregado que vai prestar serviços, quanto do gerenciamento dos serviços e das verbas trabalhistas, a um terceiro (empregador aparente). Isso significa que os encargos sociais e trabalhistas são, em tese, reduzidos.

Esse fenômeno caracteriza pela redução número de empregados nas empresas tomadoras de serviços e, conseqüentemente, “*aumento de empregados na empresa contratada para prestar os serviços, com salários mais baixos em relação à empresa cliente, e menos direitos trabalhistas*”³¹⁹.

A terceirização, por consequência, segundo a doutrina é uma técnica de modernização da produção e de organização do trabalho, por isso tem como objetivo: reduzir³²⁰ os custos de verbas trabalhistas e encargos sociais; aumentar o lucro da empresa tomadora dos serviços; melhorar a qualidade do produto ou do serviço; além de buscar melhores resultados empresariais, tanto de produtividade, quanto de eficiência na prestação de serviços.

Os trabalhadores não têm a vinculação jurídica com a empresa tomadora de serviços, pela intermediação de mão de obra que vem ocorrendo de forma acentuada com o aumento crescente das empresas prestadoras de serviço³²¹.

Vale ressaltar que, o principal argumento daqueles que defendem a terceirização, a redução de custos, é incompatível com a própria ideia do instituto. Isso porque “*não pode haver redução de custos na terceirização, pois ela implica*

³¹⁸ SANTOS, Enoque Ribeiro dos. op. cit., p. 149.

³¹⁸ Idem. op. cit., p. 149

³¹⁹ DELGADO, Gabriela Neves. op. cit., p.170. Esse também é o entendimento da autora, quando disse que “A redução dos custos empresariais também se relaciona à possibilidade que a terceirização proporciona de diminuir o número de empregados efetivos contratados pela empresa tomadora, tornando viável maior produtividade hora/homem dentro do contexto empresarial e evitando, por conseguinte, a ociosidade no trabalho”.³⁴⁴

³²⁰ BELMONTE, Alexandre Agra. *Aspectos jurídicos materiais e processuais da terceirização trabalhista*. São Paulo: Revista LTr. v. 73, n. 10, outubro.2009. p. 1190. “A terceirização está compreendida nas técnicas de modernização da produção e de organização do trabalho. A finalidade é a de descentralizar a produção, por meio da atribuição racional a terceiros, da execução de certas que a compõe, incluindo a distribuição do produto final ou a prestação do serviço ao consumidor. Essa descentralização, que permite que a empresa concentre a sua atividade em tarefas essencialmente ligadas ao negócio em que atua, visa a maior especialização no objeto principal de sua existência. Permite, por outro lado, que as empresas contratadas sejam, por sua vez, especializadas nas áreas em que atuam. Essa racionalização, por meio da maior eficiência a partir da especialização, busca a economia de material e mão de obra, de modo a eliminar tempo e desperdício em atividades secundárias que não constituam o seu negócio e assim aumentar a sua produtividade”.

³²¹ JORGE NETO, Francisco Ferreira. In: CAVALCANTE. Jouberto de Quadros Pessoa. Op. cit. p. 52-56.

*necessariamente exercício de atividade econômica por outra empresa, o que pressupõe, logicamente, a busca de lucros*³²².

Assim, na terceirização de uma atividade; além do pagamento do pessoal pela prestadora de serviços, há os custos operacionais (incluindo aí tributos e encargos sociais) da empresa interposta, *“não havendo como obter, em tese, a redução de custos almejada, a não ser reduzindo os salários e encargos sociais referentes aos empregados terceirizados*³²³.

Observa-se também que se tornou prática comum antigos empregados abrirem sua própria empresa ou constituírem cooperativas de trabalho, *“para prestarem serviços à empresa para a qual anteriormente laboravam, o que ocasiona a divisão do trabalho*³²⁴. Todavia, os ganhos obtidos são todos diluídos nas cooperativas, que, por esse método, contratam outros empregados por remunerações e direitos sociais muito aquém dos praticados anteriormente, precarizando ainda mais os direitos trabalhistas.

Diante do mencionado quadro, constata-se que a mão de obra terceirizada, que outrora tinha vedação rígida no ordenamento jurídico nacional (antiga Súmula n. 256 do Colendo Tribunal Superior do Trabalho), principalmente na atividade-fim³²⁵ do empreendimento empresarial, atualmente é admitida com certa tolerância na prática, quando se permite que as empresas tenham uma maior lucratividade na forma de produção de bens e serviços, em detrimento da redução de direitos trabalhistas. Isso ocorre frequentemente nos setores de serviços *“essenciais, como energia elétrica, água, gás, que terceirizam mão de obra nas atividades fim, o que, nessa hipótese, é vedado pelo ordenamento jurídico, mas só reprimido quando o Estado é provocado individual ou coletivamente*³²⁶.

³²² CARELLI, Rodrigo de Lacerda. *Terceirização e intermediação de mão-de-obra: ruptura do sistema trabalhista, precarização do trabalho e exclusão social*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 35.

³²³ Idem. op. cit., p. 35.

³²⁴ Idem. op. cit., p. 35.

³²⁵ SAAD, José Eduardo Duarte. *Terceirização de serviços e a necessária elaboração de uma norma legal*. São Paulo: Revista LTr. v. 73, n. 01, abril.2009. p. 31. O autor faz uma crítica ao entendimento de que a terceirização não deve restringir às atividades-meio de uma empresa, como consta da Súmula n. 331, do TST, quando assevera que “[...] cabe ao administrador do empreendimento verificar o que mais lhe convém, isto é, se a terceirização deve limitar-se a algo que não se relacione com a sua atividade principal ou se esta poderá, também, ser incluída no processo. Ora, a Constituição Federal não abriga qualquer disposição que vede tal tipo de negócio jurídico e, por via de consequência, inexistente lei ordinária que proíba semelhante operação [...]”.

³²⁶ MEDEIROS, Benizete Ramos de. *Trabalho com dignidade: educação e qualificação é um caminho?*. São Paulo : LTr, 2008. p. 98.

Jorge Luís Souto Maior³²⁷, analisando a problemática da terceirização, afirma que *“esta acabará sendo utilizada como mera técnica para fraudar direitos trabalhistas — e, muitas vezes, para desviar obrigações administrativas, quando formuladas no setor público”*.

Acrescenta que a terceirização conduz a isso, já que as empresas prestadoras de serviço, para garantirem sua sobrevivência - porque não têm condições de automatizar sua produção-, acabam sendo forçadas a precarizar as relações de trabalho, para que, com a diminuição do custo da mão de obra, ofereçam seus serviços a um preço mais acessível, ganhando, assim, a concorrência perante outras empresas prestadoras de serviço, mas trazendo consequência negativa quanto ao custo do valor da hora trabalhada em relação ao empregado que vai prestar o serviço.

Não é possível cumulativamente flexibilizar e respeitar plenamente os direitos do trabalhador. Isso porque a flexibilização tem a finalidade de reduzir os custos da empresa tomadora, evidentemente, com diminuição dos direitos dos trabalhadores e, conseqüentemente, aumentando os lucros do tomador de serviços. Ademais, não há como diminuir os custos, senão por supressão de direitos trabalhistas, uma vez que o Estado não abre mão da redução dos encargos trabalhistas e as empresas do lucro.

3.1.2 Terceirização: definição, a legislação pertinente, e a Súmula n. 331 Colendo Tribunal Superior do Trabalho

O termo terceirização³²⁸ não é encontrado no dicionário, resulta de neologismo oriundo da palavra terceiro, *“compreendido como intermediário interveniente”*³²⁹. Utiliza-se o vocábulo terceirização para *“designar a prática adotada por muitas empresas de contratar serviços de terceiros para sua atividade”*³³⁰.

³²⁷ SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. *Curso de direito do trabalho: a relação de emprego*. op.cit., p. 362.

³²⁸ BELMONTE, Alexandre Agra. op. cit. p. 1190. O autor esclarece que o termo *“outsourcing*, denominação dada pela língua inglesa ao fenômeno irreversível da terceirização, é uma estratégia de otimização da produção e dos serviços, viabilizada por meio da transferência a terceiros, da execução de parcelas componentes da atividade global ligada à confecção de um produto ou prestação de um serviço”.

³²⁹ DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. cit., p. 407.

³³⁰ BARAÚNA, Augusto Cezar Ferreira de. op. cit., p. 56.

Segundo Maurício Godinho Delgado³³¹, “O neologismo foi construído pela área de administração de empresas, fora da cultura do Direito, visando enfatizar a descentralização empresarial de atividades para outrem, um terceiro à empresa”.

Por seu turno, analisando a terminologia do termo terceirização, Vólia Bomfim Cassar, esclarece que, “a terceirização também é chamada de desverticalização, exteriorização, subcontratação, filialização, reconcentração, focalização, parceira¹ (esta também chamada de parcerização)³³²; colocação de mão de obra, intermediação de mão de obra, contratação de serviço ou contratação de trabalhador por interposta pessoa, etc”³³³.

A terceirização é o modelo pelo qual a relação econômica de trabalho difere da correspondente à relação tradicional - bilateral. É uma forma que introduz o trabalhador no processo produtivo de um terceiro, “que a ordem jurídica passou a chamar de prestador de serviços, sem que, contudo, se estendam ao tomador de serviços os laços jus trabalhistas tradicionais”³³⁴.

Assim, essa relação é trilateral (tomador de serviços, prestador de serviços e empregado da prestadora de serviços), no fenômeno da terceirização, modalidade específica de contratação de força de trabalho no mercado capitalista.

No mesmo sentido, Maurício Godinho Delgado explica que³³⁵:

[...] O obreiro, prestador de serviços, realiza suas atividades materiais e intelectuais junto à empresa tomadora de serviços; a empresa terceirizante, que contrata este obreiro, firmando com ele os vínculos jurídicos trabalhistas pertinentes; e por sua vez a empresa tomadora de serviços, que recebe a prestação de labor, mas não assume a posição clássica de empregadora desse trabalhador envolvido [...].

Desse modo, na terceirização lícita o vínculo de empregatício se forma com o prestador de serviços, “chamado pela doutrina de empregador aparente”³³⁶, nos casos previstos em lei, ou sempre que os requisitos formadores da relação de emprego entre o tomador e o trabalhador não estiverem presentes.

³³¹ DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. cit., 407.

³³² Essas terminologias também são utilizadas por MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito do Trabalho*. 14. Ed. São Paulo: Atlas. p. 160-161.

³³³ CASSAR, Vólia Bomfim. *Direito do trabalho*. Niterói: Impetus, 2008. p. 491.

³³⁴ DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. op. cit., p. 407.

³³⁵ Idem.

³³⁶ CASSAR, Vólia Bomfim. *Direito do trabalho*. Niterói: Impetus, 2008. cit., p. 492.

Saliente-se que, os trabalhadores devem ser “*subordinados diretamente à empresa prestadora e não à tomadora*”³³⁷, e entre a empresa “*tomadora e a prestadora existe um contrato regido pelo Direito Civil de prestação de serviços*”³³⁸.

Desse teor, são os ensinamentos de Vólia Bomfim³³⁹, quando assevera que, se houver irregularidade na terceirização, ou se esta for considerada ilícita pela ordem jurídica, de acordo com a regra trabalhista (princípio da *ajenidad*)³⁴⁰, “*o vínculo de emprego será sempre com seu real empregador, ou seja, com o tomador (salvo quando o tomador for ente da Administração Pública)*”.

Por outro lado, a Consolidação das Leis Trabalhistas registra duas hipóteses de subcontratação de mão de obra: a empreitada e subempreitada (art. 455). Também há a figura da pequena empreitada (art. 652, "a", III, CLT).

Ocorre que, no período de elaboração da CLT, a terceirização não constituía fenômeno de tamanha importância como é na atualidade, nem sequer merecia qualquer epíteto designativo especial³⁴¹.

No âmbito da Administração Pública direta e indireta da União, Estados e Municípios, foram editados o Decreto-Lei n. 200/67 (art. 10) e a Lei n. 5.645/70, que permitiram a contratação de empresas para prestarem serviços na atividade-meio do tomador de serviços, possibilitando a descentralização administrativa. Essas legislações vieram autorizar a contratação de empresas de interposta³⁴², para realização de serviços de apoio, tais como de transporte, conservação, custódia, operação de elevadores, limpeza e outras atividades assemelhadas (art. 3º, parágrafo único, da Lei nº 5.645/1970).

Essa forma de contratação posteriormente foi ampliada para o campo privado pela Lei n. 6.019/74 (esta permitindo a intermediação de mão de obra por empresas tanto na atividade-meio, quanto na atividade-fim da tomadora de serviços). Essa lei teve o objetivo de regulamentar o trabalho temporário,

³³⁷ JORGE NETO, Francisco Ferreira. *In: PESSOA, Jouberto de Quadros. op.cit., p. 94.*

³³⁸ *Idem. op. cit., p. 94.*

³³⁹ CASSAR, Vólia Bomfim. *op. cit., p. 492.*

³⁴⁰ Expressão utilizada por CASSAR, Vólia Bomfim. *op. cit., p. 492.*

³⁴¹ DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho. cit., p. 408.*

³⁴² LORA, Ilse Marcelina Bernardi. *Direitos fundamentais e responsabilidade da administração pública na terceirização de serviços. Inconstitucionalidade do § 1º do artigo 71 da lei nº 8.666/1993.* São Paulo: Revista Juris Síntese n. 73, set/out.2008.

posteriormente veio a ser editada a Lei n. 7.102/83, que trata dos serviços de vigilância bancária, a ser efetuada em caráter permanente (ao contrário da terceirização autorizada pela Lei n. 6.019/74, que trata da contratação de trabalhadores temporários)³⁴³.

É sabido que a relação de trabalho, em regra, é bilateral, via de regra, em todos os contratos; assim, a terceirização é exceção.

Segundo Vólia Bomfim, a subcontratação de empregados “*contraria a finalidade do direito, seus princípios e sua função social e, por isso, constitui-se em exceção ao princípio da ajenidad, onde a relação de emprego se forma diretamente com o tomador dos serviços, isto é, com o empregador natural (relação bilateral)*”³⁴⁴.

A legislação brasileira não proíbe expressamente nem regula as formas de exteriorização de mão de obra, exceto nas hipóteses acima mencionadas.

Ressalte-se que a maioria dos trabalhadores terceirizados são verdadeiros empregados das empresas tomadoras, uma vez que são as verdadeiras beneficiárias do labor dos empregados. Também se constata que, na maioria das vezes, são disfarçados por contratos simulados com cooperativas, associações ou empresas oportunistas³⁴⁵, precarizando-se ainda mais a relação de trabalho.

3.2.3 Espécies de terceirização

O estudo dos fundamentos da terceirização destaca-se no cenário jus trabalhista sob duas formas: 1) terceirização de serviços; e 2) terceirização de atividade³⁴⁶.

³⁴³ Idem. op. cit., p.408-409.

³⁴⁴ CASSAR, Vólia Bomfim. *Direito do trabalho*. cit., p. 493.

³⁴⁵ Idem. No mesmo sentido SÜSSEKIND, Arnaldo; MARANHÃO, Délio; VIANNA, Segadas; TEIXEIRA, Lima. *Instituições de Direito do Trabalho*. 21. ed. São Paulo: LTr, 2003, v. 1. p. 275.

³⁴⁶ REBELLO, Maria José Bighetti Ordoño. *Responsabilidade subsidiária da administração pública direta, autárquica ou fundacional*. São Paulo: Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região. Publicação de Julgados. n. 7/2011. p. 49-50. Disponível em: http://www.trtsp.jus.br/geral/tribunal2/revistas/revista_eletronica/07_2011.pdf. Acesso em: 03.jan.2012. Nesse aspecto, explica a autora que a “[...] terceirização das atividades, ditas secundárias, e, com a descentralização, o que antes era totalmente produzido pela empresa núcleo, passava a ser produzido nas empresas satélites, nas dependências destas, com recursos próprios e mediante pessoal por elas contratado e pago, sob o comando e direção de novos pequenos empresários, que se obrigavam a entregar o produto pronto à empresa núcleo. Este tipo de terceirização de atividades, efetivado fora da empresa núcleo, não provocava nenhuma alteração na forma tradicional da contratação de empregados, visto que estes continuavam subordinados e vinculados a quem os contratava, fiscalizava e assalariava, ou seja, aos

Gabriela Neves Delgado explica que a “*terceirização dos serviços é à ‘terceirização para dentro da empresa’*”³⁴⁷. A empresa tomadora incorpora em seus quadros o trabalho de terceiros — empregados contratados pela empresa prestadora de serviços.

A tomadora continua sendo responsável “*pela produção de atividades, com a única ressalva de que utilizará mão de obra de terceiros*”³⁴⁸. Essa, inclusive é a diretriz da Súmula n. 331 do Colendo TST.

Assim, a terceirização de serviços³⁴⁹ é a inclusão de trabalhadores da empresa interposta no interior da empresa tomadora de serviços, com a finalidade de prestarem labor de acordo com o que foi estabelecido no respectivo contrato.

De fato, nesse sentido também é o entendimento de Maria José Bighetti Ordoño Rebello³⁵⁰, quando assevera que:

Forma diversa de terceirização é a de serviços, que se processa para dentro da empresa núcleo, aquela em que uma outra empresa especializada na prestação de serviços para terceiros, insere na empresa núcleo, seus próprios empregados para ali desempenharem funções e realizarem serviços, em regra, não são ligados à atividade-fim da empresa núcleo, que passa a ser denominada tomadora dos serviços. É a *locatio operarum* do direito romano.

Já a terceirização de atividade³⁵¹ é aquela desenvolvida pela “*empresa, que pode ser dividida em atividade-fim ou atividade-meio*”.

Segundo Vólia Bomfim³⁵², atividade-fim³⁵³ é aquela em que os

novos pequenos empresários proprietários das fábricas satélites. Nada mais é do que a *locatio operes* do direito romano. [...]”.

³⁴⁷ DELGADO, Gabriela. *Terceirização: paradoxo do direito do trabalho contemporâneo*. op. cit., p. 25.

³⁴⁸ Idem. op. cit., p. 25.

³⁴⁹ SCHIAVI, Mauro. Op. cit., p. 60. Disponível em: http://www.trtsp.jus.br/geral/tribunal2/revistas/revista_eletronica/07_2011.pdf. Acesso em: 03.jan.2012. O autor alinha-se na fileira daqueles que defendem que a Súmula n. 331 do C. TST “veio disciplinar a terceirização de serviços de forma ampla, desde que esses serviços sejam especializados e relacionados às atividades meio do tomador de serviços”.

³⁵⁰ REBELLO, Maria José Bighetti Ordoño. *Op. cit.*, p. 49. Disponível em: http://www.trtsp.jus.br/geral/tribunal2/revistas/revista_eletronica/07_2011.pdf. Acesso em: 03.jan.2012., p. 50.

³⁵¹ POLÔNIO, Wilson Alves. *Terceirização: Aspectos legais, trabalhistas e tributários*. São Paulo: ed. Atlas, 2000, p. 97. Uma das colocações que melhor refletem essa ideia de terceirização das atividades fora do ambiente da empresa é feita pelo referido autor, quando assevera que o “processo de gestão empresarial consistente na transferência para terceiros (pessoas físicas ou jurídicas) de serviços que originariamente seriam executados dentro da própria empresa.” Ocorre que esse conceito é parcialmente correto, tendo em vista que pode haver terceirização dentro das instalações da empresa, e realizada por uma empresa especializada.

³⁵² CASSAR, Vólia Bomfim. *Direito do trabalho*. cit., p. 497.

serviços subcontratados se inserem na atividade essencial da empresa cliente. É exemplo desse tipo “*de contratação a substituição de pessoal regular e permanente prevista na Lei n. 6.019/74*”³⁵⁴.

Parte da doutrina³⁵⁵ admite apenas uma forma de terceirização, ou seja, aquela em que uma empresa delega a outra a realização de parcela da produção, o que “*representa uma técnica de administração admitida pela ordem jurídica, fazendo parte do poder de direção do empregador, o que não torna o trabalho precário*”³⁵⁶. Ressalte-se que a intermediação de mão de obra é criticada pela ordem jurídica, por ser um instrumento de precarização das relações de trabalho.

Por outro lado, Maurício Godinho Delgado afirma que atividades meio são aquelas funções e tarefas empresariais que “*não se ajustam ao núcleo da dinâmica empresarial do tomador dos serviços, nem compõem a essência dessa dinâmica ou contribuem para a definição de seu posicionamento no contexto empresarial e econômico mais amplo*”³⁵⁷. São exemplos dessas atividades: “*transporte, conservação, operação de elevadores, limpeza, entre outras*”³⁵⁸.

Já Carlos Henrique da Silva Zangrando³⁵⁹ sustenta que “*atividades meio são aquelas atividades complementares ou suplementares, que não representam o objeto social da empresa, não sendo diretamente necessárias para a consecução dos fins empresariais*”. Acrescenta o referido autor atividades fim são “*aquelas que se traduzem no próprio objeto social da empresa, ou são essenciais para a sua consecução, embora a elas não necessariamente limitadas*”.

³⁵³ DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de direito do trabalho*. cit., p. 418. O autor define atividade-fim como “as funções e tarefas empresariais e laborais que se ajustam ao núcleo da dinâmica empresarial do tomador dos serviços, compondo a essência dessa dinâmica e contribuindo inclusive para a definição de seu posicionamento e classificação no contexto empresarial e econômico. São, portanto, atividades nucleares e definitórias da essência da dinâmica empresarial do tomador dos serviços.”

³⁵⁴ Esses exemplos são citados por CASSAR, Vólia Bomfim. op. cit., p. 497.

³⁵⁵ Desse teor é o entendimento de POLÔNIO, Wilson Alves. op. cit., p. 97.

³⁵⁶ Idem. op. cit., p. 97.

³⁵⁷ DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de direito do trabalho*. cit., p. 418.

³⁵⁸ BRASIL. Poder Legislativo. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De10201.htm> Acesso em: 18 dez. 2011a. O Art. 3º do Decreto Lei n. 200/67 estabelece que “Segundo a correlação e afinidade, a natureza dos trabalhos, ou o nível de conhecimentos aplicados, cada Grupo, abrangendo várias atividades, compreenderá: (...) Parágrafo único. As atividades relacionadas com transporte, conservação, custódia, operação de elevadores, limpeza e outras assemelhadas serão, de preferência, objeto de execução indireta, mediante contrato, de acordo com o art. 10, § 7a, do Decreto-Lei número 200, de 25 de fevereiro de 1967.”

³⁵⁹ ZANGRANDO, Carlos Henrique da Silva. op. cit. p. 1008.

A regra é a terceirização na atividade-meio, como é o caso da contratação de atividades de vigilância e limpeza.

Nesse contexto, a terceirização de atividade consiste na descentralização das tarefas da empresa tomadora de serviços, na qual há necessidade de contratar certos serviços ou bens a serem prestados por terceiros.

Na descentralização de bens, a terceirização ocorre quando a empresa tomadora deixa de produzir bens passa a comprá-los de outras, o que provoca desativação – parcial ou total – “*de setores que anteriormente funcionavam no interior da empresa e dispensa de seus empregados*”³⁶⁰. Exemplo típico desse modelo ocorre com as empresas automobilísticas, que descentralizam a fabricação de peças e matéria-prima.

Por outro lado, pode haver a descentralização de serviço pela “*contratação de uma ou mais empresas para executar, dentro da empresa contratante, as tarefas anteriormente realizadas por trabalhadores desta, o que pode ocorrer na atividade-fim ou atividade-meio dependendo do caso*”³⁶¹.

3.1.4 Terceirização regular ou irregular

A doutrina também classifica a terceirização como regular ou irregular³⁶². A regular ocorre quando autorizada por lei. A título de exemplo, tem-se aquelas previstas na Lei n. 7.102/83, na Lei n. 6.019/74, e no art. 455 da CLT³⁶³, além daquelas mencionadas no texto da Súmula n. 331, C. TST³⁶⁴.

É ilegal quando não atenda os requisitos impostos por essas leis ou pela mencionada Súmula, ou quando fora desses casos, for praticada em fraude à CLT (art. 9º c/c arts. 2º e 3º, da CLT), ensejando o vínculo empregatício com o tomador de serviço³⁶⁵.

Em elucidativo estudo feito, Vólia Bomfim esclarece que a

³⁶⁰ DIEESE. *Relações e condições de trabalho no Brasil*. São Paulo: Diese, 2008. p. 74.

³⁶¹ Idem. p. 74.

³⁶² CASSAR, Vólia Bomfim. *Direito do trabalho*. op. cit., p. 499.

³⁶³ Idem. op. cit., p. 499.

³⁶⁴ DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de direito do trabalho*. op. cit., p. 416.

³⁶⁵ CASSAR, Vólia Bomfim. *Curso de direito do trabalho*. op. cit., p. 499.

terceirização será regular quando a contratação de mão de obra estiver ligada à atividade-meio do tomador dos serviços; quando ausentes os requisitos do vínculo de emprego entre o trabalhador e o tomador; ou quando a Administração Pública contratar por licitação em caso de necessidade, desde que não seja em fraude ao concurso público³⁶⁶, ou seja, nos casos previstos na Súmula n. 331 do TST.

3.1.5 Interpretação da Súmula n. 331 do Colendo Tribunal Superior do Trabalho

O enunciado da Súmula n. 331 do Colendo Tribunal Superior do Trabalho fornece quatro situações de terceirização, que serão analisadas a seguir.

A primeira delas está prevista no item I da mencionada Súmula, correspondente a situações empresariais que autorizam contratação de trabalho temporário. São as hipóteses previstas na Lei n. 6.019/74, tais como aquelas que tratam de necessidades transitórias de substituição de pessoal regular e permanente da empresa tomadora ou de necessidade resultante de acréscimo extraordinário de serviços dessa empresa, que podem ocorrer tanto na atividade-meio, quanto na atividade-fim.

A Lei n. 6.019 estabelece outros requisitos para a admissão de trabalho temporário, “*cuja observância é da essência dessa figura excepcional*”³⁶⁷ jus trabalhista e que foram analisados anteriormente em tópico próprio.

Observa-se que nesse tipo contratação há verdadeira substituição de mão de obra, que pode ocorrer em qualquer setor da empresa contratante. Essa é a única hipótese permitida para intermediação de mão de obra, inclusive na atividade-fim da empresa tomadora de serviços.

Tanto a terceirização quanto a intermediação de mão de obra temporária importam em precarização da relação de trabalho, isso porque o trabalhador passa a ser objeto de conveniência para a empresa tomadora de serviços, que dele pode se utilizar quando entender cabível e, quando não for mais útil, poderá dispensá-lo sem maiores questionamentos.

³⁶⁶ Idem. op. cit., p. 499.

³⁶⁷ DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de direito do trabalho*. op. cit., p. 417.

Ressalte-se que a contratação temporária é mais prejudicial ao trabalhador porque pode ocorrer tanto na atividade-meio como na atividade-fim. Todavia, embora prejudicial tal contratação, ela está autorizada pelo Tribunal Superior do Trabalho, consoante o disposto no item I da Súmula 331.

A segunda hipótese refere-se a "atividades de vigilância", regidas pela Lei n. 7.102/83 e previstas na Súmula n. 331, III, do TST³⁶⁸.

A Súmula n. 256 do C. TST mencionava apenas os casos previstos na Lei n. 7.102/83, "*ao passo que a nova súmula preferiu aludir, genericamente, a atividades de vigilância*"³⁶⁹, o que significa que qualquer segmento do mercado de trabalho poderá contratar serviços de vigilância mediante empresas especializadas, "*desde que não seja para atividade-fim do empreendimento e que não haja pessoalidade e subordinação entre o trabalhador e tomador de serviços*"³⁷⁰

No item III da Súmula n. 331 quis o C. Tribunal Superior do Trabalho distinguir atividade-meio e atividade-fim, para fins de terceirização. Admite a terceirização na atividade-meio da contratante, desde que ausentes a pessoalidade e subordinação jurídica.

Desse modo, a terceira hipótese prevista no ordenamento jurídico "*quanto à possibilidade de contratação terceirizada lícita*"³⁷¹ é a que envolve

³⁶⁸ PALMEIRA SOBRINHO, Zéu. *Terceirização e reestruturação produtiva*. São Paulo: LTr, 2008. p. 88. "O setor de segurança dos estabelecimentos financeiros foi contemplado com a edição de norma legal regulando a contratação de serviços terceirizados de vigilância e de transporte de valores. Salutar foi a análise histórica assim retratada por Zéu Palmeira Sobrinho: "Na década de 1980, a Lei nº 7.102/1983 foi editada para disciplinar a contratação de pessoal de vigilância ostensiva e de transportes de valores por intermédio de empresa especializada. A referida legislação determina que incumbe ao Ministério da Justiça autorizar e fiscalizar o funcionamento das empresas cedentes. A Lei nº 8.863, de 1994, ampliou mais ainda as hipóteses de terceirização para abarcar os serviços de vigilância patrimonial de bens, de segurança de pessoas físicas, de transporte e segurança de valores ou qualquer outro tipo de carga."

³⁶⁹ Idem. cit., p. 417 Explica o referido autor que "Isso significa que, hoje, não apenas o segmento bancário, mas quaisquer segmentos do mercado de trabalho (inclusive pessoas naturais), que contratam serviços de vigilância mediante empresas especializadas (que obedeçam às normas da legislação específica, anteriormente dirigida apenas a empresas de vigilância bancária) poderão, no tocante a esse tipo de força de trabalho e serviços especializados, valer-se do instrumento jurídico da terceirização."

³⁷⁰ Nesse sentido é o entendimento de DELGADO, Maurício Godino. *Curso de direito do trabalho*.

³⁷¹ MAIOR, Jorge Souto. *Curso de Direito do Trabalho: a relação de emprego, volume II*. São Paulo: LTr, 2008. p. 143. Referido autor faz uma crítica a esse critério, quando acentua que "para diferenciar a terceirização lícita da ilícita, partiu-se de pressuposto impreciso, qual seja a diferença entre atividade-fim e atividade-meio. É plenamente inseguro tentar definir o que vem a ser uma e outra. O serviço limpeza, por exemplo, normalmente apontado como atividade-meio, seria mesmo uma atividade-meio? E, em se tratando de um hospital, o serviço de limpeza pode ser conduzido a um segundo plano de importância?⁽⁸⁶⁾ Por outro lado, o que seria, concretamente, atividade-fim? Em uma empresa que produz refrigerantes, pode-se dizer que é a produção do refrigerante que constitui a atividade-fim, mas onde começa e onde termina esse processo produtivo? E quais são, concretamente, as tarefas que lhe integram? Engarrafar o líquido; colocar a tampinha na garrafa; pôr as garrafas em engradados;

atividades de conservação e limpeza, prevista na Súmula n. 331, III, do C. TST. Essa hipótese já se encontrava mencionada da Lei n. 5.645, de 1970³⁷².

A quarta situação passível de contratação terceirizada “*lícita diz respeito a serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador*”³⁷³, desde que inexistente a pessoalidade e subordinação direta entre o trabalhador terceirizado e o tomador de serviços.

Segundo, a regra estabelecida pela mencionada Súmula, a subordinação e a pessoalidade terão de se estabelecer em face da empresa contratada e não diretamente em relação à empresa tomadora de serviços terceirizados, exceto no tocante ao trabalho temporário, que é permitido pelo inciso I da Súmula n. 331 do C. TST.

Percebe-se, pois, que a hipótese de contratação estabelecida pela Lei n. 6.019/74 autoriza a inserção do obreiro no estabelecimento do “*tomador de serviços, substituindo trabalhador permanente deste ou realizando serviço extraordinariamente acrescido no âmbito do tomador*”³⁷⁴, permitindo que o “*trabalhador integre na dinâmica própria à entidade tomadora de seus serviços*”³⁷⁵.

A terceirização de serviços secundários não pode ser vista com bons olhos, tendo em vista que faz com que a cadeia produtiva seja interrompida. E se uma determinada empresa “*lucra com o produto da força de trabalho despendida em seu favor, beneficiando-se da mão de obra do empregado, ela é que deverá arcar com os custos da produção*”³⁷⁶.

Aliás, toda e qualquer função ou etapa da produção é essencial para se chegar à produção final e obter lucro. Para que fosse possível respeitar os direitos e princípios fundamentais do trabalhador, “*dando eficácia às normas constitucionais de proteção ao trabalhador, necessário seria proibir toda e qualquer forma de subcontratação de mão de obra*”³⁷⁷

É sabido que o próprio Tribunal Superior do Trabalho admite que,

fazem parte da atividade-fim?

³⁷² DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de direito do trabalho*. op. cit., p. 419.

³⁷³ Idem. op. cit., p. 417.

³⁷⁴ Idem. op. cit., p. 419

³⁷⁵ Idem. op. cit., p. 419.

³⁷⁶ COSTA, Tatiana Cesarina Tôres. *A súmula 331 do TST como instrumento de precarização laboral*. Recife: Universidade Católica de Pernambuco, 2010. p. 130.

³⁷⁷ Idem.

estando presentes dois dos requisitos da relação de emprego, a subordinação e a personalidade³⁷⁸, o vínculo deve se formar com o tomador de serviços.

Ocorre que na terceirização dificilmente não estará presente o requisito da subordinação, tendo em vista que se o trabalhador prestar serviços à contratante, esta lhe fará algumas exigências. Essas ordens estarão sempre presentes, nem que seja apenas para determinar a organização das tarefas ou coordenar os serviços prestados³⁷⁹.

3.1.6 A terceirização e a responsabilidade contratual da Administração Pública

A terceirização transformou as relações de trabalho no sistema de produção capitalista, fragmentando a relação de trabalho e enfraquecendo o movimento sindical em todo o mundo. Aliado a esse fato, trouxe consequência para “o mercado de trabalho porque houve o aumento do desemprego para uma parcela da sociedade que possuía vínculo contratual diretamente com o tomador de serviços”³⁸⁰. Também importou em perda de direitos em troca da manutenção do posto de trabalho.

A terceirização pode ser medida a partir da realidade vivenciada pelo Judiciário Trabalhista, “que cotidianamente examina situações de terceirização - quando não de quarteirização”³⁸¹ - da força de trabalho e de seu principal efeito

³⁷⁸ SALVINO, Marcos Ribeiro. *Terceirização de serviços na administração pública e responsabilidade trabalhista*. São Paulo: Revista Juris Síntese, n. 79 set/out.2009

³⁷⁹ COSTA, Tatiana Cesarina Tôres. Op. cit., p. 130.

³⁸⁰ BELMONTE, Alexandre Agra. *Aspectos jurídicos materiais e processuais da terceirização trabalhista*. São Paulo: Revista LTr. v. 73, n. 10, outubro.2009. p. 1190. Quanto a esse aspecto, o autor aponta desvantagens da terceirização, quando aduz que “Apesar das vantagens, antes referidas como escopo do seu advento, desvantagens também podem ser apontadas: demasiada setorialização das atividades delegadas, com perda da noção de conjunto das partes ligadas à cadeia produtiva, fragmentação do poder de mobilização coletiva, perda do poder de negociação e dos benefícios insertos nas normas coletivas da categoria profissional pertinente à empresa tomadora, risco de inidoneidade financeira das empresas contratadas e precarização consequente das condições de trabalho”.

³⁸¹ Poder Judiciário. Publicação de Julgados. São Paulo: Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região. n. 3, 2009. p. 342. Sobre tal matéria cito o seguinte aresto do TRT 2ª Região: “Quarteirização” por intermédio de cooperativa. Fraude. Responsabilidade dos contratantes. Por configurar inaceitável quarteirização, o provimento de força de trabalho, por intermédio de prestadora de serviços que, por sua vez, arregimenta trabalhadores por interposta cooperativa, ante a evidente fraude, gera o reconhecimento de vínculo empregatício com a prestadora de serviços, a condenação solidária da empregadora em relação à cooperativa, nos termos do art. 942 do CC, e a responsabilidade subsidiária da tomadora, na forma da Súmula 331 do C. TST. Recursos patronais aos quais se nega provimento”. (TRT/SP - 00436200804802003 -RO - Ac. 4ªT 20090363633 - Rel. Ricardo Artur Costa e Trigueiros - DOE 22/05/2009)

venenoso, “*consubstanciado no inadimplemento dos haveres trabalhistas por parte da empresa prestadora dos serviços em relação ao empregado contratado, a exigir ampliação do polo passivo, providência indispensável para tornar efetivos os direitos conferidos aos trabalhadores*”³⁸².

Saliente-se que o direito do trabalho tem como objetivo reduzir as desigualdades sociais e regionais, e a Justiça do Trabalho tem como finalidade contribuir para uma sociedade justa e solidária, e por isso procura dar uma proteção ao empregado hipossuficiente na relação de trabalho. Entretanto, “*esses objetivos poderão não se concretizar em razão do apego ao formalismo e a construções doutrinárias de natureza civil, que tinham como argumento limitar responsabilidade do empregador*”³⁸³.

Nesse contexto, a terceirização não pode ser vista apenas sob o ponto de vista de um contrato de natureza civil ou administrativo, válido entre os contratantes (empresas tomadoras – empresas privadas ou ente público - e prestadora de serviços) em razão do princípio do *pacta sunt servanda*, mas deve ser analisada dentro do sistema jurídico com base nos princípios constitucionais do direito do trabalho, principalmente o da dignidade da pessoa humana.

Por outro lado, o Estado, “*como qualquer pessoa, pode causar danos em razão de suas ações ou omissões*”³⁸⁴.

Cabe registrar também que parte da doutrina³⁸⁵ enfatiza que, a responsabilização subsidiária do tomador tem fundamento na interpretação analógica dos “*arts.16 da Lei n. 6.019/74 e 455, da CLT, com base nos princípios da proteção do trabalhador, do risco empresarial e da efetividade e preferência no recebimento dos créditos trabalhistas, substanciados nos arts. 2º, caput, da CLT*”.

Acrescente-se a isso, que a responsabilidade civil está prevista no

³⁸² LORA, Ilse Marcelina Bernardi. *Direitos fundamentais e responsabilidade da administração pública na terceirização de serviços. Inconstitucionalidade do § 1º do artigo 71 da lei nº 8.666/199*. São Paulo: Revista Juris Síntese, n. 73, set/out.2008.

³⁸³ MAIOR, Jorge Luiz Souto. *O direito do trabalho como instrumento de justiça social*. São Paulo: LTr, 2000, p. 320

³⁸⁴ REBELLO, Maria José Bighetti Ordoño. *Responsabilidade subsidiária da administração pública direta, autárquica ou fundacional*. São Paulo: Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região. Publicação de Julgados. n. 7/2011. p. 52. Disponível em: http://www.trtsp.jus.br/geral/tribunal2/revistas/revista_eletronica/07_2011.pdf. Acesso em: 03.jan.2012.

³⁸⁵ BELMONTE, Alexandre Agra. op. cit., p. 1192.

no art. 932 do atual Código Civil. Além disso, em outros dispositivos legais, a doutrina civilista desenvolveu o “*conceito de culpa por ato de terceiro, quer na escolha deste terceiro (in eligendo), quer na ausência de cautela quanto à observância deste terceiro escolhido na execução do contrato ou tarefa para qual foi contratado*” (*in vigilando*)³⁸⁶.

Nesse contexto, a ordem jurídica impõe ao tomador de serviços que, ao se beneficiar do trabalho da empresa terceirizada, responda pelo cumprimento ou solvabilidade dos créditos do empregado contratado pela empresa interposta para executar as tarefas, “*de caráter alimentar e previdenciários, entres outros, devidos pelo intermediário, que muitas vezes desaparece após o término do contrato de prestação de serviços, sem cumprir quais obrigações*”³⁸⁷.

Feitas essas considerações, observa-se atualmente que a ideia de proteção ao trabalhador acima mencionado, como princípio nuclear e elementar que deveria orientar a atuação do Poder Judiciário Trabalhista, foi mitigada, em relação à Administração Pública, isso porque “*foi esquecida na questão que envolve as terceirizações ilícitas patrocinadas pela Administração Pública*”³⁸⁸.

Por outro lado, a partir de 1988, com a promulgação da Constituição da República, passou-se a exigir o concurso público para o ingresso na Administração Pública Direta e Indireta, tanto para os cargos quanto aos empregos públicos, de acordo com a natureza e a complexidade dos mesmos, na forma estabelecida na lei (art. 37, II, CR).

A par dessa exigência, chega-se à conclusão de que “*o ingresso no serviço público sem aprovação em concurso implica nulidade do ato*”³⁸⁹ e a punição da autoridade responsável (art. 37, II e § 2º da Carta Magna³⁹⁰)³⁹¹.

³⁸⁶ MARTINS, Antero Arantes. *A súmula 331 do c. Tribunal superior do trabalho e o art. 71, § 1º, da Lei 8.666/93*. São Paulo: Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região. Publicação de Julgados. n. 7/2011. p. 42. Disponível em: http://www.trtsp.jus.br/geral/tribunal2/revistas/revista_eletronica/07_2011.pdf. Acesso em: 03.jan.2012.

³⁸⁷ Idem. op. cit., p. 1192.

³⁸⁸ BENTO, Flávio. O princípio da proteção e as súmulas do Tribunal superior do Trabalho. São Paulo: Revista LTr. v. 75, n.05, maio.2011. p. 05/567.

³⁸⁹ Esse também é o entendimento de CASSAR, Vólia Bomfim. *Direito do trabalho*. op. cit., p. 517.

³⁹⁰ BRASIL. Poder Legislativo. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%20C3%A7ao.htm> Acesso em: 18 dez. 2011a. “Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998) [...] II - a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia

Cabe ressaltar que, antes da Constituição Federal de 1988, a “contratação irregular de trabalhador gerava vínculo de emprego direto com a Administração Pública indireta”³⁹². Esse entendimento ainda continua vigente por força da Orientação Jurisprudencial n. 321³⁹³, da SBDI-1 do TST³⁹⁴.

Observe-se que, o inciso II da Súmula n. 331 do Colendo Tribunal Superior do Trabalho não permite o vínculo empregatício com a Administração Pública, seja ela direta ou indireta, pois estabelece que, “a contratação irregular de trabalhador, mediante empresa interposta, não gera vínculo de emprego com os órgãos da administração pública direta, indireta ou fundacional”, ante a exigência constitucional de “investidura em cargo ou emprego público dependente de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos”³⁹⁵, como previsto no art. 37, inciso II, da Constituição Federal de 1988³⁹⁶.

Como visto, essa orientação jurisprudencial inviabiliza o reconhecimento do vínculo de emprego com ente da Administração Pública direta ou indireta, circunstância que implica o não reconhecimento de direitos a verbas de natureza trabalhista.

em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998) [...] § 2º - A não observância do disposto nos incisos II e III implicará a nulidade do ato e a punição da autoridade responsável, nos termos da lei.”

³⁹¹ JORGE NETO, Francisco Ferreira. In: CAVALCANTE, Jouberto de Quadros Pessoa. *op. cit.*, p. 98.

³⁹² BENTO, Flávio. *op. cit.*, p. 05/567.

³⁹³ BRASIL. Poder Judiciário. Justiça do Trabalho. Tribunal Superior do Trabalho. *Livro de Súmulas, Orientações Jurisprudenciais — SBDI-1, SBDI-2 e SDC — e Precedentes Normativos*. Disponível em: <<http://www.tst.jus.br/documents/10157/63003/Livro+de+Jurisprud%C3%A2ncia>> Acesso em: 23dez.2011a. “OJ-SDI1-321 “VÍNCULO EMPREGATÍCIO COM A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. PERÍODO ANTERIOR À CF/1988 (nova redação) - DJ 20.04.2005. Salvo os casos de trabalho temporário e de serviço de vigilância, previstos nas Leis nºs 6.019, de 03.01.74, e 7.102, de 20.06.83, é ilegal a contratação de trabalhadores por empresa interposta, formando-se o vínculo empregatício diretamente com o tomador dos serviços, inclusive ente público, em relação ao período anterior à vigência da CF/88”.

³⁹⁴ GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. *Responsabilidade da administração pública na relação de trabalho triangular*. São Paulo: Revista Juris Síntese, n. 73, set/out.2001. O autor relata que “Efetivamente, no regime da Constituição Federal de 1967, com a Emenda nº 01/1969, a investidura em cargo público é que dependia, em princípio, da aprovação em concurso público, não havendo esta mesma exigência quanto ao emprego público, regido pela Consolidação das Leis do Trabalho”.

³⁹⁵ DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de direito do trabalho*. cit., p. 422. Nesse aspecto é que o referido autor aduz “que há um expresse obstáculo, desde 5.10.1988, ao reconhecimento de vínculos empregatícios com entes da administração pública, ainda que configurada a ilicitude da terceirização. Nesse quadro constitucional, torna-se inviável, juridicamente, acatar-se a relação empregatícia com entidades estatais mesmo em situações de terceirização ilícita, já que, nesse caso, o requisito formal do concurso público não terá sido cumprido (art. 37, II, e § 2º, CF/88). Para a Constituição, a forma passou a ser, portanto, da essência do ato de admissão de trabalhadores em entes estatais (arts. 82, 130 e 145, III, Código Civil de 1916)”.

³⁹⁶ BENTO, Flávio. *op. cit.*, p. 005/567.

Há entendimento na doutrina³⁹⁷ e na jurisprudência no âmbito da Justiça do Trabalho, “*de que a responsabilidade subsidiária pelos créditos trabalhistas na hipótese de terceirização deve alcançar a Administração Pública, por força da responsabilidade objetiva do Estado, correspondente à atribuição de idêntica obrigação aos tomadores de serviço da esfera privada*”³⁹⁸ (Súmula nº 331, inciso V, do C. Tribunal Superior do Trabalho).

Em relação a essa questão, Maurício Godinho Delgado³⁹⁹, aponta três posições interpretativas:

Conforme a primeira corrente doutrinária, a terceirização ilícita por entidades estatais não gera vínculo empregatício, tendo em vista a vedação constitucional de admissão de pessoal sem aprovação prévia em concurso público: “*não teria ela também aptidão para produzir qualquer diferença jus trabalhista em benefício do trabalhador ilicitamente terceirizado*”.

Para o referido autor, nesse caso, “*nega-se comunicação remuneratória à prática trabalhista ilícita, beneficiando os sujeitos favorecidos pela ilicitude perpetrada — o que é sumamente grave, do ponto de vista da cultura jurídica contemporânea*”⁴⁰⁰.

A segunda posição apontada pelo referido autor afirma que a “*prática ilícita não poderia beneficiar aquele que já foi por ela economicamente favorecido (no caso, a entidade estatal tomadora dos serviços)*”⁴⁰¹.

Assim, para essa corrente doutrinária estaria configurada à situação-padrão de nulidade no Direito do Trabalho, confirmando-se “*todos os atos praticados, conferindo-se validade ao vínculo jurídico com o ente estatal tomador dos serviços, que assume, em consequência, a posição de empregador desde o início da relação socioeconômica verificada*”⁴⁰².

³⁹⁷ LORA, Ilse Marcelina Bernardi. *Direitos fundamentais e responsabilidade da administração pública na terceirização de serviços. Inconstitucionalidade do § 1º do artigo 71 da lei nº 8.666/1993*. São Paulo: Revista Juris Síntese, n. 73, set/out.2008.

³⁹⁸ Idem.

³⁹⁹ DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de direito do Trabalho*. cit., p. 423.

⁴⁰⁰ Idem. op. cit., p. 423.

⁴⁰¹ Idem. op. cit., p. 423.

⁴⁰² Idem. op. cit., p. 423.

Leciona Maurício Godinho Delgado⁴⁰³:

[...] reconhece a presente linha interpretativa que a primeira vertente tem o mérito de conferir eficácia ao comando constitucional inquestionável de negativa de vínculo empregatício sem concurso público (ajustando-se assim, também, ao texto da Súmula 331, II do TST). Mas padece da falha de compreender que pode a ordem jurídica conferir tratamento privilegiado ao ato ilícito. Já a segunda vertente teria o mérito de buscar alternativas para que o ilícito trabalhista não favorecesse irrefreadamente aquele que já foi beneficiado pelo trabalho despendido. Em contrapartida padece da falha de fazer absoluta tabula rasa do texto constitucional, negando qualquer mínima eficácia à salutar redação nele contida [...].

Em regra, a contratação de pessoal na Administração Pública Direta ou Indireta deve ser feita com observância dos parâmetros constitucionais, ou seja, dos princípios constitucionais, e aplicação do regime estatutário no que se refere ao provimento de cargos públicos quanto às atividades essenciais do Estado, exceto para os cargos em comissão ou a nomeação de cargos de juízes para os Tribunais, quinto constitucional, em que há autorização para nomeação sem aprovação em concurso público.

Diferentemente ocorre quando se trata do provimento de emprego público, que deve ser feito pela via da Consolidação das Leis do Trabalho, para as “*atividades complementares ou de apoio de execução material subalterna*”⁴⁰⁴.

Feitas essas considerações, é possível terceirizar serviços, desde que não importe em “*mera intermediação de mão de obra ou de afastamento do Estado da prestação do serviço público essencial, como saúde e educação, entre outros requisitos*”⁴⁰⁵.

Com dito antes, no âmbito da Administração Pública nos meados da década de 1960, foi editado o Decreto-Lei n. 200⁴⁰⁶ de 1967, que, no seu art. 10,

⁴⁰³ Idem. op. cit., p. 423.

⁴⁰⁴ MATTOS, Viviane Rodriguez. *O serviço voluntário como assistencialismo estatal: a lógica legal e sua inconsistência constitucional*. São Paulo: Revista do Ministério Público do Trabalho - LTr. n. 33, abril.2007. p. 144.

⁴⁰⁵ Idem. op. cit. p. 144.

⁴⁰⁶ CARELLI, Rodrigo de Lacerda. *Formas atípicas de trabalho*. São Paulo: LTr, 2004, p. 48. Sobre a execução das atividades da Administração Federal, o referido autor assevera “Verifique-se que em nenhum momento se fala em fornecimento de pessoal, o que seria até mesmo absurdo atualmente, em face da exigência constitucional de concurso público para a inserção de trabalhador na Administração. Vê-se que se trata claramente de terceirização, cessão de tarefas ou serviços a serem realizados autonomamente por empresas capacitadas

estimulava a prática da descentralização administrativa. Posteriormente foi editada a Lei n. 5.645/70, a qual discriminava em seu art. 3º, parágrafo único, exemplificativamente, as áreas em que a terceirização seria cabível na esfera da “União e das Autarquias Federais, como serviços de transportes, conservação, limpeza, dentre outros. Foi uma forma de incentivar a terceirização de atividades meramente secundárias, no âmbito do ente Público”⁴⁰⁷.

Somem a isso, o Decreto-Lei nº 2.300/86 e a Lei n. 8.666/93, que disciplinam a matéria, esta última complementada pelo Decreto n. 2.271/97, que “enumera as atividades que serão executadas de forma indireta, como a conservação, limpeza, segurança, vigilância, transportes, informática, copeiragem, recepção, reprografia, telecomunicações e manutenção de prédios, equipamentos e instalações”⁴⁰⁸.

As referidas legislações permitiram a “descentralização administrativa, via contratação de serviços executivos ou operacionais”⁴⁰⁹, em face de empresas privadas, o que representou, sob o aspecto jurídico, a legalização da terceirização de serviços no âmbito da Administração Pública.

Ressalte-se que o art. 37, inciso XXI, da Constituição da República permite a contratação de serviços dentre os contratos dependentes do processo de licitação, inclusive em relação às entidades da Administração Pública indireta. A Lei n. 8.666/93 que “institui normas para licitações e contratos da Administração Pública, em seu art. 10, admite a execução direta ou indireta de obras e serviços”⁴¹⁰.

Verifique-se que o ente estatal contrata o serviço empresarial oferecido, mas não a mão de obra ou certo trabalhador. Deve-se evitar na terceirização a escolha dos empregados que irão prestar o serviço, muito comum na terceirização de serviços públicos de limpeza e conservação, em que se procura manter o mesmo pessoal contratado pela empresa prestadora de serviços anterior que não foi vitoriosa no processo de licitação.

tecnicamente (especializadas). Assim, houve a previsão de terceirização pelo Decreto-Lei nº 200/1967, e não de fornecimento de trabalhadores”.

⁴⁰⁷ DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de direito do Trabalho*. cit., p. 410.

⁴⁰⁸ REBELLO, Maria José Bighetti Ordoño. Op. cit., p. 51. Disponível em: http://www.trtsp.jus.br/geral/tribunal2/revistas/revista_eletronica/07_2011.pdf. Acesso em: 03.jan.2012.

⁴⁰⁹ SALVINO, Marcos Ribeiro. *Terceirização de serviços na administração pública e responsabilidade trabalhista*. São Paulo: Revista Juris Síntese, n. 79, set/out.2009.

⁴¹⁰ Idem.

Saliente-se que o trabalho humano é protegido constitucionalmente (arts. 1º, IV, 6º e 170 da Carta Magna), não pode ser objeto de intermediação, *“excetos nos casos expressamente previstos em Lei (Lei do Trabalho temporário), nem deve ser tratado como mercadoria, sob pena de afronta ao direito fundamental da dignidade da pessoa humana (CF/1988, art. 1º, III)”*⁴¹¹.

Frise--se que na terceirização lícita, quem deve fiscalizar, controlar e organizar as atividades do empregado da empresa interposta quando da prestação do serviço terceirizado, em regra, é o prestador de serviços, mas o *“tomador de serviços também tem essas incumbências, principalmente de fiscalização do cumprimento dos encargos trabalhista e previdenciários”*⁴¹².

Relata Gustavo Filipe Barbosa Garcia⁴¹³ que a relação jurídica da Administração Pública deve ser com a empresa prestadora de serviços, e não com os empregados desta. Sustenta ainda que, *“quem deve exercer o chamado poder disciplinar, perante o trabalhador terceirizado é o seu empregador”*⁴¹⁴. Nesse contexto, o empregado não estará subordinado ao ente estatal, mero tomador de serviços, mas a empresa prestadora, uma vez que o poder de direção deve ser exercido por esta.

Se o tomador de serviços exercer o poder diretivo perante o trabalhador, este, certamente, em regra, passa a ter sua relação jurídica de emprego com o próprio tomador, exceto se for a Administração Pública Direta ou Indireta.

Trata-se de a consequência da terceirização ser considerada ilícita. Como dito antes, o inciso II da Súmula nº 331 Colendo Tribunal Superior do Trabalho afasta a possibilidade de reconhecimento de vínculo de emprego com os órgãos da Administração Pública Direta e Indireta, mesmo em se tratando de *“contratação irregular, através de licitação por empresa interposta”*, em razão da *ausência do requisito constitucional do concurso público (art. 37, II, e § 2º, da CF/1988)*⁴¹⁵. Entretanto, referida súmula não excepciona o Estado de sua responsabilidade pelas verbas de natureza trabalhista em relação à contratação de

⁴¹¹ GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. *Responsabilidade da administração pública na relação de trabalho triangular*. São Paulo: Revista Juris Síntese, n. 73, set/out.2001.

⁴¹² Idem.

⁴¹³ Idem.

⁴¹⁴ Idem.

⁴¹⁵ Idem.

empresa para prestação de serviços.

Contudo, cabe ressaltar que, de acordo com entendimento atual do “Supremo Tribunal Federal, enfatizado pela Ministra Carmem Lúcia, quando do julgamento da ADC n. 16, o § 6º do artigo 37 da Constituição da República⁴¹⁶ consagra a responsabilidade objetiva do Estado⁴¹⁷; porém, é extracontratual, tendo em vista que a reparação do dano deve ocorrer independentemente da existência de contrato entre o Estado e a vítima do dano.

Diferentemente ocorre nos casos de terceirização, em que a Administração Pública contrata o vencedor do processo de licitação para realizar determinada obra ou prestar determinado serviço, mas sempre formalizando o contrato administrativo entre as partes.

Em elucidativo estudo feito por Vantuil Abdala⁴¹⁸, contata-se que a jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho se orientou no sentido de reconhecer a responsabilidade subsidiária do tomador de serviços, pelas seguintes razões:

- a) o conteúdo do art. 455, da Consolidação das Leis do Trabalho, que prevê a responsabilidade do empregador principal, nos contratos de subempreitada, em face do inadimplemento do subempreiteiro em relação aos direitos dos empregados deste;
- b) a teoria da culpa extracontratual, fundada no dever geral de não causar dano a outrem;
- c) a teoria do risco e o princípio da proteção, que justificam a preocupação de não deixar ao desabrigo o trabalhador e autorizam a responsabilização indireta daquele que se beneficiou da atividade dos trabalhadores.

A responsabilidade do tomador do serviço pela satisfação dos direitos trabalhistas, é relevante para caracterizar o dever de indenizar. A respeito tem-se a “teoria da responsabilidade subjetiva, fundada na culpa pelo

⁴¹⁶ BRASIL. Poder Legislativo. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui %C3%A7ao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm)> Acesso em: 04 jan. 2012a. “§ 6º - As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.”

⁴¹⁷ REBELLO, Maria José Bighetti Ordoño. *Responsabilidade subsidiária da administração pública direta, autárquica ou fundacional*. São Paulo: Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região. Publicação de Julgados. n. 7/2011. p. 53. Disponível em: http://www.trtsp.jus.br/geral/tribunal2/revistas/revista_eletronica/07_2011.pdf. Acesso em: 03.jan.2012. Explica a autora que “a responsabilidade objetiva do Estado restringe-se aos danos causados ao particular no exercício de atividades públicas e a estas não se equiparam os serviços que a administração pública terceiriza que estão exatamente relacionados à atividade-meio”.

⁴¹⁸ ABDALA, Vantuil. *Terceirização: atividade-fim e atividade-meio - responsabilidade subsidiária do tomador de serviço*. Revista LTr, São Paulo, v. 60, n. 5, maio/1996. p. 589

*inadimplemento contratual dos haveres do empregado; a do abuso de direito; a teoria objetiva (fundada no risco empresarial) e a teoria relativa função social do contrato*⁴¹⁹.

O § 1º do art. 71 da Lei n. 8.666/93 (lei de licitações) estabelece um privilégio que viola a responsabilidade subjetiva do Estado pelos atos de seus agentes. Mesmo que se entenda que no caso em análise não é a má escolha da empresa intermediária que caracteriza culpa *in elegendo* porque houve o processo de licitação, a falta de fiscalização após o processo licitatório na execução e cumprimento das obrigações trabalhistas e sociais implica culpa *in vigilando*.

Ademais, os relatos da juíza Titular da 52ª Vara do Tribunal Regional do Trabalho da Segunda Região, Maria José Bighetti Ordoño Rebello⁴²⁰ *demonstram a realidade de boa parte das empresas prestadoras de serviços, que após o término do contrato com o ente público desaparecem:*

[...] o Judiciário trabalhista passou a conviver com a cruel situação de ver as empresas prestadoras de serviços, principalmente as ligadas à limpeza e conservação, encerrarem suas portas assim que se encerrava o contrato com a tomadora dos serviços, e deixarem a mão-de-obra utilizada na consecução destes trabalhos ao total desamparo sem a satisfação dos direitos trabalhistas [...].

Nesse contexto, a responsabilidade do Estado não é objetiva, mas subjetiva, apenas com necessidade de inversão do ônus probatório, uma vez que é “o ente público que detém a documentação hábil capaz de demonstrar a licitude da contratação e fiscalização da empresa terceirizada”⁴²¹.

⁴¹⁹ LORA, Ilse Marcelina Bernardi. *Direitos fundamentais e responsabilidade da administração pública na terceirização de serviços*. Inconstitucionalidade do § 1º do artigo 71 da lei nº 8.666/1993. São Paulo: Revista Juris Síntese n. 73, set/out.2008.

⁴²⁰ REBELLO, Maria José Bighetti Ordoño. Op. cit., p. 51. Disponível em: http://www.trtsp.jus.br/geral/tribunal2/revistas/revista_eletrônica/07_2011.pdf. Acesso em: 03.jan.2012.

⁴²¹ Idem.

3.1.6.1 Súmula vinculante nº 10 e a responsabilidade subsidiária da Administração Pública Direita e Indireta

O enunciado de Súmula Vinculante n. 10 do STF estabelece⁴²²:

Viola a cláusula de reserva de Plenário (CF, art. 97) a decisão de órgão fracionário de Tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público, afasta sua incidência, no todo ou em parte.

A edição da mencionada Súmula Vinculante trouxe reflexos na interpretação da responsabilidade subsidiária dos entes públicos fixada no antigo inciso IV do enunciado da Súmula nº 331 do TST.

Referida matéria foi objeto de reclamação perante o Supremo Tribunal Federal, que determinou liminarmente a suspensão de decisão da Justiça do Trabalho, que, aplicando a Súmula n. 331 do TST, reconheceu a responsabilidade subsidiária de entes da Administração Pública Direta e Indireta, contrariando o disposto no art. 71 da Lei nº 8.666/1993, já que, de forma indireta, o Tribunal Superior Trabalhista havia reconhecido a inconstitucionalidade do referido artigo por ofensa ao previsto no art. 37, § 6º, da CRFB.

Ocorre que no julgamento do incidente de uniformização de jurisprudência, processo que deu origem à redação da Súmula 331, IV, do C. Tribunal Superior do Trabalho, “*que incluiu a possibilidade de responsabilização da Administração Pública Direta ou Indireta, não se constata a declaração de inconstitucionalidade do art. 71, § 1º, da Lei 8.666/93*”⁴²³.

É que a interpretação do referido dispositivo legal foi feita “*à luz dos princípios e dispositivos constitucionais de responsabilidade da Administração Pública e, sistematicamente, com outros dispositivos infraconstitucionais que regem*

⁴²² BRASIL. Poder Judiciário. Justiça do Trabalho. Tribunal Superior do Trabalho. Supremo Tribunal Federal. <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/jurisprudenciaSúmulaVinculante/anexo/Enunciados_Sumula_Vinculante_STF_1_a_29_31_e_32.pdf>. Acesso em: 23dez.2011a.

⁴²³ REBELLO, Maria José Bighetti Ordoño. op. cit., p. 53. Nesse sentido é o entendimento da autora, ao afirmar que o TST decidiu que “o parágrafo 1º do art. 71 da Lei 8.666/93 trata de responsabilidade direta da Administração Pública, referindo-se à responsabilidade solidária, mas não afasta para fins trabalhistas a possibilidade da responsabilização do ente público de forma subsidiária, em razão de culpa *in eligendo* e *in vigilando*. Portanto, não houve qualquer análise quanto à constitucionalidade ou não do artigo, mas apenas a ele conferiu o TST a interpretação que lhe pareceu mais adequada à moralidade da Administração Pública, como observou a ministra Ellen Gracie”.

a matéria⁴²⁴.

Por outro lado, o Pleno do STF examinou a constitucionalidade do art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93, discutida na Ação Direta de Constitucionalidade n. 16 promovida pelo governo do Distrito Federal.

O artigo 71, *caput*, e parágrafo 1º, da referida lei, a seu turno, trata da responsabilidade direta do Poder Público nas licitações, ou seja, a mera inadimplência não transfere à Administração Pública a responsabilidade pelos pagamentos dos haveres trabalhistas, *in verbis*:

Art. 71. O contratado é responsável pelos encargos trabalhistas, previdenciários, fiscais e comerciais resultantes da execução do contrato.

§1º A inadimplência do contratado, com referência aos encargos trabalhistas, fiscais e comerciais não transfere à Administração Pública a responsabilidade por seu pagamento, nem poderá onerar o objeto do contrato ou restringir a regularização e o uso das obras e edificações, inclusive perante o Registro de Imóveis. [...]

Em março de 2007, o governo do Distrito Federal ajuizou Ação Direta de Constitucionalidade, requerendo que fosse declarado inconstitucional o art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93 que *“exclui a Administração Pública dos efeitos do antigo inciso IV do enunciado da Súmula 331, do TST, que nega vigência ao referido artigo. Prevaleceu o entendimento jurisprudencial de que o dispositivo questionado é constitucional”*⁴²⁵.

O Ministro Presidente, Cezar Peluzo, relator da matéria, havia sugerido o arquivamento da ADC n. 16, sob o argumento de que o TST *“não havia declarado a inconstitucionalidade do § 1º do art. 71 da Lei n. 8.666/93, daí por que não era oportuno ao Tribunal julgar aquela ação”*⁴²⁶. Isso porque ele entendia que o TST reconhecia a responsabilidade da Administração com base nos fatos de cada causa, e não com fundamento na constitucionalidade do referido artigo. Ressaltou, inclusive que ele próprio entendia que o referido artigo era constitucional e que o *“STF não pode impedir o TST de, à base de outras normas, dependendo das*

⁴²⁴ MARTINS, Antero Arantes. *op. cit.*, p. 45. Disponível em: http://www.trtsp.jus.br/geral/tribunal2/revistas/revista_eletronica/07_2011.pdf Acesso em: 03.jan.2012.

⁴²⁵ OLIVEIRA, Luiz Edgar Ferraz de. *A Súmula 331 do TST e o artigo 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93*. São Paulo: Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região. Publicação de Julgados. n. 7/2011. p. 29. Disponível em: http://www.trtsp.jus.br/geral/tribunal2/revistas/revista_eletronica/08_2011.pdf Acesso em: 03.jan.2012.

⁴²⁶ OLIVEIRA, Luiz Edgar Ferraz de. *op. cit.*, p. 29.

*causas, reconhecer a responsabilidade do poder público*⁴²⁷

Entretanto, a Ministra Carmem Lúcia enfatizou que o inciso IV do enunciado da Súmula n. 331 do C. TST “*dera origem a diversas ações e reclamações naquela Corte, o que, a seu ver, justificava o pronunciamento do Pleno sobre a matéria, tese que prevaleceu*”⁴²⁸. Frisou que o enunciado do TST ensejara uma série de decisões nos Tribunais Regionais do Trabalho (TRTs) e, diante delas e de decisões do próprio TST, uma série de ações, sobretudo Reclamações (RCLs), junto ao Supremo.

O Ministro Presidente, Cezar Peluzo, deixou assentado que o STF não impedirá que o TST reconheça a responsabilidade com base em fatos da causa, embora reconhecesse a constitucionalidade da mencionada norma, salientando que a mera inadimplência não gera a responsabilidade da Administração Pública, mas a Justiça do Trabalho deve examinar os fatos para constatar a existência de culpa na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais da terceirização, com a “*afirmação de que ‘no caso sub judice’ a administração agiu com culpa in vigilando*”⁴²⁹, com base na “prova dos autos” ou “nos fatos da causa”.

Ao decidir, a maioria dos ministros se pronunciou pela constitucionalidade do artigo 71 e seu parágrafo único. Houve “*consenso no sentido de que o TST não poderá generalizar os casos e terá de investigar com mais rigor se a inadimplência tem como causa principal a falha ou falta de fiscalização pelo órgão público contratante quanto ao cumprimento das obrigações trabalhistas e sociais*”⁴³⁰.

Nesse contexto, a regra comporta exceções, tendo em vista que deve Administração Pública “*fiscalizar o procedimento licitatório de terceirização, não só no ato da contratação, mas sobretudo, na fase seguinte de execução, no que se refere à regularidade do pagamento das verbas de natureza trabalhista e fiscal*”⁴³¹. “*Se por sua omissão culposa resultar dano, todo aquele que por ação ou omissão, causar dano, comete ato ilícito e deve reparar (art. 37, XXI, CF e arts. 27, IV, 58, III,*

⁴²⁷ BRAMANTE, Ivani Contini. *A aparente derrota da súmula 331/TST e a responsabilidade do poder público na terceirização*. São Paulo: Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região. Publicação de Julgados. n. 7/2011. p. 41. Disponível em: http://www.trtsp.jus.br/geral/tribunal2/revistas/revista_eletronica/07_2011.pdf Acesso em: 03.jan.2012.

⁴²⁸ OLIVEIRA, Luiz Edgar Ferraz de. *op. cit.*, p. 29..

⁴²⁹ *Idem. op. cit.*, p. 29.

⁴³⁰ *Idem.*

⁴³¹ BRAMANTE, Ivani Contini. *op. cit.* p. 41.

e 67 caput e § 1º, da Lei 8.666/93 e art. 186, CC)⁴³².

3.1.7 Posicionamento do Judiciário Trabalhista

O entendimento na doutrina e na jurisprudência trabalhista é de que a Administração Pública deve ser responsabilizada subsidiariamente pelos créditos trabalhistas, na hipótese de restar comprovada a efetiva irregularidade no cumprimento das obrigações decorrentes da terceirização irregular, por força da inobservância da fiscalização na execução dos serviços; e em relação aos haveres trabalhistas, conseqüentemente, responsabilidade subjetiva do Estado, idêntica à obrigação dos tomadores de serviço da esfera privada.

É que, após o término do contrato com a Administração Pública, as empresas contratadas, em regra, desaparecem deixando os trabalhadores sem as garantias mínimas que lhe são constitucionalmente asseguradas. Sequer comparecem a audiência de instrução na Justiça do Trabalho para se defender em, conseqüentemente, é declarada a revelia da empresa prestadora de serviço.

A Justiça do Trabalho de *“forma sistemática vem atribuindo responsabilidade à Administração Pública, conforme a nova redação dada ao inciso IV e inclusão do V da Súmula 331 do TST”*⁴³³.

É sabido que qualquer disposição contratual entre o tomador e a empresa prestadora de serviço, que exclua a responsabilidade subsidiária da primeira, não tem eficácia perante o trabalhador, tendo em vista que *“a responsabilização decorre de norma de ordem pública, cogente, e, portanto, irrevogável pela vontade das partes”*⁴³⁴.

Uma das passagens que melhor refletem uma análise crítica do tema, advem dos ensinamentos de Maurício Godinho Delgado⁴³⁵:

⁴³² Idem. op. cit. p. 41.

⁴³³ REBELLO, Maria José Bighetti Ordoño. *Op. cit.*, p. 49. Disponível em: http://www.trtsp.jus.br/geral/tribunal2/revistas/revista_eletronica/07_2011.pdf. Acesso em: 03.jan.2012.

⁴³⁴ GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. *Responsabilidade da administração pública na relação de trabalho triangular*. São Paulo: Revista Juris Síntese n. 73, set/out.2008

⁴³⁵ DELGADO, Maurício Godinho. *Solidariedade e subsidiariedade na responsabilização trabalhista*. São Paulo: Revista Juris Síntese n. 78, dez.1995. p. 21.

[...] No tocante à responsabilização em contextos terceirizantes, não excepcionou o Estado e suas entidades (inciso IV da referida Súmula). E não poderia, efetivamente, acolher semelhante exceção - que seria grosseiro privilégio anti-social - pelo simples fato de que tal exceção não se encontra autorizada pela Carta Maior do país (ao contrário da expressa vedação de vínculo empregatício ou administrativo irregular: art. 37, II, e § 2º, CF/88). Mais ainda: tal exceção efetuada pela Lei de Licitações desrespeitaria, frontalmente, clássico preceito constitucional responsabilizatório dos entes estatais (a regra da responsabilidade objetiva do Estado pelos atos de seus agentes, inculpada, já há décadas, na história das Constituições brasileiras). Semelhante preceito constitucional responsabilizatório não só foi mantido pela Carta de 1988 (art. 37, § 6º, CF/88) como foi inclusive ampliado pela nova Constituição, abrangendo até mesmo as pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviços públicos (§ 6º do art. 37, CF/88). Ora, o Enunciado 331, IV, não poderia, efetivamente, considerar o privilégio de isenção responsabilizatória contido no art. 71, § 1º, da Lei de Licitações, por ser tal privilégio grosseira e afrontosamente inconstitucional. A Súmula enfocada, tratando, obviamente, de toda a ordem jus trabalhista, não poderia incorporar em sua proposta interpretativa da ordem jurídica - construída após largo debate jurisprudencial - regra legal recente afrontadora de antiga tradição constitucional do país e de texto expresso da Carta de 1988 não poderia incorporar tal regra jurídica pela simples razão de que norma inconstitucional não deve produzir efeito [...]

Saliente-se que a Administração Pública não respondia pelas obrigações trabalhistas, até que o Ministro Moura França suscitou incidente de *“uniformização de jurisprudência perante a 4ª Turma do TST, objetivando aplicar o antigo inciso IV também aos órgãos da Administração Pública (Resolução nº 96/2000 do Pleno do TST)”*⁴³⁶.

O inciso IV do enunciado da Súmula n. 331/TST previa a *“responsabilidade do Poder Público, na terceirização fundada na presunção absoluta da culpa, quando se constatava a mera irregularidade nos pagamentos dos haveres trabalhistas, bastava tão só o inadimplemento das obrigações trabalhistas”*⁴³⁷, o que não é hoje suficiente para ensejar a responsabilidade subsidiária do ente público, conforme entendimento do STF acima mencionado.

Ocorre que, após o julgamento da ADC N. 16, a Súmula nº 331 foi revista pelo C. TST, que alterou inciso IV e acrescentou o inciso V, permitindo a

⁴³⁶ OLIVEIRA, Luiz Edgar Ferraz de. *op. cit.*, p. 29.

⁴³⁷ BRAMANTE, Ivani Contini. *op. cit.*, p. 41.

responsabilidade subsidiária da Administração Pública direta e indireta, quando constatando no caso concreto o inadimplemento das obrigações trabalhistas por parte do empregador, caso evidenciada a sua conduta culposa na fiscalização do cumprimento das obrigações estabelecidas na Lei n.º 8.666, de 21.06.1993, pois estabelece:

SUM-331 CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LEGALIDADE (nova redação do item IV e inseridos os itens V e VI à redação) - Res. 174/2011, DEJT divulgado em 27, 30 e 31.05.2011.

[...]

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

V - Os entes integrantes da Administração Pública direta e indireta respondem subsidiariamente, nas mesmas condições do item IV, caso evidenciada a sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei n.º 8.666, de 21.06.1993, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora. A aludida responsabilidade não decorre de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada. [...]⁴³⁸

Ante a esse entendimento jurisprudencial, quem terceirizou a prestação de serviços “*tem o dever de escolher empresa prestadora idônea e de acompanhar o correto cumprimento das obrigações de natureza trabalhista e previdenciária*”⁴³⁹. Isso porque a licitação pública pode até eliminar a culpa *in eligendo*, mas não exclui a culpa *in vigilando* da administração pública quando da “*terceirização de serviços, após a formalização do contrato e prestação de serviços, nos termos do art. 29, IV c/c art. 67 da Lei de n. 8.666/93*”⁴⁴⁰.

Aliás, tal obrigação vem estabelecida no art. 67 da mesma Lei, que assim estabelece:

⁴³⁸BRASIL. Poder Judiciário. Justiça do Trabalho. Tribunal Superior do Trabalho. *Livro de Súmulas, Orientações Jurisprudenciais — SBDI-1, SBDI-2 e SDC — e Precedentes Normativos*. Disponível em: <<http://www.tst.jus.br/documents/10157/63003/Livro+de+Jurisprud%C3%Aancia>> Acesso em: 23dez.2011a.

⁴³⁹ GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. *Responsabilidade da administração pública na relação de trabalho triangular*. São Paulo: Revista Juris Síntese, n. 73, set/out.2001.

⁴⁴⁰ MARTINS, Antero Arantes. op. cit., p. 46. São Paulo: Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região. Publicação de Julgados. n. 7/2011.

Art. 67. A execução do contrato deverá ser acompanhada e fiscalizada por um representante da Administração especialmente designado, permitida a contratação de terceiros para assisti-lo e subsidiá-lo de informações pertinentes a essa atribuição.

Cabe destacar que na 1ª Jornada de Direito Material e Processual na Justiça do Trabalho aprovou-se o Enunciado nº 11 com o seguinte teor:

Terceirização. Serviços públicos. Responsabilidade solidária. A terceirização de serviços típicos da dinâmica permanente da Administração Pública, não se considerando como tal a prestação de serviço público à comunidade por meio de concessão, autorização e permissão, fere a Constituição da República, que estabeleceu a regra de que os serviços públicos são exercidos por servidores aprovados mediante concurso público. Quanto aos efeitos da terceirização ilegal, preservam-se os direitos trabalhistas integralmente, com responsabilidade solidária do ente público.

No RO n. 01277004120095020202 - TRT/SP - Ac. 10ªT 20110471304 - Relatora Rilma Aparecida Hemetério – publicado no DOE 25/04/2011, em que se discutiu a responsabilidade subsidiária da administração pública, decidiu-se o seguinte:

Terceirização de mão de obra. Órgão da Administração Pública. Responsabilidade subsidiária. Súmula 331 do TST. O órgão componente da Administração Pública, que se beneficia de serviços terceirizados e que deixa de fiscalizar e exigir o cumprimento de todas as obrigações trabalhistas assumidas pela fornecedora de mão de obra, tanto as constituídas no curso do contrato, quanto as decorrentes de sua extinção, incide em culpa *in eligendo* ou *in vigilando*, razão pela qual deve responder subsidiariamente pelos créditos deferidos ao trabalhador. Os ditames da Lei 8.666/93, ou mesmo a jurisprudência cristalizada na Súmula nº 10 do STF, não se sobrepõem às normas tutelares do Direito do Trabalho, ainda que lícita a contratação, nem isenta o ente público da responsabilidade inerente ao risco administrativo (art. 37, § 6º, CF). Aplicação do disposto nos arts. 455 da CLT e 186 c/c 927 e 933 do CC, nos quais se Ementário – SDCI e Turmas 316 Revista do TRT da 2ª Região, São Paulo, n. 8/2011, p. 193-332 embasa a Súmula nº 331, IV, do TST. Apelo a que se nega provimento para manter a segunda reclamada no polo passivo a fim de responder subsidiariamente pela satisfação dos créditos deferidos ao reclamante. (TRT/SP - 01277004120095020202 - RO - Ac. 10ªT

Assim, quando ocorre o descumprimento dos direitos do empregado, o responsável principal é o empregador, ou seja, a empresa prestadora dos serviços. E se referida empresa não tiver condições patrimoniais de satisfazer esses direitos, *“o tomador passa a responder de forma subsidiária, se evidenciada a sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei n.º 8.666/93, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço com a empregadora, após a formalização do contrato com o ente público”*⁴⁴².

Logo, cabe a Administração Pública incluir no próprio edital de licitação e *nos contratos dela resultantes uma cláusula que obrigue o prestador de serviços a lhe comprovar de forma periódica – mensal – o cumprimento regular das obrigações previdenciárias, fiscais e trabalhistas relativas à prestação de serviços do “empregado contratado pela empresa interposta que este disponibilize em favor do setor público o serviço e assim fazer o acompanhamento cotidiano do contrato para evitar ser condenada subsidiariamente pelo pagamento de tais verbas”*⁴⁴³.

3.1.8 A terceirização e as empresas de Telecomunicações

A Súmula nº 331 do TST aponta como ilícita uma terceirização de serviços quando está vinculada à atividade-fim do tomador de serviços, exceto nos casos autorizados por lei (trabalho temporário), questão essa mencionada em tópico anterior deste trabalho. A interpretação do que venha a ser atividade-fim ou atividade-meio do empregador não parece de fácil solução.

Com o crescimento do mercado, da economia e a necessidade de maior produtividade, tornou-se imperioso às empresas adaptarem-se ao surgimento de novas atividades, que requerem, especialmente, a segmentação de sua atividade-fim para ser exercida por diversas outras empresas prestadoras de serviço, *“exatamente como se verifica nas montadoras de veículos, em que cada peça ou componente automotivo é fabricado por prestadoras de serviços terceirizados, para,*

⁴⁴¹ BRASIL. Poder Judiciário. Justiça do Trabalho. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região*. Disponível em: <http://www.trtsp.jus.br/geral/tribunal2/revistas/revista_eletronica/08_2011.pdf> Acesso em: 03.jan.2012. São Paulo: Revista n. 8/2011.

⁴⁴² Idem.

⁴⁴³ Nesse sentido são as sugestões de Maria José Bighetti Ordoño Rebello. op. cit., p. 56.

ao final, formar um único veículo (atividade-fim) da montadora”⁴⁴⁴.

Diferentemente ocorre, porém, no tocante às empresas de telefonia, energia elétrica, às instituições bancárias, não se pode estender a mesma interpretação aplicável para as montadoras de veículo, tendo em vista que na prática o que se observa é a terceirização em serviços idênticos aos realizados por empregados da tomadora, exercidos sob as mesmas condições dos seus empregados diretos, mas com salários e garantias inferiores, representando violação ao princípio da isonomia, da dignidade da pessoa humana e fraude aos direitos dos empregados⁴⁴⁵.

Da análise do teor da Súmula nº 331, III, do C. TST, conclui-se que a terceirização é considerada lícita somente nas situações que autorizem a contratação de trabalho temporário, nas atividades de vigilância, conservação e limpeza, bem como nos serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, desde que ausentes a pessoalidade e a subordinação entre o tomador de serviços e o trabalhador contratado para realizar a tarefa.

Como demonstrado antes, a atividade-fim empresarial é aquela ligada diretamente ao objeto do empreendimento do empregador, ou seja, à finalidade principal da empresa. De outro lado, a atividade-meio caracteriza-se como a que não corresponde ao objeto principal da atividade empresarial, mas constitui um elemento que será somado para alcançar aquela atividade final.

A Lei nº 9.472/97 (Lei Geral de Telecomunicações), no art. 60, § 1º, tratou de conceituar a atividade-fim das empresas que exploram as telecomunicações, nos seguintes termos;

§ 1º. Telecomunicação é a transmissão, emissão ou recepção, por fio, radioeletricidade, meios ópticos ou qualquer outro processo eletromagnético, de símbolos, caracteres, sinais, escritos, imagens, sons ou informações de qualquer natureza.

Por sua vez, o inciso II do art. 94 da Lei n. 9.472/97⁴⁴⁶ permite a con-

⁴⁴⁴ Maria José Bighetti Ordoño Rebello. op. cit., p. 56.

⁴⁴⁵ Idem.

⁴⁴⁶ BRASIL. Poder Legislativo. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9472.htm> Acesso em: 04 jan. 2012a. “Art. 94. No cumprimento de seus deveres, a concessionária poderá, observadas as condições e limites estabelecidos pela Agência: [...] II - contratar com terceiros o desenvolvimento de atividades inerentes, acessórias ou complementares ao serviço, bem como a implementação de projetos associados.”

cessionária “contratar com terceiros o desenvolvimento de atividades inerentes, acessórias ou complementares ao serviço, bem como a implementação de projetos associados”.

Uma parte da doutrina⁴⁴⁷ entende que o art. 94 da Lei nº 9.472/1997 expressamente “autoriza a terceirização das atividades fim das empresas de telefonia”.

No RO n. 02296-2007-001-18-00-6, julgado pela 1ª Turma do TRT da 18ª Região, conforme acórdão publicado DJ Eletrônico Ano II, n. 137, no dia 30 de julho de 2008⁴⁴⁸, em que se discutiu a responsabilidade subsidiária da empresa de telecomunicações, decidiu-se pela legalidade da terceirização, mas reconhecendo a responsabilidade subsidiária, nos seguintes termos:

TELECOMUNICAÇÕES. TERCEIRIZAÇÃO DA ATIVIDADE-FIM. LICITUDE. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. Por previsão expressa da Lei 9.472/97, excepcionalmente é autorizada a terceirização de serviços de telecomunicação na atividade-fim. Todavia, apesar da licitude da terceirização, a tomadora tem responsabilização subsidiária em caso de inadimplência do empregador pelos débitos trabalhistas, nos termos da Súmula 331, inciso IV, do Col. Tribunal Superior do Trabalho. Recurso conhecido e desprovido.

De igual modo, o TRT da 6ª Região se pronunciou a respeito da matéria reconhecendo a responsabilidade da empresa de telecomunicações:

EMENTA: TERCEIRIZAÇÃO DE ATIVIDADE-FIM. ILICITUDE. EMPRESA DE TELECOMUNICAÇÕES. FUNÇÃO DE CALL CENTER - O art. 94 da Lei n. 9.472/1997 permite a terceirização de atividades de telecomunicações, porém, necessário que esteja ausente a pessoalidade e subordinação entre tomador dos serviços e o obreiro. Presentes tais requisitos, a terceirização celebrada entre as empresas é ilícita (Súmula n. 331, I, do C. TST), gerando o reconhecimento da relação de emprego entre o trabalhador e a empresa tomadora de serviços. (TRT 6ª R., RO 0001675-20.2010.5.06.0013, Rel Des. Acácio Júlio Kezen Caldeira, DJ 16.12.2011)⁴⁴⁹.

EMENTA: RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. EMPRESA TOMADORA DE

⁴⁴⁷ OLIVEIRA, Maria Fernanda Pereira. *Da terceirização nas empresas de telecomunicações*. São Paulo: Revista Juris Síntese, nº 72, jul/ago.2008.

⁴⁴⁸ BRASIL. Poder Judiciário. Justiça do Trabalho. TRT 18ª Região. Disponível em: <http://www.trt18.jus.br:7090/pls/site/jurisprudencia_pkg.resumo_docs?tabela=ementas&palavra=terceirizaçãod telecomunicação&tipoproc=0&relator=0&revisor=0&qtdeDocs=4&numpage=1> Acesso em: 04.jan.2012a

⁴⁴⁹ BRASIL. Poder Judiciário. Justiça do Trabalho. TRT 18ª Região. Disponível em: <<http://www1.trt6.gov.br/consultaAcordaos/resultadosConsultaInternet.php>> Acesso em: 04.jan.2012.

SERVIÇOS. Beneficiando-se dos serviços prestados pelo trabalhador, o tomador de serviços, responsável pela inadimplência da empresa contratada, responde subsidiariamente pelo pagamento de todas as verbas que inicialmente estariam a cargo da empregadora, nos termos da diretriz que emana do item VI, da Súmula nº 331, da jurisprudência predominante do Colendo TST. (TRT 6ª R., RO 0001433-34.2010.5.06.0022, Rel Des. Acácio Júlio Kezen Caldeira, DJ 12.12.2011)⁴⁵⁰

O colendo Tribunal Superior do Trabalho também já se posicionou sobre a matéria, reconhecendo que a licitude da terceirização não afasta a responsabilidade subsidiária da empresa de telecomunicações, em face de inadimplemento dos haveres trabalhistas da empresa prestadora de serviços:

RECURSO DE REVISTA DA TIM NORDESTE S.A. TERCEIRIZAÇÃO. EMPRESAS DE TELECOMUNICAÇÕES. LICITUDE. A Lei Geral de Telecomunicações (LGT; Lei nº 9.472/97) ampliou as hipóteses de terceirização de serviços. Assim, a previsão contida no artigo 94, inciso II, no sentido de que é possível a contratação de empresa interposta para a prestação de atividades inerentes ao serviço de telecomunicações, autoriza a terceirização das atividades preceituadas no § 1º do artigo 60 da LGT. Por conseguinte, torna-se irrelevante discutir se a função desempenhada pela reclamante enquadra-se como atividade-fim ou meio, ante a licitude da terceirização, uma vez respaldada em expressa previsão legal. Tal licitude, porém, não afasta a responsabilidade subsidiária da tomadora dos serviços, nos termos da Súmula 331, IV, desta Corte Superior. Precedentes do TST. Recurso de revista conhecido e provido. (TST - RR - 60800-04.2009.5.03.0023, Rel Ministra DORA MARIA DA COSTA, 8ª Turma DJ 14.05.2011)⁴⁵¹

Nesse contexto, o art. 94 da Lei nº 9.472/1997, ao estipular os requisitos do contrato de concessão do serviço de telecomunicações, veio permitir a terceirização de serviços, inclusive em atividade-fim. Logo, mesmo que se entenda que as atividades desenvolvidas pelo empregado são atividades-fim da empresa de telecomunicações, autorizada pela lei, mesmo assim a empresa tomadora de serviços, beneficiária do trabalho do obreiro, deve responder subsidiariamente pelos créditos trabalhistas.

⁴⁵⁰ Idem.

⁴⁵¹ Idem.

CONCLUSÕES

Procurou-se, no trabalho, conceituar os Direitos Humanos e os Direitos Fundamentais. Traçam-se as suas diferenças, chegou-se à conclusão que os direitos humanos existem independentemente de sua inclusão nos textos internacionais, ou nas constituições de cada país. A expressão Direitos Humanos é um atributo que abrangem a todas as pessoas, independentemente de ser a pessoa pertencente à determinada nação, ou determinada classe.

Contudo, existem direitos que por sua natureza são direcionados a determinados grupos, classes, como é o caso dos direitos sociais do trabalhador, que são reconhecidos como direitos fundamentais.

Após a análise dos direitos fundamentais aplicáveis ao trabalhador, no que se relaciona a sua origem, história, entre outros aspectos, passou-se a análise dos princípios fundamentais do direito do trabalho, na qual foram analisados, tendo como parâmetro o princípio da dignidade da pessoa humana.

Alguns princípios constitucionais foram estudados, tais como o princípio da dignidade da pessoa humana, do não-retrocesso social, do princípio da justiça social e o da valorização do emprego.

Chegou-se a conclusão de que as normas trabalhistas devem ser interpretadas levando em consideração o aspecto axiológico das mesmas, partindo-se da valorização histórica e sistemática do direito do trabalho, e depois encontrando o seu fundamento no princípio da dignidade da pessoa humana.

Verificou-se que os princípios abordados, muitos deles se encontram no texto da Constituição da República, implícito ou explicitamente, como cláusula pétrea, seja porque o princípio de maior importância do direito do trabalho (o da proteção), que permite concluir que o trabalhador merece uma maior proteção do Estado, o que infelizmente em alguns casos não vem ocorrendo, devido à classe empregadora impor determinadas regras que muitas vezes não tem como o trabalhador não atendê-la.

O trabalho é meio pelo qual o empregado busca alcançar sua dignidade, ou precisamente sua cidadania. Procurou-se acreditar que há a

possibilidade do modo de produção capitalista possa ser justo, o trabalhador deve ser tratado sem qualquer tipo de discriminação.

Verificou-se que, na realidade brasileira, continuou-se a realizar a estruturação das empresas, em sua maioria, de acordo com os ditames fordista/taylorista.

Constatou-se que a partir da Segunda Guerra Mundial, os países passaram por uma tendência de flexibilizar os direitos fundamentais dos trabalhadores e houve a necessidade de aplicação dos princípios fundamentais.

Demonstrou-se o surgimento de novas formas de trabalho tais como: a tempo parcial, por prazo determinado, temporários, terceirização, entre outras, que reduzem os direitos dos trabalhadores. Essas formas não se tratam de uma tendência recente, mas de um movimento surgidos após os anos 50-70. Aos poucos foram surgindo contratos que fogem as formas típicas clássicas do Direito do Trabalho, que de alguma forma não proporcionam os mesmos direitos dos contratos por prazo indeterminados bilaterais, reduzindo o alcance de direitos concedidos aos trabalhadores.

As novas formas de organização teve início em sua forma piramidal fortemente hierarquizada – contrato bilateral, contudo, após a segunda guerra mundial foram nascendo novas hipóteses de labor, tais como a intermediação de mão de obra, chamada pelos neo-liberais de terceirização – forma trilateral de contratação, que tinha sua organização horizontal, para a precarização de determinadas atividades, que continuam inseridas na própria estruturação da empresa hierarquizada.

A origem da terceirização decorreu de uma corrente doutrinária que visava a reestruturação produtiva, surgindo assim múltiplas formas de trabalho, provocando a precarização do trabalho humano – sistema toytista.

Procurou-se diferenciar a terceirização lícita, aquela cujas atividades não estão ligadas no objeto social, ou seja, aquelas em que as empresas podem realizar de forma autônoma por outras empresas especializadas, e a ilícita, em regra, aquela realizada na atividade-fim da empresa.

Relatou-se que a intermediação de mão de obra é refutada pelo

ordenamento jurídico, isso porque o tomador de serviços contrata diretamente através de uma empresa interposta o trabalhador para prestar serviços em seu estabelecimento com salários menores, por curto período de tempo.

Nesse contexto, salientou-se que o trabalho, passou a ser tido como uma mercadoria, e o emprego são precários, uma vez que se dá mais importância à síndrome da "empregabilidade", mas reduzindo os custos com a contratação de empregados com salários e encargos trabalhistas reduzidos.

Verificou-se que nos estudos doutrinários que o empregado intermediado é o mais precário de todos, no sentido etimológico, porque a qualquer momento o tomador dos serviços pode não desejar mais os seus serviços, sem qualquer justificativa.

Sustentou-se que a utilização do próprio termo "terceirização" indica que o real empregador pretende passar a uma terceira pessoa, a posição de empregador na relação empregatícia e, conseqüentemente, da responsabilidade sobre os encargos e direitos trabalhistas com seus empregados, com a obtenção cada vez mais de lucros e redução de custos.

O empregador procura separar os trabalhadores aos quais se deseja dar um tratamento melhor (salários e benefícios), daqueles que, mesmo sendo indispensáveis e imprescindíveis, não haveria uma necessidade de valoração igual ao primeiro grupo (do tomador dos serviços).

Afirmou-se também que há uma discriminação, entre trabalhadores dignos que são de empregados dos tomadores de serviços, e aqueles outros que são os terceirizados, com isso precarizando os direitos fundamentais e abrindo espaço para discriminação entre trabalhadores que executam as mesmas tarefas na empresa tomadora.

Aduziu-se que na intermediação de mão de obra pretende-se dar a um outro empregador a vinculação com o trabalhador, violando os princípios fundamentais do Direito do Trabalho, com a finalidade de diminuir as vantagens e direitos laborais existentes no âmbito da empresa tomadora de serviços; e as obrigações sociais e previdenciárias, advindas do contrato de trabalho com a empresa terceirizante.

O Direito do Trabalho quando a utilização da intermediação de mão de obra, como demonstrado neste trabalho, afronta os seus pilares, destruindo sua estrutura bilateral e violando o princípio da dignidade da pessoa humana, da valorização do trabalho, e da justiça social.

Nesse trabalho procurou-se foi demonstrar inúmeras situações que constataam que a terceirização contraria os direitos sociais e os princípios de proteção ao trabalhador, como se pode citar, o tratamento diferenciado dispensado aos trabalhadores terceirizados, os quais têm sua remuneração distintas daqueles que fazem parte do quadro da empresa tomadora dos serviços, e aqueles que lhes prestam serviços, mediante contrato de terceirização, o número de acidentes de trabalho com empregados terceirizados, é bastantes superior ao que ocorre com os trabalhadores da empresa-cliente, em virtude de que essa se encontra por demais dispersa no plano coletivo, dividida em várias empresas contratadas.

Quanto à responsabilidade da Administração Pública, procurou-se demonstrar a responsabilidade subsidiária pelos créditos trabalhistas na hipótese de terceirização ilícita, ou lícita, deve alcançar a Administração Pública, por força da responsabilidade do Estado, correspondente à atribuição de idêntica obrigação aos tomadores de serviço da esfera privada, nos termos da Súmula n. 331, inciso V, do C. Tribunal Superior do Trabalho.

Relatou-se que nos meados da década de 1960, foi editado o Decreto-Lei n. 200 de 1967, que, no seu art. 10, estimulava a prática da descentralização administrativa, tendo sido complementado pela Lei n. 5.645/70, a qual discriminava em seu art. 3º, parágrafo único, exemplificativamente, as áreas em que a terceirização seria cabível na esfera da União e das Autarquias Federais, como serviços de transportes, conservação, limpeza, dentre outros.

Demonstrou-se que as referidas legislações permitiram a descentralização administrativa, via contratação de serviços executivos, em face de empresas privadas, o que representou, sob o aspecto jurídico, a legalização da terceirização de serviços no âmbito da Administração Pública.

O constatou-se que art. 37, inciso XXI, da Constituição da República permite a contratação de serviços dentre os contratos dependentes do processo de licitação, inclusive em relação às entidades da Administração Pública indireta.

Ressaltou-se que a Lei n. 8.666/93 que institui normas para licitações e contratos da Administração Pública, em seu art. 10, admite a execução direta ou indireta de obras e serviços.

Acrescentou-se que o ente estatal contrata o serviço empresarial oferecido, mas não a mão de obra ou certo trabalhador. Deve-se evitar na terceirização a escolha dos empregados que irão prestar o serviço, muito comum na terceirização de serviços públicos de limpeza e conservação, em que se procura manter o mesmo pessoal contratado pela empresa prestadora de serviços anterior que não foi vitoriosa no processo de licitação.

O § 1º do art. 71 da Lei n. 8.666/93 (lei de licitações) estabelece um privilégio que viola a responsabilidade subjetiva do Estado pelos atos de seus agentes. Estudou-se entendimento doutrinário e jurisprudencial dominante no sentido de que mesmo que se entenda que no caso em análise não é a má escolha da empresa intermediária que caracteriza culpa *in elegendo* porque houve o processo de licitação, mas pode-se constatar a falta de fiscalização após o processo licitatório na execução e cumprimento das obrigações trabalhistas e sociais implica culpa *in vigilando*.

Comentou-se que o Pleno do STF examinou a constitucionalidade do art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93, discutida na Ação Direta de Constitucionalidade n. 16 promovida pelo governo do Distrito Federal. E frisou-se que o Ministro Presidente, Cezar Peluzo, deixou assentado que o STF não impedirá que o TST reconheça a responsabilidade com base em fatos da causa, embora reconhecesse a constitucionalidade da mencionada norma.

Salientou-se que nos termos da súmula do C. Tribunal Superior do Trabalho, a mera inadimplência não gera a responsabilidade da Administração Pública, contudo a Justiça do Trabalho deve examinar os fatos para constatar a existência de culpa na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais da terceirização. Ao decidir, a maioria dos ministros se pronunciou pela constitucionalidade do artigo 71 e seu parágrafo único.

Concluí-se que cabe a Administração Pública incluir no próprio edital de licitação e nos contratos dela resultantes uma cláusula que obrigue o prestador de serviços a lhe comprovar de forma periódica – mensal – o cumprimento regular

das obrigações previdenciárias, fiscais e trabalhistas, entre outras, relativas à prestação de serviços do empregado contratado pela empresa interposta que este disponibiliza em favor do setor público o serviço, e assim fazer evitar ser condenada subsidiariamente pelo pagamento de tais verbas.

Aduziu-se que com o crescimento do mercado, da economia e a necessidade de maior produtividade, tornou-se imperioso às empresas adaptarem-se ao surgimento de novas atividades, que requerem, especialmente, a segmentação de sua atividade-fim para ser exercida por diversas outras empresas prestadoras de serviço, exatamente como se verifica nas montadoras de veículos, em que cada peça ou componente automotivo é fabricado por prestadoras de serviços terceirizados, para, ao final, formar um único veículo (atividade-fim) da montadora.

Contudo, no tocante às empresas de telefonia, energia elétrica, às instituições bancárias, não se pode estender a mesma interpretação aplicável para as montadoras de veículo, tendo em vista que na prática o que se observa é a terceirização em serviços idênticos aos realizados por empregados da tomadora, exercidos sob as mesmas condições dos seus empregados diretos, mas com salários e garantias inferiores, representando violação ao princípio da isonomia, da dignidade da pessoa humana e fraude aos direitos dos empregados.

Da análise do teor da Súmula nº 331, III, do C. TST, conclui-se que a terceirização é considerada lícita somente nas situações que autorizem a contratação de trabalho temporário, nas atividades de vigilância, conservação e limpeza, bem como nos serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, desde que ausentes a pessoalidade e a subordinação entre o tomador de serviços e o trabalhador contratado para realizar a tarefa.

Demonstrou-se que a atividade-fim empresarial é aquela ligada diretamente ao objeto do empreendimento empregador, ou seja, à finalidade principal da empresa. De outro lado, a atividade-meio caracteriza-se como a que não corresponde ao objeto principal da atividade empresarial, mas constitui um elemento que será somado para alcançar aquela atividade final.

O inciso II do art. 94 da Lei n. 9.472/97 permite a concessionária *“contratar com terceiros o desenvolvimento de atividades inerentes, acessórias ou*

complementares ao serviço, bem como a implementação de projetos associados”.

Apontou-se que parte da doutrina entende que o art. 94 da Lei nº 9.472/1997 expressamente autoriza a terceirização das atividades-fim das empresas de telefonia. Entretanto, demonstrou-se que alguns Tribunais reconhecem a legalidade da terceirização, mas reconhecendo a responsabilidade subsidiária.

Aduziu-se que o C. Tribunal Superior do Trabalho também já se posicionou sobre a matéria, reconhecendo que a licitude da terceirização não afasta a responsabilidade subsidiária da empresa de telecomunicações, em face de inadimplemento dos haveres trabalhistas da empresa prestadora de serviços:

Conclui-se que o art. 94 da Lei nº 9.472/1997, ao estipular os requisitos do contrato de concessão do serviço de telecomunicações, permitindo a terceirização de serviços, inclusive em atividades-fim, contudo a empresa tomadora de serviços, beneficiária do trabalho do obreiro, deve responder subsidiariamente pelos créditos trabalhistas.

Em arremate, mercê das idéias acima apresentadas conclui-se que as empresas tomadoras de serviços, embora possam buscar o lucro, no entanto que se respeitem os direitos sociais do trabalhador. Será que isso é possível? No cenário atual é difícil imaginar, mas não é impossível. Deve-se procurar conscientizar as pessoas que os trabalhadores terceirizados são pessoas que merecer respeito, dignidade, melhores condições de trabalho, condições seguranças e higiene do trabalho do ambiente do trabalho, uma remuneração justa, saúde e aumento dos direitos sociais, já é uma boa ideia para melhora o futuro das gerações vindouras.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. Tradução de Ernesto Garzón Valdés. 2ª Ed. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.
- AMARAL, Júlio Ricardo de Paula. *Eficácia dos direitos fundamentais nas relações trabalhistas*. São Paulo: LTr, 2007.
- AMARAL, Arnaldo José Duarte do. *Estado democrático de direito : nova teoria geral do direito do trabalho : dequação e compatibilidade*. São Paulo : LTr, 2008.
- ABDALA, Vantuil. *Terceirização: atividade-fim e atividade-meio - responsabilidade subsidiária do tomador de serviço*. Revista LTr, São Paulo, v. 60, n. 5, p. 589, maio 1996
- BARBUGIANI, Luiz Henrique Sormanip. *A inserção das normas internacionais de direitos humanos nos contratos individuais de trabalho*. São Paulo : LTr, 2008.
- BARAÚNA, Augusto Cezar Ferreira de. *Manual de direito do trabalho*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.
- _____. Augusto Cezar Ferreira de. *A terceirização à luz do Direito do Trabalho*. São Paulo: LED-Editora de Direito, 1999.
- BELMONTE, Alexandre Agra. *Aspectos jurídicos materiais e processuais da terceirização trabalhista*. São Paulo: Revista LTr. v. 73, n. 10, outubro.2009.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.
- BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de direito do trabalho*. 5. ed. São Paulo: LTr, 2009.
- BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. *O começo da história - a nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro*. In: BARROSO, Luís Roberto (Org.). *A nova interpretação constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- BARBOSA JÚNIOR, Floriano. *Direito à intimidade como direito fundamental e humano na relação de emprego*. São Paulo: Ltr, 2008.
- _____. *Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas*. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 1990.
- _____. *O novo contrato por prazo determinado. Flexibilização Laboral e Internacionalização das Relações de trabalho*. 1ª ed. (ano 2004) 2ª tiragem. Curitiba: Juruá, 2005.
- _____. *Fundamentos teóricos e filosóficos do novo Direito constitucional brasileiro (Pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo)* Salvado: Revista Diálogo Jurídico, ano I, v. I, n. 6, setembro.2001.

BARROSO, Fábio Túlio. *Manual de direito coletivo do trabalho*. São Paulo: LTr, 2010.

_____. *Direito flexível do trabalho: abordagens críticas*. Recife: Ed. Universitária da UFPE, 2009.

BENTO, Flávio. *O princípio da proteção e as súmulas do Tribunal superior do Trabalho*. São Paulo: Revista LTr. v. 75, n.05, maio.2011.

_____. *Novo contrato de trabalho por prazo determinado*. 1. ed. Curitiba: Juruá. 2005.

BERMUDES, Sérgio. *A reforma do judiciário pela emenda constitucional nº 45*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

BRAMANTE, Ivani Contini. *A aparente derrota da súmula 331/tst e a responsabilidade do poder público na terceirização*. São Paulo: Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região. Publicação de Julgados. n. 7/2011.

BOCORNY, Leonardo Raupp. *A valorização do trabalho humano no Estado Democrático de Direito*. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 2003. p. 73

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *A Justiça do Trabalho e a reforma do judiciário*. Apud CHAVES, Luciano Athayde. *Direito processual do trabalho: reforma e efetividade*. São Paulo: LTR, 2007

BRANCO, Ana Paula Tauceda. *A colisão de princípios constitucionais no direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2007.

CAMINO, Carmen. *Direito individual do trabalho*. Porto Alegre: Síntese, 2003.

CONOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. Coimbra: Almedina, 1998.

_____. *Direito constitucional e teoria da constituição*. Coimbra: Almedina, 2002.

CARELLI, Rodrigo de Lacerda. *Formas atípicas de trabalho*. São Paulo: LTr, 2004.

_____. *Terceirização e intermediação de mão-de-obra: ruptura do sistema trabalhista, precarização do trabalho e exclusão social*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003

CASSAR, Vólia Bonfim. São Paulo: Ltr, v. 74, n. 04, abril, 2010.

CATHARINO, José Martins. *Temas de direito do trabalho*. Rio de Janeiro: Edições Trabalhistas, 1993.

COSTA, Tatiana Cesarina Tôres. *A súmula 331 do TST como instrumento de precarização laboral*. Recife: Universidade Católica de Pernambuco, 2010.

CAVALCANTE JÚNIOR, Ophir. *Terceirização das relações de trabalho*. São Paulo: LTr, 1996. p.86

DALLEGRAVE NETO, José Affonso. *Análise de conjuntura Socioeconômica e o Impacto*

no direito do Trabalho. São Paulo: Revista LTr. v. 4, n. 65, abril.2001.

DELGADO, Gabriela Neves. *Terceirização: paradoxo do direito do trabalho contemporâneo*. São Paulo: LTr, 2003.

DELGADO, Maurício Godinho. *Capitalismo, trabalho e emprego: entre o paradigma da destruição e os caminhos da reconstrução*. São Paulo: LTr, 2006.

_____. *Curso de direito do trabalho*, 8. ed. São Paulo: LTr, 2008.

_____. *Direitos fundamentais na relação de trabalho*. Revista LTr, São Paulo, LTr, ano 70, n. 6, p.657-667, jun. 2006.

_____. *Solidariedade e subsidiariedade na responsabilização trabalhista*. São Paulo: Revista Juris Síntese n. 78, dez.1995

DIEESE. *Relações e condições de trabalho no Brasil*. São Paulo: Diesse, 2008.

DUARTE, Lisa Basto. Estado de Exceção. Juris Síntese nº 43 - SET/OUT de 2003.

FABRICIO, Márcio M. *O modelo de produção "Fordista" e o consumo de massa*, 2005. São Paulo. Disponível em: <<http://www.saplei.eesc.usp.br/sap5837>> Acesso em: 25.8.2007.

FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. *Curso de direito ambiental brasileiro*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

FERRARI, Irary. In: NASCIMENTO. Amauri Mascaro, MARTINS FILHO, Ives Gandra da. *História do trabalho, do direito do trabalho e da justiça do trabalho*. São Paulo : LTr, 1998.

FERREIRA, Simone Rodrigues. *A efetividade do direito fundamental à razoável duração do processo*. Publicada no Juris Síntese nº 68 - NOV/DEZ de 2007.

FRANCO FILHO, Georgenor de Souza. *Globalização & desemprego: mudanças nas relações de emprego*. São Paulo: LTr, 1999. Apud NASSIF, Elaine Noronha. *Fundamentos da flexibilização: uma análise de paradigmas e paradoxos do direito o do processo do trabalho*. São Paulo: LTr, 2001.

GALVÃO TELLES, Inocêncio. "*Direito das obrigações*". 5 ed. Coimbra Editora, 1986.

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. *Responsabilidade da administração pública na relação de trabalho triangular*. São Paulo: Revista Juris Síntese n. 73, set/out.2008

GÊNOVA, Leonardo de. *O princípio da proteção no século XXI: os novos desafios do trabalhador Brasileiro*. São Paulo : LTr, 2009.

GOMES, Ana Virgínia Moreira. *A Aplicação do princípio protetor no direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2001.

GOMES, Dinaura Godinho Pimentel. *Direito do trabalho e dignidade da pessoa humana, no contexto da globalização econômica*. São Paulo: LTr, 2005.

GOMES NETO, JOSÉ MÁRIO WANDERLEY (Coord). *Dimensões do acesso à justiça*. Salvador, Jus Podivm, 2008.

GONÇALVES, Rogério Magnus Varela. *Direito Constitucional do Trabalho: aspectos controversos da automatização*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2003.

GOSDAL, Thereza Cristina. *Dignidade do trabalhador: um conceito construído sob o paradigma do trabalho decente e da honra*. São Paulo: LTr, 2007.

GUERRA, Marcelo Lima. *Direitos fundamentais e a proteção do credor na execução civil*. São Paulo: RT, 2003.

JORGE NETO, Francisco Ferreira. In: CAVALCANTE. Jouberto de Quadros Pessoa. *Curso de direito do trabalho*. São Paulo: Atlas, 2009.

LIMA, Leonardo Tibo Barbosa. *O direito fundamental a uma execução trabalhista efetiva*. Juris Síntese nº 76 - MAR/ABR de 2009.

LOBATO, Anderson Cavalcante. *O reconhecimento e as garantias constitucionais dos direitos fundamentais*". Revista de Informação Legislativa. Brasília: Senado Federal, a. 33, n.º 129, jan./mar., 1996.

LOPES, Luciane Cristine. *Terceirização lícita na atividade-fim do empregador - impacto da Súmula Vinculante nº 10 na responsabilização subsidiária da administração pública (Súmula nº 331 do TST) e a observância da cláusula de reserva de plenário*. São Paulo: Revista Juris Síntese, n. 84, jul/ago.2001.

LORA, Ilse Marcelina Bernardi. *Direitos fundamentais e responsabilidade da administração pública na terceirização de serviços. Inconstitucionalidade do § 1º do art. 71 da Lei nº 8.666/1993*. Revista Juris Síntese nº 73 - set/out de 2008.

MACHADO JÚNIOR, Arnaldo de A. *A condenação em litigância de má-fé: Uma alternativa viável rumo à tutela jurisdicional efetivar*. Juris Síntese nº 56 - NOV/DEZ de 2005

MAGANO, Octavio Bueno. *Manual de direito do trabalho. Direito individual do trabalho*. 3. ed. São Paulo: LTr, v. II, 1992.

MAIOR, Jorge Souto. *Curso de Direito do Trabalho: a relação de emprego, volume II*. São Paulo: LTr, 2008.

_____. *O direito do trabalho como instrumento de justiça social*. São Paulo: LTr, 2000.

MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito do Trabalho*. 14. Ed. Sação Paulo: Atlas.

_____. *Curso Direito do Trabalho*. 25. Ed. São Paulo: Editora Atlas, 2009

MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. *Da Emenda Constitucional nº 45/2004 e seu reflexo jurídico no direito fundamental do prazo razoável para a duração de processo*

administrativo disciplinar – Inconstitucionalidade do § 1º do art. 169 da Lei nº 8.112/1990.

MATTOS, Viviane Rodriguez. *O serviço voluntário como assistencialismo estatal: a lógica legal e sua inconsistência constitucional.* São Paulo: Revista do Ministério Público do Trabalho - LTr. n. 33, abril.2007.

MARTINS, Antero Arantes. *A súmula 331 do c. Tribunal superior do trabalho e o art. 71, § 1º, da Lei 8.666/93.* São Paulo: Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região. Publicação de Julgados. n. 7/2011.

MEDEIROS, Antônio Paulo Cachapuz de. (org). *Jornadas de Direito Internacional Público no Itamaraty (2005 : Brasília, DF) Desafios do direito internacional contemporâneo.* Brasília: Fundação Alexandre de Gusmão, 2007.

MEDEIROS, Benizete Ramos de. *Trabalho com dignidade: educação e qualificação é um caminho?.* São Paulo: LTr, 2008.

MATTOS, Vivian Rodriguez. *O serviço voluntário como assistencialismo estatal: a lógica legal e Sua inconsistência constitucional.* São Paulo: Revista do Ministério Público do Trabalho - LTr. n. 33, abril.2007.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de direito administrativo.* 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

MELO, Raimundo Simão de. *Direito ambiental do trabalho e a saúde do trabalhador: responsabilidade legais dano material, dano moral, dano estético, perda de uma chance.* 2 ed. São Paulo: LTr, 2006.

MENDES. Gilmar Mendes. *Curso de direito constitucional. Inocêncio Mártires Coelho, Paulo Gustavo Gonet Branco.* – 2. ed. rev. e atual. São Paulo : Saraiva, 2008.

MICHEL, Monalisa. *O verdadeiro risco de irreversibilidade do provimento antecipado do § 2º do artigo 273 do CPC. Juris Síntese nº 64 - MAR/ABR de 2007.*

MONTESSO, Cláudio José; FREITAS, Marco Antônio de; STERN, Maria de Fátima Coelho Borges (Coords.). *Direitos sociais na constituição de 1988: uma análise crítica vinte anos depois.* In: SEVERO, Valdete Souto. *O mundo do trabalho e a flexibilização.* São Paulo : LTr, 2008.

MORAES FILHO, Evaristo de. *In: Antônio Carlos Flores de Moraes. Introdução ao direito de trabalho.* 8. ed. São Paulo: LTr, 2000.

_____, Coporo. *Introdução ao Direito do Trabalho.* São Paulo, 4. ed. LTr, 1986

OLIVEIRA, Luiz Edgar Ferraz de. *A Súmula 331 do TST e o artigo 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93.* São Paulo: Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região. Publicação de Julgados. n. 7/2011.

OLIVEIRA, Maria Fernanda Pereira. *Da terceirização nas empresas de telecomunicações*. São Paulo: Revista Juris Síntese, nº 72, jul/ago.2008.

PALMEIRA SOBRINHO, Zéu. *Terceirização e reestruturação produtiva*. São Paulo : LTr, 2008.

PASTORE, José. *Flexibilização dos mercados de trabalho e contratação coletiva*. São Paulo: LTr, 1994

PESSOA, Flávia Moreira Guimarães. *Curso de direito constitucional do trabalho - uma abordagem à luz dos direitos fundamentais*. Salvador, Jus PODIVM, 2009.

_____. *Relações de trabalho na sociedade contemporânea*. São Paulo: LTr, 2009.

PIOSEVAN, Flavia, *Direitos fundamentais e o direito constitucional internacional*. 9ª ed. ver. amp. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2008.

_____. *Globalização econômica, integração regional e direitos humanos*, In: PIOESAN, Flávia (Coordenadora). *Direitos humanos, globalização econômica e integração regional: desafios do direito constitucional*. São Paulo: Max Limnad, 2008.

PINTO, Bernadete Edith de Rosa. *A flexibilidade das relações de trabalho: a precariedade do contrato a prazo determinado da Lei n. 9.601, de 1998*. São Paulo: Ltr, 2001.

PINTO, José Rodrigues. *Tratado de direito material do trabalho*. São Paulo: Ltr, 2007.

POLÔNIO, Wilson Alves. *Terceirização: Aspectos legais, trabalhistas e tributários*. São Paulo: ed. Atlas, 2000.

PORTO, Lorena Vasconcelos. *A subordinação no contrato de trabalho: uma releitura necessária*. São Paulo: LTr, 2009.

PRUNES, José Luiz Ferreira. *Terceirização do trabalho*. 1ª ed. -2ª tiragem. Curitiba: Juruá, 1995.

PROSCURCIN, Pedro. *Compêndio de direito do trabalho: introdução às relações de trabalho em transição à nova era tecnológica*. São Paulo: LTr, 2007.

QUEIROZ JÚNIOR, Hermano. *Os direitos fundamentais dos trabalhadores na Constituição de 1988*. São Paulo: LTr, 2006.

RABENHORST, Eduardo Ramalho. *Dignidade humana e moralidade democrática*. Brasília: Brasília Jurídica, 2001.

REBELLO, Maria José Bighetti. *Responsabilidade subsidiária da administração pública direta, autárquica ou fundacional*. São Paulo: Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região. Publicação de Julgados. n. 7/2011. p. 49. Disponível em:

[http://www.trtsp.jus.br/geral/tribunal2/revistas/revista_](http://www.trtsp.jus.br/geral/tribunal2/revistas/revista_eletrônica/07_2011.pdf) eletrônica/07_2011.pdf.

Acesso em: 03.jan.2012.

REIS, Daniela Muradas. *O princípio da vedação do retrocesso no direito do trabalho*. São Paulo : LTr, 2010.

RIBAR, Georgia. *Mudanças contemporâneas e os impactos nas vedações à discriminação do trabalhador*. São Paulo: Revista LTr. v. 70, n.01, janeiro.2006.

RIFKIN, Jeremy. *O fim dos empregos : o declínio inevitável dos níveis dos empregos e a redução da força global de trabalho*; tradução Ruth Gabriela Bahr ; revisão técnica Luiz Carlos Meregé. - São Paulo : Makron Books, 1995.

ROBORTELLA, Luiz Carlos Amorim. *O moderno direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 1994.

ROBINSON, Carlos Alberto Robinson. *A Efetividade da Súmula Vinculante N. 04 do STF e suas repercussões na esfera trabalhista*. São Paulo: Revista LTr. v. 72, n. 11, abril.2008.

ROCHAS, Andréa Presas. In: SERRANO, Paulo Marcelo de Miranda, NAHAS, Thereza Cristina. *Liberdade Sindical e Trabalhador autônomo na Lei Orgânica de Libertard Sindical – LOLS*. São Paulo: Revista LTr. Vol. 72, nº 02.

ROMITA, Arion Sayão. *Direitos fundamentais nas relações de trabalho*. São Paulo: LTr, 2005.

SAAD, José Eduardo Duarte. *Terceirização de serviços e a necessária elaboração de uma norma legal*. São Paulo: Revista LTr. v. 73, n. 01, abril.2009

SAEGUSA, Cláudia Zaneti. *A flexibilização e os princípios de direito individual e coletivo do trabalho*. São Paulo: LTr, 2008.

_____. *Flexigurança: a reforma do mercado de trabalho*. São Paulo: LTr, 2008.

SALVINO, Marcos Ribeiro. *Terceirização de serviços na administração pública e responsabilidade trabalhista*. São Paulo: Revista Juris Síntese, n. 79, set/out.2009.

SAKO, Emília Simeão Albino. *Ações coletivas no processo do trabalho: instrumentos de realização dos ideais de acesso às tutelas jurídica e jurisdicional*. São Paulo: Revista LTr. v. 2, n. 69, dez.2005.

SANTOS, Enoque Ribeiro dos. *O Direito do trabalho e o desemprego*. São Paulo: LTr, 1999

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 9. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

_____. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 3 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

_____. *Dimensões da dignidade. Ensaios da filosofia do direito e direito constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional*. 10. ed. nos termos da revisão constituicional de 1994. São Paulo: Malheiros Editora Ltda.

SILVA, Otávio Pinto. *Subordinação, autonomia e parassubordinação nas relações de trabalho*. São Paulo: LTr, 2004.

SILVA, Rachel Marques. *Dos princípios fundamentais e dos princípios do processo civil segundo a Constituição Federal Brasileira de 1988*. Juris Síntese nº 25 - SET/OUT de 2000.

SCHIAVI, Mauro. *Abrangência da súmula 331 do tribunal superior do trabalho*. São Paulo: Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região. Publicação de Julgados. n. 7/2011. p. 60. Disponível em: http://www.trtsp.jus.br/geral/tribunal2/revistas/revista_eletronica/07_2011.pdf. Acesso em: 03.jan.2011

SOARES FILHO, José. *Elementos de direito coletivo do trabalho*. São Paulo: LTr, 2011

SÜSSEKIN, Arnaldo. *Direito constitucional do trabalho*. 4.ed. (ampl. e atual). Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

_____. *Curso de Direito do Trabalho*. 3. ed. rev. e atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

TEIXEIRA, Sérgio Torres. *Acesso à Justiça e Crise do Modelo Processual Brasileiro Contemporâneo: Superando os Obstáculos à Efetividade do Processo Trabalhista*. p. 240. In: TEORI, Albino Zavascki, *Reforma do Código de Processo Civil*, Coordenação: Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, São Paulo, Ed. Saraiva, 1996, p. 147

TORNAGHI, Hélio. *Comentários ao Código de Processo Civil*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1974, v. 1, p. 382.

VASAPOLLO, Luciano. *O trabalho atípico e a precariedade. Elemento estratégico determinante do capital no paradigma pós-fordista*. In: ANTUNES, Ricardo (coord.). *Riqueza e miséria do trabalho no Brasil*. São Paulo: Boitempo, 2006.

VERDÚ, Pablo Lucas. *Los derechos humanos como "religión civil". Derechos humanos y concepción del mundo y de La vida. SUS desafios presentes*. In: GRAU, Eros Roberto.

VECCHI, Ipojucan Demétrius. *Contrato de trabalho & eficácia dos direitos humanos fundamentais de primeira dimensão*. Curitiba: Juruá, 2009.

VIANA, Márcio Túlio. "Desregulamentar... Regulamentando". Revista LTr, São Paulo, pp. 884-889, v. 59, n. 7, out./1995.

_____. *Direito de resistência: possibilidades de autodefesa do empregado em face*

do empregador. São Paulo: LTr, 1996.

_____. "Alguns pontos polêmicos da terceirização". Repertório IOB de Jurisprudência, São Paulo, n. 8, Caderno 2, 2a quin. abr./1997.

_____. "Velhos e novos enfoques sobre o trabalho temporário". Revista Tribunal Regional do Trabalho. Belo Horizonte, n. 57, jul.-dez./1997.

_____. "Cooperativas de Trabalho: um caso de fraude através da lei". In: VIANA,

ZANGRANDO, Carlos Henrique da Silva. *Curso de direito do trabalho: tomo II*. São Paulo: LTr, 2008.

_____. Márcio Túlio; RENAULT, Luiz Otávio Linhares (Coords.). *O que há de novo em direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 1997.

_____. "A proteção social do trabalhador no mundo globalizado. O direito do trabalho no limiar do século XXI". Revista LTr, São Paulo, n. 7, v. 63, jul./1999.

_____. "Por que as cooperativas não podem terceirizar mão-de-obra?" Repertório de jurisprudência IOB, São Paulo, n. 6, Caderno 2, 2- quin. mar./2002.

_____. VIANNA, Segadas. "Instituições de direito do trabalho". Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1981, v. II. In: MORAES, Antônio Carlos Flores de. *Trabalho de adolescents: proteção e profissionalização*. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; ALVIM, Tereza Arruda; GARCIA, Medina José Miguel. *Breves comentários à nova sistemática processual civil*. 3. ed. São Paulo: RT, 2005.

WALLERSTEIN, Immanuel. *El capitalismo histórico*. Madri: Ed. Siglo XXI de Espana, 1988.

_____. *Unthinking social science. The limits of nineteenth century paradigm*. Cambridge: Ed. Polite Press, 1991.

BRASIL. Poder Legislativo. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituiC3%A7ao.htm> Acesso em: 18 dez. 2011a.

BRASIL. Poder Legislativo. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9472.htm> Acesso em: 04 jan. 2012a

BRASIL. Poder Legislativo. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del0201.htm> Acesso em: 18 dez. 2011a.

BRASIL. Poder Judiciário. Justiça do Trabalho. Tribunal Superior do Trabalho. *Livro de Súmulas, Orientações Jurisprudenciais — SBDI-1, SBDI-2 e SDC — e Precedentes*

Normativos. Disponível em: <[http://www.tst.jus.br/jurisprudencia / Index_Enunciados .html](http://www.tst.jus.br/jurisprudencia/Index_Enunciados.html)> Acesso em: 23dez. 2011a.

BRASIL. Poder Judiciário. Justiça do Trabalho. Tribunal Superior do Trabalho. *Livro de Súmulas, Orientações Jurisprudenciais — SBDI-1, SBDI-2 e SDC — e Precedentes Normativos*. Disponível em:

<<http://www.tst.jus.br/documents/10157/63003/Livro+de+Jurisprud%C3%Aancia>> Acesso em: 23dez.2011^a

JUSTIÇA DO TRABALHO. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região. Publicação de Julgados*. São Paulo: Revista n. 8/2011

_____. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região. Publicação de Julgados*. São Paulo: Revista n. 7/2011. p. 29.