

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

TATIANA CESARINA TÔRRES COSTA

A SÚMULA 331 DO TST COMO INSTRUMENTO DE PRECARIZAÇÃO LABORAL

Recife, 2010

TATIANA CESARINA TÔRRES COSTA

A SÚMULA 331 DO TST COMO INSTRUMENTO DE PRECARIZAÇÃO LABORAL

Dissertação apresentada como requisito parcial para obtenção do título de mestre em Direito no curso de Mestrado da Universidade Católica de Pernambuco.

Orientador: Prof^o. Dr. Fábio Túlio Barroso

Recife, 2010

C837s

Costa, Tatiana Cesarina Tôres

A súmula 331 do TST como instrumento de precarização
laboral / Tatiana Cesarina Tôres Costa ; orientador Fábio
Túlio Barroso, 2010.

172 f.

Dissertação (Mestrado) - Universidade Católica de Pernambuco.
Pró-reitoria Acadêmica. Programa de Mestrado em Ciências Jurídicas,
2010.

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**

TATIANA CESARINA TÔRRES COSTA

A SÚMULA 331 DO TST COMO INSTRUMENTO DE PRECARIZAÇÃO LABORAL

FICHA DE AVALIAÇÃO

Orientador: Prof^o. Dr. Fábio Túlio Barroso

1^o Examinador: Prof^o. Dr. Jayme Benvenuto Lima Jr.

2^o Examinador: Prof^o. Dr. Sérgio Torres Teixeira

3^o Examinador: Prof^a. Dra. Gabriela Neves Delgado

Recife, 2010

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 de Mestrado.

Ao meu pai, meu ídolo e exemplo de perseverança e força, 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; aos meus irmãos e sobrinhos por encherem minha vida de alegria e ao meu companheiro e amigo de todas as horas, Sérgio, por tentar me convencer a cada dia que tudo seria possível. Como não poderia deixar de ser, dedico, ainda, aos meus avós, Hélio e Carmita, não mais presentes, materialmente, em minha vida, mas constantes em meu coração e na minha caminhada. Amo todos vocês.

AGRADECIMENTOS

À consecução deste trabalho, agradeço primeiramente aos meus pais, irmãos, sobrinhos, avós, Sérgio e amigos. Em especial, ao professor Fábio Túlio Barroso, pelas orientações sempre bem vindas 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; Não poderia esquecer o professor Jayme Benvenuto Lima Jr., por ter contribuído bastante para a finalização do trabalho; À professora Gabriela Neves Delgado que desde o princípio do nosso contato se mostrou ser uma pessoa atenciosa e interessada pela pesquisa; À professora Virgínia Colares, sempre disposta a ajudar para o melhoramento do trabalho; 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 obrigada.

RESUMO

O trabalho que segue tem como tema “a súmula 331 do TST como instrumento de precarização laboral”. 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 dos direitos e princípios fundamentais do trabalhador. Posteriormente, foram analisadas algumas das formas atuais e atípicas de contratação de trabalhadores, frutos de políticas flexibilizadoras, com foco especial sobre a terceirização e a súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho. No decorrer do estudo, o autor fará 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, os direitos e princípios do trabalhador, 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 jusfundamentais.

Palavras - chave: Direitos; Princípios fundamentais; flexibilização; terceirização, súmula 331; trabalhador.

SINTESI

Il seguente lavoro ha come tema “la sintesi 331 del TST come uno strumento precarizzazione del lavoro”. Il titolo scelto è stato il risultato delle preoccupazioni dell'autore, per quanto riguarda le modifiche avvenute nel rapporto di lavoro. Il metodo utilizzato in questo lavoro, con l'aiuto di libri, riviste e ricerche, è stato quello deduttivo. In un primo momento, l'autore fa un'analisi dei diritti e principi fondamentali del lavoratore. Successivamente, sono stati analizzati alcuni dei modi attuali e atipici di assunzione di lavoratori, frutti di politiche più flessibilizzanti, con particolare attenzione sulla terziarizzazione e la sumula 331 del Tribunale Superiore del Lavoro. Durante lo studio, l'autore farà un collegamento tra questi temi in un tentativo di dimostrare che la terziarizzazione, fondata in base al suo strumento legislativo (sumula 331 della Tribunale Superiore del Lavoro), raggiunge negativamente i diritti e i principi del lavoratore, scuotendo l'intera struttura di protezione che cade su di esso. Come potrà essere analizzato, dopo molte indagini, notasi che la terziarizzazione, legittimamente riconosciuta dallo Stato, attraverso la corte del lavoro più alta del paese, è in contrasto con principi costituzionali di applicabilità ai lavoratori, così come ai suoi fondamentali diritti legali.

Parole chiavi: Diritti, Principi fondamentali, flessibilità, terziarizzazione, sumula 331, lavoratore.

SUMÁRIO

Introdução -----	11
1 Direitos Humanos Sociais e Princípios Fundamentais aplicáveis ao trabalhador -----	13
1.1 Direitos Humanos Sociais -----	13
1.1.1 Classificação dos Direitos Humanos Sociais -----	19
1.1.1.1 Direitos Sociais à Prestação -----	21
1.1.1.1.1 Direito Humano ao trabalho e suas repercussões -----	22
1.1.1.2 Direitos Sociais de Defesa -----	25
1.2 Princípios Fundamentais aplicáveis ao trabalhador -----	26
1.2.1 Princípio da valorização do trabalho, destacando-se o emprego -----	28
1.2.2 Princípio da justiça social -----	30
1.2.3 Princípio da isonomia ou da não-discriminação -----	31
1.2.4 Princípio da dignidade da pessoa humana -----	33
1.2.4.1 Aplicação do princípio da dignidade da pessoa humana na relação de trabalho -----	38
1.2.5 Princípio do não-retrocesso social -----	48
1.2.6 Princípio do trabalho digno -----	52
1.2.7 Princípio da liberdade de escolha do emprego -----	55
2 Flexibilização das relações de trabalho e precarização laboral -----	57
2.1 Aspectos gerais da flexibilização -----	57
2.1.1 Concretização da flexibilização através da implementação do sistema toyotista de produção -----	62
2.2 Flexibilização laboral e seu conceito jurídico -----	65
2.3 Do típico contrato de trabalho -----	71
2.4 Da atipicidade das relações de trabalho atuais -----	74
2.4.1 Contrato de trabalho por prazo determinado -----	77
2.4.2 Contrato de trabalho temporário -----	80
2.4.3 Contrato a tempo parcial -----	81
2.4.4 Terceirização -----	82
2.4.5 Trabalho em domicílio -----	82
2.4.6 Trabalho voluntário -----	84
2.5 Os efeitos da flexibilização na relação de trabalho: precarização laboral -----	85
3 Terceirização e Súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho: ofensas aos Direitos Humanos do trabalhador e a Princípios Fundamentais -----	96
3.1 Aspectos gerais acerca da terceirização -----	96

3.2 Delineamentos conceituais acerca da terceirização -----	97
3.3 Tipos de terceirização -----	103
3.4 A terceirização e a precarização laboral -----	107
3.5 Judicialização do fenômeno da terceirização no Brasil -----	114
3.6 Regulamentação da terceirização pelo Estado: análise da Súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho em face dos Princípios Fundamentais e direitos do trabalhador -----	125
3.6.1 Análise da Súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho -----	126
3.6.1.1 Item I da Súmula 331 do TST -----	126
3.6.1.2 Item II da Súmula 331 do TST -----	128
3.6.1.3 Item III da Súmula 331 do TST -----	129
3.6.1.3.1 Traços de uma nova subordinação -----	133
3.6.1.4 Item IV da Súmula 331 do TST -----	137
3.6.2 Possíveis ofensas da Súmula 331 do TST aos direitos dos trabalhadores e aos Princípios Fundamentais -----	140
Conclusões -----	154
Referências -----	157

INTRODUÇÃO

O presente estudo tenta demonstrar que as práticas de flexibilização da legislação social, em especial, a terceirização, prejudicam a pessoa do trabalhador em vários aspectos.

No capítulo primeiro, fez-se um estudo acerca dos direitos trabalhistas, como verdadeiros Direitos Humanos Sociais, bem como dos princípios fundamentais previstos na Constituição do Brasil de 1988, aplicáveis ao trabalhador. Quanto aos Direitos Humanos sociais, deu-se destaque a sua classificação em direitos sociais à prestação e direitos sociais de defesa. No que concerne aos princípios fundamentais, reportou-se ao estudo dos princípios consagrados no texto da Constituição de 1988, e sua aplicabilidade aos trabalhadores. Serão encontrados princípios de alto grau valorativo, como o princípio da dignidade da pessoa humana, com ênfase no trabalhador, o princípio da valoração do emprego, o princípio da igualdade de tratamento, o princípio do trabalho digno, o princípio da liberdade de escolha do trabalho e o do não-retrocesso social.

O segundo capítulo foi dedicado às transformações pelas quais vem passando o trabalho, a partir da década de setenta do Século XX, como decorrência do fenômeno da globalização. Exporemos os efeitos (possivelmente maléficos) que essas transformações causam na relação de emprego, com o surgimento de formas precárias de prestação de serviços, os chamados contratos atípicos, como o contrato de trabalho por prazo determinado, o contrato a tempo parcial, o trabalho em domicílio etc. O capítulo terceiro foi finalizado com a análise do impacto que essas novas formas de contratação causam na relação de emprego, precarizando-a.

Diante da realidade tão negativa para a classe trabalhadora, onde cada vez mais, esta perde postos formais de trabalho, sendo estes substituídos por formas precárias de contratação, questiona-se: como ficam esses trabalhadores? Qual o papel

desempenhado pelo Estado diante dessa situação? Para onde migrarão os trabalhadores excluídos do mercado de trabalho ou deixados à mercê num mercado informal?

Essas indagações possivelmente serão respondidas ao final do trabalho.

Finalmente, o capítulo terceiro debruça-se no instituto da terceirização, seus delineamentos conceituais, seus tipos e sua atuação (negativa) nas relações de trabalho. Será destacado também, o papel cada vez mais atuante do Judiciário em face das omissões do Legislativo, onde aquele poder visa suprir a não atuação deste. Como resultado dessa atuação, criou-se a súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho, a qual veio normatizar a terceirização. Esse capítulo será finalizado no sentido de tentar dar respostas a todas as indagações feitas no decorrer do trabalho, no sentido de saber se o instituto regulamentado pelo Judiciário Trabalhista (a terceirização), como tantos outros, ofende ou não os preceitos consagrados na Constituição de 1988 e no Direito do Trabalho Brasileiro.

1 Direitos Humanos Sociais e Princípios Fundamentais aplicáveis ao trabalhador

Todos os seres humanos, qualquer que seja a sua raça, a sua crença ou o seu sexo, têm o direito de efetuar o seu progresso material e o seu desenvolvimento espiritual em liberdade e com dignidade, com segurança econômica e com oportunidades iguais
(Constituição da OIT)

1.1 Direitos Humanos Sociais

Ao se voltar um pouco na História, ver-se-á que as conseqüências do Estado Liberal-Burguês foram o marco de criação e propagação dos direitos sociais. Isto porque grandes desigualdades e injustiças sociais foram resultantes desse tipo de Estado, pelo fato de que se atribuía enorme liberdade às pessoas, e aquelas de menor condição eram esmagadas pelos interesses (preponderantes) da classe abastada (GOMES, 2003, p.114).

O século XIX, marco da consolidação do sistema capitalista de produção, foi marcado por graves tensões no campo social, principalmente no que diz respeito às condições de trabalho, moradia, educação e saúde. Em contrapartida ao desenvolvimento do Capitalismo estavam as insatisfações generalizadas da sociedade (LIMA Jr., 2000, p. 38).

O Estado liberal se posiciona como mero expectador, inspirado na célebre fórmula 'laissez faire, laissez passer', no exercício da função de garantir a ordem política e social, campo propício para o fortalecimento e expansão do capitalismo, que, em nome da liberdade e da igualdade, dita as regras norteadoras do desenvolvimento da sociedade, sem nenhum sentido ético-moral (GOMES, 2003, p.114).

No que pertine à relação de emprego, havia grande concentração de riquezas decorrente da exploração dos trabalhadores. Num ambiente de plena liberdade e pouca ou nenhuma proteção social, o cenário era de total desconsideração

pela pessoa do trabalhador. Não havia que se falar em direitos sociais, haja vista que a esta época só se falavam nos direitos de liberdade, propriedade e vida.

As condições de trabalho eram péssimas e, a todo momento, surgiam entraves entre o capital e o trabalho. Constantes eram os conflitos envolvendo empregadores e trabalhadores. Começaram a se iniciar os movimentos sociais, capitaneados pelos sindicatos, os quais eram vistos como interlocutores sociais, capazes de reivindicar melhores condições de vida e de trabalho (ANDRADE, 2005, p. 89-90).

A Primeira e a Segunda Guerras Mundiais foram acontecimentos importantes para o desenvolvimento e propagação dos direitos sociais. Esses dois grandes acontecimentos da História fizeram nascer um Estado mais atuante no campo social, Estado este imbuído de garantir aos cidadãos suas necessidades básicas, e que perdurou até a década de setenta (AMARAL, 2008, p. 38).

Com a implementação de um Estado pró-ativo, com capacidade de tornar as relações entre os particulares mais equilibradas, ao conferir direitos aos mais fracos, reduzem-se as diferenças sociais. Daí a importância da previsão e concretização dos direitos sociais.

Nascia assim, juntamente com as idéias advindas do Keynesianismo - política de organização econômica que pugnou pelo pleno emprego, constituição do salário mínimo e salário-desemprego, muito importante para a constituição do Estado do Bem-Estar Social, por trazer a implantação de idéias que favoreceram a classe trabalhadora, como classe social (VIEIRA FILHO; CAMPOS, 2006, *on line*) - o Estado do Bem-Estar Social, entendido como aquele responsável pela garantia de serviços essenciais à sociedade.

Quando o Estado, coagido pela pressão das massas, pelas reivindicações que a impaciência do quarto estado faz ao poder político, confere, no Estado constitucional ou fora dêste, os direitos do trabalho, da previdência, da educação, intervém na economia como distribuidor, dita o salário, manipula a moeda, regula os preços, combate o desemprego, protege os enfermos, dá ao

trabalhador e ao burocrata a casa própria, controla as profissões, compra a produção, financia as exportações, concede o crédito, institui comissões de abastecimento, provê necessidades individuais, enfrenta crises econômicas, coloca na sociedade todas as classes na mais estreita dependência do seu poderio econômico, político e social, em suma, estende sua influência a quase todos os domínios que dantes pertenciam, em grande parte, à área da iniciativa individual, nesse instante o Estado pode com justiça receber a denominação de Estado social (BONAVIDES, 1972, p. 208).

O Estado Social traz consigo a função de busca por uma igualdade no plano material, através da consagração de direitos. A ele incumbe, além da não intervenção na esfera de liberdade pessoal dos indivíduos, garantida pelo direito de defesa, a tarefa de colocar à disposição dos cidadãos os meios materiais que possibilitem o efetivo exercício das liberdades sócio-fundamentais. Os direitos sociais de prestação objetivam a liberdade por intermédio do Estado.

Enquanto os direitos de liberdade nascem contra o superpoder do Estado – e, portanto, com o objetivo de limitar o poder -, os direitos sociais exigem, para sua realização prática, ou seja, para a passagem da declaração puramente verbal à sua proteção efetiva, precisamente o contrário, isto é, a ampliação dos poderes do Estado (BOBBIO, 2004, p. 67).

É dever do Estado Social, portanto, favorecer o usufruto das liberdades dos cidadãos, por meio da prestação dos direitos sociais (direitos de segunda geração). A real liberdade só advém com conquistas sociais, pois por meio dessas, as pessoas se tornam iguais e livres.

Apesar de parcela da doutrina discordar da classificação (LIMA Jr., 2002, p. 651-652) dos Direitos Humanos, em gerações, eventualmente elas serão citadas apenas para facilitar o entendimento de seu surgimento no tempo, muito embora se saiba que não há uma cristalina divisão entre eles.

Os Direitos Humanos possuem a característica da indivisibilidade, a qual faz entender que eles devem ser considerados na sua integralidade, sem divisões. Esse é um dos motivos que leva a doutrina a criticar a classificação dos Direitos

Humanos em gerações. A humanidade tem necessidades tão amplas que querer considerar os Direitos Humanos na sua unidade seria interpretá-los de forma bastante restritiva (LIMA Jr., 2002, p. 653).

Todos os Direitos Humanos possuem igual importância e devem ter seus mecanismos de concretização assegurados. A sua classificação não deve ter a finalidade de apartá-los, de gerar refutação de uns direitos em face de outros.

Em termos de início da positivação dos Direitos Humanos Sociais, podem ser citadas as Constituições do século XX, como a do México, a da Rússia e a da Alemanha, marcos de previsão desses direitos por parte dos Estados (constitucionalismo social).

A Constituição mexicana ficou conhecida como a primeira Constituição do mundo a traçar direitos do trabalhador, sendo considerada como um divisor de águas entre os distintos tipos de Estado: Estado Liberal e Estado Social (PINTO, 2006, p. 67). Além disso, direitos como educação e saúde também estavam presentes (LIMA Jr., 2000, p. 44). Pode ser citado, como exemplo de direito trabalhista previsto na Constituição do México, a limitação da jornada de trabalho para oito horas diárias (PINTO, 2006, p. 70).

Em relação à Constituição da Rússia de 1918, há de ser destacado o trecho do seu Capítulo II que afirma “Visando precipuamente a suprimir toda exploração do homem pelo homem, a abolir completamente a divisão da sociedade em classes”. Achamos interessante tal passagem, pois fortalece o ideal de que todos são iguais, independente de classe social, raça, sexo, religião, além do que veda a exploração humana (RÚSSIA, CONSTITUIÇÃO SOVIÉTICA de 1918, 2009, *on line*).

A Constituição de Weimar de 1919 trouxe a consagração de direitos como educação, função social da propriedade, trabalho, previdência social etc. Embora tenha sido reputada como a segunda Constituição Social do mundo, devido à grande divulgação de suas idéias, em nível universal, é considerada a mais relevante de todas as Constituições Sociais (PINTO, 2006, p. 71).

Os Direitos Sociais se internacionalizaram com o advento da Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948. As atrocidades cometidas na Segunda-Guerra fizeram com que os Direitos Humanos fossem tema de interesse universal (LIMA Jr., 2000, p. 46).

A Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948 não previu apenas os Direitos Sociais. Inúmeros Direitos Humanos foram igualmente previstos, como os direitos civis e políticos. Desta feita, tanto as liberdades como a igualdade foram defendidas nesse importante instrumento de previsão de direitos.

Além da Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948, foi constituído um outro pacto, denominado de Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1966, capaz de “estabelecer mecanismos de exigibilidade em nível internacional” (LIMA Jr., 2000, p. 50).

No âmbito interno, a Carta Constitucional Brasileira de 1988, inovadora, no que concerne aos Direitos Humanos, como um todo, trouxe os mais diferentes tipos de direitos. Nela encontram-se os direitos civis, políticos, culturais, sociais, de minorias etc.

No seu próprio preâmbulo (*“Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL”*), a Constituição de 1988 define a finalidade do Estado Brasileiro em atingir a concretude dos Direitos Humanos (LIMA Jr. 2000, p. 11).

De fato, a Constituição de 1988 foi a primeira a integrar, ao elenco dos Direitos Humanos, os direitos sociais, os quais, dantes, eram distribuídos no capítulo referente à ordem econômica e social (GOMES, 2003, p. 103).

No que tange aos Direitos Humanos Sociais, como um todo, a grande problemática diz respeito ao seu grau de concretização, aos mecanismos (ou a falta desses) de tornar esses direitos reais. As Declarações e Constituições provedoras de direitos e a própria legislação ordinária não se mostram suficientes sem que haja a real aplicabilidade de seus pressupostos. Faz-se necessária a criação ou melhoramento dos mecanismos de exigibilidade dos Direitos Sociais.

O Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1966, em seu artigo 2º, 1, assevera que os Estados-Partes têm o dever de destinar o máximo de seus recursos financeiros à consecução dos direitos sociais, econômicos e culturais (*“Art. 2º - 1. Cada estado-parte no presente Pacto compromete-se a adotar medidas, tanto por esforço próprio como pela assistência e cooperação internacionais, principalmente nos planos econômico e técnico, até o máximo de seus recursos disponíveis, que visem a assegurar, progressivamente, por todos os meios apropriados, o pleno exercício dos direitos reconhecidos no presente Pacto, incluindo, em particular, a adoção de medidas legislativas”*).

Os Estados devem se esforçar, ao máximo, para a concretização dos direitos econômicos, sociais e culturais, a fim de que seus recursos lhes sejam destinados (LIMA Jr., 2000, p. 77). Sem recursos financeiros para executar políticas públicas, não há como pôr totalmente em prática os direitos sociais.

Existem outras alternativas que podem ser utilizadas para a realização dos Direitos Humanos Sociais, como é o caso da adoção de efetivas medidas legislativas e a possibilidade de o Poder Judiciário se insurgir contra o não cumprimento desses direitos (LIMA Jr., 2000, p. 84-86).

O Poder Judiciário pode ser visto como um grande aliado à efetivação dos direitos sociais. Diante de um caso de abuso, desrespeito ou até omissão a esses direitos, o Judiciário tem toda a legitimidade para defendê-los. Afinal, as normas internacionais e nacionais que prevêm direitos sociais estão no ordenamento jurídico para serem cumpridas.

Entretanto, é sabido que a realidade é bem diferente. Em termos quantitativos, o Brasil, embora seja Estado-Parte do citado pacto, desde 1992, destina percentuais inferiores ao desejável para a promoção de direitos como saúde, educação, trabalho e segurança.

Alcançar o Estado Social não foi fácil. No entanto, o pior e mais difícil de tudo é mantê-lo, haja vista as inúmeras tentativas de reaproximação do modelo de Estado Liberal. Contudo, mesmo diante das variadas formas de enfraquecer o Estado Social, suas bases devem ser mantidas, haja vista que ele foi o grande responsável pelo amortecimento das lutas de classes, promovendo a paz econômica e social (BONAVIDES, 1972, p. 210).

O Estado Social viveu até as décadas de setenta, oitenta, do passado século, dando início ao chamado Estado Democrático de Direito. Obviamente que não houve uma ruptura absoluta do modelo estatal anterior. Tanto que no Estado Democrático de Direito encontram-se os direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais, além da previsão de direitos mais recentes, como os direitos de fraternidade e solidariedade. Os direitos sociais não foram refutados. De fato, eles saíram um pouco de foco, tendo em vista que o novo modelo estatal prima, novamente, pela sobreposição das liberdades individuais, mas de qualquer forma, ainda se encontram presentes nas Constituições atuais.

Desta feita, o atual Estado Democrático de Direito possui o dever de observar os Direitos Humanos por ele recepcionados, primando pela dignidade da pessoa humana, pela justiça social, pela submissão à Constituição (consequentemente, aos direitos nela previstos) etc. A concretização, enfim, dos Direitos Humanos Sociais não deixa de ser dever do Estado Democrático de Direito, muito embora, na prática, só se tenha visto maior proteção dos direitos de liberdade.

1.1.1 Classificação dos Direitos Humanos Sociais

A doutrina não é uníssona quanto à classificação dos direitos sociais.

Moraes (1997, p. 193-195) classifica os direitos sociais em *stricto sensu*, econômicos e culturais. Os direitos sociais *stricto sensu* são aqueles capazes de atribuir uma igualdade de cunho material entre as pessoas, e são divididos, por sua vez, em universais e particulares. Os primeiros são destinados a toda a coletividade, como o direito à segurança, à saúde, à moradia; os segundos, ou seja, aqueles de caráter especial, particular, destinam-se a certos grupos de pessoas, como deficientes, mulheres, crianças, idosos. Os direitos sociais econômicos referem-se tanto ao direito de uma pessoa ao trabalho, quanto de sua condição como trabalhador ou consumidor. Por meio do trabalho, o trabalhador adquire direitos e passa a gozar da condição de agente consumidor. Por sua vez, os direitos sociais culturais resumem-se ao acesso aos bens e às instituições culturais. Nossa Constituição prevê direitos culturais no artigo 5º, inciso IX (liberdade de expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação), artigo 215 (direito à cultura).

Os Direitos Humanos Sociais, na visão de Martins Neto (2003, p. 151-153), são classificados em direitos de prestação em sentido próprio ou típicos, como sendo aqueles em que o titular exige do poder público um fazer, mas sua satisfação poderia ser, teoricamente, obtida de um particular, como a educação, assistência jurídica, saúde; já os direitos sociais de prestação em sentido impróprio ou atípico são aqueles em que cabe ao Estado, e só a ele, sua realização, como a defesa da vida, da liberdade, da integridade, do consumidor, proteção ao mercado de trabalho, ações referentes ao poder de polícia. Percebam que não se confundem com o direito em si, mas sim aos atos de proteção, prevenção e repressão.

Sarlet (2001, p. 191-207), por sua vez, classifica os direitos sociais em direitos à prestação em sentido amplo e direitos à prestação em sentido estrito. Os primeiros, por sua vez, são divididos em direitos de proteção e de participação na organização e no procedimento. Quanto aos direitos de proteção, cabe ao Estado protegê-los não só em face de seus próprios atos, mas também em face de atos de particulares e de outros Estados. Medidas que facilitam o gozo dos direitos do indivíduo devem ser tomadas pelo Estado; em relação aos direitos de participação na organização e no procedimento, pugna-se que o Estado edite normas que assegurem a

participação das pessoas na sua organização, exemplo, acesso à justiça; por sua vez, os segundos, ou seja, os direitos a prestações em sentido estrito são as prestações de cunho material mesmo. Os direitos sociais propriamente ditos. A liberdade defendida com a implementação do Estado Liberal, acabou por provocar grande desigualdade social. Em face disto, os direitos sociais primam por tentar obter uma igualdade material, real entre as pessoas.

Após os estudos realizados, desenvolvemos a classificação descrita abaixo.

1.1.1.1 Direitos Sociais à Prestação

Os direitos sociais de prestação são enquadrados no âmbito dos direitos de segunda geração, correspondendo à evolução do Estado de Direito, de matriz liberal-burguesa, para o Estado social, incorporando-se à maior parte das Constituições do segundo pós-guerra (MORAES, 1997, p. 61).

Em face das desigualdades existentes durante o modelo liberal de Estado, novos direitos foram desenvolvidos, a fim de compensar as referidas desigualdades. Para isso, o Estado toma para si a função de prestar, de promover tais direitos, a fim de atingir uma igualdade material.

Quanto a estes Sarlet (2001, p. 202) afirma que:

objetivam assegurar, mediante a compensação das desigualdades sociais, o exercício de uma liberdade e igualdade real e efetiva, que pressupõem um comportamento ativo do Estado, já que a igualdade material não se oferece simplesmente por si mesma, devendo ser devidamente implementada.

Os chamados direitos sociais prestacionais são entendidos como aqueles que exigem um fazer por parte do Estado. A este cumpre o dever de promover materialmente os direitos sociais de prestação, bem como o de repelir agressões aos mesmos. Por esse motivo que se afirma que esses direitos são de cunho positivo (LEITE, 2003, p. 280).

Por meio da concretização dos direitos sociais prestacionais, o Estado tem condições de, ao menos, minimizar as diferenças sociais existentes entre as camadas da sociedade. Grande parcela da população necessita de uma participação ativa do Estado para que tenha um mínimo de vida digna, já que por ela própria não teria condições de atingir um bom nível social.

Como se verá ao longo do trabalho, o princípio da dignidade da pessoa humana é visto como um vetor do Estado Brasileiro, um fundamento de altíssimo valor social. Assim, todos os Direitos Humanos, principalmente os sociais, devem ser interpretados à luz desse princípio.

Os direitos à vida, à saúde, à segurança, à moradia, ao trabalho, à educação são exemplos de direitos sociais prestacionais, que devem ser efetivados pelo Estado na busca de uma sociedade mais digna e mais igualitária. A busca constante pela melhor distribuição dos padrões de desenvolvimento é o corolário para a concretização desses direitos.

1.1.1.1.1 Direito Humano ao trabalho e suas repercussões

O trabalho é típico exemplo de direito social prestacional (artigo 6º, Constituição do Brasil de 1988), bem como todas as suas repercussões, ou seja, todos os direitos elencados no artigo 7º da Constituição de 1988 são, igualmente, Direitos Humanos Sociais, de cunho prestacional.

Em especial, a Constituição Brasileira, no seu artigo 7º, prevê direitos próprios do empregado, direitos esses que devem ser considerados fundamentais, pois embora não tragam expressamente as palavras “vida”, “saúde”, a sua concretização protege referidos direitos. Até porque não seria suficiente viver apenas por viver. Faz-se necessária a existência com condições dignas e essa dignidade é alcançada mediante o respeito aos direitos sociais, dentre eles os trabalhistas.

Numa análise mais pormenorizada do artigo 7º da Constituição do Brasil de 1988, será possível perceber o alegado, com maior nitidez.

O inciso I do artigo 7º (*“relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos de lei complementar, que preverá indenização compensatória, dentre outros direitos”*), traz em seu bojo a dignidade, o respeito pela pessoa do trabalhador, quando tenta dificultar as dispensas imotivadas.

O inciso II do artigo 7º (*“seguro-desemprego, em caso de desemprego involuntário”*), protege a vida do trabalhador e de sua família, ao mantê-los, por certo tempo, com determinada quantia.

Os incisos IV (*“salário mínimo, fixado em lei, nacionalmente unificado, capaz de atender a suas necessidades vitais básicas e às de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, com reajustes periódicos que lhe preservem o poder aquisitivo, sendo vedada sua vinculação para qualquer fim”*), V (*“piso salarial proporcional à extensão e à complexidade do trabalho”*) e VII (*“garantia de salário, nunca inferior ao mínimo, para os que percebem remuneração variável”*), ao estipularem regras de salário mínimo e piso salarial, primam pelo trabalho digno.

Nas entrelinhas dos incisos XIII (*“duração do trabalho normal não superior a oito horas diárias e quarenta e quatro semanais, facultada a compensação de horários e a redução da jornada, mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho”*), XIV (*“jornada de seis horas para o trabalho realizado em turnos ininterruptos de revezamento, salvo negociação coletiva”*), XV (*“repouso semanal remunerado, preferencialmente aos domingos”*) XVI (*“remuneração do serviço extraordinário superior, no mínimo, em cinqüenta por cento à do normal”*), XVII (*“gozo de férias anuais remuneradas com, pelo menos, um terço a mais do que o salário normal”*), XVIII (*“licença à gestante, sem prejuízo do emprego e do salário, com a duração de cento e vinte dias”*) e XIX (*“licença-paternidade, nos termos fixados em lei”*) temos o direito à saúde e à convivência familiar.

Por sua vez, os incisos XX (*“proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos, nos termos da lei”*), XXX (*“proibição de diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade,*

cor ou estado civil”), XXXI (“*proibição de qualquer discriminação no tocante a salário e critérios de admissão do trabalhador portador de deficiência*”), XXXIV (“*igualdade de direitos entre o trabalhador com vínculo empregatício permanente e o trabalhador avulso*”) proíbem a discriminação (CARELLI, 2003, p. 254).

Não é apenas o artigo 7º da Constituição do Brasil que traz repercussões do direito ao trabalho. Os artigos 8º e 9º, embora sejam classificados como direitos de defesa (que serão vistos no próximo tópico), são, igualmente, reflexos do direito ao trabalho. O primeiro por prever a liberdade sindical. Os trabalhadores possuem o direito de juntos, lutarem por melhores condições de trabalho. Por sua vez, o artigo 9º da Constituição Brasileira prevê o direito de greve, como um direito social que, embora realizado individualmente por cada trabalhador, possui repercussão social, pois visa atender aos interesses de toda uma classe.

Pode-se concluir, assim, que os direitos dos trabalhadores são verdadeiros Direitos Humanos, pois buscam a proteção social da pessoa do trabalhador.

Com isso, pretendemos demonstrar que os direitos dos trabalhadores previstos nos artigos 7º, 8º e 9º da Constituição do Brasil são fundamentais, por haver, em sua essência, a proteção a outros direitos sociais e princípios fundamentais, como saúde, dignidade, igualdade, participação, dentre outros.

O Estado não só tem o dever de garantir o pleno emprego, mas também o dever de proteção dos direitos trabalhistas, como o décimo terceiro salário, as férias, o tratamento igualitário entre os trabalhadores, o Fundo de Garantia por Tempo de Serviço, aposentadoria, a proteção à maternidade, à mulher, dentre outros. Esses direitos, embora tenham aplicabilidade a determinada classe (classe trabalhadora), geram repercussão na sociedade como um todo. Quando são respeitados, menos conflitos passam a existir no seio social. Em contrapartida, quanto menos emprego, menos respeito aos direitos trabalhistas, novos conflitos surgem, os quais acabam por gerar influências negativas em toda a sociedade.

1.1.1.2 Direitos Sociais de Defesa

Os direitos sociais de defesa decorrem dos direitos de liberdade, vistos por um ângulo social. Sabemos que os Direitos Humanos civis e políticos convergem para as liberdades e o direito à vida. Quando transportados para a seara social, esses direitos adquirem um caráter de coletividade. Por meio deles, buscam-se as liberdades sociais.

Os direitos sociais de defesa aplicados à classe trabalhadora propiciam meios para a defesa de seus interesses. Através deles, os trabalhadores possuem mecanismos para obtenção de melhores condições de trabalho.

No Brasil, pode ser citado, como exemplo de direito social de defesa, o artigo 8º da Constituição de 1988 (*“É livre a associação profissional ou sindical, observado o seguinte: I - a lei não poderá exigir autorização do Estado para a fundação de sindicato, ressalvado o registro no órgão competente, vedadas ao Poder Público a interferência e a intervenção na organização sindical; II - é vedada a criação de mais de uma organização sindical, em qualquer grau, representativa de categoria profissional ou econômica, na mesma base territorial, que será definida pelos trabalhadores ou empregadores interessados, não podendo ser inferior à área de um Município; III - ao sindicato cabe a defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria, inclusive em questões judiciais ou administrativas; IV - a assembleia geral fixará a contribuição que, em se tratando de categoria profissional, será descontada em folha, para custeio do sistema confederativo da representação sindical respectiva, independentemente da contribuição prevista em lei; V - ninguém será obrigado a filiar-se ou a manter-se filiado a sindicato; VI - é obrigatória a participação dos sindicatos nas negociações coletivas de trabalho; VII - o aposentado filiado tem direito a votar e ser votado nas organizações sindicais; VIII - é vedada a dispensa do empregado sindicalizado a partir do registro da candidatura a cargo de direção ou representação sindical e, se eleito, ainda que suplente, até um ano após o final do mandato, salvo se cometer falta grave nos termos da lei. Parágrafo único. As disposições deste artigo*

aplicam-se à organização de sindicatos rurais e de colônias de pescadores, atendidas as condições que a lei estabelecer”).

Outro dispositivo constitucional que consagra o direito de defesa na esfera social é o artigo 9º (*“É assegurado o direito de greve, competindo aos trabalhadores decidir sobre a oportunidade de exercê-lo e sobre os interesses que devam por meio dele defender; § 1º - A lei definirá os serviços ou atividades essenciais e disporá sobre o atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade; § 2º - Os abusos cometidos sujeitam os responsáveis às penas da lei”*)

Com o reconhecimento dos sindicatos pelo próprio Estado e a previsão constitucional do direito de greve, restam-se claramente protegidos os direitos sociais de defesa dos trabalhadores, por meio dos quais, eles se agrupam, com plena liberdade, na busca de novas e melhores condições de trabalho. Apoiada nos direitos de defesa, a classe trabalhadora pode se insurgir contra atos ou omissões de seus empregadores.

1.2 Princípios Fundamentais aplicáveis ao trabalhador

Em virtude do caráter dúplice das normas de Direitos Humanos, no sentido de terem um viés principiológico, foi decidido abordar, neste capítulo, também, os princípios constitucionais que se aplicam ao trabalhador.

Tratar de princípios faz aproximar o Direito da Ética (BARROSO, 2006, p. 336). Passados os anos de devoção ao positivismo, chega o momento de agregar preceitos éticos ao Direito. Verdade que diante do modelo de Estado atual, fica difícil acreditar num Direito voltado à ética. Mas não se pode também fechar os olhos e não perceber que os princípios tomaram lugar de destaque nas decisões judiciais, nos fundamentos da doutrina, bem como nos estudos acadêmicos (neoconstitucionalismo). E isso, embora não seja totalmente posto em prática, torna o Direito mais humano e menos dependente da letra rígida da lei.

A Declaração Universal dos Direitos do Homem traz, em seu corpo, inúmeros direitos sociais e princípios, a exemplo dos artigos XXII (“*Toda pessoa, como membro da sociedade, tem direito à segurança social e à realização, pelo esforço nacional, pela cooperação internacional e de acordo com a organização e recursos de cada Estado, dos direitos econômicos, sociais e culturais indispensáveis à sua dignidade e ao livre desenvolvimento da sua personalidade*”), XXIII (“*1. Toda pessoa tem direito ao trabalho, à livre escolha de emprego, a condições justas e favoráveis de trabalho e à proteção contra o desemprego; 2. Toda pessoa, sem qualquer distinção, tem direito a igual remuneração por igual trabalho; 3. Toda pessoa que trabalhe tem direito a uma remuneração justa e satisfatória, que lhe assegure, assim como à sua família, uma existência compatível com a dignidade humana, e a que se acrescentarão, se necessário, outros meios de proteção social; 4. Toda pessoa tem direito a organizar sindicatos e neles ingressar para proteção de seus interesses*”), XXIV (“*Toda pessoa tem direito a repouso e lazer, inclusive a limitação razoável das horas de trabalho e férias periódicas remuneradas*”), XXV (“*1. Toda pessoa tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e a sua família saúde e bem estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis, e direito à segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência fora de seu controle; 2. A maternidade e a infância têm direito a cuidados e assistência especiais. Todas as crianças nascidas dentro ou fora do matrimônio, gozarão da mesma proteção social*”) e XXVI (“*1. Toda pessoa tem direito à instrução. A instrução será gratuita, pelo menos nos graus elementares e fundamentais. A instrução elementar será obrigatória. A instrução técnico-profissional será acessível a todos, bem como a instrução superior, esta baseada no mérito; 2. A instrução será orientada no sentido do pleno desenvolvimento da personalidade humana e do fortalecimento do respeito pelos direitos humanos e pelas liberdades fundamentais. A instrução promoverá a compreensão, a tolerância e a amizade entre todas as nações e grupos raciais ou religiosos, e coadjuvará as atividades das Nações Unidas em prol da manutenção da paz; 3. Os pais têm prioridade de direito na escolha do gênero de instrução que será ministrada a seus filhos*”).

As Constituições modernas, de forma geral, trouxeram não apenas regras trabalhistas, mas também, princípios que estão direta ou indiretamente ligados ao trabalho.

A constitucionalização dos princípios não só os consagra como normas jurídicas, normas estas superiores a quaisquer outras, como também recebe a instância valorativa máxima de categoria constitucional.

Na visão de Delgado (2007, p. 69), as Constituições modernas trazem princípios como o da dignidade da pessoa humana, valorização do trabalho e, em especial, do emprego.

Os direitos sociais devem ser promovidos em razão da dignidade da pessoa humana. Assim, uma sociedade e um Estado que admitem ou não se insurgem contra as ofensas aos direitos sociais, contrariam o princípio da dignidade humana.

A cidadania e a dignidade da pessoa humana, e os valores sociais do trabalho, enquanto princípios fundamentais do Estado democrático de direito brasileiro, se imbricam para formar um espaço privilegiado de exercício e reconhecimento de direitos outros, como os direitos humanos sociais. (PINTO, 2006, p. 87).

Na análise da atual Constituição, ver-se-á que ela é a grande afirmação dos princípios e Direitos Humanos no Brasil, ao prever, dentre outros, os seguintes:

1.2.1 Princípio da valorização do trabalho, destacando-se o emprego

O ser humano se afirma através do trabalho digno. A conduta laboral se mostra como instrumento especial para que o homem seja realizado, individual ou socialmente considerado. É com o trabalho que o homem mantém a si e a sua família. Desta forma, a Constituição conferiu relevância a este princípio, destacando-o como fundamento da República do Brasil, em seu artigo 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: (...) III - a*

dignidade da pessoa humana; IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; (...)”.

O constituinte, ao prever, como fundamento da República Federativa do Brasil, a valorização do trabalho junto com a dignidade da pessoa humana preconiza que o trabalho não deve ser encarado como uma obrigação, algo indesejável, que não realiza o trabalhador, e sim como algo que lhe dá prazer em sua plenitude.

Na visão de Delgado (2006, p. 111-112), quando a Constituição do Brasil refere-se ao valor do trabalho, deve-se entendê-lo como algo de considerável amplitude. Não é apenas o trabalho regulado que merece valor, mas toda e qualquer forma de trabalho digno, seja ele autônomo, voluntário ou estágio. O que se busca através deste princípio é a valorização do trabalho digno.

Data Vênia, no meu entendimento, o princípio da valorização do trabalho tem especial relevância para o trabalho regulado, o emprego, aquele protegido e assegurado pelas regras trabalhistas. É no âmbito do trabalho regulado pelas normas trabalhistas que se encontra a maior proteção ao trabalhador, enquanto pessoa, pois o mesmo se é protegido em face dos maus acontecimentos que a vida lhe proporciona. Em caso de doença, de desemprego, de morte, o trabalhador-empregado tem para si e para sua família maior proteção.

No mesmo sentido é a Declaração da Filadélfia de 1944, a qual prima pela realização do “pleno emprego e da elevação do nível de vida”.

A Constituição ao tratar do princípio da valorização do trabalho fixa um conteúdo para o Estado, para a sociedade e para o próprio Direito, os quais deverão primar por esse princípio.

O trabalho humano é valorizado, em virtude de ser o mesmo o grande responsável pela distribuição de riquezas, e por conferir dignidade ao ser humano.

Embora a Constituição brasileira tenha igualmente previsto o fundamento da livre iniciativa, corolário do capitalismo liberal, em seu artigo 1º, deve-se entender

que este não é absoluto, diferentemente da dignidade humana e do valor social do trabalho. A própria Constituição traz, em seu artigo 170, *caput*, esse entendimento, quando fundamenta a livre iniciativa na valorização do trabalho, na dignidade humana e na justiça social (“*A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios (...)*”).

Em outros termos, a livre iniciativa deve se pautar nos preceitos sociais, sob pena de contrariar a Constituição Federal de 1988.

1.2.2 Princípio da justiça social

A justiça social é um princípio fundamental que exprime a idéia de que a toda pessoa devem ser asseguradas as mesmas condições. Independente da região e das capacidades, todos têm direito a viver numa sociedade em que haja uma boa distribuição de bens e riquezas.

Por meio da justiça social, busca-se eliminar as desigualdades econômicas e, dessa forma, em particular, elevar as condições de vida dos trabalhadores (RUPRECHT, 1995, p. 108-109).

A dignidade e o bem-estar das pessoas não dependem exclusivamente das suas ações individuais. Para serem conquistadas, muitas vezes, elas necessitam de políticas públicas e normas jurídicas que propiciem esses objetivos.

Com o desenvolvimento da produção industrial e o conseqüente crescimento da desigualdade social, nasceu o Direito do Trabalho. Este ramo do Direito tem por finalidade atingir uma igualdade material, na busca da justiça social.

(...) o Direito do Trabalho só tem mesmo algum sentido para produzir justiça social, representada pela maior distribuição de renda, a que se chega com a melhoria constante da condição social e econômica do trabalhador e com a preservação da dignidade humana no ambiente de trabalho (SOUTO MAIOR, 2009, p. 201).

Embora parte da doutrina (MONEREO PEREZ, 1996, p. 14) afirme que o Direito do Trabalho surgiu como contra-ataque do capitalismo, no sentido de acalmar os ânimos da classe proletária, certo é que este ramo trouxe direitos aos trabalhadores até então inexistentes. E, a partir do momento em que direitos são conferidos, a situação econômica e a social dos trabalhadores melhoram.

Souto Maior (2000, p. 246) afirma que o Direito do Trabalho:

pode ser um instrumento para construção de uma sociedade mais justa, mesmo que forças econômicas afastem leis sociais ou, influenciando a política, façam criar leis anti-sociais, pois o direito é algo que está acima da lei.

O Direito do Trabalho pode sim ser visto como um instrumento de busca de justiça social. As políticas flexibilistas que afloram a todo momento, e em todo o mundo, a fim de tornar cada vez mais frágil a relação de trabalho, devem ser afastadas, em obediência a mais um princípio norteador do Direito: o da justiça social.

1.2.3 Princípio da isonomia ou da não-discriminação

A Declaração dos Direitos Humanos da ONU (Organização das Nações Unidas), em seu artigo 1º afirma: “Todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e direitos. (...)”.

O princípio da isonomia assegura que todos os homens são iguais em obrigações e direitos, não havendo superioridade de uma raça sobre a outra, de um sexo sobre o outro, de uma religião sobre a outra. Vedam-se, portanto, discriminações de qualquer natureza.

Por meio do princípio da isonomia, os homens não podem se submeter a tratamento discriminatório e arbitrário, proibindo-se toda e qualquer forma de tratamento desigual.

Muito embora seja um princípio de caráter geral, ele se aplica especificamente à relação de emprego, no que pertine à proibição de tratamento

diferenciado para os trabalhadores, no que concerne a salários, função, critério de admissão, tratamento, em razão do sexo, cor ou estado civil.

Entretanto, na relação de emprego como um todo, verificam-se várias formas de discriminação, seja porque a mulher que ocupa determinada função receba bem inferior a um homem nas mesmas condições, seja por opção sexual, idade etc.

Há uma forma de discriminação, na atual realidade do trabalho, bastante maquiada, sobre a qual não se desperta atenção das pessoas. A terceirização de serviços, que é o foco do trabalho e será analisada em detalhes mais adiante, fere o princípio da não-discriminação, o qual se desdobra no direito a não-discriminação na relação de trabalho, especificamente.

O trabalhador terceirizado é um trabalhador encarado pelos colegas apenas como uma pessoa que será substituída a qualquer momento por outra, e que está prestando serviços desqualificados. Imaginem uma trabalhadora que está ocupada numa empresa que presta serviços de limpeza à outra. Essa trabalhadora, ao prestar seus serviços à empresa tomadora será, pelos empregados desta, vista de forma distinta da de seus colegas de trabalho. Essa trabalhadora terceirizada não se insere no quadro da empresa, muito menos no cotidiano dos trabalhadores com vínculo permanente. Trata-se de um ser estranho. Se essa trabalhadora fizesse parte do quadro permanente da empresa-tomadora, certamente ela seria vista com outros olhos.

Sem levar em consideração o aspecto remuneratório. O trabalhador terceirizado tem uma remuneração muito abaixo do nível normal, tendo em vista que seu trabalho geralmente é realizado por pessoas que não possuem qualificação adequada e em vista da alta-rotatividade de mão-de-obra.

Sabe-se que nas relações particulares, as pessoas não são obrigadas a tratar todos de igual forma, em virtude do princípio da autonomia individual. No entanto, no que tange à relação de trabalho, outros princípios existem e a regem, fazendo com que essa relação torne-se especial e merecedora de maior atenção e proteção

(RUPRECHT, 1995, p. 101). Desta forma, naquilo que pertine ao trabalho, o princípio da isonomia proíbe toda e qualquer forma de discriminação.

1.2.4 Princípio da dignidade da pessoa humana

A partir dos ideais do jusnaturalismo, passou-se a atribuir significado ao termo “dignidade da pessoa humana”. Ao longo do estudo, ver-se-á que a dignidade humana é o alicerce dos Direitos Humanos, e que foi a partir dela que esses direitos passaram a ser reconhecidos pelos Estados. O que se entende por dignidade humana varia de acordo com o autor e sua época.

Para Hobbes (2008, p. 84), a dignidade da pessoa humana se caracteriza pelo espaço que o homem ocupa na sociedade. O homem digno seria aquele que possui status social reconhecido pelo Estado, por meio de empregos públicos, cargos de comando, de jurisdição.

No pensamento de Pufendorf, citado por Becchi (2007, p. 194), a dignidade da pessoa está posta na liberdade que o ser humano possui. Para Pufendorf, o homem é o único ser capaz de agir com a razão e de pôr limites a este agir, limites esses impostos pelas leis criadas por ele mesmo.

A doutrina destaca que a teoria de Pufendorf antecedeu a de Immanuel Kant. Para este, a dignidade se encontra no fato de que o homem age com liberdade, com autonomia, mas em respeito às leis morais. Para Kant, o reconhecimento do outro fundamenta-se em valores morais, reconhecendo a pessoa como fim em si mesma, e não como meio, equiparada à coisa porque o homem não tem valor, preço. Ele está acima de todo preço. Se o homem não tem preço, ele é insuscetível de substituição. Dessa forma, Kant repudia toda e qualquer forma de “coisificar” ou instrumentalizar o homem. O ser humano possui liberdade, autonomia, mas não de forma absoluta. Submete-se à moralidade (KANT, 1970, p. 88 *apud* BECCHI, 2007, p. 195).

Essa visão humanitária serviu de alicerce para as primeiras declarações de direitos do século XVIII, embora a dignidade da pessoa não tivesse sido prevista de forma explícita, como o foram o direito à vida e à liberdade. Essas declarações foram de

grande importância para o reconhecimento futuro dos Direitos Humanos. Como exemplos, podemos citar a Declaração de Direitos da Virgínia de 1776 e a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, ambas com suas importâncias. Estas declarações, bem como as constituições dos Estados dos séculos XIX e XX, recepcionaram direitos consagrados pelo jusnaturalismo.

O século XX foi, sem dúvidas, o século do reconhecimento oficial dos Direitos Humanos. Podem ser citados, como exemplos de documentos do período mencionado, a Carta das Nações Unidas de 1945, a Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948 e algumas Constituições, com a do México de 1917, a Constituição Italiana de 1948, bem como a da Alemanha, de 1949.

Nesses tempos, o mundo viveu os horrores da Primeira e da Segunda Guerras Mundiais, e após seus términos, mais propriamente após a Segunda Guerra, os países passaram a prever em seus textos constitucionais, os chamados Direitos Humanos.

A Constituição alemã de 1949 recepcionou o ideal humanista de que a dignidade é inerente ao ser humano, pelo simples fato de sê-lo (jusnaturalismo moderno). A dignidade humana ganhou caráter absoluto, incontestável e incondicionado. Toda pessoa tem direito a um tratamento digno e igualitário, independente de raça, cor, religião, língua e condição econômica e social.

“(...) a dignidade da pessoa humana está ligada a valores morais intrínsecos do ser humano e se manifesta instantaneamente como a vida, exigindo respeito por parte dos demais” (SIQUEIRA JR; OLIVEIRA, 2009, p. 143).

Por sua vez, a Constituição da Itália de 1948 constituiu outro significado à dignidade da pessoa. Para este documento, é o trabalho que dignifica a pessoa e, é por meio dele, que o homem alcança seu pleno desenvolvimento. O trabalho deve ser livre e digno para que o homem se realize no tecido social.

Embora tenham atribuído valores distintos à dignidade humana, nota-se que ambos os documentos são de grande importância para os Direitos Humanos.

Os Estados passaram a prever, em seus arcabouços jurídico-constitucionais, o valor-norma da dignidade. Qualquer interpretação que venha a ser dada sobre uma lei ou um princípio deve levar em consideração a dignidade da pessoa.

Mas, o que se entende por dignidade da pessoa humana?

Tarefa difícil é tentar conceituar o princípio da dignidade da pessoa humana, pelo fato de que se trata de expressão bastante vaga, com alto grau de ambiguidade. Penso ser mais fácil perceber situações que atinjam negativamente a dignidade humana, a conceituá-la. Não há um único conceito capaz de satisfazer a completude do princípio.

“A dignidade da pessoa humana deve ser considerada ofendida sempre que o homem for rebaixado à condição de objeto, tratado como uma coisa e desconsiderado como sujeito de direitos (...)” (RIBEIRO, 2009, p. 12).

O princípio da dignidade da pessoa humana obriga todos a respeitarem o indivíduo como ser humano, sem tratamentos discriminatórios, indecentes ou vexatórios. Toda e qualquer forma de tratamento humilhante, que não condiga com a devida valoração do ser humano será contrário ao princípio em análise.

A dignidade da pessoa humana “é a qualidade ou valor particular que atribuímos aos seres humanos em função da posição que eles ocupam na escala dos seres” (RABENHORST, 2001, p. 15).

Pelo que se pôde perceber até o presente momento e, sendo o que a doutrina até hoje dispõe como sendo a dignidade da pessoa humana, poder-se-ia dizer que se trata de uma qualidade inerente ao ser humano, dele não podendo se destacar. Daí se falar que a dignidade não é suscetível de recusa ou aquisição. No entanto, embora seja uma qualidade própria do ser humano, a ele inerente, por ser pessoa, a dignidade obriga tanto a comunidade (nacional e internacional), quanto o Estado à sua

observância e respeito. Ela nasce com o homem, mas precisa que o Estado e a sociedade a respeitem, criem mecanismos para a sua manutenção, criando condições à sua verificação.

Becchi (2007, p. 198) entende a dignidade da pessoa humana como um valor incondicionado, insuscetível de ponderações e limitações.

No meu entendimento, a dignidade não é mais um direito do homem. A dignidade é algo superior a tudo isso. Ela deve ser vista como um princípio-valor, um vetor de toda a humanidade, devendo esta ter como meta, a sua constante proteção. Todos, indiscutivelmente, devem primar pelo valor da dignidade humana. É este valor que atribui fundamento para os Direitos Humanos, princípios fundamentais, bem como para todo o ordenamento jurídico, obrigando tanto o Estado, quanto os particulares. É em virtude de sua importância que se dá maior destaque ao princípio ora em comento.

“A tutela da dignidade da pessoa humana deve valer como o princípio e o critério supremo de aplicação de todo o Direito” (RIBEIRO, 2009, p. 13).

A dignidade humana também é vista como elemento de aplicação e interpretação do direito. Dessa forma, vincula todos os poderes estatais, principalmente o Judiciário, quando do momento da aplicação do direito.

No mesmo sentido, Delgado (2007, p. 77) afirma que o princípio da dignidade da pessoa humana “passa a ser, portanto, pela constituição, fundamento da vida no país, princípio jurídico inspirador e normativo, e ainda, fim, objetivo de toda a ordem econômica”.

O artigo 1º da Declaração dos Direitos do Homem de 1948 traz a dignidade da pessoa humana da seguinte forma: “Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos (...)”. Independente de onde a pessoa venha a nascer, ela será igual a todas as outras pessoas, em dignidade.

Na ordem interna, o princípio da dignidade da pessoa humana está previsto logo no artigo 1º da nossa Constituição Federal, como um de seus princípios fundamentais, da seguinte forma:

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: I - a soberania; II - a cidadania; III - a dignidade da pessoa humana; IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V - o pluralismo político. (grifo nosso).

Por meio desses dois mandamentos de grande relevância, percebe-se que a dignidade humana tanto é reconhecida na ordem internacional quanto na ordem interna. Desta forma, resta inegável a importância que lhe é dispensada. Em sendo considerado princípio fundamental, torna-se núcleo essencial da ordem internacional e constitucional interna, servindo de base para todo o ordenamento jurídico brasileiro.

A constatação de que uma ordem constitucional que – de forma direta ou indireta – consagra a idéia da dignidade da pessoa humana, parte do pressuposto de que o homem, em virtude tão somente de sua condição humana e independentemente de qualquer outra circunstância, é titular de direitos que devem ser reconhecidos e respeitados por seus semelhantes e pelo Estado (SARLET, 2004, p. 38).

A previsão, no ordenamento jurídico, do princípio da dignidade da pessoa humana é importante, já que todos, principalmente o Estado, têm o dever de reconhecer, respeitar, proteger e promover a manutenção da dignidade. Não basta, entretanto, a simples previsão no texto constitucional, como um simbolismo. O princípio em análise, bem como todos os Direitos Humanos devem ser postos em prática, evitando-se, assim, a chamada constitucionalização simbólica, ou seja, normas constitucionais sem concretude (NEVES, 2007, p. 91).

O Estado deve se voltar para a proteção do princípio da dignidade humana, bem como para a realização de tarefas, de meios úteis à promoção desse princípio. Caso contrário, estar-se-á diante de mais uma norma com alto nível valorativo, mas com pouca ou quase nenhuma efetividade.

Vale salientar que a Constituição do Brasil não se limitou a prever a dignidade da pessoa humana como princípio fundamental, no artigo 1º, fazendo-se presente também em outros dispositivos constitucionais não menos importantes, como os artigos 170 (“*A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios (...)*”), 226, § 7º (“*Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar 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*”) e 227 (“*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*”).

Inegável o sentido valorativo da dignidade da pessoa humana. Não se trata de um princípio como outro qualquer. Ele revela-se como um vetor, por meio do qual todo o ordenamento jurídico deve ser construído. Os direitos e os demais princípios fundamentais, bem como as normas de conduta, encontram (ou deveriam encontrar) fundamento na dignidade da pessoa humana. O simples reconhecimento dos Direitos Humanos, pela ordem jurídica, já os remete ao ideal da dignidade, pelo fato de que de uma forma ou outra, eles primam pelo desenvolvimento do ser humano.

1.2.4.1 Aplicação do princípio da dignidade da pessoa humana na relação de trabalho

O princípio da dignidade da pessoa humana deve ser observado em todos os tipos de relação, seja ela entre o indivíduo e o Estado ou entre particulares.

“Esse princípio, conhecido também como *princípio do valor humano*, baseia-se na humanização do trabalho, em considerar o trabalhador como um ser humano e não como mercadoria ou elemento da produção.” (RUPRECHT, 1995, p. 104).

O trabalhador não pode ser visto como um instrumento de trabalho. Ele também é responsável pelas atividades da empresa. Possui interesses, junto com o empregador, pelo crescimento da entidade empresarial. O trabalhador deve ser respeitado da forma que o é seu empregador.

A dignidade da pessoa humana dispensa alguns aspectos. Um, referente à pessoa do trabalhador, o qual deve ser respeitado enquanto pessoa humana; dois, refere-se à remuneração. Esta deve permitir que tanto o trabalhador quanto sua família disponham de meios para uma vida digna; três, no que pertence às condições de trabalho, como segurança e higiene (RUPRECHT, 1995, p.105).

Como dito no item acima, a dignidade humana tem diferentes dimensões. Ao se analisar, a título de exemplo, a Constituição da Alemanha de 1949, ver-se-á que ela exprime a dignidade da pessoa humana como sendo algo próprio de toda pessoa, independentes de raça, sexo, cor. Por sua vez, a Constituição da Itália de 1948, confere à dignidade da pessoa uma condição que pode ser obtida ou não.

Explica-se melhor. Em análise da Constituição italiana percebe-se o valor dado ao trabalho. Por meio dela, a dignidade da pessoa é adquirida e não lhe é inerente. Adquire-se dignidade a pessoa que concretamente se insere no tecido social. Essa inserção ocorre a partir do momento em que a pessoa se encontra realizada em suas atividades ou função (artigo 4º, § 2º da Constituição da Itália). Em inúmeras outras passagens encontramos referência à importância de um trabalho que dignifique a pessoa, a exemplo dos artigos 1º (*“A Itália é um república Democrática, baseada no trabalho. A soberania pertence ao povo, que a exerce nas formas e nos limites da Constituição”*), 3º (*“Todos os cidadãos têm a mesma dignidade social e são iguais perante a lei, sem discriminação de sexo, de raça, de língua, de religião, de opiniões políticas, de condições pessoais e sociais. Cabe à República remover os obstáculos de ordem social e econômica que limitando de fato a liberdade e a igualdade dos cidadãos, impedem o pleno desenvolvimento da pessoa humana e a efetiva participação de todos os trabalhadores na organização política, econômica e social do País”*), 4º (*“A República reconhece a todos os cidadãos o direito ao trabalho e promove as condições*

que tornem efetivo esse direito. Todo cidadão tem o dever de exercer, segundo as próprias possibilidades e a própria opção, uma atividade ou uma função que contribua para o progresso material ou espiritual da sociedade”), 35 (“A República tutela o trabalho em todas as suas formas e aplicações. Cuida da formação e da elevação profissional dos trabalhadores. Promove e favorece os acordos e as organizações internacionais empenhados em afirmar e disciplinar os direitos do trabalho. Reconhece a liberdade de emigração, salvo as obrigações estabelecidas pela lei no interesse geral, e tutela o trabalho italiano no exterior”) etc.

A Constituição da Itália foi trazida para demonstrar o quanto o trabalho digno é valorizado (ao menos simbolicamente) naquele país. O trabalho quando é precário fere a decência, não cumprindo seu papel de conferir dignidade ao trabalhador.

Gosdal (2007, p. 16), pelo que se pode retirar de seu texto, concorda com o ideal traçado pela Constituição italiana de 1948, pelo fato de que a dignidade não é algo inerente ao ser humano, “algo dado por uma natureza humana, mas uma conquista em permanente construção e reconstrução pela sociedade.”

Entretanto, respeitados os argumentos doutrinários contrários, e concordando com o respeito conferido ao trabalho, pela Constituição retro-citada, já foi deixado claro, anteriormente, o que se entende por dignidade da pessoa humana, atributo inerente à pessoa.

A relação de trabalho envolve, a princípio, dois pólos: empregado e empregador. Nessa relação verifica-se uma grande desigualdade, em decorrência de algumas condições nela existentes, como a subordinação e a alteridade. Sabe-se que o contrato de trabalho possui algumas condições ou, como preferem alguns, requisitos, como a subordinação, a alteridade, a pessoalidade, entre outros.

Em virtude da subordinação, o empregado se submete a inúmeras situações que o colocam em más condições de trabalho. O mercado de trabalho se encontra cada vez mais enxuto. Com a baixa dos postos de trabalho, as pessoas se submetem a qualquer tipo de trabalho, ainda que o mesmo seja precário. E o

empregador se beneficia dessa situação. Para ele, o trabalhador, por lhe ser subordinado, deve se prestar a todas as suas exigências, pois do contrário, dispensá-lo-á, e colocará outro em seu lugar que aceite suas exigências.

Quanto à alteridade, os riscos da atividade econômica devem ser assumidos pelo empregador. No entanto, é sabido que no primeiro sinal de crise, dispensa seus trabalhadores, sem se lembrar da função social do trabalho.

Em função disso, “os direitos fundamentais revestem-se de especial relevância nas relações de trabalho, porque as condições de alteridade e dependência em que estas se desenvolvem tornam frequentes a sua inobservância” (GOSDAL, 2007, p. 71).

Dessa forma, a relação de trabalho entre empregado e empregador cria constantes ameaças aos direitos do trabalhador, em virtude das condições nela existentes, e porque a parte mais fraca dessa relação é a que sofre com os efeitos de uma crise.

Quem detém o poder econômico é o empregador e, por se estar inserido numa sociedade capitalista, sabe-se que quem tem para si o poder do capital, encontra-se em melhor condição. Dessa forma, necessário se faz o cumprimento dos direitos fundamentais para se tentar atingir uma igualdade material.

(...) os sujeitos do contrato de trabalho, ou do trabalho prestado em qualidade diversa da de empregado, estão vinculados ao respeito aos direitos fundamentais reconhecidos pelo ordenamento jurídico e obrigados a observar princípios e valores contemplados no texto constitucional (GOSDAL, 2007, p. 71).

A sociedade capitalista faz com que direitos do trabalhador deixem de ser considerados. Tudo em prol da busca pela produção cada vez maior. É aí que se mostra de importância ímpar o encontro da fórmula necessária à manutenção e obediência a esses direitos. Neste diapasão, a dignidade se mostra como forte argumento para tanto.

A dignidade da pessoa, como dito, também deve ser observada na relação de trabalho, o que quer dizer que o ser humano (entenda-se empregado) não pode ser tratado como coisa, como um meio para a realização da atividade econômica. Ele deve ser respeitado enquanto pessoa.

(...) o trabalho atende à dignidade do homem e representa um elemento de coesão social, na medida em que afasta a violência, a pobreza, a miséria, a insatisfação na sociedade. Ao ser portador de uma ocupação, o indivíduo passa a pertencer à comunidade, compõe o sistema, coloca-se sob as redes de segurança e proteção estatais, adquire ou reestrutura uma individualidade (ARAÚJO, 2003, p. 162).

Percebam que o trabalho (digno) faz do homem ser social, integrando-o na comunidade e dignificando-o. O trabalho tem efeitos que extrapolam a pessoa do trabalhador. Sua falta ou sua precariedade acarreta inúmeros males à sociedade.

No entanto, com o desenrolar da relação trabalhista, percebem-se várias situações impostas ao empregado que atingem o princípio da dignidade da pessoa humana. Seja a exigência de intermináveis horas extras, seja um local de trabalho que não oferece as mínimas condições de higiene e segurança, ou humilhações sofridas pelos trabalhadores, discriminações, entre outros. Só por esses exemplos, é perceptível a desconsideração por alguns direitos sociais do trabalhador e, como não poderia deixar de ser, a falta de compromisso com a dignidade humana, já que esta é corolário daqueles.

Conforme Delgado (2006, p. 207), “entende-se que o trabalho não violará o homem enquanto fim em si mesmo, desde que prestado em condições dignas. O valor da dignidade deve ser o sustentáculo de qualquer trabalho humano.”

Uma pessoa que trabalha em condições precárias, sem o devido respeito aos seus direitos não goza de plena dignidade. Há pouco, foi dito que a dignidade é inerente a toda pessoa humana, pelo simples fato de ser pessoa. No entanto, para que este valor seja realmente concretizado, medidas precisam ser tomadas a fim de que os direitos sociais cumpram sua função de efetivação da igualdade material.

A Constituição do Brasil é repleta de direitos e princípios fundamentais, os quais têm como base a dignidade humana, estando a ela vinculados. Dentre esses direitos têm-se os direitos sociais prestacionais, ou seja, aqueles que exigem um fazer material por parte do Estado, na busca pela igualdade real, a exemplo da educação, trabalho, moradia. A positivação desses direitos sociais é fruto da importância dada à dignidade da pessoa, pois por meio deles, confere-se uma existência digna.

O direito ao trabalho deve ser interpretado à luz do princípio da dignidade da pessoa humana, haja vista que esses dois se entrelaçam (DELGADO, 2003, p. 91), de forma que a concretização do trabalho digno aquilata a dignidade do homem trabalhador.

O princípio da dignidade da pessoa humana, como ressaltado acima, e também na visão de Sussekind (2007, p. 24-25):

deve ter profunda ressonância na interpretação e aplicação das normas legais e das condições contratuais de trabalho. O respeito à dignidade do trabalhador se insere na categoria dos direitos que Pontes de Miranda denomina de supra-estatais e que a igreja católica inclui no elenco dos direitos naturais, cuja observância não deve depender da vigência de tratados internacionais ou leis nacionais.

No mesmo sentido, Sarlet (2004, p. 80), quando afirma que o princípio da dignidade da pessoa humana “serve de parâmetro para aplicação, interpretação e integração não apenas dos direitos fundamentais e das demais normas constitucionais, mas de todo o ordenamento jurídico.”

Em assim sendo, ele deve ser entendido como vetor de todo o ordenamento jurídico brasileiro, vinculando todo o poder público, no sentido de que cabe ao Estado se abster de contrariar o princípio-valor da dignidade, bem como protegê-lo em face das ingerências e ofensas dos particulares.

No que pertine à relação de trabalho, a Constituição Brasileira de 1988 trouxe um rol de direitos próprio, que consta no artigo 7º. Nesse dispositivo

constitucional encontra-se a proibição de discriminação, a limitação de jornada de trabalho, a proibição de trabalho do menor, entre outros.

O reconhecimento jurídico-constitucional da liberdade de greve e organização sindical, jornada de trabalho razoável, direito ao repouso, bem como as proibições de discriminação nas relações trabalhistas (e aqui fixamo-nos nos exemplos mais conhecidos) foi o resultado das reivindicações das classes trabalhadoras, em virtude do alto grau de opressão e degradação que caracterizava, de modo geral, as relações entre capital e trabalho, não raras vezes, resultando em condições de vida e trabalho manifestamente indignas, situação que, de resto, ainda hoje não foi superada em expressiva parte dos Estados que integram a comunidade internacional. (SARLET, 2004, p. 91-92).

O contrato de trabalho, apesar de ser de cunho privado, deve se submeter às condições mínimas previstas tanto na ordem constitucional quanto na legal, como fruto do dirigismo estatal. Desta forma, o contrato de trabalho também está sujeito à observância da dignidade humana. A relação e as condições de trabalho devem ser dignas.

O trabalhador não pode ser visto como um meio para a realização da atividade econômica, já que por ser pessoa ele é o centro da ordem jurídico-social. A pessoa humana não pode ser transformada em objeto ou instrumento de outrem ou de uma dada situação. (KANT, 1980, p. 134 e 141 *apud* SARLET, 2004, p.33).

A validade do contrato de trabalho está subordinada ao respeito à garantia de condições mínimas de trabalho e à dignidade do trabalhador, à luz dos Direitos Humanos.

Se o princípio vincula todo o poder público, deve ser entendido que o Poder Judiciário é um forte defensor da dignidade da pessoa humana, e, em específico, do trabalhador. Cabe ao Judiciário a defesa e a concretização desse princípio.

Godoy (2007, p. 139) afirma haver muitas formas de ofensa ao princípio da dignidade da pessoa humana durante a relação de trabalho, ofensas essas dirigidas à pessoa do trabalhador, tais como:

constantes atrasos de salários que o obrigam a se endividar para alimentar a si e à família, as demissões imotivadas seguidas de novas contratações precárias e tantas outras situações que geram um sentimento de frustração e desesperança no funcionário.

Numa época de globalização, de poder concentrado nas mãos de grandes grupos empresariais, aumento da exclusão social, dentre outros fatores, os direitos do trabalhador, em específico, tendem a ser refutados.

Tome-se como exemplo, a flexibilização das leis trabalhistas, fenômeno que busca tornar menos rígida a legislação social, e que será estudado em capítulo próprio. A flexibilização é fruto do atendimento aos interesses econômicos, servindo de claro exemplo de ofensa ao princípio da dignidade da pessoa do trabalhador, por ser instrumento de várias formas precárias de contratação.

A terceirização, meio de flexibilização, que também será analisada em capítulo próprio, em regra, é vista como solução para a fuga dos encargos que um trabalhador gera às empresas. Foi uma criação tão aceita que o próprio Estado dela se utiliza. Como será visto no momento adequado, a terceirização ofende inúmeros princípios fundamentais e direitos do trabalhador. A dignidade é um deles.

Sabendo-se que a terceirização é uma modalidade de contrato precário prevista pelo Direito do Trabalho brasileiro e que, por óbvio, fragmenta direitos e piora a infra-estrutura de labor para os empregados terceirizados, é que se pode afirmar, sob o ponto de vista social, que tal fenômeno é uma afronta ao princípio da dignidade do ser humano. Apesar de considerado um processo de otimização de gastos e maximização dos lucros pelas grandes empresas, para o empregado constitui meio de labor que, na maioria das vezes, implica perda de renda efetiva (DELGADO, 2003, p. 175).

Foram citados apenas alguns exemplos de mecanismos, utilizados na política neoliberal, de desconsideração, desinteresse pelos Direitos Humanos.

A tutela da dignidade do trabalhador deve alcançar todos os aspectos da relação de trabalho que possam ser afetados ou violados. O dever do empresário deve ser de observar a dignidade e os limites dados pelos direitos

fundamentais dos trabalhadores de maneira integral, englobando a proteção de seu patrimônio moral (por exemplo, com a observância do dever de não-discriminação) (...) (GOSDAL, 2007, p. 101-102).

Entretanto, na realidade, quem menos tutela os direitos trabalhistas são os empregadores, sejam eles públicos ou privados. Para eles, não há limites a serem impostos sobre seus interesses.

Ainda quanto ao tema da terceirização, Godoy (2007, 139), diz que:

assiste-se, na justiça do trabalho, à febre das contratações de serviços terceirizados feitas pela Administração Pública – movida pela impossibilidade constitucional de contratação direta -, pelos bancos e pelas grandes empresas. Nesta rede de negociação quem perde é o Direito, já que é violentamente precarizado.

Resta evidente o uso da terceirização para aliviar o “peso” que os direitos trabalhistas causam ao Estado, à empresa e ao mercado, de forma geral.

Na realidade, é mais do que evidente que as empresas que terceirizam, utilizam da força de trabalho alheia e obtém lucros, e depois descartam os trabalhadores, como se fossem objetos dos quais não necessitam mais.

Trata-se ou não de ofensa ao princípio da dignidade da pessoa humana?

Tanto a terceirização como as demais formas de contratação precárias fazem com que os trabalhadores sejam desprovidos de um trabalho digno, sendo, na verdade, “vítimas produzidas e negadas pelo sistema, mas que pelejam pelo direito de trabalhar e viver com dignidade, o que significa dizer direito de pertencer ao mundo” (GUEDES, 2007, p. 192).

Os trabalhadores que vivem sob essas condições são verdadeiros excluídos do sistema que regula a sociedade capitalista. Diante do capitalismo, direitos trabalhistas são descartados cada vez mais, em prol de um robusto mercado livre.

Acima, foi destacado o dever do poder público para a concretização da dignidade da pessoa humana. Viu-se também que o Poder Judiciário é um forte aliado para tanto, já que é igualmente vinculado à Constituição e aos Direitos Humanos, tendo, desta forma, o poder dever de não aplicar normas que contrariem estes postulados, bem como de conferir maior eficácia possível aos mesmos. (QUEIROZ JÚNIOR, 2006, p. 139-140).

Ocorre que a Justiça do Trabalho, embora seja parcela do poder público, por meio de suas decisões “(...) abraçou os ideais da flexibilização das relações de trabalho em detrimento do paradigma constitucional e quase ninguém notou” (GUEDES, 2007, p. 210).

De fato, a Justiça do Trabalho contribuiu e continua contribuindo para o fortalecimento dos ideais flexibilistas. A precarização das condições de trabalho tem o consentimento significativo de uma grande parcela de juízes.

As novas formas de contratação, as quais precarizam o emprego, atingem o núcleo dos direitos trabalhistas que hoje se encontram sem proteção. O Estado já não mais realiza sua função social de criar, ou ao menos fazer com que se criem melhores condições de trabalho. Ele já não faz mais nem o mínimo de sua obrigação que é a defesa dos direitos. Encontra-se cada vez mais discreto, distante, mínimo, deixando que as leis do mercado regulem a relação de trabalho.

Do que adianta ter uma Constituição repleta de direitos se os mesmos não têm aplicabilidade igualitária para todos? Como assegura Guedes (2007, p. 204), “(...) todo esse edifício jurídico está ruindo diante da nova ordem mundial que instrumentaliza e “coisifica” as pessoas em frontal violação da dignidade – valor fundante da modernidade e do Direito que conhecemos”

Não só o princípio da dignidade da pessoa humana, como também os Direitos Humanos do trabalhador encontram-se desprovidos de proteção. Pelo que se observa, essa situação dificilmente será revertida, já que os argumentos pró capitalismo

urgem cada vez mais forte que aqueles que ainda relutam pela dignidade do trabalhador.

1.2.5 Princípio do não-retrocesso social

O princípio denominado de Não-Retrocesso Social ou Proibição do Retrocesso não possuía previsão expressa no ordenamento jurídico interno. Com a promulgação da Constituição de 1988, esse princípio foi claramente previsto, embora o simples fato da adoção de um modelo social, por parte do Estado Brasileiro, fosse suficiente para a aceitação do princípio em estudo.

Podem ser citados exemplos de previsão do princípio em nossa Constituição, como o artigo 5º, § 2º, o qual, em linhas gerais, traça que outros direitos e garantias previstos em tratados internacionais poderão ser aceitos e incorporados ao plano jurídico interno (*“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 parte”*); outro dispositivo é o artigo 7º, que trata dos direitos do trabalhador e que em seu *caput* esclarece que *“São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social (...)”*.

Um outro instrumento, dessa vez de cunho internacional, que também é utilizado para recepcionar o princípio do não-retrocesso social é o artigo 26 do Pacto de São José da Costa Rica, 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).

O Pacto de São José da Costa Rica foi recepcionado pelo ordenamento jurídico brasileiro por meio do Decreto 678/1992. Assim, pode-se dizer que o ordenamento jurídico interno prevê o princípio ora em comento, seja por meio do § 2º do artigo 5º da Constituição do Brasil, seja por meio do artigo 26 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, mais conhecida como Pacto de São José da Costa Rica.

Mas, de fato, o que vem a ser o princípio do não-retrocesso social?

Com a transformação do modelo estatal liberal para o social, um novo sentimento foi criado nas novas Constituições (de cunho social), no sentido de que as conquistas sociais não poderiam retroagir. Assim, os Direitos Humanos sociais sempre devem avançar (MEIRELES, 2003, p. 339).

Pode-se dizer que o Princípio do Não-Retrocesso Social está intimamente ligado aos Direitos Humanos Sociais.

A compreensão do princípio da proibição de retrocesso social envolve, como dito, a proteção dos direitos sociais, tanto no que concerne à sua concretização quanto à preservação do nível já alcançado dessa concretização (DERBLI, 2007, p. 85).

Desta forma, os direitos sociais previstos na Constituição devem ser concretizados e protegidos, evitando-se práticas tendentes à relativização dessa concretização. Uma vez concretizados, as práticas devem se dirigir no sentido de manter ou melhorar o nível de concretude. Jamais se admitirá a sua redução. O que pode ocorrer é a substituição do mecanismo de concretização por outro equivalente. Nesse caso redução não haverá.

(...) haverá retrocesso social quando o legislador, comissiva e arbitrariamente, retornar a um estado correlato a uma primitiva omissão inconstitucional ou reduzir o grau de concretização de uma norma definidora de direito social (BERBLI, 2007, p.240).

Embora não se dirija única e exclusivamente aos direitos sociais, inegável que o princípio do Não-Retrocesso Social mais se identifica com estes direitos, pelo fato de que os mesmos estão mais atrelados à justiça social.

O princípio do não-retrocesso social busca proteger e cravar, no ordenamento jurídico, os direitos sociais aceitos e previstos pelo Estado. Além da proteção aos direitos sociais, o princípio rejeita qualquer tentativa de diminuição do arcabouço social protetivo. O Estado só pode promover e robustecer o rol dos direitos sociais, nunca enfraquecê-lo.

“Tal princípio vem no sentido de proteger os direitos sociais, fortificando sua aplicação e o enrijecendo em relação a uma eventual supressão ou relativização.” (AFONSO, 2006, p. 238).

Se o Estado chegou ao ponto de desenvolvimento tal, que confere, ao homem, inúmeros direitos, todos atrelados à dignidade humana, não lhe cabe, a esta altura, querer aboli-los ou diminuir-lhes a aplicabilidade. A previsão de Direitos Humanos faz incorporar, ao indivíduo, uma gama de direitos que lhe confortam, não podendo mais deles se desligar. Deles nasce um direito subjetivo individual às suas observâncias.

Quaisquer medidas tendentes a anular o núcleo essencial dos Direitos dos Homens, sem que se criem outras alternativas compensatórias, deverão ser consideradas inconstitucionais (CANOTILHO, 2002, p. 337-338).

Embora o princípio em análise seja fundamento para a manutenção de todos os direitos sociais, em relação aos direitos do trabalhador, a proibição do retrocesso deve ser mais incisiva, tendo em vista que estes direitos são os que mais sofrem relativização, devido às práticas flexibilistas.

Considera-se, pois, o princípio do não retrocesso social, como um verdadeiro princípio de resistência à dinâmica flexível do trabalho, com a necessidade de reconhecimento no ordenamento jurídico e se necessário for, por norma expressa constitucional, observado o elemento finalista de melhoria da

condição social do trabalhador, presente no *caput* do art. 7º da Constituição, como instrumento de realização do princípio maior e adrede em todos os ramos jurídicos: o princípio da dignidade do ser humano (TEIXEIRA; BARROSO, 2009, p. 68)

O princípio do não-retrocesso social surge, portanto, como mecanismo de proibição de retorno ao estágio no qual os trabalhadores não possuíam uma legislação própria. Mais que isso, proíbe que os direitos já reconhecidos sejam refutados.

A todo momento surgem idéias tendentes a abolir ou, no mínimo, enfraquecer direitos conquistados pela classe trabalhadora, no sentido de tornar legítimas práticas que os contrariem. Ora, não entendam que os direitos sociais sejam absolutos, mas deve-se atribuir-lhes um alto grau de importância, ao ponto de que, em caso de sua supressão, outro direito deverá substituí-lo, pelo equivalente. Portanto, o máximo de modificação que a Constituição do Brasil poderia sofrer, em relação aos direitos sociais, seria apenas a sua substituição por outro de igual valor (AFONSO, 2006, p. 244).

O artigo 7º da Constituição da República Federativa do Brasil estabeleceu um rol mínimo de direitos trabalhistas, rol este que não poderá sofrer anulação. Entretanto, outros direitos poderão ser reconhecidos, no sentido de melhorar a condição social do trabalhador. Nem emendas constitucionais, nem muito menos, normas infraconstitucionais poderão suprimir direitos do trabalhador, sob pena de serem consideradas inconstitucionais (MEIRELES, 2003, p. 341).

Os direitos sociais são postos na segunda geração de Direitos Humanos, ou seja, direitos que exigem um fazer, uma ação estatal. No entanto, se esses direitos forem analisados à luz do princípio em estudo, será visto que o Estado também tem um dever de cunho negativo, qual seja, o de não suprimir esses direitos (AFONSO, 2006, p. 246).

Diante disso, é de se notar que o princípio do não-retrocesso social deve ser visto como um instrumento de manutenção da ordem social, visto que o mesmo

proíbe que direitos sociais já consagrados por um Estado, não podem dele se desvincular.

1.2.6 Princípio do trabalho digno

Dentre os vários Direitos Humanos Sociais previstos na Constituição Federal, destaca-se, para o presente estudo, o direito ao trabalho.

O direito ao trabalho surgiu basicamente na segunda metade do século XIX, a partir dos movimentos sociais deflagrados nessa época. Entretanto, foi no século XX que esse direito veio a ser positivado em várias Constituições (México de 1917, Weimar, de 1919).

Após a segunda Grande Guerra Mundial, no ápice do Estado-Social, o direito ao trabalho ganhou maior destaque.

Ao prever tal direito, no artigo 6º da Constituição Federal, o Estado Brasileiro seguiu o mesmo caminho dos demais países, dando destaque ao trabalho, sobretudo relacionando-o à dignidade humana, à justiça social e ao valor social do trabalho.

O trabalho é um direito e a dignidade é uma condição que deve nele estar presente. Assim, entendemos que o Estado Brasileiro tem como dever a promoção de um trabalho digno.

O Estado Brasileiro trouxe para si uma obrigação que é a de promover, bem como proteger o trabalho. No entanto, considere que não se está falando de qualquer trabalho (subumano, análogo à condição de escravo, precário). O trabalho a ser protegido e promovido pelo Estado é o trabalho digno e decente.

Gosdal (2007, p. 16) considera que a dignidade da pessoa humana deve se vincular ao trabalho decente, bem como ao conteúdo de honra que nele existe. Continua afirmando que a dignidade também deve ser vista como norma-valor de garantia dos direitos mínimos existentes.

Por meio do trabalho digno e decente promove-se a segurança do emprego, ao se proteger o trabalhador contra vulnerabilidades no trabalho, como é o caso do desemprego e do trabalho precário.

Nas palavras de Brito Filho (2006, p. 128), trabalho decente é aquele visto como um “conjunto mínimo de direitos do trabalhador que corresponde: à existência de trabalho; à liberdade; à igualdade no trabalho; ao trabalho em condições justas, incluindo a remuneração (...)”. (grifos nossos).

Grifaram-se alguns trechos da citação acima por entender que o instituto da terceirização fere-os, já que o trabalhador terceirizado deve prestar serviços aonde determine seu empregador, não há tratamento igual entre os trabalhadores terceirizados e aqueles contratados diretamente pela tomadora de serviços, e não existem condições justas de trabalho por não haver igualdade de condições. Assim, a terceirização não se presta como um trabalho decente, muito menos, digno.

A terceirização de serviços não teve regulamentação pelo Poder Legislativo. Foi o Poder Judiciário, por meio do Tribunal Superior do Trabalho, que a regulamentou por meio da súmula 331. Trata-se de ofensa ao direito ao trabalho digno e decente admitida por aquele que deveria resguardar tal direito.

As formas de flexibilização da relação de trabalho ferem alguns direitos do trabalhador. Mas a tendência é justamente essa. Cada vez mais são deflagradas situações de contrariedade a esses direitos, em benefício da economia.

Gosdal (2007, p. 116) destaca para o fato de que:

a economia deve buscar a valorização do trabalho e o pleno emprego, propiciando a todos os trabalhadores, que desejem e estejam em condições de exercer atividade produtiva, possibilidades de ocupação. Trabalho compreendido aqui como um direito e dentro de uma perspectiva de trabalho digno, não de trabalho dignificante.

Por não ser o momento adequado para tanto, deve-se deixar a análise da terceirização para um pouco mais adiante.

Para melhor entendimento da interpretação sistemática feita entre o direito ao trabalho e o princípio da dignidade humana, lembre-se que este é vetor para todo o ordenamento jurídico. E os Direitos Humanos, inclusive o direito ao trabalho, devem ser interpretados à luz desse valor informador.

“O direito ao trabalho digno, como elemento de concretização das liberdades básicas do homem, deve gozar de aplicabilidade imediata, já que alçado à condição de direito fundamental” (DELGADO, 2006, p. 71).

Não se busca aqui defender que o Estado tenha o dever de ocupar, individualmente, cada pessoa, em um posto de trabalho. O que se está tentando demonstrar é que ao prever, em seu texto constitucional, o trabalho como um direito social e, analisando este à luz da dignidade humana, como dito, não é permitido ao Estado contrariar esses preceitos. Ao Estado cabe garantir a existência de empregos. Ao agir de forma contrária aos direitos sociais, o Estado está negando a própria dignidade conferida por ele mesmo às pessoas.

Diante da atual situação do mercado, onde as empresas devem ser altamente competitivas para se manterem na economia mundial, a promoção e a manutenção dos postos de trabalho são encaradas como grandes obstáculos. No entanto, ao menos no Brasil, é notório, também, que a mão-de-obra é uma das mais baratas do mundo, o que não configura empecilho às empresas para a consecução de seu lucro. A sociedade deve parar de repetir as mesmas idéias de que o trabalho formal, digno atrasa o “desenvolvimento” econômico.

Nos anos de 2008 e 2009, com a crise econômica deflagrada nos Estados Unidos da América, viu-se que as empresas e instituições bancárias se socorreram do poder estatal. Muitas empresas, de imediato, passaram a dispensar trabalhadores, como forma de se manter no mercado, mas esse caminho não se mostrou suficiente. Foi necessária uma maior participação do Estado, no sentido de interferir na carga tributária ou injetar valores, a fim de que os níveis de emprego não sofressem uma queda tão grande. Diante dessa realidade, percebe-se que a defesa de um Estado

mínimo é dirigida apenas à relação de trabalho, e não à economia em geral, já que quando conveniente, sua interferência é positiva.

Existem inúmeras situações de ofensa ao direito ao trabalho digno, seja por omissão do Estado, seja pela admissão de formas precárias de contratação. A título de ilustração, a todo momento vê-se, através da imprensa, reportagens de trabalho escravo, onde pessoas são mantidas presas, em locais isolados e distantes dos centros urbanos, dificultando sua saída e fazendo que elas trabalhem sem as mínimas condições de higiene e segurança.

Essa é apenas uma hipótese dentre tantas outras de ofensas aos direitos da pessoa do trabalhador.

1.2.7 Princípio da liberdade de escolha do emprego

A Declaração Universal dos Direitos Humanos, em seu artigo XXIII, assim dispõe: “Toda pessoa tem direito ao trabalho, à livre escolha de emprego, a condições justas e favoráveis de trabalho e à proteção contra o desemprego”. (grifos nossos).

O direito à livre escolha do emprego, para o presente trabalho, pode ser interpretado no sentido de que todo trabalhador tem o direito de escolher para quem irá prestar seus serviços.

Na terceirização, o trabalhador da empresa de prestação de serviços terceirizados empregará sua mão-de-obra para quem a empresa determinar. É dever do trabalhador cumprir as ordens que lhe são dirigidas. Assim, ele trabalhará em empresas diferentes, a todo momento, independente de se sentir à vontade ou não no ambiente de trabalho.

Trata-se de uma ofensa à liberdade de escolha do local de trabalho. Isso pode ensejar em situações desconfortáveis para o trabalhador por ter que trabalhar numa empresa tomadora com a qual não se identifica.

A Declaração Universal bem como Convenções e declarações da OIT visam uma melhora no cenário capital-trabalho, numa tentativa de conciliar o progresso social com o crescimento econômico.

Todas as tentativas de flexibilizar direitos se esbarram no conteúdo dessas declarações e nos Direitos Humanos reconhecidos na ordem interna.

2 Flexibilização das relações de trabalho e precarização laboral

“A integração econômica mundial tem confrontado muitos países e setores com grandes desafios no tocante à desigualdade de ingressos, à persistência de níveis de desemprego e pobreza elevados, a vulnerabilidade das economias diante das crises externas e o aumento, tanto do trabalho precário como da economia informal, que têm incidência na relação de trabalho e na proteção que esta pode oferecer” (Declaração da OIT sobre Justiça social para uma Globalização Equitativa de 2008)

2.1 Aspectos gerais da flexibilização.

No século passado, viu-se nascer um fenômeno de cunho mundial, capaz de retirar as barreiras que separavam os países. Este fenômeno foi criado em função da economia de mercado, numa tentativa de aumentar o seu campo de atuação. O objetivo era/é ir cada vez mais longe, ao ponto de se formar uma sociedade presa numa única cadeia, onde todos sentem os mesmos efeitos de crises econômicas, todos usam as mesmas tecnologias, estão sujeitos aos mesmos eventos. Há um verdadeiro cruzamento de cultura e fatos. Este fenômeno é a globalização econômica ou a mundialização, como preferem os franceses.

Com a queda do muro de Berlim, as últimas fronteiras foram quebradas. Refuta-se o Estado de bem-estar social, e o capitalismo, com nova roupagem, passa a reinar sozinho, desta vez mais liberal que nunca.

A globalização possui seus aspectos positivos para a humanidade, ao aproximar pessoas, facilitar o acesso à informação. Mas, destaque-se para o fato de que ela possui (muitos) aspectos negativos para as relações sociais, em especial, a de trabalho. Com a globalização houve uma padronização de valores, a qual se dá dos países desenvolvidos para os de terceiro mundo.

A globalização econômica, a reestruturação produtiva promovida pelo capital a partir dos anos 70 do século XX, foi a responsável por estragos das mais diversas ordens nas relações humanas, ao fragilizar sindicatos, trabalhadores,

partidos operários e o papel do Estado como agente regulador do mercado (COUTINHO; MELO FILHO, 2009, p. 126).

O Direito, como elemento de manutenção da ordem, teve que se (re) adaptar às transformações sentidas em decorrência do novo fator. Impõe-se uma nova ordem jurídica, benevolente aos anseios da globalização (e, conseqüentemente, da flexibilização), a qual só se torna possível por meio da diminuição da promoção social.

Com um Estado diminuto nesta matéria, a desestruturação da sociedade tem se tornado evidente. Por outro lado, entende-se que esta nova ordem jurídica representa uma afronta à idealizada justiça social, visto que o resultado se confronta com os mandamentos de uma desejada (por alguns) ordem jurídica justa (BARROSO, 2009, p. 27).

Os interesses do mercado são convergentes para o ideal de um Estado mínimo, onde ele possa se auto-regular. No entanto, o mercado de trabalho, como qualquer outro mercado, precisa da participação estatal para lhe impor limites, como jornada, descanso, férias (CARDOSO, 2003, p. 112).

Ainda no que tange às relações de trabalho, percebe-se uma grande mudança de paradigma. Isso ocorre porque a globalização é um fenômeno que teve seu nascedouro junto com a flexibilização. Esses dois fenômenos se entrelaçam.

A globalização, em termos gerais e, especialmente, no tocante à economia, afigura-se um processo irreversível que tem a conotação de outra revolução industrial, mais ampla e profunda. (...) Sem dúvida, convém aos interesses do capital e importa em sacrifício para o mundo do trabalho – flexibilizando e desregulamentando as respectivas relações, com implicação de rotatividade da mão-de-obra, precarização do emprego e, em face das mudanças tecnológicas, de desemprego estrutural, que é sua conseqüência mais drástica (SOARES FILHO, 2001, p. 135).

Esses são alguns dos aspectos negativos que a globalização traz ao mundo do trabalho. Cada vez mais, as relações laborais ordinárias vão se extinguindo para dar lugar a formas atípicas de contratação, formas essas bastante flexíveis.

Em este contexto surge el concepto de flexibilización laboral como uma de las respuestas del capital a la crisis de acumulación de los años setenta, la cual exigió una profunda renovación tecnológica pero también una maximización del desplazamiento de los factores de producción con la máxima rapidez posible (FERNÁNDEZ, 1997, p. 16).

A globalização faz impulsionar os governos a adotarem medidas de revisão dos antigos modelos. Tudo o que se incorporou à relação de trabalho, durante o século XX, decorrente das intervenções estatais, passou a ser revisto, remodelado, a fim de atender aos anseios globais.

(...) ao final dos anos setenta, a concepção mercantilista tomou um vulto mais importante nas sociedades de capitalismo avançado. A partir de então, com a crise econômica daquela época, a tradicional política laboral começou a reverter um quadro tendencial cada vez mais protecionista aos detentores dos meios de produção. As mudanças foram implementadas para adequar o mercado laboral à concepção neoliberal de concorrência (BARROSO, 2009, p. 35).

Compartilha de igual pensamento, Meguira (2006, p. 151):

La mundialización económica, la desarticulación de los mercados nacionales, y fundamentalmente del mercado del trabajo, y el debilitamiento del sector público confluyen en el efecto más explicativo del nuevo orden económico político internacional: el asentamiento de los privilegios sobre los derechos alcanzados y asumidos históricamente.

A globalização faz com que direitos conquistados a duras penas sejam desconsiderados e atropelados por interesses puramente econômicos. A flexibilização faz surgir um Direito flexível, adaptável às oscilações do mercado econômico, que produz uma desconstrução do modelo ordinário e garantista de Direito do Trabalho (MONEREO PEREZ, 2006, p. 179).

Com o argumento de que as empresas precisam diminuir seus gastos, em prol de uma concorrência internacional mais leal, muitos defendem regras que flexibilizam os direitos trabalhistas. As legislações dos países desenvolvidos foram

repaginadas, e esse acontecimento serviu de exemplo e até exigência para que os países em desenvolvimento agissem de igual forma.

A tendência crescente é não mais conferir direitos à classe trabalhadora. Não há mais inovação, criação de direitos. O que há, no máximo, é a manutenção das condições existentes, o que já vem sendo, inclusive, objeto de recusa por várias empresas. Na realidade, o que mais se vê é o descumprimento dos direitos trabalhistas. Estes são desconsiderados no decorrer da relação de emprego e até mesmo no seio das negociações coletivas.

“A ‘flexibilidade’ em relação às práticas de trabalho – a ser facilitada e forçada por meio da ‘desregulamentação’ em suas variadas formas -, corresponde, na verdade, à desumanizadora precarização da força de trabalho” (MÉSZÁROS, 2006, p. 34).

No cenário internacional da flexibilização, as empresas transnacionais procuram se instalar nos locais onde a mão-de-obra custa menos e as condições de trabalho são precárias, além de buscarem por incentivos fiscais. O local que melhor lhes oferece condições econômicas é o escolhido para a instalação de uma dessas empresas. No entanto, com a mesma rapidez com a qual se instalam, elas se retiram. A partir do momento que estas condições não lhes forem mais favoráveis, certamente se abrigarão em outros lugares mais vantajosos.

A flexibilização, definitivamente, não é solução para aumentar os índices de ocupação. Ao contrário, é uma imposição à força de trabalho para que sejam aceitos salários reais mais baixos e em piores condições. É neste contexto que estão sendo reforçadas as novas ofertas de trabalho, por meio do denominado mercado ilegal, no qual está sendo difundido o trabalho irregular, precário e sem garantias. Com o pós-fordismo e a mundialização econômico-produtiva, o trabalho ilegal vem assumindo dimensões gigantescas, também porque os países industrializados deslocaram sua produção para além dos limites nacionais e, sobretudo, vêm investindo em países nos quais as garantias trabalhistas são mínimas e é alta a especialização do trabalho, conseguindo, assim, custos fundamentalmente mais baixos e aumentando a competitividade (VASAPOLLO, 2006, p. 46).

No mesmo sentido, Antunes (2006, p. 499) quando afirma que “(...) os capitais transnacionais exigem dos governos nacionais a flexibilização da legislação do trabalho, eufemismo para designar a desconstrução dos direitos sociais (...)”.

Os Estados receptores das empresas transnacionais passam a se submeter às exigências do mercado e às exigências de organismos de atuação internacional, como o Banco Mundial e a Organização Mundial do Comércio (OMC), ao flexibilizar sua legislação trabalhista. Caso contrário, ficarão às margens do “mundo globalizado”. Tudo numa tentativa de atrair, cada vez mais, as transnacionais, e abrir de vez as portas para o consumo desmesurável.

A continuação da proteção social estatal e a rigidez contratual trabalhista, segundo a concepção do consenso de Washington, colocariam o Estado que as mantivessem, em termos de competitividade, fora do mercado global, perdendo, com isso, os postos de trabalho, que se deslocariam para um país onde a flexibilidade (ou precariedade?) fosse maior (...) (CARELLI, 2003, p. 24-25).

Diante das exigências internacionais, advindas dos organismos presididos por países-potência, ou o Estado nelas se enquadra ou ficará às margens do “progresso” econômico.

No Brasil, a flexibilização tomou vulto na década de 90 do passado século, ocasionando em condutas voltadas para a implementação de novas formas de gestão empresarial, de tecnologia e de organização do trabalho (POCHMANN; BORGES, 2002, p. 23).

O processo de reestruturação das empresas engloba medidas de redução do emprego, com base na implementação de novas formas de contratação, como é o caso da terceirização e da subcontratação de mão-de-obra, e na reorganização do trabalho.

2.1.1 Concretização da flexibilização através da implementação do sistema toyotista de produção

Alguns sistemas de divisão do trabalho existiram durante a história do trabalho. Em linhas gerais, serão traçadas algumas características dos mais importantes tipos de organização do trabalho.

O primeiro sistema de produção a ser analisado é o taylorista (desenvolvido durante a transição do Estado Liberal para o Estado do Bem-Estar Social), o qual foi caracterizado por controlar o tempo de trabalho, e a consequente produção, evitando-se, dessa forma, o desperdício de horas. Determinou-se a divisão do trabalho, onde cada trabalhador ficou responsável por parte da produção (DELGADO, 2003, p. 44).

Com a necessidade de aprimoramento das fases da produção, novo sistema de divisão do trabalho foi incorporado à empresa. Desta vez, está-se falando do modelo fordista, o qual foi inserido na sistemática da produção após a Segunda Guerra Mundial. O fordismo introduziu o aumento do ritmo de trabalho, utilizando-se da já praticada redução do tempo, através do uso de esteiras rolantes (DELGADO, 2003, p. 53).

O fordismo se caracteriza pela produção em massa a fim de atender a um consumo em massa, por meio da mecanização dessa produção.

O Pós-Segunda Guerra foi um período de glória para a economia. Paradoxalmente, esse período foi de fortalecimento do Direito do Trabalho.

Entretanto, com a crise do capitalismo, gerada pelas mudanças estabilizadoras habituais do mercado do petróleo, em 1973, e pela atuação do *Welfare State*, a necessidade de reinventar o modelo capitalista de Estado foi sentida. O Estado do Bem-Estar Social entra em crise. Surgem os pensamentos individualistas, (neo) liberalistas, não intervencionistas (DELGADO, 2003, p. 93).

A busca pela política de acumulação de capital, somada ao ideal flexibilista, fez ascender novo modelo capitalista, desta vez, liderado pelo sistema toyotista de produção. A partir desse momento, inicia a fase de acumulação flexível e queda do poder de barganha dos sindicatos, os quais não mais possuem força para contrariar as inevitáveis alterações do sistema (DELGADO, 2003, p. 93).

“O neoliberalismo, opondo-se ao paternalismo estatal, rompe com as bases tradicionais do direito do trabalho, por que preconiza o afastamento cada vez maior do Estado como gerador do desenvolvimento econômico e social” (ROBORTELLA, 1994, p. 67).

Como não poderia deixar de ser, o capitalismo, em todas as suas tentativas de se reerguer diante de uma crise, soluciona-a às custas do trabalhador, seja reduzindo seus salários, aumentando a jornada de trabalho, flexibilizando (ex. terceirização) a legislação trabalhistas etc.

Dessa forma, a reorganização da produção faz nascer um novo mercado de trabalho, com graves conseqüências ao trabalho humano.

O sistema de produção denominado de toyotismo ou ohnismo (DELGADO, 2007, p. 43; LIMA, 2006, p. 115) é caracterizado pelo abandono da idéia de produção de massa, passando-se a produzir uma quantidade proporcional à demanda, do que decorre a redução dos postos de trabalho, terceirização de unidades produtivas, produção just-in-time, sem necessidade de estoque e também pela automação (LIMA, 2006, p. 118).

A produção enxuta torna-se rentável na medida em que as empresas passam a não estocar mercadorias – produzidas com alto grau de especialização, porém em pequena escala – atendendo, tão somente, às demandas de públicos específicos. Ou melhor, a demanda do mercado é que define o que será fabricado pelas empresas (DELGADO, 2003, p. 94).

Assim, a produção passa por transformações, no sentido de produzir não mais em grande escala, mas sim em pequenas quantidades para atender estritamente

ao mercado, num dado momento (o que faz com que a mão-de-obra seja apenas utilizada quando necessária – “just-in-time”), e de forma mais especializada o possível, para que tenha condições de corresponder à diversidade de um público heterogêneo. O consumo é tão acelerado que as empresas precisam ser ágeis na produção dos bens e substituição dos mesmos, por outros com mais qualidade e mais tecnologia.

Diante desse consumo, as empresas têm que produzir uma variedade de bens a preços baixos e isso, afirmam, só é possível com a implementação de institutos flexibilizadores da relação de trabalho.

O modelo japonês, tido como inspiração para significativo contingente de empresas que pretendem viabilizar a acumulação de capital, prioriza, concomitantemente, regimes de contratos de trabalho mais flexíveis e o controle de qualidade dos serviços (DELGADO, 2003, p. 5).

A estrutura empresarial, que antes era vertical, onde todas as fases da produção eram restritas ao âmbito da empresa, atualmente, é chamada de horizontal, visto que a parte periférica da produção é delegada para terceiros. Um único produto, hodiernamente, passa por várias empresas para, enfim atingir a sua finalização.

“O pós-fordismo (...) está provocando o fracasso do Estado Social e dos salários, recriando formas de trabalho servil semelhantes à escravidão e, com freqüência, determinadas por discriminações étnicas” (VASAPOLLO, 2006, p. 52).

Então, abandona-se a idéia de rigidez contratual para se utilizar a flexibilidade, a fim de atropelar tudo que impeça a obtenção do lucro. A produção industrial passa por transformações, devido à inovação tecnológica (robótica, ocasionando na substituição definitiva do homem pela máquina) e às novas formas de contratação.

Atingidos seus objetivos, o capitalismo reestrutura-se. Mas, para isso, conseqüências são geradas, principalmente no que diz respeito ao trabalho humano.

Entretanto, há quem veja sinais de mais uma crise do capitalismo, visto que o mesmo não consegue dar conta do desemprego estrutural que assola não

apenas os países em desenvolvimento, mas também, os países ricos, e do impasse diante de políticas flexibilistas com o efetivo bem-estar social (ROBORTELLA, 1994, p. 71).

De fato, não se pode negar que o sistema capitalista, na sua nova versão, encontra dificuldades. Exemplo disso é a crise econômica que fez desmoronar as expectativas do mercado desde o final do ano de 2008 até os dias atuais.

Em relação à citada crise, a OIT (Organização Internacional do Trabalho) divulgou, no final do ano de 2009, um relatório que demonstra o número do desemprego dela decorrente, mesmo havendo a intervenção dos Estados na economia, com a redução de impostos, por exemplo. Para o organismo internacional, faz-se necessária a continuidade de interferências estatais na ordem econômica, a fim de tentar gerar ou ao menos manter os níveis anteriores de emprego. A OIT alerta, ainda, que nos países emergentes, como Brasil, China e Índia, os índices de emprego só voltarão ao período pré-crise em 2011 (OIT, 2009, *on line*).

Essa realidade demonstra mais uma vez, o quão é necessária a participação do Estado na economia. No entanto, isso só se torna perceptível nos momentos de crise, quando o Estado se faz útil.

Inexoravelmente, diante de tantas tentativas de reerguer o capitalismo, a classe trabalhadora é a que mais sofre com os efeitos de suas políticas e de suas crises.

2.2 Flexibilização laboral e seu conceito jurídico

A flexibilização, como afirmado acima, é um fenômeno mundial nascido nas três últimas décadas do século passado, tendo se desenvolvido, no Brasil, a partir da década de 90 do Século XX, para atender aos anseios capitalistas, no sentido de tornar menos rígida, menos regulamentada, menos protegida, a relação de trabalho. Pode-se afirmar, sem exageros, que a flexibilização é o primeiro passo para a desregulamentação do Direito do Trabalho.

A política neoliberal objetiva um Estado mínimo que não intervenha ou, ao menos, reduza as intervenções nas áreas que interessam ao trabalhador, como previdência social e regulamentação do mercado de trabalho.

A palavra de ordem é a flexibilização, ou um sinônimo mais sonoro, a desregulamentação dos mercados de trabalho. O modelo esboçado antes (Direito do Trabalho como limite às relações laborais) estaria gerando custos excessivos e rigidez no mercado de trabalho, limitando a reestruturação capitalista necessária na nova ordem competitiva mundial, a dos mercados globalizados. Resultado: como os custos são altos e a legislação é um obstáculo à sua redução, o capitalista prefere livrar-se do empregado e assumir o ônus de sua reprodução. E ele o faz de diversas maneiras: des-patria ou re-patria empresas, funde-se com outros capitalistas, investe em tecnologia poupadora de força de trabalho, focaliza o empreendimento produtivo no '*core business*' e terceiriza o resto, pratica *outsourcing* de produtos, tudo para livra-se deste incômodo que é o trabalhador com direitos. Logo, desemprego, eis a conclusão da leitura hegemônica (CARDOSO, 2003, p. 118).

Várias são as formas encontradas pelos capitalistas para reduzirem seus custos. E todas essas formas, de um modo ou de outro, precarizam o trabalho, quando não o extinguem.

Dantes, eram os trabalhadores quem recebia proteção. O núcleo protetivo do ordenamento juslaboral era o trabalho humano. Havia centralidade do trabalho. Hodiernamente, o foco protetivo encontra-se na classe econômica. A economia passa a ser vista como a mola propulsora do progresso, e qualquer tentativa de enfraquecê-la é vista com maus olhos.

A flexibilização laboral transforma o fundamento protetor institucional da normativa em favor dos empregadores, que intrinsecamente ligados ao contexto histórico do desemprego massivo, se tornam politicamente mais fortes, dentro da própria evolução do sistema econômico-produtivo, como elemento inseparável (BARROSO, 2009, p. 37).

O termo flexibilização imprime algumas interpretações, já que pode ir desde a elasticidade das leis do trabalho, fazendo com que o Direito se adapte à

realidade, até a desregulamentação, como referido acima, mecanismo pretendido por muitos, devido ao fato de que passa a existir uma substituição do agente formador da norma. O Estado deixa de ser responsável pela criação da norma, papel agora a ser desempenhado pelas entidades sindicais, através das negociações coletivas.

No campo específico das relações de trabalho, a ‘flexibilização’ normativa, destinada a adequar o sistema de produção à realidade modificada, de modo a assegurar o desenvolvimento econômico, pode acarretar – é o que está acontecendo – redução do caráter protetor da legislação do trabalho, pondo em divergência economistas e juristas (CATHARINO, 1997, p. 51).

A causa da flexibilização é puramente econômica. Diante das necessidades da economia, parece que o Direito vem-lhe sucumbindo cada vez mais. Mudam-se as estruturas, até então consideradas fortes e imprescindíveis, para atender a um grupo que prima pelo desaquecimento da interferência do Estado.

“A flexibilização dos direitos trabalhistas perfaz-se na atenuação do suposto rigor e imperatividade das normas jurídicas, mediante negociação coletiva. É o fenômeno que permite a reformulação de um cenário jurídico mais maleável sob o ponto de vista dos contratantes trabalhistas, em especial do empregador” (DELGADO, 2003, p. 107).

Flexibilizar é tornar algo menos rígido, mais maleável, portanto. Especificamente quanto à relação de emprego, é retirar a “rigidez” das normas que conferem proteção a essa relação, bem como aos trabalhadores, principalmente. A flexibilização torna o contrato de trabalho precário, com desrespeito aos direitos trabalhistas.

Na seara interna, a flexibilização corresponde às alterações ocorridas dentro dos contratos individuais de trabalho, com a precarização dos direitos dos empregados. Já a seara externa, diz respeito à atual tendência de inserção do trabalhador na empresa mediante contratos precários, destacando-se as novas modalidades de contratos a prazo determinado, empreitadas, cooperativas simuladas e terceirização (DELGADO, 2003, p. 109).

Compartilha de semelhante pensamento Barroso (2005, p. 57-58) quando distingui a flexibilidade externa da interna. Para o autor, a primeira possui ligação com o número de trabalhadores pertencentes ao quadro da empresa. Cada vez mais esse quantitativo vem diminuindo, cedendo espaço para a externalização das contratações (contratações atípicas), como a terceirização, o contrato a tempo parcial, o contrato por prazo determinado etc; Quanto à flexibilização interna, entende ser uma mudança que vem sofrendo a organização empresarial. Atualmente, instiga-se a concorrência no plano interno da empresa, fazendo com que os funcionários tentem produzir sempre mais.

Há quem entenda que a flexibilização não é tão prejudicial ao trabalhador, ao menos em comparação com a desregulamentação, pois entendida como uma intervenção geral do Estado, cabendo às partes contratantes, disciplinar suas condições, em específico (SUSSEKIND, 1999, p. 48).

Enquanto que a desregulamentação seria a total omissão por parte do Estado, no que diz respeito à relação de trabalho, deixando para as partes a liberdade de estipular suas condições, a flexibilização se conformaria em adaptar a norma à realidade vivenciada por estas partes.

Amaral (2008, p. 98) expõe que o negociado (regras criadas pelos atores sociais) deve prevalecer sobre o legislado, por estimular a auto-regulação dos conflitos e privilegiar a autonomia da vontade.

Quando as partes possuem plena liberdade para contratar, está-se privilegiando o princípio da autonomia da vontade. No entanto, no que concerne ao contrato de trabalho, as partes nele envolvidas não se encontram em mesmo grau de igualdade. Neste caso, haverá, sempre, a sobreposição da vontade de uma sobre a outra.

Dallegrave Neto (2003, p. 21) entende a flexibilização como a primeira etapa para o processo de desregulamentação do Direito do Trabalho. Para o autor, a

flexibilização busca diminuir os custos operacionais por meio da destruição dos direitos sociais.

Embora a Constituição de 1988 tenha previsto alguns direitos sujeitos à negociação (exemplos, incisos VI e XIV do artigo 7º da Constituição Brasileira), caracterizando, assim, a possibilidade de flexibilizar direitos, a doutrina afirma que a flexibilização e a desregulamentação da relação de trabalho tiveram seu real desenvolvimento a partir da década de 90 (DELGADO, 2003, p. 110).

No entanto, destaque-se para o fato de que o Brasil adota práticas flexibilistas desde a implantação do FGTS, em 1966, pela lei n.5.107, por retirar o direito dos trabalhadores à estabilidade decenal.

O Brasil adotou a desregulamentação, quando, por exemplo, deixou de regulamentar, por meio de lei, a terceirização, restando às partes tal desiderato. Trata-se ou não de desregulamentação? É falácia afirmar que o Brasil não está caminhando para a desestruturação do trabalho. Já foram dados alguns passos nesse sentido.

Numa outra passagem, Amaral (2008, p. 106) afirma que a flexibilização não deve garantir apenas um mínimo existencial, e sim, garantir os direitos trabalhistas consagrados no ordenamento jurídico.

Seria uma forma de garantir a autonomia da vontade de forma limitada. As partes não teriam plena liberdade de contratar. Ficariam submetidas à observância das regras mínimas de proteção.

Neste mesmo sentido, Soares Filho (2001, p. 139), quando afirma que:

ela (a flexibilização) deve efetivar-se com cautela, preservando-se um mínimo de garantia dos direitos trabalhistas e assegurando-se aos obreiros as conquistas fundamentais por eles alcançadas ao longo da história, sob pena de tal processo converter-se na pior desgraça para a maior parte da população, levando os trabalhadores à situação degradante, com grave risco ao Estado democrático de direito.

Data vênia, é impossível haver, concomitantemente, flexibilização e respeito aos direitos do trabalhador. Quando o Estado se abre para a flexibilização, inexoravelmente, direitos serão renegados. Ora, se a flexibilização tem como bandeira a redução de custos, não há outra maneira de fazê-lo, senão por meio da supressão de direitos trabalhistas, já que o Estado não se mostra simpático à possível redução dos encargos tributários.

Há quem entenda, por sua vez, a flexibilização como política social, no sentido de ser utilizada como instrumento de adaptação da norma à realidade econômica, onde trabalhadores e empregadores, juntos, regulariam o mercado de trabalho (ROBORTELLA, 1994, p. 97).

Entende-se que até pode existir esse intuito de pensar a flexibilização como nova forma de regulação da relação de trabalho, onde os dois pólos dessa relação, por meio de seus representantes e em mesmo nível de igualdade, é que criariam suas normas.

Ocorre que esse pensamento pode ser perfeitamente admitido em países cujos trabalhadores têm participação intensa na empresa e os sindicatos são bem desenvolvidos. Contudo, essa não é a nossa realidade, onde, cada vez mais, os sindicatos perdem espaço no cenário das negociações.

Caso seja analisada a realidade da maioria dos países, principalmente aqueles em processo de desenvolvimento, ver-se-á que a flexibilização é usada como forma de mitigar direitos dos trabalhadores, no sentido de favorecer mais e mais os interesses de classes dominantes.

Além disso, a classe trabalhadora se encontra fragmentada, heterônoma, não havendo uniformização, o que dificulta a sua união e força para discutir com a classe patronal. A flexibilização apenas facilita os interesses do empresariado. Este sim, cada vez mais fortificado.

A flexibilização “materializa-se, principalmente, pela liberdade de contratar e demitir funcionários sem ônus ou limitações, onde a utilização de serviços terceirizados pelas empresas passa a ser largamente utilizada” (FERREIRA, 2007, p. 14).

Essa é a principal e real finalidade da flexibilização, tornar banal a relação de trabalho e tratar a classe trabalhadora como objeto de políticas oscilantes.

2.3 Do típico contrato de trabalho

Antes da intervenção estatal na relação de trabalho, o contrato de trabalho tinha a natureza civil, ou seja, era visto como um contrato de prestação ou locação de serviços, sem que fossem levadas em consideração as suas peculiaridades. Uma pessoa se obrigava a realizar ou prestar algo à outra que, por isso, recebia uma contraprestação.

A obrigação decorrente desse contrato era a de o trabalhador prestar serviços e, o empregador, pagar por esses serviços. Nesta relação, presumia-se a igualdade das partes e a autonomia da vontade prevalecia sobre qualquer outro pressuposto.

Dessa igualdade puramente formal, foi deflagrada grande desigualdade que separava os pólos da relação: empregado e empregador. Essa desigualdade perdurou por muito tempo, tendo em vista que o Estado só passou a regular a relação de trabalho no final do século XIX.

A partir desse cenário de desigualdade social e exploração, o Estado passa a intervir na relação de trabalho, impondo limites à contratação. Seria o nascimento do Direito do Trabalho.

Alegam alguns que a legislação social foi uma idéia do próprio Estado Liberal para conseguir manter os padrões do capitalismo e conter as pressões da classe trabalhadora. É como se o Estado estivesse se moldando para atender aos interesses capitalistas, no intuito de acalmar os ânimos dos trabalhadores – muito

parecido com o que ocorre hoje, quando o Estado “moderniza” sua legislação em prol do capitalismo avançado (MONEREO PEREZ, 1996, p. 14).

Numa tentativa de acalmar os ânimos da classe trabalhadora, o Direito passa a regular a relação de trabalho, numa forma de controle social.

O contrato típico de trabalho, regulado pelo então Direito Ordinário e Industrial do Trabalho (TEIXEIRA; BARROSO, 2009, p. 66), é um contrato bastante peculiar, pois envolve seres humanos que depositam nele a certeza de sua subsistência digna (muito embora não seja o trabalho subordinado única fonte de dignidade do homem). Não se trata de um contrato qualquer, donde se presuma a paridade das partes. De fato, no contrato de trabalho, as partes são bastante desiguais. E devido a essa desigualdade, os contratantes devem respeitar as regras de tutela criadas pelo Estado (dirigismo estatal). Não que as partes do contrato de trabalho sejam desprovidas de liberdade. A autonomia da vontade deve estar presente. No entanto, essa autonomia, essa liberdade não podem ser entendidas como aquelas mesmas do Direito Comum, pois na relação de emprego elas encontram limites impostos pelo Estado (obrigatoriedade de submissão ao disposto em lei ou negociação coletiva, formalmente reconhecida pelo Estado no artigo 8º da Constituição Federal). Os contratantes podem estipular suas cláusulas, desde que o mínimo protetivo seja respeitado.

Na seara trabalhista, o contrato possui suas próprias peculiaridades.

O contrato de trabalho configura-se, assim, em um negócio jurídico em face do qual uma pessoa física compromete-se a prestar serviços a uma outra pessoa física ou jurídica, de forma pessoal, subordinada, não intermitente e remunerada (ARAÚJO, 2003, p. 53).

É percebido, portanto, que o típico contrato de trabalho possui características próprias, como a prestação de serviços por pessoa física, pessoalidade, a subordinação e não-eventualidade.

Magano (1993, p. 47) entende por contrato de trabalho “o negócio jurídico pelo qual uma pessoa física se obriga, mediante remuneração, a prestar serviços, não eventuais, a outra pessoa ou entidade, sob a direção de qualquer das últimas”.

Mais uma vez, a doutrina, ao conceituar o contrato típico de trabalho o faz com a identificação de suas características. Acrescente-se, com base na conceituação supracitada, o requisito da onerosidade.

Pinto (2007, p. 189) conceitua o contrato de trabalho como “o ajuste tácito ou expresso que faculta ao empregador utilizar a energia pessoal e permanente de empregado, mediante subordinação e retribuição, para a realização dos fins de sua empresa”.

Diante destes conceitos, enfim, é percebida a existência de alguns requisitos próprios do contrato de emprego, dentre eles a subordinação, a pessoalidade, trabalho prestado por pessoa física, continuidade, onerosidade etc. A flexibilização, nas suas variadas formas, dentre elas, a terceirização, ofende toda essa sistemática do Direito do Trabalho, numa tentativa de distanciar a relação flexibilizadora da ordinária relação de trabalho.

Ressaltem-se que não será possível a análise dos requisitos da relação de trabalho, tendo em vista que não se trata de objeto de estudo do presente trabalho.

O típico contrato de trabalho respeita o trabalhador como pessoa humana, sujeito de direitos e deveres. O mesmo não se pode dizer das formas atípicas de contratação, cada vez mais crescentes, as quais visam atender única e exclusivamente aos interesses particulares de um seletivo grupo.

O contrato de trabalho clássico, sem duração determinada, com ânimo de permanência e perspectiva de estabilidade ou garantia de emprego, está a cada dia mais ameaçado pelo aumento das facilidades na demissão individual ou coletiva, bem como pelas formas atípicas de contratação, que se caracterizam pela precariedade (ROBORTELLA, 1994, p. 100).

Dentre os contratos atípicos, assim denominados por se afastarem dos peculiares requisitos dos contratos típicos, são encontrados o contrato por prazo determinado, o trabalho em domicílio, o contrato a tempo parcial, terceirização etc.

Além dos contratos atípicos, utilizados para minimizar os custos decorrentes do fator trabalho, têm-se outras práticas usadas no cotidiano das empresas, que igualmente se confrontam com os ideais do Direito do Trabalho, como o banco de horas, a diminuição do intervalo para repouso e alimentação, a redução da jornada de trabalho, com a conseqüente redução de salários, dentre outras.

2.4 Da atipicidade das relações de trabalho atuais

O fenômeno da flexibilização das relações de trabalho veio para atender aos anseios da classe empresária, ferrenha por retirar a rigidez da legislação do trabalho. Diante das exigências da pós-modernidade, o Direito sucumbe.

Anteriormente, foi visto que a forma de produção chamada de Toyotismo se tornou universal, tendo sido, entretanto, processada de diversas formas nos países. Como não poderia deixar de ser, o ideal flexibilista foi sentido com maior intensidade nos países periféricos, abrindo uma cratera social maior ainda entre os homens, como conseqüência do desemprego estrutural.

O modelo típico, padrão de contrato de trabalho, passa a conviver com outras formas, atípicas e flexíveis, como o contrato por prazo determinado, a terceirização, o contrato a tempo parcial, o consórcio de empregadores, as cooperativas, dentre outros e outras situações também atípicas, como o banco de horas e algumas conseqüências equivalentes ao processo do trabalho, como as comissões de conciliação prévia, que ao fim e ao cabo, determinam um processo de precarização laboral e a mitigação da dignidade da pessoa humana, presentes no modelo padrão ordinário e industrial do trabalho (TEIXEIRA; BARROSO, 2009, p. 66).

Os contratos de trabalho atípicos surgiram para formalizar, de alguma forma, o emprego precário. O que antes era tido como exceção, hoje tornou-se regra.

As contratações são realizadas com base nesses modelos de “vínculo”, os quais são inadequados em face das normas e princípios do Direito do Trabalho.

O trabalho atípico se diferencia daquele ordinário, clássico, por diversas razões, como a forma de integração organizativa da empresa, disponibilidade temporal, regime constante de prestação de serviços, dentre outros (VASAPOLLO, 2006, p.49).

É justamente esse o atrativo do trabalho atípico para as empresas, a flexibilidade imposta aos trabalhadores, o que faz gerar a possibilidade do empresariado em ajustar a organização do trabalho de acordo com suas necessidades, a baixo custo. A tendência é que essa forma de prestação de trabalho seja utilizada cada vez mais pelas empresas, no mundo todo.

Córdova (1986, p. 436) ressalta para o fato de que só na Grã- Bretanha, um terço da força de trabalho se dá por meio de contratos atípicos; no Japão, em percentual, têm-se 15% dos trabalhadores nesta condição, e em mais de 50% da força de trabalho do Peru.

Diante desses dados, é percebido o avanço crescente do número de contratação atípica em todo o mundo, em especial, nos países em desenvolvimento.

A previsão, no ordenamento jurídico brasileiro, dos contratos de trabalho atípicos, onde não encontramos a mesma proteção existente nos contratos típicos, caracterizam o emprego precário (BARROSO, 2009, p. 52).

Com o emprego precário, cai o poder de subsistência e de compra dos trabalhadores, o que faz gerar uma grande crise, tendo em vista que os mesmos são também, consumidores. Além disso, essa situação de instabilidade e pobreza sobrecarrega os institutos sociais, a exemplo do INSS (Instituto Nacional de Seguro Social), os quais terão que prover os necessitados.

(...) do ponto de vista filosófico e humanista, a ampliação das hipóteses das modalidades de contratos não convencionais tende a desnivelar a tutela trabalhista, a restringir garantias sociais, inclusive a do pleno emprego e a da

profissionalização, enfraquecendo a Seguridade Social. São contratos prejudiciais, portanto, ao trabalhador e ao Estado (ARAÚJO, 2003, p. 162).

Como afirmado acima, os nefastos resultados da política neoliberal atingem não apenas os trabalhadores, como também o Estado de uma forma geral.

O Estado, por meio da adoção de formas de contratação que tornam o trabalho precário, diminui a proteção ao trabalhador. Diante disso, a este cabe aceitar e se adaptar às condições flexibilistas.

Diferentemente do que se alega, as formas não convencionais de contratação e a flexibilização, em geral, não diminuem o desemprego. Pelo contrário. Estas novas formas de contratação são fruto do desemprego já existente. Países da Europa reduziram os salários dos trabalhadores, com o intuito de aumentar o nível de emprego, sem, contudo, alcançar as expectativas (ROBORTELLA, 1994, p. 110).

Afora os postos de trabalho ocupados por altos empregados, são os trabalhadores excluídos (devido ao excesso de mão-de-obra) que preenchem as vagas de baixa qualidade e com alta rotatividade.

Os contratos atípicos de trabalho, usados normalmente para os trabalhadores menos qualificados, fazem com que se crie um fosso entre estes e aqueles mais qualificados, ainda ocupantes de bons cargos, com respeito à legislação. Esses contratos atípicos vinculam milhões de trabalhadores, em especial, mulheres, num percentual que chega a 90%, as quais realizam trabalhos não especializados e com baixa remuneração (ROBORTELLA, 1994, p. 222).

O aumento de mão-de-obra à disposição das empresas eleva o poder que tem o empregador de impor as condições de trabalho na forma como melhor lhe convier. Ao trabalhador, cabe aceitar ou não as condições criadas e impostas pelo empregador. Outra escolha não há, já que o poder de negociação foi perdido. Certamente, se não aceitar as condições, outro trabalhador o fará. O que torna bastante confortável a situação das empresas.

Feita a crítica aos contratos atípicos, por considerá-los como formas precárias de contratação, serão tecidas abaixo, em poucas linhas, as características de alguns desses contratos.

2.4.1 Contrato de trabalho por prazo determinado

O contrato de trabalho por prazo determinado tem como foco a duração do contrato de trabalho. Ele vincula o trabalhador à empresa por um tempo menor, tempo este que atenda à necessidade da mesma.

Magano (1984, p. 27) define o contrato de trabalho por prazo determinado como “contrato individual de trabalho, cujo termo final se fixa em conformidade com acontecimento futuro e certo e cuja configuração não fica na dependência exclusiva da vontade de uma das partes”.

A princípio, pode-se dizer que este tipo de contrato confronta com o princípio da continuidade da relação de emprego, o qual prima pelos pactos continuados, duradouros, que possam conferir segurança e certeza para as partes.

No Brasil, têm-se algumas previsões de contratação de trabalhadores por prazo determinado, por prazo certo ou temporário, como queiram. O artigo 443, § 1º da Consolidação das Leis do Trabalho prevê essa forma de contratação (“*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*”), além da lei n. 5.889/73 (art. 14-A: “*O produtor rural pessoa física poderá realizar contratação de trabalhador rural por pequeno prazo para o exercício de atividades de natureza temporária*); lei n. 6.019/74, a qual embora trate de trabalho temporário, e não determinado, não deixa de ser exemplo de implementação do contrato atípico, com determinação de sua duração (art. 1º: “*É instituído o regime de trabalho temporário, nas condições estabelecidas na presente Lei*”) e a lei n. 9.601/98 (art. 1º: “*As convenções e os acordos coletivos de trabalho poderão instituir contrato de trabalho por prazo determinado, de que trata o art. 443 da Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, independentemente das condições*

estabelecidas em seu § 2º, em qualquer atividade desenvolvida pela empresa ou estabelecimento, para admissões que representem acréscimo no número de empregados”), cada qual com suas particularidades. Mas todas com algo em comum: facilitação de contratação e maior facilitação ainda de dispensa.

De acordo com a Consolidação das Leis do Trabalho, o contrato por prazo determinado poderá ser instituído para o caso de contratação por experiência, quando a atividade empresarial for transitória ou o serviço a ser executado pelo trabalhador exija essa forma de contratação, seja pela sua natureza ou pela sua transitoriedade.

De forma geral, o contrato de trabalho temporário previsto na lei n. 6.019/74, será possível nos casos de substituição do pessoal regular e permanente ou para atender à necessidade transitória da empresa, quando houver excesso de serviço num dado momento, por exemplo.

No que concerne à contratação temporária, prevista na lei supracitada, o trabalhador:

é contratado pela empresa de trabalho temporário, que o envia para prestar serviços ao seu tomador ou cliente. Assim, a presença física do trabalhador temporário nas dependências do tomador dá-se não porque mantém um vínculo direto com este, mas porque lá está em nome da empresa de trabalho temporário (NASCIMENTO, 2001, p. 173).

Ainda em relação à citada lei, a subordinação existente é dupla, tendo em vista que o trabalhador será subordinado à empresa com a qual mantém vínculo, bem como à empresa que necessita de seus serviços, de forma transitória.

Na prática, os trabalhadores temporários espalhados estão duplamente subordinados. Mais à sua empregadora, mas inevitavelmente também à tomadora, pois é na sua empresa que trabalham, sendo impossível sua empregadora dirigir e fiscalizar todos eles continuamente (CATHARINO, 1997, p.80).

Por sua vez, a lei n. 9.601/98 foi a que mais defendeu os interesses patronais, quando previu, sem limites, a contratação por prazo determinado. De acordo com o referido instrumento normativo, independente das condições exigidas e dos limites impostos pelo artigo 443, § 2º da CLT (“*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*”) e da natureza da atividade, em havendo necessidade, poderão ser contratados trabalhadores por prazo certo. A única exigência legal para esta contratação é a previsão em acordo ou convenção coletiva de trabalho. Flexibilização com respaldo sindical.

Numa rápida leitura da lei em comento, verifica-se o total descompasso com os direitos trabalhistas, pois foram admitidas a redução temporária da alíquota do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS), para 2%, a mitigação da estabilidade, a possibilidade de inúmeras prorrogações do contrato, facultando às empresas a não contratação por prazo indeterminado etc.

De forma geral, os contratos por prazo determinado limitam o tempo de convivência dos trabalhadores com a empresa, tornando a relação de trabalho temporária.

De uma maneira objetiva, a precarização seria a temporalidade da relação laboral sem vínculos indefinidos, a inserção do trabalho à jornada incompleta e a perda de direitos e garantias sociais dos trabalhadores além de deixá-los a mercê dos empregadores quanto à negociação (BARROSO, 2009, P. 72).

Mesmo diante dessas rápidas linhas, vê-se que a contratação com determinação de prazo atinge inúmeros direitos do trabalhador, com a bandeira do crescimento do emprego.

2.4.2 Contrato de trabalho temporário

O Direito do Trabalho Ordinário prima pela continuidade da relação de trabalho. Desta forma, deve ser dada preferência à contratação sem determinação de prazo, a fim de que haja um laço mais sólido entre os contratantes.

Tanto o contrato por prazo determinado, visto anteriormente, quanto o contrato de trabalho temporário ferem o preceito da continuidade da relação de trabalho, por limitarem essa relação a um lapso temporal.

Mas, o que vem a ser contrato temporário?

O contrato de trabalho temporário é aquele onde uma empresa de trabalho temporário se dispõe a oferecer trabalhadores, temporariamente, à outra empresa. Os trabalhadores possuem vínculo com a empresa que aloca mão-de-obra, e não com a tomadora de serviços.

A lei n. 6.019/74 disciplinou a matéria em análise. De acordo com o disposto na citada lei, em seu artigo 2º, o “Trabalho temporário é aquele prestado por pessoa física a uma empresa, para atender à necessidade transitória de substituição de seu pessoal regular e permanente ou à acréscimo extraordinário de serviços”.

A justificativa para essa contratação é a necessidade transitória de trabalhadores, por uma certa empresa, a qual, ao invés de contratá-los diretamente, o faz por meio de outra empresa (BARROS, 2006, p. 420).

Toda vez que uma empresa sentir a necessidade de substituir, transitoriamente, seu pessoal regular ou ainda no caso de haver acréscimo extraordinário de serviço, ela poderá contratar trabalhadores, de forma temporária, com a intermediação de uma empresa especializada em oferecer trabalhadores nessas condições.

É denominado temporário, pois a legislação exige que o contrato de trabalho temporário, envolvendo o mesmo trabalhador, tenha uma vigência máxima de

três meses, podendo ser prorrogado por mais três meses, se houver autorização do Ministério do Trabalho e Emprego (artigo 10, da lei 6.019/74).

Entende-se que a contratação temporária é uma forma de terceirização, tendo em vista que existe a mesma relação tripartite, envolvendo trabalhadores, uma empresa que põe na vitrine do mercado de trabalho esses mesmos trabalhadores e outra empresa que contrata a anterior.

A diferença consiste nos motivos da contratação (substituição do pessoal regular e permanente ou acréscimo extraordinário de serviços), bem como no prazo máximo da contratação, citado acima.

2.4.3 Contrato a tempo parcial

De acordo com o artigo 58-A, da CLT, “Considera-se trabalho em regime de tempo parcial aquele cuja duração não exceda a vinte e cinco horas semanais”.

Não há que confundir o contrato a tempo parcial com os contratos especiais de médicos, ascensoristas, telefonistas, os quais importam em jornada inferior à normal (MARTINS, 2009, p. 127).

O contrato a tempo parcial é aquele, portanto, em que o trabalhador labora com uma jornada inferior a dos demais trabalhadores. A jornada caracterizadora do tempo parcial não pode ser superior a de 25 horas por semana.

Isto acarreta sérias conseqüências, pois o salário do trabalhador, nestas condições, será proporcional ao dos trabalhadores que prestam serviços em jornada comum. Ou seja, poderá ter um caso de pessoas que recebam salários inferiores ao mínimo legal, com a aquiescência do Estado. Essa diminuição do salário tem outras implicações, como a redução na contribuição junto ao Instituto Nacional de Seguro Social (INSS), ao Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS), e redução do valor do repouso semanal remunerado (RSR) etc.

Além disso, como todo contrato precário, o contrato a tempo parcial é preenchido por pessoas sem qualificações, que se encontram fora do mercado de trabalho. E, por esse e outros motivos, as empresas não investem nesses trabalhadores, além de não observarem, geralmente, as normas de segurança e higiene no trabalho.

“O contrato a tempo parcial busca responder aos interesses temporários e específicos das leis do mercado, dos modelos econômicos e sociais engendrados pela globalização e pela flexibilização” (ARAÚJO, 2003, p. 145).

O contrato a tempo parcial é mais uma forma de flexibilizar os postulados do Direito do Trabalho.

O trabalho em tempo parcial se insere no conjunto de providências tomadas pelo legislador, no sentido de flexibilizar o contrato individual de emprego e suas condições. Neste caso, a flexibilização é da duração do trabalho com adequação correspondente da contraprestação salarial (PINTO, 2007, p. 298-299).

Como nas demais hipóteses, o contrato a tempo parcial procura “aumentar o índice de emprego”, mas o que se vê é a taxa de desemprego sempre crescente, resultando “apenas” na mitigação de direitos trabalhistas.

2.4.4 Terceirização

A análise deste tipo contratual será deixada para o momento oportuno, em um capítulo próprio.

2.4.5 Trabalho em domicílio

O trabalho em domicílio é visto como aquele realizado na residência do empregado, evitando que o mesmo se desloque ao estabelecimento do empregador.

Na visão de Catharino (1997, p. 74), “é o trabalho realizado no domicílio, residência ou oficina do trabalhador, de sua propriedade ou posse”.

Estima-se que o trabalho em domicílio possa aumentar a produtividade, tendo em vista que as interrupções do trabalho são menores, além de que o trabalhador realiza suas atividades com mais satisfação, por estar em sua residência (ROBORTELLA, 1994, p. 136).

A Consolidação das Leis do Trabalho, em seu artigo 6º, refere-se ao trabalho em domicílio, quando afirma que “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”.

Como se vê, procurou-se igualar o trabalho executado no estabelecimento da empresa com aquele realizado no domicílio do trabalhador. As garantias serão as mesmas desde que existente o vínculo de emprego. Presentes os requisitos da relação de emprego, o trabalhador em domicílio terá a mesma vinculação e acarretará nas mesmas obrigações legais para o seu empregador.

O trabalho em domicílio não deve ser analisado de forma tão entusiástica pelos trabalhadores, já que seus vínculos com a empresa serão cada vez menores, pois a procura por seus trabalhos só ocorrerá quando necessária aos interesses empresariais, aniquilando o trabalho permanente.

Destaque-se para o fato de que o trabalho em domicílio é mais uma forma de flexibilização da relação de trabalho, pois por meio dele, enxugam-se os postos formais e concentrados de trabalho e substituem-nos por trabalhos precários. Trata-se de mais uma forma de alteração do processo de produção, onde, geralmente, homens são substituídos por mulheres que têm sua força de trabalho explorada e mal paga.

O trabalho em domicílio é remunerado por unidade e sendo realizado fora de estabelecimento fabril do tomador, empregador, ou não, enseja exploração, devida a que o trabalhador, para confeccionar a maior quantidade de unidades, o mais rápido possível, vale-se do trabalho de familiares, agrupados e dependentes, terceiros em relação ao tomador (CATHARINO, 1997, p. 75).

A Organização Internacional do Trabalho (OIT) editou a convenção n.177, de 1996 (ainda não ratificada pelo Brasil), a qual regula o trabalho em domicílio, considerando que os trabalhadores a domicílio, em sua maioria, são constituídos por mulheres, formando uma categoria de trabalhadores particularmente vulneráveis, geralmente devido ao caráter informal do seu estatuto e à falta de proteção jurídica de que dispõem, ao seu isolamento e ao seu fraco poder de negociação.

O fraco poder de negociação é mais uma questão interessante a ser levantada quanto ao trabalho em domicílio. Os trabalhadores que fazem parte do universo do trabalho em domicílio são, de fato, desprovidos de proteção sindical. Eles são isolados dos demais trabalhadores, o que dificulta a agregação. A realização do trabalho, por se dar dentro do domicílio do trabalhador, afasta-o do convívio com os demais, dificultando as relações sociais e o fortalecimento sindical.

Tendo em vista os males trazidos à classe trabalhadora, o trabalho em domicílio deve ser visto como mais uma forma de precarização laboral.

2.4.6 Trabalho voluntário

O trabalho voluntário surgiu como mais uma tentativa de não aplicação das leis trabalhistas. Criado pela lei n. 9.608/98, o trabalho voluntário deve ser entendido como aquele em que o prestador executa serviços sem intenção na sua contraprestação, ou seja, no salário. Vejamos o que nos diz o artigo 1º da citada lei:

Considera-se serviço voluntário, para fins desta Lei, a atividade não remunerada, prestada por pessoa física a entidade pública de qualquer natureza, ou a instituição privada de fins não lucrativos, que tenha objetivos cívicos, culturais, educacionais, científicos, recreativos ou de assistência social, inclusive mutualidade

Ao se tentar fazer uma interpretação literal do termo “voluntário”, poderia ser pensado em algo contrário ao obrigatório (escravo, militar, júri etc.). No entanto, o termo deve ser compreendido apenas no sentido de que não enseja um pagamento pelos serviços prestados, visto que o trabalho regulado pelo Direito do Trabalho, o

trabalho eventual e o autônomo, apenas para citar alguns, são tipos de trabalho voluntários (VILHENA, 1998, P. 39 *apud* CARELLI, 2004, P. 78).

O fato de o trabalho voluntário ser desprovido da obrigação de remunerar faz com que ele não seja caracterizado como contrato de emprego, haja vista a inexistência do requisito da onerosidade, presente em todos os contratos regulados pelo Direito Laboral.

Sem dúvida alguma, esse fator (não onerosidade) é essencial para diferenciar o trabalho voluntário do contrato de emprego, pois quanto aos demais requisitos da relação de emprego (como, trabalho prestado por pessoa física, personalidade, etc.) eles estão todos presentes no trabalho voluntário (CARELLI, 2004,p. 83).

Portanto, é uma linha muito tênue que separa os dois contratos em análise. Se o julgador se deparar com uma situação tendente a maquiar o verdadeiro contrato de emprego, pelo simples fato de não haver remuneração, poderá ser reconhecido o vínculo entre o prestador de serviços e o tomador.

2.5 Os efeitos da flexibilização na relação de trabalho: precarização laboral

Os ideais neoliberais primam pela abertura do mercado nacional e a conseqüente flexibilização da legislação social, através da intervenção cada vez menor do Estado na relação de trabalho, pelo corte das despesas sociais, concentração de poder e de riqueza nas grandes empresas etc.

A sociedade pós-moderna, liberal, é colocada na História como contemporânea aos ideais flexibilistas. A flexibilização, rotulada como a solução para o desemprego é, na verdade, a maior contribuinte para tal situação. Essa sociedade pode ser identificada pelo aumento do desemprego mundial, de forma estrutural, por meio de mais uma forma de reestruturação da produção e pela precariedade do emprego.

O trabalho assalariado sofreu redução, ao passo que a precarização das condições e relações de trabalho tiveram um avanço. Desde a década de 90 do Século XX, a sociedade brasileira vive um clima de retrocesso no mundo do trabalho (POCHMANN; BORGES, 2002, p. 45).

A realidade está a demonstrar que todos os processos de flexibilização até agora implementados não redundou em criação de novos postos de trabalho. Ao contrário do prometido, só precarizam direitos, contribuindo para a redução da massa salarial e para o aumento da informalidade do mercado de trabalho (LEITE, 2003, p. 276).

O Direito passa a modelar, de forma diferenciada, as relações de trabalho e os direitos trabalhistas são cada vez mais reduzidos, transformando-se em objeto de disposição nos contratos de trabalho. Tudo admitido por um Estado empresarial, onde a concretização dos direitos sociais passa a ser encarada como um ônus. A ordem do momento é flexibilizar e, sendo elemento de manutenção dessa ordem (econômica), o Direito não só a aceita, como a legítima.

Para contribuir com a “inércia” e a “subserviência estatal”, as organizações sindicais se encontram enfraquecidas, deixando de haver uma contramão aos interesses puramente econômicos. Não poderia ser diferente, já que as entidades sindicais não encontram, nos contratos atípicos, o espírito de solidariedade e de classe.

O trabalhador passa a ficar imerso num (sub) mundo aparentemente sem volta, já que seu trabalho não passa de mera mercadoria, a qual, a partir do momento que não mais servir, será substituída sem maiores dificuldades. Diante dessa realidade que, a bem da verdade, teve início em pleno apogeu do sistema fordista de produção (HARVEY, 2000, p. 132 *apud* CARELLI, 2003, p. 40-41), o trabalhador se submete às regras da oferta e da procura. O trabalho que surgir será bem vindo, mesmo que desconsidere seus direitos trabalhistas, estes relegados a segundo plano.

Diante do crescente desemprego e da desregulação do mercado de trabalho, trabalhadores excedentes aceitam ocupações sem remuneração, em troca de

alimentação, moradia, transporte, educação, entre outras situações vexatórias (POCHMANN; BORGES, 2002, p. 57).

Como destacado, o processo de degradação do mercado de trabalho teve início durante a vigência do sistema fordista, o qual foi implantado sob diversas formas em todas as partes do mundo. Portanto, a disseminação mundial dos benefícios do sistema fordista-keynesista (limitação da jornada de trabalho, salários, empregos duradouros, identificação do trabalhador com a empresa), foi desigual.

Na maior parte do mundo, até em alguns países centrais, a subcontratação passou a ser utilizada como válvula de escape aos custos trabalhistas gerados pelo fordismo. A destruição do mercado de trabalho formal, ordinário, não se deu de forma repentina, mas sim gradual. A cada momento ele declina mais. Tanto que hodiernamente, momento crítico para o trabalho digno, o trabalhador não passa de ferramenta da empresa, meio, instrumento de produção.

O sistema Toyotista, por sua vez, inseminou o ideal flexibilista, por meio da contratação atípica e da delegação, a outras empresas, de parte da produção, dentre outras práticas. O argumento usado para flexibilizar é o de “criar” postos de trabalho, pois como menos rigidez, o patronato teria maior autonomia para gerir seu negócio. Com o Estado um pouco mais distante, facilitando a flexibilidade das relações, o índice de emprego aumentaria. Entretanto, o que se viu foi que a taxa de desemprego só fez aumentar em todo o mundo.

Os efeitos positivos da nova prática não foram sentidos pela classe trabalhadora. Se o discurso se dá em torno da idéia de flexibilizar para aumentar postos de trabalho (dignos), não é isso que ocorre na prática, pois o que se observa é o surgimento de trabalhos precários, de subcontratos. A conjuntura fez com que os trabalhadores se submetessem a condições precárias de trabalho e desrespeito aos seus Direitos Humanos.

A precarização dos empregos pode ser entendida como uma das primeiras conseqüências ou características da política de flexibilização das relações laborais. As normas de Direito do Trabalho, que contemplam condições de

contratação de maneira diversa ao **contrato ordinário de trabalho**, acabam por trazer ao ordenamento jurídico, de acordo com as necessidades mercadológicas de utilização da mão-de-obra formal, a inerente incerteza do mercado (BARROSO, 2009, P. 47).

A precariedade dos contratos de trabalho é o carro-chefe (mascarado) da flexibilização, visto que as empresas não possuem mais o interesse em contratar a grande massa de trabalhadores com base no contrato ordinário de trabalho, e sim por meio dos contratos atípicos. Apenas os altos cargos permanecem com as antigas características.

Sem o devido respeito e manutenção dos direitos elencados em todo o artigo 7º da Constituição Federal, os direitos sociais dos trabalhadores, como férias, fundo de garantia por tempo de serviço, proteção à maternidade, proteção ao jovem trabalhador, jornada de trabalho limitada, tratamento igualitário entre os trabalhadores, ficam refutados. Além desses, os próprios direitos de associação (artigo 8º, Constituição de 1988) e de greve (artigo 9º, Constituição de 1988) também sofrem redução quanto a sua importância, haja vista que a classe trabalhadora não forma mais um grupo homogêneo, o que gera sérias dificuldades para se agruparem para a defesa de seus interesses.

Além de ofender os direitos sociais dos trabalhadores, a flexibilização, como um todo, agride princípios fundamentais com igual previsão na Constituição do Brasil de 1988. Podem ser citadas ofensas ao princípio da igualdade de tratamento, ao princípio-valor da dignidade da pessoa do trabalhador, tendo em vista que os novos “postos de trabalho” não o dignificam, ao princípio da proibição de retrocesso social, já que a tendência de tornar menos rígida a legislação trabalhista, retira o caráter protetor da mesma, fazendo o Estado desconsiderar toda a estrutura do Direito do Trabalho, dentre outros.

Embora parte da doutrina (BARROSO, 2009, p. 54) entenda que não há um liame necessário entre precariedade e contratos atípicos, entendo, data vênia, que

existe sim essa ligação, haja vista que os contratos atípicos, de uma forma ou de outra, retiram garantias do trabalhador, tornando a relação de trabalho menos protegida.

A flexibilização foi e está sendo utilizada largamente em todo o mundo. Na América Latina, vários exemplos de desmantelo do cenário trabalhista podem ser citados, como é o caso do Chile, da Argentina e do Brasil. Em todos esses países, direitos trabalhistas foram desconsiderados em prol da política de “geração de emprego”.

O Brasil já tem hoje uma das legislações trabalhistas mais flexíveis do mundo! Os direitos trabalhistas do empregado brasileiro estão em conformidade com as diretivas internacionais estabelecidas e acordadas na Organização Internacional do Trabalho (OIT), de forma flexível e sem privilégios. A suposta rigidez é apenas retórica, resultado de um discurso sem nenhuma comprovação na realidade (SIQUEIRA; ACCIOLY, 2007, p. 22).

Houve, como ainda há, um verdadeiro recuo da imperatividade das leis trabalhistas, onde convenções e acordos coletivos reduziram a força dos direitos trabalhistas, ao argumento de que a intervenção do Estado na relação de trabalho prejudica o crescimento da empresa, o que, para os opositores da flexibilização, causa o desemprego. Essa delegação de funções do Estado passa a ser grave, tendo em vista que a relação de trabalho envolve partes desiguais, faltando o equilíbrio necessário para o bom andamento das negociações.

Há quem defenda a formalização da subcontratação, como forma necessária de repartir o trabalho. Para atingir o pleno emprego, utiliza-se, como recurso emergencial, o reconhecimento oficial dos contratos atípicos, conferindo total legitimidade ao emprego precário, desvirtuando os fins do Estado (ROBORTELLA, 1994, p. 209-210).

Essas novas formas atípicas de contratação são preocupantes, devido ao seu caráter frágil e precário, trazendo conseqüências negativas à classe trabalhadora (CÓRDOVA, 1986, p. 432).

Com as condições precárias de emprego, o trabalhador torna-se vulnerável às exigências patronais, perdendo força e poder de discussão diante do empregador. Ao conviver com o desemprego, o trabalhador opta por uma ocupação, por mais precária que seja.

As novas formas de contratação atendem, em especial, às empresas que procuram reduzir seus custos. Entretanto, quando do momento financeiramente positivo para a empresa, não há uma contrapartida em favor dos trabalhadores, os quais continuam, igualmente, submetidos a subcontratações. Esse quadro é permanente.

No Brasil, podem ser citados como exemplos de flexibilização alguns incisos do artigo 7º da Constituição Brasileira, como o inciso I, (*“relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos de lei complementar, que preverá indenização compensatória, dentre outros direitos”*); o inciso VI, (*“irredutibilidade do salário, salvo o disposto em convenção ou acordo coletivo”*); o inciso XIII, (*“duração do trabalho normal não superior a oito horas diárias e quarenta e quatro semanais, facultada a compensação de horários e a redução da jornada, mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho”*) e o inciso XIV, (*“jornada de seis horas para o trabalho realizado em turnos ininterruptos de revezamento, salvo negociação coletiva”*) (grifos nossos).

Esses exemplos retratam a possibilidade dos direitos sociais dos trabalhadores serem relativizados em prol da negociação coletiva ou da própria lei. O emprego deve ser protegido contra a despedida arbitrária, mas em caso de dispensa compensa-o com uma indenização prevista em lei, como se o importante fosse proteger o bolso do trabalhador, e não o seu emprego; o salário não pode sofrer redução, em regra, já que a negociação coletiva pode reduzi-lo; a jornada é limitada, mas admite-se a sua compensação ou redução mediante negociação coletiva; por fim, o trabalho realizado em turno ininterrupto de revezamento, sistema de rodízio de horário, tem jornada reduzida, tendo em vista os prejuízos que gera ao organismo do trabalhador, mas admite-se sua majoração, mediante negociação coletiva.

Como se percebe, a Constituição do Brasil, com fortes traços sociais, já nasceu admitindo práticas que flexibilizam, que tornam os direitos nela previstos, maleáveis.

Catharino (1997, p. 58) considera que previstas as possibilidades de tornar flexível alguns direitos do trabalhador, abre-se o caminho para a desregulamentação.

As empresas transnacionais buscam, cada vez mais, mercados com mão-de-obra barateada e desprovidos de proteção social. É uma verdadeira corrida às regiões menos politizadas e com legislações fracas, pois nestes lugares, torna-se conveniente a realização do novo tipo de produção, a exemplo da Guatemala, China, Honduras etc. Em contrapartida, países com legislação social mais eficaz têm crises de emprego mais agravadas.

Os próprios países subdesenvolvidos travam guerras para atrair as grandes empresas, submetendo-se a todos os tipos de exigências. A primeira delas é em relação ao trabalho.

A sociedade capitalista atual, estruturada no individualismo e nas velhas idéias herdadas do liberalismo econômico, tenta impor a subordinação dos interesses humanos em face do capital, elevado à categoria do valor supremo da vida dos povos (ARAÚJO, 2003, p. 89).

Um dos pontos centrais da flexibilização do trabalho é a terceirização, através da qual a empresa se responsabiliza pela produção da sua atividade central, fim, enquanto que várias outras realizam parcelas dessa produção. O que antes era concentrado no interior das fábricas, hoje a produção é fragmentada, restando para a empresa a finalização do produto, apenas.

Ganha prestígio, assim, a idéia de *empresas em rede*, uma modalidade de estruturação do empreendimento capitalista pela qual as clássicas concentração e centralização do capital se realizam mediante unidades empresariais de pequeno, médio e outras de grande porte, ao invés da via tradicional estruturada em torno de megas plantas empresariais.

(...)

Note-se que tal descentralização ou subcontratação empresarial (às vezes conhecida como terceirização empresarial) enfraquece os caminhos clássicos de atuação do sindicalismo – por ser este, tradicionalmente mais forte nas grandes empresas -, contribuindo também para fracionar, em alguma medida, ainda que em um primeiro instante, este mesmo movimento sindical (DELGADO, 2007, p. 42).

Com o fracionamento da atividade em várias empresas, enfraquece-se o sindicalismo, visto que deixa de existir um aglomerado homogêneo de trabalhadores, dificultando a união dos mesmos. Mas essa não é a única causa para a crise das entidades sindicais.

(...) As taxas de sindicalização caíram a patamares próximos ao do regime militar; a presença nas atividades sindicais refluuiu; a credibilidade dos sindicatos declinou (passou de segunda instituição mais respeitada na sociedade, nos anos 80, para a nona em todas as pesquisas); a perda de receita, resultante do desemprego, levou à falência de muitas entidades; o número de greves e grevistas despencou. Diante dos obstáculos, alguns autores até prognosticaram a crise terminal do sindicalismo (POCHMANN; BORGES, 2002, p. 100).

Outra questão que merece destaque no que concerne às mudanças no trabalho humano, é em relação à forma de trabalho daqueles que ainda conseguem uma ocupação. Com as regras Toyotistas, os trabalhadores são encarregados de várias obrigações e ainda se exige deles a iniciativa para a resolução de questões outras que surgirem no decorrer de sua ampla jornada.

Existem também os trabalhos em equipe, onde se percebe um aumento da competitividade dentro da empresa. Grupos de trabalhadores passam a ser verdadeiros inimigos, pois melhores benefícios terá aquele grupo que se destacar. Sem mencionar que dentro do próprio grupo, situações delicadas surgem, já que cada membro se exerce pressão sobre outro para barganhar um bom resultado.

Estas práticas não devem ser vistas com bons olhos, já que essa pressão havida no âmbito empresarial, incutindo cada vez mais na cabeça dos trabalhadores a

idéia de lucro crescente e dependente de seu trabalho, é uma nova roupagem de controle social.

Diferentemente do que afirmam, não foram, como não são, os direitos sociais reconhecidos pelo Estado, os responsáveis pelo crescente desemprego. Como visto acima, a produção encabeçada pelo atual modelo capitalista deve ser restrita à demanda. Assim, só se emprega se houver necessidade. Esta prática é que foi responsável pelo desemprego. Mesmo quando há um aumento da demanda, as empresas nem sempre contratam formalmente novos trabalhadores, pois mais lucrativo exigir, dos que lá já se encontram, horas extras ou subcontratar (MARTINS, 1999, p. 41 *apud* CARELLI, 2003, p. 61).

Em decorrência do desemprego, aumentam os postos de trabalho precários, os quais serão sempre preenchidos, com o contrato de trabalho por prazo determinado, a terceirização, o trabalho em domicílio, banco de horas e o *part-time*. Estes postos precários são preenchidos por trabalhadores sem ou com pouca qualificação. Por outro lado, ainda restam mantidos os postos formais de trabalho, com respeito às garantias trabalhistas, sendo estes ocupados pelos trabalhadores com qualificação. Percebe-se assim, uma divisão do mercado de trabalho entre trabalhadores qualificados (ocupantes de altos cargos) e não qualificados (subcontratados). Para aqueles, o mercado formal de trabalho sempre estará aberto.

No que concerne à qualificação profissional, no âmbito dos contratos atípicos, nunca haverá interesse, por parte do empregador, de qualificar os trabalhadores, tendo em vista que os mesmo permanecerão por pouco tempo na empresa. Em não havendo perspectivas de continuidade do contrato atípico, não há porque a empresa ter gastos com esse trabalhador, já que não terá retorno.

Diante de tantas formas precárias de contratação, as quais, com o tempo, só fizeram agravar ainda mais as condições de trabalho, verifica-se total desrespeito aos princípios fundamentais, aos princípios próprios do Direito do Trabalho, bem como aos Direitos Humanos previstos na Carta de 1988 que dão guarida aos trabalhadores. Especificamente no que se refere aos princípios trabalhistas, afirmam que eles estão

defasados diante da atual política. De fato, se a política em voga é a de flexibilizar direitos consagrados há décadas, os princípios do Direito do Trabalho, assim como o próprio Direito do Trabalho encontram-se rechaçados. Notem que os paradigmas foram invertidos. O que antes era visto como protetor dos hipossuficientes, hoje é encarado como empecilho ao “desenvolvimento” e crescimento econômicos.

Com a transformação dos valores advindos da flexibilização das normas laborais, não se está levando em consideração o fator humano. Este sim está degradado em detrimento dos valores aparecidos e benéficos aos empregadores, levando-se a uma mercantilização do mercado de trabalho (BARROSO, 2009, p. 73).

Outra questão pouco discutida em relação aos efeitos da flexibilização, e sua conseqüente precarização laboral, é o aumento da criminalidade. Ora, se faltam postos de trabalho, e estes, quando existentes são em desconformidade com o espírito do Direito do Trabalho, além da falta de políticas públicas sociais de longo prazo, a massiva parcela da população desprovida de dignidade e respeito, migra para a criminalidade. Não é à toa que este índice tem aumentado em todas as partes do mundo. Um problema que inicialmente era de cada pessoa, passa para o coletivo das mais diferentes formas. Não que a ausência de emprego seja a única causa da criminalidade, mas de fato, ela contribui bastante.

A flexibilização ainda traz outra conseqüência negativa, que é a alta rotatividade de mão-de-obra existente nos contratos atípicos. Deixa-se de existir um vínculo de longo prazo, duradouro, para se dar lugar a contratos de curta duração, para não se falar de informalidade.

A alta rotatividade que os contratos atípicos ensejam traz, também, como conseqüência, custos elevados para a manutenção do sistema público de proteção contra o desemprego, expressos nos seguros, treinamento profissional, procura de novas vagas, previdência social, etc. (ARAÚJO, 2003, P. 161).

Como visto, o instituto da flexibilização provoca efeitos negativos não apenas para a classe trabalhadora, o que já seria suficiente para seu repúdio, mas

também para toda a sociedade que sofre com o número de desempregados, falta de circulação da riqueza, incertezas e criminalidade.

O pior ainda estar por vir, devido à constante fragmentação do ordenamento trabalhista, o qual se ajusta, cada vez mais, para atender à flexibilização, o que tornará o sistema protetor do trabalho totalmente contaminado.

3 Terceirização e Súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho: ofensas aos Direitos Humanos do trabalhador e a Princípios Fundamentais

“O trabalho não é uma mercadoria” (Constituição da OIT)

3.1 Aspectos gerais acerca da terceirização

Nas últimas décadas do século XX, o mundo passou a conhecer uma idéia que, em pouco tempo, foi sendo difundida e invadiu sobremaneira a relação de trabalho. Fala-se da flexibilização. Com a crise do capitalismo, este sentiu a necessidade de se reinventar. Desta feita, novas práticas começaram a ser realizadas, no sentido de, dentre outros, tornar o mercado de trabalho mais flexível, em prol da reconstrução valorativa do capital.

O acontecimento responsável pela criação daquilo que viria a ser, no futuro, responsável por grande parte da precarização da relação de trabalho foi a globalização. A partir do momento em que o mercado nacional deixa de ser suficiente, havendo necessidade de sua expansão, passaram a imaginar formas de tornar os encargos sociais das empresas menores. E, nessas situações, quem primeiro sofre com as conseqüências, são os trabalhadores.

A terceirização, uma das formas de flexibilização, é uma prática que vem sendo cada vez mais usada pelas entidades empresarias, pela razão de que diminui os custos com trabalhador. Num mundo cada vez mais sem fronteiras, a empresa precisa ter menos gastos para suportar a concorrência global. Estes são os argumentos (econômicos e políticos) daqueles que não levam em consideração que estão tratando com trabalhadores, pessoas responsáveis por suas famílias, trabalhadores estes que, pela nossa Constituição, têm direito ao trabalho digno.

No Brasil, a terceirização foi intensificada e disseminada na década de 90, a fim de reestruturar a produção, tendo como objetivo o alcance de índices consideráveis de competitividade (DIEESE, 2008, p. 73 e 77).

As empresas, no intuito de se modernizarem tecnologicamente e se tornarem competitivas, passaram a enxugar seus postos de trabalho, reduzindo os custos. Resultado: piora das condições de trabalho.

“Em países como o Brasil aumentou o que passou a ser chamado de terceirização e precarização do trabalho, com destaque ao aumento da informalidade do trabalho, rotatividade de mão-de-obra e desemprego” (ALEMÃO, 2004, p. 31).

Pequenas e médias empresas passaram a se especializar no fornecimento de mão-de-obra, com o intuito de atender aos anseios das grandes empresas e das transnacionais, anseios estes no sentido de reduzir os encargos trazidos pelo emprego direto. Os custos que eram fixos passam a ser variáveis. A depender das necessidades, a empresa-cliente aluga mais ou menos mão-de-obra.

Como se verá, a terceirização é uma verdadeira forma de precarizar o trabalho, de torná-lo flexível, fraco. Não há uma fórmula mágica para a redução de custos a não ser precarizando direitos trabalhistas. E é justamente isso que as empresas vêm fazendo.

3.2 Delineamentos conceituais acerca da terceirização

Embora haja divergências na doutrina quanto à nomenclatura do fenômeno da terceirização, por se utilizarem também dos termos subcontratação, descentralização, exteriorização, parceria, dentre outros, procurar-se-á chamá-lo da forma como ele é mais conhecido, ou seja, de terceirização.

Embora o termo “terceirização” seja peculiar à Ciência da Administração, ele vem sendo largamente usado também no Direito. A denominação correta para a prática de delegar a outro a realização de certa atividade ou serviço, para o Direito, seria “contrato de fornecimento”, “subcontratação”, “locação de serviços”, e outras que mais se adéqüem às estruturas da ciência jurídica (NASCIMENTO, 1993, p. 20 *apud* ROBORTELLA, 1994, p. 240).

A terceirização, esclareça-se, não é um fenômeno jurídico, mas sim pertencente à Ciência da Administração de Empresas. Foi desenvolvido, primeiramente, para horizontalizar a atividade empresarial, exteriorizando a cadeia produtiva e, posteriormente, para minimizar os custos gerados pelo trabalho humano diretamente prestado à empresa. Por isso que a terceirização sofre tantas críticas, pois não foram levados em consideração vários aspectos jurídicos, a exemplo da legislação trabalhista, dos princípios do Direito do Trabalho, dos princípios constitucionais de Direito do Trabalho, dos Direitos Humanos do trabalhador, dentre outros.

A maioria das empresas atualmente mantém contratos de prestação de serviços com outras (prestadoras), para que estas executem as atividades desejadas por aquelas.

A utilização do próprio termo 'terceirização' já indica a real intenção do empresariado brasileiro no repasse a 'terceiro', outro qualquer, da posição de empregador na relação empregatícia (e conseqüentemente da responsabilidade sobre os encargos e direitos trabalhistas) com seus empregados (CARELLI, 2003, p. 221).

Na terceirização, a relação de trabalho deixa de ser bilateral e direta, entre empregador e trabalhador, para ser trilateral ou triangular, como queiram. Esta relação, portanto, tem em seus vértices o trabalhador, a empresa tomadora de serviços (real beneficiária da força de trabalho humano) e a empresa prestadora de serviços, que é quem possui vínculo com o obreiro.

Monereo Pérez (2006, p. 180) define a terceirização como:

una técnica de organización de la producción y de la gestión em virtud del cual una empresa decide no realizar una fase variable de su creatividad com las personas y medios propios desplazando la misma a otras personas o empresas com quienes establece fórmulas variadas de cooperación.

Uma empresa decide externalizar uma ou mais fases da produção, atribuindo-as à outra empresa, a qual ficará responsável pela consecução do que lhe foi contratado.

Por sua vez, Córdova (1989, p. 434) entende a terceirização como uma das “formas triangulares de la relación de empleo”.

(...) insere-se no interior da relação efetiva entre trabalhador e seu tomador de serviços uma empresa intermediária, chamada prestadora de serviços que passa a responder pelo vínculo empregatício com o obreiro. Ao invés, portanto, da clássica sistemática pela qual o tomador de serviços habituais enquadra-se como empregador da pessoa física que lhe presta serviços, separam-se, artificialmente, as relações, por meio da inserção, nesta seara, da empresa prestadora de serviços, que passa a deter o vínculo empregatício com o obreiro (DELGADO, 2007, p. 44).

O vínculo empregatício se dá entre o trabalhador e a empresa de trabalho terceirizado. O liame existente entre as empresas prestadora e tomadora é de cunho civil ou administrativo.

Mas, o que vem a ser a terceirização?

Robortella (1994, p. 236) entende o processo da terceirização como a “existência de um terceiro que, com competência, especialidade e qualidade, em condição de parceria, presta serviços ou produz bens para a empresa contratante”.

“Terceirização é o processo pelo qual uma empresa deixa de executar uma ou mais atividades realizadas por trabalhadores diretamente contratados e as transfere para outra empresa” (DIEESE, 2008, p. 74).

Percebam que nas conceituações transcritas sempre se encontra referência a uma relação trilateral.

Pamplona (2002, p. 36), comungando de parecidas idéias, entende a terceirização como sendo a “transferência do segmento ou segmentos do processo de produção da empresa para outros de menor envergadura, porém de maior especialização na atividade transferida”.

As empresas-tomadoras reservam para si apenas as atividades essenciais à consecução de sua finalidade. Todo o restante da produção é repassado a um terceiro.

Stricto sensu, a delegação de tarefas produtivas de uma empresa a outra para a fabricação de componentes intermediários do produto final (produção horizontalizada ou cadeia externa de produção), o que na empresa contratante faz prescindíveis os empregados que desenvolviam a função externalizada (BARROSO, 2005, p. 59).

Percebe-se que o autor supracitado destaca para o fato de que a classe trabalhadora tornou-se objeto do empresariado, o qual daquela se utiliza quando desejar, e descarta quando não mais servir ou não lhe for mais útil.

(...) pode-se compreender a terceirização dos serviços como a relação trilateral que possibilita à empresa tomadora de serviços ('empresa-cliente') descentralizar e intermediar suas atividades acessórias (atividade-meio), para empresas terceirizantes ('empresa fornecedora'), pela utilização de mão-de-obra terceirizada ('empregado terceirizado'), o que, do ponto de vista administrativo, é tido como instrumento facilitador para a viabilização da produção global, vinculada ao paradigma da eficiência nas empresas (DELGADO, 2003, p. 142).

A terceirização se dá quando "um empregador, no conceito legal (CLT, art. 2º), necessitando de pessoal, contrata com outro que coloca empregado seu para trabalhar em estabelecimento do primeiro. (Não conhecemos caso de trabalho externo)" (CATHARINO, 1997, p. 71).

Nascimento (2001, p. 174) entende a terceirização como:

o processo de descentralização das atividades da empresa, no sentido de desconcentrá-las para que sejam desempenhadas em conjunto por diversos centros de prestação de serviços e não mais de modo unificado numa só instituição.

Muitas vezes o processo de produção é fracionado por mais de duas empresas.

Terceirização seria, portanto, uma prática cada vez mais adotada pelas empresas, no sentido de se descentralizar parte de suas atividades, a fim de que seja possível, à empresa tomadora, a concentração do mínimo necessário à sua produção final.

O fenômeno da terceirização ocorre muito no âmbito das empresas automobilísticas, as quais se utilizam de trabalhadores terceirizados em todas as etapas da produção, restando para elas apenas a finalização do produto, a montagem. Além de disso, vê-se o número crescente de utilização do trabalho terceirizado na esfera da Administração Pública.

“Terceirização, em sentido lato, é a descentralização das atividades empresariais.” (FELICIANO, 2007, p. 1309).

A empresa tomadora de serviços descentraliza certas atividades para outra empresa, a qual será responsabilizada pela realização das atividades contratadas, sem que haja dependência entre elas.

(...) a empresa tomadora incorpora em seus quadros o trabalho de terceiros, vale dizer, empregados contratados pela empresa terceirizante. A tomadora continua sendo responsável pela produção de bens e atividades, com a única ressalva de que utilizará mão-de-obra terceirizada. No caso brasileiro, essa é a hipótese regulada pelo Enunciado 331 do Tribunal Superior do Trabalho (TST) (DELGADO, 2006, p. 185).

O uso cada vez maior do trabalho terceirizado fez surgir uma gama de empresas de pequeno e médio portes para atender às exigências do mercado.

(...) Levando à integração horizontal da empresa com o seu contexto, a desconcentração exige menos capital e, ao mesmo tempo, alta especialização. Daí se multiplicarem as empresas pequenas especializadas, trabalhando com mais eficiência em tarefas não diretamente produtivas da indústria, inclusive

pela economia de escala propiciada pelo uso intensivo de recursos humanos e de capital (ROBORTELLA, 1994, p. 238).

Essas empresas de trabalho terceirizado, em muitos casos, não oferecem nem estrutura física nem boas condições de trabalho, pois se utilizam da subcontratação de trabalhadores, onde as normas de proteção à saúde e à higiene não são observadas. As pessoas (trabalhadores) que a elas se vinculam são aqueles que perderam seus postos de trabalho e, por não terem qualificação o suficiente, não retornam ao mercado de trabalho. O máximo que elas conseguem são subcontratos, sem observância das regras de segurança e higiene no trabalho, além do que seus direitos trabalhistas são renunciados.

Muitas vezes são os próprios ex-empregados das empresas contratantes que, ao perderem seus postos de trabalho com estas, voltam a prestar-lhes serviços, desta vez, como terceirizados ou autônomos (ROBORTELLA, 1994, p. 239).

No que concerne ao serviço ou ao produto da terceirização, as empresas tomadoras só se interessam pelo seu resultado final, independente de quem o executou e de como. Existe uma total desconsideração pela pessoa e pelo seu trabalho.

A empresa tomadora não mais gerencia a realização do serviço ou do bem, quem o faz, se é uma pessoa qualificada ou não, muito menos se preocupam com as condições de trabalho. O que lhe interessa é o cumprimento das condições acertadas.

“Para o tomador de serviços não mais importa a personalidade, mas o serviço. Não mais importa dirigir a prestação dos serviços, mas sim os resultados.” (FERRAZ, 2006, p. 241).

O objeto da contratação de uma transação baseada na terceirização, ou são pessoas ou bens. Em sendo pessoas, estas irão prestar serviços no âmbito da tomadora; Em sendo bens, estes serão produzidos pela empresa terceirizada e, quando finalizados, serão entregues à tomadora.

Diante do exposto, também se pode conceituar a terceirização como um fenômeno decorrente dos ideais flexibilistas, onde de um lado tem-se uma empresa que recebe serviços (entendam-se, pessoas) ou bens, por tê-los contratado e, de outro, uma empresa que tem como atividade o fornecimento de mão-de-obra ou de bem, com a finalidade de reduzir os custos.

As finalidades para as quais foi criada a terceirização são justamente a de redução de custos, aumento da qualidade do produto, maiores lucros, possibilidade de competição no mercado etc.

Ocorre que não há estudos que comprovem que o uso do instituto da terceirização atinge esses objetivos. Não se comprovou que as empresas passaram a ser mais competitivas por causa do uso de trabalho terceirizado e, muito menos que reduziram seus custos, pois terão, da mesma forma, que contratar uma empresa prestadora de serviços. E isso se dá porque as empresas, na verdade, buscaram reduzir seus quadros, tornando-se enxutas. E para isso, dispensaram grande número de trabalhadores, os quais passaram a prestar serviços para estas mesmas empresas, mas agora, como terceirizados.

Essas análises serão feitas mais detalhadamente nas próximas linhas.

3.3. Tipos de terceirização

O fenômeno da terceirização aparece no cenário justabalhista, praticamente, sob duas formas: terceirização de serviços e terceirização de atividade. Embora a doutrina discorde quanto à nomenclatura dos tipos existentes, como será visto adiante, os seus conteúdos são, em linhas gerais, os mesmos.

Delgado (2007, p. 44) classifica a terceirização em terceirização trabalhista e terceirização empresarial. A primeira, afirma, é aquela que mais se vê no dia a dia, quando trabalhadores, vinculados a uma empresa de trabalho terceirizado, prestam seus **serviços** a uma empresa tomadora dos mesmos; quanto à terceirização empresarial, esta se dá quando ocorre uma descentralização de parte da produção,

onde a empresa terceirizada produz **bens** que serão agregados ao produto da empresa-cliente para sua finalização.

A classificação supracitada, embora contenha nomes distintos, parece-se muito, em relação ao conteúdo, com a de Delgado (2003, p.120), a qual divide a terceirização em terceirização de serviços e de atividade. A terceirização de serviço seria aquela onde a empresa tomadora incorpora, em seu quadro, **funcionários** da empresa de trabalho terceirizado, os quais desenvolverão seus serviços no âmbito da empresa tomadora. Por sua vez, a terceirização de atividades pode ser entendida como aquela formadora de “relações de trabalho trilaterais estabelecida entre empresas parceiras”.

A terceirização de serviços ocorre, portanto, com a inclusão de trabalhadores terceirizados no interior da empresa-tomadora, a fim de que estes prestem serviços, conforme a contratação.

No que concerne à terceirização de atividades, o que existe é uma descentralização, externalização de parte da produção, onde a contratante necessita de certos serviços ou bens da contratada. O objeto da contratação (bens ou serviços) será cumprido pela contratada nas suas próprias dependências.

A terceirização se realiza de duas formas não excludentes. Na primeira, a empresa deixa de produzir bens ou serviços utilizados em sua produção e passa a comprá-los de outra ou outras empresas, o que provoca a desativação – parcial ou total – de setores que anteriormente funcionavam no interior da empresa. A outra forma é a contratação de uma ou mais empresas para executar, dentro da 'empresa-mãe', tarefas anteriormente realizadas por trabalhadores contratados diretamente. Essa segunda forma de terceirização pode referir-se tanto a atividades-fim como a atividades-meio. Entre as últimas podem estar, por exemplo, limpeza, vigilância, alimentação (DIEESE, 2008, p. 74).

Também se encontra a classificação da seguinte forma: terceirização de fornecimento de coisas ou de bens e terceirização de fornecimento de pessoal ou de serviços. A primeira delas ocorre quando uma empresa fornece, à outra, material

necessário para a montagem do produto; a segunda se dá quando a empresa de serviços terceirizados fornece pessoal para a realização de serviços úteis à atividade-fim ou atividade-meio da empresa-cliente. (FELICIANO, 2007, p. 1309).

Robortella (1994, p. 240 e 248-250) enxerga a subcontratação (como chama a terceirização), em dois tipos contratuais: locação de serviços e empreitada. Quanto à primeira, seria uma retomada da antiga “*locatio operarum*”, com nova roupagem. Por sua vez, o contrato de empreitada se dá quando há o interesse na rápida e efetiva execução de uma obra.

Pode-se, diante do citado, perceber o quão é notória a retomada a antigos institutos do Direito Civil que regulavam a atividade de prestação de serviços e que tanto foram criticados pelos defensores do trabalho decente e da interferência do Estado na relação de trabalho.

Por sua vez, Carelli (2003, p. 75) não classifica a terceirização. Ele apenas a diferencia de um outro instituto que, na sua visão, acaba, muitas vezes, sendo com ele confundida, que é a intermediação de mão-de-obra. Para o autor, terceirização é “o processo de repasse para a realização de complexo de atividades por empresa especializada, sendo que estas atividades poderiam ser desenvolvidas pela própria empresa.”

Nestes termos, o citado autor só admite uma forma de terceirização, como sendo aquela em que uma empresa delega à outra a realização autônoma de parcela da produção, o que poderia ser feito pela própria tomadora. Para ele, essa prática é técnica de administração admitida, fazendo parte do poder de direção do empregador, o que não torna o trabalho precário. Por sua vez, a intermediação de mão-de-obra é que é instrumento de precarização laboral.

O que torna o trabalho precário, no seu entendimento, é a mera intermediação de mão-de-obra. Ocorre a intermediação quando a empresa prestadora de serviços apenas agencia, fornece pessoas para outras empresas. O autor destaca três elementos que podem identificar a intermediação de mão-de-obra: Gestão do

trabalho pela tomadora do serviço, a falta de especialização da empresa contratada e prevalência do elemento humano no contrato de prestação de serviços (CARELLI, 2003, p. 123-146).

Analisando uma a uma das características destacadas, entende-se por gestão de trabalho pela tomadora de serviços, quando esta quem determina a forma, o tempo e o modo da prestação de trabalho, bem como o número de trabalhadores necessários para a realização da atividade. É como se a empresa tomadora tivesse controle acerca dos trabalhadores e do modo de organização empresarial. Ora, se a empresa terceirizada presta serviços com toda autonomia, não há porquê a tomadora ditar o modo de produção. Desta forma, a tomadora estaria intervindo na gestão da terceirizada.

Quanto à especialização da empresa, a terceirizada deve prestar serviços especializados, dentro da área objeto da contratação. O que realmente se vê, na prática, são propagandas de empresas de terceirização de serviços em geral, como vigilância, limpeza, portaria, telefonia, desvirtuando o caráter da especialidade, já que uma empresa não pode ser especializada em tantas atividades ao mesmo tempo.

Em relação à última característica, prevalência do elemento humano no contrato de prestação de serviços, a intermediação de mão-de-obra mostra-se evidente quando o objeto do contrato são, apenas e unicamente, trabalhadores, pois o que interessa para a tomadora são os serviços locados. No entendimento do autor, para que haja licitude na contratação, o trabalho deve ser prestado com a utilização de materiais próprios da terceirizada e não se admite que a tomadora faça exigências no que diz respeito às qualificações dos trabalhadores. Se a empresa de trabalho terceirizado é autônoma, é ela quem detém a prerrogativa de alocar trabalhadores que, no seu entendimento, realizarão, adequadamente, os serviços.

Em suma, diante da existência dessas características, haverá típico caso de intermediação de mão-de-obra, o que para nós, chama-se terceirização.

Como se observa, o que o autor acima chama de intermediação de mão-de-obra, a maioria da doutrina considera como sendo uma das espécies de terceirização (trabalhista ou de serviços).

Respeitando as diferentes opiniões quanto à classificação da terceirização, bem como quanto ao fato de ser ou não a intermediação de trabalhadores instrumento distinto da terceirização, entende-se o seguinte:

Existem dois tipos de terceirização, uma externa, onde a empresa terceirizada realiza a atividade para a qual foi contratada, dentro de seu espaço, com seus funcionários e seu maquinário; e uma interna, por meio da qual, a empresa contratada fornecerá, à empresa contratante, serviços especializados (entendam-se pessoas), os quais serão realizados dentro do estabelecimento da contratante.

3.4. A terceirização e a precarização laboral

Viu-se anteriormente que a terceirização é uma das formas encontradas, pelo avançado capitalismo, de flexibilizar as práticas trabalhistas, tornando-as menos onerosas.

O que muito contribuiu para a propagação de meios que tornam o trabalho precário, em especial a terceirização, foram, também, o uso, cada vez maior, de novas tecnologias e a exigência de trabalho especializado, fazendo-se multiplicarem as contratações autônomas de pequenas e médias empresas (ROBORTELLA, 2003, p. 206).

A contratação de empresas terceirizadas, o uso de contratos atípicos, como trabalho em domicílio, a prazo e tempo parcial são frutos de um capitalismo tecnológico que se alastra com muita velocidade.

Utiliza-se da terceirização, primordialmente, para reduzir os custos. Entretanto, outros objetivos são também conhecidos, como desmobilização dos trabalhadores para reivindicar seus direitos, para deflagrar greves, eliminação das ações sindicais e das ações trabalhistas. Percebam que estes objetivos têm a ver,

necessariamente com os trabalhadores, não dizendo respeito à produção. É como se a classe empresária tivesse unido forças para desbancar as conquistas trabalhistas e sociais, como um todo.

Robortella (1994, p. 243) destaca para o fato de que num seminário ocorrido em 1993, os sindicatos dos metalúrgicos se insurgiram contra a terceirização, tendo em vista que a mesma:

“causa desemprego, subemprego, redução salarial, piora as condições de saúde e segurança no trabalho, elimina benefícios sociais diretos e indiretos. Consideram-na um instrumento para combater o movimento sindical e as conquistas do conjunto dos trabalhadores”.

A terceirização de serviços, uma das formas de flexibilização destacada pela doutrina, é vista como meio de alugar mão-de-obra barata, através das empresas que a possuem.

O objetivo maior das empresas que se utilizam da força de trabalho terceirizado é a redução dos custos que as contratações diretas geram para as mesmas. Não se trata de melhorar a qualidade dos serviços ou dos produtos. A questão é puramente econômica.

Com o fim da contratação direta da força de trabalho diminuem os chamados encargos trabalhistas (fundo de garantia, aviso prévio, contribuição previdenciária, décimo terceiro, férias etc.) e o valor da remuneração do trabalho paga em forma de salários; além de deixar de ser onerosa para a empresa a contratação ou demissão de trabalhadores variando de acordo com as demandas do mercado. Isso tudo com amparo legal para terceirizar e enquadrar esses trabalhadores em outras categorias profissionais que não aquelas das indústrias contratantes (MARCELINO, 2006, p. 98).

No que concerne à locação de mão-de-obra, Viana (2003, p. 220), ao fazer um comparativo entre o intermediador e o tomador, destaca para o fato de que seus interesses são distintos, já que aquele não se utiliza da força de trabalho para produzir bens, e sim para disponibilizá-la, como uma troca, a esse.

É por esse motivo que se defende aqui a idéia de que a terceirização é uma verdadeira locação de mão-de-obra. Enquanto o tomador procura reduzir seus custos, dispensando trabalhadores diretos e colocando terceirizados em seus lugares, o intermediador, consciente dessa demanda, oferece esses trabalhadores a preços baixos.

Souto Maior (2009, p. 203) comunga do mesmo pensamento, ou seja, de que a terceirização é um mecanismo dirigido unicamente às questões econômicas da empresa, reduzindo o trabalhador à “condição de coisa”, de “mercadoria de comércio”.

A terceirização só interessa às empresas. Os piores danos são sentidos pela classe trabalhadora.

Lima (2006, p. 118) revela que num contrato de terceirização entre a empresa Toyota e suas prestadoras, constam cláusulas de interferência, onde a Toyota possui liberdade para se insurgir contra o sistema de produção e/ou o próprio processo de trabalho das contratadas, com a finalidade de tornar o trabalho dessas empresas similar ao seu.

Essa revelação torna evidente o fato de que as terceirizadas, muitas vezes são criadas pelas próprias empresas tomadoras, para retirar boa parte de seus empregados e arremessá-los para as prestadoras, a fim de diminuir seus salários. As ingerências que as contratantes fazem sobre as terceirizadas ocorrem porque estão, todas as empresas (contratante e contratada) ligadas a um único grupo.

Mesmo não sendo pertencentes ao mesmo grupo, as empresas contratantes passam a interferir no modo de gestão das empresas contratadas, seja em relação à forma de gestão dos trabalhadores, seja em relação à própria forma de distribuição dos trabalhos.

Em comparação com a escravidão ocorrida no século XIX, a qual tinha como característica a venda de pessoas, a intermediação de mão-de-obra (o que, para

o autor, é terceirização) é caracterizada pelo aluguel da força de trabalho feito por uma empresa à outra (CARELLI, 2003, p. 157).

(...) talvez não haja tanta diferença entre esse mesmo mercador (intermediário) de hoje e o traficante de dois séculos atrás, que em cima de caixotes, no cais do porto, exibia os dentes e os músculos dos escravos aos eventuais compradores (VIANA, 2003, p. 220).

Caso se faça analogia entre a prática da troca dos dias atuais, sob os ditames de um Estado Democrático, ver-se-á que não há, de fato, tanta diferença entre a escravidão de hoje e a de séculos atrás. O que as difere, é que hoje tem-se um Estado obrigado a prover direitos, e estes, junto com princípios fundamentais, proíbem o uso do homem como coisa.

(...) a 'terceirização' é uma via aberta, em última análise, à *exploração do trabalho humano*, no fundo considerado como mercadoria, ao gosto dos economistas puros, como os 'neoliberalistas', adeptos da máxima liberalização de um mercado auto-regulado (CATHARINO, 1997, p. 71).

A relação de trabalho, dantes, era bilateral, tendo de um lado empregado e do outro, o empregador. Com a utilização da terceirização, essa relação passou a ser tripartite. Insere-se um intermediário entre os dois pólos da relação. Pela prestação de serviços a várias empresas, quebra-se o vínculo trabalhista, já que não chega a se formar um liame forte entre os dois pólos, visto que, a todo momento, o trabalhador poderá ser trocado por outro. A escolha do empregador, o que antes era indispensável para a formação do vínculo laboral, hoje é inexistente, já que o trabalhador terceirizado prestará serviços para qualquer empresa, independente de sua vontade, de sua preferência.

A terceirização, que se tornou usual, põe em xeque até a conceituação de empregador, pelo fato de que uma empresa admite trabalhador e outra o dirige (VIANA, 2003, p. 220).

A prática de terceirizar dá ensejo a inúmeros malefícios à classe trabalhadora, como precarização de trabalho, instabilidade, desemprego, o que faz

gerar alta rotatividade de mão-de-obra, redução salarial, piora nas condições de saúde e segurança, degradação do ambiente de trabalho, substituição de mão-de-obra qualificada por aquela sem qualificação, dificuldade de organização sindical etc.

“(...) a terceirização é uma forma de contratação do trabalho humano que, quase que inevitavelmente, reduz o montante contratual pago ao trabalhador, reduzindo-lhe também as proteções trabalhistas” (DELGADO, 2003, p. 115).

Quanto à sindicalização, esta se torna cada vez mais fragmentada, tendo em vista que dentro da empresa tomadora de serviços, encontram-se trabalhadores de diversos segmentos, pulverizados, pertencentes a diversas entidades de classe. Na maioria dos casos, são encontrados trabalhadores de diversas categorias sem organização, sem pertencerem a sindicato algum.

O Dieese (2008, p. 80) enumera alguns dos objetivos das empresas-clientes, com o uso da terceirização. Dentre eles, dá-se destaque a dois, como “enfraquecer a organização dos trabalhadores através da pulverização das atividades em diversas empresas de menor tamanho, o que dificulta a capacidade de mobilização e facilita o controle dos movimentos”, bem como “burlar conquistas sindicais através da terceirização de atividades, de forma a fragmentar a organização e representação dos trabalhadores e diversificar a negociação e abrangência de direitos”.

Ainda que organizados em sindicatos, por haver diversas categorias, os interesses são distintos, fazendo com que não haja uma luta expressiva pelos mesmos ideais.

A fórmula terceirizante pulveriza a classe trabalhadora, criando dificuldades práticas quase intransponíveis para a efetiva aplicação do Direito do Trabalho, em face das inúmeras peculiaridades que passa a criar, em função dos tipos de segmento econômico, de empresa e de trabalhadores envolvidos (DELGADO, 2007, p. 45).

Sem organização, os trabalhadores, que já não possuem força alguma, não têm condições de buscar melhores condições de trabalho.

Isso se dá também pelo fato de que o laço laboral, dentro da terceirização, além de ser frágil, ele é dinâmico. O trabalhador é escalado para prestar serviços numa empresa por certo período. Logo depois ele estará prestando serviços à outra, e depois à outra, sucessivamente. Não se chega a criar um núcleo fechado de trabalhadores.

“(...) 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” (SOUTO MAIOR, 2000, p. 320).

A flexibilização laboral, de forma geral, para atender aos interesses liberais, retira mais e mais as conquistas dos trabalhadores, com o intuito de tornar a relação de trabalho menos onerosa, o que não resta como efeito comprovado. O trabalho, nos dias atuais, sucumbe diante do capital.

De fato, quem mais se beneficia com essas transformações na seara trabalhista, são as empresas. Obtendo ou não redução de custos, elas deixam de contratar diretamente trabalhadores, passando a se interessar apenas por alugá-los. Diante disso, os terceirizados são vistos como mercadorias, que podem a qualquer momento ser substituídas quando não mais estiverem servindo. O desemprego contribui bastante para essa condição, tendo em vista o número de reserva à espera de postos de trabalho, por mais precários que sejam. Pouco importam o bem-estar do trabalhador e suas condições de trabalho.

Num caso e noutro, a terceirização fomenta a criação de pequenas empresas, que ocupam os vazios abandonados pelas grandes. Contudo, isso não significa que o número de postos de trabalho tenha aumentado ou mesmo se mantido igual. Ao contrário: terceirizando-se, a grande empresa passa a utilizar o número exato de trabalhadores que precisa a cada momento, reduzindo a quase zero o seu estoque de mão-de-obra – tal como faz com as próprias peças e os produtos (VIANA, 2003, p. 226).

Nesse mesmo sentido, o Dieese (2008, p. 81) destaca que:

No Brasil, em virtude da ênfase dada aos aspectos relacionados à diminuição de custos nos processos de terceirização, as grandes empresas enxugaram

suas atividades, principalmente, por meio de corte de postos de trabalho, mantendo uma proporção pequena de trabalhadores fixos com contrato de trabalho direto nas atividades fim da produção. As demais ocupações passaram por uma diversificação de contratos de trabalho – quase sempre levando a relações precárias – propiciada pela terceirização.

Apenas para citar dados concretos, em um estudo realizado de 1994 a 2005, no setor bancário, houve uma queda de 26,47% dos contratos diretos, ou seja, dos vínculos empregatícios entre os bancos e trabalhadores. Em contrapartida, as contratações terceirizadas deram um salto de 39,54%, no mesmo período (DIEESE, 2008, p. 105).

Como se observa, a terceirização não traz aumento no número de emprego. Pelo contrário, ela faz reduzir esse número, deixando uma grande massa de trabalhadores excluídos ou subcontratados. Os trabalhadores que são contratados pelas empresas de trabalho terceirizado ficam mantidos no submundo do trabalho, sem respeito aos direitos trabalhistas.

Nesse universo de mão-de-obra em número superior à necessidade, as empresas se acham em posição privilegiada em relação aos trabalhadores, onde deles podem exigir o máximo de esforços. Em contrapartida, não lhes são oferecidas retribuições.

O fenômeno ocorre quase com exclusividade, em relação ao trabalho não qualificado ou especializado, preponderantemente físico, manual, prestado de modo permanente. Fato incrementado pelo excesso de oferta de tal espécie de trabalho, por sua vez causado pelo êxodo rural para as cidades de médio porte, às megalópolis.

(...)

esse excesso tem fundamental importância na expansão do fenômeno porquanto favorece a lucratividade das empresas chamadas prestadoras de serviço, graças aos baixos salários que pagam aos seus empregados, postos a trabalhar para as que aproveitam sua atividade (CATHARINO, 1997, p. 70).

Enquanto a oferta de trabalho estiver em excesso, não se vislumbram hipóteses de melhora do mercado de trabalho, já que as empresas disso se aproveitam para enfraquecer os direitos adquiridos pela classe trabalhadora.

Com efeito, a forma que vem assumindo esse processo (de terceirização), bem como as conseqüências negativas que ela engendra sobre o mercado de trabalho, evidenciam a fragilidade da regulação (nos planos jurídico, político e institucional) do uso da força de trabalho pelo capital, no Brasil. Com isto expõe a incapacidade do Estado Brasileiro para proteger, minimamente, os trabalhadores dos padrões de exploração adotados pelo capital que, neste âmbito, goza de quase absoluta liberdade (BORGES e DRUCK, 1993, p. 41 *apud* CARELLI, 2003, p. 165).

Os trabalhadores terceirizados não possuem proteção alguma. Não há sequer uma lei que regule tal prática. O único instrumento normativo que dela se aproxima é a lei n. 6.019/74, a qual regulamenta o trabalho temporário. Diante da omissão legislativa, a regulamentação se deu através de súmula do Tribunal Superior do Trabalho, como será estudado em breve.

As atuais (e precárias) formas de contratação fazem com que nasça um novo leque de excluídos sociais, como os trabalhadores informais, os terceirizados, aqueles que laboram por meio de um contrato com determinação de prazo etc.

Além do que já foi apontado, existem outros efeitos gerados pela terceirização, que incidem sobre os trabalhadores terceirizados, bem como sobre suas condições de trabalho, que serão analisados no item 4.6 do presente estudo.

3.5. Judicialização do fenômeno da terceirização no Brasil

No final do século passado, duas expressões passaram a ser ouvidas de forma exaustiva: judicialização e ativismo judicial.

A princípio, poder-se-ia entender essas expressões como sinônimas. Mas, a partir de uma leitura um pouco mais aprofundada, vê-se que elas possuem seus próprios, embora bem parecidos, delineamentos.

Judicialização significa que algumas questões de larga repercussão política ou social estão sendo decididas por órgãos do Poder Judiciário, e não pelas instâncias políticas tradicionais: o Congresso Nacional e o Poder Executivo – em cujo âmbito se encontram o Presidente da República, seus ministérios e a administração pública em geral. Como intuitivo, a judicialização envolve uma transferência de poder para juízes e tribunais, com alterações significativas na linguagem, na argumentação e no modo de participação da sociedade (BARROSO, *on line*).

A partir da Constituição de 1988, onde amplos poderes foram conferidos à Corte Suprema da Justiça Brasileira (ela é quem detém a palavra final, inclusive a respeito da admissibilidade ou não de uma lei ou ato normativo, em face da Constituição), além do extenso rol de direitos constitucionalizados, os tribunais adquiriram maior protagonismo (Vianna, 1999, p. 149). Some-se a isso, o fato de que as pessoas passaram a ter maior conhecimento dos seus direitos e a quem recorrer quando os mesmo forem lesados ou simplesmente ameaçados.

A essas informações, acrescente-se o seguinte:

O surgimento de novos direitos difusos e coletivos, de novos procedimentos judiciais como o juizado de pequenas causas, de novos poderes como os do atual Ministério Público, todos em função da democratização que culminou no Brasil com a Constituição Federal de 1988, têm contribuído para a judicialização crescente das relações sociais em nosso país (ALEMÃO, 2004, p. 30).

Essas questões fizeram o Judiciário se abarrotar de processos, e adentrar em esferas até então impenetráveis, tornando-se um poder com enorme expressão no país.

Com a transformação do Estado (do Estado Liberal para o Estado Social), novos direitos surgiram, como os econômicos, sociais e culturais. Um pouco depois surgiram os direitos de terceira geração, os de solidariedade, como decorrência de uma sociedade devastada pelos horrores das guerras.

A partir do surgimento de outros direitos (direitos dos consumidores, dos idosos, de minorias), o Judiciário passou a ser o poder mais cogitado para a satisfação dos interesses daqueles que até então não tinham voz. Com a ascensão dos novos sujeitos sociais, todos reivindicando seus direitos, o Judiciário é, cada vez mais, chamado para resolver as questões sociais.

(...) a quarta onda coloca o Poder Judiciário no centro do sistema político, em grande parte em confronto com os outros dois poderes, que sofrem uma erosão de legitimidade e transferem para o judiciário (entre outros através da crescente privatização de serviços públicos) os conflitos que antes eram resolvidos na arena política. (...) (SORJ, 2001, p. 109).

Em suma, com a redemocratização do país, a previsão constitucional de inúmeros direitos, princípios fundamentais e maior atribuição de competência para o Supremo Tribunal Federal, o Judiciário se mostra como escoadouro para todas as questões sociais.

Essa posição superior do Judiciário ocasionou na desmoralização dos poderes Executivo e Legislativo, os quais não são mais vistos como sistemas eficazes de representação dos interesses públicos (SORJ, 2001, p. 111).

Há quem tema esse poder crescente dos Juízes, pelo fato de que, não sendo, os mesmos, eleitos, a prática de destinar-lhes todas as questões torna-se perigosa para o futuro de uma democracia, já que assuntos antes resolvidos na seara política, agora são decididos no Judiciário (SORJ, 2001, p. 112).

Por sua vez, entende-se o ativismo judicial como “uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes” (BARROSO, *on line*).

A incidência do Judiciário ocorre muitas vezes no campo das políticas públicas. Cada vez mais decisões judiciais interferem nos programas sociais, matéria que até então era de alçada exclusiva do Executivo.

O ativismo judicial favorece ao magistrado maior independência na aplicação do Direito. O juiz possui plena liberdade de interpretar o Direito, de aplicar a norma constitucional, independente de regulamentação pelo legislador ordinário. Por meio da livre interpretação dos princípios constitucionais, é possível que o magistrado crie normas, mesmo sem que haja explicitação para tanto, simplesmente pela conjuntura constitucional.

O exemplo mais comum de ativismo judicial é quando o Judiciário determina que o Executivo arque com determinados tratamentos de saúde ou quando o paciente necessita de medicamento com alto valor, obrigando o Estado a fornecê-los.

Como se percebe, é muito tênue a linha que separa a judicialização do ativismo judicial, tanto que muitas vezes, torna-se difícil enxergar a distinção entre os dois fenômenos.

Terminada a rápida tentativa de distinguir judicialização e ativismo judicial, passo a analisar as transformações pelas quais passa o Judiciário, mas no que pertine à seara trabalhista.

Especificamente quanto aos direitos trabalhistas, com o surgimento do Direito do Trabalho, “judicializa-se” o mercado de trabalho, onde a justiça social é colocada como objetivo do Estado, saindo da órbita da sociedade civil, dos partidos políticos e do parlamento, para adentrar na esfera do Judiciário (VIANNA, 1999, p. 17).

Podemos falar que a judicialização começou cedo na Justiça do Trabalho, fruto da ascensão dos movimentos reivindicativos de classe, principalmente através dos sindicatos. Nas décadas de 30 e 40 surgiram o direito coletivo de trabalho, a ação coletiva trabalhista, as juntas de conciliação e julgamento com representação de empregados e empregadores e com ritos rápidos e diretos (ALEMÃO, 2004, p. 30).

Ao serem previstos direitos sociais, especialmente aqueles de cunho trabalhista, o Judiciário passa a ser o grande responsável pela busca da justiça social,

como o poder capaz de assegurar aqueles direitos, trazendo real igualdade entre as pessoas.

Com um número considerável de direitos trabalhistas previstos tanto na legislação ordinária quanto na Constituição do Brasil, os empresários não os cumprem, pois para eles é mais rentável aguardar que os trabalhadores ingressem com processos judiciais, os quais, por serem bastante morosos, levam os trabalhadores a aceitarem propostas que prevêm valores bem inferiores ao que lhes era devido (CARDOSO, 2003, p. 125).

Trazendo para o campo da terceirização, com o uso avançado deste instituto, muitas questões foram levadas ao Judiciário Trabalhista. Na falta de uma regulação própria que, a princípio, deveria vir do Legislativo, o Tribunal Superior do Trabalho editou a súmula 331, fazendo as vezes daquele poder. Na citada súmula, o Judiciário, na contramão dos objetivos estampados na Constituição Brasileira, e numa tentativa de atender aos anseios capitalistas, normatiza a terceirização.

“(...) esta concepção liberal faz com que os operadores do Direito do Trabalho no Brasil, em sua maioria, esqueçam quais são as bases desse ramo jurídico, negando às vezes seus princípios básicos” (CARELLI, 2003, p. 218).

A construção jurisprudencial respalda-se em medidas flexibilizadoras. Em face disso, passa a existir uma jurisprudência distante dos princípios de proteção ao trabalhador. O que é pior, como instrumento de uniformização de entendimentos, a súmula passa a agir de forma decisiva na decisão dos Juízes trabalhistas, os quais se vêem obrigados, vinculados à sua observância. Falam-se, inclusive, nos efeitos vinculantes das súmulas, por serem elementos de (in) admissibilidade dos recursos às instâncias superiores (COUTINHO; MELO FILHO, 2009, p. 125-126).

Farah (2007, p. 45), inclusive, defende que as súmulas impeditivas de recurso são verdadeiras súmulas vinculantes, ainda que indiretamente, pois “se a decisão de segunda instância estiver de acordo com ela (a súmula), o recurso ao grau máximo dos tribunais superiores sequer será apreciado (...)”.

Para ilustrar o alegado, Farah (2007, p. 46) cita o artigo 896 da CLT, o qual trata do Recurso de Revista e sua eventual denegação quando a decisão *a quo* estiver em consonância com súmula do TST (art. 896, CLT – “*Cabe Recurso de Revista para Turma do Tribunal Superior do Trabalho das decisões proferidas em grau de recurso ordinário, em dissídio individual, pelos Tribunais Regionais do Trabalho, quando: a) derem ao mesmo dispositivo de lei federal interpretação diversa da que lhe houver dado outro Tribunal Regional, no seu Pleno ou Turma, ou a Seção de Dissídios Individuais do Tribunal Superior do Trabalho, ou a Súmula de Jurisprudência Uniforme dessa Corte; (...)*”).

A normatividade dos enunciados do Tribunal Superior do Trabalho, hoje, é indiscutível, porque a sua existência leva ao não conhecimento do recurso de revista, ou dos embargos, como previsto nos arts. 894, alínea *b* e 896, alínea *a*, ambos da Consolidação, sem falar na indicação de se negar seguimento a ambos os recursos e aos agravos de instrumento, por despacho trancatório (art. 896, §5º da CLT) (SANTOS, 1996, p. 1453 *apud* FARAH, 2007, p. 49).

As súmulas editadas pelo Tribunal Superior do Trabalho não possuem, formalmente, teor vinculativo. Entretanto, na prática, elas vinculam não apenas a cúpula do Judiciário Trabalhista, mas sim todos os órgãos que, dessa estrutura, fazem parte. Inevitavelmente, ao chegar um recurso junto ao Tribunal Superior do Trabalho, uma súmula sua ser-lhe-á aplicada, negando ou não seguimento ao mesmo (FARAH, 2007, p. 50).

Além de estar, o Judiciário Trabalhista, normatizando, ele está caminhando, lamentavelmente, para o campo da flexibilização, criando súmulas que contrariam direitos trabalhistas.

Inúmeros julgados, inclusive, demonstram o atual movimento de tornar o Direito do Trabalho mais maleável aos interesses do capital, em detrimento do trabalho.

Embora se saiba da autoridade das decisões judiciais, bem como das súmulas, não podem, os Juízes e os Tribunais, quererem fazer valer essa autoridade

sem estarem baseados nos pressupostos do Direito. É a autoridade do Direito que deve ser respeitada, acima de qualquer outra.

Em se tratando de matéria trabalhista, já que o assunto paira na terceirização, é a autoridade do Direito do Trabalho que deve ser observada, e não jurisprudências e súmulas que o contrariem, como é o caso da súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho. Ainda mais em se tratando de “súmulas legiferantes”.

A súmula legiferante, por sua vez, acresce, ao quadro delineado acima, a característica de inovar na ordem jurídica, de modificar a ordem jurídica preexistente. A súmula deixa de ser a intenção padronizada dos julgadores e passa a ter a função padronizante (FARAH, 2007, p. 189).

Com a ausência de lei em matéria de terceirização, a súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho não passa de ato normativo com força de lei, de observância obrigatória para todo o Judiciário Trabalhista, bem como para toda a sociedade.

O discurso de que o Direito do Trabalho enrijece o desenvolvimento econômico tem convencido Juízes e Tribunais do Trabalho. A postura (flexibilizadora) comumente adotada por esses importantes órgãos de justiça contraria mandamentos do Direito do Trabalho, bem como o “sentido de justiça social” (COUTINHO; MELO FILHO, 2009, p. 128).

De se observar inicialmente o teor da súmula 331 do TST:

“I - A contratação de trabalhadores por empresa interposta é ilegal, formando-se o vínculo diretamente com o tomador dos serviços, salvo no caso de trabalho temporário (Lei nº 6.019, de 03.01.1974);
II - A contratação irregular de trabalhador, mediante empresa interposta, não gera vínculo de emprego com os órgãos da administração pública direta, indireta ou fundacional (art. 37, II, da CF/1988);
III - Não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância (Lei nº 7.102, de 20.06.1983) e de conservação e limpeza, bem como a de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistente a personalidade e a subordinação direta;

IV - O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços, quanto àquelas obrigações, inclusive quanto aos órgãos da administração direta, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista, desde que hajam participado da relação processual e constem também do título executivo judicial (art. 71 da Lei nº 8.666, de 21.06.1993)".

Ressalte-se que o Tribunal Superior do Trabalho editou, anteriormente, o chamado enunciado 256, de 1986, o qual destinava interpretar alguns dispositivos das leis n. 7.102/83 e n. 6.019/74, regulamentando a terceirização no serviço de vigilância bancária e no trabalho temporário (*"Salvo os casos de trabalho temporário e de serviços de vigilância, previstos nas Leis nº 6.019, de 3 de janeiro de 1974, e 7.102, de 20 de junho de 1983, é ilegal a contratação de trabalhadores por empresa interposta, formando-se vínculo empregatício diretamente com o tomador dos serviços"*).

Não podemos deixar de considerar que na relação de emprego conceituado pela CLT não há lugar para a terceirização. No Brasil, a terceirização de mão-de-obra só foi interpretada pelo Tribunal Superior do Trabalho no final de 1986 pela restrita súmula 256 (FERRAZ, 2006, p. 245).

Com base no antigo enunciado, o Tribunal Superior do Trabalho tinha uma postura mais conservadora quanto ao cumprimento dos direitos trabalhistas. Tanto que a terceirização era admitida apenas no caso do trabalho temporário e nos serviços de vigilância.

Posteriormente, com a chamada Súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho, houve um alargamento da possibilidade de se terceirizarem trabalhadores, admitindo a terceirização também para serviços de limpeza, de telefonia, as chamadas atividades-meio.

No que se refere à linha de argumentação adotada no entendimento sumulado sob análise (Súmula 331, TST), o que se observa é que a anteriormente rejeitada intermediação de mão de obra pela Súmula 256, é agora aceita por mesma Corte Superior, que se inclina e se enverga diante do propósito de adequar o Direito do Trabalho às novas formas de organização empresarial, por

meio de um explícito empenho de conseguir a flexibilização do Princípio Protetor (...) (BRANCO, 2009, p. 57).

Esse alargamento ofende, por completo, o princípio do não-retrocesso social, haja vista que o Judiciário Trabalhista não permitia a intermediação de mão-de-obra de forma ampla. Com a nova súmula, toda e qualquer atividade-meio pode ser objeto de terceirização. A partir do momento que novas possibilidades são admitidas, a tendência é alargar mais e mais, ao ponto de, em pouco tempo, até as atividades-fins de uma empresa também serem terceirizadas.

Apenas para citar um exemplo, a terceirização na Honda não é restrita às atividades-meio de limpeza, telefonia e cozinha. O processo de externalização atinge também partes importantes do processo de produção, como é o caso da logística. Os operadores logísticos realizam tarefas de metalurgia (pré-montagem de partes dos veículos, como caixa de direção e pneus), verdadeira atividade-fim (MARCELINO, 2006, p. 97). O que configura uma típica fraude aos ditames do Direito do Trabalho.

O Tribunal Superior do Trabalho adentrou na esfera de outro poder (Legislativo), com o intuito de regulamentar uma situação ainda imatura na relação de trabalho, mas que mesmo imatura já demonstra seu papel flexibilizador.

(...) a agressão do TST contra a Carta Constitucional é demonstrada pela sua intenção legiferante, pela finalidade de usurpar competências do Poder Legislativo – que há muito se demonstra desinteressado em legislar sobre a matéria da 'terceirização' no Brasil - , e ainda por buscar inovar e modificar a Ordem Jurídica por meio do texto sumulado em evidência (Súmula 331 do TST), em nada compatível com as propostas do neoconstitucionalismo, no sentido de concretizar os direitos humanos fundamentais socio trabalhistas, caracterizando-se, assim, como o típico *ativismo judiciário negativo* (BRANCO, 2009, p. 58).

Não vou me posicionar acerca do que a interferência judicial traz de relevante ou não para a sociedade, se é positiva ou negativa. A discussão avança no que concerne ao não cumprimento, por parte do Judiciário Trabalhista, das normas

protetoras dos trabalhadores e dos princípios do Direito do Trabalho, quando do momento de interpretá-los, e suas consequências.

A atuação dos órgãos trabalhistas, infelizmente, respalda-se na flexibilização. Bom seria se toda essa interferência fosse no sentido de dar concretude aos direitos sociais dos trabalhadores. Aliás, é justamente isso que se espera do Judiciário Trabalhista, uma atuação positiva, concretizadora dos direitos trabalhistas.

Por meio da súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho, como dito, o instituto da terceirização foi “normatizado” e, para que seja o mesmo admitido, deverá atender aos pressupostos ali estampados. Contrário senso, se a terceirização não obedecer ao disposto na súmula, será declarada ilegal pelo Judiciário Trabalhista, gerando consequências para as empresas-parte da transação.

Entretanto, mesmo traçando pressupostos e exigências a serem respeitadas, o instituto em si, pelo simples fato de ser admitido, prejudica o trabalhador, ao refutar não só os princípios básicos do Direito do Trabalho, mas sim princípios e Direitos Humanos do trabalhador, como será visto.

Embora não haja (formalmente) vinculação entre as súmulas e as decisões dos demais órgãos do Judiciário Trabalhista, verdade é que muitos Juízes do Trabalho, ao receberem processos tratando de terceirização, resolvem-nos com base no que vos diz a súmula. Não tem, mas é como se a súmula tivesse força vinculante, tendo em vista que a não observância da mesma serve de instrumento para seguimento de um eventual recurso.

Trata-se de uma retirada do poder de interpretação dos juízes de instâncias inferiores. Estes não decidem com base no seu entendimento, no seu grau de justiça. Tolheram sua liberdade de interpretação. Os juízes decidem de acordo com o que já foi entendido pelo órgão superior.

Uma contribuição importante que todos os juízes podem e devem dar ao direito e à democracia é contrariarem todas as decisões dos Tribunais Superiores, mesmo integradas a súmulas, quando o fundamento de tais decisões

desrespeitarem os princípios insertos no ordenamento jurídico, ainda mais em se tratando do Direito do Trabalho, cuja essência, como visto, é a efetivação dos Direitos Humanos (SOUTO MAIOR, 2009, p. 208)

O Juiz assumiu uma obrigação que foi a de tornarem concretos os mandamentos do Direito. Trata-se de responsabilidade. Os jurisdicionados sabem seus direitos e querem que os mesmos sejam efetivados. Afinal, é para isso que lotam o Judiciário. Os Juízes não estão no exercício de suas funções para acatarem sempre as decisões dos órgãos superiores. Eles detêm conhecimento e senso de justiça para resolverem as situações que lhes são postas no dia-a-dia, com base em seus próprios argumentos.

Obrigar os Juízes a “decidirem” com base nas jurisprudências, súmulas ou orientações jurisprudenciais é retroagir ao Estado Liberal, aonde os magistrados eram a boca que pronunciava a lei, sendo que agora, são a boca que pronunciam a jurisprudência. Calaram os argumentos dos Juízes e a complexidade da sociedade.

Ao admitir institutos como o da terceirização de atividade-meio, as portas são abertas para admitir mais e mais políticas flexibilizadoras.

O Tribunal Superior do Trabalho, em princípio, só admite a terceirização na atividade-meio e, por conseqüência, proíbe-a na atividade-fim da tomadora. Essa restrição, contudo, vem sendo lentamente alterada, em face das muitas críticas feitas por vários estudiosos, inclusive juízes do trabalho (ROBORTELLA, 2003, p. 207).

Isso quer dizer que daqui a algum tempo, a terceirização estará sendo admitida para todas as hipóteses, para todos os tipos de atividades, sejam elas meio ou fim. Destaque-se que atualmente, as terceirizações se fixam no campo das atividades-meios, apenas. Mas, sabemos que a tendência é flexibilizar sempre mais, o que nos leva a imaginar que num futuro próximo, as práticas terceirizantes se darão também na seara das atividades-fins.

3.6. Regulamentação da terceirização pelo Estado: análise da Súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho em face dos Princípios Fundamentais e direitos do trabalhador

Sendo a terceirização um instituto próprio da flexibilização do Direito do Trabalho, onde por meio desta se prima por tornar o sistema trabalhista menos rígido, deve-se perguntar, o sistema jurídico brasileiro comporta tal instituto? A Constituição Federal vigente suporta os anseios flexibilistas? Não estaria, o Estado Brasileiro, ao aceitar tal instituto, contrariando os direitos e princípios fundamentais por ele mesmo previstos?

A validade de quaisquer atos político, legislativo e jurídico deve ter respaldo constitucional, pois este documento é o vértice do ordenamento jurídico. A Constituição é o instrumento de validade de todo o ordenamento jurídico, de forma que todas as leis, bem como todos os atos normativos devem com ela ser compatíveis. Assim, as políticas neoliberais de submissão do trabalho ao capital, inclusive a súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho, encontram sustentação no texto constitucional?

É diante desses questionamentos que se irá trabalhar o presente item. Saber se a súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho contraria preceitos constitucionais, será fundamental para se tentar chegar a uma conclusão acerca dos benefícios ou malefícios que a terceirização traz à classe trabalhadora.

Pelos estudos até aqui realizados e antecipando um pouco a conclusão do trabalho, entende-se que a flexibilização, em específico, a terceirização, afronta princípios e direitos do trabalhador.

Mas para constatar o alegado, far-se-á uma análise sistemática acerca desses princípios e direitos junto com a súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho.

3.6.1 Análise da Súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho

Para facilitar o entendimento, será transcrita, mais uma vez, a súmula objeto de estudo, realizando, ao mesmo tempo, os necessários comentários.

3.6.1.1 Item I da Súmula 331 do TST

“I - A contratação de trabalhadores por empresa interposta é ilegal, formando-se o vínculo diretamente com o tomador dos serviços, salvo no caso de trabalho temporário (Lei nº 6.019, de 03.01.1974)”.

Neste item, o Tribunal Superior do Trabalho afasta, em regra, a intermediação de mão-de-obra, admitindo-a, apenas, nas condições da lei n. 6.019/74. De acordo com o artigo 2º da citada lei, já transcrito anteriormente, “Trabalho temporário é aquele prestado por pessoa física a uma empresa para atender à necessidade transitória de substituição de seu pessoal regular e permanente ou a acréscimo extraordinário de serviços” (grifos nossos).

Como se percebe, na contratação para substituição do pessoal regular e permanente ou no caso de acréscimo extraordinário de serviços, admite-se a intermediação de mão-de-obra (lei n. 6.019/74) em todos os setores da empresa, inclusive para atividade-fim. Desta forma, uma empresa fornece trabalhadores à outra a fim de que sejam supridas suas necessidades.

A contratação interposta que fuja das condições impostas pela lei n. 6.019/74 fará com que o vínculo seja reconhecido entre a empresa-tomadora de serviços e o trabalhador.

O Tribunal Superior do Trabalho procurou fazer uma distinção entre a contratação interposta ilegal (terceirização) e a contratação de trabalhadores temporários, com base na lei n. 6.019/74. Para este Tribunal, a princípio, admite-se a intermediação nas hipóteses previstas na lei, apenas.

Mas, qual a real distinção entre a intermediação prevista na lei n. 6.019/74 e a terceirização? Apesar de já ter sido adiantada, um pouco, essa análise, irei aprofundar um pouco no presente momento.

A lei n. 6.019/74, como já ressaltado, só admite a contratação por empresa interposta para substituir pessoal regular e permanente e no caso de acréscimo extraordinário de serviço. Seria, portanto, essa uma das diferenças entre a contratação de trabalhadores temporários e de terceirizados, ou seja, os motivos da contratação. Na verdade, não há maiores e importantes diferenças, já que tanto a terceirização quanto a contratação temporária fazem com que o trabalhador seja objeto de conveniência para a empresa-tomadora de seus serviços, dele podendo se utilizar quando bem entender. Não se mostrando mais útil, este trabalhador é simplesmente afastado.

A essência da contratação temporária é a mesma da terceirização, já que uma empresa (tomadora ou cliente) necessita de trabalhadores, mas prefere não contratá-los diretamente, e sim por meio de uma intermediária. A busca pela redução dos custos é latente em ambas as hipóteses. Aliás, a contratação temporária é mais agravante para o trabalhador, pois ela pode ocorrer em qualquer situação, seja a atividade fim ou meio.

O cerne da questão é o local (de total desprezo) no qual é posto o trabalhador. A terceirização e a contratação temporária não passam de mera intermediação de mão-de-obra, as quais usam o trabalhador - pessoa humana - como objeto de conveniência das empresas.

Ambos os tipos de contratação submetem o trabalhador à dupla autoridade, tanto da empresa que aluga trabalhadores quanto daquela que deles se beneficia (BARROS, 2006, p. 423).

Una de las formas de empleo precario es el trabajo a través de ETT (trabalho por meio de empresa de trabalho temporário) en la que la relación de trabajo (triangular) escapa a las características típicas de la relación de trabajo normal al romperse el esquema de bilateralidad contractual y articularse un esquema

trialateral de la relación laboral dissociándose el empresário formal del empresário usuário (empresário funcional) (MONEREO PÉREZ, 2006, p. 183).

No mercado crescente da intermediação é possível alugar qualquer tipo de mão-de-obra, como secretárias, telefonistas, pedreiros, carpinteiros, técnicos em computação e de qualquer outro tipo de pessoal qualificado e até portadores de diploma de curso superior, mesmo para execução de serviços permanentes e indispensáveis à consecução dos objetivos e finalidades sociais da empresa tomadora.

A terceirização em si, caso se insista em diferenciá-la da contratação temporária (o que não se mostra adequado), é admitida pela maioria da doutrina apenas para os casos de atividade-meio. Por sua vez, a contratação temporária é admitida para atividade-meio e fim.

Levando-se em conta que tanto a terceirização quanto a contratação temporária não passam de mera intermediação de trabalhadores, conclui-se que o Tribunal Superior do Trabalho admite a terceirização também para atividade-fim.

3.6.1.2 Item II da Súmula 331 do TST

“II - A contratação irregular de trabalhador, mediante empresa interposta, não gera vínculo de emprego com os órgãos da administração pública direta, indireta ou fundacional (art. 37, II, da CF/1988)”.

Esse dispositivo admite as chamadas terceirizações na Administração Pública. Faz pior. Admite que a Administração Pública terceirize, mesmo sem levar em consideração os limites impostos pela própria súmula. Abre espaço para que esta terceirize sem restrições. Por não impor-lhe obstáculos, ela poderá, a todo tempo, contratar trabalhadores terceirizados, descumprindo sua obrigação de realizar concurso público.

A Administração Pública não integra a iniciativa privada para se preocupar com redução de encargos e a busca pela concorrência. Se foram esses os motivos que

levaram as empresas a terceirizarem, os mesmos não são cabíveis à Administração Pública, por serem unicamente econômicos.

Os serviços da Administração Pública devem ser prestados por pessoas concursadas, conforme artigo 37, II, da Constituição do Brasil, quando, atualmente, esta abriga, em seus quadros, um percentual de 30% a 50% de trabalhadores terceirizados (FERRAZ, 2006, p. 252).

Quando a Administração Pública contrata trabalhadores terceirizados, paga remuneração inferior àquela percebida por seus funcionários concursados. Embora realizem as mesmas funções, essas pessoas recebem distintos salários. É uma clara ofensa ao princípio da igualdade, previsto no artigo 5º da Constituição do Brasil.

A terceirização no setor público nos variados campos tem se colocado como uma alternativa para a flexibilização da gestão do trabalho, apesar de ser uma opção administrativa extremamente polêmica e, não raro, perversa para os trabalhadores (DIEESE, 2008, p. 99).

O item em comento legitima o tratamento diferenciado entre pessoas iguais. Faculta à Administração Pública a contratação, mesmo que irregular (na visão da Súmula), de trabalhadores, não gerando vínculo, sem lhe atribuir maiores responsabilidades.

3.6.1.3 Item III da Súmula 331 do TST

III - Não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância (Lei nº 7.102, de 20.06.1983) e de conservação e limpeza, bem como a de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistente a pessoalidade e a subordinação direta.

Aqui, a súmula distingue atividade-meio da atividade-fim. A terceirização seria admitida para a atividade-meio, formando-se vínculo se a mesma for admitida para as atividades-fim da empresa.

Para Andrade (2000, p. 932), a atividade-fim está atrelada ao núcleo essencial da atividade da empresa, à finalidade empresarial; Já a atividade-meio seria caracterizada pelo caminho necessário para se alcançar a atividade final.

A atividade-fim seria o conjunto de etapas necessárias à produção final, ou seja, os procedimentos indispensáveis, nucleares para que a empresa atinja a finalidade para a qual foi criada. Seria, portanto, a razão de existir da empresa. Por sua vez, atividade-meio seria aquela secundária, de apoio, dispensável para se atingir a finalidade da empresa, atividade que não interfere na produção final, como telefonia, vigilância, limpeza.

No presente item, o Tribunal passa a admitir a terceirização, desde que seja obedecido o requisito de se tratar de serviços relativos à atividade-meio.

A terceirização de serviços secundários, diferente do que pensam alguns, por se tratar de atividade-meio, também não pode ser vista com bons olhos, pois faz com que a cadeia produtiva seja interrompida. Se uma determinada empresa vai lucrar com o produto da força de trabalho despendida em seu favor, ela é que deverá arcar com os custos dessa relação.

No âmbito empresarial, toda e qualquer função ou etapa da produção é necessária para se chegar à produção final. Para que fossem respeitados os direitos e princípios fundamentais do trabalhador, correto seria proibir toda e qualquer forma de aluguel de mão-de-obra, para se dar total eficácia às normas constitucionais de proteção ao trabalho digno.

Não obstante o entendimento jurisprudencial que autoriza terceirizações via atividade-meio, existem empresas, em número significativo, que terceirizam todo ou quase todo o processo produtivo, inclusive no que concerne às atividades-fim (DELGADO, 2003, p. 125).

Importa destacar que uma vez admitida a terceirização para a atividade-meio, um passo já foi dado para se flexibilizar mais ainda, alcançando também a atividade-fim.

Ainda quanto à prática cada vez maior de terceirizar atividade-fim:

As grandes empresas transferem seus serviços, não mais secundários, e sim essenciais, para empresas terceirizadas de existência duvidosa, carentes de idoneidade financeira e criadas, exclusivamente, para desviar os encargos trabalhistas dos verdadeiros beneficiários da força de trabalho. Estes trabalhadores vivem transmudando-se de empresa para empresa e, sem identidade, sem rosto, recorrem à justiça obreira como único meio de receberem suas verbas trabalhistas (GODOY, 2007, p. 140).

Os trabalhadores, muitas vezes, ficam dependentes de empresas fraudulentas, desequilibradas, sem condições de manter os seus direitos de acordo com a legislação. Além de conviverem com total desrespeito ao disposto no ordenamento jurídico vigente, são marginalizados pelo fato de prestarem serviços a uma terceirizada.

Independente do tipo de atividade desenvolvida pelo trabalhador, este deve ter o devido respeito e ser tratado com igualdade no âmbito da empresa, sem ver a sua profissão ser tratada com menos respeito, menos significância que outras.

Ao final da súmula, o Tribunal Superior do Trabalho admite que, em estando presentes dois dos requisitos da relação de emprego - subordinação e personalidade - o vínculo resta-se criado.

Ora, impossível não estar presente ao menos o requisito da subordinação, pois se um trabalhador prestar serviços à tomadora, esta lhe fará algumas exigências. As ordens estarão sempre presentes, nem que seja apenas para organizar ou coordenar os serviços prestados. E isto, por si só, já configura a subordinação.

Apenas para recordar, a subordinação é um dos requisitos ou características necessárias para o reconhecimento de uma relação de emprego. O vínculo empregatício só será reconhecido se estiverem presentes alguns requisitos, dentre eles, a subordinação.

O artigo 3º da Consolidação das Leis do Trabalho, ao conceituar o empregado, refere-se ao termo subordinação (*“Considera-se empregado toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário”* (grifo nosso).

A subordinação é, portanto, um instituto jurídico essencial para a existência de uma relação entre empregado e empregador. A partir do momento que o contrato de trabalho é firmado, nasce a subordinação jurídica (PEREIRA, 1991, p. 22).

Com o nascimento do contrato de trabalho, surgem, como dito, a subordinação e, em contrapartida, o poder diretivo do empregador. O trabalhador transfere para o empregador o poder de dirigir, de guiar suas atividades. Cabe ao empregador determinar as tarefas a serem realizadas pelos seus empregados, do modo e no tempo que lhe convier.

Entretanto, destaque-se que a subordinação não é absoluta. O poder que tem o empregador de determinar, de dirigir as atividades de seus empregados possui limites. As ordens devem limitar-se ao contrato de trabalho, não podendo adentrar na esfera particular do trabalhador (ENGEL, 2003, p. 83).

Quando se está a tratar do assunto da subordinação, muitas dúvidas podem surgir acerca dos seus limites, já que não há que confundir subordinação com submissão. O empregado, quando é contratado para desempenhar certa função, será cobrado pelo bom desempenho. E, para isso, deverá cumprir as ordens que lhe forem emitidas. O empregador ditará essas ordens, dentro daquilo que foi pactuado, e o empregado as cumprirá a fim de atingir a finalidade do contrato de trabalho.

Em linhas gerais, essas são algumas considerações do que vem a ser o clássico requisito da subordinação.

A pessoalidade também é um dos requisitos da relação de emprego. Quando o contrato de trabalho se firma, a relação é estabelecida entre as partes

contratantes, empregado e empregador. Assim, a prestação de serviços se dará sempre pela pessoa contratada.

Pelos moldes da súmula em comento, o instituto da personalidade não poderá estar presente na relação entre a empresa-tomadora e o trabalhador terceirizado, sob pena de reconhecimento de vínculo entre ambos.

Ocorre que, inevitavelmente, a personalidade se mostra presente nessa relação, pois, muitas vezes, a empresa-cliente exige que quem lhe preste serviços seja aquele determinado funcionário da terceirizada, por achar que ele realiza bem suas funções, por já conhecê-lo etc. Essa prática atinge a personalidade, pelo fato de que a relação entre a contratante e o trabalhador se mostra estreita.

Muitas empresas-clientes mantêm, em sua estrutura, certos trabalhadores terceirizados por muitos anos, o que configuraria relação direta entre eles.

3.6.1.3.1 Traços de uma nova subordinação

Com as mudanças que o mundo do trabalho vem sofrendo, alguns de seus institutos podem passar por esses mesmos processos de transformação, como é o caso do requisito da subordinação.

O que se percebe é que, ao longo da trajetória do sistema capitalista, a subordinação, que se formaliza juridicamente por meio do contrato de trabalho, vem operando sob diversas formas, em consonância com os modelos de produção vigentes (DELGADO, 2003, p. 104).

Em face das transformações no cenário do trabalho, a subordinação deixa de ser direta e incisiva, para se tornar presente mesmo nas situações aonde inexistam um ambiente de trabalho (DELGADO, 2003, p. 105), como é o caso da terceirização, onde muitas vezes a empresa prestadora de serviços terceirizados não possui sequer uma estrutura física própria, utilizando-se de espaços cedidos pela empresa-cliente.

Começam a surgir na doutrina novas formas de subordinação.

Uma delas é a denominada parassubordinação. O trabalhador parassubordinado é entendido como aquele que se encontra em nível intermediário, entre o subordinado e o autônomo.

Quando o trabalhador aparentemente autônomo assume uma cadeia de serviços a serem prestados ao tomador, sua obrigação não se exaure com a obtenção de apenas um dos resultados. Por ser uma cadeia produtiva, o trabalhador resta-se responsável pela consecução de todo o trabalho (SILVA, 2005, p. 169).

A par disso, entende-se que a parassubordinação ocorrerá num ambiente de trabalho em que o tomador necessitará de uma prestação de serviços prolongada no tempo. Dessa forma, o contrato de prestação que se exaure num único resultado, não poderá se enquadrar na parassubordinação.

“Genericamente, o trabalho continua a ser prestado com autonomia, mas a sua organização é vinculada à atribuição de algum tipo de poder de controle e de coordenação a cargo do tomador dos serviços” (SILVA, 2005, p. 169).

O trabalhador possui autonomia, até porque as partes podem discutir e modificar as condições contratuais a qualquer tempo, o que não ocorre no contrato ordinário de trabalho. Porém, essa autonomia se encontra limitada ao poder de coordenação do tomador de serviços. Aliás, o poder de coordenação não é apenas do tomador. Por se tratar de coordenação, as duas partes do contrato, juntas, tentarão chegar ao denominador comum.

Ao lado da parassubordinação, encontra-se também na doutrina (DELGADO, 2006, p. 657-677) e em alguns julgados, rumores acerca de uma nova subordinação, a chamada subordinação estrutural.

Subordinação estrutural pode ser entendida como aquela decorrente de uma situação de coordenação e não necessário controle da situação, pela empresa. Tendo em vista as novas práticas adotadas por muitas empresas, no sentido de deixar seus funcionários com maior liberdade de atuação, a subordinação não deixa de existir.

Ela simplesmente deixa o campo do total controle pela empresa, para que esta exerça sobre seus funcionários uma estratégia de coordenação.

Não há que confundir a parassubordinação com a subordinação estrutural. Aquela se encontra entre o trabalho subordinado e o autônomo, onde o trabalhador não se encontra inserido no contexto da empresa, sendo uma pessoa externa à atividade empresarial. Esta ocorre dentro do próprio contrato de trabalho, o qual não exige mais, diante das reais transformações, que a subordinação seja direta.

Julgado do TRT da 3ª Região demonstra a nova tendência da subordinação estrutural:

EMENTA: TERCEIRIZAÇÃO E SUBORDINAÇÃO ESTRUTURAL - No exercício da função de instalador/emendador de cabos telefônicos, o autor exercia função perfeita e essencialmente inserida nas atividades empresariais da companhia telefônica (TELEMAR). E uma vez inserido nesse contexto essencial da atividade produtiva da empresa pós-industrial e flexível, não há mais necessidade de ordem direta do empregador, que passa a ordenar apenas a produção. Nesse ambiente pós-grande indústria, cabe ao trabalhador ali inserido habitualmente apenas "colaborar". A nova organização do trabalho, pelo sistema da acumulação flexível, imprime uma espécie de cooperação competitiva entre os trabalhadores que prescindem do sistema de hierarquia clássica. Em certa medida, desloca-se a concorrência do campo do capital, para introjetá-la no seio da esfera do trabalho, pois a própria equipe de trabalhadores se encarrega de cobrar, uns dos outros, o aumento da produtividade do grupo; processa-se uma espécie de sub-rogação horizontal do comando empregatício. A subordinação jurídica tradicional foi desenhada para a realidade da produção fordista e taylorista, fortemente hierarquizada e segmentada. Nela prevalecia o binômio ordem-subordinação. Já no sistema ohnista, de gestão flexível, prevalece o binômio colaboração-dependência, mais compatível com uma concepção estruturalista da subordinação. Nessa ordem de idéias, é irrelevante a discussão acerca da ilicitude ou não da terceirização, como também a respeito do disposto no art. 94, II da Lei 9.472/97, pois no contexto fático em que se examina o presente caso, ressume da prova da subordinação do reclamante-trabalhador ao empreendimento de telecomunicação, empreendimento esse que tem como

beneficiário final do excedente do trabalho humano a companhia telefônica. Vale lembrar que na feliz e contemporânea conceituação da CLT - artigo 2º, caput - o empregador típico é a empresa e não um ente determinado dotado de personalidade jurídica. A relação de emprego exsurge da realidade econômica da empresa e do empreendimento, mas se aperfeiçoa em função da entidade final beneficiária das atividades empresariais. (Processo: 00059-2007-011-03-00-0 RO TRT 3ª Região; Data de Publicação: 03/08/2007; Órgão Julgador: Primeira Turma; Juiz Relator: Juiz Convocado Jose Eduardo de RC Junior; Juiz Revisor: Des. Marcus Moura Ferreira) (Grifo nosso).

Embora a Súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho proíba a presença do requisito da subordinação, sob pena de reconhecimento de vínculo empregatício entre o trabalhador e a empresa-cliente, os trabalhadores terceirizados lhe serão subordinados (FELICIANO, 2007, p. 1313).

A subordinação existe dentro da própria empresa tomadora e até fora dela, adentrando na esfera particular da empresa prestadora, pois, para que o contrato entre a prestadora e a cliente seja mantido, esta faz exigências contratuais e até informais àquela, o que importa dizer que passa a existir uma subordinação externa. Os trabalhadores da empresa de trabalho terceirizado subordinam-se às exigências da sua empregadora, bem como da empresa contratante.

De certo modo, é como se a subordinação, antes restrita às relações empresa-empregado, se deslocasse também para a relação empresa-empresa. A estrutura vertical que existia dentro da fábrica se reproduz fora dela. Em certa medida, até os trabalhadores da contratada seguem as diretrizes da contratante (VIANA, 2003, p. 226).

Os trabalhadores se fixam no centro das empresas contratantes, cumprindo ordens (ou comandos, como preferirem) de ambas as empresas. Embora o poder diretivo seja do empregador, no caso, da empresa de serviços terceirizados, fato é que as empresas-clientes exercem sobre aquelas grande domínio.

Com o nascimento das parcerias entre as empresas, especialmente em razão do incremento das práticas terceirizantes, os mecanismos de subordinação duplicam seu poder. Isto porque, na maioria dos casos, o empregado passa a

subordinar-se tanto ao empregador direto (a empresa terceirizadora) como ao tomador de serviços; o que é facilitado, sobremaneira, pela estrutura trilateral de pactuação jurídica (DELGADO, 2003, p. 105).

Enfim, ausência de subordinação não há. Inexoravelmente o trabalhador se subordina tanto a uma quanto à outra empresa.

3.6.1.4 Item IV da Súmula 331 do TST

IV - O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços, quanto àquelas obrigações, inclusive quanto aos órgãos da administração direta, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista, desde que hajam participado da relação processual e constem também do título executivo judicial (art. 71 da Lei nº 8.666, de 21.06.1993).

Já admitida a terceirização de forma pacífica, o Tribunal Superior do Trabalho arbitra uma responsabilidade subsidiária para a empresa tomadora de serviços, nos casos de descumprimento da legislação trabalhista pela empresa de trabalho terceirizado.

No decorrer do contrato de trabalho terceirizado, como vimos, o trabalhador é subordinado tanto à empresa tomadora de serviço, quanto à empresa prestadora desses serviços. Ele possui obrigações com ambas as empresas, devendo cumprir todos os seus deveres no interior de ambas.

“Nas relações de trabalho temporário, o empregado se submete à dupla autoridade: a da empresa de trabalho temporário e a da empresa cliente ou tomadora” (BARROS, 2006, p. 423).

Por que admitir responsabilidade subsidiária à empresa tomadora de serviços? Por que apenas o trabalhador possui obrigações com ambas as empresas? Dessa forma, qual a responsabilidade da empresa tomadora com aquele que lhe presta serviços com cumprimento de todos os deveres?

Esse tipo de tratamento (desigual) é que não pode ser admitido, numa relação de trabalho.

O contrato de trabalho clássico, como se sabe, é bilateral, ou seja, há direitos e obrigações para ambas as partes, empregado e empregador. A terceirização em si ofende a Constituição do Brasil, em seus princípios fundamentais e direitos, além de ofender os próprios princípios do Direito do Trabalho (já que todos eles tendem a uma proteção do trabalhador, o que de fato não ocorre na terceirização!) e, para piorar, o Tribunal Superior do Trabalho edita súmula regulamentando o instituto. Isso é prejudicial ao trabalhador.

Sabe-se que não é o fato de ter, o Tribunal Superior do Trabalho, editado a referida súmula que mudará os fatos. A realidade é que se terceiriza. Mas esse órgão do Judiciário é a cúpula, em matéria trabalhista, e sobre ele pesa grande responsabilidade. É o próprio Estado admitindo a desobediência aos textos constitucional e legal.

Há quem seja contrário à simples previsão de responsabilidade subsidiária.

A previsão de responsabilidade meramente subsidiária para a empresa que cometeu conduta irregular terceirizante premiar-lhe-ia com tratamento menos gravoso, idêntico aquele conferido à empresa que realizou terceirização lícita, o que não se revela aceitável. Nossa ordem jurídica civil atribui responsabilidade solidária aqueles que cometem ilicitudes (art. 942 do Novo Código Civil) e, sendo o Direito Comum fonte subsidiária do Direito do Trabalho (parágrafo único do art. 8º da CLT), não se pode deixar de aplicar a indigitada norma às relações laborais decorrentes das terceirizações abusivas (RIBEIRO, 2004, p. 189 *apud* FERRAZ, 2006, p. 250).

Numa relação tripartite, onde duas empresas se utilizam da mesma força de trabalho e, por meio dela, lucram, deve estar presente o mesmo grau de responsabilidade.

“A responsabilidade, em uma terceirização considerada válida, deve ser sempre solidária, pois de uma forma ou de outra as empresas contratantes utilizam o trabalho prestado pelo empregado” (SOUTO MAIOR, 2000, P. 322).

Essa corrente possui fundamentos. E acrescentaria mais um. Ora, a terceirização, por ensejar uma relação tripartite, como já ressaltado, faz com que a análise do cometimento de falta grave, pelo empregado, ocorra tanto no âmbito da empresa prestadora, quanto no âmbito da empresa-cliente. Se o trabalhador pode ser fiscalizado tanto no interior da uma empresa quanto no de outra, submetendo-se ao poder fiscalizador de ambas, por que admitir apenas responsabilidade subsidiária à tomadora?

A 1ª Jornada de Direito Material e Processual da Justiça do Trabalho, promovida pela ANAMATRA (Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho) e ENAMAT (Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados do Trabalho), em 2007, promoveu algumas considerações quanto ao tema da terceirização. As considerações, contrárias ao disposto na súmula em análise, levaram ao entendimento de que a terceirização “desejável” seria aquela que atribuísse responsabilidade solidária entre as empresas, independente de ter a Administração Pública como a tomadora dos serviços (COUTINHO; MELO FILHO, 2009, p. 133).

Todas as empresas que integram a cadeia de produção devem ter a mesma responsabilidade, já que as mesmas compartilham dos mesmos serviços. Razão não há para se atribuir tratamento diverso a pessoas que de fato possuem a mesma responsabilidade para com os trabalhadores.

A Consolidação das Leis do Trabalho, em seu artigo 2º, § 2º, prevê a responsabilidade solidária para as empresas que pertençam ao mesmo grupo econômico:

Sempre que uma ou mais empresas, tendo, embora, cada uma delas, personalidade jurídica própria, estiverem sob a direção, controle ou administração de outra, constituindo grupo industrial, comercial ou de qualquer

outra atividade econômica, serão, para os efeitos da relação de emprego, solidariamente responsáveis a empresa principal e cada uma das subordinadas.

Grupo econômico é entendido como a união de duas ou mais empresas, as quais desempenham atividade econômica, onde uma delas exerce controle ou simples coordenação sobre as demais (SARAIVA, 2004, p.62-63).

Dessa forma, para se caracterizar um grupo econômico, não há a necessidade de que as empresas-parte sejam subordinadas a uma empresa principal. Pode existir apenas uma relação de coordenação entre elas.

Por que não entender a empresa de trabalho terceirizado e sua cliente como grupo econômico, admitindo, a responsabilidade solidária para as mesmas?

Admitir a responsabilidade solidária para a empresa de trabalho terceirizado e a tomadora desse trabalho seria, ao menos, ampliar a possibilidade de garantia dos créditos trabalhistas.

3.6.2 Possíveis ofensas da Súmula 331 do TST aos direitos dos trabalhadores e aos Princípios Fundamentais

Pela análise e pelos comentários dispensados acerca da súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho foi possível perceber o quanto a terceirização desconsidera a pessoa do trabalhador.

Além de contrariar princípios do Direito do Trabalho, preceptivos constitucionais e legais, a Súmula n. 331 do TST, evidentemente, inova na ordem jurídica, ao autorizar a terceirização em circunstâncias não previstas em lei (COUTINHO; MELO FILHO, 2009, p. 131).

O trabalho nas condições existentes numa terceirização afronta inúmeros direitos e princípios fundamentais do trabalhador, além dos próprios princípios do Direito do Trabalho.

A terceirização em curso, interna ou externa, não passa de ficção jurídica voltada para negar eficácia aos princípios do Direito do Trabalho, especialmente ao da primazia da realidade, aos comandos dos arts. 1º (incisos III e IV), 7º e 170 da Constituição Federal, à própria definição de empregador dada pelo art. 2º, da CLT, e, também, à conceituação do que seja empregado (CLT, art. 3º) (COUTINHO; MELO FILHO, 2009, p. 132).

Poder-se-ia citar outros princípios, a exemplo dos princípios da valorização do trabalho, da justiça social, da não discriminação, da dignidade da pessoa humana, do não-retrocesso social, do trabalho digno, da liberdade de escolha do local de trabalho. Todos refutados pela terceirização, como será visto adiante.

Em relação ao princípio da valorização do trabalho, com destaque para o emprego, viu-se que o homem se firma através do trabalho, mas não qualquer trabalho. A sua afirmação se dá com o reconhecimento e cumprimento de seus direitos enquanto trabalhador. Se numa dada relação de trabalho, os direitos trabalhistas não são respeitados, há um verdadeiro rompimento com o que está disposto na Constituição do Brasil de 1988. Viu-se que a terceirização não passa de um mecanismo utilizado pelas empresas para reduzirem seus gastos, e esses só são reduzidos desconsiderando os direitos trabalhistas.

O princípio da justiça social exprime o sentimento de igualdade de oportunidade para as pessoas, com a finalidade de se romperem as desigualdades existentes entre as camadas sociais. O uso incessante de práticas flexibilistas a fim de trazerem maior concentração de riqueza para apenas certa camada social contraria de imediato tal princípio.

O princípio da igualdade de tratamento ou da isonomia ou da não discriminação não é respeitado na prática da terceirização.

A terceirização faz nascer um sentimento de menosprezo em relação aos trabalhadores que laboram na condição de terceirizados. Isso se dá porque eles não são vistos, pelos trabalhadores do quadro, como colegas de trabalho, mesmo desenvolvendo, em muitos casos, suas atividades de forma conjunta. Há uma barreira

que os separa do restante dos trabalhadores, aqueles fixos da empresa. Isso ocorre tanto em relação ao tratamento que lhes é dispensado pelos demais trabalhadores, quanto pelo tratamento vindo da própria empresa-tomadora. Os terceirizados sempre serão vistos como terceirizados, tanto que é dessa forma que os identificam no âmbito da empresa. Eles não possuem os mesmos benefícios dos trabalhadores contratados, como alimentação, creche, saúde, participação nos lucros etc.

A intenção na sua utilização (da terceirização) é justamente separar, apartar, discriminar (...). A intenção, clara, é realizar a discriminação, entre trabalhadores dignos de ostentarem o 'título' de empregados, e aqueles outros que serão 'os outros', os 'terceirizado' (CARELLI, 2003, p. 221).

Os espaços que os trabalhadores terceirizados laboram são delimitados, proibindo, muitas vezes, sua circulação pelos demais ambientes da empresa. Além disso, os terceirizados são identificados por crachás e fardas distintas das dos trabalhadores da tomadora. De uma forma ou de outra, essas práticas bastante usuais dispensam um tratamento diferenciado.

Marcelino (2006, p. 98-99), em pesquisa realizada com trabalhadores terceirizados da Honda, observa que esses são tratados de forma distinta, em comparação com os contratados da empresa, seja em relação ao fardamento, ao salário (o salário dos terceirizados é bem inferior ao daqueles com contrato direto) e em relação ao próprio tratamento que lhes é dispensado.

Os salários dos trabalhadores terceirizados são inferiores aos daqueles que pertencem ao quadro próprio da empresa-tomadora, mesmo que desenvolvam as mesmas atividades. Ou seja, pessoas que se encontram em mesmas condições, prestando os mesmos serviços são tratadas com distinção. Mostra-se clara a contrariedade ao disposto no preâmbulo da Constituição da Organização Internacional do Trabalho (OIT), quando num trecho, reafirma-se que “trabalho igual, salário igual”.

Viana (2003, p. 228) traz estudo do Dieese, de 1999, o qual envolveu 40 empresas de trabalho terceirizado do ABC, onde 72,5% delas concediam menores

benefícios sociais e em 67,5% ofereciam salários mais baixos, sem falar nas jornadas mais extensas e precárias condições de saúde e higiene.

(Os trabalhadores terceirizados) constituem uma categoria inferior, são tratados como de segunda categoria, não somente pelas chefias e supervisores, mas, em muitos casos, até mesmo pelos trabalhadores fordistas, que integram a 'elite da fábrica' 'Trabalhadores que são apartados dos demais com os quais trabalham lado a lado e, muitas vezes, exercendo a mesma função, mas que são considerados de segunda categoria (os desclassificados), desprovidos de um estatuto e de direitos elementares que o trabalho assalariado deveria garantir' (DRUCK, 1999, p. 225 e 227 *apud* CARELLI, 2003, p. 214).

Resta clara e límpida a discriminação existente no seio das contratações atípicas, em especial no caso da terceirização.

A dignidade da pessoa humana é um princípio que pode ser analisado junto com o do trabalho digno, já que os estudos tentaram fazer um liame entre esses dois princípios. O homem é um ser que por si só já possui dignidade. No entanto, essa dignidade, para ser mantida precisa que os direitos da pessoa sejam observados. O trabalho digno, junto com o cumprimento de todos os direitos próprios do trabalhador, é o grande responsável pela consecução de ambos os princípios.

Entretanto, a terceirização, com base em tudo que foi visto, não dignifica o homem devido aos constantes descumprimentos de direitos trabalhistas e dos princípios fundamentais do trabalhador. O homem não pode ser objeto de contrato. Ele é peça importante nas organizações empresariais, por fazerem-na atingir seus fins.

O Estado, ao permitir o uso da terceirização, desconsidera seus próprios postulados. Cabe-lhe a defesa dos interesses das pessoas, em especial, dos trabalhadores. O que não ocorre.

Foi visto também que o princípio da proibição de retrocesso social se encontra consagrado na Convenção americana de direitos sociais, mais conhecida como Pacto de São José da Costa Rica, em seu art. 26:

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.

O Brasil aprovou o pacto pelo Decreto Legislativo 27, de 25.09.1992, e o promulgou através do Decreto 678, de 06.11.1992, onde, por meio dele, comprometeu-se a não retroceder em relação a direitos sociais.

O Brasil não só tem os deveres de proteger e promover os direitos sociais, como também, o dever de não enfraquecê-los. Os direitos sociais consagrados pelo ordenamento jurídico não poderão ser desconsiderados, tendo em vista sua incorporação no rol de conquistas sociais.

A Constituição do Brasil, expressamente, previu as hipóteses em que os direitos do trabalhador poderão ser relativizados (artigo 7º, inciso VI, o qual admite *“irredutibilidade do salário, salvo o disposto em convenção ou acordo coletivo”*; inciso XIII, *“duração do trabalho normal não superior a oito horas diárias e quarenta e quatro semanais, facultada a compensação de horários e a redução da jornada, mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho”* e inciso XIV, *“jornada de seis horas para o trabalho realizado em turnos ininterruptos de revezamento, salvo negociação coletiva”*).

Em contrapartida, aqueles em que tal previsão (de flexibilizar) não fora feita pelo Poder Constituinte Originário, entende-se que não mais poderão sê-los. Portanto, todos os demais direitos sociais do trabalhador, além, obviamente, dos princípios fundamentais, estão imunes a qualquer ingerência tendente à diminuí-los.

A flexibilização do Direito do Trabalho, no Brasil, tem respaldo legal apenas e tão somente, nos estritos casos e da maneira permitida pelo *Poder Constituinte Originário*, o que significa dizer que qualquer alteração textual constitucional, exercício da autonomia coletiva ou inovação normativa infraconstitucional poderá modificar, para o caso, os permissivos expressamente contidos na

Constituição; da mesma forma que a exegese e subsequente aplicação pelo julgador não deveria comportar ampliação que afronte a rigidez constitucional proibitiva do retrocesso social e consagradora do solidarismo, ambos diretamente afeitos ao Direito do Trabalho (BELTRAMELLI NETO, 2007, p. 1328).

O Princípio do Não-Retrocesso Social, especificamente na seara trabalhista, também encontra respaldo no *caput* do artigo 7º da Constituição Federal, quando o mesmo afirma que outros direitos, além daqueles expressos, poderão ser incorporados ao trabalhador.

Entende-se que a aplicabilidade do princípio supracitado, na relação de trabalho, situa-se também no sentido da não redução do rol do artigo 7º da Constituição do Brasil, onde alguns dos seus incisos, mesmo desprovidos de regulamentação, por si só, possuem *status* de direitos sociais e, por isso, não podem ser mitigados. Além do artigo 7º, temos, também, os artigos 8º e 9º da Constituição de 1988 que, igualmente, conferem direitos aos trabalhadores.

Novos direitos poderão, como dito, ser incorporados ao rol dos direitos do trabalhador, o que implica dizer que não poderá existir redução nesse rol. Apenas acréscimo. No entanto, a realidade é outra.

O princípio da liberdade de escolha do ambiente de trabalho também é afetado pela terceirização. O trabalhador terceirizado não possui liberdade de escolha do local aonde prestará seus serviços, tendo em vista que ele não tem a faculdade de prestá-los para quem desejar. Simplesmente há uma determinação do local para o qual irá desenvolver suas tarefas. Essa falta de opção faz com que o trabalho deixe de ser algo prazeroso para ser uma obrigação.

Essa ausência de liberdade de escolha do ambiente de trabalho contraria a Convenção 122 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), a qual foi ratificada pelo Brasil, através do Decreto n. 66.499/70, mais especificamente em seu artigo 1º:

Com vista a estimular o crescimento e desenvolvimento econômico, elevar os níveis de vida, corresponder às necessidades de mão-de-obra e resolver o

problema do desemprego e do subemprego, cada Membro deverá declarar e aplicar, como objetivo essencial, uma política ativa com vista a promover o pleno emprego, produtivo e livremente escolhido.

A referida Convenção pugna pela liberdade de escolha do local de trabalho. Mesmo que não houvesse tal convenção, a liberdade de trabalho é um dos corolários do Estado Democrático de Direito, haja vista que a escravidão foi abolida, não se admitindo, ao menos formalmente, que uma pessoa preste seus serviços num local com o qual não se identifica.

Infelizmente, essa é uma realidade trazida pela terceirização.

A terceirização, como visto no presente trabalho, sendo uma das formas de flexibilização, arruína a solidez dos princípios fundamentais e dos direitos dos trabalhadores. As contratações terceirizadas são precárias, por fazerem descumprir os preceitos constitucionais e celetistas.

Passo a citar mais alguns dos malefícios que a terceirização traz à classe trabalhadora.

Robortella (1994, p. 244) destaca pesquisa realizada pelo Dieese, a qual enfatiza as armadilhas da subcontratação, quando se mostra claro que a mesma:

a) serve de instrumento de combate às entidades sindicais; b) reduz o número de emprego; c) permite degradação do ambiente de trabalho e das condições de segurança e higiene, já que as subcontratadas geralmente não têm a estrutura das empresas contratantes; d) gera o paradoxo de existir dois patrões a comandar o processo, ou, em certos casos, de inexistir patrão definido; e) desintegra a identidade de classe dos trabalhadores; f) dificulta a filiação, organização e militância sindical.

Acrescente-se a isso, a maior insegurança no emprego, ampliação da rotatividade de mão-de-obra, tendência de individualização das relações profissionais, exigindo competitividade entre os trabalhadores ou entre grupos de trabalhadores, instalação ou deslocamento de empresas para regiões de fraca industrialização e de incipiente organização sindical.

No mesmo sentido Delgado (2003, p. 171):

O mecanismo terceirizante também estimula processos de alta rotatividade da mão-de-obra, sobretudo no que concerne às empresas tomadoras de serviços, causando insegurança no emprego e insuflando sentimentos de individualização nas relações de trabalho.

A rotatividade de mão-de-obra existe devido à facilidade de contratação e posterior (facilidade de) dispensa. Se o ato de dispensar o trabalhador fosse mais oneroso ou mais dificultoso não haveria tanta dispensa e conseqüente (re) contratação. Essa facilidade prejudica a possibilidade de pressão dos trabalhadores, os quais poderão ser dispensados e substituídos a qualquer momento.

A busca pelos locais de menor proteção aos direitos trabalhistas mostra, como é evidente, o intuito de se ganhar cada vez mais em detrimento da força de trabalho alheia. Não se importam com os trabalhadores e muito menos com seus direitos. De fato, quem deveria ter maior participação para fazer com que esses direitos fossem observados era o Estado, mas este não mais o faz. Contrariamente, admite as tendências flexibilizadoras.

Com o desemprego em grandes proporções, os trabalhadores enxergam as contratações atípicas como única forma de se manterem no mercado. No entanto, esses tipos de contratações geram grande rotatividade, o que faz com que os trabalhadores (em especial os terceirizados) se pulverizem, dificultando o seu agrupamento organizado (DELGADO, 2003, p. 152; ALVES, 2006, p. 463). A classe dos terceirizados (se é que se pode considerá-los assim), é uma classe onde não é possível identificá-la, agrupá-la, organizá-la, por ser muito heterogênea.

Hoje, os trabalhadores – especialmente os terceirizados – vagam no espaço e no tempo. Vão e voltam, passando do emprego ao desemprego, ao subemprego e a um novo emprego, numa relação de permanente curto-circuito. É difícil identificá-los e reuni-los, pois o sindicato não tem a mesma plasticidade.
(...)

Ao se fragmentar, a empresa também fragmenta o universo operário; mas, ao se recompor, formando a rede, não o recompõe. Os terceirizados não se integram aos trabalhadores permanentes. Às vezes, a relação de uns e outros chega a ser conflituosa: os primeiros vêem os segundo como privilegiados, enquanto estes acusam aqueles de pressionar para baixo os seus salários. Entretanto, os trabalhadores de cada segmento também competem entre si pelo emprego sempre mais precário e escasso (VIANA, 2003, p. 232).

O sindicato tornou-se uma instituição que não serve mais como entidade de organização de uma classe, pois classe já não mais existe (ALVES, 2006, p. 464). O individualismo incutido na cabeça dos trabalhadores fez os mesmos perderem o sentimento de união, de uma classe propriamente dita, fragmentando as bases sindicais.

A política neoliberal imposta, no Brasil, na década de 90 trouxe grandes transformações para a classe trabalhadora que acabaram por refletir na atuação do sindicato. Embora a estrutura corporativista do sindicalismo brasileiro (verdadeiro controle do Estado sobre os movimentos sindicais), baseada no sindicato oficialmente reconhecido pelo Estado, na unicidade e no imposto obrigatório para todos os trabalhadores, não tenha sido abalada, a cena sindical sofreu mudanças significativas, pois as atividades grevistas e a luta por melhores condições de trabalho e de salários sofreram baixa (BOITO Jr. 2002, p. 59-61).

Como não poderia ser diferente, o sindicalismo, em face da pressão capitalista, deixa de lado os movimentos sindicais gerais para se dedicar ao sindicalismo por empresa. Diminuem-se as greves e as negociações coletivas, as quais passaram a ser descentralizadas, por empresas. A atuação sindical passa a ser, portanto, bem restrita (ALVES, 2006, p. 465).

O declínio da atuação do sindicalismo, no Brasil, não se deu apenas pelos baixos números das taxas de sindicalização. As frustradas ações sindicais, de caráter geral, contribuíram também para a perda de participação dos sindicatos (ALVES, 2006, p. 473).

Boito Jr.(2002, p. 68) cita casos onde a própria CUT (Central Única dos Trabalhadores), negociou a redução de direitos trabalhistas com os governos neoliberais, a exemplo do direito à aposentadoria por tempo de serviço, do contrato coletivo de trabalho, da substituição do legislado pelo negociado etc.

Esses exemplos servem para demonstrar que, muitas vezes, os próprios sindicatos sucumbem aquilo que é exigido pelos interesses neoliberais. Não se vê mais as participações em massa de trabalhadores reivindicando direitos. Até os setores mais combativos do sindicalismo (CUT, Força Sindical, por exemplo) dão guarida ao ideal do não intervencionismo.

Além da dispersão da classe trabalhadora e da conseqüente perda da atuação sindical, destaque-se para o fato de que as grandes empresas, ao contratarem trabalhadores, sejam diretos, temporários e até terceirizados, querem saber o seu grau de participação com os sindicatos (o que agrava bastante a crise do sindicalismo). Ou o trabalhador nega o envolvimento sindical ou não será contratado. E até aqueles que poderiam ter envolvimento com o sindicato são “convencidos” a não mais o terem. É o processo de despolitização. A submissão do trabalhador deve ser de forma plena (LIMA, 2006, p. 136-137).

Com a pulverização da classe trabalhadora e o conseqüente enfraquecimento sindical, o meio ambiente de trabalho fica cada vez mais fragilizado.

O número de empregos formais diminui, permanecendo, na empresa, apenas os trabalhadores mais qualificados. Quanto aos trabalhadores que detêm menos qualificação, estes são dispensados, restando-lhes o emprego precário, nas pequenas empresas, que não cumprem os direitos trabalhistas, a fim de oferecer “serviços especializados” por menor preço.

No que concerne à qualificação do trabalhador terceirizado, comumente a dinâmica da terceirização sustenta-se em políticas de inserção de mão-de-obra menos qualificada nas empresas terceirizantes para diminuir os custos operacionais, sem comprometer a demanda exigida pelo crescente setor de serviços (DELGADO, 2003, p. 127).

Além de toda essa problemática até aqui destacada, atente-se para o fato de que as pessoas que laboram na condição de terceirizados não possuem os mesmos cuidados com higiene e saúde no ambiente de trabalho.

Muitos acidentes de trabalho ocorrem com terceirizados, tendo em vista a falta de cuidados com esse pessoal. As regras de proteção ao trabalhador não são obedecidas. As próprias empresas–tomadoras não as cumprem, nem as fazem cumprir, já que esses trabalhadores não fazem parte de seu quadro.

Quanto às instalações das empresas terceirizadas, o que se percebe é que geralmente não possuem as mesmas condições de segurança e higiene, em comparação com as empresas contratantes, o que propicia uma maior degradação do ambiente de trabalho, sendo um facilitador para a ocorrência de acidentes de trabalho (DELGADO, 2003, p. 172).

Num estudo do Dieese (2008, p. 123), realizado numa empresa de exploração de petróleo, cujo nome não foi revelado, resta demonstrado o abismo que separa os trabalhadores terceirizados daqueles contratados diretamente pela empresa-cliente. O estudo citado refere-se ao número de acidentes fatais ocorridos no âmbito da empresa-cliente (exploradora de petróleo). Do período de 1998 a 2005, ocorreram 137 acidentes fatais com trabalhadores terceirizados, contra 30 acidentes fatais envolvendo trabalhadores com vínculo direto com a tomadora.

Isso ocorre porque as empresas de trabalho terceirizado não investem na saúde e segurança de seus trabalhadores, muito menos na sua qualificação. Por sua vez, as empresas-tomadoras não se preocupam em observar as normas de proteção do trabalhador, por não fazerem parte de seu quadro, sendo um problema da empresa prestadora de serviços.

Os terceirizados trabalham mais, têm funções mais arriscadas, sofrem mais pressão, são menos capacitados, menos organizados e têm menos assistência médica. Ou seja, não é surpreendente que sejam as maiores vítimas de acidentes (FERREIRA, 2001, p. 43 *apud* CARELLI, 2003, p. 187).

Os trabalhadores terceirizados são verdadeiramente excluídos e tratados de forma banal pela sua empregadora, pela tomadora de seus serviços, pelo Estado e pela sociedade, de forma geral.

Talvez o maior prejuízo para os trabalhadores seja mesmo o estado de exclusão em que permanecem os terceirizados, discriminados dentro do ambiente de trabalho, segregados de um grupo de trabalhadores com “status” de efetivos, recebendo melhores benesses do empregador único (CARELLI, 2003, p. 192).

Com a escassez do trabalho digno, o qual possui um papel criador de valores, os trabalhadores estão imersos no mundo do trabalho-mercadoria, cada vez mais dependente das oscilações do mercado e cada vez mais abundante. Aqueles que ainda mantêm seus postos de trabalho podem ostentar essa condição, esse *status*.

Diante de todo exposto, como entender a atuação (negativa, para os trabalhadores) do Estado Democrático de Direito diante das transformações que vêm ocorrendo no universo do trabalho? Que papel é esse que o Direito tem desempenhado?

Dúvidas não pairam a esse respeito quando se é forçado a lembrar que o Direito, de fato, está para quem tem força, não passando de meio de dominação. Sendo meio de dominação, as formas atípicas e precárias de emprego são por ele admitidas e reguladas.

Assim, do mesmo modo que acontecia nos tempos de TAYLOR, KEYNES e FORD, o Direito repete os movimentos da empresa. Só que, agora, esses movimentos já não coincidem com os princípios que informam o próprio Direito. São excludentes. Tanto a empresa como o Direito, cada qual a seu modo, expulsam empregados (VIANA, 2003, p. 233).

A verdade é que a terceirização, utilizada não só no contexto brasileiro, causa precarização das relações de trabalho, diminuição do pleno emprego e confere tratamento diferenciado entre os trabalhadores.

“Essa desproporcionalidade em favor do capital em detrimento do trabalho coloca a terceirização em confronto direto com diversos princípios do Direito do Trabalho e até mesmo do Direito Constitucional (...)” (DELGADO, 2003, p. 173).

Um pouco mais adiante Delgado (2003, p. 174) corrobora com o entendimento de que a terceirização contraria valores constitucionais como a dignidade da pessoa humana, a justiça social e o valor social do trabalho.

Pelo que foi exposto, verifica-se um fosso entre a terceirização e os valores e princípios trabalhista-constitucionais. Procurou-se chegar à conclusão de que esse instituto flexibilizador da relação formal e clássica de trabalho confronta diretamente princípios expostos na nossa Carta Constitucional.

Sei que me encontro na contramão, onde quase todos defendem os institutos que tornam menos rígidas as regras do Direito do Trabalho, em prol do “desenvolvimento econômico”, afinal, estamos inseridos num Estado que, ao contrário do que preconiza em seu texto maior, beneficia o capital livre e devastador sobre o trabalho digno.

A terceirização é um fenômeno que veio para ficar, devido aos benefícios econômicos que traz às empresas, como lucratividade e competitividade. Trata-se de uma realidade contra a qual não se pode combater. Mas as vozes daqueles que ainda lutam por melhores condições de trabalho não podem ser caladas.

Retorno ao momento de glória do trabalho como valor humano, no sentido de haver maior proteção aos direitos dos trabalhadores, não haverá. Ao menos que sejam impostos limites às contratações atípicas. Que se terceirize, mas que sejam mantidos os padrões de igualdade de tratamento entre os trabalhadores, de dignidade no ambiente de trabalho, de sindicalização e de responsabilização.

Essas são apenas algumas considerações acerca do tema da terceirização, considerações essas que a doutrina não procura denunciar, seja pelo fato de ser favorável à precarização do emprego, seja pelo fato de que não se dão ouvidos

aqueles que ainda clamam pela liberdade, pela igualdade e pela dignidade do trabalhador.

CONCLUSÕES

Procuramos, no trabalho, traçar um liame entre os Direitos Humanos e o trabalhador, chegando à conclusão de que este possui direitos que lhe são próprios. Existem direitos que abrangem todas as pessoas, independente de ser essa pessoa pertencente à determinada classe. Entretanto, existem direitos que são dirigidos a determinados grupos, como é o caso dos trabalhadores.

Após uma análise dos Direitos Humanos Sociais, no que pertine à sua história, ao seu desenvolvimento e sua classificação, partimos para a análise de alguns desses direitos que podem ser interpretados à luz do trabalho humano digno.

Também estudamos alguns dos princípios constitucionais que podem ser interpretados à luz dos trabalhadores, como é o caso do princípio da dignidade da pessoa humana, do princípio do não-retrocesso social, do princípio da justiça social e o da valoração do emprego, entre outros.

Concluimos que o trabalhador tem que ter seus direitos assegurados, seja porque muitos deles se encontram no texto da Constituição, como cláusulas pétreas, seja porque a interpretação dos princípios constitucionais nos leva a afirmar que o trabalhador deve ser protegido, o que infelizmente não vem ocorrendo no atual estágio da sociedade.

A tendência é flexibilizar os direitos dos trabalhadores e a aplicação dos princípios fundamentais. Novas práticas para reduzir, cada vez mais, os benefícios trabalhistas ainda existentes, surgem a cada momento. Não se trata de uma tendência recente. Trata-se de um movimento que tomou fôlego a partir da década de setenta do século anterior. Passaram a surgir contratos que fogem da normalidade, que contrariam as disposições clássicas do Direito do Trabalho, como é o caso do contrato por prazo determinado e da terceirização.

Pensamos que o Estado deixou afundar (propositalmente?) seu caráter social para partir para o assistencialismo. É mais fácil praticar o assistencialismo ao invés de concretizar os Direitos Humanos Sociais. Não há uma preocupação com o mercado de trabalho flexível e suas conseqüências para a classe trabalhadora. O que há é apenas uma tentativa de solucionar, a curto prazo, a miséria gerada pela flexibilização, ou seja, o que importa é a diminuição de pessoas miseráveis. Esta é a política atual do Estado assistencialista. Não há uma preocupação com o mercado de trabalho, com a qualificação de trabalhadores e seu bem-estar.

Pudemos verificar, no decorrer do trabalho, que a terceirização é um instituto não regulamentado pelo Estado. O que existe é uma súmula do Tribunal Superior do Trabalho, no sentido de traçar algumas linhas, de grande repercussão para o trabalho - diga-se de passagem – acerca do tema da terceirização ou da intermediação de mão-de-obra, como queiram.

Trouxemos inúmeras situações que demonstram o quanto a terceirização contraria direitos sociais e princípios constitucionais de aplicação ao trabalhador, como podemos citar, o tratamento diferenciado dispensado para os trabalhadores terceirizados, os quais sofrem preconceito, a remuneração distinta entre aqueles que fazem parte do quadro da empresa-cliente e aqueles que lhe prestam serviços, mediante contrato de terceirização, o número de acidentes de trabalho com trabalhadores terceirizados muito superior ao que ocorre com os trabalhadores fixos da tomadora, a pulverização da classe trabalhadora, em virtude de que essa se encontra por demais dispersa, dividida entre várias empresa etc.

Essa realidade vivida por aqueles que prestam serviços mediante contrato de terceirização, mitiga princípios de cunho constitucional, como o princípio da igualdade, o da dignidade da pessoa do trabalhador, o princípio da liberdade de escolha do ambiente de trabalho, enfim, inúmeros princípios que procuram proteger o trabalhador na relação de trabalho.

Não vislumbramos a hipótese de retornarmos, unicamente, ao contrato típico e ordinário de trabalho. Sabemos que a atual conjuntura do mercado de trabalho

veio para ficar. Urge destacar, no entanto, que, se a situação é irreversível, ao menos, sejam mantidas as condições de trabalho, os princípios de Direito do Trabalho e constitucionais e direitos trabalhistas.

Um começo para a melhora das condições do trabalho terceirizado seria a regulamentação dessa prática, por meio de lei. Cabe ao Poder Legislativo, nos usos de suas atribuições, criar um mecanismo capaz de normatizar a terceirização com observância das normas de proteção aos direitos trabalhistas. Uma lei, após serem esgotadas todas as vias de negociação, de discussão mostra-se útil para, ao menos, serem ouvidas as partes interessadas nessa regulamentação.

Os Juízes do Trabalho também se mostram importantes, pois quando do momento de decidirem um conflito que envolva uma relação de trabalho terceirizado, eles possuem a prerrogativa de fazerem valer os direitos e princípios de proteção à pessoa do trabalhador, afastando as práticas que lhe são lesivas.

Que se busque o lucro, mas que se respeitem os direitos do trabalhador. Isso seria possível? É difícil, mas não é impossível. Iniciar uma política de conscientização entre as pessoas de que os trabalhadores terceirizados são trabalhadores como outro qualquer, e que por assim serem, merecem respeito, melhorar a qualificação dessas pessoas, as condições de segurança e higiene do ambiente de trabalho, a remuneração, também seria um bom começo.

REFERÊNCIAS

AFONSO, Túlio Augusto Tayano. Direitos sociais e o princípio do Não-Retrocesso Social. **Revista de Direito do Trabalho**, São Paulo, n. 124, p. 237-252, out./dez., 2006;

ALEMANHA. **Constituição do Estado Alemão de 1919**. Disponível em <<http://www.dhnet.org.br>>. Acesso em 09/06/2009, às 15:35h;

ALEMÃO, Ivan. Justiça sem mérito? Judicialização e desjudicialização da Justiça do Trabalho. **Revista Nacional de Direito do Trabalho**, v. 72, n. 72, p. 30-39, 2004;

ALEX, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**: Centro de estudios constitucionales, 1997, *apud* SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988. Porto Alegre: livraria do advogado, 2004;

ALVARENGA, Lúcia Barros Freitas de. **Direitos humanos, dignidade e erradicação da pobreza**: uma dimensão hermenêutica para a realização constitucional. Brasília: Brasilia jurídica, 1988 *apud* GOSDAL, Thereza Cristina. Dignidade do trabalhador. Um conceito construído sob o paradigma do trabalho decente e da honra. São Paulo: LTr, 2007;

ALVES, Giovanni. **Trabalho e Sindicalismo no Brasil dos anos 2000**. Dilemas da era neoliberal. In: ANTUNES, Ricardo (Coord.). Riqueza e miséria do trabalho no Brasil. São Paulo: Boitempo, 2006;

AMARAL, Arnaldo José Duarte do. **Estado democrático de direito**: nova teoria geral do direito do trabalho – adequação e compatibilidade. São Paulo: LTr, 2008;

ANDRADE, Dárcio Guimarães de. Terceirização atividade-fim e atividade-meio (Enunciado n. 331 do TST). **LTr**, n. 172, ano 36, p.931-935, 2000;

ANDRADE, Everaldo Gaspar Lopes de. **Direito do trabalho e pós-modernidade: fundamentos para uma teoria geral**. São Paulo: LTr, 2005;

ANTUNES, Ricardo. Construção e desconstrução da legislação social no Brasil. In: ANTUNES, Ricardo (Coord.). Riqueza e miséria do trabalho no Brasil. São Paulo: Boitempo, 2006;

_____. **O neoliberalismo e a precarização estrutural do trabalho na fase da mundialização do capital**. In: Da Silva, Alessandro *et al* (coord.). Direitos Humanos: essência do Direito do Trabalho. São Paulo: LTr, 2007;

ARAÚJO, Eneida Melo Correia de. As relações de trabalho: uma perspectiva democrática. São Paulo: LTr, 2003;

BARCELLOS, Ana Paula de. **Alguns parâmetros normativos para a ponderação constitucional**. In: BARROSO, Luís Roberto (org.). A nova interpretação constitucional. Ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006;

BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. 2. ed. São Paulo: LTr, 2006;

BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1996;

_____. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito: O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil**. Disponível em <<http://www.jus2.uol.com.br>>. Acesso em 15/12/2009, às 14:50h;

_____ ; 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. Ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006;

_____. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. Disponível em <<http://www.oab.org.br>>. Acesso em 20/12/2010, às 19:58h;

BARROSO, Fábio Túlio. **Direito flexível do trabalho: Abordagens críticas**. Recife: Ed.Universitária da UFPE, 2009;

_____. **Novo contrato de trabalho por prazo determinado**. Flexibilização laboral e internacionalização das relações de trabalho. Curitiba: Juruá, 2005;

BECCHI, Paolo. O princípio da dignidade humana. **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais**, Belo Horizonte, v.1, p.191-222, jan./mar., 2007;

BELTRAMELLI NETO, Silvio. A flexibilização do Direito do Trabalho sob o enfoque constitucional. **LTr**, São Paulo, v. 11, p. 1324-1333, novembro, 2007;

BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito**. São Paulo: Ícone editora, 2006;

_____. **A era dos direitos**. Nova Ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004;

BOITO Jr., Armando. **Neoliberalismo e Corporativismo de Estado no Brasil**. In: ARAÚJO, Angela Maria Carneiro (Org.). Do corporativismo ao Neoliberalismo. Estado e trabalhadores no Brasil e na Inglaterra. São Paulo: Boitempo, 2002;

BONAVIDES, Paulo. **Do Estado liberal ao Estado social**. 3. ed. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1972;

BORGES, Ângela e DRUCK, Maria da Graça. **Crise global, terceirização e exclusão social no mundo do trabalho**. In: Caderno CRH, n. 19. Salvador: Centro de Recursos Humanos/Universidade Federal da Bahia, 1993 *apud* 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;

BRANCO, Ana Paula Tauceda. **O ativismo judiciário negativo investigado em Súmulas editadas pelo Tribunal Superior do Trabalho**. In: MELO FILHO, Hugo Cavalcanti *et al* (coord.). O mundo do trabalho, volume 1: Leituras críticas da jurisprudência do TST: em defesa do Direito do Trabalho. São Paulo: LTr, 2009;

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 12/03/2009, às 10:15h;

_____. Lei nº 5.889/73. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>> Acesso em 28/10/2009, às 15:52h;

_____. Lei nº 6.019/74. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>> Acesso em 28/10/2009, às 15:55h;

_____. Lei nº 9.601/98. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>> Acesso em 28/10/2009, às 15:58h;

_____. Decreto-Lei 5.452/43. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>> Acesso em 28/10/2009, às 16:02h;

_____. **Tribunal Superior do Trabalho**. Súmula 331. Disponível em <<http://www.tst.gov.br>>. Acesso em 14/09/2009, às 13:55h;

_____. **Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região**. Processo 00059-2007-011-03-00-0 RO TRT 3ª Região; Data de Publicação: 03/08/2007; Órgão Julgador: Primeira Turma; Juiz Relator: Juiz Convocado Jose Eduardo de RC Junior; Juiz Revisor: Des. Marcus Moura Ferreira;

BRITO FILHO, José Cláudio Monteiro de. **Trabalho com redução à condição análoga à de escravo**: análise a partir do trabalho decente e de seu fundamento, a dignidade da pessoa humana. In: VELLOSO, Gabriel (coord.). **Trabalho escravo: o desafio de superar a negação**. São Paulo; LTr, 2006;

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2002;

CARDOSO, Adalberto Moreira. **A década neoliberal e a crise dos sindicatos no Brasil**. São Paulo: Boitempo, 2003;

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;

_____. **Formas atípicas de trabalho**. São Paulo: LTr, 2004;

_____. Direitos constitucionais sociais e os direitos fundamentais: são os direitos sociais constitucionais direitos fundamentais? **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo, v. 11. p. 252-257, jan./mar., 2003;

CASTRO, Flávia de Almeida Viveiros de. **Interpretação constitucional e prestação jurisdicional**. Rio de Janeiro: Lumen júris, 2000;

CATHARINO, José Martins. **Neoliberalismo e seqüela**. São Paulo: LTr, 1997;

CAVALCANTI, Lygia Maria de Godoy Batisia. **A dignidade da pessoa humana como norma principiológica de aplicação no Direito do Trabalho**. In: Da Silva, Alessandro *et al* (coord.). Direitos Humanos: essência do Direito do Trabalho. São Paulo: LTr, 2007;

CÓRDOVA, Efrén. Del empleo total al trabajo atípico: ¿ Hacia um viraje em La evolución de las relaciones laborales? **Revista Internacional del trabajo**, vol. 105, n. 4, p. 431-449, octubre-diciembre, 1986;

DALLEGRAVE NETO, José Affonso. **Análise de conjuntura socioeconômica e o impacto no Direito do Trabalho**. In: DALLEGRAVE NETO, José Affonso (coord.) Direito do Trabalho Contemporâneo. Flexibilização e efetividade. São Paulo: LTr, 2003;

DELGADO, Maurício Godinho. **Direitos fundamentais na relação de trabalho**. In: Da Silva, Alessandro *et al* (coord.). Direitos Humanos: essência do Direito do Trabalho. São Paulo: LTr, 2007;

_____. **Capitalismo, trabalho e emprego**. Entre o paradigma da destruição e os caminhos da reconstrução. São Paulo: LTr, 2007;

_____. Direitos fundamentais na relação d trabalho. São Paulo: **Revista LTr**, vol. 70, nº 6, p. 657-667, junho/2006;

DELGADO, Gabriela Neves. **Terceirização**: paradoxo do Direito do Trabalho Contemporâneo. São Paulo: LTr, 2003;

_____. **Direito fundamental ao trabalho digno**. São Paulo: LTr, 2006;

DERBLI, Felipe. **O princípio da proibição de Retrocesso Social na Constituição de 1988**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007;

DIEESE. **Relações e condições de trabalho no Brasil**. São Paulo: Dieese, 2008;

DRUCK, Maria da Graça. **Terceirização: (des) fordizando a fábrica – Um estudo do complexo petroquímico**. São Paulo: Boitempo Editorial, 1999 *apud* 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;

ENGEL, Ricardo José. **O *jus variandi* no contrato individual de trabalho**. São Paulo: LTr, 2003;

FARAH, Gustavo Pereira. **As súmulas inconstitucionais do TST**. São Paulo: LTr, 2007;

FELICIANO, Guilherme Guimarães. Direito do Trabalho, terceirização e contratos de fornecimento industrial – notas sobre a responsabilidade jurídica de clientes e fornecedores. **LTr**, São Paulo, v. 11, p. 1308-1316, novembro, 2007;

FERNÁNDEZ, Arturo. **Flexibilización laboral y crisis del sindicalismo**. Buenos Aires: Espacio Editorial, 1997;

FERRAZ, Fernando Bastos. **Terceirização e demais formas de flexibilização do trabalho**. São Paulo: LTr, 2006;

FERREIRA, José Otávio de Souza *et al.* Flexibilização. **Revista Anamatra**, ano XVIII, n. 53, p. 14-22, 2º semestre, 2007;

FERREIRA, Lêda Leal. **Revista Época**, n. 185, p. 43, de 3 de dezembro de 2001 *apud* 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;

GOMES, Dinaura Godinho Pimentel. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana e a flexibilização da legislação trabalhista.** Revista de Direito Constitucional e Internacional, São Paulo, ano 11, n. 44, p. 92-143, jul/set, 2003;

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

GUEDES, Márcia Novaes. **Entre o passado e o futuro: a democracia e o Direito do Trabalho na era da globalização.** In: Da Silva, Alessandro *et al* (coord.). Direitos Humanos: essência do Direito do Trabalho. São Paulo: LTr, 2007;

HARVEY, David. **Condição pós-moderna.** 9 ed. São Paulo: Edições Loyola, 2000 *apud* 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;

HOBBS, Thomas. **Leviatã.** São Paulo: Martins Fontes LTDA, 2008;

ITÁLIA. **Constituição da Itália de 1948.** Disponível em <<http://www.arci.it>> Acesso em 02/06/2009, às 14:58h;

Kant, Immanuel. **Fondazione della metafísica dei costumi.** Torino, 1970 *apud* BECCHI, Paolo. O princípio da dignidade humana. **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais**, Belo Horizonte, v. 1, p. 191-222, jan./mar., 2007;

_____. **Fundamentação da metafísica dos costumes.** São Paulo, 1980 *apud* SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2004;

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Direito e Processo do Trabalho na perspectiva dos Direitos Humanos**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003;

LIMA, Eurenice. **Toyota: a inspiração japonesa e os caminhos do consentimento**. In: ANTUNES, Ricardo (Coord.). Riqueza e miséria do trabalho no Brasil. São Paulo: Boitempo, 2006;

LIMA Jr., Jayme Benvenuto. **Os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais como Direitos Humanos. Uma justificação**. 2000. (113f.). Dissertação. Mestrado em Direito – Universidade Federal de Pernambuco. Faculdade de Direito do Recife, Recife, 2000;

_____. **O caráter expansivo dos Direitos Humanos na afirmação de sua indivisibilidade e exigibilidade**. In: PIOVESAN, Flávia (Coord.). Direitos Humanos, globalização econômica e integração regional: desafios do Direito Constitucional Internacional. São Paulo: Max Limonad, 2002:

MAGANO, Octavio Bueno. **Manual de Direito do Trabalho: direito individual do trabalho**. 3. ed. São Paulo: LTr, 1992a, v. 2; 4. ed., 1993;

_____. **Contrato de prazo determinado**. São Paulo: Saraiva, 1984;

MARCELINO, Paula. **Honda: terceirização e precarização**. A outra face do toyotismo. In: ANTUNES, Ricardo (Coord.). Riqueza e miséria do trabalho no Brasil. São Paulo: Boitempo, 2006;

MARTINS, Sérgio Pinto. Custo do trabalho e desemprego. **Revista Trabalho e Doutrina**, São Paulo, v. 23, p. 41, dezembro de 1999 *apud* 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;

_____. **Direito do Trabalho**. 25. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2009;

MARTINS NETO, João dos Passos. **Direitos fundamentais**. Conceito, função e tipos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003;

MEGUIRA, Horacio David. **La nueva dimensión global de la empresa**. Sus efectos em el Derecho del Trabajo. In: Gianibelli, Guillermo *et al* (Coord.). Estudios de teoria crítica de Derecho del Trabajo. Buenos Aires: Bomarzo Latinoamericana, 2006;

MEIRELES, Edilton. Princípio do não-retrocesso social no Direito do Trabalho. **Revista de Direito do Trabalho**, Curitiba, n. 129, p. 339-342, setembro, 2003;

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Eficácia das normas constitucionais sobre justiça social. **Revista de Direito Público**, v. 57-58, p. 233 e SS, 1981 *apud* SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2001;

MELO FILHO, Hugo Cavalcanti; COUTINHO, Grijaldo Fernandes. **O ativismo judicial do TST como fator de flexibilização do Direito do Trabalho**. In: MELO FILHO, Hugo Cavalcanti *et al* (coord.). O mundo do trabalho, volume 1: Leituras críticas da jurisprudência do TST: em defesa do Direito do Trabalho. São Paulo: LTr, 2009;

MÉSZÁROS, István. **Desemprego e precarização**: um grande desafio para a esquerda. In: ANTUNES, Ricardo (Coord.). Riqueza e miséria do trabalho no Brasil. São Paulo: Boitempo, 2006;

MÉXICO. **Constituição Política dos Estados Unidos Mexicanos de 1917**. Disponível em <<http://www.dhnet.org.br>> Acesso em 09/06/2009, às 15:35h;

MONEREO PEREZ, José Luís. **Introducción al nuevo derecho del trabajo**. Uma reflexión crítica sobre el derecho flexible del trabajo. Valencia: Tirant de blanch, 1996;

_____. **El control colectivo de la subcontratación empresarial en el proceso permanente de reforma laboral.** In: Gianibelli, Guillermo *et al* (Coord.). Estudios de teoría crítica de Derecho del Trabajo. Buenos Aires: Bomarzo Latinoamericana, 2006;

MONTESQUIEU, Barão de Charles – Luis de Secondat. **Do espírito das leis.** São Paulo: Abril cultural, 1973;

MORAES, Guilherme Braga Peña de. **Dos direitos fundamentais.** Contribuição para uma teoria. São Paulo: LTr, 1997;

NASIMENTO, Amauri Mascaro. **Iniciação do Direito do Trabalho.** 27. ed. São Paulo: LTr, 2001;

_____. Subcontratação ou terceirização. **Revista de Direito do Trabalho**, São Paulo, n. 83, p. 20, setembro, 1993 *apud* ROBORTELLA, Luiz Carlos Amorim. O moderno Direito do Trabalho. Flexibilização, terceirização, novas tecnologias, contratos atípicos, participação na empresa. São Paulo: LTr, 1994;

NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica.** São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007;

ONU. **Declaração dos Direitos Humanos de 1948.** Disponível em <<http://www.onu-brasil.org.br>> Acesso em 06/05/2009, às 14:00h;

_____. **Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica) de 1969.** Disponível em <<http://www.justica.sp.gov.br>>. Acesso em 12/07/2009, às 19:20h;

____. **PACTO INTERNACIONAL DE DIREITOS ECONÔMICOS, SOCIAIS E CULTURAIS DE 1966**. Disponível em <<http://www.interlegis.gov.br>> Acesso em 12/01/2010, às 10:42h;

OIT. **Declaração da Filadélfia de 1944**. Disponível em <<http://www.oitbrasil.org.br>> Acesso em 11/07/2009, às 19:40h;

____. **Mundo do Trabalho 2009**. Disponível em <<http://www.estadao.com.br>> Acesso em 08/12/2009, às 11:25h;

____. **Convenção nº 122 da OIT**. Disponível em <<http://www.mte.gov.br>> Acesso em 21/12/2009, às 15:12h;

PAMPLONA, Rodolfo. **Terceirização e responsabilidade Patrimonial da Administração Pública**. Revista Diálogo Jurídico, n. 11, Salvador, 2002;

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Apontamentos sobre a aplicação das normas de direito fundamental nas relações jurídicas entre particulares**. In: BARROSO, Luís Roberto (org.). A nova interpretação constitucional. Ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006;

PEREIRA, Adilson Bassalho. **A subordinação como objeto do contrato de emprego**. São Paulo: LTr, 1991;

PINTO, José Augusto Rodrigues. **Empregabilidade e precarização do emprego**. LTr, São Paulo, v. 01, p. 07-14, janeiro, 2007;

_____. **Tratado de Direito Material do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2007;

PINTO, Airton Pereira. **Direito do Trabalho, direitos humanos sociais e a Constituição Federal**. São Paulo: LTr, 2006;

POCHMANN, Márcio; BORGES, Altamiro. **Era FHC: a regressão do trabalho**. São Paulo: Anita Garibaldi, 2002;

PUFENDORF, Samuel. **De iure natural et gentium**, libri octo, 1672 *apud* BECCHI, Paolo. O princípio da dignidade humana. Revista brasileira de estudos constitucionais. Editora Fórum LTDA, Belo Horizonte, v.1, p.191-222, jan./mar., 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;

RIBEIRO, Marcus Vinícius. **Direitos humanos e fundamentais**. 2. ed. Campinas: Russel Editores, 2009;

RIBEIRO, Lúcio Flávio Apoliano. **A terceirização de serviços na ordem jurídica brasileira**. Dissertação de Mestrado em Direito, pela Universidade Federal do Ceará – UFC, defendida em 10/09/2004 *apud* FERRAZ, Fernando Bastos. Terceirização e demais formas de flexibilização do trabalho. São Paulo: LTr, 2006;

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

_____. Terceirização na era do desemprego. **Revista de Direito do Trabalho**, Curitiba, n. 128, p. 206-208, agosto, 2003;

RODRIGUES, Raimilan Seneterri da Silva. **A moderna interpretação dos direitos fundamentais**. In: MATIAS, João Luis Nogueira (Coord.). Neoconstitucionalismo e direitos fundamentais. São Paulo: Atlas, 2009;

RUPRECHT, Alfredo J. **Os princípios do Direito do Trabalho**. São Paulo: LTR, 1995;

RÚSSIA. **Declaração dos direitos do povo trabalhador e explorado de 1918**. Disponível em <<http://WWW.dhnet.org.br>> Acesso em 09/06/2009, às 15:35h;

SANTOS, Ursulino. Inconstitucionalidade de enunciado de súmula e precedente normativo. **LTr**, São Paulo, v. 60, n. 11, p. 1453-1454, novembro, 1996 *apud* FARAHA, Gustavo Pereira. As súmulas inconstitucionais do TST. São Paulo: LTr, 2007;

SARAIVA, Renato. **Direito do Trabalho para concursos públicos**. São Paulo: Editora Método, 2004;

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2001;

_____. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2004;

SILVA, Otávio Pinto e. **Parassubordinação nas relações de trabalho**. In: Pinto, Roberto Parahyba de Arruda (Coord.). O Direito e o Processo do Trabalho na sociedade contemporânea. São Paulo: LTr, 2005;

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 1992;

SIMM. Zeno. Os direitos fundamentais nas relações de trabalho. **LTr**, São Paulo, v. 11, p. 1287-1303, novembro, 2005;

SIQUEIRA JR, Paulo Hamilton; OLIVEIRA, Miguel Augusto Machado de. **Direitos humanos e cidadania**. 2. ed. Revista dos tribunais, 2009;

SIQUEIRA, Giselly; ACCIOLY, Neri. Flexibilização. **Revista Anamatra**, Brasília, ano XVIII, n. 53, p. 14-22, 2º semestre, 2007;

SOARES FILHO, José. A proteção da relação de emprego numa economia globalizada. **Revista Jus et fides**, Recife, vol. 1, n. 1, p. 133-171, dezembro, 2001;

SORJ, Bernardo. **A nova sociedade brasileira**. Rio de Janeiro: Jorge Zaltar editor, 2001;

SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. **O Direito do Trabalho como instrumento de justiça social**. São Paulo: LTr, 2000;

_____. **Os princípios do Direito do Trabalho e sua negação por alguns posicionamentos jurisprudenciais**. In: MELO FILHO, Hugo Cavalcanti *et al* (coord.). O mundo do trabalho, volume 1: Leituras críticas da jurisprudência do TST: em defesa do Direito do Trabalho. São Paulo: LTr, 2009;

STEINMETZ, Wilson; OLIVEIRA, Sílvio de. O direito fundamental ao trabalho formal e a responsabilidade do Estado perante grupos sociais vulneráveis. **LTr**, São Paulo, v. 01, p. 56-59, janeiro, 2007;

_____; **Princípio da proporcionalidade e atos de autonomia privada restritivos de direitos fundamentais**. In: SILVA, Virgílio Afonso da (Org.). Interpretação constitucional. São Paulo: Malheiros, 2005;

SUSSEKIND, Arnaldo. **Direito Constitucional do Trabalho**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999;

_____. Os Direitos Humanos do Trabalhador. **Revista do TST**, Brasília, vol. 73, n. 3, p. 15-27, jul./set, 2007;

TEIXEIRA, Sérgio Torres; BARROSO, Fábio Túlio. Os princípios do Direito do Trabalho diante da flexibilidade laboral. **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**, Porto Alegre, ano 75, n. 3, p. 57-69, jul./set., 2009;

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;

VIANA, Márcio Túlio. Terceirização e sindicato. **Revista de Direito do Trabalho**, Curitiba, n. 128, p. 219-245, agosto, 2003;

VIANNA, Luis Werneck *et al.* **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 1999;

VIEIRA FILHO, Francisco de Sousa; CAMPOS, Teresinha de Jesus Moura Borges. **Análise das teorias keynesianas com ênfase no seu direcionamento para o atual contexto sócio-econômico e jurídico mundial**. Disponível em <<http://www.jus.uol.com.br>>. Acesso em 22/07/2009 às 12:36h;

VILHENA, Paulo Emílio Ribeiro de. Trabalho voluntário. **Revista Trabalho & Doutrina**, São Paulo, n. 18, p. 39, setembro, 1998 *apud* CARELLI, Rodrigo de Lacerda. Formas atípicas de trabalho. São Paulo: LTr, 2004.