

FUNDAÇÃO DE ENSINO “EURÍPIDES SOARES DA ROCHA”
CENTRO UNIVERSITÁRIO EURÍPIDES DE MARÍLIA – UNIVEM
MESTRADO EM DIREITO

CHRISTIANO FRANCISCO DA SILVA VITAGLIANO

**TERCEIRIZAÇÃO E TRABALHO NO SETOR CANAVIEIRO EM
PARANAÍBA-MS
Construindo o saber jurídico**

Dissertação apresentada ao Programa de Mestrado em Direito da Fundação de Ensino “EURÍPIDES Soares da Rocha”, mantenedora do Centro Universitário EURÍPIDES de Marília – UNIVEM, como parte do requisito para obtenção do Título de Mestre em Direito.

MARÍLIA
2014

CHRISTIANO FRANCISCO DA SILVA VITAGLIANO

**TERCEIRIZAÇÃO E TRABALHO NO SETOR CANAVIEIRO EM
PARANAÍBA-MS
Construindo o saber jurídico**

Dissertação apresentada ao Programa de Mestrado em Direito da Fundação de Ensino “EURÍPIDES Soares da Rocha”, mantenedora do Centro Universitário EURÍPIDES de Marília – UNIVEM, como parte do requisito para obtenção do Título de Mestre em Direito.

Área de concentração: Teoria do Direito e do Estado.

Linha de Pesquisa: Construção do Saber Jurídico.

Orientador: Prof. Dr. Lafayette Pozzoli

MARÍLIA
2014

CHRISTIANO FRANCISCO DA SILVA VITAGLIANO

**TERCEIRIZAÇÃO E TRABALHO NO SETOR CANAVIEIRO EM
PARANAÍBA-MS
Construindo o saber jurídico**

Banca examinadora de Defesa Pública da dissertação do Mestrado, apresentada ao Programa de Mestrado em Direito do Centro Universitário EURÍPIDES de Marília, UNIVEM/F.E.E.S.R, como parte do requisito para obtenção do Título de Mestre em Direito.

Resultado: _____

ORIENTADOR – Prof. Dr. Lafayette Pozzoli.

2º EXAMINADOR -

3º EXAMINADOR -

Marília, 07 março de 2014.

AGRADECIMENTOS

Agradeço ao professor Pozzoli por ter tido paciência e ter me orientado em cada passo de forma extremamente paternal e também fraternal.

Agradeço à professora Nahas pelas orientações iniciais na presente pesquisa, ao professor Teófilo e ao professor Giovanni pelas ideias apresentadas na qualificação.

Agradeço ao Dr. Luiz Divino, à chefe de secretaria Sra. Sara e a todos os serventuários da Vara Federal do Trabalho de Paranaíba que me ajudaram na presente pesquisa.

Agradeço ao presidente do Sindicato Rural dos Empregados em Paranaíba, Sr. Amaurinho, ao Robson e demais colegas, e aos entrevistados pelo resultado da pesquisa.

Agradeço a todo administrativo e aos professores da UNIVEM, em especial à Leninha e a Taciana, secretárias eficientíssimas que sempre me ajudaram durante o mestrado.

Agradeço à Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul – UEMS, que de longa data está presente em meus estudos, por ter permitido o meu afastamento para a concretização do mestrado.

Agradeço a todos que de alguma forma ajudaram em minha vida e na construção desta pesquisa.

DEDICATÓRIA

Dedico a Deus, por ter me concedido a vida, por ser tão misericordioso embora eu tenha tantas falhas, e por, a cada dia, me proporcionar fôlego para praticar atos em prol de minha bem aventurança cristã.

Dedico aos meus familiares que entenderam as minhas ausências na confecção do presente trabalho.

Dedico a minha esposa Mariana, pelo amor a mim dedicado, por ser verdadeira companheira, solidária em todos os momentos.

Dedico a minha mãe Marize por ter me mostrado os valores morais iniciais, por seu amor, bem como a minha irmã Karina, que sempre me ensinou o real amor fraterno, e principalmente por representarem meu porto seguro na Terra.

Dedico às minhas filhas Clara e Bianca, pois suas existências, cada uma de sua forma, foram elementos motivadores para que eu nunca desistisse.

Dedico ao meu pai Vicente por sempre ter sido fator estimulante à minha vontade de lutar.

Agradeço aos meus avós, Luiz, (*in memoriam*), Alice, Francisco (*in memoriam*) e Benedita (*in memoriam*) pelo amor a mim dedicado.

Dedico aos meus sogros, Ariovaldo e Vera, presentes em todas as batalhas.

Dedico aos colegas de escritório: ao meu amigo e irmão Fidelcino pela amizade incondicional e a Lurdes por ser sempre compreensiva e solidária, e pela amizade do José.

Dedico aos meus amigos de mestrado que sempre estiveram ao meu lado durante esta caminhada, em especial Beth, Rilker, Denise, Márcio Wada, Caio, Gilberto e André.

Dedico a todos meus amigos que sempre me proporcionaram uma convivência agradável.

VITAGLIANO, Christiano Francisco da Silva. **Terceirização e Trabalho no Setor Canavieiro em Paranaíba-MS – construindo o saber jurídico**. 2013. XXf. Dissertação (Mestrado em Direito) – Centro Universitário EURÍPIDES de Marília - UNIVEM, Fundação de Ensino “EURÍPIDES Soares da Rocha”, Marília, 2014.

RESUMO

A presente dissertação, inserida na linha de pesquisa “A construção do Saber Jurídico”, busca analisar os problemas oriundos da ausência de norma específica e exaustiva sobre a terceirização em estado de anomia social, enfrentados pelos trabalhadores ligados ao plantio e ao corte de cana-de-açúcar. A carência de legislação específica ou hermenêutica mais constitucionalizada, bem como eivada de cunho solidário, tendo em vista o processo de precarização dos direitos sociais laborais e a ofensa à dignidade da pessoa humana trabalhadora e por consectário da Justiça Social, incita-nos a destacar o rompimento da “solidariedade orgânica” (valendo-nos da expressão cunhada por Durkheim), inerente a mais perfeita divisão do trabalho social, necessária em uma sociedade complexa. Neste estudo, primeiramente, estabelece-se uma relação entre a sociologia e o trabalho, em especial a Sociologia Jurídica e a sua relação com Direito Laboral, demonstrando a importância dessa seara jurídica como controle social, a qual, hoje, se demonstra insuficiente a tutelar o trabalhador diante dos novos fenômenos econômicos da globalização, em uma fase pós-industrial. Em um segundo momento, discute-se que há uma anomia social causada pelo fenômeno da terceirização que acarreta a quebra da “solidariedade orgânica”, bem como uma crise dogmática no campo juslaboral. Em um terceiro passo, ao se analisar o fenômeno da terceirização de mão-de-obra, ressalta-se a necessidade da constitucionalização do Direito do Trabalho, de maneira a se colimar a justiça social e promover o equilíbrio da ordem econômica. Desse modo, enseja-se a tutela da livre iniciativa que não se oponha à dignidade da pessoa humana trabalhadora, ao valor social do trabalho, à fraternidade, à solidariedade e à preservação do cumprimento do núcleo duro juslaboral. O quarto capítulo contextualiza a terceirização, levando em consideração diferentes aspectos: históricos, jurisprudências, sociais, legislativos, doutrinários, sopesando os interesses econômicos e laborais envolvidos. Destaca via pesquisa de campo os acontecimentos contratuais laborais ocorridos em Paranaíba-MS de 2010 a 2012. Discute hipóteses quanto à viabilidade da vedação ou da normatização da terceirização, procurando caminhos que efetivem os direitos fundamentais laborais em consonância com os valores constitucionais, especialmente o princípio da dignidade da pessoa humana obreira, de forma a se estabelecer uma “solidariedade social orgânica” que em conformidade com a Justiça Social possa rechaçar a anomia existente e produzir uma satisfatória Divisão do Trabalho Social.

Palavras-chave: Solidariedade. Dignidade da Pessoa Humana Obreira. Terceirização Laboral. Cana-de-açúcar.

VITAGLIANO, Christiano Francisco da Silva. **Labor Outsourcing in Sugarcane Industry in Paranaíba-MS – Building up Legal Knowledge**. 2014. XXf. Dissertation (Master's Degree in Law) – Centro Universitário EURÍPIDES de Marília - UNIVEM, Fundação de Ensino “EURÍPIDES Soares da Rocha”, Marília, 2014.

ABSTRACT

This dissertation placed in the research line ‘The Construction of Legal Knowledge’ aims to analyze the problems originated from the lack of specific and comprehensive regulation on outsourcing in a state of social anomia, faced by workers from sugarcane industry. The lack of specific legislation or more constitutionalized hermeneutics, fraught with supportive nature, considering the process of social labor rights precariousness and the offense to working people’s dignity and Social Justice, encourages us to highlight the disruption of ‘organic solidarity’ (expression coined by Durkheim), reflecting the most perfect division of social labor, which is necessary in a complex society. First, this study establishes a relationship between sociology and labor. In particular, Legal Sociology and its relation to Employment Law, demonstrating the importance of it as social control, which today it is itself insufficient to protect the worker, given the new economic phenomena of globalization in a post-industrial era. The second chapter discusses about a social anomia caused by the phenomenon of outsourcing that involves breaking the ‘organic solidarity’ as well as the dogmatic crisis in the Employment Law area. The third chapter, when analyzing the phenomenon of outsourcing workforce, emphasizes the need of Labor Law constitutionalization in order to search for social justice and promote a balanced economic order. Thus, it is given opportunity to the protection of free initiative that does not oppose working people’s dignity, the social value of work, fraternity, solidarity and the preservation of Employment Law fulfillment. The fourth chapter contextualizes outsourcing, considering historical, social, legislative and doctrinal aspects, and regarding economic and working interests involved. It also points out the field research about labor contract events from 2010 to 2012 in Paranaíba-MS. Finally, it discusses about the possibilities of outsourcing prohibition or standardization, searching for ways that effect basic labor rights in conformity with constitutional values, specially working people’s dignity, so to establish an ‘organic social solidarity’ that in accordance with Social Justice may reject the existing anomia and produce a satisfactory Division of Social Work.

Keywords: Solidarity. Working People’s Dignity. Labor Outsourcing. Sugarcane.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
CAPÍTULO 1 - DA SOCIOLOGIA E O TRABALHO	
1.1 Da Sociologia Jurídica e sua relação com o Direito Laboral e o Trabalho	12
1.2 Do Direito como uma das formas de controle social	18
1.3 Das fases industriais e pós-industriais e da crise do Direito do Trabalho	22
1.4 Da provável visão dos autores clássicos da Sociologia em relação ao fenômeno da terceirização: sob a acepção de Marx, Weber, com destaque para a de Durkheim	45
1.5 Da terceirização e da anomia social	47
1.6 Da solidariedade orgânica de Durkheim e a terceirização	50
1.7 Da precarização do trabalho decorrente da terceirização	54
CAPÍTULO 2 - DIREITO CONSTITUCIONAL DO TRABALHO E JUSTIÇA SOCIAL	
2.1 Aspectos da constitucionalização dos direitos em especial do Direito do Trabalho	61
2.2 Da justiça social e dos Direitos Humanos <i>versus</i> a livre iniciativa: o equilíbrio da ordem econômica com as terceirizações	74
2.3 Direito do Trabalho e princípio jurídico da fraternidade e dignidade da pessoa humana do trabalhador	88
2.4 Do contrato de trabalho e da responsabilidade laboral	
2.4.1 Aspectos subjetivos e objetivo do contrato de trabalho	102
2.4.2 Das responsabilidades objetiva, subjetiva, contratual, extracontratual, solidária e subsidiária.....	104
2.5 Terceirização em face dos direitos constitucionais, sociais, laborais mínimos do trabalhador e da solidariedade orgânica de Durkheim	105
CAPÍTULO 3 - DA TERCEIRIZAÇÃO DE MÃO-DE-OBRA E DA RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA	
3.1 Do contexto histórico da terceirização no mundo e no Brasil	118
3.2 Aspectos da terceirização: da visão doutrinária, da visão jurisprudencial, da visão social, da visão econômica e da visão legislativa	122
3.3 Do setor sucroalcooleiro	152
3.3.1 Da importância para a economia nacional.....	154
3.3.2 Da mão-de-obra.....	157
3.3.3 Das decisões pertinentes ao setor e a tutela dos direitos laborais.....	158
3.3.4 Da realidade enfrentada pelos cortadores de cana em Paranaíba - MS e a	

necessidade do solidarismo.....	162
CONCLUSÃO.....	172
REFERÊNCIAS	174
APÊNDICE – PESQUISA NA VARA DO TRABALHO - ENTREVISTAS E	
QUESTIONÁRIOS	183

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa foi instigada pela inquietação com os eventuais efeitos laborais, em se instalando as usinas canavieiras, conforme promessas feitas na imprensa, acompanhadas da implantação de propriedades rurais destinadas ao plantio e ao corte de cana no município de Paranaíba-MS.

A preocupação teve sua origem em razão do conhecimento comum de que muitos trabalhadores prestaram seus serviços em 2010, 2011 e 2012 e não receberam seus créditos trabalhistas.

Logo, busca-se saber com o presente estudo, quantos eram os empregados que trabalharam neste setor, naquele período, quantos ajuizaram ação, quem era o maior fornecedor de cana naquele interregno, em qual formato jurídico era adquirida a cana pelas usinas.

Além da intenção de verificar os elementos fáticos ocorridos em Paranaíba, quando da última relevante produção canavieira, a opção pelo tema se deu em razão de se saber que a terceirização ocorre na maioria dos segmentos, e com a terceirização o resultado preponderante na maioria dos casos é o processo de precarização e conseqüente situação de precariedade no tangente às relações laborais.

No que tange ao referencial teórico serão utilizados, visto a presente investigação tratar de sociologia, constitucionalização e terceirização, respectivamente, Domenico de Masi tangente ao momento atual ser fase pós-industrial, juntamente com Durkheim concernente à Divisão do Trabalho Social, Virgílio Afonso da Silva no condizente à Teoria da Constitucionalização e dos Princípios e Regras e Maurício Godinho Delgado no que tange à necessidade de adequação do fenômeno da terceirização com a função teleológica laboral, pela via jurídica, o que este denomina de controle civilizatório.

O método empregado será o hipotético dedutivo, partindo-se da ideia de que a terceirização proporciona conflitos juslaborais e precarização, tanto é verdade que no Tribunal Superior do Trabalho é o nono assunto mais cadastrado, verificará *in loco* se o mesmo aconteceu em Paranaíba, bem como, utilizará o método dialético, pois buscará os arrazoados favoráveis e desfavoráveis à terceirização.

A técnica de pesquisa será a documentação indireta, haja vista a pesquisa de jurisprudências, pesquisa bibliográfica, livros e revistas, bem como será utilizada a documentação direta, visto a distribuição de questionários e a realização de entrevista.

A linha de pesquisa é a construção do saber jurídico, haja vista a análise da ausência de norma específica e exaustiva sobre terceirização.

Para chegar às conclusões almeçadas, no primeiro capítulo, será feita uma relação entre a sociologia e o trabalho, em especial a sociologia jurídica e sua relação com direito laboral e o trabalho, demonstrar-se-á a importância do Direito como uma das formas de controle social, trará, ainda, que se faz mister a releitura do Direito Laboral haja vista sua crise de inefetividade, diante dos fenômenos inerentes a uma fase pós-industrial; ainda neste primeiro capítulo, defender-se-á que a ausência de controle em matéria de terceirização proporciona um estado de anomia e o distanciamento da solidariedade orgânica, razão de precarização em material laboral.

O segundo capítulo buscará demonstrar que o fenômeno da terceirização deve se adequar ao Direito Constitucional do Trabalho em prol da Justiça Social. Para tanto, trará aspectos da constitucionalização dos direitos, em especial do Direito do Trabalho. Promoverá o confronto entre a Justiça Social, juntamente com os Direitos Humanos, versus à livre iniciativa, em busca do equilíbrio da ordem econômica. Ainda, neste segundo capítulo, serão trazidos elementos conceituais sobre contrato de trabalho e a responsabilidade, pondo frente à frente o fenômeno da terceirização com os direitos constitucionais laborais mínimos e a solidariedade orgânica de Durkheim.

O terceiro capítulo tratará especificamente sobre a terceirização, sobre seu contexto histórico, seus aspectos jurisprudenciais, sociais, econômicos, legislativos e doutrinários, buscando-se sopesar os interesses econômicos e laborais envolvidos. Estudar-se-á a importância do setor sucroalcooleiro para a economia nacional e quais são os efeitos no tangente à mão de obra. Por meio de pesquisa de acórdãos, analisar-se-ão algumas decisões judiciais de três Regionais, de forma a se estabelecer em que quadro se encontra a tutela dos direitos laborais no judiciário trabalhista. Os dados colhidos da pesquisa de campo em Paranaíba, referente aos contratos laborais mantidos nos anos de 2010 a 2012, serão realizados a partir de questionários feitos com trabalhadores e sindicato laboral envolvidos, bem como da análise de processos ajuizados na Vara Federal do Trabalho de Paranaíba-MS.

As investigações empreendidas sobre terceirização, em especial no setor canavieiro, conduzem-nos a uma conclusão que versa sobre a necessidade de legislação específica e exaustiva, e sucessivamente de releitura jurisprudencial de forma constitucionalizada sobre a terceirização, visto que da maneira como essa vem sendo utilizada é instrumento de precarização. O direito juslaboral se demonstra ineficiente, ferindo valores constitucionais com destaque para o valor social do trabalho, os direitos fundamentais laborais, o princípio da

fraternidade e o princípio da dignidade da pessoa humana do trabalhador (sem querer retirar a mesma qualidade dos tomadores de serviço).

CAPÍTULO 1 - DA SOCIOLOGIA E O TRABALHO

1.1 Da Sociologia Jurídica e sua relação com o Direito Laboral e o Trabalho

A sociologia se atém aos fenômenos sociais, investiga o comportamento das sociedades e a sua formação, verifica os conflitos eventualmente existentes e o porquê de um determinado perfil social.

Por outro lado, sem ter a pretensão de querer esgotar o conceito, o Direito do Trabalho é a seara jurídica que tem por núcleo material o estudo do vínculo laboral empregatício, bem como para diferenciação desse, a análise de outras relações de trabalho, seus sujeitos, assim como as relações entre os seres coletivos do trabalho, bem como todas as normas pertinentes aos direitos e às obrigações que norteiam aludidas relações.

Sendo assim, o Direito como um todo é um fenômeno social e se trabalho é o fato gerador do ramo jurídico em comento e do mesmo modo é modelador da ordem social, íntima é a relação entre o Direito do Trabalho e a Sociologia, em especial no que se refere à sociologia do trabalho.

Tratando-se de trabalho no particular, a Sociologia estuda os grupos laborais, os movimentos sociais que influenciam na formação da legislação trabalhista, procedendo ao estudo da empresa, elementos sindicais, o estudo das greves dentre outros acontecimentos sociais laborais.

O assunto a ser tratado no presente trabalho é a terceirização e quando se trata de relações jurídicas laborais, ou seja, o trabalho e os meios de produção, como dito anteriormente, surge o aspecto sociológico, o trabalho como fato social.

O Direito é, antes de tudo, um fenômeno social, pois é um conjunto normativo compulsório que determina as relações sociais, de forma a controlar o grupo a qual é inerente.

A sociedade se vislumbra como uma síntese de consciências individuais as quais são naturalmente heterogêneas, mas quando em conjunto se formam um único corpo distinto, de tal sorte que o individual se submete ao social formando uma consciência coletiva.

Neste sentido esclarece Durkheim¹:

Em virtude deste princípio, a sociedade não é uma simples soma de indivíduos, pois o sistema formado pela associação destes representa uma realidade específica que

¹DURKHEIM, Émile. **As regras do método sociológico**. São Paulo: Abril S. A. Cultural, Editor: Victor Civita, 1983a. p. 139.

tem as suas características próprias. Sem dúvida que nada se pode produzir de coletivo sem que se manifestem consciências particulares; mas esta condição necessária não é suficiente.

Na mesma esteira continua Durkheim²:

É necessário que estas consciências se associem, de uma certa maneira; é destas combinação que resulta a vida social e, por conseguinte, é esta combinação que a explica. Ao agregarem-se, ao penetrarem-se, ao fundirem-se, as almas individuais dão origem a um ser psíquico por assim dizer, mas que constitui uma individualidade psíquica de um estilo novo.

E a consciência individual se forma e se desenvolve em razão do contato com as consciências alheias, bem como necessita dessa interação para a produção e criação de idéias e para a própria subsistência, de maneira que fatalmente o social deve ser vivido e que cada um depende do coletivo, sem querer aqui se negar, por óbvio, a possibilidade de criações individuais, apenas querendo se afirmar, em simples palavras, que nada surge de lugar algum.

Para se ter justiça, felicidade, existência digna, paz interior, convivência pacífica, valores esses imensuráveis, torna-se imprescindível que haja harmonia de interesses, e essa harmonia é conquistada com a estabilidade social.

As normas, inclusive as laborais, são impostas pelo grupo social, produzindo coerção, de maneira a proporcionar o equilíbrio, ou seja, a ordem, a coesão social e a paz social.

O direito não está somente ligado ao Estado constituído, e sim ligado a existência de um grupo social, tanto é verdade que a história demonstra a existência de direito infranacional, ou seja, logo, é certo dizer que para cada agrupamento humano, haverá um direito próprio.

Como se vê, para o equilíbrio social, faz-se mister um arcabouço normativo padronizador de condutas, inclusive de forma a prevê-las, pois necessário se faz, em uma sociedade organizada, haver uma expectativa comportamental para o alcance do ideal social. Nesta esteira preleciona Castro³:

Acontece que o processo socializador, como meio de integração leva os indivíduos, em um primeiro tempo, à aceitação do complexo axiológico estruturado porque imposto. Em um segundo tempo a própria educação encarrega-se de despertar a consciência das diferenças de estratos sem condições de justificá-las. Procura, outrossim, explicá-los e em termos de controle, embasa-se no fetichismo da representação.

²DURKHEIM, 1983a, p. 139.

³ CASTRO, Celso Antonio Pinheiro de. **Sociologia do direito**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 258.

Pelos motivos expostos a preocupação da Sociologia do Direito, dentre outras é o papel do Direito como um tipo de controle social formal, nesse sentido Eva Maria Lakatos⁴:

Sociologia do Direito – Estuda a inter-relação entre o Direito e os processos sociais. Considerando o Direito como um tipo de controle social formal, analisa a uniformização do comportamento dos componentes de uma sociedade, através das leis e regulamentos a eles impostos, e a adequação ou não das normas jurídicas em determinada sociedade. Exemplos: investigação da possibilidade do divórcio ser fator de desagregação de uma sociedade; repercussões sociais do estabelecimento da pena de morte.

Sendo assim, a Sociologia do Direito ganha importância, pois não faz sentido um direito alheio à realidade, aos fatos sociais. Nessa linha, na obra de Claudio Souto e Joaquim Falcão⁵, destaca-se, também, a importância da sociologia e dos fatos sociais, na aplicabilidade do Direito:

Não é à toa que a crise do direito é muitas vezes entendida como a distância que tem separado o ‘direito positivo’ da realidade dos fatos sociais. Uma concepção sociológica do Direito tem mérito que outras não têm. Na medida de suas diversas concepções teóricas, desenvolve conceitos e/ou proposições sobre os processos de consenso, competição e conflito entre indivíduos, grupos sociais em geral e classes sociais em particular, possibilitando uma correspondente explicação de fundo empírico e histórico fornecendo um instrumental conceitual e metodológico capaz de diagnosticar essa distância, donde estabelecerem-se as bases, ou de sua superação racional, ou da permanência ideológica da distância.

O autor na mesma obra, continuando os pensamentos acima, expõe os efeitos de uma visão dogmatizada distanciada da realidade, ou seja, um direito inócuo diante dos problemas sociais, neste sentido⁶:

Uma das múltiplas conseqüências da visão dogmatizada do direito e de sua ciência é justamente a impossibilidade de superação adequada dos “impasses” por ausência de dispositivos de autocorreção. A contrapartida, para o sistema social, desta impossibilidade é a dificuldade em que se acham os que se dedicam profissionalmente ao direito de avaliar cientificamente seus próprios desempenhos tomando por referência a problemática social. Tal afastamento entre ‘direito positivo’ e fato social não é fruto do acaso. É produto dos homens. Já que foi dito que as gerações são, e continuarão a ser julgadas pela capacidade que se demonstrarem em adequar a realidade que experimentam aos ideais que partilham

A existência de interesses de uma minoria, como luta pelo poder econômico, não deve ser desconsiderada para apuração de um fato social, aliás, deve sofrer limites para o

⁴ LAKATOS, Eva Maria. **Sociologia geral**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 1981, p. 28.

⁵ SOUTO, Claudio; FALCÃO, Joaquim. **Sociologia e direito: leituras básicas de sociologia jurídica**. São Paulo: Editora Pioneira, 1980. p. XIII.

⁶ *Ibid.*, p. XIII.

equilíbrio social e o direito, deve expressar acima de tudo a vontade social, no mesmo sentido se preleciona na obra de Claudio Souto e Joaquim Falcão⁷:

A distância entre os ideais igualitários e a realidade hierárquica é uma das características da sociedade tecnológica ocidental. Pode avaliar as causas desta distância, a sua eventual instrumentalidade na disputa entre os grupos e classes sociais pelo que é escasso- poder, *status* e riqueza-, é tarefa de que não se pode ausentar o bacharel. Somente a partir daí estarão abertos os caminhos do encontro desejável do ‘direito positivo’ com a realidade brasileira.

Na referida obra, citada imediatamente acima, ressaltam-se os limites da Sociologia do Direito como ciência⁸:

A Sociologia do Direito é a única ciência que poderia descobrir os limites objetivos, e não puramente subjetivos e conjecturais, do fenómeno do direito; o limite é indicado pelas diferenças da interação social. No direito a ‘interação igual’, que forma a essência do reconhecimento das normas pelos membros do grupo, é combinada com uma ‘interação desigual, relacionada pelo poder. A ausência de tais considerações frequentemente impede os autores de colocarem corretamente os problemas da Jurisprudência Primitiva ou da Jurisprudência Histórica’.

É certo da existência de fatores como riqueza, *status*, interesses políticos, elementos que muitas vezes e infelizmente dizem mais alto do que o próprio senso social e de justiça, prevalecendo, não raramente, a vontade individual ou de um pequeno grupo, todavia, o direito se vislumbra como expressão da vontade do corpo social e deve estar manifestada no corpo das decisões judiciais, logo imprescindível que o direito dito, ou seja, manifestado nas decisões, esteja compatível com a realidade social.

Nessa esteira destaca Henri Lévy-Bruhl⁹:

O juiz está submetido, profissionalmente a dois deveres igualmente imperativos: deve ‘administrar justiça’, isto é, trazer ao litígio que lhe é submetido a solução que lhe parece mais equitativa; mas ao mesmo tempo, está ligado ao texto da norma jurídica que deve servir de base à sua decisão, pois não pode se esquecer de que deve fazer abstração de sua opinião pessoal e tornar-se o intérprete da coletividade em nome da qual pronuncia seu julgamento.

O autor continua explicando o que deve fazer o magistrado quando a norma lhe transparecer em desconformidade com os anseios sociais, ou seja, buscar uma solução equitativa de forma a coadunar com a vontade do corpo social¹⁰.

⁷ SOUTO; FALCÃO, 1980, p. XIII.

⁸ Ibid., p. 10.

⁹ LÉVY-BRUHL, Henri. **Sociologia do Direito**. Trad. Antonio de Pádua Danesi. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 33.

¹⁰ Ibid., p. 33.

Posto na presença de uma norma que lhe parece iníqua ou pelo menos inadequada, que deverá ele fazer? Se estiver convencido, como tentei demonstrá-lo, de que o direito é expressão da vontade do corpo social tal como ele existe a todo momento - portanto, no instante em que ele emite sua sentença -, o juiz escravo do direito vivo mas que de sua norma imperfeita e esclerosada, deverá, por todos os meios de que dispõe, procurar infletir o sentido dessa norma para uma solução equitativa, se necessário mesmo fazendo-lhe sofrer uma interpretação astuta e abusiva. (...) No entanto, é uma obrigação à qual ele não poderia subtrair-se: cabe-lhe apoiar-se na norma de direito, a qual será, segundo os tempos e os lugares, consuetudinária ou legal.

E o direito, quanto mais em conformidade com a vontade do corpo social, traz segurança jurídica, pois proporciona um senso comum, para cada um, do modo socialmente esperado, para se agir e uma justa possibilidade de se exigir dos membros de uma determinada sociedade a não alegação de desconhecimento do direito, por óbvio sem desprezar a necessidade de publicação dos atos legislativos e a presunção de conhecimento desses por todos, como bem destaca Henry Lévy-Bruhl¹¹.

O direito não pode ser arbitrariamente isolado da norma que o exprime. Se o caráter social do direito requer que sua prática seja conforme às aspirações do corpo social, nem por isso ele exige menos imperiosamente que seu conhecimento seja colocado ao alcance de cada um: a segurança de todos tem esse preço. Sem dúvida, sendo o direito a obra do grupo social, todos os seus membros têm, mais ou menos confusamente, consciência do comportamento que lhe compete em cada circunstância.

Quanto à necessidade da decisão estar em conformidade com a vontade social, continua o autor prelecionando¹²:

Aliás, é nesse mesmo dado que se acha na base do adágio: 'Ninguém tem o direito de ignorar a lei', adágio que, pelo menos nas sociedades modernas, às vezes é abusivamente aplicado. Em todo caso, a obrigação que se impõe ao juiz de subordinar sua decisão a uma norma anteriormente formulada é a única garantia que os particulares podem ter de que a justiça está, de maneira geral, em conformidade com as aspirações do grupo e que é administrada em toda parte sobre as mesmas bases.

Como se vê estreita é a relação entre a Sociologia e o Direito como um todo e não diferente é no que pertine ao Direito do Trabalho. Nesta esteira de pensamento, embora nas linhas acima tenha sido feito menção ao Direito como um todo, reitera-se que todas as considerações feitas se estendem ao Direito do Trabalho, que nada mais é que uma seara do Direito, que cuida das relações interpessoais entre sujeitos laborais.

¹¹ LÉVY-BRUHL, 2000, p. 33.

¹² Ibid., p. 33.

Cabe destacar que a Sociologia se preocupa com as relações sociais oriundas do trabalho e os efeitos jurídicos laborais na sociedade, bem como a vontade social nas normas jurídicas.

Além de o trabalho ser fonte de satisfação de muitas necessidades individuais, há de ser ter em mente que o homem pode ser investigado socialmente a partir do trabalho, bem como o trabalho pode ser analisado como força influente na formação do perfil da sociedade, ou seja, o fato trabalho influencia a todos, inclusive aqueles que não trabalham, logo o trabalho é o fato gerador da Sociologia do Trabalho.

O trabalho de cada um contribui para a formação do perfil da sociedade, ajudando o entendimento da sociedade e da ordem social na qual a pessoa está inserida, a massa de trabalhadores componentes de uma sociedade traça as características da sociedade e gize-se que influencia inclusive a vida daqueles que não trabalham, sendo assim importante a análise sociológica sobre o prisma trabalho.

A humanidade revelou-se no séc. XIX com grande capacidade de reflexão de sociedade antes nunca tida, principalmente decorrente da euforia econômica oriunda da primeira Revolução Industrial, mas foi no século XX que as relações sociais no universo laboral ganhou grande destaque, tendo por investigações a ordem social criada pelo trabalho, estudo das relações sociais determinadas pelo trabalho, força de trabalho, processos de trabalho, sociabilidade do trabalhador, os impactos tecnológicos desenfreados, organização de produção, flexibilização e seus efeitos em meio à sociedade.

Para um estudo mais específico, surge então a Sociologia do Trabalho que promove o estudo das relações sociais, em matéria laboral, nesse sentido, conceitua Lakatos a Sociologia do Trabalho¹³:

Referem-se ao estudo sistemático das relações sociais e à interação entre indivíduos e grupos relacionados com a função econômica da produção e distribuição de bens e serviços necessários à sociedade. Especificamente analisam o conteúdo dos papéis profissionais as normas e expectativas a eles associadas em diferentes organizações de trabalho. Exemplos influência da indústria no sistema de estratificação, sindicatos e associações profissionais; a motivação para o trabalho; estudo do *status* profissional.

Nos dias atuais, o trabalho identifica o cidadão em meio à sociedade, o integra ao grupo social. A prevalência do setor laboral traça o perfil da sociedade, em suma o trabalho se

¹³ LAKATOS, 1981, p. 30.

confunde com a própria vida do ente social, por isso tão importante se faz qualquer análise jurídica sob o prisma da Sociologia.

O trabalho pode ser considerado um fato social, pois proporciona maneira de agir pensar e sentir de uma sociedade, como já dito, inclusive no que condiz àqueles que compõem a sociedade analisada, mas que não trabalham.

Neste sentido Durkheim, quais fatos são considerados como sociais¹⁴:

Aqui está, portanto, um tipo de fatos que apresentam características muito especiais: consistem em maneiras de agir, pensar e sentir exteriores ao indivíduo, e dotadas de um poder coercitivo em virtude do qual se lhe impõem. Por conseguinte, não poderiam ser confundidos com fenômenos orgânicos, visto consistirem em representações e ações; nem com os fenômenos psíquicos, por estes só existirem na consciência dos indivíduos, e devidos a ela.

De tal modo, o que se quer demonstrar é que para se fundamentar um determinado posicionamento jurídico acerca de qualquer tema, ainda mais em se tratando de Direito do Trabalho que por excelência é um direito social, é imprescindível se abeberar dos conhecimentos sociológicos, de forma a se estabelecer uma terceirização com solidariedade social, proporcionar controle social e afastar qualquer espécie de anomia.

1.2 Do Direito como uma das formas de controle social

O doutrinador, Pedro Paula Teixeira Manus¹⁵, deixa bem claro a íntima ligação entre direito e a vida social, destacando que a lei, no caso a laboral, existe de forma a alcançar o equilíbrio social.

Essa estreita vinculação que há entre o direito e vida social exige daquele que lida com os problemas jurídicos o conhecimento dos vários fatores que são a causa de um determinado problema que exigiu sua disciplina por meio da lei. Isto porque sempre que determinado problema que exigiu sua disciplina por meio da lei. Isto porque, sempre que determinado fato exige um tratamento jurídico, significa que o grupo social necessita da disciplina jurídica das relações entre as pessoas, naquele aspecto, a fim de se atingir o equilíbrio social.

A convivência em sociedade é algo inevitável, uma necessidade natural, sendo mister a tradição social para a formação do indivíduo, pois o homem é um ser social em sua essência, logo a adaptação da pessoa ao seu grupo deve ocorrer e acontece através da socialização.

¹⁴DURKHEIM, 1983a, p. 88.

¹⁵MANUS. Pedro Paulo Teixeira. **Direito do trabalho**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 21.

O impulso associativo é explicado por várias teorias, a mais convincente é a que pugna ser uma vontade inerente ao homem. Para o desenvolvimento dos sentimentos humanos de forma pacífica, somos socializados desde crianças por nossos pais que nos orientam como devemos agir perante a sociedade, explicando-nos o que é certo e o que é incorreto. Somos socializados na escola, nas igrejas, em suma por toda a sociedade.

Considerando que os homens na essência são iguais, possuem os mesmos instintos e anseios, é normal que quando em contato venham a divergir em ideias, e surjam assim os impasses, havendo a necessidade da solução desses conflitos.

De forma a compor um padrão comportamental formal e estabelecer sanções àqueles que desviem da conduta estabelecida, cria-se um conjunto de normas de forma a exercer controle social denominado Direito. Nesse sentido esclarece A. L. Machado Neto¹⁶, destacando ser o Direito a última das tentativas a socializar a pessoa:

Como, não obstante esse tenaz esforço socializador da sociedade, nem todos os indivíduos se socializam inteira ou suficientemente como também o composto originado da combinação das diversas naturezas biopsíquicas dos indivíduos com o ingrediente social que a socialização lhes ajunta à personalidade é algo vário, a sociedade há de estar prevenida de que o anti-social pode ocorrer em seu seio e prepara a prevenção de sua ocorrência com uma série de normas coatoras que em seu conjunto são conhecidas como o aparato de controle social (...).

Mais adiante, continua Antônio Luís Machado Neto¹⁷, quanto ao caráter inerente do direito de derradeira sociabilidade da pessoa:

O Direito, centro de nossa atenção nesse trabalho é, pois o modo mais formal do controle social formal. Sua função é a de socializador em última instância, pois sua presença e sua atuação só se faz necessária quando já as anteriores barreiras que a sociedade ergue contra a conduta anti-social forma ultrapassadas, quando a conduta social já se apartou d tradição cultural, apreendida pela educação para, superando as condições de mera descortesia, simples, imoralidade ou mesmo, pecado, alcançar o nível mais grave do ilícito ou, tanto pior, do crime.

Além de ser a última tentativa socializadora, o Direito integra o controle social também prevendo as expectativas de comportamento, formando uma idéia de conduta padrão, definindo limites e sancionando as pessoas que pratiquem condutas que ultrapassem esses limites.

A sociedade tem por escopo a paz na convivência das pessoas, ou seja, uma estrutura saudável organicamente hígida, logo indispensável é a existência do Direito.

¹⁶MACHADO NETO. Antônio Luís. **Sociologia jurídica**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 165-166.

¹⁷Ibid., p. 165-166.

De tal maneira, vislumbra-se como controle social o conjunto de estratégias e sanções legais e sociais que tem por escopo a promoção e sujeição do individual aos padrões e normas de caráter social.

O controle social é formado por sistemas normativos compostos pela ética e as searas jurídicas como o Direito Tributário, Civil, e Direito do Trabalho, entre outros formados pelos órgãos e sujeitos sociais como os sindicatos, tribunais, igreja, família, composto pelas medidas de prevenção e ressocialização como também repressão.

Em matéria de controle social, as consequências pelo adimplemento ou inadimplemento do padrão social podem ser positivas (quando se cumpre os padrões sociais, como a boa reputação, nomeações) ou negativas, como restrição de direito, condenação em indenizações, como até privação da liberdade.

O controle social pode ser formal ou informal. Quando o controle ocorre por meio de um sistema normativo, tem-se o controle formal, quando da ausência de leis o controle se dá por outras maneiras, tem-se o controle informal, como por exemplo, o uso da educação, religião, crenças, moral, o trato social, bem como quando a mídia de alguma forma influencia nas relações sociais.

Como se vê, o Direito não exerce monopólio sobre o controle social, havendo outras formas de organização e pacificação social, mas sem dúvida é o mais efetivo dos meios de controle social em busca da paz, segurança e justiça, em uma sociedade organicamente saudável.

O controle formal é utilizado quando esgotadas as tentativas por parte do controle informal. Como se vê, o controle social formal surge quando os fatos sociais exponham a perigo o corpo social, seja na seara penal, cível, trabalhista ou tributária etc.

Condutas desviadas merecem o controle social exercido pelo Estado, de forma a regular as relações sociais e trazer a tranquilidade social e o bem comum.

Considerando que os fatos sociais são dinâmicos, pois os fenômenos são subordinados ao tempo e lugar, as mudanças sociais que mais nos interessam diretamente são as estruturais, pois compreendem alteração de valores coletivos, sem se olvidar, ainda, indiretamente das mudanças morfológicas.

E quando há mudanças das realidades sociais em razão de interesses econômicos (muitas das vezes), culturais, político, histórico ou religioso, temos um novo cenário social, dependente de releituras no sistema jurídico, isto ocorre, pois quando há crises axiológicas o direito vem a dar suporte e estabilidade as relações pessoais.

A releitura do ordenamento jurídico como forma de controle social não é das mais fáceis funções estatais, pois além de esbarrar nas questões procedimentais legiferantes, que envolvem muitas das vezes diversos outros interesses, que vão muito além do controle social, expressa-se na dificuldade em se determinar qual o regramento jurídico mais adequado para determinada modificação social estrutural.

E quando ocorre na sociedade uma mudança estrutural, em razão da mitigação dos fatos e o Direito, gize-se que é a forma mais efetiva, permanece inerte sem respostas efetivas como forma de proporcionar o controle social, surge assim um estado de anomia social, distanciando-se da tão buscada eunomia.

Conforme já destacado neste tópico, vale colacionar os ensinamentos de Celso Antonio Pinheiro de Castro¹⁸ que em poucas palavras sintetiza bem o que se deseja demonstrar:

Muito se repete que o domínio humano configura-se na história. Os fenômenos encadeiam-se em determinado tempo e lugar.

Na história, colhemos o legado cultural que nos oferece condições de entender o presente, recorrendo, porém, a história temos a impressão evolutiva de experiências passadas para a realidade atual. A reconstrução não pode fazer-nos olvidar os momentos de conflitos.

O controle social apresenta-se de dois tipos: informal e formal. O controle informal exerce-se sem dispositivos burocráticos, enquanto o controle formal conta com instituições especializadas para exercê-los.

Na mesma esteira continua o autor¹⁹:

A coerção integra o direito de sorte que as normas jurídicas estabelecem sanções se forem descumpridas.

Na sociedade em mudança estrutural, ocorre a anomia, isto é, os comportamentos reais não se harmonizam com os valores considerados básicos. É o momento crucial que exige atuação dos detentores do poder para inovar os movimentos sociais eficientes que exijam ou promovam as mudanças necessárias visando a eunomia.

Considerando que a presente pesquisa irá tratar do fenômeno da terceirização, que é um instituto trabalhista, logo importante a análise sob a óptica sociológica, como a anomia social existente no tangente ao assunto, o que nos leva a pensar em uma releitura do Direito do Trabalho, considerando as novas realidades sociais, sem se olvidar de sua posição enciclopédica, de seus princípios basilares e principalmente de seus parâmetros constitucionais e pertinentes à dignidade humana do trabalhador, eivada de ideais de fraternidade e solidariedade social.

¹⁸ CASTRO, Celso Antonio Pinheiro de. **Sociologia aplicada ao direito**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 89.

¹⁹ *Ibid.*, p. 89.

1.3 Das fases industriais e pós-industriais e da crise do Direito do Trabalho

O trabalho vem se modificando constantemente, havendo assim mudança estrutural social nos meios de produção e nas relações de trabalho, essas mudanças estruturais decorrem inclusive da crise do capitalismo e de estarmos em uma nova era denominada pós-industrial.

As relações de trabalho vêm se mitigando com o passar dos tempos, as necessidades são distintas se comparadas ao longo da história da humanidade e cada uma das fases de produção.

Das forças modeladoras do Direito e da sociedade, destacam-se os fatores econômicos e os meios de produção que se modificam, ao longo das fases rural, industrial e pós-industrial, e não diferente é em matéria laboral os quais influenciam a condição social e por conseqüência, jurídica ou vice-versa.

Sem ter a pretensão, no presente trabalho de esgotar os aspectos históricos da relação de trabalho, destacam-se alguns momentos históricos e diferentes formas de tomada de mão-de-obra que determinam perfis sociais distintos, como na escravidão, na servidão, nas corporações de arte e ofício, bem como salientar fenômenos como globalização, terceirização, ao longo das fases rural, industrial e pós-industrial.

Embora seja abordado o assunto em termos de “fases”, isso não significa que em todos os locais houve o encerramento de uma fase e logo em seguida o início de outra, ou ainda que seja no mesmo local, pois alguns países sequer chegaram à fase pós-industrial, e outros, mesmo tendo algumas características dessa, ainda produzem com a estrutura da fase Industrial. Como se vê o salto de época não é de uma só vez.

Nesse diapasão, Masi esclarece que as mudanças de fases embora signifiquem mudança de centralização em uma produção de um determinado bem, não significa abandono total ou desprezo à produção anterior²⁰:

A partir da Segunda Guerra Mundial, a sociedade industrial, centrada na produção em larga escala de bens materiais, deu vez à sociedade pós-industrial, centrada na produção de bens não materiais (serviços, informações, símbolos, estética, valores). A sociedade industrial não deu menos importância à produção agrícola, mas importou-se menos com os camponeses, substituindo-os por tratores automáticos e adubos químicos. Do mesmo modo, a sociedade pós-industrial não se importou menos com os produtos industriais, mas descuidou dos operários e dos trabalhadores intelectuais, substituindo-os por robôs e computadores.

²⁰MASI, Domenico de. **O Futuro do Trabalho**: Fadiga é Ócio na Sociedade Pós-Industrial. Trad. Yadyr A. Figueiredo. Rio de Janeiro: Editora José Olimpyo, 2001. p. 19.

Inicialmente o homem trabalhava para conseguir alimentos, fabricava armas para se defender de ataques de animais. As armas no início eram feitas de animais putrefatos, posteriormente as armas eram feitas com pedra lascada. O homem deixou de ser nômade e começou a se fixar em um determinado território, protegendo-o contra grupos estranhos, matava os inimigos e muitas vezes praticavam o canibalismo, comendo literalmente os vencidos para evitar futuros problemas.

Em uma fase posterior, verificou-se que era muito melhor escravizar os inimigos, colocando-o para trabalhar, assim começaram a vender e locar esses escravos, isso ocorreu com destaque no Egito, Grécia e em Roma.

Como dito, a prática de escravidão ganhou imensa proporção na Grécia onde havia fábrica de flautas, ferramentas agrícolas. Em Roma os escravos eram de diversas classes como pastores, músicos filósofos, poetas.

Em Roma alguns escravos se tornavam livres por ato de última vontade, em dias festivos, e quando se tornavam livres, muitas das vezes por serem prediletos, alugavam ou prestavam serviços por salários. Não se pode olvidar que naquela época a escravidão era considerada um ato justíssimo e necessário, pois ser escravo era óbice para se adquirir cultura.

Masi resume bem o que ocorria na Grécia na época no pertinente ao assunto:

A maioria dos gregos livres desprezava o trabalho dependente e qualquer atividade que comportasse fadiga física ou, de algum modo, a execução de uma tarefa. O próprio termo ‘executivo’, de que hoje se ornaram muitos funcionários, teria feito arrepiar-se o mais humilde ateniense da época de Péricles. Heródoto assinala o desprezo pelo trabalho que reinava em muitas cidades gregas orientais, à exceção de Corinto e poucas outras. Aristóteles e Platão são drásticos a esse respeito: qualquer produção de objetos materiais – ainda que obras de arte como as estátuas de Praxíteles – representava para eles uma atividade de segunda ordem comparada à produção de idéias. Platão chegaria a dizer: ‘Não vais querer dar tua filha como esposa a um mecânico ou engenheiro!’ Entre os trabalhos independentes também existia uma rígida hierarquia de prestígio social: a matemática e a medicina eram apreciadas, a engenharia e a cirurgia desprezadas²¹.

Continua Masi²²:

O comércio parecia, assim, indecoroso, por estar quase que inteiramente entregue aos metecos, que correspondiam mais ou menos aos nossos imigrantes. Platão apresenta, no Fedro, uma classificação ética prática das profissões, graduando as em nove níveis decrescentes: o filósofo, o bom rei, o político, o desportista, o adivinho, o poeta, o agricultor e o artesão, o demagogo e o tirano. Quase tudo o que havia para fazer na vida cotidiana, na Grécia como em Roma, era confiado aos cuidados dos metecos e ao esforço dos escravos. Os metecos eram estrangeiros livres, residentes na cidade, com poucas limitações políticas e a possibilidade (fundamental na

²¹ MASI, 2001, p. 59.

²² Ibid., p. 59.

sociedade helênica) de fruir do ensino e dos espetáculos. Quanto aos escravos, no primeiro livro da Política Aristóteles sustenta que ‘há na espécie humana indivíduos inferiores aos outros, assim como o corpo o é em relação à alma ou o animal em relação ao homem; são os homens dos quais a coisa melhor a extrair é o uso das forças corporais. Tais indivíduos são destinados pela própria natureza à escravidão, porque, para eles, não há nada melhor do que obedecer’. Resumindo, na Grécia dos séculos de ouro apenas uma exígua minoria era composta de cidadãos com plenos direitos, que se dedicavam à política, à filosofia, à ginástica e à poesia, vivendo materialmente nas costas da maioria – escravos, mulheres e metecos – a quem cabiam todas as atividades de ordem material e de serviço.

No que tange aos romanos, destaca Masi, acrescentando que o quadro no pertinente ao trabalho o escravo não era diferente, a sociedade só se diferenciava no que condiz a evolução quanto a alguns setores como política, bélico e jurídico²³:

Algo de análogo acontecerá também aos romanos, que em relação aos gregos tiveram a vantagem de poder obter de Atenas toda a ciência e arte que não estavam em condições de produzir autonomamente. Excetuados com efeito pequenos progressos na agricultura, na arquitetura e na engenharia militar, é difícil encontrar setores em que a vida cotidiana de um romano na época de Adriano fosse melhor do que a vida cotidiana de um ateniense da época de Péricles ou de um sumério da época de Hamurábi. O melhor da criatividade romana revela-se na política, na guerra e no direito, como reconhece com orgulho o mesmo Virgílio.

Na Idade Média a escravidão também existiu, os bárbaros e os infiéis eram escravos, aliás, a escravização dos povos mais fracos perdurou por muitos séculos, e nesta época de trevas, mesmo a Igreja não se opunha a escravização do homem, como exemplo doutrinário temos o Papa Nicolau autorizando ao Rei de Portugal a escravização dos muçulmanos em 1452, o Papa Inocêncio VIII que distribuiu entre seus cardeais dez escravos que foram adquiridos como presente por parte do Rei Fernando, entre outros fatos similares ocorridos.

Neste mesmo sentido preleciona Masi²⁴:

Com base nas mesmas premissas, santo Agostinho reputava legítima a escravidão; a própria Igreja e os eclesiásticos, como se disse, possuíam escravos; o Conselho de Granges sancionou a punição de quem, sob o pretexto de piedade, incitasse o escravo a desprezar o seu dono, a fugir da escravidão ou servir de má vontade.

Na Idade Moderna também houve a escravidão como se nota quando a Espanha e Portugal escravizavam índios e negros na América, sendo que ingleses e franceses e holandeses também comercializavam escravos.

A Revolução Francesa proclamou a indignidade da escravidão, e infelizmente até hoje, inclusive no Brasil há pessoas trabalhando como escravos ou em condição análoga a de escravo.

²³ MASI, 2001, p. 64. .

²⁴ Ibid., p. 68.

Surgiu posteriormente a figura da servidão, sem com isso extinguir os casos de escravidão. Aliás, temos notícia de escravidão até os dias atuais.

Devido o ônus gerado pelos escravos aos seus proprietários, com vigilância, manutenção, muitos proprietários preferiram a libertação dos escravos, para que se tornassem servos de gleba, pois assim se sustentariam, pagariam impostos, seriam menos perigosos, bem como substituíveis de forma menos onerosa.

No século XII convalida-se o feudalismo, com as figuras dos *oratores*, *bellatores*, *laboratores*, senhores feudais e os servos da gleba.

No caso das servidões, as pessoas não eram escravas na integridade do termo, mas estavam sujeitas às mais severas restrições. Aos servos eram assegurados poucos direitos, como herança de animais e objetos pessoais. Em alguns locais era assegurado o direito de herança de uso de pastos, destaque-se que o tributo que incidia sobre a herança era extremamente severo e absorvia, muitas vezes, toda a herança, aliás, havia imposto para tudo, inclusive para se casar (*merchet*).

Os servos só podiam recorrer à Justiça na hipótese de discussões tangentes ao arado e aos animais que possuíam.

Havia os “moradores de cabana” ou *cotters* que por algum motivo perdiam o direito ao arado e aos animais.

Os senhores podiam alugar ou emprestar seus servos, ou seja, embora não mais tivesse o status de escravo, a servidão não retirou do trabalhador sua qualificação de coisa.

Mais a frente no século XII, marcantes são as cruzadas, havendo uma nova cartografia e uma nova reorganização econômica urbana conforme destaca De Masi que faz menção inclusive à renovação monástica e à escolástica²⁵:

O século XII é o século das cruzadas, das explorações geográficas e – por isso – de uma nova cartografia; é o século da organização, da reorganização econômica e urbana, do direito romano e canônico, do enquadramento das confrarias, do artesanato, da indústria da construção e têxtil; é o século da renovação monástica, das grandes escolas urbanas, das universidades, dos novos sistemas ideológicos, dos novos métodos intelectuais, da escolástica.

As epidemias e as cruzadas ao final da Idade Média contribuíram para o fim da servidão. Em meio à queda do sistema feudal, surgiram as corporações de ofício ou Associações de Artes e Misteres, muitas das vezes formadas por servos fugidos.

²⁵ MASI, 2001, p. 76.

Associações de grande destaque foram as francesas *maîtrises franc*, as espanholas denominadas grêmios e as *zunften* alemãs: nessa época havia uma espécie de escravidão, os aprendizes eram limitados pelos seus mestres, a atividade só podia ser exercida pelas associações e as corporações criavam suas normas profissionais internas e recebiam privilégios oriundos do monarca, os quais pretendiam o enfraquecimento da nobreza, sendo que posteriormente os reis entenderam por bem enfraquecer também os mestres.

Na Espanha houve grande intervenção estatal nas corporações na Idade Média, nas cortes de Toro, lá se proibiu o penhor dos instrumentos de trabalho, bem como extinguiu a prisão dos obreiros por dívida.

Em 1791 houve a aprovação do projeto do Visconde de Novilles, suprimindo-se as corporações, bem como neste ano, a Lei Chapellier declarou as corporações de ofício como atentatórias aos direitos dos homens e cidadãos.

A Inglaterra foi a primeira nação a deixar o sistema feudal.

No século XVIII surge o Iluminismo na Europa, movimento que tinha o intuito de modificar a sociedade e os conhecimentos medievais, refutando-se a intolerância e os abusos da Igreja e do Estado, conforme aponta Masi “o iluminismo é uma atitude mental livre de preconceitos e dogmas, crítica e racionalmente autodirigida, é uma pedagogia com a qual se ensina aos homens a emancipação intelectual e a autonomia prática”²⁶.

Ao mesmo tempo no século XVIII, por volta dos anos de 1760, inicia-se, talvez o período mais importante para o surgimento do Direito do Trabalho, ou seja, a Revolução Industrial, a primeira fase na Inglaterra, com a invenção das máquinas feitas de ferro que utilizam o vapor como força motriz, a máquina de fiar, barco e locomotiva a vapor, o método de pudragem, os teares hidráulicos, mecânicos, verdadeiros métodos de trabalho, a mecanização da produção.

No século XIX consolidam-se os ideais liberais eivados de um novo pensar social, o repúdio à intervenção estatal, encontrando-se nesse momento em uma segunda fase da Revolução Industrial, destaque-se pouco se preocupava com o trabalhador.

Adam Smith é considerado um dos maiores teóricos da economia liberal, eivada de ideias liberais e de uma ideia de uma sociedade industrial mecanizada, sua grande obra é *A Riqueza das Nações*, na qual se defende a superioridade industrial sobre a agricultura como força de riqueza, a ideia de lucro e da mais valia sobre a renda. Smith defende que dois são os

²⁶ MASI, 2001, p.93.

fatores do desenvolvimento industrial: organização do trabalho parcelizado e o progresso tecnológico aplicado de facilitação e redução do trabalho humano.

Masi faz interessante paralelo entre Smith e Taylor e trata da mais valia²⁷:

Taylor ainda está por surgir e certamente Smith seria um grande admirador seu. Ainda assim, com cem anos de antecedência sobre o engenheiro da Filadélfia, o economista escocês identificou na divisão sistemática do trabalho um dos dois motores (o outro é a mecanização) do triunfal avanço industrial. Se a fabricação de um alfinete, em vez de ser feita inteiramente por um só operário, é dividida em 18 operações e cada uma delas é confiada a um operário diferente, induzido assim a desenvolvê-la automaticamente e velozmente, o resultado final é que a produção completa não corresponde à de 18 operários mas à de 240. Com a admirada constatação desse prodígio Adam Smith abre A riqueza das nações, em que define a relação entre valor de uso e valor de troca e onde a fonte do valor (a mais valia) de determinada mercadoria é identificada na quantidade do trabalho a ela incorporado: ‘O trabalho é a única medida universal e exata do valor’.

No século XVIII Diderot e d’Alembert contribuem para o conhecimento sistemático do trabalho com a Encyclopédie, a partir dos pensamentos de Locke, Descartes, Newton e Bacon, conforme aponta Masi²⁸:

Com a Encyclopédie, o Iluminismo constitui-se em pedagogia e no instrumento para difundir por todas as partes do mundo não só as novas idéias mas também as técnicas operacionais necessárias para construir a cidade do homem. As planches, por exemplo, não são simples ilustrações ornamentais: são mapas precisos, plantas reais de edifícios, desenhos construtivos em escala, graças aos quais é possível reproduzir veículos, utensílios e maquinaria. Para obtê-los, Diderot visitou sistematicamente as oficinas dos artesãos, estaleiros, consultórios médicos, laboratórios científicos.

A mão-de-obra é demasiadamente explorada, logo a ideia de plus valia comentada por Marx. Para Marx, o trabalho era a essência humana, o homem aliena seu trabalho e a si mesmo, ou seja, nega a si próprio, aos seus anseios, destrói seu espírito, pois com a exploração de sua mão-de-obra se torna uma pessoa infeliz, negando assim sua existência, essa degradação explicada por Marx se dá em razão de como se organiza a indústria, como bem destacado por Masi²⁹

Essa degradação, segundo Marx, não depende do trabalho em si, mas do modo como a indústria o organiza, tornando animalésca a própria atividade que, por si, melhor distingue o homem dos animais: ‘Também o animal produz. Fabrica um ninho, habitações, como fazem as abelhas, os castores, as formigas etc. Só que o animal produz apenas aquilo de que precisa imediatamente para si, para os filhotes; produz de modo unilateral, enquanto o homem produz de modo universal; o animal produz

²⁷ MASI, 2001, p. 96.

²⁸ Ibid., p. 97.

²⁹ Ibid., p. 39.

apenas por imperativo da necessidade física imediata, enquanto o homem produz mesmo livre da necessidade física e o faz verdadeiramente apenas quando está livre dela; o animal reproduz apenas a si mesmo, enquanto o homem reproduz toda a natureza. [...] O animal constrói apenas segundo a necessidade da espécie à qual pertence, enquanto o homem [...] constrói também segundo as leis da beleza’.

Masi em sua obra salienta que tanto Marx quanto Taylor aceitavam que a indústria era o destino tanto do proletariado quanto da burguesia³⁰:

Marx compreendeu que na fábrica jogava-se o destino do proletariado; Taylor compreendeu que na fábrica jogava-se o destino da burguesia. Um queria que os operários se apropriassem de tudo; o outro queria que os fornecedores de trabalho e os trabalhadores convivessem em um sistema capaz de satisfazer a ambos, convencido de que tal sistema pudesse ser instaurado por meio de uma organização não aproximativa e unilateral, mas científica e super partes.

Masi em sua obra destaca como características essenciais da sociedade industrial³¹:

- Concentração de grande massas de trabalhadores assalariados nas fábricas e empresas financiadas e organizadas pelos empresários segundo o modo de produção industrial.
- Prevalência numérica dos ocupados no setor secundário sobre os ocupados nos setores primário e terciário.
- Predomínio da contribuição industrial à formação da renda nacional.
- Aplicação, na indústria, das descobertas científicas referentes ao processo produtivo.
- Progressiva racionalização e atualização científica da organização do trabalho.
- Divisão do Trabalho Social e sua parcelização técnica cada vez mais capilar e programada.

Continua Masi, enumerando as características essenciais³²:

- Separação entre local de vida e local de trabalho, entre sistema familiar e sistema profissional, com progressiva substituição da família nuclear pela família ampliada.
- Progressiva urbanização e escolarização das massas.
- Convivência conflitante, nas fábricas e na sociedade, de duas partes sociais – empregadores e empregados – distintas, reconhecíveis e contrapostas.
- Formação de uma classe média cada vez mais consistente, redução das desigualdades sociais e difusão da democracia parlamentar.
- Reestruturação dos espaços em função da fabricação e consumo dos produtos industriais.
- Maior mobilidade geográfica e social.
- Produção em massa e difusão do consumismo.

Na mesma esteira continua Masi³³:

- Fé num progresso irreversível e num crescente bem-estar.
- Difusão da idéia de que o homem, em conflito com a natureza, deve conhecê-la e dominá-la.

³⁰ MASI, 2001, p. 103.

³¹ Ibid., p. 121-122.

³² Ibid., p. 122.

³³ MASI, 2001, p. 122.

- Sincronização do homem com os tempos incorporados às máquinas, não mais com os tempos e ritmos da natureza.
- Predomínio dos critérios de produtividade e eficiência, entendidos como único procedimento para otimizar os recursos e os fatores de produção.
- Convicção de que, para atingir os objetivos práticos por meio da organização, existe one best way, isto é, uma única via melhor que qualquer outra, a ser descoberta, preparada e percorrida.
- Possibilidade de recondução de cada produto industrial ao seu lugar (a fábrica) e tempo (padrão) precisos de produção.
- Possibilidade de reconhecimento de uma dimensão nacional dos vários sistemas industriais.
- Existência de uma rígida hierarquia entre as várias regiões, estabilidade com base no produto nacional bruto, na posse das matérias-primas e dos meios de produção.

A Igreja em um ato justo na segunda fase industrial se manifestou pelo equilíbrio entre o capital e o trabalho e pugna pela necessidade do dirigismo contratual para a permanência da igualdade jurídica. Exemplos nesse sentido são as ideias constantes na Encíclica Rerum Novarum do Papa Leão XIII, publicada em 1891, na qual se defende que não existe capital sem trabalho e vice-versa.

Masi³⁴ relembra bem os ensinamentos insertos na Rerum Novarum, ou seja, a necessidade do justo salário e a caridade cristã, o fato de a riqueza não significar predileção em relação a Deus, nesse sentido colaciona o autor em sua obra:

O dever do rico é, ‘em primeiro lugar, o de dar a cada um o salário que convém’ e agir segundo ‘a caridade cristã’. O proletário por sua vez, faz bem em contentar-se com o que tem, pois diz o papa, ‘que abundeis em riqueza ou outros bens, chamados de bens de fortuna, ou que estejais privados deles, isto nada importa à eterna beatitude: o uso que fizerdes deles é o que interessa. (...) Assim os afortunados deste mundo são advertidos de que as riquezas não o isentam da dor que elas não são de nenhuma utilidade para a vida eterna, mas antes um obstáculo...’ Em suma é melhor ser pobre do que rico.

O autor italiano, ainda, continuando o trecho acima, na obra mencionada, dá destaque ao trecho da aludida encíclica, que defende a necessidade do intervencionismo estatal, quando a caridade cristã dos ricos somada à resignação cristã dos pobres não for suficiente para pacificar as relações de trabalho, de forma a tutelar o direito das partes, neste sentido³⁵:

Se, entretanto a caridade dos ricos e a resignação cristã dos pobres não bastarem para evitar a luta de classe, que se recorra então a força publica: Hoje, especialmente, no meio de tamanho ardor de cobiças desenfreadas, é preciso que o povo se conserve no seu dever. (...) Intervenha, portanto, a autoridade do Estado, e, reprimindo os agitadores, preserve os bons operários da sedução e os legítimos patrões de serem despojados do que é seu.

³⁴ Ibid., p. 51.

³⁵ Ibid., p. 51. .

A sociedade industrial durante o século XIX proporcionou quatro acepções sobre o trabalho, a visão cristã que o trabalho é um castigo divino, visão liberal que o trabalho é coisa mercante, a comunista que o trabalho é a essência do homem.

O engenheiro Frederick Winslow Taylor foi um dos grandes nomes em matéria de organização laboral na fase industrial, sua grande preocupação era a eficiência operacional na administração industrial, prezava pela organização (preparação devida de pessoal, metodologia de produção, instruções programadas e supervisionadas) e pela tecnologia e acreditava que uma das melhores formas de equilíbrio entre as classes participantes da produção era a razoável repartição das riquezas (co-participação entre capital e labor), nesse sentido explica Masi³⁶:

Depois que Taylor trabalhou quase exclusivamente em oficinas foi que a sua genialidade acabou por desfraldar-se em toda a sua plenitude. Enquanto em todos os países industriais estouravam focos de luta de classe, Taylor reiterava que toda a questão se resumia a poucas regras elementares: para evitar conflitos e obter alta produtividade não são necessários gestos de caridade, de gentileza ou simpatia pessoal; são necessárias gratificações econômicas aos operários mais aplicados, é preciso que haja confiança recíproca entre direção e dependentes, superiores capazes de falar a mesma linguagem dos trabalhadores, encorajando-os a discutir juntos os problemas que surgem aos poucos no curso da produção.

Outro nome de grande importância, em matéria laboral, foi Henry Ford, conhecido por sua produção em série, de forma a produzir automóveis em massa, em tempo reduzido e a menor custo. Masi faz apontamentos relevantes sobre o fordismo³⁷:

A linha de montagem evita que o trabalhador se desloque ou se movimente para pegar um componente, porque leva as peças ao lugar preciso onde ele deve utilizá-las. Desse modo, grande parte do tempo antes perdido pelos operários é incorporado na linha de montagem. O trabalho se parceliza posteriormente e perde qualidade; a produtividade cresce visivelmente. Onde enlouquecia a desordem das coisas, o perambular e o vozerio dos homens, agora reinam, soberanos, a precisão dos gestos, o silêncio das pessoas, a força da máquina.

Na mesma esteira, continua o autor³⁸:

‘Em outubro de 1913 gastavam-se nove horas e 54 minutos de trabalho para montar um motor; seis meses depois, com o método de montagem de linha móvel, esse tempo foi reduzido a cinco horas e 56 minutos.’ Em poucos anos a linha de montagem – posta no ponto, finalmente – conseguiu quadruplicar o rendimento de cada operário. Com o mesmo orgulho com que recorda esse sucesso, Ford observa: ‘O resultado claro da aplicação desses princípios é a redução para o operário da necessidade de pensar e a redução ao mínimo dos seus movimentos. Sempre que possível, o operário faz apenas uma coisa, com um só movimento.’

³⁶ MASI, 2001, p. 105.

³⁷ Ibid., p. 108.

³⁸ Ibid., p. 108.

Masi esclarece que Ford não se preocupava com a alienação mental, com o fato do modo de produção empregado fazer com que os trabalhadores fossem desprovidos do ato de pensar³⁹:

Mas a organização taylor fordista não só permite empregar operários sem fazê-los pensar, não só permite separar seu corpo da mente e usar de maneira esquizofrênica somente seu hardware (por assim dizer): em muitos casos, para Ford, não é necessário nem o corpo inteiro dos operários, bastam simples músculos humanos para movimentar os compartimentos de sua linha de montagem.

As Grandes Guerras, incluindo-se os períodos Pós-Guerras, foram marcantes para a consolidação dos direitos laborais e para a formação do perfil laboral, pois o Estado necessitava dos operários e diversas reivindicações eram feitas e alcançadas, bem como após a Segunda Grande Guerra Mundial, quando se passou de uma sociedade industrial para uma sociedade pós-industrial, como bem destaca Masi⁴⁰:

Em poucos anos, a partir da Segunda Guerra Mundial, passou-se da sociedade industrial – centrada na produção em série de bens materiais – à sociedade pós-industrial – centrada na produção de bens não materiais (informações, símbolos, estética, valores). Paralelamente, o poder passou dos proprietários dos meios de produção aos proprietários dos meios de criação. O advento pós-industrial provocou um profundo corte epistemológico, isto é, uma visão totalmente inédita da sociedade, da vida, do progresso, dos métodos para compreender e agir.

Por sua vez o toyotismo foi implantado nas décadas de 1950 e 1960, nesse modelo de organização de produção, elaborado pelo japonês Taiichi Ohno, defende-se uma produção com os cortes necessários, ou seja, rigidez, custo reduzido, produção com flexibilidade e qualidade eivada de cooperação e aperfeiçoamento continuado, bem como o controle de estoque e quantidade estritamente necessária de mão-de-obra.

Após a Segunda Guerra a produção em massa de bens materiais inerente à fase Industrial deu espaço produção de bens imateriais (característica da sociedade pós-industrial, ex. serviços, informações, estética).

Cabe destacar a criação da Organização Internacional do Trabalho em 1919.

Sendo assim, o período moderno apresentou como características marcantes a existência de um Estado nacional, controlador e também um desenvolvimento econômico antes não visto, por outro lado na pós-modernidade surgiram novos fenômenos, sendo estes os

³⁹ MASI, 2001, p. 108.

⁴⁰ Ibid., p. 51.

mais relevantes para o presente trabalho, como a globalização, a flexibilização laboral e o desemprego estrutural.

A globalização é um dos fenômenos econômicos que ultimamente mais vem produzindo efeitos modificativos na estrutura social, pois marca um processo de desindustrialização, as indústrias pesadas são instaladas nos países periféricos, como forma de barateamento de custos empresariais e os empresários buscam alternativas de sobrevivência empresarial, uma delas é a exploração de mão-de-obra.

A globalização, mundialização para alguns, esteia-se na liberdade econômica, na privatização, na desregulamentação ou flexibilidade do processo laboral e na reversão das conquistas sociais. E a globalização é uma realidade social inevitável, não podendo prevalecer a ideia da existência de um país isolado, nesse sentido preleciona Manus⁴¹:

Vivemos hoje uma época em que os vários países do mundo têm intensa comunicação, não só sob o aspecto das informações, mas também dos relacionamentos políticos e econômicos que estabelecem entre si. Desse modo, diante dessa realidade, não há como um país atualmente viver de forma independente das demais nações e dos organismos mundiais que constituem blocos da defesa de interesses preestabelecidos, exatamente pelas relações que há entre os vários partícipes desses grupos e da interdependência que se cria.

Alguns fatores sociais são apontados como molas propulsoras da globalização pela melhor doutrina, como o fato de ser inerente ao homem a exploração, a conquista por novas culturas, bem como dividir suas ideias o domínio econômico sobre maior número de povos.

Masi trata dos impulsos humanos que levaram o homem à globalização:

De fato, a globalização atual representa somente o êxito mais elaborado de uma tendência perene do homem, de explorar e depois colonizar todo o território que ele pensa que exista, até construir uma única aldeia.

O primeiro impulso à globalização consiste na tendência a descobrir, conhecer e mapear o planeta e o universo. O segundo consiste no escambo, ou troca de mercadorias, num raio cada vez mais amplo, até abranger a totalidade do mundo conhecido. O terceiro impulso consiste na tentativa de colonizar materialmente os povos limítrofes e, depois, aos poucos, também, os povos mais longínquos, até englobar o planeta inteiro.

O quarto impulso consiste em invadir todos os mercados com as próprias mercadorias.

O quinto em invadir todo o mundo conhecido com as próprias idéias.

O sexto impulso é o de expandir o raio de ação dos próprios capitais, da própria moeda, das próprias fábricas⁴².

A globalização de hoje é intensa em vários sentidos, hoje possui um caráter de regulamentação global, de tentativa de unificação de ideais políticos, de comércio *on line*

⁴¹ MANUS, 2007, p. 125.

⁴² MASI, 2001, p. 136.

(redes de telecomunicação), de receios globais, comércio de valores que interessa ao mundo todo, fenômenos naturais globais, o que enfim causa uma globalização psicológica, isto é, uma sensação de estarmos inseridos no globo e termos acesso a cada pedaço dele, sem sair do lugar, pois é possível no Brasil usar um terno italiano, andar em um carro japonês formado por peças de fornecedores espalhados pelo mundo todo, trabalhar em uma empresa americana e sair para comer em uma franquia de âmbito global o que se come no mundo todo.

Quando se fala em globalização se pensa em fase pós-industrial, não que necessariamente os dois fenômenos tenham iniciado conjuntamente, todavia sem dúvida aquela é uma das sementes formadoras dessa. Nesse sentido explica Masi⁴³:

Se devêssemos, porém, indicar os elementos que exercem papel propulsor do sistema pós-industrial e de sua dinâmica, não teríamos dúvida: privilegiaríamos a ciência, a tecnologia, a globalização, o progresso organizativo, a escolarização, os *mass media*.

Com a globalização se estabeleceu uma divisão internacional do trabalho, delegando-se aos trabalhadores do Terceiro Mundo as tarefas repetitivas, alienantes, muitas das vezes despojadas de criatividade, de forma a diminuir o custo no pertinente à mão-de-obra, surgindo assim o *dumping social*.

E é inexorável concluir que com a globalização, norteadas pela estrutura capitalista, impõe-se maior competitividade, o que ameaça às condições de trabalho nos países menos desenvolvidos, como discute Manus⁴⁴:

Eis por que não tem cabimento afirmar que o fenômeno chamado de globalização que não é recente, mas apenas mais incisivo nos dias de hoje, possa ser benéfico às relações de trabalho nos países do Terceiro Mundo, pois o capitalismo impõe medidas que preservem e aumentem o lucro, o que importa, sempre, em diminuir os custos da mão-de-obra e, por conseqüência, agravar as condições de trabalho.

O desemprego é um dos males da fase pós-industrial, o grau de produção, seja em volume ou qualidade, cada vez mais se torna independente da quantidade de trabalho humano, e isto vem ocorrendo em todo mundo, como bem destaca Masi, na obra *Futuro do Trabalho*:

A qualidade de bens produzidos está cada vez menos ligada à quantidade de trabalho humano que os produtos incorporam e, sobretudo, à quantidade de trabalho executivo fornecido pelos cidadãos do Primeiro Mundo. Isso determina, nos países ricos, o fenômeno cada vez mais acentuado do 'desenvolvimento sem trabalho', com desemprego crescente⁴⁵.

⁴³ Ibid., p. 140.

⁴⁴ MANUS, 2007, p. 126.

⁴⁵ MASI, 2001, p. 20.

A melhor doutrina coloca em dúvida se podemos utilizar o termo fase pós-industrial para o período em que vivemos, e se realmente estamos em um salto de época.

Masi respondendo questionamentos acerca de nos enquadrarmos em uma fase pós-industrial, em um mundo novo, conclui que sim. Nesse sentido o questionamento⁴⁶:

Vivemos num modo novo? Ou a sociedade industrial, apesar de ter se transformado, ainda não chegou ao ponto final? A discussão entre os intelectuais prossegue. Na Itália os senhor foi o primeiro- e permanece o mais convicto –defensor da primeira tese. Porém, curiosamente, diz também que chamar esta nova paisagem de sociedade pós-industrial não o satisfaz. Por quê?

E a resposta dada pelo autor italiano:

Por que é uma definição cômoda, adequada a uma fase ainda confusa. Indica simplesmente que quem a usa, como eu, tem consciência de que o contexto no qual vivemos não pode ser considerado uma continuação da sociedade industrial. E que neste contexto não mudaram só alguns aspectos: mudou todo o conjunto. Logo, quem usa o termo ‘pós-industrial’ se dá conta da mudança, mas não consegue ainda identificar seus pontos cruciais que são essenciais para que possa conotá-la com exatidão⁴⁷.

Masi⁴⁸ exprime não conseguir delimitar os pontos cruciais deste novo mundo, tendo em vista estarmos em uma fase inicial, na qual não se tem a cognição completa da mitigação, nesse sentido explica:

Como eu já disse, quando se passou da sociedade rural à sociedade industrial, foram necessários muitos anos para que pudesse ser apreciado o núcleo da metamorfose que tinha se dado: nem Proudhom nem Owen, que era um proprietário de fábrica, falam de ‘sociedade pós-industrial’. Só na segunda metade do século XIX se tomará consciência da totalidade da mudança: não apenas dos códigos, dos modos de produzir, ou da maneira de iluminar as cidades. Hoje nós somos igualmente lentos para compreender. Até porque a sociedade industrial veio depois de uma sociedade rural, que durou milênios, enquanto a sociedade pós-industrial chega somente depois de duzentos anos. É difícil acreditar que toda uma época histórica tenha se exaurido em apenas dois séculos. Alguns, como Alvin Toffler, se arriscam a considerar a sociedade industrial como um simples e breve parêntese entre os milênios do mundo agrícola que a precederam e os milênios do mundo pós-industrial que a sucederão.

Como se vê saímos de uma fase industrial para uma fase pós-industrial em pouco espaço de tempo, se comparados os saltos de época anteriores, alterando profundamente os fatos sociais, e por conseguinte, o que proporcionará, quiçá, um futuro do trabalho, bem diferente do até hoje conhecido, nessa esteira explica Masi⁴⁹:

⁴⁶ Ibid., p. 66.

⁴⁷ Ibid., p. 66.

⁴⁸ MASI, Domenico de. **O ócio Criativo**. Entrevista a Maria Serena Palieri. Trad. de Léa Manzi. Rio de Janeiro: Sextante, 2000. p. 66.

⁴⁹ MASI, 2001, p. 19.

- No curso da história, esses saltos épicos foram raros: o surgimento há milhões de anos, primeiro, do homo habilis, depois, do homo erectus e, depois ainda, do homo sapiens, o advento da civilização mesopotâmica há cinco mil anos, o da civilização grega há 2.500, a formação da sociedade industrial a partir da metade do século XVIII e, enfim, o aparecimento da sociedade pós-industrial a partir de meados do século XX. Como se vê, a faixa de tempo entre uma etapa e outra é cada vez mais curta: do advento da agricultura ao da indústria decorreram oito mil anos; da sociedade industrial à pós-industrial passaram-se apenas dois séculos.

Na fase pós-industrial a quantidade e qualidade de bens produzidos independem de um lugar ou um tempo determinado, tendo em vista a modernização dos meios de produção, exemplo é o teletrabalho, nesse sentido Masi destaca⁵⁰:

A quantidade e a qualidade dos bens produzidos estão cada vez menos ligadas a um lugar e a um tempo determinados e precisos de produção: meios de transporte, telefone, fax e auto-estradas eletrônicas já permitem anular as distâncias e transformar o trabalho em teletrabalho.

Para a concretização do salto de época, Masi⁵¹ enfatiza os pressupostos abaixo:

Como já disse, quando da nossa história coincidem três tipos de mudança – a descoberta de novas fontes energéticas, uma nova divisão do trabalho e uma nova organização do poder -, estamos diante de um salto de época. E estes três tipos de mudança trazem consigo uma nova epistemologia, um novo modo de ver o progresso e o mundo.

A melhor doutrina destaca como característica marcante da sociedade pós-industrial a mitigação no que tange aos elementos espaço e tempo em matéria de meio de produção, e por conseguinte, ao comportamento social, ou seja, houve uma nítida modificação quanto a estes dois aspectos se comparadas as sociedades rural, industrial e atualmente a pós-industrial. Atualmente temos ferramentas tecnológicas que nos permitem acelerar o tempo e encurtar os espaços, como internet, assinatura digital, celular, etc.

Sem dúvida, aparecem como elementos principais os meios de difusão das informações que colocaram em questão o modo de pensar, o conhecimento, as tradições, telespectadores e navegadores em rede.

Nessa esteira explica Masi⁵²:

A desestruturação do tempo e do espaço. Estas duas categorias estão se transformando de um modo radical. A sociedade rural não tinha outra saída senão localizar cada plantio no terreno mais apropriado. O homem era obrigado às suas

⁵⁰ Ibid., p. 20.

⁵¹ Id., 2000, p. 41.

⁵² MASI, 2000, p. 149.

escolhas espaciais. E o mesmo valia para o tempo: cada estação do ano implicava somente um número determinado de atividades.

A sociedade industrial conseguiu fazer com o que o tempo virasse uma mania, uma neurose. Também o espaço era em grande parte obrigatório: era mais conveniente elaborar a matéria prima o mais perto possível dos cursos d'água que acionavam as turbinas. E todas as ações humanas, até mesmo os pensamentos, possuíam tempos e lugares específicos: o amor, de noite em casa, o trabalho, de manhã no escritório, as compras, num determinado bairro, a diversão, num outro, e assim por diante. Ora, com o fax, o celular, o correio eletrônico, a Internet, a secretária eletrônica, nós podemos fazer tudo em todo e qualquer lugar. Usos, mentalidades e sentimentos separaram-se sempre mais dos lugares e dos horários.

Na sociedade pós-industrial, a nova divisão internacional de produção, conhecimento, poder e trabalho proporcionam crises antes não enfrentadas, exclusões antes não vistas, bem como exploração de mão-de-obra veiculada pelos modos de *dumping social*.

Masi demonstra seu ponto de vista acerca dessa crise criada pela fase pós-industrial, ao menos no que tange ao início dela⁵³:

O desalento generalizado – aquele que antes chamamos de idéia de ‘crise’ – não está livre de conseqüências danosas para quem o observa: quando um povo ou um grupo tem a sensação de estar em declínio acaba por acelerar o seu curso, pois perde a capacidade de projetar e produzir o próprio futuro. Não se diz, portanto, que a sociedade pós-industrial será para todos mais rica e com melhores condições de vida do que a sociedade industrial. Antes, é forte o perigo de que alguns países, alguns grupos e alguns indivíduos consigam chegar a modelos de vida e suportes tecnológicos bem mais adiantados do que outros; que se aprofundem as diferenças entre elites hegemônicas e massas subalternas; que os ricos cedam à tentação de desencadear uma guerra contra os pobres para decretar uma forma nova de escravidão complacente.

O sistema capitalista surge para alguns no final do século medieval, tem por característica, objetivar acumulação de riquezas, sucessão de hegemonias (genovês-ibérica, holandesa, britânica e americana), mercado global, divisão internacional do trabalho e imposição de mercado, conforme destaca Arrighi⁵⁴:

Arrighi accetta ora dei sistemici le seguenti tesi:

- 1) il capitalismo è un modo di accumulazione di ricchezza e non, come in Marx, un modo di produzione;
- 2) come tale, il capitalismo ha una storia più lunga di quella tradizionalmente assegnatagli dai marxisti. Non nasce nel XVIII secolo, con la "rivoluzione industriale", ma alla fine del Medioevo;
- 3) in questa storia, il capitalismo è stato contrassegnato dal succedersi di diversi cicli egemonici, ovvero dalla nascita, dallo sviluppo e dal tramonto di diverse egemonie.
- 4) queste egemonie si esercitano sull'insieme, gerarchicamente articolato, dell'economia-mondo capitalistica, e cioè su quella combinazione funzionale, tipica della modernità, fra unità del mercato mondiale, divisione internazionale del lavoro e sistema interstatale.

⁵³ Id., 2001, p. 135.

⁵⁴ ARRIGHI, Giovanni. **Capitalismo e (Dis) Ordine Mondiale**. Roma: Manifestolibri, 2010. p. 15.

5) i soggetti egemonici sono nell'economia-mondo capitalista gli Stati, i quali esercitano una leadership sia sul sistema-mondo nel suo complesso, regolandolo e ordinandolo a loro immagine e somiglianza, sia sugli altri singoli Stati.

Nella versione di Arrighi, consegnata soprattutto al *Lungo XX secolo*, i cicli egemonici sono quattro:

- 1) il ciclo genovese-iberico, dal XV secolo agli inizi del XVII;
- 2) il ciclo olandese, dalla fine del XVI secolo alla metà del XVIII;
- 3) il ciclo britannico, dalla seconda metà del XVIII secolo agli inizi del XX;
- 4) il ciclo statunitense, dalla fine del XIX secolo fino ad oggi.⁵⁵

A economia mundial capitalista vive uma crise estrutural, o sistema se encontra em colapso, a quantificação de produção não significa aumento de riqueza, há uma incerteza quanto à noção de valor, o sistema capitalista já não possui a estabilidade política necessária, a sociedade não deposita sua confiança, o capitalismo vive de especulação de mercado, os empresários tentam reduzir gastos, pois já não mais encontram formas de aumentar a receita, o resultado são os déficits públicos, o alto índice de desemprego no mundo todo, alianças econômicas e políticas estatais frustradas.

Para se entender a crise econômica hoje vivenciada, faz-se mister retornarmos a década de 1970, período em que se rompeu com o câmbio fixo, que ocorreu a crise do petróleo e fulminou as receitas fiscais do Estado de bem estar-social, havendo uma reestruturação produtiva, readaptada aos parâmetros capitalista, de um novo ciclo, do fim do milagre econômico, do final da fase expansiva dos 30 anos gloriosos pós segunda guerra, como destacou Rangel e Mandel, começando assim uma fase depressiva, prevista pela teoria dos ciclos de Kondratieff e denotada pela queda de lucratividade nas empresas no final da década de 1960, podendo desencadear no fim da hegemonia americana.

Os ciclos de ascensão e declínio do capitalismo são apontados por Arrighi e Wallerstein conforme destaca Palmeira Sobrinho⁵⁶:

⁵⁵ Arrighi agora aceita a seguinte tese sistêmica: 1) o capitalismo é um modo de acumulação de riqueza e não, como em Marx, um modo de produção; 2) como tal, o capitalismo tem uma história mais longa do que tradicionalmente atribuída pelos marxistas. Não nasce no século XVIII, com a "revolução industrial", mas no final da Idade Média; 3) nessa história, o capitalismo tem sido marcada por uma sucessão de diferentes ciclos hegemônicos, ou seja, desde o nascimento, desenvolvimento e declínio de várias hegemonias. 4) essas hegemonias são exercidas sobre o conjunto, hierarquicamente estruturado, economia-mundo capitalista, ou seja, a combinação funcional, típico da modernidade, entre as unidades no mercado mundial, a divisão internacional do trabalho e do sistema interestatal. (Tradução do Autor).

5) os partidos hegemônicos capitalistas estados economia-mundo, que exercem uma liderança tanto no sistema-mundo como um todo, ajustando-o e ordenando-lhe em sua própria imagem e semelhança, e os outros estados individuais. Na versão de Arrighi, entregues principalmente ao longo do século XX, os ciclos hegemônicos são quatro: 1) o ciclo genovês-Ibérica, a partir do século XV ao início do século XVII; 2) o ciclo holandês, até ao final do século XVI ao meio da XVIII; 3) o ciclo britânico, a partir da segunda metade do século XVIII ao início do século XX; 4) o ciclo EUA, desde o final do século XIX até os dias de hoje.

⁵⁶ PALMEIRA SOBRINHO, Zéu. **Terceirização e reestruturação produtiva**. São Paulo: Ltr, 2008. p. 61.

Arrighi (1996b), ao analisar os quatro ciclos sistêmicos de acumulação capitalista, conclui que o capitalismo reproduz-se em ciclos de ascensão e crise. Para Wallerstein, as crises capitalistas ocorrem como se estivessem encaixando-se a uma crise maior que se enrola desde os tempos idos. Desse ponto de vista, o capitalismo se reproduz em ondas que se propagam ao longo dos períodos paulatinos em três momentos até então fruto de conjecturas. O primeiro momento de ruptura (1945-1955) já estaria consolidado e teria demorado aproximadamente 50 anos. Nesse particular, o autor invoca a percepção das ondas longas de Kondratieff como o ponto crítico dos anos que sucederam ao pós-guerra. O segundo momento contemplaria o período compreendido entre o início (1873) e o declínio do imperialismo norte-americano, algo que se consolidaria definitivamente nessas próximas duas décadas. Por fim, um terceiro momento seria marcado pelo colapso total do sistema de mercado, algo que estaria para ocorrer possivelmente no século XXII.

Não há uma receita para solucionar aludida crise estrutural, mas a maioria está cansada deste sistema, explorador e hierarquizado, talvez a solução fosse a implantação de um mundo solidário, fraterno, igualitário, em que haja outros valores que não a atribuição de preço a tudo, inerente ao sistema capitalista.

Em resposta à crise estrutural capitalista, bem como a crise do modelo fordista, surge a flexibilidade do processo de trabalho, tanto *interna corporis* na empresa, como externamente (a terceirização hoje conhecida).

Masi acredita que com os enfrentamentos sociais, estamos em uma verdadeira crise teórica, pois não temos elementos para explicar o presente e nem para conter os efeitos sociais futuros⁵⁷:

A fase que estamos atravessando atualmente é caracterizada por uma grande crise desse e de muitos outros modelos teóricos: quer dizer, difundiu-se a justificada consciência de que as visões do mundo com as quais nos orientamos no passado são insuficientes para explicar o presente e antecipar o futuro.

Embora haja a crise teórica acima, visíveis são as transformações, a necessidade de repensar o sistema, de verificar a compatibilidade do Direito do Trabalho com os fatos sociais, e, por enquanto, cabível seria o uso do termo fase pós-industrial⁵⁸:

Parece até legítimo levantar a hipótese de que a sociedade pós-industrial, diferentemente das sociedades precedentes (que exploraram sucessivamente a caça, a criação, a agricultura, o mercado, a indústria), não se apoiará mais sobre um setor único, centralizado, mas sobre uma pequena rede de setores e fatores no mesmo nível de importância (a informação, a ciência, os serviços, a própria indústria etc.). Por consequência, não estamos nem em condição de dar um nome preciso a essa mudança de época, de que, entretanto, percebemos o imenso alcance. É por isso que

⁵⁷ MASI, 2001, p. 132.

⁵⁸ MASI, 2001, p.136.

eu prefiro usar ainda o termo ‘pós-industrial’: um nome que não ousa dizer o que seremos, mas se limita a recordar o que já não somos.

O que se percebe é que em todas as fases de produção, seja rural, seja industrial ou pós-industrial, a existência de exploração de mão-de-obra é sempre existente, a depender do local e do momento mais ou menos acentuada, e com formatos diferentes a depender da época.

Em uma sociedade capitalista, como é a nossa, a exploração de mão-de-obra produz exclusão e desigualdade social, bem como crescente pobreza, logo importante é o controle social neste particular.

Outro motivo de crise da sociedade do trabalho é o fato de o movimento do capital ser desterritorializado e o movimento do trabalho ser territorializado. O que significa dizer também que um fator de precarização do trabalho é a desterritorialização do capital, pois a classe operária possui normas protetivas, aptas a conter os efeitos territorializados, mas não os desterritorializados, ou seja, utilização de remédios jurídicos ineficientes para os problemas enfrentados.

O trabalho é a condição fundamental de toda vida humana, estando inserido na categoria dos direitos humanos, podendo inclusive afirmar-se que o homem é o resultado de seu trabalho, logo o Direito e os Tribunais, no particular os Trabalhistas, possuem o papel importantíssimo de assegurar as expectativas de inclusão social de uma sociedade solidária, e isto só é possível com a contenção dos malefícios do capital em desfavor da força de trabalho, havendo assim a necessidade de um Direito Laboral forte e eficiente.

Como destacado acima, as novas feições das relações de trabalho inseridas em uma fase pós-industrial, decorrentes de um capitalismo cada vez mais selvagem, demonstrada pelos novos processos produtivos, no que diz respeito como, quem e onde produzir, novas modalidades contratuais para aumento da produção e redução dos custos, progresso tecnológico desenfreado, fenômeno da flexibilização, vêm se demonstrando de tal forma, que o Direito do Trabalho pátrio e alienígena não respondem mais satisfatoriamente, isto é, de forma protecionista; em muitos casos, havendo a necessidade de uma releitura do Direito do Trabalho, como aplicação de normas internacionais, muitas das vezes da aplicação de institutos de outras searas jurídicas, havendo inclusive doutrinadores que já discutem uma crise dogmática e se realmente há autonomia do Direito do Trabalho, nesse sentido nos diz Maria do Rosário Palma Ramalho⁵⁹:

⁵⁹ RAMALHO, Maria do Rosário Palma. **Da autonomia dogmática do direito do trabalho**. Coimbra: Almedina, 2001. p. 09. .

Nas últimas décadas, esta situação mostra, contudo, sinais de inversão, tanto no que se refere ao valor fundamental de protecção e aos interesses conteúdos regulativos, como no que se reporta ao posicionamento do sistema na constelação jurídica global. O direito do trabalho parece ter dificuldade em resistir ao impacto de dois factores: o impacto das alterações económicas conjunturais e estruturais dos últimos anos; e o impacto da própria evolução do direito civil.

Atualmente, tendo em vista tantas transformações sociais, a considerável ausência de normas laborais para tratar de fatos específicos, as demasiadas formas de flexibilização, a mitigação do princípio da protecção, gera uma dimensão global da crise do Direito do Trabalho e a necessidade de reflexão, quanto à autonomia dogmática do Direito do Trabalho e a postura jurídica a ser adotada pelos operadores da seara laboral, o que interessa demasiadamente ao tema, uma vez que não há norma específica sobre terceirização e esse é um fenómeno económico, forma de flexibilização. Nesse sentido, refletimos sobre a obra de Maria do Rosário Palma Ramalho⁶⁰:

115. O princípio da protecção é posto em causa a vários níveis pelo processo de flexibilização: ao diversificar os vínculos laborais, a flexibilização põe em causa a meta da universalização da tutela laboral, porque cria uma fractura entre as normas aplicáveis aos trabalhadores típicos e aos restantes trabalhadores; ao admitir retrocessos nas posições adquiridas pelos trabalhadores, a flexibilização põe em causa a meta da progressividade irredutível; ao permitir a coexistência de níveis diversos de protecção, a flexibilização legitima a dúvida sobre o correcto direccionamento da tutela laboral, atingindo a justificação axiológica do princípio da protecção; e ao ponderar os interesses do empregador em algumas soluções normativas, a flexibilização contraria a lógica unilateral do sistema laboral como um sistema << em favor do trabalhador >>.

116. Porque colide com os valores tradicionais da protecção e da igualdade e confirma, no plano normativo, a crise de valores do direito do trabalho hodierno, que decorre da fragilidade do princípio da protecção, como sua valoração material fundamentalmente geral, e da aparente ausência de valores alternativos.

A doutrina juslaboral diverge quanto à posição enciclopédica do Direito do Trabalho, se publicista ou privada, pois embora se trate de uma relação contratual, diversas são as normas cogentes e inerente é o dirigismo estatal, por outra face, o que não se discute é o estado de hipossuficiência do trabalhador, o que não se pode olvidar, nessa perspectiva preleciona a doutrinadora lusitana Maria do Rosário Palma Ramalho⁶¹:

Antes de iniciarmos a apresentação destas duas concepções, cabe referir que elas têm em comum, para além do facto de assentarem as suas reflexões de forma quase exclusiva nos fenómenos laborais individuais e, mais especificamente, no problema da natureza jurídica do contrato e da relação de trabalho, a visão unilateral e proteccionista do direito do trabalho, que, como vimos, constitui o Leitmotiv do seu desenvolvimento sistemático – independentemente do entendimento subscrito quanto a lugar que deve ocupar no universo jurídico, o direito do trabalho é

⁶⁰ Ibid., p. 1025.

⁶¹ RAMALHO, 2001, p. 232. .

considerado como área do direito privado (ou entre o o direito privado e o direito público) vocacionada para a protecção dos trabalhadores dependentes.

Em matéria de direito laboral, há normas que não podem ser negociadas, pois importariam em renúncia, normas como pertinentes à medicina e segurança do trabalho, anotação em Carteira de Trabalho e Previdência Social, entre outras, ainda, que se aceite o carácter privado da seara laboral, como defende Maria do Rosário⁶²:

Por outro lado, as obrigações impostas pela lei ao empregador em matéria acidentária ou de condições de trabalho ou ainda no desenvolvimento do vínculo laboral, são justificadas como limitações ao princípio da autonomia privada na prossecução de interesses gerais ou públicos – na opinião de autores como BARASSI, os únicos com importância suficiente para se sobreponem à liberdade individual.

A autora continua ensinando que a protecção obreira existente nesta construção civilista do vínculo laboral não configura ofensa à isonomia jurídica⁶³:

Finalmente, esta construção civilista do vínculo laboral aceita a ideia de protecção do trabalhador, que inspira as normas laborais, como forma de compensação da sua inferioridade em sentido material e não em termos jurídicos, por não admitira contrariedade ao princípio da igualdade das partes nos negócios de direito privado – neste sentido se compreende a limitação tradicional do regime laboral de protecção não pelo estatuto jurídico do trabalhador mas pela sua situação económica, provada pelo *quantum* do seu salário.

A autora esclarece que a visão protetiva do trabalhador foi estabelecida em quadro económico diferente do atual, em uma economia industrial clássica, sugerindo assim que caberia uma releitura do princípio da protecção:⁶⁴

Apesar da ausência de uma reflexão global em matéria económica, é forçoso reconhecer que o direito do trabalho desenvolveu o seu objectivo proteccionista num quadro económico de certo tipo e com uma determinada perspectiva de evolução - uma economia de tipo industrial clássico, baseada em médias ou grandes unidades produtivas, com uma organização hierárquica complexa, envolvendo uma clara distribuição de funções e ocupando trabalhadores a tempo integral; e uma economia em situação de expansão, logo, capaz de sustentar as pretensões de melhoria progressiva mas irredutível da qualidade de vida dos elementos nela intervenientes. Ora, como é sabido, este quadro económico evoluiu profundamente nas últimas décadas, evolução esta que passou pela alteração de processos produtivos e de técnicas de gestão, pelo progresso tecnológico acelerado e pela estagnação de mercado de emprego.

Estas alterações tiveram repercussões imediatas no domínio laboral, pondo em causa a configuração tradicional da relação de trabalho e a pretensão de universalidade do sistema protectivo.

⁶² Ibid., p. 243. .

⁶³ Ibid., p. 243.

⁶⁴ RAMALHO, 2001, p. 9-10.

Como dito, o necessário é uma releitura do princípio da proteção dos valores juslaborais, o que por si só não significa que seria o caso de banir de nosso ordenamento aludido princípio ou aspectos axiológicos, como salientados por Maria do Rosário, no que condiz ao direito português, que serve também para o nosso⁶⁵:

118. Apesar da incipiência do processo de flexibilização no nosso país, o direito do trabalho português atravessa também uma crise de valores, porque a configuração garantística e universalizante do sistema normativo não corresponde à sua harmonia interna e se observa uma desadequação crescente do princípio da protecção.

119 . A falta de harmonia do sistema laboral português e a desadequação do princípio da protecção manifestam-se na proliferação de situações desviantes do modelo da relação laboral típica; nas práticas de fuga ao regime laboral, comprovadas no elevado número de fraudes na qualificação do negócio e no aproveitamento das normas laborais para conseguir objectivos vedados pela lei; na necessidade de missão de legislação laboral repressiva; e nas frequentes oscilações legislativas por que têm passado as matérias laborais socialmente mais sensíveis.

120. A crise axiológica do direito do trabalho português torna urgente a pesquisa de novas valorações materiais fundamentantes da área jurídica, alternativas ou concomitantes como o valor da protecção do trabalhador – ou seja, a dilucidação do problema da sua autonomia dogmática.

Quiçá fosse o caso de aplicar o princípio da protecção de forma diferenciada, considerando as novas realidades laborais, tendo em vista as novas formas de organização de trabalho, é o que sugere Maria do Rosário, quando trata das denominadas relações de trabalho atípicas⁶⁶:

Por um lado, desenvolveram-se novas formas de organização de trabalho que poucas afinidades têm com sua estrutura clássica, hierarquizada e compartimentada (constituição de pequenas sub-unidades produtivas horizontais, trabalho em grupo, pluralidade e rotatividade de funções e *job sahrning*). Por outro lado proliferaram relações de trabalho marginais, que a doutrina apelida usualmente, mas sem grande rigor de <<atípicas>> por não corresponderem ao modelo tradicional do trabalho a tempo inteiro, com integração plena na estrutura empresarial do credor/empregador; algumas destas situações são totalmente novas (como o trabalho temporário ou o trabalho por chamada) enquanto outras já existiam (como o trabalho no domicílio, o trabalho a termo ou o trabalho a tempo parcial), mas a sua frequência aumentou de tal modo que se torna obrigatório perguntar se a relação de trabalho clássica ou <<típica>> não terá perdido sua posição dominante no sistema.

Ainda que se aceite em sede de posição enciclopédica o Direito do Trabalho inserido como de direito privado, a verdade é que o dirigismo contratual sempre foi intenso nessa seara, ou seja, é um direito privado, mas sempre eivado de normas cogentes, como ocorre *mutatis mutandis* com o direito de família, sendo que com os fenômenos econômicos e por consecutório diante da flexibilização, o direito do trabalho vem se distanciando de seu inerente dirigismo contratual, aproximando-se cada vez mais das características do *pacta sunt*

⁶⁵ Ibid., p. 1026. .

⁶⁶ Ibid., p. 10.

servanda do direito civil, o que é demasiadamente perigoso para sua existência, raciocínio que se agrava, ainda mais quando se aceita que a natureza jurídica do direito do trabalho é de direito público, sobre esse assunto explana a autora Maria do Rosário⁶⁷:

Nesta conjuntura, é óbvia a constatação de que o direito do trabalho se encontra actualmente num momento crucial da sua existência: o ponto de partida da desigualdade das partes no negócio laboral é assumido como uma entre outras manifestações de uma hipótese geral do direito comum, perdendo a singularidade que classicamente lhe era reconhecida e que permitiu o desenvolvimento sistemático e autónomo da área jurídica; e o dogma do objectivo proteccionista, que orientou nesse desenvolvimento nas duas metas da progressividade e da universalidade, e que justificou historicamente o reconhecimento da autonomia dogmática, é posto em causa por razões económicas e jurídicas.

Há de se ter em mente a inseparabilidade da actividade labor com a pessoa do trabalhador, ou seja, o carácter subjetivo do contrato de emprego, sob pena de coisificação do trabalhador, o que torna a obrigação laboral distinta das demais existentes dos negócios jurídicos, estritamente civis, nesse sentido preleciona a doutrinadora lusitana⁶⁸:

Por outro lado, afirmação da inseparabilidade da actividade laboral relativamente à pessoa do trabalhador volta a <<subjectivar>> o objecto do negócio jurídico, o que conduz ou à recusa da qualificação obrigacional do contrato de trabalho e à sua caracterização como um vínculo de carácter pessoal- nesta perspectiva, considerada POTHOFF que o contrato não é obrigacional porque tem como objecto o próprio trabalhador, que coloca a sua pessoa ao serviço do empregador para que este a aproveite na sua organização – ou pelo menos, à reformulação da qualificação obrigacional através do aditamento de um elemento pessoal ao elemento patrimonial do vínculo – nesta óptica, entendem autores como MOLITOR, SINZHEIMER, RICHTER OU NIKISCH, que o contrato de trabalho contém um elemento obrigacional (a promessa de prestação da actividade laborativa e a promessa de remuneração), e um elemento pessoal, que consiste na colocação do trabalhador à disposição do empregador para que este possa aproveitar sua energia laborativa.

A autora continua utilizando-se do termo pessoalidade para exprimir esse carácter particular do contrato de emprego, diferenciador dos demais contratos civis, que expressa a subjetivação do objeto do negócio jurídico, tutelado pelas normas juslaborais⁶⁹:

De todo o modo, em qualquer um desses entendimentos a conjugação dos elementos da pessoalidade e da dependência permite distinguir o contrato de trabalho (em sentido estrito) das outras modalidades negociais envolvendo uma actividade laborativa – *verbia gratia*, as outras formas do contrato de serviço e o contrato de empreitada. (...) admitir que numa relação de direito privado, a posição jurídica das partes não é idêntica e que o prestador de serviço integra, com a sua pessoa, o objecto do contrato, é, afinal, pôr em causa o princípio da igualdade e o princípio da liberdade, que constituem os pilares do direito privado.

⁶⁷ RAMALHO, 2001, p.13. .

⁶⁸ Ibid., p. 250-251.

⁶⁹ RAMALHO, 2001, p. 252. .

De tal modo, o que se nota e o que deve nortear em todo o presente trabalho é a condição humana do trabalhador, logo se faz mister a sua proteção, pois tendo o negócio jurídico esse caráter pessoal (que não se confunde com o requisito pessoalidade para a formação do contrato de emprego), ou seja, a pessoalidade do vínculo justifica sua autonomia em relação ao Direito Civil, devendo, assim, ser tratado por um regime jurídico diferenciado, o mesmo entendimento é encontrado na obra de Maria do Rosário⁷⁰:

Por um lado, o isolamento conceptual da figura do contrato de trabalho, a partir das ideias da dependência e do envolvimento pessoal do trabalhador na prestação, facilita a sua subtração à lei civil, tornando desnecessária a justificação casuística das particularidades do seu regime jurídico e facilitando a articulação global entre as normas laborais e as normas civis: as normas de favorecimento do trabalhador (em matéria de acidentes de trabalho, invalidade do contrato, de limitação da responsabilidade contratual do trabalhador e de acréscimo do debito negocial do empregador, através dos deveres de assistência) deixam de ter que ser justificadas, caso a caso, como desvios ao regime dos negócios obrigacionais porque a natureza pessoal do vínculo dispensa à partida tal comparação e porque a ideia de dependência favorece uma justificação genérica de base teleológica – o objectivo de compensação da inferioridade do trabalhador. Da mesma forma, as restrições à liberdade de estipulação no contrato de trabalho, para a protecção do trabalhador, são justificadas genericamente pela pessoalidade do vínculo em nome da necessidade de assegurar a dignidade da vida do trabalhador, que pode ser especialmente afectada pelo envolvimento da sua personalidade na relação.

O que se adianta desde já no presente trabalho, e que se quer pugnar, é que a terceirização não deve ser banida em nome do princípio protecionista, pois esse deve acompanhar as novas estruturas de produção, e sim deve ser mantida em nosso ordenamento, devidamente regulamentada, com feições de solidariedade social, isto é, não afastar o princípio da proteção (deixar o empregado à mercê), bem como não é aplicar o princípio em absoluto (vedar as terceirizações, destaque-se mesmo em se tratando da atividade fim) é aplicar o princípio da proteção de forma a se coadunar com as novas realidades sociais, é aplicar um direito do trabalho autônomo com regras que vão além das civilistas, ou seja, é estabelecer uma solidariedade jurídica, econômica e social entre as empresas envolvidas na cadeia de produção ligadas pelo fenômeno da terceirização.

Como já asseverado, anteriormente, o Direito e os Tribunais, em especial os Trabalhistas, possuem papel importantíssimo a assegurar as expectativas de inclusão social de uma sociedade solidária.

E tendo em vista que a economia demonstra um contexto de globalização de mercados, no qual há a busca incessante pela prevalência nas concorrências, pelo lucro e

⁷⁰ Ibid., p. 254.

pelariqueza, principalmente firmada em uma política empresarial de diminuição de custos, os pontos mais atingidos são a erosão de direitos laborais, aumento de desemprego estrutural, fazendo com que os trabalhadores percam seu estatuto de cidadania.

Em outras palavras, o que se quer afirmar é que trabalho sustenta a cidadania, e quando possui a dignidade esperada retira o aspecto de penosidade existencial humana, afasta as exclusões sociais e proporciona a autoestima a cada uma das pessoas.

O trabalho digno proporciona a sociabilidade democrática, proporciona liberdades de escolha, logo proporciona justiça.

Não há como se esperar desenvolvimento humano de uma sociedade que não possui trabalho digno, sendo que trabalho digno é aquele eivado de um patamar mínimo de direitos, um verdadeiro núcleo duro, como é o caso dos direitos previstos no art. 7.º da Carta Constitucional.

Uma sociedade carente de trabalho digno, provavelmente possui privações de liberdade, e sendo liberdade de escolha condição de desenvolvimento humano e por consectário de Justiça, como bem destaca Amartya Sen, uma sociedade carente de trabalho digno é uma sociedade que não proporciona Justiça.

1.4 Da provável visão dos autores clássicos da sociologia em relação ao fenômeno da terceirização: sob a acepção de Marx, Weber, com destaque para a de Durkheim

Tendo em vista a importância de Marx, Weber e Durkheim para a sociologia no que condiz ao fornecimento de respostas para a humanidade nos dias atuais em seus aspectos econômico, político e cultural, com base em suas teorias explicativas da transição da sociedade tradicional até a modernidade, com destaque para a compreensão sociológica acerca do capitalismo, faz-se, na presente pesquisa, uma retomada teórica dos pensamentos dos aludidos autores, como veriam os fenômenos da terceirização, brevemente no que pertine a Weber e Marx, e mais detalhadamente no tangente à Durkheim.

Nesta esteira, oportuno é destacar que se tenta promover uma leitura da terceirização com olhos voltados às teorias construídas pelos referidos autores, ou seja, é pensar na terceirização e imaginar o que provavelmente diria citados autores acerca do objeto ventilado na presente pesquisa.

Inicialmente no que se refere a Marx, esse entenderia a terceirização com olhar da lógica do capital, assim como no que tange a todos os fenômenos da modernidade⁷¹.

A terceirização seria mais um fenômeno decorrente da crise do capitalismo, como mais uma forma de aumentar a taxa de mais valia.

Destacaria que em razão da busca excessiva da acumulação de capital, em um certo momento, proporciona-se o efeito contrário com a redução da taxa de lucro e com a superação do capital constante em detrimento do capital variável.

Diante da redução da taxa de lucro a primeira saída é exploração de mão de obra com a criação de novas formas de produção (*in exemplis* a terceirização).

A terceirização para Marx, em sentido dialético seria a expressão clara de desigualdade social *versus* a igualdade jurídica.

Para ele, sendo o capitalismo um sistema marcado pela autodestrutividade e pela contradição existencial de capital valorização e capital desvalorização, a terceirização seria mais uma forma de aumentar a taxa de mais valia de forma a sustentar os impactos prejudiciais ao capitalismo, *in exemplis* o excesso de acumulação, causadores da diminuição da taxa de lucro.

No que diz respeito a Weber, a aceção quanto à terceirização partiria da racionalização e do desencantamento do mundo, pois para ele a modernidade é resultado de um processo social e histórico de racionalização baseado na ciência e na técnica.

Considerando que para Weber predominava o racionalismo da dominação do mundo, o capitalismo, ao menos no que tange à civilização ocidental, marcaria-se por seu caráter eminentemente racional, como se percebe em sua obra *A ética Protestante e O Espírito do Capitalismo*, não diferente seria quanto à terceirização, que também faria parte do próprio espírito do capitalismo, representado por uma vida ascética que chancelaria a busca incessante pela riqueza, como se mandamento fosse descompromissado com qualquer divindade de forma a encontrar a salvação, que para Weber não deixava de ser um modo ético de vida, todavia, gera um mundo desprovido da perda de liberdade e do porquê da vida.

Nessa esteira a modernidade seria um mundo eivado de previsibilidade e calculabilidade sem magia, sem dúvidas, todavia desprovido de sentido, como prelecionou Alves.⁷²

⁷¹ No mesmo sentido prelecionou Giovanni Alves, 2001, p. 161.

⁷² No mesmo sentido prelecionou Giovanni Alves, 2001, p. 145.

Em outras palavras a terceirização para Weber faria “parte do jogo”, algo inevitável, decorrente do espírito capitalista, em total desencantamento do mundo.

Por sua feita Durkheim, utilizando-se do método funcionalista provavelmente, veria o fenômeno da terceirização como um mau funcionamento da interdependência de funções e quebra da solidariedade social.

Durkheim estabelecendo contraposição entre a unidade social e as patologias sociais existentes, concluiria que em matéria de terceirização se a divisão do trabalho não produz solidariedade social é devido à ausência de regulamentação adequada, vislumbrando-se assim a anomia.

E a anomia se resumiria em o desvio da direção natural da divisão do trabalho, ou seja, o desvio da solidariedade.⁷³

Concluiria Durkheim que o excesso na liberdade contratual em matéria de terceirização gera a desagregação social, e que a idéia de individualidade não merece prosperar, que a solução da modernidade seria a valorização do homem, não em seu sentido egoístico, e sim a valorização do homem como ser humano, tendo a sociedade o dever de fortalecer os laços de fraternidade e solidariedade em prol da coesão social.

De tal forma, no que se relaciona a Durkheim, gize-se referencial teórico utilizado, o tratamento será diferenciado, com maior detalhamento, destaque-se sem querer diminuir a importância das teorias de Marx e Weber, pois dos autores clássicos mencionados Durkheim, é o mais legítimo a se utilizar no caso, pois foi quem tratou sobre solidariedade, fraternidade e estado de anomia, temas constantemente ventilados na presente pesquisa, o que se percebe doravante.

1.5 Da terceirização e da anomia social

Em matéria de terceirização de mão-de-obra, objeto de estudo na presente pesquisa, não se tem, em nosso ordenamento jurídico, uma legislação específica, havendo, assim, uma verdadeira anomia social.

Há projetos de lei pertinentes à matéria e muitos dispositivos dos projetos existentes são suscetíveis de críticas, diversas são as discussões acerca de como se deve posicionar o ordenamento jurídico, no pertinente às terceirizações, alguns chegam a defender a necessidade

⁷³ No mesmo sentido prelecionou Giovanni Alves, 2001, p. 149.

de vedação da terceirização, assuntos que serão tratados em linhas futuras no presente trabalho.

Os impactos causados pela pós-modernidade e pela globalização da economia do mundo do trabalho fazem com que a classe empreendedora da sociedade aceite com maior acolhimento a ideia de flexibilização (*in exemplis* a terceirização) e desregulamentação.

Como já dito anteriormente, o Direito possui um papel de controlador social, satisfaz as urgências sociais, afasta a desorganização social, resolve os conflitos de interesse, no escopo de promover a efetiva socialização, por consectário o completo enquadramento social.

A terceirização, em regra, produz a precariedade das condições de trabalho, proporciona condição de anormalidade social, pois fere valores e normas constitucionais dominantes e se isso ocorre é em razão da incapacidade do ordenamento jurídico em reproduzir satisfatoriamente o controle social.

O dicionário Aurélio considera *anomia* como: “S.f. Ausência de leis, de normas, ou de regras de organização”⁷⁴.

A riqueza deve ser bem produzida e bem distribuída, pois caso contrário causa enfermidades sociais, trazendo prejuízo à sociedade.

A *anomia social* é um estado de anormalidade, que a sociedade pode se apresentar pelos seguintes motivos: a) a desorganização social não proporciona vinculação social; b) não proporciona rigidez estrutural; c) há um embate de normas, gerando dúvidas nas hipóteses sociais, em qual conduta social a ser seguida; d) ausência de norma, o que traz total insegurança social, e em matéria laboral, exploração de mão-de-obra, pobreza e quebra de solidariedade social; e) descompasso entre os objetivos sociais e os meios sociais proporcionados, para que se alcance aludidos escopos.

O empresário, quando terceiriza a produção de alguma atividade que entende ser secundária, ou ainda, quando terceiriza atividade de produção, que é da essência de sua empresa, de forma a especializar a produção, quer diminuir suas responsabilidades laborais, tributárias, cíveis, entre outras e esse isolamento na produção de forma seccionada, proporciona também um distanciamento da noção de conjunto social. A empresa tomadora quer vislumbrar o lucro sem uma “gota” de preocupação com a insolvência da prestadora e quais os efeitos sociais que isso irá proporcionar, aliás, fruto dos ideais capitalistas, distanciando-se da solidariedade que a sociedade necessita.

⁷⁴ FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo dicionário Aurélio da língua portuguesa**. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Nova Fronteira S.A., 1986. p. 126.

Para a segurança social, deve-se manter um crescimento econômico com parâmetros sociais, estar bem delineado o que a sociedade espera de cada um, a determinação de colaboração mútua entre os membros da sociedade, a certeza de recebimento na contraprestação pelos serviços prestados, a possibilidade de se alcançar os valores sociais estabelecidos como socialmente devidos.

No caso de terceirização, são muitos os empregados que prestam serviço e não recebem seus créditos trabalhistas ou ainda trabalham em condições ofensivas às normas de medicina e segurança do trabalho, o que gera um estado de depressão econômica para esta massa de trabalhadores, pois não conseguem atingir os níveis de vida estabelecidos, como ideais pela sociedade, sendo a relação de trabalho, que é uma verdadeira “panela de pressão”, que se não bem operada, cedo ou mais tarde explode, pois a insatisfação pode gerar criminalidade, evasão social, rebeliões sociais, estado psicológico depressivo nas pessoas integrantes na sociedade, entre outros efeitos maléficis.

A *anomia social* deve ser encarada com muita seriedade, pois pode inclusive gerar suicídios, Durkheim preleciona com maestria o fato de *anomia social* ser grande responsável por suicídios⁷⁵:

O que a constitui são as correntes de egoísmo, de altruísmo ou de anomia que atuam dentro da sociedade (em consideração) com as tendências para a melancolia langorosa ou para o renunciamento ativo ou para a lassidão exasperada, consequência daquelas. São estas tendências da coletividade que, penetrando nos indivíduos, o levam a matar-se.

Não se quer, no presente trabalho, criar obstáculos ao desenvolvimento econômico, à produção, aos atos empresariais, o que se quer é frisar a função social da atividade econômica do ato empresarial.

Em uma sociedade deve se dosar elementos como individualidade, altruísmo e toleráveis estados de anormalidade social; a pessoa está pronta para abrir mão de parte de suas vontades em nome da coletividade, mas não está preparada para sacrificar todas as suas vontades e personalidade, ainda mais quando esse sacrifício está nitidamente em favor de uma minoria, o que para Durkheim pode inclusive levar ao suicídio⁷⁶:

Não há ideal moral que não alie, em proporções que variam consoante as sociedades, o egoísmo, o altruísmo e uma certa anomia. Porque a vida social pressupõe simultaneamente que o indivíduo tenha uma certa personalidade de que estará pronto a abdicar se a comunidade assim o exigir e que seja de certa forma receptivo a ideias de progresso. E por isso que não existe nenhum povo em que

⁷⁵ DURKHEIM, Émile. **O Suicídio**. São Paulo: Abril S. A. Cultural, Editor: Victor Civita, 1983b. p.185.

⁷⁶ DURKHEIM, 1983b, p. 199.

não coexistam estas três correntes de opinião que solicitam o homem em três direções divergentes até mesmo contraditórias. Quando estas três correntes se compensam mutuamente, o agente moral encontra-se num estado de equilíbrio que o preserva de qualquer ideia de suicídio. Mas, se uma delas ultrapassar um certo grau de intensidade em prejuízo das outras, tronar-se-á, ao individualizar-se e pelas razões expostas, suicidogênea.

Por mais que uma sociedade possua normas de condutas eficientes e bem estruturadas, sempre haverá pessoas que irão se desviar das condutas pretendidas socialmente.

O comportamento social anômico e desviante irá variar de intensidade de sociedade para sociedade, a depender da efetividade do controle social e do estado de tolerância do membros sociais, com eventuais inefetividades por parte dos controles sociais.

No âmbito laboral, o que se espera é ter condições mínimas de trabalho, de forma que se possa satisfazer as necessidades individuais e estar dessa forma inserido no meio social, todavia quando o trabalho somente proporciona dispêndio físico ou mental, sem a contraprestação esperada, a massa de trabalhadores se sente excluída, desorientada, de tal forma o trabalho, que é um meio social de inserção, não alcança esse escopo socialmente esperado, o que desencadeia um estado de anomia, causando vários malefícios, condutas anômicas de diversas gravidades, inclusive em alguns casos levando alguns trabalhadores à criminalidade, à depressão e ao suicídio.

Logo é necessário que se afaste uma sociedade de um quadro anômico, que se promovam mudanças sociais, mudanças no ordenamento jurídico, na distribuição de riquezas, proporcionando-se uma sociedade igualitária, fraterna, solidária, com eliminação das exclusões sociais, com investimento em educação, incentivo às ações afirmativas e a promoção de empregos.

Há de se ter em mente que trabalho é elemento imprescindível no escopo de inserção social, é elemento organizador da vida social, mas para isso é necessário que esse trabalho não seja mero instrumento de exploração de mão-de-obra.

1.6 Da solidariedade orgânica de Durkheim e a terceirização

Para a análise do fenômeno terceirização e como forma de supedâneo a fulcrar o argumento de necessária solidariedade social e por consectário a necessidade da solidariedade jurídica, trazem-se à baila as considerações sociais feitas por Durkheim tangentes ao trabalho.

A solidariedade é veemente pugnada por Durkheim, sendo inclusive elo entre a consciência coletiva e a individual como forma de coesão social.

Para Durkheim, há duas modalidades de solidariedade: a mecânica e a orgânica, destacando-se, desde já, que essa última é a necessária em sede de terceirização, de forma que se fundamente uma solidariedade jurídica entre os participantes da terceirização.

Na solidariedade mecânica, há uma identidade entre a consciência individual e do grupo, formando-se o vínculo social, diminuta nesse caso a Divisão do Trabalho Social, sendo repressivo o direito, de forma a se estabelecer a coesão social nos casos de desvios sociais e ratificar a identidade de consciência existente.

Por outra faceta, a solidariedade orgânica é oriunda de intensa Divisão do Trabalho Social, a diferença entre seus componentes faz com que a interdependência seja maior, a aproximação social é intensa por uma questão de satisfação das necessidades que isoladamente o indivíduo não consegue alcançar. O elo de aproximação social, nesse caso, é o interesse pela cooperação alheia, ou seja, a necessidade pelo trabalho do próximo, logo a cooperação efetiva é o requisito para que se mantenha essa coesão social.

As sociedades complexas devem estar eivadas de solidariedade orgânica, pois para Durkheim, essas se comparam a organismos vivos, formados por órgãos distintos, com funções distintas, sendo que para o perfeito funcionamento orgânico é necessária a cooperação entre os órgãos e a consciência de interdependência entre eles.

Uma sociedade bem estruturada utiliza-se da divisão do trabalho social de forma a proporcionar uma perfeita solidariedade orgânica.

A terceirização de mão-de-obra, nos moldes em que vem ocorrendo corriqueiramente, sem um controle social adequado, até mesmo porque não há lei específica, como já mencionado, contempla o processo de precarização e a precariedade dos direitos laborais, algumas empresas são agraciadas pela riqueza proporcionada pelo resultado final da cadeia de produção, enquanto muitos trabalhadores que colaboraram com o suor de seu trabalho, para aludido resultado, não recebem a contraprestação por essa colaboração, sendo ultrajados em seus direitos laborais, havendo assim a quebra de solidariedade social, nos moldes apresentados por Émile Durkheim, ou seja, a cooperação entre os entes sociais não existe embora estejam intimamente ligados na cadeia de produção.

Os membros da sociedade necessitam ter em mente a ideia de reciprocidade, de reconhecimento do direito alheio, de fraternidade e de solidariedade talvez esta seja a única forma de se conseguir uma sociedade de satisfação plena, conforme expõe Durkheim⁷⁷:

⁷⁷ DURKHEIM, Émile. **Da divisão do trabalho social**. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 97. .

Na realidade, para que os homens se reconheçam e se garantam mutuamente direitos, é preciso em primeiro lugar que se amem, que, por alguma razão, se apeguem uns aos outros e a uma mesma sociedade de que fazem parte. A justiça é cheia de caridade, ou, para retomar nossas expressões, a solidariedade negativa nada mais é que uma emanção de outra solidariedade de natureza positiva: é a repercussão na esfera dos direitos reais de sentimentos sociais que vêm de outra fonte. Portanto, ela nada tem de específico, mas é o acompanhamento necessário de toda espécie de solidariedade. Ela se encontra necessariamente onde quer que os homens vivam uma vida comum, resulte esta da divisão do trabalho social ou da atração do semelhante pelo semelhante.

Em uma cadeia de produção, é necessário existir uma divisão de trabalho, que em seu estado de normalidade deve trazer benefício a todos os seus membros, ou seja, há uma soma de esforços laborais para que se alcance um determinado produto final, e para tanto, faz-se mister a cooperação de todos os participantes, bem como é imprescindível um elo de solidariedade entre cada um dos sujeitos integrantes, de forma que se alcance um organismo social perfeito.

Na cadeia de produção exteriorizada pelo fenômeno da terceirização, há uma sequência de contratos de trabalho que se interagem formando uma relação laboral triangular, de forma que as relações contratuais se confundem, ou seja, no caso de terceirização, o contrato de trabalho deve ser analisado com abrangência subjetiva estendida (o contrato não produz efeitos apenas no que tange às partes contratantes), todos os envolvidos são responsáveis pelo processo e resultado da produção, mas todos também deveriam ser responsabilizados solidariamente pela satisfação dos deveres laborais, não se podendo olvidar, considerando a natureza contratual existente, que é indispensável a cooperação entre todas as partes envolvidas, conforme destaca Durkheim⁷⁸:

De fato o contrato é, por excelência a expressão jurídica da cooperação (...) De resto, eles são raríssimos, pois só excepcionalmente os atos de beneficência se enquadra na regulamentação legal. Quanto aos outros contratos, que são a imensa maioria, as obrigações a que dão origem são correlatas ou de obrigações recíprocas, ou de prestações já efetuadas. O compromisso assumido pela outra, ou de um serviço já por esta última. Ora, essa reciprocidade só é possível onde há cooperação, e esta, por sua vez, não existe sem a divisão do trabalho. Cooperar, de fato, é dividir uma tarefa comum.

Nota-se que quanto às normas repressivas, há uma consciência coletiva maior, um repulso social mais acentuado, já no tangente às normas restitutivas estão mais ou menos fora da consciência coletiva ou comum, todavia o desprestígio da norma pode causar prejuízo a todos os membros da sociedade, por via oblíqua alcançar sujeitos que não estejam diretamente ligados ao compromisso avençado, pois a norma de direito privado é de uso de todos e de

⁷⁸ Ibid., p. 100.

reflexos difusos, por isso que quanto à norma restitutiva, deve sempre existir uma sociedade estruturada, pronta a intervir, a fim de se compelir que se cumpram as obrigações assumidas e arquem com suas responsabilidades.

E quando a sociedade se exime de intervir, há uma verdadeira quebra de cooperação, gerando a *anomia social*, e em se tratando de trabalho, há o rompimento da divisão do trabalho social, e por consectário da solidariedade social.

Neste sentido Durkheim esclarece⁷⁹:

Portanto, todo contrato pressupõe que, por trás das partes que o estabelecem, há a sociedade pronta para intervir a fim de fazer respeitar os compromissos assumidos; por isso, ela só presta essa força obrigatória aos contratos que, por si mesmos, têm um valor social, isto é, que são conformes às regras do direito. Veremos inclusive que, por vezes, sua intervenção é ainda mais positiva. Portanto, ela está presente em todas as relações que o direito restitutivo determina, inclusive naquelas que parecem mais o mais completamente privadas, e, mesmo que não seja sentida, sua presença, pelo menos no estado normal não é menos essencial.

Já que as regras com sanção restitutiva são estranhas à consciência comum, as relações que elas determinam não são das que atingem indistintamente todo o mundo; ou seja, elas se estabelecem imediatamente, não entre o indivíduo e a sociedade, mas entre as partes restritas e especiais da sociedade, que ligam entre si. Por outro lado, porém dado que esta não está ausente dessas relações, é necessário que esteja mais ou menos interessada nelas, que sinta seus reflexos. Então, segundo a vivacidade com que os sente, intervém mais ou menos de perto e mais ou menos ativamente, por intermédio de órgãos especiais encarregados de representá-la. Essas relações são, portanto, bem diferentes das que o direito repressivo regulamenta, pois ligam diretamente e sem intermediário a consciência particular à consciência coletiva, isto é o indivíduo à sociedade.

O rumo que está se tomando em matéria de terceirização, de acentuadíssima especialização em organização de produção, o que aproxima as partes envolvidas pela necessidade da mão-de-obra prestada pelo outro, o que em tese deveria proporcionar maior coesão social, por outro lado o que ocorre é que o empreendedor final afasta de seus cuidados toda atividade secundária e em muitos casos inclusive as nucleares em matéria trabalhista, fazendo com que cada vez mais haja a quebra da coesão social.

A sociedade deve se preocupar com as sanções restitutivas em matéria de terceirização, ainda que aludida preocupação não faça parte da consciência de todos, e para tanto deve existir uma ideia de obrigação e responsabilidade solidária tanto no sentido social como jurídico.

A terceirização não deve ser vedada por completo, pois é um fenômeno inevitável, e tem sua faceta boa, como gerar novos postos de trabalho, trazer qualidade produtiva, visto seu

⁷⁹ DURKHEIM, 1999, p. 89.

caráter de especialização, bem como contribuir para impulsionar a economia, todavia o formato de terceirização hoje existente carece de regulamentação específica, pois sua utilização é inadequada, os fins buscados são na maioria das vezes fraudulentos, logo o ponto nodal seria se estabelecer uma solidariedade entre os membros participantes da terceirização, sendo despidendo para tanto a análise de se tratar de atividade-fim, como já dito, termo que não é inequívoco, pois seja atividade-fim, seja atividade-meio, todas as atividades se tornam importantes se tivermos em mente a ideia de divisão do trabalho social e solidariedade social, eivada de um espírito de cooperação, o que intensifica a fiscalização de todos os envolvidos quanto ao cumprimento das normas laborais, ou seja, aceitando-se a solidariedade jurídica, tangente às obrigações e responsabilidades, haverá maior estímulo para que as empresas tomadoras diligenciem e fiscalizem se realmente as obrigações laborais estão sendo cumpridas pelas terceirizadas.

A terceirização, nos moldes que vem ocorrendo atualmente, não contribui para o bom funcionamento do organismo social, distancia-se da ideia de solidariedade orgânica, pois inexistente cooperação das empresas beneficiadas pela produção para com os trabalhadores, logo se coloca em risco a perfeita coesão social.

1.7 Da precarização do trabalho decorrente da terceirização

A terceirização não se vislumbra como fenômeno novo, pois enquanto forma de organização produtiva é denotada desde o século XVIII, pois há notícia que desde a primeira fase do capitalismo industrial, tendo em vista o intuito do empreendedor de adquirir força de trabalho a menor preço, ou seja, “(...) comprar trabalho do mesmo modo como ele adquiria matérias-primas: como uma determinada quantidade de trabalho, completa e incorporada no produto”, conforme destaca Harry Braverman⁸⁰, havendo assim desde aquela época subcontratações, *in exemplis*, trabalhos domiciliares no setor de tecelagem e os fiandeiros encarregados da maquinaria e recrutação de pessoal.

No Brasil os maiores impactos da terceirização se deram no século XX e persistem até os dias atuais.

⁸⁰ BRAVERMAN, Harry. **Trabalho e capital monopolista: a degradação do trabalho no século XX**. Rio de Janeiro: Guanabara, 1974. p. 62.

De tal forma, a terceirização é uma relação laboral trilateral, pois o trabalhador labora diretamente na produção do tomador, sem qualquer vínculo empregatício com esse, mantendo relação de emprego apenas com a empresa interposta.

A atual e acirrada discussão é se terceirização seria sinônimo de precarização laboral, em toda a sua plenitude. Com a expansão da cadeia de produção, caso não exercido o controle social adequado, o resultado certo é a difusão dos processos de trabalhos precários.

Para alguns autores, sejam sociólogos, *in exemplis*, Ricardo Antunes ou juristas como Grijalgo Coutinho e Magda Biavaschi, a terceirização é uma figura teratológica e deveria ser vedada por nosso ordenamento jurídico, pois para eles é uma porta de entrada para a precarização dos direitos laborais e meio de ofensa a dignidade e aos direitos humanos do trabalhador.

Muitos são os estudos e pesquisas que demonstram que a terceirização vem sendo utilizada como recurso de minimização dos direitos laborais, como por exemplo, as pesquisas realizadas por Márcia de Paula Leite no setor metalúrgico e textil, por Maria da Graça Druck no setor petroquímico, por Liliana Segnini no setor bancário, por Robert Castel, bem como os documentos do DIEESE e do MTE.

Leite⁸¹ constatou que as terceirizações no setor automobilístico proporcionam aos empregados terceirizados empregos instáveis, precários, com menores exigências de qualificação (pois a dedicação é em regra a parte do processo produtivo de menor valor agregado), destacando a autora que o grau de escolarização do trabalhador nesse caso é indiferente para a produção dos aludidos efeitos de precarização.

Leite⁸² conclui que o corriqueiro processo de terceirização afasta o labor das empresas confeccionistas, deslocando acentuadamente para as oficinas, que em regra são informais, com baixos salários, sem qualificação e alto índice de doença ocupacional.

Destaca a autora acima que o ato empresarial dominante no setor é a distribuição, logo as confeccionistas em busca de maior lucratividade repassam a produção para as oficinas de costura que trabalham em nível precário; de acordo com informações coletadas em sua pesquisa o valor de um produto acabado custa a metade do preço se eventualmente tivesse a tomadora que produzir *interna corporis*.

⁸¹ LEITE, Márcia de Paula. **O trabalho em movimento**: reestruturação produtiva e sindicatos no Brasil. Campinas: Papirus, 1997. p. 65-68.

⁸² LEITE, Márcia de Paula. Tecendo a precarização: gênero, trabalho e emprego na indústria de confecções de São Paulo. In: ENCONTRO ANUAL DA ANPOCS, 28, 2004, Caxambu, MG. [Anais]. CD- ROM. 2004. p. 1-30. p.10-19.

Noticia a autora, em conformidade com a pesquisa acima feita, que a intenção no setor é a terceirização plena de forma que a empresa confeccionista fique apenas com o desenvolvimento do molde.

Por sua vez Druck,⁸³ por meio de suas pesquisas, no tangente ao setor petroquímico, constatou que a terceirização no setor não se atém somente no que pertine às atividades secundárias, atinge também as atividades nucleares, como manutenção e produção, trazendo fragmentação e informalização, bem como o enfraquecimento no que tange à representação sindical.

Na mesma pesquisa, Druck⁸⁴ também constatou que as empresas terceirizadas fornecedoras de equipamentos são, algumas delas, constituídas por ex-empregados.

Concluiu Druck,⁸⁵ conforme os dados levantados, que os motivos mais justificantes da terceirização para as empresas são a redução de custos, a redução do quadro de pessoal e a diminuição da representatividade sindical profissional.

Por sua feita, Segnini⁸⁶ conclui em sua pesquisa que a terceirização no setor bancário a cada dia se acentua, havendo inclusive terceirização de atividades consideradas bancárias, sendo que bancários qualificados, uma vez desempregados são contratados pela empresa terceirizada, todavia com direitos reduzidos se comparados quando laboravam para a tomadora.

No presente trabalho, comunga-se que no formato legal hoje existente a terceirização é sinônimo de precarização e precariedade; *mutatis mutandi*, considerando o termo tributário, e trazendo para seara trabalhista, a terceirização é uma verdadeira elisão laboral, na qual o empreendedor se utiliza de contratações duvidosas escudadas do termo atividade-meio o qual não é inequívoco (que na verdade na maioria das vezes são atividades-fim), de forma a não quitar créditos trabalhistas que deveriam ser de obrigação e de sua responsabilidade e muitas das vezes consegue se eximir de suas obrigações, sob o pseudo manto da legalidade.

O que se nota é que a terceirização é mais um modo de organização empresarial, de modo a manter a competitividade e reduzir custos da produção, a qual consiste na

⁸³ DRUCK, Maria da Graça. **Terceirização:** (Des)Fordizando a fábrica, um estudo do complexo petroquímico. São Paulo: Boitempo, 1999. p. 193.

⁸⁴ Ibid., p. 128-129.

⁸⁵ Ibid., p. 197.

⁸⁶ SEGNINI, Liliana. Educação, trabalho e desenvolvimento uma complexa relação. **Revista Trabalho & Educação (UFMG)**, Belo Horizonte, v. 6, p. 14-47, 2000.

descentralização ou desverticalização da produção, seja de atividades secundárias, seja pertinente à finalidade essencial da tomadora.

A terceirização hoje é uma das ferramentas empresariais mais utilizadas para diminuição de custos, sendo viável a solução para que a empresa continue sendo competitiva, neste sentido Pedro Paulo Teixeira Manus⁸⁷:

Recentemente as empresas a fim de poderem manter a competitividade e poder produzir bens e serviços como preços favoráveis no mercado, passaram a ocupar-se de estratégias de modificação nas relações de trabalho, a fim de diminuir o custo de trabalho.

E o que motiva o empresário a buscar o concurso desse terceiro, é obvio, é diminuir o custo de mão-de-obra, o que lhe permite ampliar seu lucro, ou, no mínimo manter-se no mercado de forma competitiva, garantindo preço razoável a seu produto.

Além da visão de redução de custos, pois esta redução consiste em diminuição de gastos com mão-de-obra, com a terceirização divide a massa de trabalhadores, criam-se obstáculos à efetiva representação sindical, bem como dificulta a equiparação salarial, neste sentido defende Ricardo Antunes em entrevista dada⁸⁸:

IHU On-Line – Quais os desafios que se apresentam ao mundo do trabalho hoje, considerando principalmente a questão da terceirização e da precarização?

Ricardo Antunes – O principal desafio se coloca na medida em que a terceirização, hoje, é a porta de entrada para a precarização. As empresas se desobrigam de cumprir relações contratuais com seus trabalhadores ao terceirizar, ou seja, contratam junto a outras empresas, que passam a ser responsáveis pelo fornecimento da força de trabalho. Neste processo, temos empresas que cumprem, de algum modo, a legislação trabalhista, e temos as que acabam não cumprindo. Isso cria um conjunto muito amplo de trabalhadores e trabalhadoras que se tornam suscetíveis no mercado de trabalho à ausência de legislação, a uma intensificação da jornada de trabalho, a um trabalho extenuante e violento. É por isso que o capital hoje, no Brasil e em escala global, quer a terceirização não só nas atividades meio, mas também nas atividades fins. O argumento que usam é o de que a terceirização gera maior qualidade. É evidente que esse argumento é pura ideologia, é falacioso. Terceiriza-se para reduzir custos e para aumentar a divisão e, com isso, dificultar a organização sindical e a resistência da classe trabalhadora. A terceirização é, em si e por si, nefasta e tem que ser combatida. Não é verdade que ela seja inevitável. A terceirização é – repito – a porta de entrada para a precarização estrutural do trabalho em escala global.

⁸⁷ MANUS, 2007, p. 127.

⁸⁸ ANTUNES, Ricardo. **Terceirização**: porta de entrada para a precarização. Entrevistador: Graziela Wolfart, [21 de maio de 2012]. Entrevista concedida ao Instituto Humanitas Unisinos. Disponível em: <<http://www.ihu.unisinos.br/entrevistas/509660-terceirizacao-porta-de-entrada-para-a-precarizacao>> Acesso em: 10 jan. 2013.

Pedro Paulo Teixeira Manus⁸⁹ entende também que a terceirização é prejudicial aos trabalhadores:

Eis por que não há como negar que o fenômeno da terceirização é prejudicial aos trabalhadores, embora boa parte dos estudiosos insista em negar tal fato. Ora se o que assistimos é a tentativa de substituir o empregado por outras forma de prestação que sejam menos custosas ao empresário, não há como conseguir esse intento sem diminuir os valores pagos ao prestador de serviço.

Pedro Paulo Teixeira Manus⁹⁰, na mesma esteira continua:

Como já expusemos no item 10.2, a flexibilização e a terceirização são prejudiciais aos trabalhadores. Isso porque ambas são modos de tratamentos da prestação de serviços que oferecem vantagens ao capital, mesmo porque, se assim não fosse, ao empregador de anda adiantaria e, portanto, delas não se utilizaria. E, se são formas de economizar com a mão-de-obra, é evidente que resultam em prejuízo aos trabalhadores. Não obstante isso, tais fenômenos são frutos dos tempos atuais, da grande concentração de capitais e das leis de mercado que vivemos.

Outros aspectos relevantes em matéria de precarização que toca direito de indisponibilidade absoluta são as normas de medicina e segurança do trabalho. Segundo informação prestada pelo Departamento de Saúde e Segurança do Trabalho do Ministério do Trabalho e Emprego, os terceirizados são os mais expostos a infortúnio, pois as empresas têm terceirizado as atividades mais perigosas sem qualquer elaboração de plano de prevenção⁹¹.

Conforme informações constantes em relatório técnico – do DIEESE, dados acerca da terceirização no setor químico, mediante pesquisa via questionário distribuído para os participantes do 2º Congresso da Secretaria Nacional dos Químicos, ligada à Força Sindical, vislumbrou-se prevaricação laboral causada pela terceirização no caso de trabalhadores químicos, denotada pelos seguintes impactos: redução de benefícios, não contribuição ao INSS e FGTS, não ter plano de saúde, extinção de função, falta de organização no local de trabalho, prevaricação de mão-de-obra, baixa proteção por falta de amparo às reivindicações, redução de pessoal, perdas de direitos trabalhistas, redução salarial, falta de compromisso da empresa tomadora quanto à saúde laboral⁹².

O aludido documento confeccionado pelo DIEESE, concluiu no tangente ao setor químico, dentre outras coisas que:

⁸⁹ MANUS, 2007, p. 127.

⁹⁰ Ibid., p. 129.

⁹¹ MINISTÉRIO DO TRABALHO E DO EMPREGO. Terceirizado está mais sujeito a acidente de trabalho, diz MTE. Entrevistador: Bianca Pyl. [26 de abr. 2012]. Disponível em: <<http://reporterbrasil.org.br/2012/04/terceirizado-esta-mais-sujeito-a-acidente-de-trabalho-diz-mte>>. Acesso em: 10 jan. 2013.

⁹² DIEESE. **O processo de terceirização e seus efeitos sobre os trabalhadores no Brasil**. 2007. Disponível em: <http://www3.mte.gov.br/observatorio/Prod03_2007.pdf> Acesso em: 10 ago. 2013.

A pesquisa revela também que a maioria dos participantes nunca negociou cláusula que tratasse de terceirização e entre os que haviam negociado, eliminar a terceirização e estabelecer condições iguais para trabalhadores terceirizados e contratados pela própria empresa, estavam entre as principais reivindicações. Finalmente, no que diz respeito aos impactos da terceirização sobre o trabalho, os participantes apontam para um quadro de precarização que traz consequências negativas para qualidade de vida do trabalhador⁹³.

No mesmo relatório, constataram-se os impactos no setor de petróleo como sendo: a) para os trabalhadores - fraudes, alojamentos precários, rotatividade de emprego, falta de garantia de integridade física, infortúnios superexploração; b) para a empresa - baixa confiabilidade, disputa judicial, focos de corrupção, indenizações, desgaste da imagem; c) para a sociedade - perda da qualidade dos serviços e produtos, agressões ambientais, empobrecimento laboral e concentração de rendas⁹⁴. Também se concluiu no citado relatório pertinente ao setor da construção:

Assim num quadro em que a correlação de forças entre empresa principal e as empresas terceirizadas é muito discrepante devido ao fato de estas serem pequenas e pouco estruturadas, o que se vê são baixos investimentos em qualificação em segurança e condições de trabalho, salários reduzidos poucos benefícios, além de um número significativo de trabalhadores sem carteira profissional assinada⁹⁵.

Outro fator prejudicial aos direitos laborais é que em nosso ordenamento jurídico não há lei sistemática e exaustiva quanto à matéria, salvo algumas que tratam de atividades específicas como a lei n.º 5.645-70, a lei n.º 7.102-83 e a Lei n.º 6.019-74, o que permite maior articulação fraudulenta por parte dos empresários sem limites impostos.

Para não se dizer que não há limites para a terceirização, o Judiciário em um esforço hercúleo tentou regulamentar, com entendimento uniforme sumulado, a matéria limitando os efeitos maléficos da terceirização com o objetivo de preencher a lacuna normativa existente de forma a evitar fraude às leis laborais.

Caso de nítida precarização, em matéria de terceirização, é o entendimento defensável por alguns juristas, de que em matéria de empresas concessionárias de telecomunicações, sob a luz da Lei n.º 9.472-97, estaria se autorizando a terceirização de atividade-fim sem qualquer risco para o tomador. Aludida interpretação além de ser inaceitável proporciona um precedente legislativo e jurídico que pode levar a um caminho sem volta, um destino de total precarização laboral.

⁹³ Ibid., p. 65.

⁹⁴ MANUS, 2007, p. 129.

⁹⁵ Ibid., p.79-80.

Como se vê, embora a terceirização proporcione empregos e ajude na especialização do trabalho, a verdade é que estes aspectos bons da terceirização não estão se sobrepondo aos ruins, logo merece a devida regulamentação, quiçá sob pena de sua vedação, pois hoje o perfil da terceirização nacional contribui para má distribuição da riqueza nacional. Os postos de trabalho são precários, tendo em vista a falta de estrutura por parte das empresas terceirizadas, perda de identidade obreira, pois os trabalhadores se tornam nômades laborais, estranhos a cada grupo que integram, devido à alta rotatividade de mão-de-obra, e tendo em vista que as terceirizadas são enfermas economicamente, na maioria das vezes, logo os obreiros das terceirizadas não recebem suas verbas rescisórias.

Como dito, para agravar a situação não há legislação específica e sistemática, há uma verdadeira crise dogmática juslaboral, e essa condição de *anomia social* fragiliza o controle social sobre o tema, não proporcionando assim o funcionamento orgânico social ideal, havendo quebra da solidariedade orgânica e necessária à coesão e paz social.

CAPÍTULO 2 - DIREITO CONSTITUCIONAL DO TRABALHO E JUSTIÇA SOCIAL

2.1 Aspectos da constitucionalização dos Direitos em especial do Direito do Trabalho

Tendo por intuito manter uma comunicação entre o Direito Constitucional e o Direito do Trabalho e tendo por escopo analisar a terceirização perante a Constituição, esclarece-se, desde já, que o presente tópico não irá tratar de hierarquização piramidal de normas.

Trará à discussão, sem a pretensão de construir uma teoria sobre qual modelo de constitucionalização seria o mais adequado, apenas que se faz mister analisar o Direito do Trabalho, em especial o fenômeno da terceirização de mão-de-obra, sob à luz da irradiação dos efeitos das normas constitucionais, com destaque para os direitos fundamentais.

Sendo assim, no pertinente ao presente trabalho, o termo constitucionalização do direito se aterá, exclusivamente, a significar a irradiação dos efeitos axiológicos constitucionais, constantes nos direitos fundamentais, para as demais searas do Direito, em especial para o Direito do Trabalho.

Com o Pós-Guerra, houve a consolidação da ideia de que as declarações de direitos fundamentais não são meras “declarações de princípios” e sim possuem o *status* de normas jurídicas, conferindo assim no pertinente às liberdades públicas, direitos à pessoa.

A partir de meados do século XX, amplia-se a dimensão subjetiva dos efeitos dos direitos fundamentais, que açambarcava apenas as relações entre Estado e particular, passa-se, assim, a se aceitar um novo paradigma, ou seja, os direitos fundamentais como sistema de valores horizontais, de tal forma, irradiando-se efeitos constitucionais, inclusive para as relações entre particulares, ocorrendo, destarte, a constitucionalização das demais searas do Direito em especial no tangente ao Direito Privado.

De tal forma, a visão clássica que tão somente o Estado poderia violar direitos fundamentais do particular é expandida de forma modesta por parte da doutrina para o reconhecimento de que é possível a ameaça de direitos fundamentais de um particular por outro particular, ainda mais quando se denota assimetria de poder social ou econômico, o que justamente ocorre nas relações de emprego e se acentua em matéria de terceirização de mão-de-obra.

Entende-se por constitucionalização o fenômeno de irradiação dos efeitos das normas inseridas na Constituição às demais searas do Direito, ou seja, a Constituição se torna um sistema de valores, um vetor de orientação para todas as áreas do Direito, tendo por núcleo irradiante os direitos fundamentais.

As principais teorias que explicaram a constitucionalização do Direito, e pioneiras no fenômeno em si, foram as de Gunnar Folke Schuppert e Christian Bumke, bem como de Louis Favoreau conforme destaca Virgílio⁹⁶:

Em trabalho recente, Gunnar Folke Schuppert e Christian Bumk dedicam-se exclusivamente à análise da constitucionalização do ordenamento jurídico e identificam cinco formas principais desse processo: (1) reforma legislativa; (2) desenvolvimento jurídico por meio da criação de novos direitos individuais e de minorias; (3) mudança de paradigma nos demais ramos do direito; (4) irradiação do direito constitucional – efeitos nas relações privadas e deveres de proteção; (5) irradiação do direito constitucional – constitucionalização do direito por meio da jurisdição ordinária.

No tangente à Favoreau, continua Virgílio expondo que aquele defende três tipos de constitucionalização, ou seja, a constitucionalização-juridicização, a constitucionalização-elevação e a constitucionalização-transformação⁹⁷:

3.3.1.1. Constitucionalização-juridicização

(...)

Favoreau afirma que a constituição passou a ser lentamente “juridicizada” sob a influência do Conselho Constitucional. A partir desse processo, os dispositivos constitucionais passaram a poder produzir plenamente seus efeitos nos outros ramos do direito.

(...)

3.3.1.2 Constitucionalização-elevação

A chamada constitucionalização-elevação caracteriza-se, no caso francês por um “deslizamento” de matérias na repartição de competências entre a Constituição, a lei e o regulamento. (...) Houve, nesse sentido, um movimento ascendente nessa repartição material.

(...)

3.3.1.3 Constitucionalização-transformação

O que Favoreau chama de constitucionalização-transformação e o que mais propriamente se aproxima do que chamo de constitucionalização do direito. É, por isso, ao contrário dos outros dois fenômenos acima brevemente explicados, que tinham uma vinculação íntima com a evolução constitucional *francesa*, esse terceiro tipo de constitucionalização tem um caráter mais universal e descreve um fenômeno ocorrido ou em vias de ocorrer em diversos países. Segundo Favoreau, a constitucionalização-transformação é caracterizada pela ‘constitucionalização dos direitos e liberdades, que conduz a uma impregnação dos diferentes ramos do direito e, ao mesmo tempo, às instituições especialmente as instituições administrativas e jurisdicionais (...)’

⁹⁶ SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares**. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 39.

⁹⁷ *Ibid.*, p. 47.

Há de se sopesar, conforme ensina Virgílio, que nem todas as formas alemãs acima podem ser importadas para nosso ordenamento, devido à abrangência, ao antagonismo entre jurisdição ordinária e constitucional e ao fato de o Brasil não ser um sistema concentrado como na Alemanha. O autor destaca ainda, no pertinente a Favoreau, que na discussão brasileira tem aplicação a constitucionalização-transformação e a unificação da ordem jurídica⁹⁸.

Como forma de restringir o termo, utilizar-se-á o vocábulo constitucionalização, doravante, tendo em vista o objetivo do capítulo, tendo por conteúdo apenas os efeitos irradiantes dos direitos fundamentais à luz dos princípios fundamentais constantes na Constituição, nas relações privadas, especialmente, entre trabalhadores e tomadores de mão-de-obra, deixando de lado outros aspectos da constitucionalização.

A constitucionalização é um fenômeno jurídico que garante aos particulares, não somente em face do Estado, mas em relação ao outro particular a eficácia de direitos fundamentais e em alguns casos a sua aplicabilidade, contemplando assim a harmonia do sistema de valores constitucionais, resultantes dos direitos humanos refletidos pela ordem internacional em prestígio à dignidade da pessoa humana.

Destaque-se, desde já, que não quer aqui negar a qualidade de pessoa humana aos tomadores de serviço e sim enfatizar que a dignidade da pessoa humana ameaçada é a pertinente à classe obreira.

Cabe destacar que a constitucionalização dos direitos é medida que se impõe, dado seu caráter de prestígio dos direitos fundamentais que são irrenunciáveis, inalienáveis e imprescritíveis.

A doutrina majoritária se posiciona pela tese dos efeitos indiretos, dos direitos fundamentais nos outros ramos do Direito, com destaque para os de Direito Privado. Há quem negue efeitos dos direitos fundamentais nas relações privadas e outros que defendam a aplicabilidade direta também denominada absoluta.

Os que negam a constitucionalização nas relações privadas se utilizam de arrazoados históricos ou a depender da função que os direitos fundamentais exercem, outros ainda com base no argumento de que não haveria hierarquia entre sistemas normativos, apenas uma relação de concorrência conforme defende Uwe Diederichsen citado por Virgílio Afonso da Silva⁹⁹.

⁹⁸ Ibid., p. 39.

⁹⁹ Este é o termo funcional extraída da tese de Uwe Diederichsen (apud SILVA, 2005, p.71 e ss).

Os defensores dos efeitos indiretos dos direitos fundamentais nas relações entre particulares se baseiam no reconhecimento de um direito geral de liberdade, na existência de uma autonomia privada e na repulsa à ideia de um total domínio do direito constitucional ao direito privado.

Para esses defensores, os efeitos devem ser indiretos sob pena de comprometer toda a ordem privada e a livre autonomia, como esclarece Virgílio citando Dürig:

Segundo Dürig, esse direito geral de liberdade inclui também a liberdade que devem gozar os participantes em uma relação de direito civil, de “evitar” as disposições de direitos fundamentais que, para a ação estatal, são incontornáveis. Sem essa liberdade de contornar a aplicabilidade dos direitos fundamentais, a liberdade contratual ficaria comprometida¹⁰⁰.

Não que os apontamentos, logo acima, signifiquem que os direitos fundamentais não devam se imiscuir nas relações privadas. O que se pugna em matéria de constitucionalização, pela via indireta, é que a irradiação dos direitos fundamentais dar-se-á pelo material normativo do próprio direito privado, ou seja, o sistema de valores constitucionais adentra o sistema privado, pelas cláusulas gerais, do próprio direito privado.

Exemplo usual da doutrina, no qual, consta julgamento nos moldes de efeitos indiretos de constitucionalização é o caso Lüth, de acordo com jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão, conforme bem destaca Virgílio¹⁰¹. Faz-se oportuno colacionar trecho da decisão que demonstra a constitucionalização pelas cláusulas gerais:

Der Rechtsgehalt der Grundrechte als objektiver Normen entfaltet sich im Privatrecht durch das Medium der dieses Rechtsgebiet unmittelbar beherrschenden Vorschriften. Wie neues Recht im Einklang mit dem grundrechtlichen Wertsystem stehen muß, so wird bestehendes älteres Recht inhaltlich auf dieses Wertsystem ausgerichtet; von ihm her fließt ihm ein spezifisch verfassungsrechtlicher Gehalt zu, der fortan seine Auslegung bestimmt. Ein Streit zwischen Privaten über Rechte und Pflichten aus solchen grundrechtlich beeinflussten Verhaltensnormen des bürgerlichen Rechts bleibt materiell und prozessual ein bürgerlicher Rechtsstreit. Ausgelegt und angewendet wird bürgerliches Recht, wenn auch seine Auslegung dem öffentlichen Recht, der Verfassung, zu folgen hat.¹⁰²

¹⁰⁰ DURIG (apud SILVA, 2005, p. 75).

¹⁰¹ SILVA, 2005, p. 80.

¹⁰² O conteúdo normativo dos direitos fundamentais, enquanto normas objetivas, desenvolve-se no direito privado pela via das normas integrantes desta área jurídica. Assim, como o novo direito deve estar em conformidade com o sistema de valores dos direitos fundamentais, seja no que tange ao seu conteúdo, o direito pré-existente deve estar direcionado a esse sistema de valores; dele flui para esse direito pré-existente um conteúdo constitucional específico, que a partir de então fixará a sua interpretação. Uma lide entre privados sobre direitos e obrigações decorrentes destas normas comportamentais do direito privado sob a influência pelo direito fundamental permanece, no direito material e processual uma lide cível. Interpretado e aplicado deve ser o direito civil, sob a luz do direito público e da Constituição. (ALEMANHA. Tribunal Constitucional Federal. Caso Lüth. **BVERFG** 7, 198. Disponível em: <<http://www.servat.unibe.ch/dfr/bv007198.html>>. Acesso em: 10 abr. 2013). (Tradução do Autor).

Por sua vez, no pertinente à constitucionalização, conforme o modelo de aplicabilidade, ou seja, de efeitos diretos, cabe destacar o nome de Hans Carl Nipperdey, que em 1957, quando então era presidente do Tribunal Federal do Trabalho (*Bundesarbeitsgericht*), proferiu decisão atribuindo efeitos diretos ou absolutos (*unmittelbare*) em matéria de isonomia salarial entre homens e mulheres, conforme informa Virgílio¹⁰³.

Esta aplicabilidade direta e a desnecessidade de cláusula geral apontada por Nipperdey é bem salientada na obra de Virgílio Afonso da Silva, como se vê no trecho abaixo¹⁰⁴:

Nipperdey salienta, ademais, que os valores consagrados pela constituição, especialmente em seu catálogo de direitos fundamentais, ao contrário do que sustentavam Dürig e a jurisprudência do tribunal constitucional alemão, não necessitam de nenhuma ‘porta de entrada’ – as chamadas cláusulas gerais – para se ‘irradiar’ no direito civil. Nas palavras do próprio Nipperdey: ‘Na verdade, o ordenamento jurídico é uma unidade; todo o direito somente é válido com base na constituição e dentro dos limites por ela impostos. Também o direito civil, sobretudo o código civil, somente é válido (...) desde que não contrarie a constituição. Para a validade dos direitos fundamentais como normas objetivas aplicáveis ao direito privado não é necessário nenhuma mediação, nenhum ponto de rompimento, que seriam na opinião de Dürig, as cláusulas gerais (§ § 138, 826 e 242 do Código Civil Alemão)’.

Como se percebe para os que pugnam a aplicabilidade direta não há a necessidade de mediação legislativa para que os direitos fundamentais irradiem seus efeitos nas relações entre particulares.

Outra grande preocupação quanto à constitucionalização é qual o modelo a ser adotado, tendo em vista a possibilidade de sacrifício da autonomia privada.

Optando-se pela irradiação dos direitos fundamentais como ponto nuclear do fenômeno da constitucionalização, na presente investigação, forçoso é tratar de aspectos pertinentes aos direitos fundamentais como sua concepção (catalogação), significação e titularidade e sua relação com os princípios fundamentais. Levando-se em conta que os direitos fundamentais possuem em seu arcabouço carga normativa formada por princípios e regras, pertinente se faz a análise distintiva entres estas duas espécies normativas e eventuais possibilidades de solução no caso de colisão.

Faz-se necessária uma clarificação quanto ao alcance dos conceitos “direitos do homem”, “direitos humanos” e “direitos fundamentais”, vocábulos jurídicos entrelaçados que

¹⁰³ SILVA, 2005, p. 91.

¹⁰⁴ Ibid., p. 90.

muitas vezes são pertinentes em matéria de interesses a serem tutelados e que possuem como ponto de distinção o plano de positivação.

Nesta esteira diferencia Sarlet esclarece a distinção:

Assim com base no exposto cumpre traçar uma distinção, ainda, que de cunho predominantemente didático entre as expressões ‘direitos do homem’ (no sentido de direitos naturais não, ou ainda não positivados), ‘direitos humanos’ (positivados na esfera do direito internacional) e ‘direitos fundamentais’ (direitos reconhecidos ou outorgados e protegidos pelo direito constitucional interno de cada Estado)¹⁰⁵.

Embora não haja uma identidade necessária, no pertinente ao elenco dos direitos humanos e fundamentais, bem como no que tange à efetivação destes direitos, a verdade é que em nosso ordenamento jurídico, como em outros países, que se considerem Estados Democrático e Social de Direito, cada vez mais, há uma relação entre direitos humanos e fundamentais, usando alguns doutrinadores como, por exemplo, Alexandre de Moraes, o termo “direitos humanos fundamentais”¹⁰⁶

Neste sentido destaca Sarlet¹⁰⁷:

Neste sentido, os direitos humanos (como direitos inerentes à própria condição e dignidade humana) acabam sendo transformados em direitos fundamentais pelo modelo positivista, incorporando-os ao sistema de direito positivo como elementos essenciais, visto que apenas mediante um processo de ‘fundamentalização’ (precisamente pela incorporação às constituições), os direitos naturais e inalienáveis da pessoa adquirem a hierarquia jurídica e seu caráter vinculante em relação a todos os poderes constituídos no âmbito de um Estado Constitucional

Conclusão de relevante importância, para a presente investigação, é saber qual direito possui *status* de fundamental, tendo em vista que é perfeitamente possível direitos fundamentais previstos na constituição, que não se encontram elencados no Título II da Carta Magna.

A fundamentalidade de determinado direito se dá pela relevância do bem jurídico tutelado e a relevância daquele bem jurídico na visão das opções do Constituinte, demonstrada pela hierarquia normativa constitucional correspondente e o regime jurídico equivalente aos direitos fundamentais, neste sentido, explica Sarlet¹⁰⁸:

¹⁰⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010. p. 30.

¹⁰⁶ O ilustríssimo doutrinador Alexandre de Moraes fez uso desta terminologia na obra **Direitos Humanos e Fundamentais** publicado pela Editora Saraiva. (MORAES, 1996).

¹⁰⁷ SARLET, op. cit., p. 30.

¹⁰⁸ Ibid., p. 76.

No que diz com, ainda, com o sentido social da nota distintiva da fundamentalidade de determinados (em relação a outros que não foram expressa ou mesmo implicitamente albergados pela Constituição), é preciso enfatizar quem no sentido jurídico-constitucional, um determinado direito é fundamental não apenas pela relevância do bem jurídico tutelado em si mesma (por mais importante que os seja) mas pela relevância daquele bem jurídico na perspectiva das opções do Constituinte acompanhada da atribuição da hierarquia normativa correspondente e do regime jurídico-constitucional assegurado pelo Constituinte às normas de direitos fundamentais.

Considerando os apontamentos acima, sobre direitos fundamentais, faz-se oportuna a conceituação de direitos fundamentais trazida por Sarlet à luz da teoria de Alexy¹⁰⁹:

Importa considerar, ainda, que uma conceituação de cunho genérico e universal somente parece viável, à medida que propositalmente aberta, de modo a permitir a sua permanente adaptação à luz do direito constitucional positivo. Assim sendo, poderíamos propor a seguinte definição, baseada – importa ressaltá-lo – no conceito de Robert Alexy, mas que não deixa de considerar a abertura material consagrada expressamente pelo direito constitucional positivo pátrio. Direitos fundamentais são, portanto, todas aquelas posições jurídicas concernentes às pessoas, que, do ponto de vista do direito constitucional positivo, foram por seu conteúdo e importância (fundamentalidade formal), bem como as que, por seu conteúdo e significado, possam lhes ser equiparados, agregando-se à Constituição material, tendo ou não, assento na Constituição formal (aqui considerada a abertura material do Catálogo).

Outro destaque de relevância, em matéria de direitos fundamentais, é a falta de técnica legislativa apropriada, prova neste sentido é o art.6.º que noticia de forma genérica os direitos sociais básicos, sem mencionar o conteúdo, que deve ser buscado no capítulo da ordem econômica e social, bem como o fato de diversos direitos fundamentais se encontrarem esparsos em outros capítulos, que não os inseridos no Título II da Constituição Federal, bem como o fato de direitos inseridos neste Título, que são preceitos que não se revestem da fundamentalidade necessária, alguns são de caráter organizacional, outros de natureza penal.

Além do fato de constar direitos fundamentais esparsos na constituição, cabe, também, na mesma esteira, apontar que a abertura material do Catálogo de direitos materiais, ou seja, a não taxatividade do Título II da Constituição Federal se coaduna com a ideia de que os direitos fundamentais são variáveis no espaço e no tempo, não podendo se admitir um catálogo *numerus clausus*, e fechado para novas possibilidades.

Outro aspecto a ser destacado é a exigência de haver total sintonia entre os princípios fundamentais, contidos no Título I da Carta Magna, o regime da democracia social e os direitos fundamentais, em outras palavras, os direitos fundamentais estão vinculados aos princípios e regimes fundamentais, o que se acentua em relação aos localizados dentro do catálogo constitucional.

¹⁰⁹ SARLET, 2010, p. 77.

Nesse sentido preleciona Sarlet¹¹⁰:

Assim, verifica-se que os direitos fundamentais decorrentes do regime e dos princípios, conforme denominação expressamente outorgada pelo art. 5.º §2.º, da CF, são posições jurídicas material e formalmente fundamentais fora do catálogo (Título II) diretamente deduzidas do regime e dos princípios fundamentais da Constituição considerados como tais aqueles previstos no Título I (arts. 1º a 4º) da nossa Carta, exegese que se impõe até mesmo em homenagem à especial dignidade dos direitos fundamentais na ordem constitucional. Além disso, importa lembrar que também os direitos decorrentes do regime e dos princípios devem guardar, de acordo com o critério já enunciado, a necessária relação de sintonia (importância equiparada) com os direitos do catálogo.

Sendo assim, os princípios fundamentais, se interagem com os direitos fundamentais, e sua eficácia e aplicabilidade, em uma relação, ou pelo menos deveriam, sempre estar em perfeita harmonia.

Neste diapasão aponta Sarlet¹¹¹:

A Constituição de 1988 foi a primeira na história do constitucionalismo pátrio a prever um título próprio destinado aos princípios fundamentais, situado em homenagem ao especial significado e função destes – na parte inaugural do texto, logo após o preâmbulo e antes dos direitos fundamentais. Mediante tal expediente, o Constituinte deixou transparecer de forma clara e inequívoca a sua intenção de outorgar princípios fundamentais a qualidade de normas embasadoras e informativas de toda ordem constitucional, inclusive dos direitos fundamentais, que também integram aquilo que se pode denomina de núcleo essencial da Constituição material.

Sendo assim, dos princípios fundamentais destaque de maior importância se dá ao da dignidade humana, pois intrinsecamente ligado com o conceito de direitos humanos e pelos motivos já demonstrados, com os direitos fundamentais.

Sarlet destaca a importância do princípio da dignidade da pessoa humana para os direitos fundamentais, em posição semelhante ao pugnado por Vieira de Andrade da Universidade de Coimbra¹¹²:

Posição semelhante foi, recentemente adotada na doutrina pátria sugerindo que o princípio da dignidade pessoa humana, expressamente enunciado pelo art. 1º, inc. III, da nossa CF, além de constituir o valor unificador de todos os direitos fundamentais, que, na verdade, são uma concretização daquele princípio, também cumpre função legitimatória do reconhecimento de direitos fundamentais implícitos decorrentes ou previstos em tratados internacionais, revelando, de tal sorte, sua íntima relação com art. 5º, §2.º, de nossa Lei Fundamental. Cuida-se de posições exemplificativamente referidas e que expressam o pensamento de boa parte da melhor doutrina, de modo especial no eu tange à íntima vinculação entre o princípio da dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais.

¹¹⁰ SARLET, 2010, p. 94.

¹¹¹ Ibid., p. 96.

¹¹² Ibid., p. 95.

Como se vê, os direitos fundamentais devem ter um conteúdo imediatamente vinculado ao valor maior da dignidade da pessoa humana, ou que não o viole.

Cabe aqui trazer à baila, embora criticável seja a tentativa de definir preceito aberto, algo que se assemelha a um conceito no que tange à dignidade da pessoa humana, conforme aponta Sarlet extraído da doutrina de Dürig:

(...) a dignidade da pessoa humana consiste no fato de “cada ser humano” é humano por força de seu espírito, que o distingue da natureza impessoal e o que o capacita para, com base em sua própria decisão, tornar-se consciente de si mesmo, de autodeterminar sua conduta, bem como de formatar sua existência e o meio que o circunda¹¹³.

O Estado tem por responsabilidade garantir a preservação da dignidade da pessoa humana e seu exercício.

O princípio da dignidade da pessoa humana é a razão de ser do Estado e dos direitos fundamentais e o vetor de orientação para toda a ordem constitucional e infraconstitucional, é o elemento que garante unidade ao subsistema dos direitos fundamentais, nesse sentido se encontra ensinamentos dados por Sarlet¹¹⁴:

A ideia de que os direitos fundamentais integram um sistema no âmbito da Constituição foi objeto de recente referencia na doutrina pátria, com base no argumento de que os direitos fundamentais são, em verdade, concretização dos princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, consagrado expressamente em nossa Lei Fundamental.

Outros princípios fundamentais também são exigências da dignidade do indivíduo como, por exemplo, o valor social do trabalho e a livre iniciativa, assuntos que serão enfrentados com mais detalhamento em linhas futuras.

Algo, de extrema relevância, para a presente investigação é saber quando a dignidade da pessoa humana é atingida, e em matéria laboral, a coisificação do trabalhador é exemplo claro nesse sentido e se amolda perfeitamente com a fórmula defendida por Dürig, conforme demonstra Sarlet¹¹⁵:

Como ponto de partida vale citar a fórmula desenvolvida na Alemanha por Günter Dürig para quem a dignidade da pessoa humana poderia ser considerada atingida sempre que a pessoa concreta (o particular) fosse rebaixada a objeto, a mero instrumento, tratada como uma coisa, em outras palavras, na descaracterização da pessoa humana como sujeito de direitos. Esta fórmula, por evidente, não oferece um solução global para o problema (já que não define previamente o que deve ser protegido), mas permite a verificação no caso concreto, da existência de uma efetiva

¹¹³ DURIG (apud SARLET, 2010, p. 101).

¹¹⁴ SARLET, 2010, p.70.

¹¹⁵ Ibid., p. 103.

agressão contra a dignidade da pessoa humana, fornecendo ao menos, uma direção a ser seguida.

Embora Sarlet entenda que a fórmula não se vislumbre como panacéia, para se saber quando a dignidade da pessoa humana está sendo ultrajada, entende perfeitamente possível sua aplicação no pertinente aos direitos sociais do trabalho¹¹⁶:

Uma outra dimensão intimamente associada ao valor da dignidade da pessoa humana consiste na garantia de condições justas adequadas de vida para o indivíduo e sua família, contexto na qual assumem relevo de modo especial os direitos sociais ao trabalho, a um sistema efetivo da seguridade social, em última análise, à proteção da pessoa contra as necessidades de ordem material e à asseguaração de uma existência com dignidade.

O presente trabalho não se propõe de forma nuclear a tratar sobre a distinção entre princípios e regras ou estabelecer ou analisar teorias sobre princípios, mas servirá como base teórica para a reflexão sobre o tema terceirização, tendo em vista os princípios que norteiam o tema.

Faz-se, então, mister mencionar em princípios, pois o fenômeno da constitucionalização se manifesta com irradiação de normas constitucionais, incluindo-se efeitos oriundos de regras e também de princípios, bem como se faz necessária a análise tendo em vista o confronto de normas e de interesses envolvidos, em sede de terceirização de mão-de-obra.

Na presente investigação, externa-se, desde já, de forma a afastar eventual desconforto em matéria de conflito de referenciais teóricos, que não se desconhece a teoria dos princípios elaborada por Alexy e nem tão pouco o conteúdo crítico à aludida teoria confeccionada por Ávila, todavia se busca aqui um ponto de equilíbrio de forma a conciliar somente o conciliável das duas vertentes teóricas, mencionadas no que condiz às soluções na hipótese de colisão ou aparente conflito entre princípios, entre regras e entre princípios e regras que carecem de critérios diferenciadores.

Acredita-se que o foco da distinção não é o conflito e sim a justificação, logo se aceitam como mais abalizados a título de elementos diferenciadores entre as duas modalidades normativas, ou seja, entre princípios e regras, conforme aponta Ávila¹¹⁷ a natureza da descrição normativa, a natureza da justificação, a natureza da contribuição para a decisão. Destarte, esses foram os critérios utilizados na presente investigação, na missão de separar o que seria princípio e o que seria regra, espécies normativas que serão exploradas,

¹¹⁶ SARLET, op. cit., p. 104.

¹¹⁷ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 139.

quando do confronto da livre iniciativa com a valorização social do trabalho e quando forem tratados os direitos fundamentais sociais.

Cabe apontar os conceitos de princípios e regras atribuídos por Ávila, os quais serão nortes distintivos entre as duas espécies normativas na presente investigação¹¹⁸:

As regras são normas imediatamente descritivas, primeiramente retrospectivas e com pretensão de decidibilidade e abrangência, para cuja aplicação se exige a avaliação da correspondência, sempre centrada na finalidade que lhes dá suporte ou nos princípios que lhes são axiologicamente sobrejacentes, entre a construção conceitual da descrição normativa e a construção conceitual dos fatos.

Os princípios são normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementaridade e de parcialidade cuja aplicação se demanda uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção.

Por outra faceta, embora se acate a maioria das críticas tecidas por Ávila à Teoria de Alexy (não cabendo aqui analisar uma por uma, mas antecipando que se fará uso nessa investigação quando se fizer necessário e conveniente), concorda-se com Alexy quando afirma que, no caso de colisão entre princípios, se faz necessário o uso da ponderação e a utilização do conceito de mandamento de otimização no caso de colisão¹¹⁹, com uma ressalva, ou seja, de que aludido critério deve ser utilizado apenas quando os princípios colidentes possuírem concorrência horizontal.

O que mais interessa ao presente trabalho são os efeitos irradiantes dos direitos fundamentais inseridos na Constituição, nas relações entre particulares especialmente entre trabalhadores e tomadores de mão-de-obra, com destaque à eficácia e aplicabilidade dos direitos fundamentais dos trabalhadores diante do fenômeno econômico da terceirização.

Levando-se em conta as considerações feitas acima, não é difícil perceber a necessidade de se interpretar os institutos jurídicos laborais à luz da Constituição, em especial dos princípios fundamentais e também dos direitos fundamentais com foco na dignidade da pessoa humana e nas orientações constitucionais pertinentes aos direitos sociais.

Quando se pensa em constitucionalização, forçoso é analisar quais as normas que irão abarcar determinado fato em concreto.

Em matéria de terceirização, as duas grandes forças normativas nucleares contrárias são de um lado a livre iniciativa e a propriedade e do outro o valor social do trabalho e os direitos sociais. Acredita-se que acima de todos esses se encontra o princípio da dignidade da

¹¹⁸ AVILA, 2012, p. 85.

¹¹⁹ SILVA, 2005, p. 32.

pessoa humana, e nessa investigação é com esses parâmetros normativos que se aprecia o fenômeno da terceirização.

Da forma que vem se demonstrando a terceirização no mundo do trabalho, sem qualquer regulamentação sistemática, vislumbra-se como verdadeira manifestação de desprezo aos efeitos horizontais dos direitos fundamentais sociais, prova da precarização hoje existente foi demonstrada na primeira parte da presente investigação.

Os direitos fundamentais, à luz da dignidade da pessoa humana como sistema de valores horizontais, em especial os direitos sociais, devem irradiar os efeitos constitucionais para as relações entre trabalhadores e tomadores de mão-de-obra, ocorrendo, destarte, a constitucionalização do Direito do Trabalho.

No caso das relações de trabalho, a ofensa aos efeitos horizontais dos direitos fundamentais encontra azo na assimetria de poder social ou econômico das partes envolvidas, e em não havendo a constitucionalização em matéria de terceirização, o resultado é a coisificação do trabalhador demonstrada por um quadro de precarização e quebra dos preceitos constitucionais sociais.

Em sede de Direito do Trabalho, é possível perguntar qual modelo de constitucionalização seria o mais adequado, se o de eficácia indireta ou de aplicabilidade.

Acredita-se que a resposta irá depender do caso a ser analisado em concreto, mas como a presente investigação não pretende apreciar a constitucionalização do Direito do Trabalho, e sim, mais especificamente utilizar a constitucionalização do Direito do Trabalho como elemento teórico a justificar a vedação ao instituto da terceirização nos moldes apresentados atualmente, ou ainda, regulamentá-lo via ativismo judicial e/ou legislativo em consonância com o Texto Maior, sob pena de ofensa à necessária solidariedade social, restringe-se, assim, de forma a escolher um modelo de constitucionalização aplicável no caso de terceirização.

Há de se ter mente que o grande delimitador para aplicabilidade constitucionalizante na seara privada é a autonomia privada, mas também, por outra banda, o que deve ser sopesado é o fato de que embora o Direito do Trabalho tenha taxonomia nesse ramo, utilizando da posição doutrinária majoritária, a verdade é que sua natureza privada é mitigada o que justifica sua autonomia dogmática, fazendo com que a autonomia privada se enfraqueça, permitindo ainda mais irradiação dos direitos fundamentais sociais em perfeita harmonia com o princípio laboral da hipossuficiência.

A terceirização vem precarizando as relações laborais de tal forma que alguns juristas, conforme se demonstrará no capítulo seguinte, se posicionam radicalmente pugnando

pela vedação à terceirização, como é o caso de Coutinho e Biavaschi, e com razão se verificarmos o formato da terceirização atual e suas implicações nas relações de trabalho.

Acredita-se que o radicalismo não faz bem a ninguém, mas nesse caso sem a regulamentação estada em uma solidariedade social e fraterna à luz da dignidade da pessoa humana é difícil não ser radical.

Diante de tantas mazelas enfrentadas pelos trabalhadores nos casos de terceirização, em um estado de verdadeira anomia social no qual quem faz o papel do legislativo é o judiciário em ativismo judicial por meio da Súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho, e tantas ofensas aos efeitos horizontais, aos direitos fundamentais sociais, previstos no Texto Maior que nos aponta em nome de preservar os direitos fundamentais, em inviabilizar a terceirização, ou ainda, em não havendo lei formar entendimento jurisprudencial mais protetivo pelos efeitos da constitucionalização.

Outro aspecto a ser salientado é que seja terceirização de atividade-fim, seja de atividade-meio, a verdade é que a precarização dos direitos laborais é denotada em ambos os casos, acrescido do fato de que, em muitos casos, é verdadeira celeuma jurídica distinguir a atividade fim da atividade meio, logo a vedação da terceirização pela constitucionalização parece ser medida de justiça que se impõe.

Sendo assim, quiçá extremista, o caso fosse negar validade a todas as terceirizações pela eficácia horizontal dos direitos fundamentais sociais pela cláusula geral inculpada no art. 9.º da Consolidação das Leis do Trabalho.

Por outra banda, a terceirização tem sua importância para a ordem econômica e social (ainda que se alegue que de forma indireta), aumenta a circulação de riquezas, possibilita maior recolhimento tributário (com maior receita maior possibilidade do Estado satisfazer o interesse público primário por consequência os direitos fundamentais), prestigia a livre iniciativa (que também é um princípio fundamental), gera empregos (logo em conformidade com a ordem social) que são elementos justificantes para sua prevalência.

Sopesados esses aspectos não é impossível chegar a conclusão de que não cabe a aplicação do art. 9.º da Consolidação das Leis do Trabalho no caso de terceirizações, logo não é a mais abalizada “porta de entrada” para a constitucionalização.

O caso talvez fosse de se aplicar “outras portas de entrada” como dispositivo que previsse a função social do contrato, bem como o art. 927, Parágrafo único do Código Civil, que em seu bojo preceitua a teoria do risco objetivo decorrente da atividade empresarial exercida (pois a terceirização de mão de obra atualmente se demonstra como atividade empresarial que por sua natureza expõe trabalhadores a indubitável risco de dano), bem como,

poderia ser utilizada a cláusula geral que veda o locupletamento sem causa, de forma a se estabelecer a responsabilidade da empresa tomadora, havendo assim uma solidariedade entre as empresas envolvidas no enlace terceirizante.

Como dito, não sendo o caso de se utilizar as “portas de entrada” mencionadas acima e considerando-se que a autonomia privada em matéria laboral é mitigada, o que dá mais abertura para a aplicabilidade para a irradiação dos direitos fundamentais e somando ao fato que inexistente lei específica e sistemática tratando sobre terceirização, aceitável é a aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais no caso de terceirização, de forma a se estabelecer uma solidariedade jurídica entre os tomadores de mão-de-obra envolvidos na terceirização, de forma a se prestigiar a dignidade da pessoa humana e fazer cumprir pelo menos o núcleo duro, conciliando os princípios da valorização social do trabalho e da livre iniciativa, permitindo que o empresário exerça seu direito de propriedade, com vistas à função social.

Considerando que a livre iniciativa é princípio fundamental ligado à liberdade e à propriedade, que são direitos fundamentais e quiçá seja o maior esteio para aqueles que advogam a favor da terceirização, e tendo em vista a importância da dignidade humana como vetor de orientação, pois é princípio constitucional de maior hierarquia axiológica, como apontado acima, destina-se o tópico seguinte a confrontar a livre iniciativa com o valor social do trabalho, à luz da dignidade humana do trabalhador, em prol da busca pela Justiça Social e pelo Equilíbrio da Ordem Econômica, de forma a contemplar um pleno Direito Constitucional do Trabalho.

2.2 Da Justiça Social e dos Direitos Humanos *versus* a livre iniciativa: o equilíbrio da Ordem Econômica com as terceirizações

A reflexão que se faz necessária é perguntar se a livre iniciativa justificaria a existência de terceirizações de mão-de-obra (ainda que em detrimento de outros princípios fundamentais, como o a valorização do trabalho humano e o valor social do trabalho) e como restaria esse quadro na Ordem Econômica.

Vislumbra-se a livre iniciativa também como preceito constitucional previsto no art. 170¹²⁰ da Carta Magna, todavia o que se questiona é os limites em busca do lucro com escopo do desenvolvimento econômico.

Bastos¹²¹ explica e conceitua a livre iniciativa, inclusive sob o enfoque liberal:

(...) é uma manifestação, no campo econômico, da doutrina favorável à liberdade: o liberalismo. Este tem por objeto o pleno desfrute da igualdade e das liberdades individuais frente ao estado. Assim sendo, a livre iniciativa consagra a liberdade de lançar-se à atividade econômica sem se deparar com as restrições impostas pelo Estado (...) Portanto a livre iniciativa é uma expressão fundamental da concepção liberal do homem, que coloca como centro a individualidade de cada um. Para o liberal, a livre iniciativa é necessária para sua própria expressão e dignidade enquanto homem, porque he cabe imprimir um destino a sua vida, uma escolha, a expressão da sua capacidade, e isso tudo só é conseguido através da liberdade que se reserva a cada um para poder exercer a atividade econômica.

Entende-se por princípio da livre iniciativa, o princípio constitucional, preconizado no art. 170 da Carta Maior, que garante ao homem o direito de produzir serviços e bens por conta e risco próprio, de forma que possa o empreendedor praticar qualquer atividade econômica que não seja vedada por nosso ordenamento jurídico, ou seja, **a livre iniciativa é o direito a liberdade de produção**, como, onde e quando produzir, garantindo inclusive a livre concorrência de mercado. Nesse sentido, Bastos diz “Na verdade esta liberdade é uma manifestação dos direitos fundamentais e no rol daqueles devia estar incluída. [...] Equivale ao direito que todos têm de lançarem-se ao mercado da produção de bens e serviços por sua conta e risco”¹²².

Há de se entender mercado econômico como verdadeira instituição que possibilita incentivo, facilita a circulação de riquezas, logo aumenta a prosperidade e o bem-estar de todos os envolvidos (contempla os direitos fundamentais), sendo assim o desenvolvimento econômico interessa a toda a sociedade, pois aumenta a concorrência, proporciona o aumento

¹²⁰ Art. 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: I - soberania nacional; II - propriedade privada; III - função social da propriedade; IV - livre concorrência; V - defesa do consumidor; ~~VI - defesa do meio ambiente;~~ VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação; [\(Redação dada pela Emenda Constitucional nº 42, de 19.12.2003\)](#) VII - redução das desigualdades regionais e sociais; VIII - busca do pleno emprego; IX - ~~tratamento favorecido para as empresas brasileiras de capital nacional de pequeno porte.~~ IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País. [\(Redação dada pela Emenda Constitucional nº 6, de 1995\)](#). Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei. (BRASIL, 1988).

¹²¹ BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito constitucional**. 18. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 1997. p. 445.

¹²² BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. **Comentários à Constituição do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988: arts. 170 a 192. São Paulo: Saraiva, 1990. V.7. p. 16.

de qualidade de bens e serviços, bem como a diminuição de preços ou ao menos permite que os preços fiquem próximos ao custo de produção.

Em um mundo globalizado, no qual a concorrência é internacional, em que a competição econômica ultrapassa os limites de um território nacional, forçoso é o crescimento econômico como forma de sobrevivência no mercado de produção e no contexto comercial mundial.

O art. 170 da Carta maior estabelece que é livre o exercício da atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, ressalvados os casos preconizados em lei, de tal forma é interesse do próprio Estado proporcionar o desenvolvimento econômico de forma a atender os anseios do bem-comum.

O princípio da livre iniciativa é norte a ser seguido pelo Poder Público que deve incentivar a concorrência perfeita e estimular o aumento de produção de forma a proporcionar o desenvolvimento econômico-social.

A liberdade de iniciativa por ser princípio fundamental deve ser tutelada por qualquer Estado que se considere como Democrático de Direito Social, sendo que em uma economia de mercado livre, há a manifestação de livre concorrência, sendo o princípio da livre iniciativa restringindo excepcionalmente. Sobre isso, manifesta-se Bastos¹²³, “(...) nessa linha na atual ordem constitucional, as restrições que possam ser criadas ao princípio da livre iniciativa te caráter absolutamente excepcional e somente podem emergir das hipóteses expressamente previstas na Constituição, ou implicitamente autorizadas por ela”.

De tal forma, em um Estado que se tutela a livre iniciativa, via de regra, protege-se a livre concorrência.

Como se vê, o princípio da livre iniciativa é fundamento da ordem econômica, sendo da iniciativa privada o papel primordial de circulação de riquezas, cabendo ao Estado de forma subsidiária a atividade econômica quando necessária a segurança nacional ou relevante for o interesse econômico, conforme preceitua o artigo 173 da Constituição Federal: “ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado, só será permitida, quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei”.

A livre iniciativa é princípio fundamental, é essencial para o crescimento do país, não é menor que os princípios sociais e sim os complementa, tanto é verdade que a livre iniciativa

¹²³ BASTOS; MARTINS, 1990, p. 447.

também pode proporcionar a Justiça Social, como salienta Celso Ribeiro de Bastos e Ives Gandra Martins¹²⁴:

O que se poderia perguntar é se é possível organizar-se a justiça social dentro de um regime de liberdade de iniciativa. A nosso ver não existe uma contradição visceral entre essas ideias. É certo que jogadas a si mesmas as forças da produção podem caminhar num sentido inverso ao da justiça, contudo, ainda assim, os Estados que mais têm avançado na melhoria da condição humana são justamente aqueles que adotam a liberdade de iniciativa. Ao Estado pode caber um papel redistribuidor da renda nacional. O que não é aceitável é ver-se uma contradição entre a liberdade de iniciativa e a justiça social a ponto de se afirmar que esta última só é atingível na medida em que se negue a primeira.

Em matéria de atividade econômica não há de se analisar isoladamente o princípio da livre iniciativa, pois a ordem econômica constitucional é fundada em outro valor, a valorização do trabalho humano, isto se comparado isoladamente, pois em confronto com a livre iniciativa, o trabalho humano (dignidade da pessoa humana) deve prevalecer, além disso, o próprio artigo 170 da Carta Magna traz em seu bojo os demais princípios que se aplicam à Ordem Econômica e Financeira, como a soberania nacional, a propriedade privada, a função social da propriedade, a defesa do consumidor, a defesa do meio ambiente, a redução das desigualdades regionais e sociais, a busca do pleno emprego, o tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte, constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País.

Explica Alexandre de Moraes que são princípios gerais da atividade econômica a soberania estatal, a propriedade estatal e sua função social¹²⁵:

- ▶ *Soberania nacional*: repetição do princípio geral da soberania (CF, arts, 1.º, I e 4.º) com ênfase na área econômica,
- ▶ *propriedade privada*: corolário dos direitos individuais previstos no art. 5º, XXII, XXIV, XXV, XXVI da Carta Magna;
- ▶ *função social da propriedade*: corolário da previsão do art. 5º, XXIII, e art, 186, da Constituição Federal ;
- (...)

Acrescenta, ainda, o autor como princípios da atividade econômica a livre concorrência, a defesa do consumidor e a defesa do meio ambiente:

- ▶ *livre concorrência*: constitui livre manifestação da liberdade de iniciativa, devendo inclusive, a lei reprimir o abuso de poder econômico que visar Pa dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros (art. 173, §4º);
- ▶ *defesa do consumidor*;

¹²⁴ BASTOS; MARTINS, 1990, p. 18.

¹²⁵ MORAES, Alexandre. **Direito constitucional**. 20. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2006. p. 748.

► *defesa do meio ambiente*: a constituição trata de forma ampla a defesa do meio ambiente no Título VIII –Da ordem social; capítulo VI (art. 225). Observe-se que, para esse fim. A EC n.º 42/03 ampliou a defesa do meio ambiente, prevendo como princípio da ordem econômica a possibilidade de tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação;
(...)¹²⁶

Moraes¹²⁷ preleciona que a atividade econômica deve estar em conformidade com os princípios da redução das desigualdades regionais e sociais, do princípio da busca do pleno emprego, considerando o tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte como também princípio da atividade econômica:

► *redução das desigualdades regionais e sociais*: constitui também um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil (CF, art. 3, III);
 ► *busca do pleno emprego*;
 ► *tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituída sob as leis brasileiras, que tenham sua sede e administração no país*: a Emenda Constitucional n.º 6, de 15-8-1995, alterou a redação dos arts. 170, IX, 176, §1.º; revogou o art. 171, e criou o art. 246, na Constituição federal, trazendo novidades em relação ao tratamento das empresas brasileiras. A redação anterior previa como um dos princípios da ordem econômica “o tratamento favorecido para as empresas brasileiras de capital nacional de pequeno porte”. Por sua vez, o art. 171, que trazia as definições de empresa brasileira e empresa brasileira de capital nacional, foi revogado, inexistindo qualquer diferenciação ou benefício nesse sentido, inclusive em relação à pesquisa e à lavra de recursos minerais e aproveitamento dos potenciais de energia hidráulica. Em face da alteração da redação originária do art. 176, §1º da Constituição Federal, basta que sejam empresas constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País.

Pelos princípios acima, nota-se que embora seja direito fundamental a livre iniciativa, por outra face, há intervenção Estatal no domínio econômico, limitando-se assim a atividade econômica e evitando-se o uso indevido do poder econômico. Nesse sentido, Moraes¹²⁸:

Apesar de o texto constitucional de 1988 ter consagrado uma economia descentralizada, de mercado, autorizou o Estado a intervir no domínio econômico como agente normativo e regulador, com a finalidade de exercer as funções de fiscalização, incentivo, e planejamento indicativo ao setor privado, sempre com fiel observância aos princípios constitucionais da ordem econômica, pois, como resultado por Manoel Gonçalves Ferreira Filho, a ordem econômica está “sujeita a uma ação do estado de caráter normativo e regulador.

Há intervenção Estatal na ordem econômica de forma a normatizar, regular, fiscalizar, planejar de sorte a assegurar uma existência digna, de forma a se colimar a justiça social, fundada na livre iniciativa, mas sem olvidar da valorização do trabalho humano, de tal

¹²⁶ MORAES, 2006, p. 748.

¹²⁷ Ibid., p. 748-749.

¹²⁸ Ibid., p. 149.

forma parece claro que o ato empresarial em busca do lucro que usurpa direitos dos trabalhadores se distancia da justiça social e da valorização do trabalho humano e do que se espera da ordem econômica, nesse sentido, Bastos¹²⁹, “o princípio da livre iniciativa junto ao da valorização do trabalho humano fundamentam a ordem econômica e financeira, ambos constituem valores, fundamentais da mesma (arts. 170 e s. da CF)”.

Do mesmo modo, não se pode ignorar que a Constituição Federal de 1988, em seu art. 1º deixa claro que constituem fundamentos da República Federativa do Brasil os “valores sociais do trabalho e da livre iniciativa”

Diante do exposto, nota-se que a finalidade do controle da Ordem Econômica é regulamentar a atividade econômica do mercado, estabelecendo limites e parâmetros para o ato empresarial, de forma a se cumprir os ditames e princípios constitucionais.

Importante frisar que, na Ordem Econômica, vários são os agentes econômicos: os particulares, as pessoas jurídicas que praticam empresa, o Estado, sendo que deve o Direito de forma equânime proporcionar a distribuição de riqueza entre os agentes econômicos, como forma de se prestigiar uma solidariedade social.

Outro aspecto importante a ser destacado é que a Ordem Econômica a depender como for conduzida pelo Estado aproximar-se-á, ou não, dos Direitos Humanos e da pretensa Justiça Social.

Caso a ordem econômica se direcione a promover a redução das desigualdades sociais e a erradicação da pobreza e da marginalização, a contribuir na construção da cidadania e de uma sociedade livre, justa e solidária, a satisfazer a dignidade da pessoa humana, de forma a prestigiar o valor social do trabalho, o desenvolvimento nacional, promovendo o bem de todos, e afastando qualquer modo de discriminação, desta forma cada vez mais estará se pautando em uma política econômica eivada de Direitos Humanos e de Justiça Social.

Deve ser refutada qualquer medida econômica adotada pelo Estado, em qualquer das suas funções legislativa, executiva ou judiciária, que atente contra a dignidade da pessoa humana, pois de tal maneira é contrária ao Direito Econômico e, principalmente, contrária à própria Constituição Federal.

A Ordem Econômica deve se harmonizar com os preceitos de Direito Econômico Constitucional, logo deve concretizar os Direitos Sociais de forma a efetivar os Direitos Humanos.

¹²⁹ BASTOS, 1997, p. 451.

De tal arte, vislumbra-se uma íntima ligação entre direitos econômicos, sociais e individuais de forma a realizar os Direitos Humanos e proporcionar uma vida digna conforme se espera do texto constitucional.

A livre iniciativa, o direito à prática do exercício de empresa não podem ser justificativas para a ofensa aos Direitos Sociais, aliás, o Direito Econômico e o Empresarial devem ser instrumentos para fruição e exercício dos Direitos Sociais, cumprindo a função social da empresa, prevista no Texto Magno¹³⁰ quando o comando constitucional se refere à propriedade privada.

Uma ordem econômica harmônica implica em preços justos, concorrência perfeita, medidas *antidumping* social, salário justo, o que certamente influencia na existência de empresas que cumpram com sua função social, em especial que cumpram as normas trabalhistas.

Para qualquer ato empresarial, o escopo é o lucro. É certo que deverá a atividade econômica corresponder a um proveito pertinente aos dispêndios efetuados pelo empresário, até de forma a incentivá-lo a praticar atos empresariais, ou seja, deve se garantir um retorno que corresponda, mas essa contraprestação não basta ser compensatória apenas ao empresário, devendo também se visar o interesse de toda a coletividade.

O questionamento que se propõe é que a terceirização de mão-de-obra, da forma que se apresenta no nosso ordenamento jurídico atual, é instituto econômico de precarização dos direitos laborais, sem regulamentação sistemática, não se coaduna com os escopos constitucionais da ordem econômica, como a valorização do trabalho humano, com o escopo de se assegurar a todos existência digna e a realização de uma Justiça Social.

E considerando que há entre os princípios da livre iniciativa e do valor social do trabalho uma concorrência horizontal deve-se ponderar usando-se um critério de otimização, ou seja, deve-se permitir a livre iniciativa, aliás, o Estado deve incentivar, inclusive com fomento econômico, benefícios fiscais, mas na medida em que não imponha o sacrifício do valor social do trabalho, até mesmo porque quando o princípio da livre iniciativa se confronta com o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, embora possuam posição topográfica idêntica, há de prevalecer o último, não pelo critério da ponderação, pois não há

¹³⁰ “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...); XXIII - a propriedade atenderá a sua função social; (...). Art. 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: (...); III - função social da propriedade (...)”. BRASIL. **Constituição Brasileira de 1988**. Brasília: Senado Federal, 1988.

uma relação paralela entre esses e sim uma diferença de nível, pois a dignidade da pessoa humana é princípio de maior hierarquia axiológica da Constituição.

Como já dito, o princípio da dignidade da pessoa humana é a razão de ser do Estado e dos direitos fundamentais, bem como vetor de orientação para toda a ordem constitucional e infraconstitucional, é o elemento que garante unidade ao subsistema dos direitos fundamentais, e só há valor social do trabalho se respeitada a dignidade da pessoa humana em prol de uma Justiça Social.

Para as análises acima, passa-se ao exames do princípio da dignidade da pessoa humana do trabalhador, o valor social do trabalho e a Justiça Social.

Cabe destacar os ensinamentos de José Afonso da Silva¹³¹, neste sentido, “embora capitalista a ordem econômica dá prioridade aos valores do trabalho humano sobre todos os demais valores da economia de mercado (...) a fim de fazer valer os valores sociais do trabalho”.

De tal forma, a ordem econômica tem que se coadunar com a dignidade humana do trabalhador e nenhum instituto econômico pode se vislumbrar como instrumento de precarização de Direitos Sociais.

Nesta linha é importante trazer alguns conceitos de dignidade da pessoa humana:

Alexandre de Moraes¹³² preleciona que:

A dignidade da pessoa humana é um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se em um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que apenas excepcionalmente possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos.

A dignidade da pessoa possui *status* de princípio em nosso ordenamento jurídico, destaca Nelson Nery Junior¹³³:

‘É o fundamento axiológico do Direito; é a razão de ser da proteção fundamental do valor da pessoa e, por conseguinte, da humanidade do ser e da responsabilidade que cada homem tem pelo outro’. O Min. Celso de Mello, em decisão ao HC 85988-PA / STJ – 10.06.2005, defende ser a dignidade humana o princípio central de nosso ordenamento jurídico, sendo significativo vetor interpretativo, verdadeiro valor-fonte que conforma e inspira todo o ordenamento constitucional vigente em nosso país, além de base para a fundamentação da ordem republicana e democrática.

¹³¹ SILVA, José Afonso da. **Comentário Contextual à Constituição**. 2. ed. São Paulo: Ed. Malheiros, 2006. p. 709.

¹³² MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional**. 5. ed. São Paulo, Editora Atlas, 2005. p.128.

¹³³ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Constituição Federal Comentada e Legislação Constitucional**. São Paulo: RT, 2006 p.111.

Da mesma forma, Ingo Wolfgang Sarlet¹³⁴ preleciona a vinculação dos Estados à dignidade da pessoa humana:

Assim temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão dos demais seres humanos

É importante perceber que toda pessoa humana possui direito de ver sua dignidade ser tutelada, incluindo então o trabalhador, que antes de ser “empregado” ou qualquer outra qualificação jurídica, é uma pessoa, reconhecendo-se, assim, o valor da dignidade humana por todo sistema internacional. Nesse sentido, Piovesan¹³⁵:

(...) todo ser humano tem uma dignidade que lhe é inerente, sendo incondicionada, não dependendo de qualquer outro critério, senão ser humano. O valor da dignidade humana se projeta, assim, por todo o sistema internacional de proteção. Todos os tratados internacionais, ainda que assumam a roupagem do positivismo jurídico, incorporam o valor da dignidade humana.

Juliane Gamba¹³⁶ destaca a importância do princípio da dignidade da pessoa humana no âmbito do trabalho:

A dignidade da pessoa humana é o princípio de maior importância axiológica na ordem jurídica contemporânea nacional e internacional, devendo nortear a interpretação e aplicação das normas, em especial no âmbito do Direito do Trabalho. Somente com a valorização do ser humano, enquanto ser que sobrevive, trabalha e interage com outros e com o respeito de suas diferenças pelo Direito, pela Sociedade e pelo próprio Estado, será possível apreender a dignidade do trabalhador (...) A dignidade da pessoa humana, incluindo o trabalhador, deve ser concebida como uma conquista ético-jurídica oriunda da reação dos povos contra as atrocidades cometidas pelos regimes totalitários e milhões de pessoas durante a Segunda Guerra Mundial. Houve a consciência da necessária proteção da pessoa humana em sua integralidade físico-psíquica, o que refletiu nas Declarações e nos Pactos Internacionais firmados no pós-guerra, sendo incorporadas nos ordenamentos jurídicos de diversos países, inclusive no Brasil, integrando-se em diversos ‘ramos’ do Direito, notadamente no Direito Constitucional e no Direito do trabalho.

¹³⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais**. 5. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 64-65.

¹³⁵ PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos e Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. In: LEITE, George Salomão (Org.). **Dos Princípios Constitucionais**: considerações em torno das normas principiológicas da Constituição. São Paulo: Malheiros, 2003.p. 188.

¹³⁶ GAMBA, Juliane Caravieri Martins. Dignidade do trabalhador e políticas públicas: perspectivas no âmbito do estado ético. In: PIOVESAN, Flávia; CARVALHO, Luciana Paula Vaz de (Coord.). **Direitos humanos e direito do trabalho**. São Paulo: Editora Atlas, 2010. p. 32.

Juliane Gambá¹³⁷, em nota de rodapé demonstra a concretização do afirmado acima:

Em 1919, o tratado de Versalhes, na Parte XIII, institui juridicamente a Organização Internacional do Trabalho (OIT) que foi complementada pela Declaração da Filadélfia em 1944, objetivando dar ao trabalhador um tratamento com fulcro na justiça social e no respeito à sua dignidade, sendo as Convenções da OIT reflexo dessa preocupação.

Juliane Gambá¹³⁸ destaca traduzindo ensinamentos de Franco Bartolomei, extraídos da obra *La dignità umana come concetto e valore costituzionale*, no sentido de ser a dignidade humana um valor constitucional e uma ordem de valor superior a orientar a interpretação e aplicação do Direito:

[...] o conceito de dignidade humana não é já, exclusivamente uma pretensão contra o Estado, nem é um direito que possa ser exercitado contra outros, mas é um conceito jurídico constitucional em nível institucional com uma pluralidade de efeitos : a) nenhuma norma constitucional pode se por em oposição com tal conceito, nem o conceito é suscetível de modificação mediante revisão constitucional; b) cada norma, seja de grau constitucional, seja e grau subordinado que se ponha em contraposição com dito conceito, será declarada inconstitucional; c) todas as séries de atos administrativos, não somente jurisdicionais, não conformes com o dito conceito devem se reputar ilegítimos [...] Tais ordens de valores veem a dignidade humana como norma de valor superior na qual o conceito vem concretizar um dos princípio constitucionais superiores que valem para todos os campos do direito: contem e/ou exprime ´proposições imperativas reguladoras de todos os campos do direito: desde a competência política até a legislativa, das funções jurisdicionais até as administrativas e, assim, dessa maneira¹³⁹

A Declaração Universal dos Direitos Humanos em seu preâmbulo e em seu artigo primeiro preconiza que a dignidade da pessoa humana é um fator fundamental¹⁴⁰:

Considerando que o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis é o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo;
Considerando que o desprezo e o desrespeito pelos direitos humanos resultaram em atos bárbaros que ultrajaram a consciência da Humanidade e que o advento de um mundo em que os homens gozem de liberdade de palavra, de crença e da liberdade de viverem a salvo do temor e da necessidade foi proclamado como a mais alta aspiração do homem comum;

¹³⁷ GAMBA, 2010, p. 32.

¹³⁸ Ibid., p. 39.

¹³⁹ [...] il concetto di ‘dignità umana’ non è gia, esclusivamente, una pretesa contro lo Stato, né è un diritto che possa essere esercitato contro altri ma è un concetto giuridico costituzionale a livello istituzionale con la c.d pluralità di effetti: a) nessuna norma costituzionale puo porsi in contrasto con tale concetto, né il concetto è suscettibile di modificazione mediante revisione costituzionale; b)ogni norma, sia di grado costituzionale, sia di grado subordinato che si ponga in contrasto com detto concetto , va dichiarata inconstituzionale; c) tutta la serie degli atti amministrativi, nonché giurisdizionali non confaceti com il medesimo concetto debbono ritenersi illegittimi [...] Tale ordine di valori vede come Grundnorm la dignità umana il cui concetto viene a concretare uno di quei principio costituzionale superiori che valor per tutti i campi del diritto: da quella d´indirizzo político a quella legislativa, dalla funzione giurisdizionale a quella amministrativa, e cosi via.

¹⁴⁰ ONU. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. 1948. Disponível em:

<http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/ddh_bib_inter_universal.htm>. Acesso em: 15 fev. 2013.

Considerando essencial que os direitos humanos sejam protegidos pelo Estado de Direito, para que o homem não seja compelido, como último recurso, à rebelião contra tirania e a opressão;

Considerando essencial promover o desenvolvimento de relações amistosas entre as nações;

Considerando que os povos das Nações Unidas reafirmaram, na Carta, sua fé nos direitos humanos fundamentais, na dignidade e no valor da pessoa humana e na igualdade de direitos dos homens e das mulheres, e que decidiram promover o progresso social e melhores condições de vida em uma liberdade mais ampla;

Considerando que os Estados-Membros se comprometeram a desenvolver, em cooperação com as Nações Unidas, o respeito universal aos direitos humanos e liberdades fundamentais e a observância desses direitos e liberdades,

Considerando que uma compreensão comum desses direitos e liberdades é da mais alta importância para o pleno cumprimento desse compromisso.

(...)

Artigo I

Todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotadas de razão e consciência e devem agir em relação umas às outras com espírito de fraternidade.

Ao analisar o art. 170 e o art. 193, ambos da Constituição Federal, conclui-se que o trabalho foi definido em nosso ordenamento jurídico, como fundamento da República Federativa do Brasil, como também base da ordem econômica e da ordem social. Em respeito ao Texto Maior deve existir necessariamente o equilíbrio entre o desenvolvimento econômico e o social, o que nos faz refletir sobre os fenômenos econômicos, especialmente, sobre a terceirização de mão-de-obra.

Não há Justiça Social sem o equilíbrio entre o desenvolvimento econômico e o social e para tanto se faz importante verificar se quando do desenvolvimento econômico está se tutelando a dignidade da pessoa humana. E em se tratando de trabalho, a forma de se tutelar a dignidade da pessoa humana é fazer valer os Direitos Humanos do Trabalhador. O Estado deve proporcionar a todo trabalhador condições mínimas de trabalho e o cumprimento do piso de direitos constitucionais laborais.

O fenômeno econômico da terceirização, como vem se demonstrando em nosso país, causa graves máculas aos direitos fundamentais dos trabalhadores, como ausência de pagamento de salário, descumprimento de normas de medicina e segurança do trabalho, ausência de isonomia salarial no que concerne ao empregado da tomadora e da prestadora, o que ofende a dignidade da pessoa humana do trabalhador.

Quando a terceirização se demonstra como escudo a vulnerar os direitos sociais preconizados no art. 7.º da Constituição, certamente, demonstra-se um quadro de falta de

equilíbrio entre a livre iniciativa e o valor social do trabalho, havendo equivocada solução entre os princípios colidentes¹⁴¹.

Os direitos previstos no art. 7.º são fundamentais dirigidos diretamente aos particulares, e quanto a estes direitos não cabe limitação legislativa salvo quando própria Carta Magna permite.

Não pode a terceirização, sob a escusa de desenvolvimento econômico, ser válvula de escape para o descumprimento dos preceitos fundamentais constantes no Texto Maior, ainda, mais no que se refere aos preceitos constantes no art. 7.º da Carta Magna.

¹⁴¹ Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: I - relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos de lei complementar, que preverá indenização compensatória, dentre outros direitos; II - seguro-desemprego, em caso de desemprego involuntário; III - fundo de garantia do tempo de serviço; 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; VI - irredutibilidade do salário, salvo o disposto em convenção ou acordo coletivo; VII - garantia de salário, nunca inferior ao mínimo, para os que percebem remuneração variável; VIII - décimo terceiro salário com base na remuneração integral ou no valor da aposentadoria; IX - remuneração do trabalho noturno superior à do diurno; X - proteção do salário na forma da lei, constituindo crime sua retenção dolosa; XI - participação nos lucros, ou resultados, desvinculada da remuneração, e, excepcionalmente, participação na gestão da empresa, conforme definido em lei; XII - salário-família pago em razão do dependente do trabalhador de baixa renda nos termos da lei; [\(Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998\)](#) 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; [\(vide Decreto-Lei nº 5.452, de 1943\)](#) 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 cinquenta por cento à do normal; [\(Vide Del 5.452, art. 59 § 1º\)](#) 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; XIX - licença-paternidade, nos termos fixados em lei; XX - proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos, nos termos da lei; XXI - aviso prévio proporcional ao tempo de serviço, sendo no mínimo de trinta dias, nos termos da lei; XXII - redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança; XXIII - adicional de remuneração para as atividades penosas, insalubres ou perigosas, na forma da lei; XXIV - aposentadoria; XXV - assistência gratuita aos filhos e dependentes desde o nascimento até 5 (cinco) anos de idade em creches e pré-escolas; [\(Redação dada pela Emenda Constitucional nº 53, de 2006\)](#) XXVI - reconhecimento das convenções e acordos coletivos de trabalho; XXVII - proteção em face da automação, na forma da lei; XXVIII - seguro contra acidentes de trabalho, a cargo do empregador, sem excluir a indenização a que este está obrigado, quando incorrer em dolo ou culpa; XXIX - ação, quanto aos créditos resultantes das relações de trabalho, com prazo prescricional de cinco anos para os trabalhadores urbanos e rurais, até o limite de dois anos após a extinção do contrato de trabalho; 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; XXXII - proibição de distinção entre trabalho manual, técnico e intelectual ou entre os profissionais respectivos; XXXIII - proibição de trabalho noturno, perigoso ou insalubre a menores de dezoito e de qualquer trabalho a menores de dezesseis anos, salvo na condição de aprendiz, a partir de quatorze anos; [\(Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998\)](#) XXXIV - igualdade de direitos entre o trabalhador com vínculo empregatício permanente e o trabalhador avulso. Parágrafo único. São assegurados à categoria dos trabalhadores domésticos os direitos previstos nos incisos IV, VI, VIII, XV, XVII, XVIII, XIX, XXI e XXIV, bem como a sua integração à previdência social. (BRASIL, 1988).

A terceirização é um fenômeno econômico que vem há muito tempo tirando o sono dos juslaboralistas, tendo em vista que a terceirização macula toda o arcabouço de princípios e regras laborais.

A terceirização via de regra é utilizada pelos empregadores adquirirem mão-de-obra, sem riscos econômicos, descompromissados da quitação de direitos laborais, visando assim a maximização dos lucros, precarizando os direitos trabalhistas, muitas das vezes praticando terceirização, fraudando assim o direitos laborais.

Inexoravelmente o fenômeno da terceirização vem de longa data e a lesão a direitos laborais acompanhando aludido fenômeno e o Estado, em especial o Poder Legislativo inerte diante dessa realidade social.

A terceirização precariza direitos laborais, em especial os fundamentais previstos no art. 7.º, fere o princípio da isonomia salarial, proporciona o descumprimento de normas de medicina e segurança do trabalho, ofende a valorização do trabalho, inviabiliza uma existência digna e se afasta da pretensa Justiça Social prevista no art. 170 preceituada no texto constitucional. Desse modo, a terceirização desestrutura o equilíbrio da ordem econômica constitucional.

Entende-se por Justiça Social a virtude que nos leva a promover o bem comum da sociedade. Não há Justiça Social se não houver satisfação do bem comum, sendo que uma relação de trabalho satisfatória está intimamente ligada à ideia de Justiça Social. Nesse sentido, Montoro¹⁴² diz que “(...) a obrigação de assegurar condições de higiene e segurança no trabalho (...) e outras medidas exigidas pelo bem comum, constituem imposições da justiça social”.

As empresas (empregadores) possuem obrigação para o bem comum, mas quando se utilizam da terceirização como forma de fraudar direitos trabalhistas, sob a escusa de utilização da livre iniciativa, contrariam os escopos da ordem econômica, fazendo com que o Estado tenha o dever de intervir, seja por meio de confecção de normas ou de decisões judiciais nas quais haja a aplicação de princípios constitucionais de forma a restabelecer a Justiça Social. Nesse diapasão Montoro¹⁴³ destaca: “além disso, as entidades ou grupos sociais intermediários que, como pessoas jurídicas, são também partes de uma sociedade maior, e têm igualmente obrigações para com o bem comum. (...) O bem comum é o fim da sociedade. É também, a finalidade última de toda a lei. É o objeto da justiça social”.

¹⁴² MONTORO, André Franco Montoro. **Introdução à ciência do direito**. 24. ed. São Paulo: RT, 1996. p. 222.

¹⁴³ MONTORO, 1996, p. 216-219.

O processo de precarização dos direitos laborais causados pelo fenômeno da terceirização ofende a dignidade do trabalhador que, em muitos casos, não recebe seu salário corretamente da empresa terceirizada, vê descumpridas as normas de segurança e medicina do trabalho, muitas das vezes trabalha no espaço físico da empresa tomadora ao lado dos empregados dessa e recebe tratamento diferenciado, como salários menores e piores condições de trabalho.

O fenômeno da terceirização de mão-de-obra, sem limites adequados, é um “vírus grave” na estrutura da ordem econômica constitucional que sem remédios jurídicos efetivos a regulamentar a matéria permite o afastamento da pretensa Justiça Social e o bem comum.

É certo que uma sociedade rica não necessariamente é exemplo de humanidade, todavia um mínimo de recurso é necessário para se ter uma vida digna. E descumprindo-se o mínimo de direitos laborais, é impossível que o empregado possua um certo mínimo de bens materiais a lhe proporcionar uma vida digna, como salienta Montoro¹⁴⁴ que correlaciona a Justiça Social, o bem comum e a vida digna com o certo mínimo de bens materiais:

A essência do bem comum consiste na “vida dignamente humana da população” (*bonam vitam multitudinis*) ou em linguagem moderna, na boa qualidade de vida da população. Realiza-se o bem comum numa sociedade quando o povo vive humanamente, isto é, pode desenvolver normalmente suas faculdades naturais e exercer as virtudes humanas, entre as quais se inclui a amizade, a cultura, em seis diferentes aspectos, ávida familiar, etc. Numa sociedade de grande conforto material pode haver uma vida desumana. E numa aldeia primitiva, a população pode viver humanamente.

Instrumentos do bem comum são os bens ‘materiais’ necessários à realização de uma vida humana digna, como alimentos, habitação, vestuário, meios de transporte, etc. Certo mínimo de bens materiais é necessário ao exercício das virtudes humanas, diz S; Tomás, numa forma que se torna clássica .

Concluí-se, então, no que tange ao presente tópico, que o fenômeno econômico da terceirização da forma que vem se apresentando fere a ordem econômica constitucional, pois a livre iniciativa não é fundamento a justificar a má utilização do instituto da terceirização, visto que a livre iniciativa se submete à valorização do trabalho, sendo essa também fundamento da ordem econômica.

Destacou-se que a ordem econômica tem por fim assegurar a todos uma existência digna, conforme os ditames da justiça social, sendo que o fenômeno da terceirização sem regulamentação, sem estar revestida de um caráter de solidariedade social e jurídica, precariza direitos fundamentais laborais, a dignidade do trabalhador e seus direitos humanos.

¹⁴⁴Ibid., p. 221.

A terceirização nos moldes que se apresenta deve ser considerada como uma enfermidade econômica e jurídica, que sob a alegação de desenvolvimento econômico ofende direitos sociais, necessitando de medidas ativas por parte do Estado, seja na confecção de normas que proporcionem a tutela do trabalhador em face das terceirizações, seja na forma de constitucionalização das decisões judiciais por irradiação dos efeitos dos direitos fundamentais, seja negando validade as terceirizações ou as limitando (pela solidariedade) pela eficácia indireta, ou ainda, reconhecendo-se solidariedade jurídica pela aplicabilidade direta dos direitos fundamentais.

Quiçá, a solidariedade jurídica embasada em um ideal de fraternidade seja o remédio necessário para o cumprimento dos direitos laborais mínimos no caso de terceirização, implementando-se assim os direitos fundamentais.

Os esforços devem ser integrados para o efetivo cumprimento dos direitos fundamentais, Sarlet destaca a importância da solidariedade e da fraternidade para implementação dos direitos fundamentais (2010:60): “Além disso, a evolução dos direitos fundamentais revela que cada vez mais sua implementação em nível global depende de esforços integrados (por isso, direitos de solidariedade e fraternidade) dos Estados e dos povos”. Busca-se, como elemento teórico a fundamentar a solidariedade jurídica necessária no caso de terceirização, o princípio da fraternidade como forma de contemplação da dignidade da pessoa humana do trabalhador e a solidariedade social.

2.3 Direito do Trabalho, princípio jurídico da fraternidade e dignidade da pessoa humana do trabalhador

O comportamento social, predominantemente esperado de cada um, atualmente, é todo aquele condizente com o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, o respeito ao homem enquanto pessoa humana, logo é uma regra moral.

Para agir em conformidade com a dignidade humana, com base no reconhecimento do outro como ser de direito e de dignidade, fazem-se necessários valores éticos que darão balizamento ao modo de praticar as condutas, de forma a permitir a convivência social, seja em qualquer relação interpessoal. Aludidos valores devem ser fomentados no convívio social, devem possuir força atrativa como respeito mútuo, espírito de fraternidade, solidariedade social, logo é querer ser bom, e ser bom, porque todos acreditam que ser bom é a conduta mais correta, esses são os fatores que proporcionam a coesão social.

Embasados em uma ética social de fraternidade, busca-se implementar os direitos sociais laborais e tutelar a dignidade humana do trabalhador.

Em uma sociedade de modelo neoliberal, na qual prevalece o capitalismo selvagem, na qual se impõe o individualismo, a obsessão pelo lucro, eivada de seleção natural empresarial, é inerente que se negue a solidariedade e se afaste os valores éticos sociais esperados, todavia é oportuno salientar que em nossa Constituição há preceitos fundamentais que nos orientam em sentido contrário à individualidade proposta pela economia selvagem, como a função social da empresa, a boa-fé contratual, o dever de lealdade, todos esses valores éticos.

Se verificarmos o Direito do Trabalho e sua finalidade de proteção, equidade laboral, isonomia, justiça social, pessoalidade laboral (não coisificação do trabalhador), todos esses valores possuem um conteúdo ético.

E a fraternidade se vislumbra como valor ético fundamental a manter a coesão social e deve o Direito ser interpretado à luz desse valor.

Há regras em nosso ordenamento jurídico que contém ideias fraternas, todavia é necessário o reconhecimento do *status* da fraternidade como princípio, o reconhecimento de seu caráter normativo, aplicando-se o princípio da fraternidade no exercício interpretativo, bem como forma de integração, do mesmo modo como forma de inspiração ao legislador quando da confecção da lei.

A terceirização é um fenômeno econômico que ameaça a dignidade do trabalhador, ofende os direitos sociais, contraria Direitos Humanos do Trabalhador, e quiçá o princípio da fraternidade, logo o mais abalizado é que esse seja a solução para os conflitos sociais, inclusive no que tange à terceirização de mão-de-obra.

Quando se pensa em Revolução Francesa, a primeira frase que vem à mente é “liberdade, igualdade e fraternidade”.

Para a maioria dos juristas não se consegue vislumbrar uma sociedade justa, sem que essa não prime pela liberdade e pela igualdade, tal pensamento é abalizado, mas incompleto, se ausente a fraternidade.

Pergunta-se se não há lugar para a preocupação em se ter fraternidade no Direito? Será que os operadores de direito se olvidaram da fraternidade ou as pessoas que se esqueceram de ser fraternas? Será que fraternidade não está presente em algumas normas, todavia deveria estar presente em todas, tanto como elemento necessário na confecção das normas, como critério norteador de interpretação de qualquer instituto jurídico? É possível aplicar a fraternidade em nosso dia a dia? A fraternidade possui caráter normativo? Questiona-se qual é

o elo entre a fraternidade e o Direito, em especial no que tange ao Direito do Trabalho, e se seria possível a aplicação em matéria de terceirização? Esses são os pontos centrais deste passo da investigação.

Na verdade, a fraternidade é a mola propulsora de exteriorização humana de manifestações de liberdade e de igualdade, como salienta Voce¹⁴⁵ “os princípios de liberdade e igualdade, traduzidos no plano jurídico, reforçaram os direitos individuais, mas, se faltar a fraternidade, eles não são suficientes para tutelar a vida de inter-relação entre os seres e as comunidades.”

É certo que o Direito possui uma pluralidade de significações, conforme ensinamentos de Montoro¹⁴⁶, ou seja, o Direito como norma, como faculdade, como ciência, como fato social, mas quando se fala em fraternidade, considerando a alta densidade valorativa do termo, ganha maior relevância o Direito como justo, pois toda conduta fraterna se encontra eivada de justiça.

Praticar atos fraternos é agir de forma justa, logo é agir direito e em conformidade com o que se espera do Direito.

Montoro¹⁴⁷, ainda, explica que o direito no sentido de justo possui dois sentidos diferentes:

A primeira acepção pode ser denominada de ‘justo objetivo’ porque direito nesse caso; é aquele bem que é devido a uma pessoa por exigência da justiça. Nesse sentido o respeito à vida é devido a todo homem, o pagamento é devido ao vendedor, aposentadoria é devida ao empregado, o Imposto é devido ao Estado, etc. A esse sentido é as, que se refere à definição de S. Tomás, segundo a qual ‘direito é o que é devido a outrem, segundo uma igualdade’.

A ela corresponde com exatidão, o vocábulo *jus*. E significa o que é devido por justiça. É esse o significado da palavra “direito” na Declaração Universal dos Direitos Humanos.

A segunda acepção ligada ao conceito de justiça é, como vimos, a conformidade com a Justiça. No exemplo visto – ‘não é sinônimo de justo, mas justo aí significa um qualificativo. Indica a conformidade com as exigências da justiça’.

O direito na acepção de justo possui caráter instrumental, pois o direito não é um fim em si mesmo, e sim uma forma de alcançar o bem comum, tendo por escopo realizar a justiça. Nesse sentido os ensinamentos de Reale¹⁴⁸:

O valor próprio do Direito é, pois, a Justiça – não entendida como simples relação extrínsecas ou formal, aritmética ou geométrica, dos atos humanos, mas sim como

¹⁴⁵VOCE, Maria. **Direito & fraternidade**: O Congresso Comunhão e Direito; a origem, a proposta, a idealidade. São Paulo: LTr, 2008. p.19.

¹⁴⁶MONTORO, 1996, p. 33.

¹⁴⁷MONTORO, 1996, p. 38.

¹⁴⁸REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 272.

uma unidade concreta desses atos, de modo a constituírem um bem intersubjetivo, ou melhor, o bem comum.

A Justiça que, como se vê, não é senão a expressão unitária e integrante dos valores todos de convivência, pressupõe o valor transcendental da pessoa humana, e representa, por sua vez, o pressuposto de toda a ordem jurídica.

Se como visto o justo é o valor fundante do Direito, inseparável é a ideia de Direito-Justo e a ideia de fraternidade, pois amor recíproco, quiçá, seja o melhor caminho a se alcançar o bem comum, logo cabível a preocupação com a fraternidade no universo jurídico.

Não se pode aceitar uma ideia positivista que Justiça é elemento extrajurídico, pois caso contrário o Direito perde sua essência e o porquê de sua existência, sendo apenas mera dogmática jurídica.

É demasiadamente justo aplicar um Direito Humanista que possibilite o bem comum, que vise a erradicação da pobreza, que tutele a dignidade da pessoa humana, que respeite as culturas, que promova a proteção aos interesses coletivos, de forma que se harmonize com os interesses individuais.

Embora no mundo se tenha uma diversidade cultural, de raça, de geografia, de religião e de pensamentos, no aspecto subjetivo todos são iguais, formada por pessoas, de carne e osso, que nascem da mesma forma e se tornam “pó sob a terra” do mesmo modo, isto é, todos são pessoas que fazem parte da família humana, que possuem uma mesma origem, **ou** seja, o Criador, e caminham, carnalmente para o mesmo destino: a morte.

O maior bem da humanidade é o próprio ser humano que não deve ser violado em sua dignidade. Então, se há um ponto em comum em toda a humanidade, ou seja, a pessoa, significa dizer que é possível existir valores básicos que sirva de aplicabilidade de forma universal, quiçá sendo seu maior esteio a ideia de fraternidade.

De tal forma, a fraternidade realmente foi esquecida, tanto pelos ordenamentos jurídicos quanto pelas pessoas, provas disso foram as duas Grandes Guerras, todavia, a fraternidade vem sendo redescoberta, ocupando o espaço que é dela no universo jurídico.

Como já dito, não que aqui se negue a confecção de normas fraternas em nosso ordenamento jurídico, a questão é outra, a questão é a falta de justificação da existência e de interpretação das regras pelo princípio da fraternidade.

O homem deveria se conscientizar da necessidade de fraternidade, e não só os operadores do Direito, como toda a sociedade, primeiro em dever ao Pai e segundo que só

assim, realmente, haverá efetividade do princípio da fraternidade. Nessa esteira, destaca Pozzoli¹⁴⁹:

Enfim, uma vez mais chamamos a atenção do leitor para o processo de conscientização do cidadão, sem o qual fica difícil crer na efetividade da norma constitucional, que coloca no seu preâmbulo o objetivo a ser alcançado pelo Estado Brasileiro como a realização de uma sociedade fraterna.

Mas enquanto o ser humano não estiver devidamente conscientizado da necessidade de praticar atos fraternos, de forma espontânea, o Direito deve exigir aludida postura das partes quando da prática de seus atos e dos operadores, quanto à interpretação do Direito e do legislador quanto à confecção das normas.

Aliás, não há universo, seja jurídico ou não, que não caiba a ideia de fraternidade, o que se coaduna com a ideia de que tudo foi feito por Deus e para Ele.

O significado de fraternidade é extraído do Dicionário Aurélio¹⁵⁰, do “latim *Fraternitate* s.f. 1. Parentesco de irmãos; irmandade. 2. Amor ao próximo; fraternização. 3. União e convivência como de irmãos; harmonia, paz, concórdia, fraternização”.

Como se vê acima o vocábulo fraternidade se originou do latim da palavra *fraternitatis* de *frater*, ou seja, da palavra irmão, isto é irmão perante Deus, conforme se denota do dicionário Latino-Italiano e Italiano-Latino¹⁵¹, “*Frater, fratris* m., *fratello: frater germanus*, *fratello carnale; frates gemini o gemelli; gemelli; frates pratrucles*, *fratelli cugini; frates Arvales*, *I sacerdoti Arvalli; Haeduí a senatu frates appellati*, *gli Edui chiamati fratelli da senato*”.

Além do conceito de fraternidade, localizado no dicionário, importante se faz trazer um conceito jurídico de fraternidade, elaborado por Pozzoli¹⁵²:

Fraternidade é um termo de inspiração bíblica que pode ser parafraseado juridicamente como justiça social e bem comum, e, em matéria de ética filosófica, como solidariedade e co-responsabilidade.

Esse conceito, incorporado por um humanismo verdadeiramente integral, implica que cada ser humano lute e até mesmo se sacrifique por uma vida melhor para seus semelhantes, ensinamento este em perfeita sintonia com os princípios bíblicos.

¹⁴⁹ POZZOLI, Lafayette. Reflexos das legislações internacionais nas políticas públicas de inclusão no Brasil. **Revista @mbiente da educação**, São Paulo, v.1, n.2, p.09-20, ago./dez., 2008. Disponível em: <http://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso_para_Selecao.pdf>. Acesso em: 10 jan. 2013. p. 17.

¹⁵⁰ FERREIRA, 1986, p. 810.

¹⁵¹ CAMPANINI, Giuseppe; CARBONI, Giuseppe. **Latino-Italiano, Italiano-Latino**. Roma: Casa Paravia, 1913.

¹⁵² POZZOLI, Lafayette. Maritain e o Direito. **Síntese**, Belo Horizonte, v. 28, n. 92, p. 419-421, 2001. Disponível em: <<http://www.faje.edu.br/periodicos/index.php/Sintese/article/download/552/975>>. Acesso em: 10 jan. 2013.

Explica Agnes Bernhard¹⁵³ a íntima interdependência entre a legalidade, igualdade e fraternidade:

Segundo opinião comum, o conceito de fraternidade está ligado aos princípios de liberdade e de igualdade, assegurados por constituições em todos os Estados modernos. O conceito de fraternidade pressupõe a liberdade individual e a igualdade de todos os homens, e está numa relação de interdependência mútua com esses dois princípios. Os três conceitos tem por raiz a dignidade da pessoa humana.

Do Santo Evangelho¹⁵⁴ se extraem ensinamentos de fraternidade, como respeito mútuo, solidariedade, misericórdia com o próximo, tolerância, comunhão e, principalmente, o amor recíproco, nesse sentido:

Portanto, tudo o que vós quereis que os homens vos façam, fazei-lho também vós, porque esta é a lei e os profetas. (Mateus 7:12)
 Mas a vós, que isto ouvis, digo: Amai a vossos inimigos, fazei bem aos que vos odeiam; Bendizeis os que vos maldizem, e orai pelos que vos caluniam.
 Ao que te ferir numa face, oferece-lhe também a outra; e ao que te houver tirado a capa, nem a túnica recuses; (Lucas 6: 27 a 29)
 E, respondendo ele, disse: Amarás ao Senhor teu Deus de todo o teu coração, e de toda a tua alma, e de todas as tuas forças, e de todo o teu entendimento, e ao teu próximo como a ti mesmo. (Lucas 10:27)
 Oh!quão bom e quão suave é que os irmãos vivam em união (Salmo 133).

Como se deve realizar a fraternidade em nosso dia a dia? É só pensarmos que temos um Pai em comum, que fazemos parte de uma mesma família, denominada família humana, e devemos praticar atos com amor recíproco, conforme entendimento defendido pelo Movimento dos Focolares, nessa esteira Caso¹⁵⁵:

E, quale il modo di vivere questa fraternità, rendendola effettiva nel quotidiano? Abbiamo compreso che questo modo è l'amore reciproco, vissuto sul modello della vita della Santissima Trinità, dove le Persone si annullano per amore l'una nell'altra, per ritrovarsi, in un crescendo continuo di Vita – se così possiamo dire in termini umani- sempre più autenticamente persone e sempre più profondamente comunione, unità.
 Noi, uomini e donne, siamo chiamati ad imitare questo Altissimo modello in tutti i rapporti, ad ogni livello della vita sociale. Il diritto, fin dal suo nascere, è stato visto come regola della vita sociale. Mi piacerebbe vedere questa funzione regolatrice innervata dal comandamento nuovo dell'amore reciproco, così nella funzione più propriamente normativa come nella pratica quotidiana di tutte le relazioni giuridiche, per la realizzazione della fraternità.
 156

¹⁵³ BERNHARD, Agnes. **Direito & Fraternidade**: elementos do conceito de fraternidade e de direito constitucional. São Paulo: LTr, 2008. p.61.

¹⁵⁴ BIBLIA. Português. **Bíblia sagrada**. Disponível em <<http://www.bibliaweb.com.br/>>. Acesso em: 15 fev. 2013.

¹⁵⁵ CASO, Giovanni. *Diritto e fraternità nella costruzione della giustizia*. In: CONGRESSO NAZIONALE BRASILE. Disponível em: <<http://comunionediritto.org/it/eventi-testi/congresso-brasile-2008/discorsi-2008/79-sessione-di-apertura-2008.html>> Acesso em: 15 fev. 2013.

¹⁵⁶ E, como o modo de vida dessa fraternidade, torna-se efetiva na vida cotidiana? Entendemos que, para tanto, é o amor mútuo, viver no modelo da vida da Santíssima Trindade, onde as pessoas se anulam por amor a outra, para encontrar-se, em um contínuo crescimento de vida - se é que posso dizer em termos cada vez mais

O dispositivo universal que expressa a obrigatoriedade da fraternidade nas relações jurídicas se encontra no artigo 1.º Da Declaração Universal dos Direitos Humanos: “Todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotadas de razão e consciência e devem agir em relação umas as outras com espírito de fraternidade”.

Em nossa Carta Magna atual o vocábulo “fraterna” aparece uma única vez no Preâmbulo da Constituição Federal de 1988, logo poderia se questionar se fraternidade teria caráter normativo constitucional, pois sua previsão se encontra somente no Preâmbulo da Carta Maior:

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 BRASIL¹⁵⁷.

Embora o assunto seja divergente, no que tange à possibilidade de haver norma constitucional no preâmbulo, em matéria de fraternidade, melhor entendimento é aquele que advoga em favor de que a fraternidade possui valor jurídico pelos seguintes motivos: o Preâmbulo contém exortação no sentido dos princípios inscritos no bojo do texto constitucional, logo é norma de reprodução obrigatória, ou seja, um princípio no Preâmbulo positivado no corpo da Constituição é norma constitucional. Se há no preâmbulo o comando de se buscar uma sociedade fraterna e ter no corpo da Constituição, dispositivo que preconize ter por objetivo fundamental da República Federativa do Brasil construir uma sociedade solidária, significa dizer que fraternidade é um princípio positivado e tem força normativa.

Como se vê sociedade fraterna se confunde com sociedade solidária. Bernhard¹⁵⁸ comunga da mesma opinião: “Esse conceito de fraternidade contém também o aspecto da solidariedade e da equidade”. Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal já julgou conforme aponta Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco¹⁵⁹:

autenticamente, pessoas humanas, e cada vez maior a comunhão, a unidade. Nós, homens e mulheres, somos chamados a imitar este modelo do Todo-Poderoso em todas as relações em todos os níveis da vida social. O direito, desde a sua criação, tem sido visto como uma regra de vida social. Eu adoraria ver essa função reguladora eivada pelo mandamento novo do amor mútuo, bem como a legislação na função mais adequada para a prática diária de todas as relações jurídicas para a realização da fraternidade. (Tradução do Autor).

¹⁵⁷ (BRASIL, 1988, grifo nosso).

¹⁵⁸ BERNHARD, 2008, p.62.

¹⁵⁹ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 89.

Assim, por exemplo, o Preâmbulo já foi suscitado como confirmação do acerto de deliberação legislativa, que considerara a visão monocular como hipótese compreendida na reserva de vaga em concurso público para portador de deficiência física. Lê-se na decisão que ‘a reparação ou compensação dos fatores de desigualdade factual com medidas de superioridade jurídica constitui política de ação afirmativa que se inscreve nos quadros de sociedade fraterna que se lê desde preâmbulo da Constituição de 1988’.

A fraternidade não dispensa a necessidade da existência do Direito, a convivência entre ambos é possível e repisa-se a existência do primeiro não faz com que seja despicienda a existência do segundo, pois as normas são confeccionadas e por consectário também interpretadas à luz da ideia de fraternidade.

Explica Fausto Gorla¹⁶⁰ salientando que a depender como o Direito é concebido, pode sim se aceitar a necessidade do Direito, mesmo em uma sociedade impregnada de fraternidade:

Por exemplo, os seguidores de teorias institucionais (qual o francês Hauriou e o italiano Santi Romano), que pensam o Direito inerente a qualquer grupo social organizado, não teriam dificuldade em admitir a sua existência também numa sociedade completamente fraterna. Segundo essa concepção, a fraternidade poderia e apresentar-se como experiência vivida com relacionamentos positivos e enriquecedores, traduzidos em Direito justamente para assumir caráter estável e institucional.

A fraternidade deve ser interpretada como ponto de equilíbrio nas relações interpessoais, e entre o particular e o coletivo, como por exemplo, não é porque se deve ser misericordioso e solidário que não se deve penalizar ou aplicar determinada sanção previamente prevista contra quem praticou um ato ilícito ou ilegal, todavia a sanção deve estar evitada de fraternidade tanto quanto ao seu conteúdo quanto a sua forma de aplicação.

Outros aspectos de fraternidade que devem ser salientados são os deveres do particular para com a comunidade, fulcrados na ideia de que se possuímos direitos individuais, também possuímos deveres para com toda a sociedade, e essa responsabilidade social é sem dúvida expressão de fraternidade.

Nota-se a fraternidade em vários preceitos jurídicos, inclusive em âmbito internacional, no Direito Civil quando da análise do instituto da boa-fé, da tutela à instituição familiar, no Direito Administrativo com a participação do Estado de forma a efetivar realmente os interesses públicos primários, como no Direito Internacional quando se estabelece um patrimônio comum da humanidade, bem como a vedação a qualquer forma de

¹⁶⁰ GORLA, Fausto. **Direito & Fraternidade**: fraternidade e direito, algumas reflexões. São Paulo: LTr, 2008. p. 26.

tortura, especialmente a existência de Direitos Humanos com destaque a dignidade humana, sendo que esses últimos devem refletir seus efeitos em todas as searas do Direito.

Não diferentemente, ocorre no que tange ao Direito do Trabalho que sem dúvida é um dos direitos mais eivados de preceitos de fraternidade. Todavia, repisa-se o princípio da fraternidade deve existir na aplicação de todo o Direito, em respeito ao comando constitucional.

O Direito do Trabalho na sua essência busca o equilíbrio entre capital e o trabalho e para tanto se baseia em direito material protetivo, de tal forma, exige que o Estado exerça dirigismo contratual de forma a tutelar o trabalhador em razão de sua hipossuficiência.

Como se vê, pela afirmação acima, o Direito do Trabalho em sua essência foi todo construído com ideias fraternas, a ideia de proteção ao mais fraco, embora pouco se tenha falado da aplicabilidade do princípio da fraternidade nas relações trabalhistas.

Repisa-se que o que se quer com as presentes linhas é despertar no operador de Direito a ideia da necessidade de se repensar o Direito do Trabalho à luz da fraternidade.

A dignificação do trabalho veio com o cristianismo. Logo na essência o Direito do trabalho é eivado de fraternidade. Nesse sentido explica Vianna¹⁶¹:

Neste mundo terreno, o homem teria de ganhar o pão com suor de suas próprias mãos e seria com o seu esforço que ele deveria viver para ser digno, não bastando, para ter dignidade, a posse de bens materiais que lhe dessem direito ao ócio. E São Paulo dizia claramente ‘Cum essemus, apud vos, hoc denuntia bamus vobis: quoniam si quis non vult operari, nem manducet’.

A construção e a convalidação dos institutos juslaborais foi influenciada pelos ideais de fraternidade pregados pelo cristianismo, v.g., cabe lembrar a já citada Encíclica *Rerum Novarum* e suas orientações, entre outras.

Segadas Vianna¹⁶² pondera, fazendo menção a Geraldo Bezerra de Menezes:

Nas diversas épocas da história, sempre os pensadores, da Igreja abordaram a questão social com alto espírito de humanidade e, em todos eles, quer em Santo Agostinho, São Gregório Magno ou São Tomás, as doutrinas expostas convinhavam valiosos ensinamentos. Se a Encíclica do Papa Leão XIII, conhecida com o nome de ‘Rerum Novarum’, marca o ponto culminante da participação da Igreja na solução do problema social, é certo, entretanto, que em todo o século XIX, através das figuras mais representativas, o catolicismo cuidou dos interesses do proletariado.

O próprio Leão XIII, ainda quando arcebispo de Perusa, apontou, em várias pastorais a necessidade de serem olhados com mais humanidade os operários. Geraldo Bezerra de Menezes, em seu consciencioso estudo sobre a participação da

¹⁶¹ VIANNA, Segadas; SÜSSEKIND, Arnaldo; MARANHÃO, Délio; TEIXEIRA, Lima. **Instituições de Direito do Trabalho**. 18. ed.. São Paulo, LTr, 1999. V. I. p. 99.

¹⁶² Ibid., p. 97.

Igreja na solução do problema social, aponta inúmeros exemplos: ‘Monsenhor Jacobini, na Itália; o Barão de Vogelsang, na Áustria, este preconizando o seguro social e a fixação do salário mínimo e defendendo a organização corporativa; Monsenhor Ketteler (1811-1887), Bispo de Mogúncia, e Cônego Hitze, na Alemanha – todos se impuseram pelos escritos e pregações em torno à solução cristã do problema’.

Nessa esteira Vianna¹⁶³ aponta a importância da Encíclica *Rerum Novarum* para o Direito do Trabalho, encíclica essa de demasiado comando fraterno:

No final do século XIX a participação da Igreja Católica na solução do problema social tomou sentido mais direto com a Encíclica *Rerum Novarum*, de 15 de maio de 1891, da autoria do Papa Leão XIII, que se refere ao trabalho, ‘que deve ser considerado, na teoria e na prática, não mercadoria, mas um modo de expressão direta da pessoa humana. Para a grande maioria dos homens, o trabalho é a única fonte dos meios de subsistência. Por isso a sua remuneração não pode deixar-se à mercê do jogo automático das leis do mercado; pelo contrário, deve ser estabelecida segundo as normas de justiça e da equidade, que, em caso contrário, ficariam profundamente lesas, ainda, mesmo que o contrato de trabalho fosse livremente ajustados por ambas as partes’. (...) **Ao Estado, compete, velar para que as relações de trabalho sejam reguladas a justiça e a equidade, e para que nos ambientes de trabalho ‘não seja lesada, nem no corpo e nem na alma, a dignidade da pessoa humana’.**

A redenção do proletariado, por meio do salário justo, é o pensamento de Pio XI e o conteúdo do que se pode chamar ‘a Declaração dos direitos naturais do trabalhador, de Leão XIII’ – diz De La Cueva. (grifo nosso).

Vianna¹⁶⁴ adverte a necessidade de aplicação dos ideais de fraternidade pregados na encíclica *Rerum Novarum* como forma de pacificação social nas relações laborais:

A *Rerum Novarum* contém advertências que devem ser meditadas e lições que já deveriam ter sido seguidas. Condena “a influência da riqueza das mãos de pequeno número do lado da indigência da multidão”, denuncia ‘a usura voraz do homem ávidos de ganância e de insaciável ambição’ e profliga o “o vergonhoso e desumano usar dos homens como de vis instrumentos de lucro’ (..)

Nessa Encíclica, Leão XIII observa ‘Na proteção dos direitos particulares, o Estado deve se preocupar-se, de uma maneira especial, dos fracos e dos indigentes. A classe rica faz das suas riquezas uma espécie de baluarte, e tem menos necessidade da tutela pública. A classe indigente, ao contrário, sem riqueza que a ponham a coberto das injustiças, conta principalmente com a proteção do Estado’.

A preocupação com a saúde física e mental do trabalhador, em detrimento do lucro é uma manifestação de fraternidade. O próprio princípio da proteção ao hipossuficiente é expressão de fraternidade.

O instituto laboral da participação dos lucros também é uma forma de expressão de fraternidade, pois o empresário abre mão de parte de seu lucro de forma a incentivar seus

¹⁶³ Ibid., p. 98.

¹⁶⁴ VIANNA; SUSSEKIND; MARANHÃO; TEIXEIRA, 1999, p. 99.

empregados a “vestirem a camisa da empresa”, assim empregado e empregador se tornam partes de um mesmo corpo. E distribuir o lucro é uma forma de fraternidade, ainda, que para alguns, em última análise, o empresário tenha por escopo aumentar a produção e opta por repartir o lucro com seus obreiros para futuramente aumentar sua produção.

A legislação que trata sobre a inclusão de pessoas portadoras de deficiência nas relações de emprego, v.g. o art. 93 da Lei n.º 8.213-91, bem como a Lei 7.853 de 1989, também se vislumbram como normas permeadas pela fraternidade.

Gómez¹⁶⁵ destaca a utilização da fraternidade no campo laboral empresarial:

A fraternidade pode mostrar o modo de gerir a empresa. Uma empresa bem administrada deve mirar a tutelar os interesses dos sócios, já que racional que o capital frutifique convenientemente, No entanto isso não deve contrapor a exigência de pagar justo salário aos trabalhadores, prestar serviços que respeitem o princípio do equilíbrio das trocas, garantir a equidade em relacionamentos com is clientes e fornecedores e o respeito das normas fiscais e administrativas.

Isso pode acarretar a redução do lucro econômico imediato dos sócios. No entanto, permite aumentar aquele social que, ao longo do tempo, favorece o bom desempenho das empresa. Uma gestão inspirada na fraternidade deve levar em conta todos esses elementos, para visar ao bem de todos, harmonizando os vários direitos e interesses.

Vislumbram-se como preceitos fraternos no Preâmbulo da Constituição da Organização Internacional do Trabalho, direitos que deveriam ser respeitados universalmente, como um verdadeiro núcleo duro para todas as nações, de forma a se respeitar os direitos humanos do trabalhador, conforme se destaca em negrito abaixo:

Preâmbulo

Considerando que a paz para ser universal e duradoura deve assentar sobre a justiça social; Considerando que existem condições de trabalho que implicam, para grande número de indivíduos, miséria e privações, e que o descontentamento que daí decorre põe em perigo a paz e a harmonia universais, e considerando que é urgente melhorar essas condições no que se refere, por exemplo, **à regulamentação das horas de trabalho, à fixação de uma duração máxima do dia e da semana de trabalho, ao recrutamento da mão-de-obra, à luta contra o desemprego, à garantia de um salário que assegure condições de existência convenientes, à proteção dos trabalhadores contra as moléstias graves ou profissionais e os acidentes do trabalho, à proteção das crianças, dos adolescentes e das mulheres, às pensões de velhice e de invalidez, à defesa dos interesses dos trabalhadores empregados no estrangeiro, à afirmação do princípio "para igual trabalho, mesmo salário", à afirmação do princípio de liberdade sindical, à organização do ensino profissional e técnico, e outras medidas análogas;** Considerando que a não adoção por qualquer nação de um regime de trabalho realmente humano cria obstáculos aos esforços das outras nações desejosas de melhorar a sorte dos trabalhadores nos seus próprios territórios.

AS ALTAS PARTES CONTRATANTES, movidas por sentimentos de justiça e humanidade e pelo desejo de assegurar uma paz mundial duradoura, visando os fins enunciados neste preâmbulo, aprovam a presente Constituição da Organização

¹⁶⁵ GÓMEZ, Salvador Morillas. **Direito & Fraternidade**: pistas de fraternidade na aplicação de direito empresarial. São Paulo, Cidade Nova, LTr, 2008. p. 91.

Internacional do Trabalho¹⁶⁶. (grifos nossos).

Denotam-se também preceitos fraternos no anexo à declaração referente aos fins e objetivos da Organização Internacional do Trabalho, que deveriam ser encarados universalmente como um núcleo duro de direitos, a serem adotados em todos os países, em qualquer lugar do mundo que haja trabalho, como os preceitos elencados abaixo.

O trabalho não é uma mercadoria; a liberdade de expressão e de associação é uma condição indispensável a um progresso ininterrupto; a penúria, seja onde for, constitui um perigo para a prosperidade geral; a luta contra a carência, em qualquer nação, deve ser conduzida com infatigável energia, e por um esforço internacional contínuo e conjugado, no qual os representantes dos empregadores e dos empregados discutam, em igualdade com os dos Governos e tomem com eles decisões de caráter democrático, visando o bem comum, todos os seres humanos de qualquer raça, crença ou sexo têm o direito de assegurar o bem-estar material e o desenvolvimento espiritual dentro da liberdade e da dignidade, da tranquilidade econômica e com as mesmas possibilidades; a realização de condições que permitam o exercício de tal direito deve constituir o principal objetivo de qualquer política nacional ou internacional; quaisquer planos ou medidas, no terreno nacional ou internacional, máxime os de caráter econômico e financeiro, devem ser considerados sob esse ponto de vista e somente aceitos quando favorecerem e não entravarem a realização desse objetivo principal; as Nações do Mundo devem promover programas que visem proporcionar emprego integral para todos e elevar os níveis de vida que proporcionem dar a cada trabalhador uma ocupação na qual ele tenha a satisfação de utilizar, plenamente, sua habilidade e seus conhecimentos e de contribuir para o bem geral; as nações devem adotar normas referentes aos salários e às remunerações, ao horário e às outras condições de trabalho, a fim de permitir que todos usufruam do progresso e, também, que todos os assalariados que ainda não o tenham, percebam no mínimo um salário vital; as nações devem assegurar o direito de ajustes coletivos, incentivar a cooperação entre empregadores e trabalhadores para melhoria contínua da organização da produção e a colaboração de uns e outros na elaboração e na aplicação da política social e econômica; as nações devem assegurar uma proteção adequada da vida e da saúde dos trabalhadores em todas as ocupações; as nações devem garantir a proteção da infância e da maternidade, devem assegurar as mesmas oportunidades para todos em matéria educativa e profissional.

¹⁶⁶ BRASIL, 1988.

A possibilidade de criação de um direito laboral mínimo universal, um núcleo duro que priorize a dignidade humana do trabalhador, iria ao encontro do princípio da fraternidade.

Como se percebe, o direito do trabalho é eivado de ideias fraternas, mas a necessidade de se encarar o princípio da fraternidade, com o *status* que lhe é de direito, ou seja, de norma jurídica, de forma a se aplicar em todos os institutos de direito, em especial, nas hipóteses em que haja o interesse eminentemente econômico, como ocorre nos casos de terceirização de mão-de-obra.

Com a terceirização sem limites apropriados, há precarização dos direitos sociais, da dignidade humana do trabalhador, logo há a necessidade de aplicação do princípio da fraternidade nas relações de terceirização de mão-de-obra.

A fraternidade não é denotada, tão somente, no direito material, como também, no direito processual, exemplo é o instituto da conciliação e da transação.

Tratando-se de processo do trabalho, a conciliação é buscada constantemente, sendo inclusive exigível ao magistrado, que dê oportunidade às partes conciliarem, em dois momentos obrigatórios, e essa busca pela conciliação é manifestação de fraternidade.

As partes para transigirem necessitam abrir mão de parcelas de suas pretensões, “baixarem as armas” e sem dúvida este ato é expressão de fraternidade.

Com o reconhecimento normativo do princípio da fraternidade, o magistrado seria conduzido por mais um elemento normativo a convencer que as partes devem se aproximar e se conciliarem.

No que tange, ainda, à ideia de conciliação a interpretação do direito à luz da fraternidade, mudaria a face das relações jurídicas, inclusive o ensinamento jurídico, pois nos bancos universitários, o operador do direito deixaria sua aprendizagem eminentemente de ser litigante, e buscaria uma aprendizagem de ser conciliador.

Diga-se de passagem, a Justiça do Trabalho, por ser uma Justiça conciliadora por excelência, eiva o processo de ideais fraternas, de aproximação das partes, de compreensão por parte dos litigantes, em abrir mão de parte de seus interesses, de forma a contemplar a transação. Em alguns casos o reclamante que celebra acordo com a reclamada em juízo retorna futuramente a trabalhar para esta, ou seja, há uma ideia de perdão mútuo, os ressentimentos caem no esquecimento, ocorrendo assim o que se espera em uma sociedade fraterna.

Há omissão legislativa quanto à matéria de terceirização, as decisões são baseadas em Súmula do Tribunal Superior do Trabalho, na teoria da culpa, presente na responsabilidade civil, e no regramento das subempreitadas, nesse último caso pela via da

analogia, decisões judiciais que muitas das vezes não são efetivas, sendo necessária a aplicação da fraternidade de forma a se convalidar o entendimento de solidariedade jurídica (no que condiz à obrigação e a responsabilidade), em qualquer caso seja responsabilidade-fim ou meio, até mesmo porque se todos os envolvidos na cadeia de produção somam esforços na obtenção do lucro, da mesma forma devem somar esforços, no tangente ao cumprimento dos direitos laborais, o que também resultará na solidariedade social orgânica.

Em matéria de terceirização, nota-se que se aplicando o princípio da fraternidade, a resposta adequada à problemática jurídica é a solidariedade jurídica, ou seja, a palavra solidariedade se confunde com fraternidade, devendo assim as empresas envolvidas na terceirização responderem de forma solidária pelas obrigações trabalhistas.

Da forma que a terceirização vem ocorrendo, sem limites adequados, não há uma distribuição de riquezas, de forma justa e fraterna, havendo assim a necessidade de se encontrar respaldo jurídico para se reconhecer a solidariedade jurídica e social nas decisões que tratem de terceirização, de forma que haja a partilha dos bens entre empresários e empregados.

Há regras em nosso ordenamento jurídico que contêm ideias fraternas, todavia é necessário o reconhecimento do *status* da fraternidade como princípio, o reconhecimento de seu caráter normativo. O melhor entendimento é aquele que advoga em favor de que a fraternidade possui valor jurídico sim, ou seja, *status* de princípio constitucional. A fraternidade deve ser interpretada como ponto de equilíbrio nas relações interpessoais e entre o particular e o coletivo. Nota-se a fraternidade em vários preceitos jurídicos, inclusive em âmbito internacional.

Repisa-se o Direito do Trabalho em sua essência foi todo construído com ideias fraternas, embora pouco se tenha falado da aplicabilidade do princípio da fraternidade nas relações trabalhistas. Em matéria de terceirização, nota-se que se aplicando o princípio da fraternidade, a resposta adequada à problemática jurídica é a solidariedade.

Entender pela solidariedade em qualquer caso de terceirização, seja no caso de atividade-fim, seja no caso de atividade-meio, com fundamento no próprio princípio da fraternidade inserto na Constituição de forma a dar concretização aos preceitos constitucionais do valor social do trabalho e a dignidade do trabalhador, talvez seja esse o caminho que poderá afastar a precarização dos direitos laborais, nos casos de terceirização. Para tanto, faz-se necessária uma releitura à luz da fraternidade, do instituto da terceirização de mão-de-obra.

2.4 Do contrato de trabalho e da responsabilidade laboral

2.4.1 Aspectos subjetivos e objetivo do contrato de trabalho

Importante se faz como elemento teórico estruturante dos assuntos a serem tratados, enfrentar alguns aspectos subjetivos e objetivos do contrato de trabalho.

Cabe mencionar que quanto à natureza jurídica do contrato de trabalho há os que defendem sua natureza contratual e outros que a negam, entre esses últimos há a teoria da instituição e da relação de trabalho.

O contrato de trabalho é celebrado entre empregado e empregador. O empregado é toda pessoa física que presta serviços, pessoalmente, de forma subordinada e de natureza não eventual. O empregador é pessoa física ou jurídica ou, ainda, que esse não possua personalidade jurídica, mediante salário, por conta e risco do tomador, conforme dispõe o texto laboral brasileiro consolidado em seus artigos segundo e terceiro.

São requisitos do contrato de trabalho a continuidade (trabalho deve ser prestado de forma não eventual), a pessoalidade (*intuitu personae*), a alteridade (riscos do empreendimento é do empregador), a onerosidade (pagamento de salário e demais verbas) e a subordinação (subordinação jurídica).

Cabe aqui destacar que a pessoalidade é pertinente exclusivamente ao empregado, por outra face, há a despersonalização do empregador, sendo a empresa responsável pelo ato produtivo, isso se coaduna com a ideia de sucessão de empregadores e de obrigação e responsabilidade da empresa tomadora no caso de terceirização, conforme se quer pugnar na presente investigação.

É bem verdade que a relação laboral vem se mitigando de tal maneira que a subordinação jurídica, que quiçá seja o requisito mais importante na constatação do contrato de trabalho, tenha hoje que ser vista com outros olhos, de forma a tutelar os direitos laborais, como ocorre nas problemáticas decorridas das hipóteses de terceirização.

A despersonalização do empregador, sendo a empresa responsável pelo ato produtivo, se amolda com o ideal de obrigações e responsabilidade da empresa tomadora no caso de terceirização em relação ao trabalhador.

A principal prestação por parte do empregado é a prestação de serviço, em contraprestação por parte da empresa é o pagamento das verbas salariais.

Naturalmente, quem deve solver o crédito trabalhista é o empregador, todavia em matéria trabalhista, há hipóteses de responsabilidades subsidiária e solidária, v.g. no caso de subempreitada, nos contratos por empresa trabalho temporário (falência), no caso sucessão de empresas etc.

O contrato de trabalho se rege pelos princípios da boa-fé e da lealdade.

Como se verá no último capítulo, a terceirização mitiga a relação obrigacional laboral subjetivamente, pois o tomador de mão-de-obra já não mais é o empregador de direito, o que influencia em matéria de obrigações e responsabilidade trabalhistas.

2.4.2 Das responsabilidades objetiva, subjetiva, contratual, extracontratual, solidária e subsidiária

Doravante, conforme já denotado, que a presente investigação ventila sobre termos pertinentes ao instituto da obrigação e da responsabilidade, ainda, que de passagem, trazem-se à baila alguns conceitos pertinentes ao direito obrigacional, de forma a clarificar os termos obrigação e responsabilidade e as modalidades de responsabilidades encontradas em nosso ordenamento jurídico.

Primeiramente, cabe diferenciar responsabilidade de obrigação, pois a relação obrigacional tem seu nascedouro com a vontade das partes e deve ser cumprida socialmente de forma espontânea. Caso não se cumpra a obrigação, dá-se azo à responsabilidade.

Entende-se por responsabilidade contratual aquela que resulta de um ilícito contratual (falta de pagamento ou mora), nesse caso a obrigação é antecedente e é desnecessário o contratante provar a culpa do inadimplente bastando o inadimplemento.

Por outra banda, a responsabilidade extracontratual, também denominada de *aquiliana*, decorre de ofensa à norma, pois inexistente vínculo obrigacional antecedente, entre as partes, nesse caso, impescinde a prova da culpa, sendo assim necessário provar conduta ilícita dolosa ou culposa, nexos de causalidade e dano. Em alguns casos esta responsabilidade se dá independente da culpa e com base no risco.

Quando a responsabilidade aquiliana se dá independentemente da culpa, ela é objetiva, em havendo necessidade desse elemento para sua caracterização, a responsabilidade é subjetiva.

No que tange à responsabilidade solidária, cabe ter noção do que se entende por obrigação solidária, do ponto de vista do sujeito passivo, visto terem conteúdos

indissociáveis. Nas obrigações solidárias, concorrem vários devedores, sendo que cada devedor tem o dever de prestar integralmente o objeto da obrigação, independentemente de benefício de ordem, sendo assim, pode-se concluir que a responsabilidade solidária implica no dever de todos os devedores solidários, *in solidum*, de solver o débito comum, independentemente de benefício de ordem.

Por outra face, a responsabilidade subsidiária implica em um termo de ordem, ou seja, caso o primeiro devedor não tenha patrimônio a solver o seu débito, passa-se a busca patrimonial pertinente aos demais devedores.

Nesta esteira de pensamento, quer se advogar no sentido de estabelecer fundamentos jurídicos e sociais para que a obrigação seja solidária, ou seja, o tomador seria obrigado pelas prestações, as quais a fornecedora de mão-de-obra vê-se obrigada por lei em relação ao trabalhador terceirizado, ou seja, a obrigação seria solidária e por consectário a responsabilidade também seria solidária.

Aceitando-se a obrigação solidária, seus efeitos seriam mais impactantes do que mera responsabilidade solidária, pois o tomador vigiaria com maior zelo as condições de trabalho e o cumprimento dos direitos laborais, responderia pelas fiscalizações laborais promovidas pelo Ministério do Trabalho e Emprego (nessa linha de pensamento o tomador iria fiscalizar, durante a permanência do contrato de trabalho, o cumprimento das normas de segurança e medicina laboral, pertinentes ao trabalhador terceirizado), de tal forma que escolheria melhor o seu prestador.

2.5 Terceirização face dos direitos constitucionais, sociais, laborais mínimos do trabalhador e da solidariedade orgânica de Durkheim

Em nossa contemporaneidade, as constituições começaram a tutelar o homem, não apenas como ser político, mas também como homem social, impondo uma conduta de índole social do Estado para com o particular e mesmo entre os particulares, movimento que a doutrina denomina de constitucionalismo social.

Nesse sentido Sussekind¹⁶⁷ preleciona: “As constituições da fase contemporânea da história passaram a cuidar do homem social ao lado do homem político; e, para fazê-lo, opuseram limites à autonomia da vontade dos indivíduos, em homenagem ao interesse público e à força normativa da realidade (Jellinek)”.

¹⁶⁷ SÜSSEKIND, Arnaldo Lopes. **Direito constitucional do trabalho**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p.13.

A Constituição Suíça de 1874 foi a primeira a ter em seu bojo importantes direitos laborais, na Constituição Francesa de 1848, também houve referência aos direitos laborais, por outra face, foi na Constituição do México de 1917 que se estabeleceu um rol significativo de direitos sociais laborais. A Alemanha, na Constituição de Weimar, após derrotada, na Primeira Grande Guerra com os ideais socialistas, inseriu um capítulo sobre a ordem social.

Quanto à mencionada Constituição Mexicana destaca Sussekind¹⁶⁸:

O seu art. 123 contempla o campo de incidência das leis de proteção ao trabalho, a jornada de trabalho, o salário mínimo, a proteção do salário, a participação dos lucros da empresa, a proteção especial ao trabalho das mulheres e dos menores a garantia de emprego, a isonomia salarial, o direito sindical, o contrato coletivo de trabalho, a greve, a previdência social, a higiene e a segurança no trabalho e a proteção a família do trabalhador.

No que pertine à Constituição de Weimar explica o aludido autor¹⁶⁹:

Dois anos depois da Alemanha derrotada na primeira grande guerra do século XX, adotou a Constituição de Weimar, que, sob a influência socialistas, inseriu em seu texto um capítulo sobre a ordem econômica e social, previu a criação de conselhos de trabalhadores nas empresas, nos distritos e no Reich e de conselho econômico nacional, assegurou a liberdade sindical e colocou o trabalho sob a proteção especial do Estado, o qual deveria se empenhar na regulamentação internacional do trabalho.

Como se vê, os textos constitucionais dos países mencionados acima demonstram que os direitos sociais passaram a ocupar *status* constitucional, como salienta Sussekind, mencionando Mirkine-Guetzevitch:¹⁷⁰

Como registra Mirkine-Guetzevitch, as liberdades individuais e os direitos sociais passaram a ocupar lugar de honra nas novas Constituições. Esses últimos aparecem como obrigações do Estado ao lado do catálogo das liberdades formuladas em 1789; e, entre eles, incluem-se a seguridade social, o direito do trabalho, os direitos sindicais, o direito a uma vida sã e ao repouso e as garantias econômicas para as classes trabalhadoras.

Verifica-se que as constituições deixaram de se preocupar tão somente com as liberdades inerentes às declarações negativas para se preocuparem com os direitos sociais que demandam a participação ativa do Estado, as denominadas liberdades positivas. Nesse sentido, se encontra em Bobbio¹⁷¹ “Com relação ao primeiro processo ocorreu a passagem dos direitos de liberdade – das chamadas liberdades negativas de religião, de opinião, de

¹⁶⁸ Ibid., p.14.

¹⁶⁹ SÜSSEKIND, 2004, p. 14.

¹⁷⁰ MIRKINE-GUETZEVITCH apud SÜSSEKIND, 2004, p.14.

¹⁷¹ BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992. p. 69.

imprensa, etc – para os direitos políticos e sociais que requerem uma intervenção direta do Estado”.

Aspecto importante a ser destacado é que os Direitos Sociais não se limitam aos previstos no texto constitucional, pois as liberdades positivas são também encontradas em instrumentos internacionais, conforme ensina Sussekind¹⁷²:

Essas liberdades positivas, afirmadas por tratados e declarações internacionais de inquestionável ressonância, configuram os direitos sociais no seu conceito mais amplo. Devem ser assegurados pelo Estado Social de Direito, tal como se encontra expresso na Constituição brasileira de 05 de outubro de 1988. Elas representam – no dizer de WASHINGTON LUIS DA TRINDADE - direitos supralegais e enfatizam os compromissos do Estado para o Homem, alguns auto-executáveis, com acionalidade, e outros na dependência de leis que lhes regulassem os limites. Formaram-se direitos públicos subjetivos, irrecusáveis a qualquer pessoa e com força de incidência para a Vida, a Dignidade e a Liberdade, numa palavra, a Justiça, para que se fizessem presentes no fatal desequilíbrio entre os interesses individuais elementares e a arregimentação social e econômica do Estado Industrial.

A ordem social não deve se divorciar da ordem econômica, deve existir uma harmonia, conforme já foi destinado momento em especial, na presente investigação, quando se tratou da ordem econômica, e como bem destacado por SusseKind, nas linhas abaixo quando trata do Constitucionalismo Social¹⁷³:

A vigente Carta Magna brasileira tratou separadamente a ordem econômica e os direitos sociais, versando sobre estes no Título II e VIII e sobre aquela no Título VII. Rompeu, assim, a tradição, constitucional brasileira, que, desde 1934, vinha elencado os direitos individuais e coletivos do trabalho e a previdência social juntamente com a disciplina da ordem econômica. Afigura-se-nos, porém, que esse divórcio é desaconselhado pelo entrelaçamento existente entre os direitos sociais-trabalhistas e a ordem econômica, porque possuem alguns princípios comuns e devem seguir a diretriz segundo a qual a finalidade do desenvolvimento econômico há de ser o processo social.

Continua o autor¹⁷⁴:

Vale recordar, neste passo, que a citada Declaração da Filadélfia afirmou que o desenvolvimento econômico é condição indispensável à consecução dos objetivos sociais, E a Assembléia Geral da ONU, ao aprovar a Estratégia do “segundo Decênio das Nações Unidas para o Desenvolvimento”, reconheceu que o fim último do desenvolvimento é proporcionar a todos maiores oportunidades para melhoras as condições de vida, mediante “transformações qualitativas e estruturais que devem caminhar paralelamente ao crescimento econômico.

¹⁷² SÜSSEKIND, op cit., p. 17.

¹⁷³ SÜSSEKIND, 2004, 18.

¹⁷⁴ Ibid., p. 18

Nem todas as constituições possuem em seu bojo quadro específico tratando sobre os direitos social-trabalhistas, os países ibero-americanos, em regra, elencam, como fez a Constituição Mexicana de 1917.

Nesse sentido, a título de ilustração, destacam-se alguns trechos constitucionais que versam de direitos social-trabalhistas, conforme abaixo.

Na Alemanha, há previsão constitucional, no art. 9.º, que são nulos de pleno direito todos os acordos e atos que visem impedir o direito de associação para manutenção e avanço das condições de trabalho conforme se colaciona abaixo, bem como há previsão de direito social do trabalho no art. 72 e 74 da aludida Constituição. Nesse sentido colaciona-se o artigo 9º¹⁷⁵:

Artikel 9

1) Alle Deutschen haben das Recht, Vereine und Gesellschaften zu bilden. (2) Vereinigungen, deren Zwecke oder deren Tätigkeit den Strafgesetzen zuwiderlaufen oder die sich gegen die verfassungsmäßige Ordnung oder gegen den Gedanken der Völkerverständigung richten, sind verboten. (3) Das Recht, zur Wahrung und Förderung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen Vereinigungen zu bilden, ist für jedermann und für alle Berufe gewährleistet. Abreden, die dieses Recht einschränken oder zu behindern suchen, sind nichtig, hierauf gerichtete Maßnahmen sind rechtswidrig.¹⁷⁶

Por sua feita na Constituição espanhola de 1978, no art.35 há a previsão do direito de livre escolha da profissão, do direito ao trabalho, de uma remuneração mínima, da isonomia salarial, da segurança do trabalho. No art. 37, há previsão da negociação coletiva e dos direitos coletivos, no art. 40, preceitua-se a assistência social, inclusive no caso de desemprego, e o art.129 prevê a que a lei estabelecerá as formas de participação na Seguridade Social espanhola¹⁷⁷:

Artículo 35.

1. Todos los españoles tienen el deber de trabajar y el derecho al trabajo, a la libre elección de profesión u oficio, a la promoción a través del trabajo y a una remuneración suficiente para satisfacer sus necesidades y las de su familia, sin que en ningún caso pueda hacerse discriminación por razón de sexo.

2. La ley regulará un estatuto de los trabajadores.

Artículo 37.

1. La ley garantizará el derecho a la negociación colectiva laboral entre los representantes de los trabajadores y empresarios, así como la fuerza vinculante de los convenios.

¹⁷⁵ ALEMANHA. **Constituição alemã**. Disponível em:

<<http://www.documentarchiv.de/brd/1949/grundgesetz.html>>. Acesso em: 10 jan. 2013.

¹⁷⁶ Todos os alemães têm o direito de associar e formar associação. As associações que tiverem por objetivo ou praticarem atividades ilícitas ou praticadas contra a ordem constitucional ou contra o conceito internacional, são proibidas. Mas é nulo qualquer acordo que tente impedir o direito de associação que vise a tutela e avanço das condições de trabalho. (Tradução do Autor).

¹⁷⁷ ESPANHA. **Constituição espanhola**. Disponível em:

<<http://www.boe.es/legislacion/enlaces/documentos/ConstitucionCASTELLANO.pdf>> Acesso em: 10 jan. 2013.

2. Se reconoce el derecho de los trabajadores y empresarios a adoptar medidas de conflicto colectivo. La ley que regule el ejercicio de este derecho, sin perjuicio de las limitaciones que puedan establecer, incluirá las garantías precisas para asegurar el funcionamiento de los servicios esenciales de la comunidad.

Artículo 40.

1. Los poderes públicos promoverán las condiciones favorables para el progreso social y económico y para una distribución de la renta regional y personal más equitativa, en el marco de una política de estabilidad económica. De manera especial realizarán una política orientada al pleno empleo.

2. Asimismo, los poderes públicos fomentarán una política que garantice la formación y readaptación profesionales; velarán por la seguridad e higiene en el trabajo y garantizarán el descanso necesario, mediante la limitación de la jornada laboral, las vacaciones periódicas retribuidas y la promoción de centros adecuados.

Artículo 129.

1. La ley establecerá las formas de participación de los interesados en la Seguridad Social y en la actividad de los organismos públicos cuya función afecte directamente a la calidad de la vida o al bienestar general.

2. Los poderes públicos promoverán eficazmente las diversas formas de participación en la empresa y fomentarán, mediante una legislación adecuada, las sociedades cooperativas. También establecerán los medios que faciliten el acceso de los trabajadores a la propiedad de los medios de producción.¹⁷⁸

Na Constituição Francesa de 1958, confere-se competência ao Parlamento para aprovar as leis sobre direito sindical, laboral e da seguridade social no art. 34. Traz-se à baila o dispositivo francês¹⁷⁹:

TITRE V
DES RAPPORTS ENTRE LE PARLEMENT
ET LE GOUVERNEMENT

Article 34

La loi fixe les règles concernant :

(...);

– du droit du travail, du droit syndical et de la sécurité sociale¹⁸⁰.

¹⁷⁸ Todos os espanhóis têm o dever de trabalhar e o direito ao trabalho, à livre escolha da profissão ou comércio, para conseguir o progresso através do trabalho e de uma renda suficiente para atender as suas necessidades e as de sua família, mas em nenhum caso pode ser discriminado em razão do sexo. (Tradução do Autor).

2. A lei regula o estatuto dos trabalhadores. Artigo 37. 1. A lei garante o direito à negociação coletiva entre os representantes dos trabalhadores e empregadores, bem como a força obrigatória dos contratos. 2. Reconhece-se o direito dos trabalhadores e empregadores a adotar ação coletiva. A lei que rege o exercício deste direito, sujeito às limitações que possam impor, incluem as garantias necessárias para garantir a prestação de serviços essenciais à comunidade. Artigo 40. 1. As autoridades públicas devem promover condições favoráveis para o progresso social e econômico e de distribuição de renda regional mais equitativo como parte de uma política de estabilidade econômica. Em particular, levar a cabo uma política que vise o pleno emprego. 2. Além disso, as autoridades públicas devem promover uma política que garanta a formação e a reciclagem; garantir a segurança e saúde no trabalho e garantir o descanso necessário, limitando as horas de trabalho, férias periódicas pagas e promoção de centros apropriados.

Artigo 129.1. A lei estabelece as formas de participação das partes interessadas na Segurança Social e na atividade das organizações públicas, cuja operação afeta diretamente a qualidade de vida e o bem-estar geral. 2. As autoridades públicas devem promover de forma eficiente as várias formas de participação na empresa e promover, através de legislação apropriada, as sociedades cooperativas. Estabelecer também meios para facilitar o acesso dos trabalhadores a possuir os meios de produção.

¹⁷⁹ FRANÇA. **Constituição francesa**. Disponível em: <http://www.assemblee-nationale.fr/connaissance/constitution_11-2011.pdf>. Acesso em: 10 jan. 2013.

Na Itália há larga previsão sobre direito social-trabalhista na Constituição de 1947, há preceito pertinente logo no art. 1.º sobre o trabalho, colocando esse como base da própria República ligado ao pleno desenvolvimento da pessoa humana. Há previsão de direitos sociais também nos artigos 3º v.g., há participação social no 35, como por exemplo, há previsão da tutela do trabalho. No 36, preceitua uma justa remuneração que satisfaça as condições mínimas existenciais, bem como limite de jornada e, no 41, abroquelada que a livre iniciativa, todavia deve se desenvolver em conformidade com a utilidade social, conforme se nota abaixo¹⁸¹:

Art. 1 L'Italia è una Repubblica democratica, fondata sul lavoro.

La sovranità appartiene al popolo, che la esercita nelle forme e nei limiti della Costituzione.

Art. 3 Tutti i cittadini hanno pari dignità sociale e sono eguali davanti alla legge, senza distinzione di sesso, di razza, di lingua, di religione, di opinioni politiche, di condizioni personali e sociali.

È compito della Repubblica rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale, che, limitando di fatto la libertà e l'eguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana e l'effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese.

Art. 35.La Repubblica tutela il lavoro in tutte le sue forme ed applicazioni.

Cura la formazione e l'elevazione professionale dei lavoratori.

Promuove e favorisce gli accordi e le organizzazioni internazionali intesi ad affermare e regolare i diritti del lavoro.

Riconosce la libertà di emigrazione, salvo gli obblighi stabiliti dalla legge nell'interesse generale, e tutela il lavoro italiano all'estero.

Art. 36.Il lavoratore ha diritto ad una retribuzione proporzionata alla quantità e qualità del suo lavoro e in ogni caso sufficiente ad assicurare a sé e alla famiglia un'esistenza libera e dignitosa.La durata massima della giornata lavorativa è stabilita dalla legge.

Il lavoratore ha diritto al riposo settimanale e a ferie annuali retribuite, e non può rinunziarvi.

Art. 41.L'iniziativa economica privata è libera.

Non può svolgersi in contrasto con l'utilità sociale o in modo da recare danno alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana.

La legge determina i programmi e i controlli opportuni perché l'attività economica pubblica e privata possa essere indirizzata e coordinata a fini sociali.¹⁸²

¹⁸⁰ TÍTULO V RELAÇÃO ENTRE O PARLAMENTO E O GOVERNO artigo 34 ° A lei estabelece as regras (...); - Direito do trabalho, direito social e do trabalho de segurança. (Tradução do Autor).

¹⁸¹ ITÁLIA. **Constituição italiana**. Disponível em:

<http://www.senato.it/documenti/repository/relazioni/libreria/Costituzione_anastatica.pdf>. Acesso em: 10 jan. 2013.

¹⁸² Artigo 1 ° A Itália é uma república democrática fundada no trabalho. A soberania pertence ao povo e é exercida nos termos e nos limites da Constituição. Artigo 3 ° Todos os cidadãos têm igual dignidade social e são iguais perante à lei, sem distinção de sexo, raça, língua, religião, opinião política, condições pessoais e sociais. É dever da República retirar os óbices de natureza econômica e social que limitem a liberdade e a igualdade dos cidadãos, os quais impedem o pleno desenvolvimento da pessoa humana e a efetiva participação de todos os trabalhadores na vida política, econômica e capital do país. Art 35.A República protege o trabalho em todas as suas formas e aplicações. Para o avanço da formação de profissional. Promove e incentiva os acordos internacionais e as organizações internacionais que visem estabelecer e regulamentar os direitos trabalhistas. Reconhece a liberdade de emigrar, sem prejuízo das obrigações definidas pela lei no interesse público, e protege os trabalhadores italianos no exterior. Art 36.O trabalhador tem direito a um salário compatível com a

Por sua vez, na Constituição do Uruguai, há proteção do trabalho como forma de sustento e de seu desenvolvimento econômico e social, estabelecendo a necessidade de uma justa remuneração, limitação de jornada, descanso semanal, ambiente de trabalho sadio, prevendo que a lei promoverá a organização sindical e criação de tribunais de conciliação e arbitragem, é o que se denota dos artigos 53, 54 e 57 colacionados abaixo¹⁸³:

Artículo 53.- El trabajo está bajo la protección especial de la ley. Todo habitante de la República, sin perjuicio de su libertad, tiene el deber de aplicar sus energías intelectuales o corporales en forma que redunde en beneficio de la colectividad, la que procurará ofrecer, con preferencia a los ciudadanos, la posibilidad de ganar su sustento mediante el desarrollo de una actividad económica.

Artículo 54.- (...); la justa remuneración; la limitación de la jornada; el descanso semanal y la higiene física y moral. El trabajo de las mujeres y de los menores de dieciocho años será especialmente reglamentado y limitado.

Artículo 57.- La ley promoverá la organización de sindicatos gremiales, acordándoles franquicias y dictando normas para reconocerles personería jurídica. Promoverá, asimismo, la creación de tribunales de conciliación y arbitraje. Declárase que la huelga es un derecho gremial. Sobre esta base se reglamentará su ejercicio y efectividad.¹⁸⁴

Cabe apontar alguns direitos social-trabalhistas previstos na Constituição Portuguesa, que ora se colacionam, iniciando-se pelo art. 53 que prevê a garantia de segurança no emprego e no artigo 56 que preceitua a legitimidade das associações sindicais para promover a contratação coletiva, defendendo os interesses dos trabalhadores que representam¹⁸⁵:

Artigo 53.º

quantidade e qualidade do seu trabalho e em todos os casos, suficiente para garantir a si e a sua família uma existência digna. Duração máxima de jornada de trabalho fixada por lei. O trabalhador tem direito a um descanso semanal e a férias anuais pagas, e não pode renunciar a esse direito. A iniciativa económica é livre mas não deve estar em conflito com a utilidade social ou de uma forma que poderia prejudicar a segurança, a liberdade e a dignidade humana. A lei determina o planeamento e controle adequados para que a atividade económica pública e privada possa ser dirigida e coordenada para os fins sociais. (Tradução do Autor).

¹⁸³ URUGUAI. **Constituição do Uruguai**. Disponível em:

<<http://www.parlamento.gub.uy/constituciones/const997.htm>>. Acesso em: 10 jan. 2013.

¹⁸⁴ Artigo 53 º -. O trabalho está sob a proteção especial da lei. Todo cidadão da República, sem prejuízo da sua liberdade, tem o dever de aplicar as suas energias intelectuais ou físicas, sob a forma que beneficie à comunidade, que procurará oferecer, em detrimento dos cidadãos, a oportunidade de ganhar a vida através do desenvolvimento de uma atividade económica. Artigo 54 º -. (...) remuneração justa, limitação da jornada, repouso semanal e a higiene física e moral. O trabalho das mulheres e crianças menores de 18 anos de idade deverão ser especialmente regulado e limitado. Artigo 57 -. A lei promove a organização dos sindicatos, conferindo-lhes cartas e emissão de normas para o reconhecimento como pessoas jurídicas. Da mesma forma promover-se-á o estabelecimento de tribunais de conciliação e arbitragem. Declara-se que a greve é um direito coletivo. Nesta base, e efetivamente regular o seu exercício. (Tradução do Autor).

¹⁸⁵ PORTUGAL. **Constituição Portuguesa**.

<<http://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>> Acesso em: 10 jan. 2013.

Segurança no emprego

É garantida aos trabalhadores a segurança no emprego, sendo proibidos os despedimentos sem justa causa ou por motivos políticos ou ideológicos.

Artigo 56.º**Direitos das associações sindicais e contratação colectiva**

1. Compete às associações sindicais defender e promover a defesa dos direitos e interesses dos trabalhadores que representem.
2. Constituem direitos das associações sindicais:
 - a) Participar na elaboração da legislação do trabalho;
 - b) Participar na gestão das instituições de segurança social e outras organizações que visem satisfazer os interesses dos trabalhadores;
 - c) Pronunciar-se sobre os planos económico-sociais e acompanhar a sua execução;
 - d) Fazer-se representar nos organismos de concertação social, nos termos da lei;
 - e) Participar nos processos de reestruturação da empresa, especialmente no tocante a acções de formação ou quando ocorra alteração das condições de trabalho.
3. Compete às associações sindicais exercer o direito de contratação colectiva, o qual é garantido nos termos da lei.
4. A lei estabelece as regras respeitantes à legitimidade para a celebração das convenções colectivas de trabalho, bem como à eficácia das respectivas normas.

Também se denota, no artigo 57 da Constituição Portuguesa, direitos social-trabalhistas como direito à greve e proibição ao lock-out:

Artigo 57.º**Direito à greve e proibição do lock-out**

1. É garantido o direito à greve.
2. Compete aos trabalhadores definir o âmbito de interesses a defender através da greve, não podendo a lei limitar esse âmbito.
3. A lei define as condições de prestação, durante a greve, de serviços necessários à segurança e manutenção de equipamentos e instalações, bem como de serviços mínimos indispensáveis para ocorrer à satisfação de necessidades sociais impreteríveis.
4. É proibido o lock-out.

Artigo 58.º**Direito ao trabalho**

1. Todos têm direito ao trabalho.
2. Para assegurar o direito ao trabalho, incumbe ao Estado promover:
 - a) A execução de políticas de pleno emprego;
 - b) A igualdade de oportunidades na escolha da profissão ou género de trabalho e condições para que não seja vedado ou limitado, em função do sexo, o acesso a quaisquer cargos, trabalho ou categorias profissionais;
 - c) A formação cultural e técnica e a valorização profissional dos trabalhadores.

Na Constituição Portuguesa, em seu artigo 59, há previsão de direitos dos trabalhadores que devem merecer a atuação Estatal, como justo salário, isonomia salarial, o trabalho como forma de se obter um mínimo existencial, higiene e segurança no trabalho, assistência no caso de desemprego, repouso, férias, salário mínimo e proteção à mulher e ao menor:

Artigo 59.º**Direitos dos trabalhadores**

1. Todos os trabalhadores, sem distinção de idade, sexo, raça, cidadania, território de origem, religião, convicções políticas ou ideológicas, têm direito:
 - a) À retribuição do trabalho, segundo a quantidade, natureza e qualidade, observando-se o princípio de que para trabalho igual salário igual, de forma a garantir uma existência condigna;
 - b) A organização do trabalho em condições socialmente dignificantes, de forma a facultar a realização pessoal e a permitir a conciliação da actividade profissional com a vida familiar;
 - c) A prestação do trabalho em condições de higiene, segurança e saúde;
 - d) Ao repouso e aos lazeres, a um limite máximo da jornada de trabalho, ao descanso semanal e a férias periódicas pagas;
 - e) À assistência material, quando involuntariamente se encontrem em situação de desemprego;
 - f) A assistência e justa reparação, quando vítimas de acidente de trabalho ou de doença profissional.
2. Incumbe ao Estado assegurar as condições de trabalho, retribuição e repouso a que os trabalhadores têm direito, nomeadamente:
 - a) O estabelecimento e a actualização do salário mínimo nacional, tendo em conta, entre outros factores, as necessidades dos trabalhadores, o aumento do custo de vida, o nível de desenvolvimento das forças produtivas, as exigências da estabilidade económica e financeira e a acumulação para o desenvolvimento;
 - b) A fixação, a nível nacional, dos limites da duração do trabalho;
 - c) A especial protecção do trabalho das mulheres durante a gravidez e após o parto, bem como do trabalho dos menores, dos diminuídos e dos que desempenhem actividades particularmente violentas ou em condições insalubres, tóxicas ou perigosas;
 - d) O desenvolvimento sistemático de uma rede de centros de repouso e de férias, em cooperação com organizações sociais;
 - e) A protecção das condições de trabalho e a garantia dos benefícios sociais dos trabalhadores emigrantes;
 - f) A protecção das condições de trabalho dos trabalhadores estudantes.
3. Os salários gozam de garantias especiais, nos termos da lei.

Na Constituição Argentina, há previsão de direitos social-trabalhistas, como a livre escolha de profissão, há previsão de que o trabalho gozará da protecção da lei, a lei tutelará o trabalhador de forma que tenha trabalho digno, jornada limitada salário mínimo, isonomia salarial, participação nos lucros, organização sindical, dentre outros direitos conforme se denota do art. 14 colacionado abaixo¹⁸⁶:

Art. 14. Todos los habitantes de la Nación gozan de los siguientes derechos conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio; a saber: de trabajar y ejercer toda industria lícita; de navegar y comerciar; de peticionar a las autoridades; de entrar, permanecer, transitar y salir del territorio argentino; de publicar sus ideas por la prensa sin censura previa; de usar y disponer de su propiedad; de asociarse con fines útiles; de profesar libremente su culto; de enseñar y aprender.

El trabajo en sus diversas formas gozará de la protección de las leyes, las que asegurarán al trabajador: condiciones dignas y equitativas de labor; jornada limitada; descanso y vacaciones pagados; retribución justa; salario mínimo vital móvil; igual remuneración por igual tarea; participación en las ganancias de las empresas, con control de la producción y colaboración en la dirección; protección contra el despido arbitrario; estabilidad del empleado público; organización sindical libre y

¹⁸⁶ ARGENTINA. **Constituição argentina**. Disponível em: <<http://www.biblioteca.jus.gov.ar/constitucionargentina1853.html>>. Acesso em: 10 jan. 2013.

democrática, reconocida por la simple inscripción en un registro especial. (...) ¹⁸⁷

Cabe destacar que o art. 123 da Constituição Mexicana traz extenso quadro de direitos sociais do trabalho inserido no Título Sexto *Del Trabajo y de la Previsión Social*, tendo por conteúdo que ¹⁸⁸ “*toda persona tiene derecho al trabajo digno y socialmente útil, al efecto se promoverán la creación de empleos y la organización social de trabajo (...)*”

No que tange às nossas constituições, lembra-se que a constituição liberal outorgada de 1824 não tratou dos direitos sociais do trabalhador, ressalvada a proibição das corporações de ofício.

Por sua vez, o estatuto político fundamental de 1891 (que reportava a um Estado brasileiro federal, republicano e presidencialista) também não tratou dos direitos sociais laborais, acreditavam que a legislação laboral seria uma ameaça à autonomia de vontade.

Em 1926, houve reforma atribuindo ao Congresso competência para legislar acerca do trabalho, todavia houve legislação laboral antes da aludida reforma e cabe destacar que a citada reforma constitucional não impulsionou a legislação social-trabalhista, conforme explica Sussekind:

Vale registrar que, antes mesmo desta emenda, foi assegurado o direito de sindicalização aos trabalhadores (Decreto n.º1637 de 1907), sendo que a União legislou sobre o seguro de acidentes do trabalho (Lei n.º 3724 de 1919) e instituiu as Caixas de Aposentadorias e pensão de Ferroviários, com estabilidade deenal para os empregados das respectivas empresas (Lei Eloi Chaves n.º 4.682 de 1923) foi criado o Conselho Nacional do Trabalho, vinculado ao Ministério da Agricultura, Indústria e Comércio (Decreto n.º 16.027), de 1923) e concedido o direito de quinze dias férias anuais remuneradas aos empregados de estabelecimentos comerciais, industriais bancários e de caridade ou beneficentes (Lei n.º4.982 de 1925)

A reforma constitucional não impulsionou, entretanto, a legislação social-trabalhista. Até a Revolução de 1930, cumpre anotar apenas a Lei n. 5.109, de 1926, que estendeu o regime de Caixas de Aposentadorias e Pensões às empresas portuárias e às de navegação marítima e fluvial; o Decreto n.º 17.934, de 1924, sobre o trabalho de menores; e a Lei n.º 5.492, de 1928, disciplinando a locação de serviços teatrais ¹⁸⁹.

¹⁸⁷ Artigo 14. Todos os habitantes da Nação gozam dos seguintes direitos de acordo com as leis que regulam o seu exercício, a saber: de trabalhar e executar qualquer trabalho legal, a navegação e o comércio, de peticionar às autoridades, de entrar, permanecer, passar e sair do território argentino, a publicar suas ideias através da imprensa sem censura prévia, para usar e dispor de sua propriedade para associar para fins úteis de praticar livremente sua religião, para ensinar e aprender. O trabalho em suas diversas formas deve ser protegido por lei, que assegure aos trabalhadores: condições dignas e justas de trabalho, jornada limitada, descanso e férias remuneradas, justa retribuição, salário mínimo ajustável, salário igual para trabalho igual, a participação dos lucros das empresas, controle de produção e colaboração na gestão, proteção contra demissão arbitrária; estabilidade do emprego público, organização sindical, liberdade e democracia sindical, reconhecida pela inscrição num registro especial. (Tradução do Autor).

¹⁸⁸ MÉXICO. **Constituição mexicana**. Disponível em: <<http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/1.pdf>> Acesso em: 10 jan. 2013.

¹⁸⁹ SÜSSEKIND, 2004, p. 30-31.

As constituições brasileiras posteriores a de 1930, pós Revolução, trataram acerca de direitos sociais do trabalho. A constituição de 1934 (misto de social-democrata com liberal-individualista) previa que a ordem econômica deveria possibilitar uma existência digna, e lei deveria promover as condições de trabalho e o amparo da produção. Essa previa a instituição da Justiça do Trabalho, embora em 1941, era instalada em todo país fazendo parte da Administração Federal e em 1946 sendo integrada ao Judiciário por força constitucional (Constituição de 1946).

A Constituição de 1937 (corporativa) preceituava que o Estado tinha o dever de proteger o trabalho, tutelava os direitos coletivos laborais, a liberdade sindical, a greve era então considerada recurso anti-social, entre outras normas de direito coletivo do trabalho.

Cabe colacionar alguns apontamentos, feitos por Sussekind no pertinente à constituição de 1946 e 1967, em matéria de direitos sociais laborais¹⁹⁰:

A Constituição de 18 de setembro de 1946 - a nosso ver, o melhor dos estatutos fundamentais brasileiros - foi decretada e promulgada por uma Assembléia Constituinte, refletindo o sopro democrático emanado da vitória das Nações Unidas na guerra mundial de 1939-1945. No capítulo da Ordem Econômica e Social asseverou que 'A ordem econômica deve ser organizada conforme os princípios da justiça social, conciliando a liberdade de iniciativa com a valorização do trabalho humano' (art.145) - proclamação que refletiu, acertadamente, o intervencionismo básico da nossa legislação trabalhista e acabou por inspirar a parte inicial da declaração de princípios consubstanciada no art. 157 da Carta Magna de 1967.

Continua o autor referindo-se à Constituição de 1967 e os direitos social-laborais¹⁹¹.

A constituição de 1967 foi decretada e promulgada pelo Congresso Nacional, nos termos da convocação restrita que lhe fez o Presidente CASTELLO BRANCO. Visando assegurar a continuidade da Revolução de 1964 na conformidade da doutrina da segurança nacional desenvolvida pela Escola Superior de Guerra, O presidente encaminhou ao Congresso o projeto do estatuto fundamental e foi ouvido sobre as emendas apresentadas.

O texto aprovado em 24 de fevereiro de 1967 sofreu, porém, rude golpe em 17 de outubro de 1969 quando a Junta Militar que assumiu o poder, impôs-lhe ampla revisão através da Emenda Constitucional n. 1. Essa revisão não alterou o elenco dos direitos sociais trabalhistas; mas introduziu modificação de relevo quanto à finalidade da ordem econômica. O texto de 1967 sublinhou que ela teria 'por fim realizar a justiça social' com base nos princípios que enumerou; o texto de 1969 referiu que 'a ordem econômica e social tem por fim realizar o desenvolvimento econômico e a justiça social (...)'

No que tange à nossa atual Constituição de 1988, essa possui princípios fundamentais de total pertinência com os direitos sociais, como princípio da dignidade da pessoa humana (que irradia seus efeitos em todas as dimensões do Direito), o valor social do trabalho, a

¹⁹⁰ SÜSSEKIND, 2004, p. 36-37.

¹⁹¹ Ibid., p. 18.

redução das desigualdades sociais, os princípios constitucionais gerais, como a valorização do trabalho humano, a justiça social, a função social da propriedade, a busca do pleno emprego, vedação ao trabalho forçado, um quadro de direitos sociais laborais, previsto no capítulo II do Título II.

O art. 7.º da Constituição Federal traz o rol de direitos recebidos pela doutrina como o “núcleo duro” do direito trabalho, ou seja, verdadeiro piso de direitos, os quais se vislumbram como irrenunciáveis, de ordem pública, imperativa, tendo em vista sua natureza de norma cogente, pois forma um conjunto de **direitos fundamentais laborais** que se manifestam em total harmonia com a dignidade humana, com os direitos humanos, com a ideia de *jus in fieri*, *werdendes recht*, tendo o Estado o comprometimento pelo cumprimento de cada um dos direitos elencados no referido dispositivo, só podendo ser afastados pelas exceções, ou seja, pelas hipóteses de abertura, previstas no próprio texto constitucional, conforme preleciona Uriarte¹⁹²:

Como se ve, aquí se está reconociendo la existencia de un orden público laboral internacional, de un conjunto de derechos fundamentales, parte de los cuales son derechos laborales que pertenecen a la categoría del *jus cogens*, tendiente a constituir un Derecho Universal de los Derechos Humanos: el conjunto de derechos laborales contenidos en los grandes pactos y declaraciones de derechos humanos (orden público internacional laboral), en la parte dogmática de las constituciones (orden público nacional laboral) y en el bloque de constitucionalidad, en el cual se produce una sinergia entre el Derecho constitucional y el Derecho internacional en materia de derechos humanos. Este conjunto o “núcleo duro” de derechos laborales indisponibles y de nivel superior, por ser parte de los derechos humanos y derechos fundamentales, tiene dos connotaciones fundamentales a nuestros efectos: por un lado ostenta un fundamento ético indisimulable y por otro constituye lo que podríamos llamar el núcleo duro del Derecho indisponible.¹⁹³

O ideal de solidariedade defendida por Durkheim, ou seja, de que a sociedade é um organismo e cada indivíduo é parte integrante desse e de fundamental importância, coaduna-se com a solidariedade necessária para o cumprimento dos direitos laborais mínimos, ou seja, o núcleo duro apontado acima, logo os esforços devem ser integrados. Sarlet destaca a

¹⁹² URIARTE, Oscar Ermida. **Ética y Derecho del Trabajo**. Barcelona: Universitat Pompeu Fabra, 2006. Disponível em: <<http://www.upf.edu/iuslabor/012006/Latinoamerica.OscarErmida2.htm>>. Acesso em: 02 fev. 2013.

¹⁹³ Como se pode ver, aqui está a reconhecer a existência de uma ordem laboral internacional, ou seja, de um conjunto de direitos fundamentais, que são parte dos direitos trabalhistas que pertencem à categoria de *jus cogens*, que tende a ser um Direito Universal dos Direitos Humanos: o conjunto de direitos laborais consagrados nos grandes pactos e declarações sobre direitos humanos (trabalho de aplicação internacional), nas constituições dogmáticas (público de emprego nacional) e no direito constitucional, em que existe uma sinergia entre direito constitucional e direito internacional dos direitos humanos. Este conjunto ou “núcleo duro” dos direitos laborais, bens maiores indisponíveis, sendo parte dos direitos humanos e dos direitos fundamentais, tem duas conotações básicas para os nossos propósitos: primeiro, indisfarçável tem um fundamento ético e o outro é o que poderíamos chamar de núcleo duro de Direito indisponível. (Tradução do Autor).

importância da solidariedade e da fraternidade para implementação dos direitos fundamentais nos seguintes termos: “Além disso, a evolução dos direitos fundamentais revela que cada vez mais sua implementação em nível global depende de esforços integrados por isso, direitos de solidariedade e fraternidade dos Estados e dos povos”¹⁹⁴.

Oscar Ermida Uriarte aponta pela necessidade de um conteúdo ético de solidariedade, nas relações de trabalho, de forma a se contemplar o núcleo laboral mínimo, citando inclusive Durkheim¹⁹⁵:

También la individualización, la insolidaridad, la desigualdad, la segmentación y la exclusión carecen de contenido ético, son resultados o actitudes de bajo contenido ético, a pesar de lo cual son postuladas. Basta recordar acá que Durkheim sostenía que ‘es moral todo lo que constituye fuente de solidaridad, todo lo que fuerza al hombre a contar con otro, (...) y la moralidad es tanto más sólida cuanto más numerosos son sus lazos y más fuertes’.¹⁹⁶

Sem conteúdo ético de solidariedade e fraternidade entre os envolvidos na relação de trabalho se torna difícil a implementação dos direitos fundamentais. A Divisão do Trabalho Social imperfeita não alcança a coesão social esperada, gera o estado de *anomia social* e a enfermidade de um dos órgãos, no caso os trabalhadores, em outras palavras, a força de trabalho, logo pode desencadear o falecimento dos demais órgãos e comprometimento de todo organismo social,

De tal forma, deve-se com normas efetivas, com o fenômeno da constitucionalização, como dito acima, seja de forma direta (considerando-se que a autonomia privada em matéria laboral é mitigada, o que dá mais abertura para a aplicabilidade para a irradiação dos direitos fundamentais e somado ao fato de que inexistente lei específica e sistemática tratando sobre tema, aceitável é aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais no caso de terceirização), seja de forma indireta (pela aplicação do art. 9.º da Consolidação das Leis do Trabalho vedando as terceirizações, ou as permitindo estabelecendo-se um critério único de cunho solidário para as terceirizações, aplicando-se outras “portas de entrada” como dispositivo que preveja a função social do contrato, bem como o art. 927, Parágrafo único do Código Civil,

¹⁹⁴ SARLET, 2010, p. 60.

¹⁹⁵ URIARTE, 2006.

¹⁹⁶ “También o individualismo, a falta de solidariedade, a desigualdade, a exclusão e falta de conteúdo ético, os resultados são baixos ou atitudes éticas, apesar de que são postuladas. Basta lembrar aqui que Durkheim argumentou que ‘tudo o que é moral é uma fonte de solidariedade, obrigando todos os homens para ter o outro, (...) e da moralidade é muito mais forte são os mais numerosos e os mais fortes laços’”. (Tradução do Autor).

que em seu bojo preceitua a teoria do risco objetivo, decorrente da atividade empresarial exercida, bem como a cláusula geral que veda o locupletamento sem causa).

Há de se buscar a constitucionalização da seara juslaboral, de forma a impor um comportamento solidário e fraterno. A solidariedade social deve ser pregada em todos os órgãos sociais, ou seja, em escolas, bancos universitários, instituições privadas, além de ser imposta através da ordem jurídica em nome do bem-estar social, da existência hígida do organismo social e em respeito à dignidade da pessoa humana do trabalhador.

CAPÍTULO 3 - DA TERCEIRIZAÇÃO DE MÃO-DE-OBRA E DA RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA

3.1 Do contexto histórico da terceirização no mundo e no Brasil

Embora já tenha sido mencionado que o Direito do Trabalho foi estruturado para um modelo industrial, e que atualmente nos deparamos em uma fase pós-industrial, dentro de um contexto de globalização, neoliberalismo, competitividade exacerbada e reestruturação produtiva, o que causa grandes impactos dogmáticos na seara juslaboral, não é demais neste terceiro capítulo, repisar em qual contexto surgiu a modalidade flexibilizadora denominada terceirização.

Como dito outrora, a terceirização não se vislumbra como fenômeno novo, pois enquanto forma de organização produtiva é denotada desde o século XVIII, pois há notícia de que desde a primeira fase do capitalismo industrial, tendo em vista o intuito do empreendedor de adquirir força de trabalho, a menor preço, existiam as subcontratações.

Martins¹⁹⁷ acredita que no Brasil a terceirização tenha sido trazida por multinacionais nos anos de 1950, pois tinham o interesse em se preocupar apenas com as atividades nucleares de sua produção, ou seja, a ideia de empresa mínima, *in exemplis*, nas empresas automobilísticas.

Por outro lado, a terceirização com a feição hoje denotada de modalidade eminentemente precarizadora, é fruto dos efeitos do declínio estrutural do capitalismo, em meio a um processo de globalização e liberalização dos mercados, contextos históricos já enfrentados em alhures na primeira parte da investigação.

Como já dito, para se entender a crise econômica hoje vivenciada, faz-se mister retornarmos à década de 1970, período em que se rompeu com o câmbio fixo, que ocorreu a crise do petróleo e fulminaram-se as receitas fiscais, havendo, assim, uma reestruturação produtiva, readaptada aos parâmetros capitalista, de um novo ciclo, do fim do milagre econômico, do final da fase expansiva dos 30 anos gloriosos, pós Segunda Guerra, começando assim, uma fase depressiva, denotada pela queda de lucratividade nas empresas, no final da década de 1960, podendo inclusive, desencadear no fim da hegemonia americana.

¹⁹⁷ MARTINS, Sérgio Pinto. *A Terceirização e o direito do trabalho*. 12 ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2012. p. 02.

Em resposta à crise estrutural capitalista, sem olvidar a crise do modelo fordista dos anos de 70, a futura liberalização do mercado e a mundialização do capital, nesse contexto surge a busca pela acumulação flexível, por via da flexibilidade do processo de trabalho e da flexibilização das normas laborais, tanto *interna corporis* na empresa como externamente, conforme já apontado, na primeira parte da presente pesquisa.

De tal forma, acredita-se que são indissociáveis para a compreensão histórica da terceirização a transformação capitalista e a conseqüente reestruturação produtiva, substituindo o fordismo pelo toyotismo.

Nesse sentido preleciona Biavaschi¹⁹⁸:

Com o esgotamento do padrão de acumulação do pós-guerra, a chamada ‘Era de Ouro’, o capitalismo ingressou em nova fase, impulsionando, principalmente nos anos 1980 e 1990, um conjunto de transformações que afetaram a estrutura social das mais diversas formas. É no bojo desse movimento que um amplo processo de reestruturação do capital forjou seus espaços, visando acelerar seu desenvolvimento, com fortes conseqüências para o mundo do trabalho e com reflexos importantes na própria organização da classe trabalhadora.

A autora continua esclarecendo, como destacado por Braga, em que quadro histórico entende ter surgido a terceirização nos moldes hoje existentes, destacando-se o fato de que a livre circulação mundial do capital financeiro na década de 1980 e 1990 invadiu a gestão do setor produtivo¹⁹⁹:

Nas décadas de 1980 e 1990, a livre circulação mundial do capital financeiro tornou-se de tal maneira predominante que foi capaz de afetar as condições de financiamento da economia real. Sem diques, a riqueza financeira passou a se movimentar ‘livremente’ para países garantidores de maior rentabilidade. Controlar esse livre fluxo passou a ser exceção. Essa circulação mundial ganhou tamanha proporção que invadiu a gestão do setor produtivo, sobretudo nas grandes corporações, entrelaçando-se o capital produtivo ao fictício, como destacou Braga. A articulação entre o sistema financeiro e o produtivo passou a coordenar os investimentos produtivos e os progressos tecnológicos, fundamentais nas estratégias de expansão das grandes empresas mundiais. O conhecimento tecnológico tornou-se cada vez mais restrito aos países avançados, que se especializaram na produção de componentes mais sofisticados. Já os periféricos limitaram-se à produção de itens com baixo valor agregado. Em decorrência, o parque produtivo industrial desses países, em boa parte, se desestruturou. Para atraírem filiais estrangeiras, esses países precisaram realizar severos ajustes institucionais, como a abertura comercial, que expôs o parque produtivo local à agressiva concorrência. As grandes empresas pertencentes a essas localidades foram submetidas às diretrizes mundiais de gestão, como o processo de reorganização e redução dos custos de produção. No âmbito da estrutura produtiva, as mudanças foram profundas. Novos padrões redefiniram a noção de competitividade internacional.

¹⁹⁸ BIAVASCHI, Magda Barros. A terceirização e a justiça do trabalho. Revista do Tribunal Superior do Trabalho, Porto Alegre, RS, v. 74, n. 4, p. 67-88, out./dez. 2008.p.74-75. Disponível em: <<http://aplicacao.tst.jus.br/dspace/handle/1939/5390>>. Acesso em 15 jan. 2013.

¹⁹⁹ Ibid., p. 75-76.

Nesse sentido, Biavaschi²⁰⁰, abeberando dos ensinamentos de Belluzzo, acrescenta que, em tempos de abertura comercial e redução de barreiras internacionais, houve o aceleramento da competitividade, o que contribuiu para o formato de terceirizações hoje existentes:

Em tempos de abertura comercial e redução das barreiras internacionais, as empresas, de forma geral, ficaram mais expostas ao processo em que se intensificou a competição, aumentando o grau de concorrência entre elas. Segundo Belluzzo, o potencial de conflito não é desprezível, num cenário de grandes instabilidades. No Brasil, a partir dos anos 1990, a economia e a atividade empresarial passaram por um processo significativo de desregulação, com enxugamento e desverticalização das estruturas organizacionais. No bojo dessas mudanças, a terceirização tornou-se uma das formas de contratação atípicas mais significativas, expandindo-se e, também, encadeando a abertura para uma série de outras formas também típicas de trabalho. Assim, compreende-se a terceirização como expressão desse movimento. O que se deve enfatizar, para os fins deste estudo, é que, na busca por maior lucratividade, o capitalismo encontra constantemente formas criativas, por vezes apresentando “disfarces” múltiplos.

A reestruturação do capital forçou de tal forma a reestruturação produtiva com maior pressão na década de 1990, no sentido de flexibilização do mercado de trabalho e a desverticalização das estruturas organizacionais, acentuando-se assim o movimento de terceirização de mão-de-obra, conforme aponta Biavaschi²⁰¹:

A partir de 1990, houve maior pressão no sentido flexibilizador do mercado de trabalho, com reflexos nos regimes de contratação. Nesse contexto, ganhou maior dimensão o movimento de terceirização da mão de obra. Muitos têm sido os debates em vários setores da sociedade, envolvendo economistas, operadores do direito, empresários, trabalhadores, sociólogos, historiadores, sobre a terceirização, focando-a no cenário das transformações que se têm operado no mundo do trabalho a partir, sobretudo, da década de 1990. Recente trabalho, elaborado no bojo de pesquisa no Centro de Estudos Sindicais e de Economia do Trabalho – CESIT/IE, que quantifica o serviço terceirizado no país, faz referência à Pesquisa da Atividade Econômica Paulista (PAEP/1996). Esta demonstra que 96% das empresas industriais que desenvolviam serviços especializados de assessoria jurídica contratavam o serviço de terceiros quer de forma parcial ou integral. E, ainda, que 75% das empresas industriais que prestavam serviços de processamento de dados e desenvolvimento de *software* na Região Metropolitana de São Paulo terceirizavam o serviço. O estudo refere, também, à Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios, realizada pelo IBGE, entre 1995 e 2004, cujos dados demonstram que, considerado o total da ocupação no período, foram os postos de trabalho terceirizados formais os que mais cresceram.

Em nosso ordenamento jurídico, durante longos anos, foram elaboradas normas não exaustivas pertinentes à terceirização, *v.g.* a Lei 4.594 (corretagem de seguro), os Decretos-

²⁰⁰ Ibid., p.76

²⁰¹ BIAVASCHI, 2008, p.68

temporária e a previsão de solidariedade, destaca também que na Colômbia,²⁰⁵ há previsão de solidariedade, informa que na Espanha há previsão de solidariedade com algumas exceções, sendo que na França²⁰⁶, há autorização da intermediação, inclusive de atividade-fim, todavia, há a vedação do *marchandage* (exploração e abuso), destaca que no ordenamento francês há previsão de responsabilidade solidária.

Inobstante, a Organização Internacional do Trabalho não tratar especificamente da terceirização, versa sobre a matéria na Convenção n.º161 (ratificada e internalizada) permitindo a terceirização de assistência médica, bem como nas Convenções n.º 34 e 96, as quais preveem a supressão das agências de colocação de mão de obra, caso possuam fins lucrativos.

Como se vê, a terceirização é uma modalidade de flexibilização produtiva, encontrada na ordem mundial, que deve ser enfrentada e regulada por nosso ordenamento jurídico, tendo por norte os valores inerentes à constitucionalização do direito laboral, já ressaltados, por diversas vezes, no presente trabalho, como o valor social do trabalho, a função social do contrato, a busca do pleno emprego, a erradicação da pobreza, com destaque para o princípio da dignidade da pessoa humana do trabalhador (reconhecendo-se a qualidade de pessoas humanas dos empresários).

3.2 Aspectos da terceirização: da visão doutrinária, da visão jurisprudencial, da visão social, da visão econômica e da visão legislativa

Sob a perspectiva doutrinária, cabe destacar alguns pontos pertinentes à terceirização que serão importantes para a compreensão dos institutos insertos na presente investigação, como o conceito de terceirização, a divisão entre atividade-fim e atividade-meio, o que se entende por terceirização lícita e ilícita ou irregular e regular, responsabilidades laborais solidária e subsidiária e limites constitucionais. Para melhor compreensão, cabe collocar o conceito de terceirização segundo Delgado²⁰⁷:

Para o Direito do Trabalho a terceirização é o fenômeno pelo qual se dissocia a relação econômica de trabalho da relação trabalhista que lhe seria correspondente. Por tal fenômeno insere-se o trabalhador no processo produtivo do tomador de serviços sem que se estendam a este os laços trabalhistas, que se preservam fixados com uma entidade interveniente. A terceirização provoca uma relação trilateral em face da contratação de força de trabalho no mercado capitalista: o

²⁰⁵ MARTINS, 2012, p. 19.

²⁰⁶ Ibid., 2012, p. 20-21.

²⁰⁷ DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho** 10. ed. São Paulo Ltr, 2011. p. 426.

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

Segundo a visão doutrinária, a terceirização também é chamada de desverticalização, filialização, exteriorização, *marchandage*, horizontalização. Cassar²⁰⁸ conceitua terceirização como sendo:

Terceirização é a **relação trilateral** formada entre trabalhador, intermediador de mão-de obra (empregador **aparente**, formal ou dissimulado) e o tomador de serviços (empregador **real** ou natural) caracterizada pela não coincidência do empregador real com o formal.

A empresa prestadora de mão-de-obra coloca seus trabalhadores nas empresas tomadoras ou clientes, Ou seja, a tomadora contrata mão de obra através de outra pessoa, que serve de intermediadora entre o tomador e os trabalhadores, sendo que o liame empregatício se estabelece com a colocadora de mão de obra.

Outro elemento, também importante a ser compreendido, é a divisão classificatória em terceirização de atividade-fim e de atividade-meio, elaboração jurisprudencial abraçada pela maioria da doutrina, forma criada para o aferimento de licitude do fenômeno terceirizado, o que implica inclusive em efeitos distintos em matéria de responsabilidade laboral.

A doutrina esclarece que a construção classificatória finalística *versus* intrumental da atividade empresarial vinha sendo elaborada pela jurisprudência aos longos da década de 1980 e 1990, visto os diplomas legais pertinentes à Administração Pública, sem olvidar no constante na antiga Súmula 256 do TST, o que restou convalidado na Súmula 331 do TST²⁰⁹

Esclarece-se que as atividades-fim são aquelas que mantêm pertinência ao cerne da atividade empresarial do tomador, ou seja, a essência da dinâmica empresarial, por outra face, atividade meio são as atividades periféricas as quais não mantêm pertinência com o cerne da atividade empresarial do tomador, como preleciona Cassar²¹⁰:

A de atividade-fim é aquela em que os serviços subcontratados se insere na atividade principal da empresa tomadora, como, por exemplo, para substituição de pessoal regular e permanente previsto na Lei n.º 6.019-74 (também é possível contratar pessoal, pelo mesmo motivo e com base na mesma lei, para atividade meio. A terceirização da atividade-meio é a regra. Ocorre quando a exteriorização de mão de obra incide sobre serviço ligado à atividade-meio do tomador (ex. vigilante-Lei n.º7.102-83).

²⁰⁸ CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do Trabalho**. 4. Ed. Niterói: Impetus, 2010. p. 481.

²⁰⁹ No mesmo sentido se posiciona Delgado, 2011, p. 438.

²¹⁰ CASSAR, 2010, p. 486.

Nem sempre é simples na prática diferenciar quando determinada atividade é meio ou fim da tomadora, exemplo claro é a atividade de informática que atualmente é essencial para a maioria das atividades produtivas, ainda, que não seja o núcleo da atividade econômica. Nessa perspectiva, Hinz considera²¹¹:

Ocorre, porém, que na prática é muito difícil se diferenciar a atividade-meio da atividade-fim de uma empresa, a começar que o exercício de uma atividade econômica traz em si tantas atividades acessórias que, face à sua relevância, podem se confundir com a atividade principal. Há ainda a questão de que, tendo o contrato social a função de fixar o *objeto* da pessoa jurídica, nem sempre será ele claro nesse sentido.

Na maioria dos casos, essa classificação chega a ser impossível. Para exemplificar, podemos pensar na movimentação de cargas dentro de uma fábrica de pneus: será a atividade do empilhadeiraista uma atividade-*meio* (mas os pneus ou qualquer outra mercadoria, não circulam sozinhos dentro da empresa) ou *fim* (mas se trata de uma indústria de pneus, e não de uma empresa de prestação de serviços de movimentação de carga)?

Como se vê o critério classificatório acima mencionado, atividade-fim ou se atividade-meio para fins de apuração de licitude, é suscetível de críticas, pois não promove entendimento uníssono quando aplicado ao caso concreto, como bem destacou Hinz²¹².

Dada a impossibilidade de se limitar à terceirização de serviços dentro de uma atividade econômica, o seu uso tende ao infinito tem-se que o enquadramento de uma atividade como sendo *meio* ou *fim* é impossível, e ainda que não o fosse, seria insuficiente para caracterizá-la como *lícita* ou *ilícita*, com as conseqüências jurídicas antes citadas e de todos já conhecidas. Aliás, chama a atenção o fato de que o poder amplo que se dá ao intérprete da norma para classificar uma terceirização como lícita ou ilícita, sem que o mesmo tenha a mais simples noção fática do que se trata, tem levado a situações de extrema injustiça, eis que a terceirização de uma atividade-meio pode ser fraudulenta, e uma realizada na atividade-fim não o ser, partindo-se sempre do princípio (inviável) de que essa classificação seria possível.

Outra divergência que cabe trazer, é a possibilidade de terceirizar atividade fim como no caso de terceirização de execução de atividades inerentes à implementação do serviço de telecomunicações, v.g. ligador, reparador de linha telefônica, e oficial de linha, pois com base no §2 do art. 60 da Lei 9.472-97 em algumas decisões se entende que as atividades descritas nesse dispositivo podem ser terceirizadas, pois lícitas e em outras, entende-se que por ser essencial ao objetivo social, vislumbra-se, de tal arte, como atividade-fim e determina-se a responsabilização da tomadora de forma solidária.

²¹¹ HINZ, Henrique Macedo. A Terceirização trabalhista e as responsabilidades do fornecedor e do tomador dos serviços: um enfoque multidisciplinar. **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**, Porto Alegre, RS, v. 71, n. 2, p. 131-145, maio/ago. 2005. p.136. Disponível em: <http://www.tst.jus.br/es/web/biblioteca/2005-vol.-71/-/document_library_display/4AvE/view/1313019/7972>. Acesso em: 10 set. 2013.

²¹² *Ibid.*, p.136

Cabe lembrar que em matéria de terceirização de telecomunicações como já dito o assunto é muito divergente, há decisões na qual se entende pela legalidade da terceirização mesmo que seja a atividade-fim, conforme já se decidiu no Tribunal Superior do Trabalho, no feito n.º 299/2005-003-24-40.8, 3ª Turma, Relator Ministro Carlos Alberto, DJ 27.04.07, com base no art. 94, inciso, II, da Lei nº 9.472/97.

Martins²¹³ menciona hipóteses de terceirização de atividade fim que acredita ser lícita (desde que não haja pessoalidade e subordinação direta) como a construção civil (455 da CLT) e os serviços de telefonia (art. 25 da L. 8.987).

Outro critério de fundamental importância para pesquisa é distinguir terceirização lícita de ilícita. A terceirização lícita abarca todas as hipóteses permitidas pela Súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho, como as especificadas na Lei do Trabalho Temporário e as atividades de vigilância.²¹⁴ Com a súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho, editada em dezembro de 1993, foi dada interpretação na qual se ampliou a hipótese de terceirização, no caso de vigilância, pois não se restringiu ao segmento bancário como ocorria com a Súmula 256 do mesmo Tribunal Superior, permitindo-se a qualquer setor do mercado de trabalho, o que incorporado por ato legislativo, como se nota das alterações efetivadas na Lei n.º 7.102/83, pela Lei n.º 8.863/94.²¹⁵

A citada súmula 331 também considera como lícita a terceirização de conservação e limpeza, bem como preleciona que a atividade-meio pode ser terceirizada sem configurar a terceirização ilícita.

Cabe destacar que embora seja considerada lícita a terceirização da atividade-meio, ainda, neste caso deverá inexistir pessoalidade e subordinação direta com a tomadora de serviços, sob pena de se configurar a fraude, ressalvada a hipótese de trabalho temporário, tendo em vista que nesse último caso, há a possibilidade legal de substituição de pessoal permanente e a contratação para o serviço extraordinário.²¹⁶

Por outra faceta, não se configurando a terceirização lícita nas hipóteses previstas na Súmula 331, conforme se destacou acima (Lei do Trabalho Temporário, no caso de vigilância,

²¹³ MARTINS, 2012, p. 134.

²¹⁴ No mesmo sentido preleciona DELGADO, 2011, p. 437.

²¹⁵ DELGADO, 2011, p.438

²¹⁶ No mesmo diapasão defende Delgado, 2011, p. 438-439.

de conservação e limpeza, e atividade-meio) a terceirização será, *a contrario sensu*, considerada ilícita.²¹⁷

Por outro lado, outros doutrinadores, os quais sopesam o fato de inexistir proibição em lei, acerca da matéria, para se falar em ilicitude, a exemplo de Cassar, entendem de forma diversa, preferindo a classificação de regular e irregular. Sobre isso, a magistrada preleciona que regulares abarcam as hipóteses previstas em lei e as não previstas em lei, mas estas últimas em atividade-meio, quando ausentes os requisitos do vínculo de emprego (artigos. 2º e 3º ambos da Consolidação das Leis do Trabalho). Por outra faceta, ensina que as irregulares açambarcam as ilícitas quando fere a lei e quando praticada em fraude ao Direito, bem como abarca as hipóteses quando se trata de atividade-fim (ausentes os requisitos da Consolidação das Leis do Trabalho) e também no tangente à Administração Pública (atividade fim), como se denota abaixo²¹⁸:

Na verdade, as terceirizações devem ser classificadas como regulares e irregulares, porque não há lei que as proíba e nem todas se enquadram nos contornos apontados pelos autores acima, bastando analisar o caso das subcontratações de atividade-fim que não geram o vínculo como o tomador por ausentes os requisitos dos arts. 2º e 3º da CLT. Neste caso, a terceirização não infringiu nenhuma lei nem fraudou nenhum direito, mas é irregular, por ser atividade-fim.

A **terceirização regular** é gênero, da qual a legal é mera espécie, enquanto a terceirização irregular é gênero, da qual a ilegal é espécie.

(...)

A **regular** é a terceirização de mão de obra ligada à atividade-meio, quando ausentes os requisitos do vínculo de emprego entre o trabalhador e tomador, ou quando a Administração Pública contratar por licitação em caso de necessidade, desde que não seja em fraude ao concurso público.

(...)

Irregular é a terceirização que, embora a lei não a proíba (por isso não é ilícita), viola os princípios básicos do Direito do Trabalho ou regras administrativas. Citamos como exemplo a terceirização da atividade-fim nos casos em que o vínculo não se forme com o tomador de serviços, em virtude do rodízio de trabalhadores (falta de pessoalidade); ou quando, apesar da pessoalidade (trabalhadores fixos) a lei impede a formação do vínculo com o tomador – Administração Pública – art. 37, II da CFRB. (grifos do autor).

A doutrina demonstra os efeitos jurídicos da terceirização ilícita, como sendo a formação do vínculo empregatício com o tomador de serviço, havendo alteração do elo subjetivo contratual empregatício nos moldes aparentemente pactuados originariamente pelas partes.²¹⁹

²¹⁷ Neste mesmo sentido preleciona Delgado., p. 439.

²¹⁸ CASSAR, 2010, p. 487.

²¹⁹ No mesmo sentido aponta Delgado, 2011, p. 440.

O que se denota, em matéria de responsabilidade laboral, é que a doutrina mais abalizada esclarece que diversas são as hermenêuticas utilizadas para se tutelar o trabalhador e se determinar a responsabilidade da empresa tomadora de mão-de-obra, pois a bem da verdade, previsão específica de responsabilidade dá-se na Lei do Trabalho Temporário, no caso de falência da empresa fornecedora de mão-de-obra e no tangente às verbas previstas no aludido diploma, sendo nesse caso a responsabilidade solidária.

Nesse diapasão, a doutrina ensina que a jurisprudência sempre se preocupou com as demais formas de terceirizações (além da prevista na Lei 6.019/74), utilizando-se de diversas hermenêuticas na tentativa de preencher as lacunas legislativas e contemplar os princípios e regras constitucionais e infraconstitucionais laborais, aplicando-se analogicamente o art.16 da Lei n. 6.019/74, o art. 2.º da Consolidação das Leis do Trabalho, por integração (art. 8.º da Consolidação das Leis do Trabalho) os dispositivos referentes aos atos ilícitos do Código Civil (atualmente arts. 186 e 187 do Código Civil) e a Constituição Federal em seus dispositivos art. 1.º, III e IV; art. 3º, I, *in fine*, e III, *ab initio*, e IV, *ab initio*; art. 4.º, II, art. 6º, art. 7º, *caput*, *in fine*; art.7.º, VI, VII, X; art. 100, *ab initio*; art. 170, III. Nesse sentido esclarece Delgado²²⁰:

De par com isso, as demais hipóteses de terceirização passaram também a merecer razoável esforço hermenêutico, à falta de claros e diretos textos legais incidentes. De qualquer modo, seja por analogia com preceitos próprios ao Direito do Trabalho (art. 16, Lei n. 6019/74; art. 2º, da CLT, que trata da assunção dos riscos por aquele que toma trabalho subordinado, não eventual pessoal e oneroso; art. 8.º, CLT, que dispõe sobre a integração jurídica), seja por analogia com preceitos inerentes ao próprio direito comum (arts 159 e 160, I, *in fine*, CCB/1916, por exemplo), seja em face da prevalência na ordem jurídica do valor-trabalho e dos créditos trabalhistas (ilustrativamente, Constituição da República: art. 1.º, III e IV; art. 3º, I, *in fine*, e III, *ab initio*, e IV, *ab initio*; art. 4.º, II, art. 6º, art. 7º, *caput*, *in fine*; art.7.º, VI, VII, X; art. 100, *ab initio*; art. 170, III), o fato é que a jurisprudência sempre pautou-se pela busca de remédios jurídicos hábeis a conferir eficácia jurídica e social aos direitos laborais oriundos da terceirização. Essa busca também se fazia no sentido de melhor incorporar as regras de responsabilidade prevista na Lei n. 6.019/74 em conjunto jurídico mais coerente, amplo e sistemático, como cabível à compreensão e qualquer instituto do Direito.

Prevalece atualmente o entendimento constante na Súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho que a responsabilidade do tomador em matéria de terceirização é subsidiária e tangente a quaisquer obrigações laborais, indo além do contido no art. 16 da Lei n.º6.019/74, independentemente de falência da terceirizante.

²²⁰ Ibid., p. 452-453.

Cabe destacar que melhor seria que as obrigações e a responsabilidade fossem consideradas solidárias (seja por entendimento jurisprudencial ou por regulamentação legislativa), como se pugna no decorrer da presente investigação, pois de tal forma se coadunaria mais com a constitucionalização da seara laboral, pois no caso de solidariedade o tempo de execução do julgado seria menor que no caso de subsidiariedade, e por outra face, em se aceitando que a obrigação é solidária, o tomador teria maior dever de vigilância quanto ao cumprimento das normas laborais, com destaque no tangente às normas de medicina e segurança do trabalho, inclusive sendo possível a autuação da tomadora, no caso de descumprimento, pelos fiscais do trabalho, mesmo que a atividade não fosse exercida no prédio da tomadora de mão-de-obra.

A solidariedade seria medida necessária em qualquer espécie de terceirização, inclusive quando haja contratação de atividade-meio, para se valer cumprir os preceitos constitucionais do valor social do trabalho, da dignidade do trabalhador, da isonomia salarial, da melhoria da condição de trabalho, da função social do contrato, pois como se sabe o tratamento entre empregados da terceirizada e da tomadora, via de regra, são distintos, ficando o empregado da terceirizada sempre em desvantagem.

Biavaschi, em seu artigo, diferencia as responsabilidades e defende ser melhor a responsabilidade solidária, quando comparada à subsidiária de forma a tutelar os direitos laborais²²¹:

Quanto aos institutos da responsabilidade solidária e da subsidiária, tema denso e complexo, interessa reter para este estudo que: na responsabilidade solidária, não acolhida pela Súmula 331, todos os co-devedores são responsáveis pela dívida por inteiro perante o credor comum, cabendo a este, no caso de não pagamento do que lhe é devido, escolher qual o ou os devedores que acionará em Juízo, podendo de qualquer um deles postular, desde logo, o pagamento da integralidade do crédito. O co-obrigado que pagou a dívida poderá, depois, buscar ressarcir-se junto aos demais pelo que satisfaz além de sua quota parte. Já na responsabilidade subsidiária, o responsável subsidiário será acionado somente quando o devedor principal não tiver comprovadas condições de pagar o que deve. **Essa diferença entre os institutos, fundamental, se reflete no maior ou menor tempo de execução do julgado; quando reconhecida a responsabilidade subsidiária da tomadora, a demora é bem maior, como a pesquisa evidenciou.** (grifos do autor).

A grande preocupação da doutrina é que a terceirização vem sendo porta para o abuso de direito, para precarização do trabalho, pois como destaca Cassar, a maioria das terceirizações envolvem fraude, ofendendo os princípios basilares do Direito do Trabalho²²²:

²²¹ BIAVASHI, Magda Barros; DROPPA, Alisson. A história da súmula331 do tribunal superior do trabalho: a alteração na forma de compreender a terceirização. **Mediações - Revista de Ciências Sociais**, v. 16, n. 1, p. 124-141, 2011. p.129. Disponível em: <<http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/mediacoes/article/view/9657>> . Acesso em: 10 set. 2013.

²²²

A globalização e a crise econômica mundial tornaram o mercado interno mais frágil, exigindo maior produtividade por menores custos para melhor competir com o mercado externo. O primeiro atingido com essa urgente necessidade de redução de custos foi o trabalhador, que teve direitos flexibilizados e outros revogados. A terceirização é apenas uma das formas que os empresários têm buscado para amenizar os seus gastos, reinvestindo no negócio aumentando seus lucros. Daí porque dos anos 90 para cá a locação de serviços ou terceirização tem sido moda.

Como a legislação brasileira não proíbe nem regula as formas de exteriorização de mão-de-obra, as práticas foram as mais diversas possíveis, demonstrando gritante abuso de direito (modalidades de ato ilícito – art. 187 do art. 187 do CC).

Todavia, a maioria dos trabalhadores terceirizados ou subcontratados são verdadeiros empregados das empresas tomadoras, disfarçados por contratos simulados com cooperativas, associações e empresas oportunistas.

(...)

Isto explica porque a intermediação de mão de obra fere de morte os princípios: da proteção ao empregado; da norma mais favorável; da condição mais benéfica; do tratamento isonômico entre os trabalhadores que prestam serviço a uma mesma empresa; do único enquadramento sindical; do único empregador; do mesmo enquadramento legal etc. Isto porque os empregados terceirizados possuem direitos inferiores e diversos dos empregados do tomador de serviços.

Além das frequentes fraudes, quando da utilização do instituto da terceirização, ainda que a terceirização seja lícita, surgem outras problemáticas como quebra da isonomia salarial, desorganização sindical, discussão quanto à responsabilidade da tomadora, devendo assim existir o que Delgado denomina de controle civilizatório²²³ em matéria de terceirização, utilizando-se da adequação jurídica, ou seja, compatibilizar as inovações do capital à função teleológica laboral pela via jurídica.

A quebra de isonomia salarial entre empregado da empresa fornecedora e os da empresa tomadora gera a discriminação remuneratória.

A isonomia salarial, por meio do salário equitativo, é perfeitamente aplicável no que tange aos casos de contrato de trabalho temporário, nos moldes da 6.019/74, conforme aponta Delgado²²⁴:

A Lei do Trabalho Temporário, por sua vez, determina que, mesmo na hipótese de terceirização lícita por ela regulada, fica garantida ao trabalhador terceirizado remuneração equivalente à percebida pelos empregados da mesma categoria da empresa tomadora ou cliente calculados à base horária.. (art.12, 'a', Le n. 6.019/74). Trata-se hoje do salário equitativo.

Esse preceito de isonomia ou comunicação remuneratória passou a ser interpretado pela jurisprudência na devida extensão, de modo a mitigar o caráter antissocial da fórmula terceirizante. Assim, todas as parcelas de caráter salarial cabíveis aos empregados originários da entidade tomadora (13.º salário, jornada, adicional noturno, vantagens salariais normativas, etc.) foram estendidas aos trabalhadores terceirizados, segundo o padrão jurídico estabelecido na Lei n. 6.019. Não há dúvida, portanto, de que o salário equitativo aplica-se plenamente a qualquer situação que envolva trabalhador temporário.

²²² CASSAR, 2010, p. 482-483.

²²³ DELGADO, 2011, p. 257.

²²⁴ Ibid., p. 440-441.

A doutrina promove o questionamento se o critério do salário equitativo se aplica às demais hipóteses de terceirização, destacando que a jurisprudência reluta em aceitar aludido critério. Todavia, parte da doutrina critica a jurisprudência nesse particular, acreditando ser mais abalizado o entendimento que estende para todos os casos de terceirização o salário equitativo, previsto na Lei do Trabalhador Temporário, como forma de controle civilizatório, adequando-se a terceirização ao Direito do Trabalho²²⁵:

Tal compreensão jurídica deve merecer críticas, entretanto.

Em primeiro lugar, ordens jurídicas e sociais mais avançadas e igualitárias que a brasileira expressamente já rejeitaram essa incomunicabilidade, em face da injustificável discriminação socioeconômica que ela propicia.

(...)

Em segundo lugar, a fórmula terceirizante, se não acompanhada do remédio jurídico da comunicação remuneratória, transforma-se em mero veículo de discriminação e aviltamento do valor da força de trabalho, rebaixando drasticamente o já modesto padrão civilizatório alcançado no mercado de trabalho do país. Reduzir a terceirização a simples mecanismo de tangenciamento da aplicação da legislação trabalhista é suprimir o que pode haver contra a essência do Direito do Trabalho, enquanto ramo jurídico finalisticamente dirigido ao aperfeiçoamento das relações de trabalho na sociedade contemporânea.

A aplicação do salário equitativo para todos os casos de terceirização encontra respaldo no texto constitucional, na isonomia, nos direitos constitucionais do trabalho.

A terceirização, ainda que lícita, também proporciona a desorganização da atuação sindical, diminuindo a ação coletiva dos trabalhadores terceirizados.²²⁶

Criticável é a ideia de formação de um sindicato de trabalhadores terceirizados, pois haveria a agremiação de trabalhadores, com interesses profissionais distintos, ocorrendo a quebra do conceito de categoria, pois não exerceriam trabalho em atividade econômica similares ou conexas, nos moldes do art. 511, §2º da Consolidação das Leis do Trabalho, sendo que em sede de terceirização, acredita-se que o ideal seria que o trabalhador terceirizado encontrasse na tomadora sua categoria e seu sindicato²²⁷:

No casos dos trabalhadores terceirizados, encontra-se na empresa tomadora de serviços sua essencial similitude de condições de vida oriunda da profissão ou trabalho em comum, como dispõe a CLT; é ali que se encontra sua essencial similitude em situação de emprego na mesma atividade econômica ou em atividades

²²⁵ Ibid., p. 441.

²²⁶ No mesmo sentido defende Delgado, Ibid., p. 464-465.

²²⁷ DELGADO, 2011, p. 465-465.

econômicas similares ou conexas conforme prevista pela Consolidação. Por isso, é no universo de trabalhadores da empresa tomadora de serviços, em que se integra em seu cotidiano profissional o obreiro terceirizado, que ele encontrará sua categoria profissional e seu efetivo sindicato.

A presente adequação jurídica da terceirização permitirá conferir verdadeira eficácia social, efetividade, ao princípio do ser coletivo obreiro no tocante aos trabalhadores terceirizados. Propiciará, ainda, no âmbito da terceirização, romper com a crise agônica por que passa o sindicalismo do país. Por fim, se dúvida, reduzirá a perversidade do processo terceirizante permitindo a um sindicato mais forte dinâmico retificar, mesmo que em parte, as mais desfavoráveis condições de labor aos trabalhadores terceirizados.

A ruptura com o enquadramento atual dos trabalhadores terceirizados que se tem feito com suporte em interpretação meramente formal da ordem jurídica do país, certamente contribuirá para aperfeiçoar o controle civilizatório da terceirização no Brasil.

Conforme se defende no presente trabalho, faz-se mister a constitucionalização da seara laboral, alcançando assim o fenômeno da terceirização.

A doutrina mais abalizada impõe limites constitucionais à terceirização.²²⁸

Como se nota dos ensinamentos acima, e conforme já dito, a ausência de norma que trate especificamente e sistematicamente da matéria traz um estado de anomia social.

Sem dúvida a terceirização para o empresário é uma forma de incremento na produção, pois poderá se dedicar ao núcleo de seu objeto social, sendo possível a maior especialização da atividade produtiva, o que interessa a toda sociedade.

Há todo um interesse de terceirização do ponto de vista empresarial, vários são os motivos de ordem econômica, Rezende²²⁹ aponta alguns, destacando-os do ponto de vista da administração de empresa, em especial da logística:

[...] maior dedicação ao próprio negócio core business; reduzir e melhorar o controle dos custos logísticos, reduzir problemas trabalhistas, absorver ‘expertise’ Know-how; evitar investimentos e substituir custos fixos por variáveis; utilizar novos canais de distribuição, otimizar a logística como forma de diferencial competitivo entre outros.

Relevante também destacar que a terceirização como nova gestão trabalhista tem se demonstrado como importante forma de geração de empregos formais, o que coloca em “xeque” a ideia de vedação a qualquer forma de terceirização, cabendo colacionar algumas considerações feitas por Pochmann²³⁰:

²²⁸ Ibid., 2011, p. 433.

²²⁹ REZENDE, Antonio Carlos. **Terceirização das atividades logísticas**. São Paulo: Instituto IMAM, 2008. p. 2.

²³⁰ POCHMANN, Marcio. **Debates Contemporâneos, economia social e do trabalho: a superterceirização do trabalho**. São Paulo: Ltr, 2008. p. 18-19.

De acordo com a Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios, realizada pelo IBGE entre 1995 e 2005, os postos de trabalho terceirizados formais foram os que mais cresceram no total da ocupação do país. O seu ritmo de expansão médio anual foi quase quatro vezes maior que as ocupações como um todo.

(...)

Se o parâmetro de análise for o segmento formal dos empregos assalariados, também se pode chegar à mesma confirmação que a terceirização terminou assumindo o principal posto de geração de novas ocupações no Brasil. Entre 1995 e 2005, por exemplo, o país registrou o adicional de 8,9 milhões de novos empregos assalariados abertos, sendo 2,0 milhões de empregos na administração pública e 6,9 milhões de empregos no setor privado.

(...) Somente o segmento terceirizado formal foi responsável pela geração do adicional de 2,3 milhões de empregos formais no mesmo período de tempo. Em sendo assim, percebe-se que 33,8% dos postos de trabalho gerados pelo setor privado formal foram responsabilidade da terceirização no Brasil.

No tangente ao aspecto legislativo, conforme já dito, a ausência de norma que trate especificamente e sistematicamente da matéria traz um estado de anomia social, pois diversos pontos deveriam ser devidamente tratados pela legislação laboral e não os são, como quais são as atividades terceirizadas permitidas, qual é o alcance da responsabilidade da tomadora em matéria laboral, quais as atividades se enquadram como terceirização, o que seria atividade-fim e atividade-meio, como ficaria a representação sindical nos casos de terceirização, como restaria o tratamento salarial para os empregados da empresa prestadora, entre outros diversos assuntos emblemáticos em matéria de terceirização.

Embora não haja legislação específica, sistemática e completa sobre terceirização em toda sua amplitude, cabe fazer referência aos poucos diplomas legais que tratam sobre a matéria e os projetos de lei pertinentes ao fenômeno da terceirização.

Preleciona-se que as primeiras referências legais sobre a sistemática tercerizante se deram no segmento estatal, *in exemplis*, Dec. Lei 200/67 e e Lei 5.645/70: aludido decreto trouxe em seu bojo a descentralização plena no âmbito federal, de forma que instigava a administração estatal de desobrigar-se das atividades instrumentais pela via da terceirização de serviços, de forma que a Lei n. 5.645, exemplificou os encargos de execução como transporte, conservação, custódia, operação de elevadores, limpeza, denotando-se de tal forma que aludida lei enumerou atividades que por sua natureza se consideram como atividades de apoio.²³¹

Embora seja de efeitos restritos os únicos diplomas legais que acobertaram inicialmente o processo terceirizante no segmento privado foram a Lei do Trabalhador

²³¹ Neste sentido, Delgado, 2011, p. 429-430.

Temporário e a Lei 7.102-83, não tendo, de tal forma, no setor privado o respaldo jurídico necessário.²³²

É bem verdade que em matéria de legislação heterônoma estatal, no segmento privado não se pode olvidar da Lei 8.949/94 (acrescentou o Parágrafo Único do art. 442 da Consolidação das Leis do Trabalho), que prevê o processo terceirizante pela fórmula cooperada e a Lei 8.036/90 (art.15, §1.º) que tece tratamento conceitual sob o aspecto subjetivo da relação trilateral terceirizante.

A questão a ser sopesada é que o processo terceirizante expandiu de tal maneira no âmbito privado que se encontra fora do pleno alcance da lei pertinente ao trabalho temporário e da Lei n. 7.102/83 (mesmo com o alargamento setorial promovido pela Lei n. 8.863/94)

E inexistindo norma específica e sistemática pertinente à terceirização a limitar os efeitos maléficos da terceirização, torna-se a terceirização mero instrumento de exploração de mão-de-obra (*marchandage*), pois os empresários visam principalmente à redução de custos, logo imprescindível a atuação de todos os agentes sociais, de forma a impedir as mazelas da terceirização, ou ainda, exigir uma legislação que tutele o direito do trabalhador, como observa Coutinho²³³:

A terceirização, na atual quadra, é o câncer das ditas 'relações de trabalho modernas'. Só que ao contrário da doença devastadora, não precisam de pesquisas mais profundas para investigar os seus nefastos feitos e para eliminá-las.

A organização dos atores interessados é a única arma para se contrapor, de modo real, à terceirização e, se não houver tal movimento, no futuro bem próximo, as reivindicações trabalhistas mirarão apenas as empresas terceirizantes, desfrutando, os verdadeiros empregadores – donos dos meios de produção - , de um conforto que nem os mais audaciosos capitalista imaginava alcançar um dia.

Esse é o dilema que se apresenta. Se a terceirização não for domada, sem nenhuma dúvida, o seu potencial destrutivo arrasará ainda mais sindicatos e trabalhadores.

Coutinho²³⁴ destaca ainda os maléficos efeitos sociais causados pela terceirização:

O trabalho terceirizado é, portanto uma das escancaradas correias de transmissão da mais-valia, carregado de conteúdo ideológico contra o sentimento de solidariedade entre iguais. Para confirmar o afirmado, basta verificar a outra face do capital e do mundo globalizado, através, da união de conglomerados, nacionais e estrangeiros, para eliminar a concorrência e aumentar a margem de lucro. Antes concorrentes, bancos cervejarias, empresas de telecomunicações, do ramo de aviação e pretolíferas, estão unidos sob a mesma sigla, sem que de fato resulte uma expansão da base da força de trabalho, exponenciando, na verdade, o segregacionismo com enxugamento dos postos de serviço e transferência de outros para empresas terceirizadas.

²³² No mesmo sentido Delgado, Ibid., p. 429.

²³³ COUTINHO, Grijalbo Fernandes. **Terceirização bancária no Brasil: direitos humanos violados pelo Banco Central**- São paulo Ltr: 2011. p. 122.

²³⁴ Ibid., p.113.

Várias foram as tentativas legislativas em regulamentar a matéria, como exemplos os projetos de lei que foram arquivados: Lei n.º 4.879/90, Lei n.º 5.490/90, Lei n.º 533/07, Lei n.º 3.127/04 (retirado da pauta).

Atualmente o Projeto-Lei, demasiadamente comentado, que se encontra em andamento legislativo é o apresentado pelo Deputado Sandro Mabel (PL-GO) de n.º 4.330-04, sobre qual emerge diversos posicionamentos jurídicos, muitos deles de ordem crítica, pois a bem da verdade, vão de encontro com o ideal de constitucionalização do Direito do Trabalho, gize-se projeto desprovido no todo da constitucionalização que se impõe em um Estado Democrático e Social.

A Associação Nacional dos Magistrados do Trabalho, a Anamatra²³⁵ se posicionou contrário ao aludido projeto, conforme se extrai do seguinte trecho:

A despeito da realidade exposta, o projeto de Lei 4.330/2004, com a intenção de aparentemente preencher uma lacuna da Lei, já que nosso ordenamento jurídico não dispõe de uma regulamentação - especialmente, quanto à responsabilidade trabalhista do tomador e à especificação das atividades em que a terceirização seria lícita - simplesmente ignora toda a experiência acumulada pela Justiça do Trabalho, que só a admite em situações excepcionais: quando se trata de serviço especializado e no desenvolvimento de atividades acessórias da empresa. Em sentido diverso ao consolidado perante a maioria dos que lidam diretamente com as questões trabalhistas, a idéia que norteia o referido projeto é estender de forma indiscriminada a terceirização de serviços a quaisquer atividades, inclusive, para aquelas essenciais ou principais das empresas (atividades fim). Ou seja, a contratante/tomadora entregando a outrem o cumprimento direto da atividade que justifica a existência dela, poderia terceirizar a si mesma às custas do sacrifício de direitos trabalhistas!

É dizer, por exemplo, que um frigorífico poderá terceirizar setores como abate e desossa. Uma agropecuária poderá terceirizar o preparo do solo, o plantio, a colheita ou o manejo do gado. Uma construtora poderá terceirizar a construção da fundação de um prédio ou o levantamento de paredes. Enxerga-se um futuro com empresas sem empregados, realizando seus objetivos exclusivamente através de trabalhadores terceirizados, não assumindo sequer a responsabilidade direta pelo cumprimento das obrigações trabalhistas.

Na mesma esteira, Delgado²³⁶ também demonstrou seu descontentamento no tangente ao aludido projeto de lei, quando da realização da reunião do Conselho de

²³⁵ TESSARO, Ivan José; ANTONIO, André Simionato Doenha. **Críticas ao Projeto de Lei da Terceirização (PL 4.330/2004)**. Anamatra – Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho. 26 set. 2013. Disponível em: <<http://www.anamatra.org.br/index.php/artigos/criticas-ao-projeto-de-lei-da-terceirizacao-pl-4-330-2004>>. Acesso em: 30 set. 2013.

²³⁶ MAURÍCIO Godinho afirma que regulamentação da terceirização vai esvaziar o papel da Justiça do Trabalho. Anamatra – Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho. 26 set. 2013. Disponível em: <<http://www.anamatra.org.br/index.php/noticias/mauricio-Delgado-afirma-que-regulamentacao-da-terceirizacao-vai-esvaziar-o-papel-da-justica-do-trabalho>>. Acesso em: 30 set. 2013.

representantes da Anamatra, em 26/09/2013, dando-se destaque aqui ao fato de que o citado magistrado acredita que o referido projeto fere valores constitucionais:

Eu nunca vi um projeto de precarização do trabalho tão impactante como esse, de tamanha amplitude e efeitos danosos, que desrespeita dezenas de milhões de pessoas que vivem do trabalho.

É como se o brasileiro fosse o problema do Brasil. Trata-se de uma visão retrógrada, com saudades do século XIX ou embevecida pela precarização de certas realidades asiáticas. É como se o trabalhador fosse uma matéria-prima que tem de ser cada vez mais barata, ao invés de ser um partícipe e co-construtor das empresas e do Brasil.

A Constituição Federal tornar-se-á uma contrafação, um documento meramente falacioso, se a CLT for tornada vazia.

A terceirização, ao reverso do que o projeto faz, tem de ser restrita. O projeto teria de restringir a terceirização, pois ela já se tornou uma epidemia; epidemia restringe-se e se controla; ou seja, coloca-se o fenômeno dentro de margens de segurança, ao invés de se instigar a sua generalização. O PL não regulamenta, restringindo, a terceirização; ele, na verdade, desregulamenta, liberaliza, generaliza o fenômeno da terceirização.

Estamos falando do esvaziamento do papel de instituições fundamentais, como a Justiça do Trabalho e o Ministério Público do Trabalho, além do próprio Direito do Trabalho, tudo isso contra o ideário da Constituição. É a nossa sobrevivência que está em jogo, como partícipes de instituições fundamentais do Estado Democrático de Direito. Todos os juízes e todos os procuradores do Trabalho estão atingidos por esse projeto,

O projeto vai afetar o bom funcionamento da economia, pois 60% do PIB brasileiro resultam da renda das pessoas físicas e das famílias. Não é só o salário, trata-se do conjunto do rendimento provindo do emprego que será comprometido. O principal segredo do bom desempenho brasileiro durante a mais grave crise do capitalismo desde 1930 será duramente afetado.

‘O desafio é muito grande, mas tenho convicção de que podemos sim convencer a sociedade política, as instituições estatais, de que se trata de um equívoco grave, que flui na antítese do bom trabalho que o Parlamento brasileiro vem fazendo no tocante a várias leis importantes e progressistas’.

A Anamatra chegou a enviar carta aberta aos parlamentares solicitando a rejeição integral do PL n.º 4.330/2004, cabe colacionar²³⁷:

Carta aberta

A Associação Nacional dos Magistrados do Trabalho (Anamatra), entidade representativa dos mais de 3.500 juízes do Trabalho do Brasil, vem a público, nos termos de seu Estatuto - que determina a atuação em defesa dos interesses da sociedade, em especial pela valorização do trabalho humano, pelo respeito à cidadania e pela implementação da justiça social-, conclamar os partidos políticos e parlamentares comprometidos com os direitos sociais a rejeitaram integralmente o Projeto de Lei n.º 4.330/2004, que ora tramita na Comissão de Constituição Justiça e Cidadania da Câmara dos Deputados, e que dispõe sobre o contrato de prestação de serviço a terceiros e as relações de trabalho dele decorrentes.

O referido PL, a pretexto de regulamentar a terceirização no Brasil, na verdade expande essa prática ruinosa e precarizante para todas as atividades econômicas,

²³⁷ ANAMATRA. Anamatra - Associação divulga carta aberta contra a terceirização. Brasília, 2 de setembro de 2013. Disponível em: <http://www.amatra1.com.br/visualiza_not.asp?cod=3440¬cli=1&direct=comunicacaohome.asp> Acesso em: 30 set. 2013.

com risco de causar sérios danos aos trabalhadores brasileiros, caso aprovado, pela ruptura da rede da proteção trabalhista que o constituinte consolidou em 1988. Entre os problemas do projeto estão a liberação da prática na atividade-fim da empresa, bem como a ausência da responsabilidade solidária do empregador de forma efetiva.

Na mesma esteira continua a referida carta²³⁸:

A terceirização constitui manobra econômica destinada a reduzir custos de pessoal na empresa, pelo rebaixamento de salários e de encargos sociais, que tem trazido uma elevada conta para o país, inclusive no que se refere aos acidentes de trabalho, uma vez que em determinados segmentos importantes da atividade econômica os índices de infortúnios são significativamente mais elevados.

É com perplexidade, incredulidade e espanto que notícias são lidas dando conta da adesão por parte de alguns Partidos e parlamentares ao relatório do deputado Artur Maia (PMDB-BA), abandonando linha histórica que legitimou a atuação de cada um.

Nesse sentido, a Anamatra reforça a conclamação aos parlamentares e partidos, comprometidos com as causas sociais, para que rejeitem o PL nº 4.330/2004, e sigam em defesa de uma sociedade que busque a justiça social e não o aprofundamento da desigualdade social no Brasil.

Brasília, 02 de setembro de 2013

Paulo Luiz Schmidt

Presidente da Anamatra

O aludido projeto é merecedor de críticas, pois em total retrocesso em matéria de Direito Constitucional do Trabalho, nota-se isso, pois pretende promover a diversidade de categorias na mesma empresa, enfraquecendo o movimento sindical, tem por objetivo precarizar os direitos laborais, quando prevê que qualquer atividade seja inerente, acessória e complementar, poderá ser terceirizada, da mesma forma quando pretende criar exceção à formação do vínculo empregatício, mesmo que existentes os requisitos constantes na Consolidação das Leis do Trabalho.

Aludido projeto (Projeto de Lei n. 4330/2004) só merece elogio quanto aos critérios para o funcionamento da empresa terceirizada, a responsabilidade da tomadora quanto às normas de medicina e segurança e a solidariedade na hipótese de quarteirização, mas algo pequeno diante de tantos dispositivos teratológicos.

Antes de adentrar a análise jurisprudencial das súmulas 256 e 331 do Tribunal Superior do Trabalho e seus desenvolvimentos, importante situar a temporalidade das alterações de entendimento sumulado em matéria de terceirização: a) em 1986 a súmula 256

²³⁸ Ibid.

previa o entendimento que salvo trabalho temporário e vigilância a contratação interposta seria ilegal; b) em 1993 em sua redação original a Súmula 331 flexibilizou o que dizia a Súmula 256 estabelecendo critério classificatório finalístico de atividade, trouxe o entendimento de responsabilidade subsidiária condicionada à participação na relação processual, estabeleceu ainda o entendimento de impossibilidade de formação de vínculo empregatício com a Administração Pública; c) em 2000 a súmula 331 enunciou o entendimento de que a Administração Pública é responsável subsidiária caso tenha participado da relação processual; d) em 2011 revisou-se a súmula 331 com o entendimento de que a responsabilidade subsidiária da administração estaria condicionada a comprovação da culpa, ou seja, para a Administração a responsabilidade subsidiária não decorre do mero inadimplemento do prestador de serviço e que a condenação para aqueles que respondem subsidiariamente abrange todas as verbas decorrentes da condenação.

A utilização pelos juízos singulares e coletivos da Súmula 256 do Tribunal Superior do Trabalho e, posteriormente da súmula 331, ambas do Tribunal Superior do Trabalho, predominou nas decisões juslaborais, tendo em vista a ausência de norma específica acerca da terceirização.

Cabe colacionar trecho doutrinário do ministro Delgado²³⁹ que de forma sucinta demonstra o desenvolvimento jurisprudencial, iniciando-se no tangente à citada Súmula 256:

A jurisprudência trabalhista digladiou-se desde a década de 1970 em torno do tema da terceirização (embora esse epíteto, como visto, tenha se consagrado apenas posteriormente a tradição jurídica do país). O laconismo de regras legais em torno de tão relevante fenômeno sociojurídico conduziu prática de intensa atividade interpretativa pela jurisprudência em busca de assimilar a inovação sociotrabalhista ao cenário normativo existente no país.

Nos anos de 1980, antes da nova constituição, O tribunal Superior do Trabalho fixou a sumula jurisprudencial a respeito do problema, incorporando orientação fortemente limitativa de hipóteses de contratação de trabalhadores por empresa interposta.

(...)

A súmula trazia alguns tópicos orientativos de grande relevância. Nessa linha, fixava como claramente excetivas na ordem jurídica as hipóteses de contratação terceirizada de trabalho. A regra geral de contratação mantinha-se, em tal contexto, com o padrão empregatício constante na CLT. Em conseqüência dessa vertente orientativa, caso considerada ilícita a terceirização perpetrada (por situar-se fora das alternativas das Leis ns. 6.019 ou 7.102, segundo a súmula) determinava-se, para todos os fins, o estabelecimento do vínculo empregatício clássico com o efetivo tomador de serviços.

Alguns dos tópicos orientadores da Súmula 256 manter-se-iam firmemente incrustados na cultura jurídica posterior, É o que passa com a idéia de terceirização como processo excetivo preservando-se a fórmula celetista como a básica regra de pactuação de relações de produção no país. É o que ocorre também com a

²³⁹ DELGADO, 2011, p. 434 a 436.

determinação de instituição de vínculo empregatício como tomador de serviços caso configurada a ilicitude trabalhista na terceirização perpetrada.

Quando a referida súmula 256 orientava no sentido de que “*salvo os casos previstos nas Leis ns. 6019, de 3.1.74 e 7.102 de 206.1983, é ilegal a contratação de trabalhadores por empresa interposta, formando-se o vínculo empregatício diretamente com o tomador dos serviços*”, esse entendimento, tamanha a restrição, se distanciava das ressalvas previstas no Decreto-Lei 200/67 e na Lei 5.645/70, bem como conflitava com o comando constitucional do certame público, somado ao fato de que aos olhos da jurisprudência não se coadunava com as novas realidades sociais, como aponta Biavaschi²⁴⁰:

Mas a partir de 1990, em tempos de acirramento da pressão pela flexibilização do mercado de trabalho, a força do movimento de terceirização da mão-de-obra teve impactos notórios na jurisprudência. No bojo dessa complexidade, o Enunciado 256 foi revisto: inicialmente em 1993 e, depois, em 2000, quando a Resolução n.96, do TST, aprovou a atual redação da Súmula 331.

Todos os fatos acima, de tal forma, deram ensejo então a revisão da aludida súmula, nessa esteira preleciona a doutrina²⁴¹:

Não obstante isso, a mencionada súmula pareceu fixar um leque exaustivo de exceções terceirizantes (leis n. 6019/74 e 7.102/83) o que comprometia sua própria absorção pelos operadores jurídicos. Afinal, as expressas e claras exceções. Contidas até então no art. 10 do Decreto-Lei 200/67 e na Lei 5.645/70 – exceções consubstanciadoras de um comando legal ao administrador público – não constavam do leque firmado pela súmula em exame. A par disso, a posterior vedação expressa de admissão de trabalhadores por entes estatais sem concurso público, oriunda da Carta Constitucional de 1988 (art. 37, II e §2º) não tinha guarida na compreensão estrita contida na Súmula 256. Todas essas circunstâncias – e a acirrada polemica judicial que sempre cercou a aplicação de entendimento consubstanciado no referido verbete de súmula – conduziram, anos depois, já em fins de 1994, à revisão da referida sumula, editando-se a Súmula 331, TST.

Com a súmula 331, houve um abrandamento dos limites ao instituto da terceirização, se comparada com a citada súmula 256, sendo assim, reduziu-se a resistência ao aludido fenômeno, pois se ampliaram as possibilidades de terceirização, bem como, demonstrou-se retrocesso juslaboral em matéria de responsabilidade da tomadora, por outro lado, no anseio de se estabelecer um meio termo, de forma a tutelar os direitos laborais, se estabeleceu o critério da atividade-fim e atividade-meio, entendendo pela responsabilidade subsidiária do

²⁴⁰ BIAVASHI; BALTAR, 2009, p. 20.

²⁴¹ DELGADO, 2011, p.434 a 436.

tomador nos casos de terceirização lícita e a formação do vínculo empregatício com esse no caso de fraude.²⁴²

Uma vez comparada as duas mencionadas súmulas 256 e a 331, nota-se que essa última dá maior abertura para a exclusão da lide, no que condiz à tomadora, inclusive em razão da dificuldade de se provar fraude e formação de grupo econômico, mas proporciona a redução de discussões quanto à terceirização se comparada com a Súmula 256, o que foi atentamente percebido na investigação de Biavaschi²⁴³:

A primeira leitura dos processos desse último período permitiu a formulação de algumas hipóteses: publicada a Súmula 331, o entendimento que passou a consagrar teve reflexos importantes tanto no conteúdo das decisões proferidas pela Justiça do Trabalho, como no das demandas ajuizadas questionando a terceirização. De forma majoritária, essas decisões passaram a concluir pela responsabilidade subsidiária da RIOCELL [tomadora] ou, mesmo, por excluí-la da lide, isentando-a de responsabilidade, o que, relativamente ao que o Enunciado 256 consagrava, importou retrocesso. Dessa forma, os processos demonstram a força das decisões sumuladas pelo TST, sobretudo nesse terceiro período, balizando o entendimento dos demais graus de jurisdição. Isso por um lado. Por outro, no entanto, e comprovando a tese de que o Estado é uma relação, encontram-se nesse período, mesmo que não de forma prevalente, decisões concluindo pela responsabilização solidária da tomadora e, até mesmo, pelo reconhecimento de sua condição de empregadora quando evidenciada a simulação que, no Direito do Trabalho, é instrumento da fraude. As fichas dos processos do terceiro período e as análises pormenorizadas das decisões proferidas, tanto do ponto de vista quantitativo quanto do qualitativo, comprovam a hipótese anteriormente levantada: isto é, uma vez publicada a Súmula 331 do TST, o entendimento que consagrou teve reflexos nas demandas trabalhistas, reduzindo os questionamentos em torno da terceirização e modificando o conteúdo das decisões proferidas nos processos historiados. De forma majoritária, os processos da amostra foram solucionados pela conciliação entre as partes, homologada pelo Juízo.

Como se vê, em matéria de terceirização de mão-de-obra é comum a prática de decisões que contenham ativismo judicial, atualmente, aplicando-se a Súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho, tendo em vista a falta de regra específica. Nesse diapasão, encontra no tangente à confecção das citadas súmulas 256 e 331 a prática de ativismo judicial.

Importante para se entender a prática de referido ativismo jurídico em aludidas decisões é entender primeiramente do que se trata o fenômeno ativismo jurídico, posteriormente, a necessidade de aludida prática na Justiça do Trabalho, tendo em vista a ausência de regra específica sobre terceirização laboral que assim concretize o valor social do trabalho e a dignidade do trabalhador, preceitos esses de ordem constitucional.

²⁴² No mesmo sentido ensina Delgado, 2011, p. 436.

²⁴³ BIAVASHI; BALTAR, 2009, p. 241.

A ausência de regra específica permite a precarização dos direitos trabalhistas, por consectário a ofensa aos princípios laborais, às normas constitucionais, ao valor social do trabalho e à dignidade do trabalhador.

Acredita-se que a via do ativismo judicial, em matéria de terceirização, pode contribuir de forma a satisfazer o texto constitucional, caso se julgue, utilizando-se do ativismo judicial de forma a se determinar a responsabilidade solidária em qualquer caso de terceirização, seja atividade-fim ou atividade meio.

Sendo o Supremo Tribunal Federal o guardião dos valores contidos no texto constitucional, para a efetividade em face da omissão legislativa, faz -se mister a utilização dos princípios constitucionais, proferindo assim decisões normativas.

Como se nota pelas decisões da Suprema Corte, nos dias atuais, o Supremo Tribunal Federal não se contém a declarar a omissão normativa, sobrepondo-se à dogmática tradicional, o Judiciário, ou seja, não só o Supremo Tribunal Federal, mas a magistratura como um todo, seja monocrática ou colegiada, hoje vem extrapolando a missão da subsunção, ou seja, de dizer o direito aplicando a lei existente, vem criando direitos; ainda, que se questione o esquecimento ou menosprezo à existência dos princípios da separação dos poderes e o estado democrático de direito.

O ponto nevrálgico é que não pode o Judiciário “cruzar os braços” diante da inércia legislativa, realmente algo deve ser feito, principalmente no tangente à terceirização, sendo o ativismo judicial medida necessária, inclusive de forma a satisfazer o almejado controle civilizatório e a constitucionalização do direito laboral, em especial no caso de terceirização.

O ativismo judicial teve sua origem na jurisprudência norte-americana, bem como sua consagração se deu na Suprema Corte dos Estados Unidos, conforme ensina o autor Barroso²⁴⁴:

As origens do ativismo judicial remontam à jurisprudência norteamericana. Registre-se que o ativismo foi, em um primeiro momento, de natureza conservadora. Foi na atuação proativa da Suprema Corte que os setores mais reacionários encontraram amparo para a segregação racial (*Dred Scott v. Sanford*, 1857) e para a invalidação das leis sociais em geral (Era *Lochner*, 1905-1937), culminando no confronto entre o Presidente Roosevelt e a Corte, com a mudança da orientação jurisprudencial contrária ao intervencionismo estatal (*West Coast v. Parrish*, 1937).

Não há na doutrina uma voz uníssona quanto a qual momento foi primeiramente empregado o termo ativismo judicial, se em berço norte- americano ou belga, conforme se

²⁴⁴ BARROSO, Luiz Roberto. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**. Disponível em: <http://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso_para_Selecao.pdf>. Acesso em: 10 jan. 2013.

percebe nas palavras de Vicente Paulo de Almeida²⁴⁵, mencionando ensinamentos de Vanice Regina Lírio do Valle e Carlos Eduardo de Carvalho:

Vanice Regina Lírio do Valle assevera que o termo ativismo judicial, conquanto se refira ao meio jurídico, nasceu com a publicação de um artigo na revista americana *Fortune*, pelo jornalista americano Arthur Schlesinger, numa reportagem sobre a Suprema Corte dos Estados Unidos, no qual ele traçou o perfil dos nove juízes da Suprema Corte. Ainda, segundo a autora, desde então, o termo vem sendo utilizado, normalmente, em uma perspectiva crítica quanto à atuação do poder judiciário. Em sentido contrário, Carlos Eduardo de Carvalho afirma que o vocábulo ativismo judicial, de acordo com investigação sobre a sua origem, foi empregado, pela primeira vez em 1916, na imprensa belga. Porém, foi consagrado nos Estados Unidos da América, em face da postura adotada pela Suprema Corte no julgamento de determinados casos, que tiveram efeitos mais abrangentes. Além do que, conforme citado pelo autor, apoiado nas lições de Dierle José Coelho Nunes, tal vocábulo já era utilizado e defendido desde o final do século XIX.

O marco inicial da jurisprudência acerca das decisões ativistas foi a Representação de Inconstitucionalidade n. 1.417/DF, na qual se delineou os limites da Corte Suprema, nas interpretações conforme a Constituição Federal, na época impossibilitando o Supremo Tribunal Federal de atuar como legislador positivo.

Luis Flávio Gomes²⁴⁶ preleciona que ativismo judicial é o fenômeno no qual o magistrado interpreta a Constituição imbuído no dever de garantir a efetividade dos valores e os direitos constitucionais. Para ele o ativismo ocorre quando o juiz cria uma norma, inovando o ordenamento jurídico.

Ensina o autor que o ativismo pode se manifestar como inovador, quando o magistrado cria uma norma ou um direito, ou ainda como revelador, quando um juiz inova o ordenamento jurídico decorrente de uma regra preexistente, a partir de valores e princípios constitucionais, ou seja, nesse último caso possui natureza complementar.

Cabe destacar que judicialização política e ativismo não se confundem, pois aquele é o fenômeno pelo qual o Judiciário, por meio da jurisdição, soluciona questões sociais de natureza política por necessidade, diferentemente nos casos de ativismo que a aproximação da política à jurisdição se dá pela vontade. Nessa perspectiva, Luis R. Barroso²⁴⁷ se refere aos aludidos fenômenos:

²⁴⁵ ALMEIDA, Vicente Paulo de. Ativismo judicial. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 16, n. 2930, 10 jul. 2011 . Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/19512>>. Acesso em: 18 jan. 2013

²⁴⁶ GOMES, Luiz Flávio. O STF está assumindo um ativismo judicial sem precedentes?. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 14, n. 2164, 4 jun. 2009 . Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/12921>>. Acesso em: 10 dez. 2012.

²⁴⁷ BARROSO, 2013.

A judicialização e o ativismo judicial são primos. Vêm, portanto, da mesma família, freqüentam os mesmos lugares, mas não têm as mesmas origens. Não são gerados, a rigor, pelas mesmas causas imediatas. A judicialização, no contexto brasileiro, é um fato, uma circunstância que decorre do modelo constitucional que se adotou, e não um exercício deliberado de vontade política. Em todos os casos referidos acima, o Judiciário decidiu porque era o que lhe cabia fazer, sem alternativa. Se uma norma constitucional permite que dela se deduza uma pretensão, subjetiva ou objetiva, ao juiz cabe dela conhecer, decidindo a matéria. Já o ativismo judicial é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance. Normalmente ele se instala em situações de retração do Poder Legislativo, de um certo descolamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que as demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva. A idéia de *ativismo judicial* está associada a 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.

Outros aspectos importantes a serem destacados são às críticas ao ativismo, no sentido de que os magistrados não possuem a legitimidade democrática, política, para criarem direito, ou ainda, inovarem a ordem jurídica sob a pena de ofensa ao princípio democrático e da separação de Poderes. Cabe mencionar que alguns entendem que não é remédio apropriado para o *déficit* democrático o ato de transferir decisões de políticas públicas ao Poder Judiciário, pois além de romper com o princípio da separação dos poderes, também fragiliza o princípio da igualdade, conforme pugna Machado.²⁴⁸

Baseados no princípio democrático chegam algumas correntes a criticarem inclusive o sistema de controle de constitucionalidade da legislação infraconstitucional por parte do Judiciário, pelo fato dos juízes não terem sido eleitos pelo povo.

Não menosprezando a tensão existente entre constitucionalismo e a democracia, mas tais entendimentos que “algemam” o Judiciário não merecem prosperar, pois a própria Constituição garante o controle das normas infraconstitucionais e a constituição é fruto da vontade do povo.

Da mesma forma, quando os magistrados praticam ativismo judicial, criando uma nova norma ou complementando a ordem jurídica, tendo por escopo afastar a inefetividade das normas constitucionais, em última análise, realizam atos em prol da vontade soberana do povo, quando da criação das normas constitucionais, contemplando com aludido fenômeno, o ativismo, o princípio da democracia.

²⁴⁸ MACHADO, Edinilson Donisete. **Ativismo Judicial**. 1. ed. Letras Jurídicas: Coleção UNIVEM. 2011. p.157.

Em outras palavras a vontade soberana do povo em Assembléia Nacional Constituinte foi criar uma Carta Magna que seja a mais efetiva possível, não apenas uma carta de meras intenções.

No que tange aos argumentos de que o ativismo ofende o princípio da separação de poderes, cabe entender o mais abalizado significado da separação de poderes.

Cabe destacar que o Poder Estatal é uno, proveniente da vontade do povo, e que o termo “separação” de poderes poderia ser substituído por “contenção” dos poderes, pois pela contenção surge o equilíbrio entre as funções, por outra face, é certo que não há uma separação em termos absolutos entre as funções estatais, tanto é verdade que há funções atípicas por parte dos Poderes, como salienta Canotilho²⁴⁹:

(...) a teoria da separação dos poderes engendrou um mito. Consistiria este mito na atribuição a Montesquieu de um modelo teórico reconduzível à teoria da separação dos poderes rigorosamente separados: o executivo (o rei e seus ministros), o legislativo (1ª câmara e 2ª câmara, câmara baixa e câmara alta) Cada poder recobriria uma função própria sem qualquer interferência dos outros. Foi demonstrado por Eisenmann que esta teoria nunca existiu em Montesquieu: por um lado reconhecia-se ao executivo o direito de interferir no legislativo porque o rei gozava do direito de veto; em segundo lugar, porque o legislativo exerce vigilância sobre o executivo na medida em que controla as leis que votou, podendo exigir aos ministros conta da sua administração; finalmente, o legislativo sobre o judicial quando se trata de julgar os nobres pela Câmara dos Pares, na concessão de anistias e nos processos políticos que deviam ser apreciados pela Câmara alta sob acusação da Câmara baixa

Para a realização da vontade constitucional, as funções estatais (Poder Judiciário, Executivo e Legislativo) devem somar esforços para a concretização dos preceitos constitucionais, sem as amarras da separação de Poderes que somente foi criado para fins de equilíbrio do sistema político. Sendo assim, se o Legislativo não regulamenta determinada matéria com preceitos infraconstitucionais, não pode o Judiciário negar validade aos textos constitucionais, podendo, por meio de uma postura ativa inicial ou complementar, criar normas de forma a tornar efetivos os preceitos constitucionais.

Nos dias atuais, em épocas de neoconstitucionalismo, já não cabem mais as ideias da hermenêutica tradicional, pugnadas na fase do positivismo do Estado Liberal, por isso, na presente investigação se concorda com o controle civilizatório, ainda que mais limitativo ou protecionista que o da Súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho, gize-se eivado de constitucionalização e adequação jurídica no que tange ao fenômeno da terceirização.

²⁴⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Edições Almeida. 2000. p.114.

Com o neoconstitucionalismo, os princípios ganharam força que antes não possuíam, sendo utilizados pelos operadores de direito, no exercício de interpretação, bem como norte aos legisladores, quando da confecção das normas infraconstitucionais, vinculando assim todo o ordenamento jurídico.

No neoconstitucionalismo se prega a constitucionalização de todas as searas do Direito, nessa ordem jurídica, toda norma infraconstitucional deve ser interpretada à luz das regras e princípios constantes no texto constitucional, sendo a constituição o verdadeiro filtro da validade, como enfatizado em alhures quando se tratou especificamente da constitucionalização dos direitos.

É evidente que o magistrado não pode se utilizar do fenômeno do ativismo e deixar de fundamentar de forma racional, pois, caso contrário, teríamos um ativismo negativo.

Outro cuidado que se deve ter em matéria de ativismo é a generalização normativa dos princípios, ou seja, tratar regras como se princípios fossem, sendo que em matéria de colisão entre si possuem, via de regra, regimes distintos de solução.

Na mais alta corte, isto é, no Supremo Tribunal Federal praticou-se ativismo em casos emblemáticos como na vedação do nepotismo nos três poderes, no caso de fidelidade partidária, no caso da demarcação de terras indígenas na área conhecida como raposa/serra do sol, entre outros casos.

O ativismo judicial na Justiça do Trabalho vem de longa data em razão dos interesses em conflito, da necessidade de proteção aos direitos dos trabalhadores e da necessidade de respostas rápidas, devido à grande pressão social existente em matéria laboral.

Corroboram os precedentes normativos do Tribunal Superior do Trabalho, muitas das vezes regulamentando o que a regra deveria regulamentar, praticando assim ativismo, quiçá mesmo sem saber alguns ministros, na época da confecção dos precedentes, que aludida prática se denominaria ativismo judicial, como disserta Alemão²⁵⁰:

(...) direito do trabalho sempre foi considerado pioneiro na formulação de um direito especial, que quebrou o aspecto formal e individualista do próprio direito, *desformalizando*-(Weber,1999, Habermas,1997), através de sua feição coletiva e de proteção. Podemos afirmar 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 do trabalho, a ação coletiva trabalhista, as juntas de conciliação e julgamento com representação de empregados e empregadores e com ritos rápidos e diretos. Os conflitos de classe foram encaminhados para a Justiça do Trabalho com

²⁵⁰ ALEMÃO, Ivan. **Justiça sem mérito? Judicialização e desjudicialização da Justiça do Trabalho.** Disponível em: <<http://ivanalemaouff.blogspot.com.br/p/artigo-justica-sem-merito.html>>. Acesso em: 10 jan. 2013.

objetivo de serem solucionadas por meio pacífico. Oliveira Vianna (1938), um dos principais mentores da Justiça do Trabalho, defendia-a enquanto “entidades administrativas providas de *processualidade* própria”. Por outro lado, o fato de poder criar regras - o poder normativo a ela conferido – também feriu a tradicional independência dos três poderes. O sucesso dessa justiça foi tão grande que com a Constituição Federal de 1946 passou a integrar o Poder Judiciário, levando para seu interior mecanismos participativos, embora corporativos.

O cumprimento das normas pertinentes à dignidade da pessoa humana, elemento nuclear na presente investigação e ponto crucial de um Estado Democrático de Direito, exige do Estado, além da previsão no ordenamento de direitos fundamentais, a efetividade de tais direitos com medidas concretas para a implementação, de forma a garantir a concretude de tais dispositivos.

Para tanto, faz-se mister o rompimento dos limites positivistas de mera subsunção, por parte do Judiciário, de forma a preencher os vazios, ou seja, as omissões legiferantes, no escopo de se concretizar os direitos fundamentais, e não diferentemente no que condiz aos direitos sociais dos trabalhadores, em especial aos previstos no art. 7.º da Constituição Federal.

O que se pretende com a prática do ativismo judicial na Justiça do Trabalho é garantir um patamar mínimo em prol do que se denomina trabalho digno.

O conflito entre o capital e o trabalho vem de longa data e considerando que em se tratando de relação de trabalho, há um desequilíbrio de armas, necessária se faz a consagração de um patamar mínimo de direito aos trabalhadores, direitos esses considerados fundamentais.

Não se pode olvidar que antes de ser trabalhador, trata-se o obreiro de uma pessoa, logo tem todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, que como trabalhador agrega direitos laborais de direta repercussão no contrato de emprego.

Como já visto, anteriormente, o Supremo Tribunal Federal vem produzindo decisões de cunho normativo, atuando, como legislador de forma a concretizar os direitos fundamentais, o que muitas vezes é louvável, fazendo às vezes do legislador infraconstitucional, praticando o fenômeno da legislação judicial.

A Constituição Federal prevê um rol considerável de direitos laborais fundamentais, princípios de grande relevância que exige a confecção de normas infraconstitucionais que deem concretude aos preceitos constitucionais.

Não se pode olvidar que o fenômeno do constitucionalismo também vem imperando nos tribunais laborais, em toda interpretação e aplicação da Consolidação das Leis do Trabalho, bem como na legislação trabalhista esparsa, deve, assim, toda norma infraconstitucional ser interpretada e fulcrada no texto constitucional.

Cabe destacar que quando o Judiciário pratica ativismo judicial com o escopo de concretizar a constituição, em especial, os direitos fundamentais, não se sobrepõe aos demais Poderes, e sim exerce atividade em colaboração com os demais Poderes, em prol da soberania popular.

Se constitucionalmente é garantido a dignidade da pessoa humana e o valor social do trabalho, então é certo que a Justiça do Trabalho deve se utilizar do ativismo judicial, para proteger os empregados, diante de qualquer fenômeno econômico que queira romper aludidos direitos fundamentais.

Outro aspecto importante a ser salientado, é quem teria legitimidade para a prática do ativismo judicial, os Regionais, o juízo monocrático, ou apenas os Tribunais Superiores?

De forma muito cautelosa Nahas ressalta que a prática do ativismo judicial deve ser vedada aos juízos singulares ou aos Regionais, por possibilidade de ofensa ao princípio democrático, pois não possuem competência para decidir matéria constitucional, logo não teriam como criar regras de aplicação a casos concretos, como discute Nahas²⁵¹:

Entendemos que a Constituição Federal, não obstante tenha previsto o controle concentrado de inconstitucionalidade, não conferiu ao juiz singular o poder de preencher a lacuna legislativa criando o direito a ser aplicável ao caso concreto que está julgando. É certo que a função normativa dos princípios refere-se ao processo de preenchimento de lacunas e que a Lei de Introdução ao Código Civil dispõe que o juiz não se omitirá de julgar, sendo-lhe lícito valer-se dos princípios gerais de direito, os quais, no regime atual, pode-se dizer que estão inseridos na Carta Constitucional. Todavia, a aplicação e interpretação de princípios para a normatização de uma situação não prevista ou não regulada, mas que é conexa a um direito fundamental assegurado pela Constituição, deve pautar-se em critérios que são previstos na norma constitucional sem divorciá-los dos princípios fundantes daquela Carta. Sendo assim, não nos parece seja admissível que juízes singulares ou órgãos regionais colegiados possam investir-se do papel de criadores da lei ou regra reguladora de uma situação jurídica. O que se admite é a declaração e reconhecimento de inconstitucionalidade de regra, sem que isso autorize o intérprete a criar a solução a ser aplicável ao caso posto. Admitir-se que juízos de primeiro grau de jurisdição, em situações de omissão legislativa, em nome da necessidade de se tutelar direitos fundamentais, decidam determinada questão e lhe dêem a solução pela aplicação de um princípio que entende regular a matéria, é violar, na verdade, o princípio democrático, pois como já referimos, a República Federativa do Brasil é constituída por três Poderes harmônicos e independentes entre si (arts. 1º e 2º,CF) e que possuem funções específicas e típicas. (...)A possibilidade da judicialização das decisões e discussões a ela conexas parece-nos ser atribuição das instâncias que tenham competência para decidir matéria constitucional, isto não cabe aos juízes de primeiro grau ou Regionais, com fundamento na função normativa dos princípios, criar regras de aplicação a casos concretos. Imaginar que cada juízo tenha uma solução diferente a casos muitas

251 NAHAS, Thereza Christina. Princípios: a necessidade da compreensão da função normativa (coerência na sua aplicação e interpretação). **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**, Porto Alegre, RS, v. 75, n. 3, p. 45-56, jul./set. 2009. p.53-59. Disponível em: < <http://aplicacao.tst.jus.br/dspace/handle/1939/13196>>. Acesso em: 15 jan. 2013.

vezes iguais ou semelhantes, ou que confrontem posicionamentos já pacificados pelos Tribunais Superiores, é violar, por outro lado, o princípio da segurança.

A magistrada não se opõe a aplicação do ativismo jurídico, mas já manifestou entendimento no sentido de que só os tribunais constitucionais possuem legitimidade para aludida prática, ou seja, em matéria laboral, o Tribunal Superior do Trabalho e o Supremo Tribunal Federal²⁵²:

Em se verificando que a lacuna da lei é intolerável, e representa uma violação direta a direitos e liberdades fundamentais a ponto de ser o Judiciário chamado a desempenhar um papel ativista ou judicializante, tal conduta deve ser reservada ao Tribunal Constitucional, não sendo razoável que as instâncias ordinárias sejam autorizadas a adotar tal conduta, sob pena de desvirtuar-se toda a compreensão que se tem acerca da teoria dos princípios e sua efetiva colocação no sistema jurídico.

De tal arte, a magistrada entende que o ativismo vem sendo mal empregado pelos regionais e juízes singulares, havendo o risco do que denomina como ditadura da toga²⁵³:

O Judiciário nacional tem, em determinados casos, mostrado uma posição ativista, o que não nos parece estar respaldado pela Constituição. Inspirados nas decisões da Corte Superior, Juízes de graus inferiores têm se mostrado animados a proferir decisões no mesmo diapasão, fato este que se torna perigoso e instável, considerando que os posicionamentos regionalizados aumentam o número de soluções diferentes a casos análogos. Por melhor que seja a intenção em se decidir o caso posto, finalidade esta do processo judicial, criar a solução não prevista sob o pretexto de se estar tutelando o direito fundamental pode estar a esconder, embora de forma não intencional, eventual ditadura da toga, o que ofenderia a formação da própria Constituição.

Esse posicionamento é razoável, pois, ainda que seja em sede de controle difuso, todo magistrado guardião do texto constitucional podendo declarar a inconstitucionalidade de uma regra, de forma incidental, em um caso concreto, nesse caso não se está legislando, e sim declarando a nulidade de uma regra já criada pelo Poder Legiferante.

Por outra faceta, o que se pode questionar é a questão principiológica quanto à legitimidade do juiz de primeiro grau, pois se há o princípio democrático da separação dos poderes, por outro lado há o princípio do valor social do trabalho e da dignidade humana do trabalhador, e dependendo do caso concreto no qual é intolerável a inércia do legislador diante da insatisfação da sociedade pela ausência de regulamentação, partindo de uma regra de sopesamento de princípios se colidentes, pergunta-se se não mereceria prevalecer esses, o que justificaria a legitimidade do juízo singular e regional a praticar o ativismo judicial, que provavelmente seria revisto pelos Tribunais Superiores, por se tratar de matéria de direito?

²⁵² NAHAS, 2009, p.56.

²⁵³ Ibid., p.55.

Em matéria de conflito de princípios cabe colacionar as ponderações de Humberto Ávila²⁵⁴ mencionando Robert Alexy:

Alexy afirma que os princípios jurídicos consistem apenas em uma espécie de norma jurídica por meio da qual são estabelecidos deveres de otimização, aplicáveis em vários graus, segundo as possibilidades normativas e fáticas. No caso de colisão entre princípios a solução não se resolve com a determinação imediata da prevalência um princípio sobre o outro, mas é estabelecida uma função de ponderação entre os princípios colidentes, em função da qual um deles, em determinadas circunstâncias concretas, recebe a prevalência.

O princípio da separação dos poderes determina ser do Legislativo a função típica de legislar, mas não simplesmente legislar e sim confeccionar normas válidas em consonância com o texto constitucional, com o fim principal de dar efetividade ao texto constitucional, aos valores constitucionais, bem como aos princípios constitucionais.

Por outro lado, se o que se busca é dar concretização a um determinado princípio constitucional, ainda que em sede de ativismo judicial, aplicando esse determinado princípio constitucional, o fim é o mesmo que o anteriormente mencionado, ainda que nesse último caso se aplique esse determinado princípio diretamente em detrimento do princípio da separação de poderes. Será que isso não justificaria o ativismo judicial praticado inclusive pelo magistrado singular?

Humberto Ávila²⁵⁵ pondera no caso de se buscar o mesmo objetivo, todavia com a aplicação de princípios distintos:

Na hipótese de relação entre princípios, quando dois princípios determinam a realização de fins divergentes, deve-se escolher um deles em detrimento do outro, para a solução do caso. E mesmo que ambos os princípios estabeleçam os mesmos fins como devidos, nada obsta que demandem meios diversos para atingi-los. Nessa hipótese deve-se declarar a prioridade de um princípio sobre o outro, com a conseqüente não aplicação de um deles para aquele caso concreto.

Cabe também lembrar se há submissão ao regime democrático, esse tem por fundamento o valor social do trabalho.

Outro aspecto a ser questionado, no que tange aos Tribunais Regionais do Trabalho, se há a negativa do ativismo judicial aos desembargadores, como restaria a idéia do Poder Normativo dos Tribunais Regionais do Trabalho, os quais podem prolatar sentenças normativas podendo assim criar direitos?

²⁵⁴ ALEXY, apud AVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 57.

²⁵⁵ AVILA, 2012, p. 61.

Como já dito, não basta a Constituição Federal preceituar em seu artigo 7.º um patamar mínimo de direitos se não houver normas infraconstitucionais para os implementar e não puder o Judiciário de forma ativa buscar meios para a concretização desses direitos.

Percebe-se a prática de ativismo judicial na confecção de diversas Súmulas editadas, em que o Tribunal Superior do Trabalho inova o ordenamento jurídico, ou complementa as regras preexistentes, visto a omissão por parte do legislador.

Cabe lembrar que o ativismo judicial não possui a extensão e a liberdade de legislar do Legislativo, tendo apenas a função primordial de dar efetividade ao texto constitucional.

Outros exemplos de ativismo jurídico na Justiça do Trabalho são as sentenças normativas, sem se olvidar que com a emenda constitucional n. 45, a jurisprudência e a doutrina vêm pregando limitações ao poder normativo dos desembargadores e ministros, antes não existentes.

Ocorre também ativismo judicial na Justiça do Trabalho nas decisões que exigem negociação coletiva, como pressuposto de validade para as dispensas massivas.

Outro ponto a ser destacado é o cuidado que o magistrado deve possuir com o ativismo judicial, pois quem constrói pode destruir, e aí teríamos o ativismo às avessas, aliás infelizmente é o que denotamos com alguns entendimentos flexibilizadores, expostos em algumas Súmulas do Tribunal Superior do Trabalho, como por exemplo, entendimentos em que sob o manto da negociação coletiva, seria possível violar direitos absolutos e indisponíveis, prejudicando a condição social do trabalhador.

Outros exemplos de decisões em que há ativismo judicial às avessas, embora seja divergente o assunto, são aqueles que contém o posicionamento em que se aceita a limitação de *horas in itinere* em negociações coletivas, pois pouco robusta é a fundamentação de que a quantificação do período do trajeto é na maioria das vezes dificultosa ou impossível sendo que há a possibilidade de inspeção judicial que em uma determinada vara poderá ser utilizada em diversos feitos como prova emprestada.

Embora quando da análise do caso concreto, a maioria das terceirizações ofenda a dignidade da pessoa humana, o valor social do trabalho, a busca de melhoria e do bem comum, a erradicação da pobreza, a busca pleno emprego, a função social do contrato e a redução das desigualdades sociais, dentre outros valores constitucionais aqui destacados, gize-se, por diversas vezes, a verdade é que a terceirização é um fenômeno econômico inevitável, logo o Estado deve tomar uma providência a efetivar esses preceitos constitucionais.

A terceirização, via de regra, é utilizada pelos empregadores adquirirem mão-de-obra sem riscos econômicos descompromissados da quitação de direitos laborais, visando assim a

maximização dos lucros, precarizando os direitos trabalhistas, muitas das vezes praticando terceirização ilícita fraudando assim os direitos laborais.

Inexoravelmente o fenômeno da terceirização vem de longa data, e a lesão a direitos laborais a acompanhando, e o Poder Legislativo inerte diante desta realidade social.

O Direito do Trabalho carece de regras especiais, respeitados os valores constitucionais, os quais possuem caráter normativo.

Nahas²⁵⁶ destaca em seu artigo a necessidade de uma postura ativa do Estado diante da ausência de regulamentação de algumas matérias e por conseqüência a violação às normas constitucionais fazendo menção inclusive à terceirização:

Hodiernamente, apontam-se inúmeras omissões legislativas, o que, inquestionavelmente, causa a violação às normas constitucionais e a inoperância de direitos considerados vitais para a sociedade. Tais omissões, no tocante à área trabalhista, referem-se, principalmente, à inércia legislativa em promover uma séria reforma a CLT que, assentada no modelo da relação de trabalho de 1943, não consegue tutelar de forma adequada as novas relações, provocando, inclusive, no âmbito processual, procedimentos dos mais diversos, dentro, muitas vezes, de uma mesma comarca territorial. Há ainda a necessidade de se regulamentar matérias que, inquestionavelmente, acabam por frustrar direitos mínimos do trabalhador e, por via de consequência, mutilam o princípio dos valores sociais do trabalho. Observamos, por exemplo, que a atendente de *telemarketing* e o adicional de penosidade não têm regulamentação própria, assim como o trabalhador semidependente que vive à margem da legislação.

Lembremos, ainda, que a terceirização de mão de obra, um dos negócios jurídicos que mais se realiza entre empresas com reflexos profundos nas relações de trabalho e emprego, é *regida* pela Súmula nº 331 no C. TST.

Como já dito a ausência de regra específica sobre terceirização deixa um campo vasto para as fraudes, fere o princípio da isonomia salarial entre empregados da tomadora e da terceirizada, proporciona tratamentos diferenciados em razão de negociações coletivas celebradas que não abarcam os empregados da terceirizada, precarizando a dignidade do trabalhador.

No mesmo sentido, destaca autores em artigo apresentado ao CONPEDI²⁵⁷: “Apesar da omissão legislativa sobre o tema específico da terceirização, posiciona-se o Tribunal Superior do Trabalho em ativismo judicial, por meio da Súmula nº. 331, que disciplina a matéria no que é pertinente à regulamentação da terceirização”.

²⁵⁶ NAHAS, 2009, p.56.

²⁵⁷ ALMEIDA, Saulo Nunes de Carvalho, POMPEU, Gina Vidal Marcílio, A Terceirização e a Precarização da Dignidade do Trabalhador: Perspectivas . In: ANAIS DO XIX ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI. Fortaleza - CE nos dias 09, 10, 11 e 12 de Junho de 2010. Disponível em: <<http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/fortaleza/3542.pdf>> Acesso em: 20 jan . 2013.

Há robustos fundamentos para se crer que o ativismo judicial em matéria de terceirização pode ser aperfeiçoado de forma a satisfazer o texto constitucional em entendendo pela responsabilidade solidária em qualquer caso de terceirização.

Destaque-se que, conforme entendimento de Jorge Luiz Souto Maior, a²⁵⁸ responsabilidade deveria ser sempre solidária, em matéria de terceirização, em todos os casos de descumprimento à legislação trabalhista.

Não há incidência possível nesta situação da regra de que ‘a solidariedade não se presume, resultando da lei ou da vontade das partes’ (art. 896, antigo CC; art. 265, atual Código), porque a solidariedade em questão é fixada por declaração judicial de uma responsabilidade civil, decorrente da prática de ato ilícito, no seu conceito social atual. Aliás, neste sentido, a regra do artigo 265 não parece nem mesmo ser afastada, vez que a solidariedade declarada, com tais parâmetros, decorre, agora, da própria lei (art. 942, atual Código).

Há também magistrados também que comungam da opinião de que a responsabilidade deveria ser solidária conforme se denota das entrevistas colhidas na pesquisa de Biavaschi e Baltar²⁵⁹. Além da responsabilidade ser solidária, o que acelera o andamento dos processos, deveria também se acatar a ideia de obrigação solidária, o que iria impor ao tomador maior dever de vigilância e escolha das tomadoras quanto às interpostas pessoas de mão-de-obra.

A regulamentação legislativa em matéria de terceirização não pode criar normas que tragam menor resistência à terceirização do que as previstas na citada Súmula 331, sob pena de ofensa aos direitos fundamentais laborais, o valor social do trabalho e a dignidade humana do trabalhador.

Neste sentido aponta Biavaschi e Baltar²⁶⁰:

Assim, as decisões do TRT da 15ª Região se, por um lado, quando comparada com a de Guaíba/RS, demonstram menor questionamento à terceirização e maior submetimento dos atores sociais aos entendimentos sumulados pelo TST, por outro, quando se contextualiza a questão, indicam haver elementos importantes na Súmula 331 que devem ser considerados, sobretudo quando se pensa em uma regulação para o País com condições de contribuir para uma sociedade mais integrada e em que a dignidade humana e o valor social do trabalho sejam concretizados

²⁵⁸ SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. Trabalho descentralizado: a terceirização sob uma perspectiva humanista. **Revista Latinoamericana de Derecho social**, n. 09, jul./dic. p. 159-174, 2009. Disponível em <<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/revlads/cont/9/art/art6.pdf>>. Acesso em: 25 jan. 2013.

²⁵⁹ BIAVASHI; BALTAR, 2009, p.356-327.

²⁶⁰ Ibid., p. 280.

Conforme já mencionado alguns magistrados não veem com bons olhos o fenômeno da terceirização, conforme trecho de entrevista dada por Carlos Eduardo Oliveira Dias, inserto na pesquisa de Biavaschi e Baltar²⁶¹:

[...] **Por princípio, penso que a terceirização é negativa**, porque **descategoriza e precariza os trabalhadores**, além de **prejudicar a própria dimensão da responsabilidade patrimonial pelos créditos trabalhistas**. A maior parte das empresas de terceirização não possui meios de produção – por razões óbvias, já que seus “meios de produção” são os próprios trabalhadores. Com isso, em caso de não-observância dos direitos trabalhistas inexistente suporte patrimonial para assegurar o recebimento dos créditos aos trabalhadores. **Além disso, a disseminação do trabalho terceirizado leva a tratamento discriminatório entre trabalhadores** com as mesmas atividades e destinadas à mesma atividade produtiva, justamente pela validação da figura de um empregador diferente para cada um deles. Com isso, não consigo distinguir precisamente a terceirização da *marchandage*, instituto que tradicionalmente é qualificado como crime, justamente porque parte do pressuposto da “locação de mão-de-obra”. No entanto, e talvez de forma um pouco diferente do que ocorria nos anos 1990 no Brasil, **há alguns nichos de atividades terceirizadas que já não são exclusivamente precarizantes**, e constituem um fenômeno econômico muito relevante. Cito apenas um exemplo: a imensa maioria dos serviços de *call center* hoje em dia é praticado de forma terceirizada, e algumas delas têm um padrão salarial superior ao que pagariam as próprias contratantes. Algumas dessas empresas estão dentre os maiores empregadores do país, e isso não pode ser desconsiderado, porque esse quadro difere frontalmente daquela clássica figura da empresa de terceirização que conhecemos – uma pequena sala, com computador e linha telefônica. **Sintetizando, vejo que a terceirização pode contribuir para o desenvolvimento do mercado de trabalho se ela se destinar propriamente para atividades rigorosamente especializadas**, de modo que não haja uma preocupação preponderante em reduzir os custos do trabalho, mas sim de melhor qualificar a mão-de-obra e a prestação de determinados serviços. (grifos nosso).

Alguns acreditam que em razão de a terceirização ser, na maioria dos casos, instrumento de precarização laboral há a necessidade de vedá-la. Por outro lado, acredita-se que o ideal seja do devido regramento sistemático e específico com previsão de solidariedade em qualquer caso, em não havendo lei, nesse sentido, que seja constitucionalizada, a terceirização por meio de revisão jurisprudencial sumular, de forma a se impor a solidariedade, em qualquer caso de terceirização.

Como já pugnado, por diversas vezes na presente investigação, melhor seria que o tomador fosse solidário em relação a todas as obrigações trabalhistas na qual figurassem o empregador formal (empresa prestadora de mão de obra) e o trabalhador terceirizado, ou pelo menos responsável solidário com base **no risco empresarial (responsabilidade objetiva)**, e independentemente da inidoneidade das empresas contratantes, de forma a prestigiar a **solidariedade social e a constitucionalização do direito laboral**.

²⁶¹ Ibid., p. 326-327.

3.3 Do setor sucroalcooleiro

3.3.1 Da importância para a economia nacional

O Brasil, que possui tradição histórica no setor sucroalcooleiro e domínio da tecnologia, destaca-se como um dos maiores produtores de açúcar e etanol, não diferentemente no tangente à matéria de exportação, o que contribui para o fortalecimento da economia nacional e para que o nosso país possua uma balança comercial favorável, bem como um saldo comercial extremamente significativo.

Neste diapasão, o caderno “Brasil líder mundial em conhecimento e tecnologia de cana e etanol / A contribuição da FAPESP” reúne informações sobre projetos de pesquisa em cana-de-açúcar, etanol e outros produtos industriais apoiados pela FAPESP, nos últimos dez anos, conforme publicação na web pela referida fundação²⁶²:

O Brasil é o maior produtor de etanol de cana-de-açúcar do mundo e ocupa posição de liderança na tecnologia de sua produção. Os avanços tecnológicos permitem que a produtividade seja destacada e os custos de produção bem inferiores aos dos concorrentes internacionais.

Essa liderança e competitividade deve-se ao longo trabalho de muitos anos feito por pesquisadores em instituições de ensino e pesquisa e em empresas privadas, que resultou em valiosa bagagem de conhecimento e de tecnologia sobre a cana, seus derivados e sobre o processo de fabricação do etanol de cana. As pesquisas trataram de temas diversos, como o melhoramento genético da planta, combate a pragas, técnicas agrícolas e de colheita, impactos da cultura no meio ambiente, e tecnologias de fabricação do etanol, incluindo-se a hidrólise e fermentação.

Manter a liderança e a competitividade no momento em que o mundo descobre o bioetanol como uma alternativa energética e muitos países investem maciçamente na tecnologia de sua produção, a partir principalmente de celulose, exige mais esforço brasileiro em pesquisa.

A publicação *Brasil líder mundial em conhecimento e tecnologia de cana e etanol – A contribuição da FAPESP* reúne informações sobre projetos de pesquisa em cana-de-açúcar, etanol e outros produtos industriais apoiados pela FAPESP nos últimos dez anos.

As usinas de álcool, que há alguns anos eram vistas como espécie de produção retrógrada, atualmente residem no núcleo da revolução energética, e independente do impulso estatal como aconteceu em 1975 com o Programa Nacional do Álcool – Proálcol (tinha por objetivo reduzir a dependência do petróleo importado e o incentivo à produção de veículos movidos à álcool), e em 2004 quando então foi criado o Programa Nacional de Produção e Uso de Biodiesel – PNPB (com o escopo de implementação de maneira sustentável, técnica a

²⁶² FAPESP. **Líder mundial em conhecimento e tecnologia de cana e etanol**. 2007. Disponível em: <http://www.fapesp.br/publicacoes/livro_etanol.pdf>. Acesso em: 30 set. 2013.

produção e o uso de biodiesel, respeitando a inclusão social e a geração de empregos e aumento de renda), pois atualmente a própria iniciativa privada tem a convicção das vantagens em se inserir na produção de etanol, como matéria-prima alternativa tendo em vista a escassez do petróleo e o menor impacto no que condiz ao efeito estufa, corrobora, nesse sentido, o fato de diversos investidores que eram de outros ramos se inserirem no setor sucroalcooleiro, exemplo nesse sentido foi a inserção da tradicional empresa Odebrecht de construção civil no setor sucoenergético, empresa denominada Odebrecht Agroindustrial (inicialmente ETH Bioenergia).

A título de exemplo de crescimento econômico, pois diversos são os outros investidores no setor em comento, a Odebrecht Agroindustrial, de acordo com informações prestadas pelo citado grupo, em seu site, investiu mais de R\$9 bilhões em nove unidades agroindustriais nos estados de São Paulo, Goiás, Mato Grosso e Mato Grosso do Sul, sendo que juntas elas possuem capacidade instalada para a moagem de 40 (quarenta) milhões de toneladas de cana e produção de 3 (três) bilhões de litros de etanol, 700 (setecentos) mil toneladas de açúcar e 3.100 (três mil e cem) GWh de energia elétrica²⁶³.

Como se vê, todo o investimento é louvável e certamente contribuirá para o crescimento econômico e a geração de empregos não só em usinas como em toda cadeia produtiva conexas ao setor sucroalcooleiro. O etanol é hoje um produto de diversas aplicações no mercado, largamente utilizado como combustível automotivo, perfume, produto de limpeza, medicamento, sem dúvida ganhando considerável importância como fonte energética.

Como se percebe o setor se encontra em plena ascensão e a promessa de intensa produção é algo concreto, elemento importantíssimo para aquisição de investimentos, como informa o Governo Federal²⁶⁴:

Introduzida no período colonial, a cana-de-açúcar se transformou em uma das principais culturas da economia brasileira. O Brasil não é apenas o maior produtor de cana. É também o primeiro do mundo na produção de açúcar e etanol e conquista, cada vez mais, o mercado externo com o uso do biocombustível como alternativa energética. Responsável por mais da metade do açúcar comercializado no mundo, o País deve alcançar taxa média de aumento da produção de 3,25%, até 2018/19, e colher 47,34 milhões de toneladas do produto, o que corresponde a um acréscimo de 14,6 milhões de toneladas em relação ao período 2007/2008. Para as exportações, o volume previsto para 2019 é de 32,6 milhões de toneladas. O etanol, produzido no Brasil, a partir da cana-de-açúcar, também conta com projeções positivas para os próximos anos, devidas principalmente, ao crescimento do consumo interno. A produção projetada para 2019 é de 58,8 bilhões de litros, mais que o dobro da

²⁶³ ODEBRECHT. **Negócios e participações agroindustrial.** Disponível em: <<http://www.odebrecht.com/negocios-e-participacoes/agroindustrial>>. Acesso em: 23 out. 2013.

²⁶⁴ FAPESP, 2007.

registrada em 2008. O consumo interno está projetado em 50 bilhões de litros e as exportações em 8,8 bilhões.

Destacam-se duas áreas produtoras: Centro/Sul e o Norte/Nordeste, aquela mais voltada para o etanol e esta para produção de açúcar.

Os agricultores, por sua vez, em razão da crescente demanda no setor energético, têm substituído suas culturas tradicionais pelas matérias-primas na produção de biocombustíveis.

Atualmente o setor ganha importância, pois se vislumbra o etanol como uma das mais importantes fontes de energia renovável e de menor impacto ambiental se comparada com outros combustíveis, ou seja, contempla a produção de alimentos e a agroenergia de forma equilibrada. Até os resíduos são aproveitados, como é o caso do bagaço de cana que é utilizado para a cogeração de energia.

A queima de palha da cana que facilita o corte manual e acentua a quantidade colhida vem sendo substituída pela mecanização de forma a acelerar a produção, sendo que nos estados de Minas Gerais, Goiás e São Paulo há protocolos agroambientais assinados por indústrias canavieiras para erradicar a queima de palha da cana em curto período de tempo, o que certamente mudará o perfil na produção de plantio e corte de cana e produzirá reflexos no mundo do trabalho. Colacionam-se as informações dadas pelo MDIC-Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior, em matéria de exportação, no setor em comento:

o Brasil exportou em agosto 485,7 milhões de litros de etanol, crescimento de 38,5% na comparação com os 350,5 milhões de litros embarcados em julho e de 54,7% ante os 313,9 milhões de litros apurados em agosto de 2012. (...) A receita com a venda do combustível somou US\$ 314,3 milhões em agosto, uma alta de 40,6% ante os US\$ 223,5 milhões registrados em julho. Em relação a igual período de 2012, quando os embarques produziram US\$ 224,1 milhões, houve avanço de 40,2%. (...) No acumulado de 2013, entre janeiro e agosto, a receita cambial com exportação de etanol apresenta ganho de 32,9% ante igual período de 2012. O faturamento foi de US\$ 1,31 bilhão, em comparação com US\$ 997 milhões nos primeiros oito meses de 2012²⁶⁵.

Pelas considerações acima, nota-se a importância do setor para a economia nacional, mas não se pode olvidar de conciliar o crescimento econômico com os valores constitucionais tantas vezes salientados na presente investigação.

3.3.2 Da mão-de-obra

E o setor ganha importância também no que condiz à geração de empregos, conforme se constata da tabela abaixo conforme RAIS/MTE²⁶⁶:

²⁶⁵ AGÊNCIA ESTADO. **Exportação de etanol cresce 38,5% em agosto ante julho**. Disponível em: <<http://g1.globo.com/economia/agronegocios/noticia/2013/09/exportacao-de-etanol-cresce-385-em-agosto-ante-julho.html>>. Acesso em: 10 ago. 2013.

²⁶⁶ BRASIL. Secretaria geral da Presidência da República. **Dados de emprego**. Disponível em: <http://www.secretariageral.gov.br/compromissocana/publicacoes-e-documentos/copy_of_dados;-de-emprego>. Acesso em: 10 ago. 2013.

Empregados no Setor sucroalcooleiro*					
Ano	Cultivo da Cana-de-Açúcar		Fabricação de Açúcar	Produção de Alcool	Total
2000	356.986		217.724	68.138	642.848
2001	400.326		268.437	67.127	735.890
2002	367.620		301.873	95.100	764.890
2003	382.668		346.814	101.580	831.062
2004	388.121		405.490	107.157	900.768
2005	414.668		439.573	128.363	982.604
2006	459.710		477.435	176.949	1.114.094
2007	497.670		572.289	190.894	1.260.853
2008	481.662		575.200	226.513	1.283.375
2009	425.027		574.048	213.317	1.212.392
2010	420.060		548.678	213.108	1.181.846
2011	365.241		575.307	213.412	1.153.960

Fonte: RAIS - MTE
*Compreende vínculos ativos em 31/12 e inativos

Empregados no Setor sucroalcooleiro (*) 2009							
Região	Cultivo da Cana-de-Açúcar		Fabricação de Açúcar		Fabricação de Alcool		Total
Norte/Nordeste	78.209	18,41%	267.073	46,53%	43.014	20,17%	388.296
Centro Sul	346.818	81,60%	306.975	53,48%	170.303	79,84%	824.096
(São Paulo)	215.518	50,71%	201.870	35,17%	61.430	28,80%	478.827
Brasil	425.027	100%	574.048	100%	213.317	100%	1.212.392

Fonte: RAIS - MTE
*Compreende vínculos ativos em 31/12 e inativos

Empregados no Setor sucroalcooleiro (*) 2010								
Região	Cultivo da Cana-de-Açúcar		Fabricação de Açúcar		Fabricação de Álcool		Total	
	Norte/Nordeste	94.153	22,41%	242.205	44,14%	47.759	22,41%	384.117
Centro Sul	125.367	29,85%	102.088	18,61%	107.463	50,43%	334.918	28,34%
São Paulo	200.540	47,74%	204.385	37,25%	57.886	27,16%	462.811	39,16%
Total	420.060	100%	548.678	100%	213.108	100%	1.181.846	100%

Fonte: RAIS/2010 - MTE
*Compreende vínculos ativos em 31/12 e inativos

Empregados no Setor sucroalcooleiro (*) 2011				
Região	Cultivo da Cana-de-Açúcar	Fabricação de Açúcar	Fabricação de Álcool	Total
Norte	1.817	145	4.453	6.415
Nordeste	85.208	238.512	43.718	367.438
Sudeste	212.733	259.696	84.803	557.232
Sul	17.662	45.050	15.057	77.769
Centro-Oeste	47.821	31.904	65.381	145.106
Total	365.241	575.307	213.412	1.153.960

Fonte: RAIS - MTE
*Compreende vínculos ativos em 31/12 e inativos

Outro exemplo nesse sentido foi constatado na pesquisa feita por Costa, condizente à mesorregião de Ribeirão Preto-SP²⁶⁷:

²⁶⁷ COSTA, Gilberto Fernandes. **Caracterização do Setor Sucroalcooleiro na Mesorregião de**

Segundo dados do Ministério do Trabalho e Emprego (2011), o SAG da cana-de-açúcar foi responsável por aproximadamente 17% dos postos de trabalho na mesorregião de Ribeirão Preto no ano de 2008. Ainda considerando o mercado de trabalho, de acordo com estudos realizados pelo Grupo de Estudos do Mercado de Trabalho (GEMT) da Escola Superior Luiz de Queiróz (ESALQ) o setor sucroalcooleiro emprega cerca de 47,18 mil pessoas.

Os aspectos quantitativos são importantes, mas essenciais são também os aspectos qualitativos, ou seja, as considerações atinentes aos impactos ambientais e laborais.

A preocupação do Governo Federal com o trabalho equânime no setor foi manifestada pela criação da Mesa de Diálogo para Aperfeiçoar as Condições de Trabalho na Cana-de-Açúcar, instituída pelo Presidente da República e coordenada pela Secretaria-Geral da Presidência da República, instalada em julho de 2008, a qual possui o compromisso nacional tripartite (Governo Federal, empresas, trabalhadores) de “*possibilitar vigoroso salto de qualidade nas condições e relações de trabalho do setor sucroalcooleiro*”, ou seja, o Governo Federal defende o entendimento que é perfeitamente possível “*oferecer ao mercado produtos competitivos e, ao mesmo tempo, assegurar os direitos dos trabalhadores e melhorar as suas condições de vida*”²⁶⁸, proporcionando, ainda, a possibilidade das empresas aderirem ao “Compromisso Nacional para Aperfeiçoar as Condições de Trabalho na Cana-de-Açúcar” mediante assinatura do Termo de Compromisso e obtenção de selo de “Empresa Compromissada.”²⁶⁹

3.3.3 Das decisões pertinentes ao setor e a tutela dos direitos laborais

Em matéria laboral o assunto terceirização, além de esbarrar nos critérios de diferenciação do que seria atividade-fim e o que seria atividade meio, como já discutido em

Ribeirão Preto. Piracicaba: ESAL-LOG, 2011. Disponível em: <<http://esalqlog.esalq.usp.br/files/biblioteca/arquivo3782.PDF>>. Acesso em: 03 mar. 2013.

²⁶⁸ BRASIL. Secretaria geral da Presidência da República. **Compromisso Nacional aperfeiçoar as condições de trabalho de cana-de-açúcar.** Disponível em: <<http://www.secretariageral.gov.br/.arquivos/publicacaocanadeacucar.pdf>>. Acesso em: 03 mar. 2013.

²⁶⁹MANUAL do uso do selo “Empresa compromissada”. Disponível em: <<http://www.secretariageral.gov.br/compromissocana/publicacoes-e-documentos/manual-de-uso-do-selo-201cempresa-compromissada201d>>. Acesso em: 03 mar. 2013.

outros momentos, tem maior desafio, no caso que é de se concluir se as atividades de preparo, de plantio, corte, colheita, transporte, transbordo, manutenção de equipamentos, edificações no pátio industrial usineiro, são atividades ínsitas à atividade fim das Usinas, independente de constarem no objeto social dessas, ou são meras relações comerciais e/ou civis, e que só haveria comunicação de responsabilidade no caso de fraude e grupo, o que em alguns casos é impossível provar.

O entendimento de que as atividades acima são meras relações comerciais e ou civis (inexistência de terceirização) vai de encontro com os princípios basilares laborais, pois a usina utiliza-se da mão-de-obra obreira, com fins econômicos, a produção canavieira, bem como a manutenção de seus equipamentos, e as edificações nas indústrias são intimamente ligadas a sua atividade econômica independentemente de constarem ou não no objeto social destas, o que justifica a co-obrigação no tangente às Usinas, as quais são beneficiadas, em última análise, pela mão de obra obreira, fundamento esse, de responsabilidade que se impõe, somado ao fato de que muitas das vezes há difícil missão de se provar fraude, em razão do real empregador ser a própria usina escudada pela intermediação de mão-de-obra.

A terceirização deve ser tratada por lei específica que traga um rol exemplificativo de atividades terceirizadas, que entre elas inclua as atividades apontadas acima: preparo, plantio, corte, transbordo, transporte, como sendo atividades de produção inerentes às usinas e que ainda que sejam atividades consideradas atividades meio, estabeleça-se, na aludida lei, a responsabilidade solidária em todas as modalidades de terceirização, como vem sendo pugnado em toda pesquisa, caso contrário o trabalhador estará sempre sujeito a contratar diretamente com pessoas inidôneas economicamente, não receberem seus créditos, e as usinas favorecidas, por produtos com preços reduzidos (decorrentes da exploração de mão-de-obra obreira) e sem qualquer preocupação social com quem contratar para aquisição dos produtos dentre eles matéria-prima, distanciando-se. Assim, cada vez mais da solidariedade social, e do respeito à dignidade da pessoa humana dos trabalhadores rurais envolvidos.

O Ministério Público do Trabalho sempre atuante em defesa dos trabalhadores no setor vem tomando várias providências protetivas, como por exemplo, vem aconselhando usineiros sob a jurisdição regional paulista campineira a contratar diretamente para as atividades relacionadas à cadeia produtiva da cana, pois poderiam sofrer ajuizamento de ações civis públicas²⁷⁰

²⁷⁰ ASCOM PRT-15. **MPT alerta usinas de Prudente sobre as consequências da terceirização ilícita**. 09 jun. 2011. Disponível em: <http://www.prt15.mpt.gov.br/site/noticias.php?mat_id=11235>. Acesso em: 20 set. 2013.

De forma a se estabelecer um quadro geral a respeito de como vem se posicionando o judiciário especializado, com enfoque para o Tribunal Regional do Trabalho da 24ª Região, visto o interesse nos acontecimentos em Paranaíba, procedeu-se, assim a uma pesquisa jurisprudencial, comparando três Regionais. Baseado em uma procura via sistemas de busca dos sites, reuniram-se noventa acórdãos regionais²⁷¹ de forma a compará-los, sendo trinta da 24ª Região, trinta da 3.ª Região e mais trinta da 15.ª Região.

A busca acima procedeu da seguinte forma: a) foram escolhidos os Regionais acima pelos critérios do local da pesquisa de campo, da frequente atuação usineira e da sede do curso de mestrado; b) foram utilizados os sistemas de busca dos sites de cada regional, combinando-se as palavras terceirização, cana e/ou plantio, e/ou responsabilidade, e/ou solidariedade, e/ou fraude.

Dos acórdãos colhidos, apurou-se que: 1.º) A súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho é analisada em quase todas as decisões, provando assim a influência deste entendimento consolidado nos Regionais; 2.º) a) no pertinente ao Tribunal Regional do Trabalho da 24.ª há grande divergência no tribunal sob a aplicabilidade da Orientação

²⁷¹ Nos sites dos Tribunais Regionais www.trt24.jus.br, www.trt3.jus.br e www.trt15.jus.br foram consultados os acórdãos dos seguintes feitos: 1109-08.2011.5.03.82; 49600-40.2009.5.03.0042; 0000300-86.2012.5.15; 0964-57.2010.5.03.0041; 1572-46.2011.5.03.0050; 01642-63-2011-5.3.-050; 01748-44.2010-152; 01542-30.2010-152-03-00-0; 0000253-15.2012.5.15.0134; 1831.3.2011.5.24.56; 103.67.2011. 5.24.214; 000092-92.2011.5.24.0003; 000092-35.2011.5.24.0022; 000024-72.2011.5.24.009; 0000179-83.2011.5.24.0056; 00331-2013-041-03-00-1; 1685-58.2012.5.03.0084; 020-39.2010.5.24.0004; 0000010-92.2010.5.24.0004; 00619-69.2010.5.24.006; 000770-44.2010.5.24.003; 139-91.2010.5.24.0006; 622-30.2010.5.24.0004; 714-08.2010.5.24.0004; 0000780-82.2010.5.24.0005.0004; 00000179-12.2010.5.24.91; 1490.17.2011.5.24.12; 0667-38.2011.5.24.0056; 00626-71.2011.5.24.0056; 01339-2009-041-03-00-9; 01766-46-2011-5-03-050; 0594-76.2010-156-03-00-5; 00845-33.2010-047; 0112300-13-2009-152-03-00-5; 0167400-26-2009-063; 01748-2010-152-03-00-0; 02114-2011-050-03-00-5; 686.83.2012.5.3.156; 1767.31.2011.050; 00686-2012-156-03-00-7; 00389-2011-063-03-00-0; 00435-66-5-3-2010-146; 0000004-84.2011.5.15.0074; 0000847-08.2011.5.15.0120; 0148000-11.2008.5.15.0133; 852-12.2011.5.15.0029; 0000178-42.2012.5.15.0015; 0001133-81.2011.5.15.0056; 0000794-79.2012.5.15.0156; 0001017-29.2011.5.15.0039; 0001017-29.2011.5.15.0039; 0001125-82.2012.5.15.0052; 0001489-34.2010.5.15.0049; 0000208-11.2012.5.15.0134; 0003039-34.2010.5.15.0156; 0000275-73.2012.5.15.0134; 0000505-91.2012.5.15.0142; 01064-24.2012.5.15.0150; 0001190-74.2012.5.15.0150; 0001590-04.2010.5.15.0039; 0001750-98.2011.5.15.0134; 0000363-76.2010.5.15.0039; 548.38.2012.5.24.91; 543.26.2012.5.24.22; 36-94.2011.5.24.0056; 01700-2011-050-03-00-2; 01686-82-2011-5-30-50; 01697.14-2011-5.3.050; 01782-2011-5.3.050; 01687-2011-050-03-00-1; 01607-06-2011-5.3.050; 077800-64.2009.5.15.0061; 0002480-92.2010.5.15.0054; 673.37.2011.5.24.91; 834.55.2011.5.24.56; 832.85.2011.5.24.50; 830.18.2011.5.24.56; 622.34.11.56; 602-43.2011.5.24.0056; 890-46.2012.5.24.91; 906-97.2012.5.24.1; 23-87.2011.5.24.91; 580.49.2010.5.24.46; 00523-2011-146-03-00-6; 01735-74. 2012-5.3.152; 00675-21-2011-5.3.146; 1690-45-2009-043; 758.85.2011.5.24.91; 0000819-56.2010.5.15.0126; 0069800-71.2009.5.24.0046; 0000189-85.2012.5.15.0075.

Jurisprudencial 191 da SDI-I, quando o beneficiário da obra exerce atividade empresarial (para construção e manutenção de equipamentos e ampliação de seu pátio industrial), embora muitas obras tenham total pertinência à atividade econômica (ex. solda em caldeiras, pintor de estrutura e montagem de estrutura metálica para evaporadores, assentamento de dutos) a co-responsabilidade é afastada, em razão de a usina não ter em seu objeto social a atuação na construção civil; muitas decisões reconheceram a solidariedade baseadas no fato do tomador ser dono da terra e alguns casos também dono da plantaçoão, haver ingerência administrativa e a atividade terceirizada constar no objeto social; por outra face a subsidiariedade foi reconhecida em muitos acórdãos, na maioria das vezes quando o serviço foi prestado nas dependências da tomadora, reconhecendo-se que atividades ligadas a produção e transporte eram atividades terceirizadas insitas as atividades-fim das usinas. Na maioria das decisões reconheceu-se como terceirização, no caso de construção, manutenção, ampliação de equipamentos e/ou pátios industriais, não se aplicando a OJ 191 da SDI-I; b) no tangente ao Tribunal Regional do Trabalho da 3.^a Região em algumas decisões a terceirização, embora alegada, havendo menção à ingerência administrativa pela tomadora, como por exemplo presença da fiscalização pela usina, em alguns feitos não se conseguiu provar, reconhecendo se a mera relação comercial e civil, foram poucas as decisões colhidas neste sentido. Houve também várias decisões em que a usina sutilmente obrigou ex-empregado (não deixou outra opção para o empregado) a constituir em seu nome empresa de transporte, reconhecendo-se a solidariedade, (houve em menor número, gize-se bem menor, algumas decisões que entenderam de forma diversa). Há divergência quanto à aplicação da OJ 191 da SDI-I nos casos da beneficiária da obra ser a usina. Consta decisões reconhecendo a subsidiariedade, reconhecendo o preparo, o corte, o plantio e o transporte serem atividades meio, na maioria dos casos em terra que o tomador era o dono. Foi colhida entre os acórdãos decisão que reconheceu a solidariedade com base na responsabilidade objetiva; c) no tangente ao Tribunal Regional do Trabalho da 15.^a Região, a maioria das decisões tratam de fraude, pois as atividades terceirizadas se enquadravam no objeto social das usinas, também há reconhecimento de que as atividades terceirizadas quando não fazem parte do objeto social, a responsabilidade é subsidiária, poucas decisões tratando de obra e aplicação da OJ 191 SDI foram colhidas, mas entre as colhidas, verifica-se grande divergência quanto a sua aplicação nos casos de construção civil ligada para o fim de construção, manutenção e melhoramento do pátio ou equipamento e maquinário industrial.

3.3.4 Da realidade enfrentada pelos cortadores de cana em Paranaíba - MS e a necessidade do solidarismo

A presente pesquisa foi instigada pela preocupação com os eventuais efeitos laborais, em se instalando as usinas como a Orbi, a Coruripe e outras, conforme várias promessas feitas, acompanhada da implantação de propriedades rurais destinadas ao plantio e corte de cana no Município de Paranaíba-MS²⁷²:

A preocupação tem fundamento, pois há precedentes nada auspiciosos em matéria laboral, ocorridos no ano de 2010 a 2012, pois neste período, em que houve a intensificação do plantio e corte de cana, em Paranaíba-MS, várias foram as ações ajuizadas na Vara Federal do Trabalho de Paranaíba-MS (no mínimo foram quatrocentos os trabalhadores descontentes com a inadimplência contratual de determinado consórcio de empregadores rurais e cento e vinte foram os que ajuizaram ação contra este), feitos nos quais eram pleiteados os direitos não cumpridos, como dito por certo condomínio de empregadores rurais, que deram ensejo a várias ações e execuções trabalhistas, de forma a solver o débito dos trabalhadores do plantio e corte de cana.

É bem verdade que se esperava a implantação de usinas, no ano de 2013, o que até então não ocorreu e se encontra em marcha lenta, pois apenas a usina Orbi está em fase de construção do prédio e montagem das caldeiras, ou seja, até a conclusão da presente investigação, houve, apenas, neste ano de 2013, um modesto plantio na cidade, bem menor que nos anos de 2010, 2011 e 2012.

Mas a vinda de usinas é assunto que não adormeceu, o que se denota pelas reuniões promovidas pelo Governador do estado de Mato Grosso do Sul, com os representantes do grupo usineiro e com a confecção de relatório de impacto ambiental, confeccionado por

²⁷² a) <http://www.servicos.ms.gov.br/imasuldownloads/ORBIPARANAIBA.pdf>. - Consta no aludido site o Licenciamento Ambiental da Usina Órbi Bio Energia Ltda em Paranaíba-MS com a seguinte programação: instalação do canteiro de mudas (500 hectares 2011/2012), implantação de 4.000 hectare de cana por período, após a segunda safra (2014-2015) a capacidade de moagem será incrementada, implantação da fabrica de açúcar, no terceiro ano de safra (2015-2016) será instalada uma fabrica de açúcar com capacidade para 10.000 sacos de 50 kg/dia, e no quarto ano de safra (2016-2017) será instalada a caldeira de alta pressão e os turbos geradores voltados para o empreendimento de cogeração de energia. Prevê que serão disponibilizados para a venda de 30 MW/Hora,ou144.000 MW por safra. A Orbi Bionergia projetou que o início das operações se dariam no quarto trimestre de 2013.

b) <http://www.udop.com.br/index.php?item=noticias&cod=1100503#nc> (Notícia que **Grupo nordestino instalará usina de álcool em Paranaíba**)

c) http://www.ocoorreionews.com.br/novo/index.php?option=com_k2&view=item&id=945:andr%C3%A9-e-empres%C3%A1rios-discutem-detalhes-para-implanta%C3%A7%C3%A3o-de-usina-de-%C3%A1lcool-em-paranaiba&Itemid=130 (Notícia: **André e empresários discutem detalhes para implantação de usina de álcool em Paranaíba**) .

empresa sucroalcooleira (Órbi Bio Energia Ltda) conforme já dito anteriormente e constante nos sites mencionados²⁷³.

Considerando que no momento, em Paranaíba-MS, é impossível levantar dados pertinentes a contratos de trabalho de 2013 visto que a atividade produtiva de preparo, plantio e corte é inexpressiva e aguarda a vinda das usinas, a pesquisa de campo se atém aos fatos ocorridos em 2010, 2011 e 2012, tangentes, principalmente, aos trabalhadores envolvidos no preparo, corte e no plantio de cana.

Para tanto, a presente pesquisa procedeu da seguinte forma, foram apresentados questionários aos rurícolas contratados em 2010, 2011 e 2012, contendo perguntas pertinentes ao contrato de trabalho, a quitação de verbas trabalhistas, a contratação, com quem a maioria contratou e como figuravam as usinas nestas relações jurídicas.

Foi apresentado questionário (entrevista) ao presidente do sindicato rural de Paranaíba-MS que acompanhou de perto os fatos ocorridos no interregno acima, destacando-se o fato do aludido sindicato ter representado diversos trabalhadores na Justiça do Trabalho.

Foram apresentados também questionários aos magistrados, aos juízes e desembargadores, do Egrégio Tribunal Regional do Trabalho da 24.^a Região, via setor de comunicação do tribunal, com questionamentos acerca do instituto da terceirização, com enfoque para os fatos ocorridos na jurisdição pertinente, dando-se ênfase à produção canavieira, destaque-se desde já que os mesmos não responderam.

Foi enviado e-mail, como houve contato telefônico, dirigido ao setor de estatística do Tribunal Superior do Trabalho para que informasse, se possível, quantos processos em trâmite na aludida Corte tratam de terceirização, lícita e ilícita, foi informado que em razão de inexistir determinação do Conselho Nacional de Justiça para levantamento estatístico nesse

²⁷³ a) <http://www.servicos.ms.gov.br/imasuldownloads/ORBIPARANAIBA.pdf>. - Consta no aludido site o Licenciamento Ambiental da Usina Órbi Bio Energia Ltda em Paranaíba-MS com a seguinte programação: instalação do canteiro de mudas (500 hectares 2011/2012), implantação de 4.000 hectare de cana por período, após a segunda safra (2014-2015) a capacidade de moagem será incrementada, implantação da fabrica de açúcar, no terceiro ano de safra (2015-2016) será instalada uma fabrica de açúcar com capacidade para 10.000 sacos de 50 kg/dia, e no quarto ano de safra (2016-2017) será instalada a caldeira de alta pressão e os turbos geradores voltados para o empreendimento de cogeração de energia. Prevê que serão disponibilizados para a venda de 30 MW/Hora,ou144.000 MW por safra. A Orbi Bionergia projetou que o início das operações se dariam no quarto trimestre de 2013.

b) <http://www.udop.com.br/index.php?item=noticias&cod=1100503#nc> (Notícia que **Grupo nordestino instalará usina de álcool em Paranaíba**)

c) http://www.ocorreionews.com.br/novo/index.php?option=com_k2&view=item&id=945:andr%C3%A9-e-empres%C3%A1rios-discutem-detalhes-para-implanta%C3%A7%C3%A3o-de-usina-de-%C3%A1lcool-em-paranaiba&Itemid=130 (Notícia: *André e empresários discutem detalhes para implantação de usina de álcool em Paranaíba*)

sentido, não seria possível ter dados acerca de terceirização lícita e ilícita e quantos processos tratam de terceirização com fraude e grupo econômico, e quantos tratam de responsabilidade subsidiária, conforme bem esclarecido pelo aludido setor de estatística, por e-mail (recebido no dia 02/10/13) :

Conforme solicitado, informo que o Acervo de processos que tramitam hoje no TST é de 262.986, dos quais 227.066 processos, 86,3%, possuem ao menos um assunto cadastrado. Destes, 16.889, 7,4%, possuem como assunto "Tomador de Serviços/Terceirização". Entretanto, não é possível identificar em quantos se discute fraude, uma vez que não há previsão desse detalhamento na Tabela Unificada de Assuntos do CNJ. Ressalto que mensalmente é disponibilizado um relatório do Acervo por Assunto no site do Tribunal, no endereço²⁷⁴.

Destaque-se que terceirização é o nono assunto mais cadastrado, conforme informa a Coordenadoria de Estatística e Pesquisa do Tribunal Superior do Trabalho²⁷⁵.

Foram levantados todos os processos na Vara Federal do Trabalho de Paranaíba-MS, nos quais figurou no polo passivo determinado Condomínio de Empregadores Rurais, sendo esse o principal produtor de corte e plantio de cana (conforme apontado pelo presidente do sindicato em seu questionário/entrevista).

Da análise dos processos junto à Vara do Trabalho de Paranaíba-MS, concluído em 14 de outubro de 2013, apurou-se que nos anos de 2010, 2011 e 2012, houve diversas contratações de trabalho no ramo de plantio e corte de cana-de-açúcar.

A maioria da produção canavieira na jurisdição de Paranaíba-MS era de responsabilidade do condomínio de empregadores rurais, devidamente constituído, formado por diversos produtores rurais, sendo que esse, de acordo com informação do presidente do sindicato rural e trabalhadores, fornecia quase a totalidade da produção do município a apenas uma única usina.

No mencionado interregno, durante o período de corte, de acordo com o presidente do sindicato dos trabalhadores rurais, em Paranaíba-MS, havia aproximadamente 400 (quatrocentos) obreiros nos períodos de corte, a maioria de fora do município e muitos trazidos do nordeste e norte (como afirma o presidente em entrevista) trabalhando para o citado condomínio e quase a totalidade reclamavam de inadimplemento das obrigações trabalhistas no transcorrer de seus contratos trabalhistas, bem como, em sua cessação

²⁷⁴ TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. Disponível em: < <http://www.tst.jus.br/tst-ligiosidade>>. Acesso em: 23 set. 2013.

²⁷⁵ Menu de Acesso Rapido (abaixo da pagina), link Estatística, Por Instancia, TST. Disponível em: <<http://www.tst.jus.br>>.

contratual quando da confecção dos Termos de Rescisão de Contrato de Trabalho, que diante das prementes necessidades brevemente voltaram para seus municípios.

Durante o aludido período (anos de 2010, 2011, 2012), foram ajuizadas na Vara Federal do Trabalho, em Paranaíba-MS, 120 (cento e vinte) reclamações trabalhistas contra o referido condomínio de empregadores rurais.

Nos feitos acima constavam os seguintes pleitos, na maioria deles, salário, diferença salarial, quitação de verbas rescisórias na integralidade, e também, em muitos deles, havia pedido indenizatório, por danos morais (descumprimento de normas pertinentes à medicina e à segurança do trabalho).

No que tange a esses 120 (cento e vinte) processos, cabe destacar em percentuais o quadro geral levantado: a) 2,5% (dois e meio por cento) com sentença de mérito; b) aproximadamente 96% (noventa e seis por cento) houve acordo sem sentença de mérito, apenas sentença homologatória; c) 0,83% dos processos houve extinção sem julgamento de mérito, por ausência do reclamante na audiência inicial; d) 0,83% dos processos houve extinção do feito sem resolução do mérito em razão de pedido de desistência da ação.

Desses 120 (cento e vinte) processos apenas em dois foi ventilado o instituto da terceirização de mão-de-obra, ou seja, apenas em 1,6% dos processos, gize-se nos quais se pleiteava a responsabilidade subsidiária, conforme previsão na Súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho.

Destaque-se que a terceirização não foi reconhecida em nenhum desses feitos, pois na época, o juízo singular entendeu que a relação entre usina e o citado condomínio rural era apenas uma relação contratual comercial, não havendo de se mencionar em terceirização.

Quase na totalidade desses processos houve acordo, mesmo nos que houve decisão de mérito, sendo que em mais de 70% dos processos foram necessárias medidas executórias e há mais de 20% em fase de execução trabalhista, ainda pendentes (lembre-se que os dados foram levantados até 14 de outubro de 2013), destacando-se que a maioria trata de ações ajuizadas no ano de 2012.

O número de ajuizamentos, ao menos no que condiz a 51,66% (cinquenta e um vírgula sessenta e seis por cento), se deu em razão da efetiva representação processual sindical, pois por fim muitos trabalhadores retornaram as suas cidades (pois seria mais fácil sobreviver em seu bojo familiar), mas foram assistidos pelo sindicato, pois este os representaram em audiência.

Dos dados acima, nota-se, primeiramente, que muitos trabalhadores foram violados em seus direitos sociais laborais e sequer ajuizaram ação, ao menos na Vara Federal do

Trabalho de Paranaíba, considerando que no mínimo eram 400 (quatrocentos) os trabalhadores descontentes, em cada fase de corte, com as condições de trabalho, pelo inadimplemento das obrigações e apenas 120 (cento e vinte) reivindicaram seus direitos na justiça.

Outro ponto a destacar é que embora tenham sido necessárias, em quase todos os processos, medidas executórias, os débitos foram sendo solvidos aos poucos em razão do condomínio rural ser formado, na maioria, por produtores rurais com idoneidade econômica e em razão da responsabilidade solidária existente entre esses.

Da entrevista com o presidente do sindicato, questionário em anexo, extraiu-se que a atividade produtiva se desenvolvia da seguinte forma, conforme depoimento colhido “A usina vinha, escolhia a terra a ser arrendada, os arrendamentos saíam no nome do condomínio escolhido pela usina, o condomínio contratava a mão-de-obra e tinha o compromisso de fornecer a cana”. Como se vê de acordo com o sindicato havia ingerência administrativa por parte da usina na produção.

Quanto a algumas rescisões contratuais cabe destacar como se deram no que diz respeito ao ano de 2012, conforme esclarece o presidente do sindicato dos trabalhadores rurais de Paranaíba:

As contratações eram na maioria das vezes com pessoas do Nordeste, que receberam o mínimo do mínimo na rescisão para retornarem para casa. Sendo que em audiência os empregados eram representados pelo sindicato. O condomínio pagou o gasto de retorno dos empregados para suas cidades, para seus lugares de origem. A ideia inicial do condomínio era que os trabalhadores retornassem para suas cidades sem receber os direitos e em troca seria o gasto da viagem de responsabilidade do condomínio, todavia, no final das contas o condomínio arcou com a viagem mas em razão da intervenção do sindicato, foram propostas diversas ações trabalhistas na qual cada empregado foi representado pelo sindicato.

A preocupação com efeitos laborais, provenientes da vinda de novas usinas e a atividade produtiva como irá se realizar, além de ser mola propulsora da presente investigação também foi salientada pelo presidente do sindicato na entrevista colhida expressada no questionário (constante no anexo):

Há expectativa da vinda da Orbi e da Coruripe que inclusive teve reunião com o Governador. A preocupação é que haja terceirização de mão-de-obra, ex. gatos, e deixe-se de se cumprir as normas trabalhistas como ocorreu com as contratações em 2010 a 2012, com o condomínio (...), sendo que a maioria dos trabalhadores propuseram ação, pois não eram pagas as verbas mínimas, bem como houve ação de indenização por descumprimento de normas de

medicina e segurança do trabalho, como por exemplo falta de sanitários e alojamento adequado.

Foram apresentados questionários a 25 (vinte e cinco) trabalhadores (os quais trabalharam para o condomínio de empregadores rurais em comento no período de 2010 a 2012), foi impossível apresentar o questionário aos trabalhadores de outros estados, que retornaram às suas cidades (embora quanto aos trabalhadores que ajuizaram ação por substituição processual, podem ser retiradas grande parte as respostas condizentes às perguntas constantes no questionário, da simples leitura de suas exordiais), sendo assim, levando-se em conta tais fatores pode se concluir que: a) dos que ajuizaram as ações (aludidos 120 processos), a maioria não era de Paranaíba-MS, eram da região Norte e Nordeste do país; b) todos os trabalhadores entrevistados e os não entrevistados, mas que ajuizaram ação não receberam devidamente seus direitos laborais previstos no art. 7.º da Constituição Federal; c) a maioria afirmou que não eram cumpridas normas de medicina e segurança do trabalho d) dos entrevistados a maioria trabalhou para o mesmo consórcio de empregadores rurais, a maioria afirma que havia controle de produção por parte de um fiscal da usina na terra onde havia a plantação, mas ninguém sabe o nome do fiscal; e) houve entrevistados que acreditam que o resultado da plantação já era da usina que escolheu e “arrendou” a terra, mas não sabem afirmar se o arrendamento é em nome da usina.

Desses dados colhidos, imprescindível se faz, considerando o escopo do trabalho, analisá-los com enfoque na terceirização.

Cabe aqui, primeiramente, pugnar que há uma personalidade jurídica emprestada ao Consórcio de Empregadores Rurais para fim de configuração de terceirização, até mesmo porque se o consórcio é empregador, logo é empresa nos moldes do art. 2.º da Consolidação das Leis do Trabalho e destarte pode ser fornecedora de mão-de-obra.

Embora se acredite que o consórcio de empregadores é ente despersonalizado, é perfeitamente possível sua equiparação à pessoa jurídica, primeiramente por ser considerado empregador (distinto dos produtores que o compõem) e segundo que nos casos em que se pretenda obter efeitos jurídicos constitucionais, o formalismo não pode ser considerado óbice. Nesse sentido, em favor do próprio consórcio, há decisão acatando a assemelhação dos consórcios às pessoas jurídicas, para fins de aptidão para se beneficiarem do programa REFIS²⁷⁶.

²⁷⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso especial REsp 413865 PR 2002/0017151-1 (STJ)**. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/7526946/recurso-especial-resp-413865-pr-2002-0017151-1/inteiro-teor-13142389>>. Acesso em: 20 set. 2013.

Sendo assim, o consórcio pode muito bem ser equiparado à pessoa fornecedora de mão-de-obra para fins de terceirização, logo será este o entendimento utilizado para as considerações feitas na presente investigação.

A grande problemática enfrentada é que em Paranaíba nos anos de 2010 até 2012, embora houvesse elementos, no mínimo indiciários, (o que se percebe pelos depoimentos dos trabalhadores rurais e do presidente do sindicato) para crer que determinada usina era muito mais que mera compradora de cana, a verdade é que não havia elementos probatórios para serem levados a juízo, o que quiçá, motivou a simples alegação de subsidiariedade em alguns casos. E nos processos em que nada se alegou, talvez o desinteresse em ventilar a matéria se deu em razão de que no tangente à maioria dos condôminos, aos olhos da sociedade de Paranaíba, esses possuíam idoneidade econômica.

Embora não não houvesse elemento probatório suficiente para se arguir fraude, a verdade é que os casos em tela, no mínimo se aproximavam muito de terceirizações de mão-de-obra e não apenas de uma relação de compra e venda, merecendo ser acatada a responsabilidade subsidiária pleiteada.

Gize-se que não foi reconhecida nos processos pela instância *a quo* nos quais se arguiu a matéria e não foi apreciada a matéria pelo Regional via recurso ordinário interposto, em razão dos acordos judiciais ocorridos antes mesmo da prolação de acórdão.

Destaque-se que o juízo singular diante das alegações de terceirização entendeu que a atividade da usina e do consórcio de empregadores rurais são atividades econômicas distintas, quais sejam por parte do condomínio a produção enquanto a usina tão somente se dedicaria a transformação em açúcar e energia, sendo que a atividade desempenhada pelos trabalhadores no plantio e corte de cana não se configurariam atividade-meio da transformação em açúcar ou energia.

Assim, o que se notou com a pesquisa de campo, é que a falta de normatividade e as diversas compreensões acerca da terceirização, inclusive quanto a sua existência, o que antecede a própria análise de licitude, faz com que a invocação dos efeitos da terceirização previsto na multicitada súmula 331, em alguns casos, não seja feita, o que se acredita tenha ocorrido em Paranaíba-MS.

Nos poucos processos, em que foi ventilado o assunto terceirização, embora houvesse informações dos obreiros afirmando indícios de fraude (o que foi confirmado pela entrevista com o presidente do sindicato e depoimentos colhido em entrevistas com os

trabalhadores), acredita-se que considerando a fragilidade probatória, essa não foi arguida, de tal forma não houve tese alegando a terceirização ilícita, sendo apenas requerida a subsidiariedade (pela *culpa in eligendo e in vigilando*).

Cabe lembrar que na maioria dos processos sequer havia alegação de terceirização.

Percebe-se que se tratando de terceirização há uma dificuldade em defender os direitos sociais em razão da ausência de normatização e a conseqüente divergência de entendimentos, a grande possibilidade de fraudes (com diversas feições até mesmo porque quanto mais lacunas, maiores os espaços para os abusos) em contraposição à dificuldade em muitos os casos em prová-las, o que sem dúvida compromete a efetividade dos direitos sociais.

A complexidade da matéria em alguns casos, como ocorreu em Paranaíba, se dá em se saber se determinada atividade é meio ou não da atividade principal, ou seja, se é atividade ínsita ou não à atividade essencial da tomadora.

Também não é elemento cabal de forma a excluir a ideia de terceirização, por si só o fato de constar no ato constitutivo objetivo social distinto da atividade prestadora, pois a análise dos fatos pode demonstrar que determinada atividade é intrínseca à outra atividade, estabelecendo-se assim um laço terceirizante.

E o reconhecimento da terceirização, além de esbarrar nos critérios de diferenciação do que seria atividade-fim e o que seria atividade meio, como já discutido em outros momentos, tem maior desafio no setor sucroalcooleiro, que é concluir se a atividade de preparo, plantio e corte de cana é atividade produtiva ínsita a das usinas, caso a atividade de produção não esteja inserta no objeto social da tomadora, ou por outra face, se a aquisição de cana por parte das usinas seria mera relação comercial de compra e venda e que só haveria comunicação de responsabilidade no caso de fraude, o que em alguns casos é impossível de se provar.

O entendimento de que é mera relação comercial vai de encontro com os princípios basilares laborais, pois a usina utiliza-se da mão-de-obra obreira com fins econômicos, sendo que a produção canavieira é intimamente ligada à sua atividade.

A pesquisa de campo vem confirmar, o que várias vezes se asseverou na presente investigação, a terceirização é instrumento de precarização na maioria dos casos e deve ser tratada por lei exaustiva e específica, que traga um rol exemplificativo de atividades terceirizadas, que entre elas inclua a atividade de plantio, corte, transbordo, transporte, manutenção de equipamentos e/ou ampliação de pátio industrial como atividades inerentes às atividades econômicas das usinas (mesmo que não haja menção no objeto social da tomadora

essas atividades). E ainda que sejam consideradas as atividades arroladas acima como meio, na aludida lei, melhor seria que a responsabilidade fosse solidária em todas as modalidades de terceirização.

E caso o legislador fique inerte, que o judiciário revise a citada súmula 331, nos aludidos termos, caso contrário o trabalhador estará sempre sujeito a contratar diretamente com pessoas inidôneas economicamente, não conseguir provar as fraudes existentes e não receber seus créditos.

Por outro lado, caso contrário, as usinas favorecidas por produto (ex. cana) com preços reduzidos (decorrentes da exploração de mão-de-obra) continuarão sem qualquer preocupação com dos direitos sociais quando contratar para aquisição da matéria-prima, distanciando-se assim cada vez mais da solidariedade social e do respeito à dignidade da pessoa humana dos trabalhadores rurais envolvidos.

A terceirização é uma realidade socioeconômica que deve sofrer os efeitos da constitucionalização, estabelecendo solidariedade entre os envolvidos, seja pela via direta, seja indiretamente pelas “portas de entrada” do direito privado como a função social do contrato, baseado na teoria do risco objetivo, decorrente da atividade empresarial exercida (prevista no art.927 Parágrafo único do Código Civil), pois a terceirização de mão-de-obra atualmente se demonstra como atividade empresarial que por sua natureza expõe trabalhadores a indubitável risco de dano, ou seja, atribuindo interpretação à palavra atividade entendimento que vai além de mero setor empresarial, mas sim, entendendo como ato empresarial, em seu sentido mais amplo, com base na vedação ao locupletamento sem causa, de forma que prevaleçam os preceitos constitucionais, como o valor social do trabalho, a busca pelo pleno emprego, a erradicação da pobreza, o respeito ao princípio da fraternidade e a prevalência do núcleo duro (art. 7.o da CF) e, acima de tudo, ao princípio da dignidade humana.

E não é demais repetir que o descumprimento de direitos sociais se demonstra como violação aos direitos humanos, pois a satisfação das necessidades econômicas, culturais e sociais está intimamente ligada ao conceito de Direitos Humanos, como enfatiza Coutinho²⁷⁷:

A regulação do Direito do Trabalho, dentro de tal contexto, precisa respeitar os princípios orientadores da matéria, inclusive para evitar a flexibilização levada a efeito pelo capital nos últimos anos. Logo, para Christian Courtis, a falta, a falta de implementação dos direitos sociais resulta em clara violação aos direitos Humanos. A satisfação das necessidades econômicas, sociais e culturais dos povo das mais distintas nações é fundamental para dar concretude ao conceito de integralidade dos Direitos Humanos. Os referidos direitos devem ser perseguidos sistematicamente ,

²⁷⁷ COUTINHO, 2011, p.70.

do ponto de vista das respectiva efetividade, indo do enfrentamento e desmistificação dos dogmas anunciados pelas teorias liberais à luta, no campo jurisdicional, para o cumprimento das normas constitucionais e internacionais, embora existam obstáculos inúmeros a serem vencidos.

Repisa-se que a terceirização deve ser analisada como verdadeira divisão do trabalho e essa divisão deve se amoldar a solidariedade orgânica, ou seja, embora cada um dos órgãos sociais (aqui se entenda trabalhador terceirizado, fornecedora de mão-de-obra e tomadora) tenham sua função específica na sociedade, e suas diferentes características (o que justamente permite a divisão do trabalho e a especialização de funções) todos devem compreender que há a necessidade de um elo de solidariedade (o que também justifica a solidariedade jurídica pugnada), pois cada um dos órgãos depende do outro de forma a se estabelecer uma harmonia social, é o entendimento esposado por Durkheim²⁷⁸:

Bem diferente é a estrutura das sociedades em que a solidariedade orgânica é preponderante.

Elas são constituídas não por uma repetição e segmentos similares e homogêneos, mas por um sistema de órgãos diferentes, cada um dos quais tem um papel especial e que são formados, eles próprios, de partes diferenciadas. Ao mesmo tempo que não têm a mesma natureza, os elementos sociais não estão dispostos da mesma maneira. Eles não são nem justapostos linearmente, como os anéis de um anelídeo, nem encaixadas uns nos outros, mas coordenados e subordinados uns aos outros em torno de um mesmo órgão central, que exerce sobre o resto do organismo uma ação moderadora. Esse próprio órgão não tem mais o mesmo caráter que no caso precedente, **porque, se os outros dependem dele, por sua vez ele depende dos outros.** (grifos do autor).

E quando não há entre os órgãos a devida coordenação e subordinação uns aos outros, há o risco da anomia social, havendo a necessidade de que a solidariedade social seja restabelecida, e o direito sendo o último e o mais eficaz meio de controle social deve ser efetivo, constitucionalizante, impondo aos operadores que os olhos estejam sempre voltados ao texto constitucional de forma a estabelecer critérios limitadores ao fenômeno da terceirização.

²⁷⁸ DURKHEIM, Émile. **Da divisão do trabalho social**. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 165 .

CONCLUSÃO

A vedação ao fenômeno da terceirização, acredita-se ser a última medida jurídica, pois se defende que haja regulamentação, uma vez que é um fenômeno que tem sua faceta boa, como, por exemplo, gerar novos postos de trabalho, trazer qualidade produtiva e contribuir para impulsionar a economia, embora, hoje sua utilização ser em regra inadequada, afinal os fins buscados são na maioria das vezes fraudulentos.

O ponto nodal seria se estabelecer uma solidariedade entre os membros participantes da terceirização e estabelecer quais são as atividades consideradas terceirizadas, sendo assim, despiciendo para aferição de ilicitude e por consectário responsabilidade, a análise de se tratar de atividade-fim ou atividade-meio, pois todas as atividades nesses moldes se tornam importantes, se termos em mente, a ideia de Divisão do Trabalho Social, de fraternidade e a solidariedade orgânica (ideia de cooperação e necessidade mútua).

A pesquisa de campo não proporcionou a certeza jurídica em se afirmar que ocorria fraude nas contratações em Paranaíba, distoante da conclusão social, até mesmo porque não houve sentença nesse sentido, e não foi alegada em nenhum dos processos analisados, mas considerando os indícios apontados pelos entrevistados, percebeu-se que ainda que tenha ocorrido, em razão da dificuldade probatória, o trabalhador se encontrou em uma situação de total desvantagem, pois é difícil aceitar que uma usina compre quase a totalidade da cana produzida por um determinado fornecedor e inexista o enlace terceirizante, uma vez que a produção é atividade inerente a toda usina, ainda que não conste em seu objeto social.

Outra faceta, tangente à pesquisa de campo, em Paranaíba, embora tenha revelado na maioria dos casos, um sucesso processual executório, pois por exceção à totalidade das terceirizações nacionais, a principal fornecedora de mão-de-obra tinha lastro econômico, pois era composta por condôminos economicamente saudáveis, ligados pela solidariedade, vem confirmar o que, várias vezes, se asseverou na presente investigação, ou seja, que a terceirização deve ser tratada por lei exaustiva e específica que traga um rol exemplificativo de atividades terceirizadas, que entre elas inclua a atividade de plantio, corte, transbordo, transporte, manutenção de equipamentos e/ou ampliação de pátio industrial como atividades inerentes às atividades econômicas das usinas (mesmo que não haja menção no objeto social dessas atividades), considerando-as, na pior das hipóteses, como atividades-meio, de forma que se estabeleça, na aludida lei, a obrigação e a responsabilidade solidária em todas as modalidades de terceirização.

Conclui-se que em matéria de terceirização, tendo em vista seu caráter preponderantemente precarizador das relações laborais, faz-se mister uma releitura do direito laboral, de forma que esse se torne mais efetivo à luz da Constituição, logo a melhor medida é a confecção de uma norma específica e exaustiva sobre a matéria; e em prevalecendo a inércia legiferante infraconstitucional, gize-se veementemente deve ser constitucionalizada, outra opção seria, via ativismo jurídico, presente na confecção da revisão da súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho, eivada de constitucionalização direta ou indireta, de forma que se trate mais exaustivamente sobre terceirização e preencham-se as lacunas legais.

Caso o legislador fique inerte, que o judiciário revise a Súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho, nos termos apontados acima, caso contrário o trabalhador estará sempre sujeito a contratar diretamente com pessoas inidôneas economicamente, e muitas das vezes não conseguir provar as fraudes existentes e assim não receberem seus créditos.

Conclui-se que a melhor “porta de entrada” como dispositivo que preveja a função social do contrato, é o art. 927, Parágrafo único do Código Civil, com base no risco objetivo (pois atualmente a terceirização se demonstra como atividade empresarial que por sua natureza expõe trabalhadores a indubitável risco de dano, ou seja, atribuindo interpretação à palavra atividade entendimento que vai além de mero setor empresarial, mas sim, entendendo como ato empresarial, em seu sentido mais amplo), ou ainda, a cláusula geral, que veda o locupletamento sem causa, estabelecendo-se a solidariedade entre as empresas envolvidas no enlace terceirizante.

Por derradeiro, da forma que está, há uma verdadeira crise dogmática juslaboral: a terceirização proporciona na maioria dos casos o descumprimento de direitos social-laborais, e o lamentável desfecho é a violação à dignidade da pessoa humana e a ausência de paz social.

REFERÊNCIAS

- AGÊNCIA ESTADO. Exportação de etanol cresce 38,5% em agosto ante julho. Disponível em: <<http://g1.globo.com/economia/agronegocios/noticia/2013/09/exportacao-de-etanol-cresce-385-em-agosto-ante-julho.html>>. Acesso em: 10 ago. 2013.
- ALEMANHA. Tribunal Constitucional Federal. Caso Lüth. **R: BVERFG** 7, 198. Disponível em: <<http://www.servat.unibe.ch/dfr/bv007198.html>>. Acesso em: 10 abr. 2013.
- ALEMÃO, Ivan. **Justiça sem mérito? Judicialização e desjudicialização da Justiça do Trabalho**. Disponível em: <<http://ivanalemaouff.blogspot.com.br/p/artigo-justica-sem-merito.html>>. Acesso em: 10 jan. 2013.
- ALMEIDA, Vicente Paulo de. Ativismo judicial. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 16, n. 2930, 10 jul. 2011 . Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/19512>>. Acesso em: 18 jan. 2013.
- ALMEIDA, Saulo Nunes de Carvalho, POMPEU, Gina Vidal Marcílio, A Terceirização e a Precarização da Dignidade do Trabalhador: perspectivas. In: ANAIS DO XIX ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI. Fortaleza - CE nos dias 09, 10, 11 e 12 de Junho de 2010. Disponível em: <<http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/fortaleza/3542.pdf>> Acesso em: 20 jan . 2013.
- ALVES, Giovanni. **Dimensões da Globalização. O Capital e Suas Contradições**. Londrina: Editora Praxis, 2001.
- ANAMATRA. Anamatra - Associação divulga carta aberta contra a terceirização. Brasília, 2 de setembro de 2013. Disponível em: <http://www.amatra1.com.br/visualiza_not.asp?cod=3440¬cli=1&direct=comunicacao/me.asp> Acesso em: 30 set. 2013.
- ARRIGHI, Giovanni. **Capitalismo e (Dis) Ordine Mondiale**. Roma: Manifestolibri, 2010.
- ANDRADE, Flávio Carvalho Monteiro de. **Ilicitude da Terceirização no Brasil: uma análise na perspectiva da especialização e da dependência do prestador de serviços**. São Paulo: Ltr, 2012.
- ANTICO, Andrea; POZZOLI, Lafayette. **A Função Promocional do Direito ao Trabalho Digno sob a Ótica dos Direitos Humanos**. In: Tutela dos Direitos Humanos e Fundamentais

– ensaios a partir das linhas de pesquisa - construção do saber jurídico e função política do direito. Coleção UNIVEM. Editora Boreal.

ANTUNES, Ricardo. **Terceirização: porta de entrada para a precarização**. Entrevistador: Graziela Wolfart, [21 de maio de 2012]. Entrevista concedida ao Instituto Humanitas Unisinos. Disponível em: <<http://www.ihu.unisinos.br/entrevistas/509660-terceirizacao-porta-de-entrada-para-a-precarizacao>> Acesso em: 10 jan. 2013.

ASCOM PRT-15. **MPT alerta usinas de Prudente sobre as consequências da terceirização ilícita**. 09 jun. 2011. Disponível em: <http://www.prt15.mpt.gov.br/site/noticias.php?mat_id=11235>. Acesso em: 20 set. 2013.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

BARROSO, Luiz Roberto. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**. Disponível em: <http://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso_para_Selecao.pdf>. Acesso em: 10 jan. 2013.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito constitucional**. 18. São Paulo: Editora Saraiva, 1997.

BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. **Comentários à constituição do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988**. São Paulo: Saraiva, 1990. V.7.

BATISTA, Eraldo Lemes. **Terceirização no Brasil e suas implicações para os Trabalhadores**. Campinas, SP: Pontes Editores, 2010.

BELLOCCI, M.; PASSAGLIA, P. **La dignità dell' uomo quale princípio costituzionale**. 2007. Disponível em: <http://www.cortecostituzionale.it/documenti/convegni_seminari/STU_196_La_dignita.pdf> Acesso em: 10 ago. 2013.

BERNHARD, Agnes. **Direito & fraternidade: elementos do conceito de fraternidade e de direito constitucional**. São Paulo: LTr, 2008.

BIAVASCHI, Magda Barros. A terceirização e a justiça do trabalho. Revista do Tribunal Superior do Trabalho, Porto Alegre, RS, v. 74, n. 4, p. 67-88, out./dez. 2008. Disponível em: <<http://aplicacao.tst.jus.br/dspace/handle/1939/5390>>. Acesso em 15 jan. 2013.

BIAVASHI, Magda Barros; BALTAR, Paulo E. de Andrade. **A terceirização e a justiça do trabalho: Relatório Científico**. PROGRAMA CESIT/IE-FAPESP, 1º novembro de 2007 a 31 de outubro de 2009. p. 19. Disponível em: <<https://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=2&ved=0CDcQFjAB&url=http%3A%2F%2Fwww.revistas.unifacs.br%2Findex.php%2Fedu%2Farticle%2Fdownload>>. Acesso em: 20 ago. 2013.

BIAVASHI, Magda Barros; DROPPA, Alisson. A história da súmula331 do tribunal superior do trabalho: a alteração na forma de compreender a terceirização. **Mediações - Revista de**

Ciências Sociais, v. 16, n. 1, p. 124-141, 2011. Disponível em: <<http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/mediacoes/article/view/9657>> . Acesso em: 10 set. 2013.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BRAGA, J.C. Financeirização global. In FIORI, J.L. Poder e dinheiro: uma economia política da globalização. Petrópolis: Vozes, 1997.

BRASIL. **Constituição Brasileira de 1988**. Brasília: Senado Federal, 1988.

BRASIL. Secretaria geral da Presidência da República. **Dados de emprego**. Disponível em: <http://www.secretariageral.gov.br/compromissocana/publicacoes-e-documentos/copy_of_dados-de-emprego>. Acesso em: 10 ago. 2013.

_____. Secretaria geral da Presidência da República. **Compromisso Nacional aperfeiçoar as condições de trabalho de cana-de-açúcar**. Disponível em: <<http://www.secretariageral.gov.br/arquivos/publicacaocanadeacucar.pdf>>. Acesso em: 03 mar. 2013.

BRAVERMAN, Harry. **Trabalho e capital monopolista: a degradação do trabalho no século XX**. Rio de Janeiro: Guanabara, 1974.

CAMPANINI, Giuseppe; CARBONI, Giuseppe. **Latino-Italiano, Italiano-Latino**. Roma: Casa Paravia, 1913.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Edições Almeida. 2000.

CASO, Giovanni. *Diritto e fraternità nella costruzione della giustizia*. In: CONGRESSO NAZIONALE BRASILE. Disponível em: <<http://comunionediritto.org/it/eventi-testi/congresso-brasile-2008/discorsi-2008/79-sessione-di-apertura-2008.html>> Acesso em: 15 fev. 2013.

_____; CURY, Afife; CURY, Munir; SOUZA, Carlos Aurélio Mota de (Org.). **Direito & Fraternidade: Ensaio/Prática forense, Anais do Congresso Internacional “relações no Direito: qual espaço para a fraternidade?”. São Paulo: Editora LTR, 2012.**

CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do Trabalho**. 4. ed Niterói: Impetus, 2010.

CASTRO, Celso Antonio Pinheiro de. **Sociologia aplicada ao direito**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

_____. **Sociologia do direito**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

COSTA, Gilberto Fernandes. **Caracterização do Setor Sucroalcooleiro na Mesorregião de Ribeirão Preto**. Piracicaba: ESAL-LOG, 2011. Disponível em: <<http://esalqlog.esalq.usp.br/files/biblioteca/arquivo3782.PDF>>. Acesso em: 03 mar. 2013.

COUTINHO, Grijalbo Fernandes. **Terceirização bancária no Brasil: direitos humanos violados pelo Banco Central- São Paulo Ltr: 2011.**

DALLEGRAVE NETO, José Affonso. (Coord.). **Direito do Trabalho Contemporâneo: Flexibilização e Efetividade**. São Paulo: LTr, 2003.

DEAN, Matteo; RODRÍGUEZ, Luis Bueno. (Coord.). **Outsourcing: modelo en expansión de simulación laboral y precarización del trabajo**. México: Centro de Investigación Laboral & Asesoría Sindical, 2011. Disponível em: <<http://cilas.org/wp-content/uploads/2012/10/integrado.pdf>>. Acesso em: 20 jan. 2013.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho** 10. ed. São Paulo Ltr, 2011.

DIEESE. **O processo de terceirização e seus efeitos sobre os trabalhadores no Brasil**. 2007. Disponível em: <http://www3.mte.gov.br/observatorio/Prod03_2007.pdf> Acesso em: 10 ago. 2013.

DRUCK, Maria da Graça. **Terceirização: (Des)Fordizando a fábrica, um estudo do complexo petroquímico**. São Paulo: Boitempo, 1999.

DURKHEIM, Émile. **As Regras do Método Sociológico**. São Paulo: Abril S. A. Cultural, Editor: Victor Civita, 1983a. (Os Pensadores).

_____. **O Suicídio**. São Paulo: Abril S. A. Cultural, Editor: Victor Civita, 1983b. (Os Pensadores).

_____. **Da divisão do trabalho social**. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

FAPESP. **Líder mundial em conhecimento e tecnologia de cana e etanol**. 2007. Disponível em: <http://www.fapesp.br/publicacoes/livro_etanol.pdf>. Acesso em: 30 set. 2013.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo dicionário Aurélio da língua portuguesa**. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Nova Fronteira S.A., 1986.

FONSECA, Maria Hemília. **Direito ao trabalho: um direito fundamental no ordenamento jurídico brasileiro**. 2006. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica, São Paulo, 2006. Disponível em: <http://www.sapientia.pucsp.br/tde_arquivos/9/TDE-2006-08-08T13:53:41Z-2445/Publico/MariaHemiliaFonseca.pdf> Acesso em: 10 fev. 2013.

GAMBA, Juliane Caravieri Martins. Dignidade do Trabalhador e Políticas Públicas: perspectivas no âmbito do estado ético. In: PIOVESAN, Flávia; CARVALHO, Luciana Paula Vaz de (Coord.). **Direitos humanos e direito do trabalho**. São Paulo: Editora Atlas, 2010.

GÓMEZ, Salvador Morillas. **Direito & Fraternidade: pistas de fraternidade na aplicação de direito empresarial**. São Paulo, Cidade Nova, LTr, 2008.

GOMES, Luiz Flávio. O STF está assumindo um ativismo judicial sem precedentes?. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 14, n. 2164, 4 jun. 2009. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/12921>>. Acesso em: 10 dez. 2012.

GORIA, Fausto. **Direito & Fraternidade: fraternidade e direito, algumas reflexões**. São Paulo: LTr, 2008.

HINZ, Henrique Macedo. A Terceirização trabalhista e as responsabilidades do fornecedor e do tomador dos serviços: um enfoque multidisciplinar. **Revista do Tribunal Superior do**

Trabalho, Porto Alegre, RS, v. 71, n. 2, p. 131-145, maio/ago. 2005. Disponível em: <http://www.tst.jus.br/es/web/biblioteca/2005-vol.-71/-/document_library_display/4AvE/view/1313019/7972>. Acesso em: 10 set. 2013.

INSTITUTO HUMANITAS UNISINOS (IHU). Terceirização: porta de entrada para a precarização. Entrevista especial com Ricardo Antunes. IHU, **Entrevistas**, 21 maio 2012. Disponível em: <<http://www.ihu.unisinos.br/entrevistas/509660-terceirizacao-porta-de-entrada-para-a-precarizacao>>. Acesso em: 10 ago. 2013.

_____. **Decreto Legislativo 10 set. 2003, n. 276**. Attuazione delle deleghe in materia di occupazione e mercato del lavoro, di cui alla legge 14 febbraio 2003, n. 30. (GU, n.235 del 9-10-2003 - Suppl. Ordinario n. 159). Disponível em: <<http://www.normattiva.it/uri-res/N2Ls?urn:nir:stato:decreto.legislativo:2003-09-10;276!vig=>>> Acesso em 15 de junho de 2013.

LAKATOS, Eva Maria. **Sociologia geral**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 1981.

LEITE, Márcia de Paula. **O trabalho em movimento: reestruturação produtiva e sindicatos no Brasil**. Campinas: Papyrus, 1997.

_____. Tecendo a precarização: gênero, trabalho e emprego na indústria de confecções de São Paulo. In: ENCONTRO ANUAL DA ANPOCS, 28, 2004, Caxambu, MG. [Anais]. CD-ROM. 2004. p. 1-30.

LÉVY-BRUHL, Henri. **Sociologia do Direito**. Trad. Antonio de Pádua Danesi. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

LORENZETTI, Ari Pedro. **A responsabilidade pelos créditos trabalhistas**. São Paulo: LTR, 2003.

MACHADO, Edinilson Donisete. **Ativismo Judicial**. 1. ed. Letras Jurídicas: Coleção UNIVEM. 2011.

MACHADO NETO. Antônio Luís. **Sociologia jurídica**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MANUAL do uso do selo “Empresa compromissada”. Disponível em: <<http://www.secretariageral.gov.br/compromissocana/publicacoes-e-documentos/manual-de-uso-do-selo-201cempresa-compromissada201d>>. Acesso em: 03 mar. 2013.

MANUS, Pedro Paulo Teixeira. **Direito do trabalho**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

MARAOUS, Michaela. Die Geschäftsfähigkeit Minderjähriger im Datenschutzrecht am Beispiel der Zustimmungserklärung gem. § 4 Z 14 DSGVO. 2011. Dissertation, Univ.-Prof. Mag. Dr. Christian Piska, 2011. Disponível em: <http://www.it-law.at/uploads/tx_publications/Dissertation_ENDFASSUNG_2011-11-06.pdf>. Acesso em: 10 fev. 2013.

MARTINS, Leonardo (Org.) **Cinquenta anos da jurisprudência do tribunal constitucional federal alemão**. Berlim: KONRAD-ADENAUER-STIFTUNG E.V, 2005.

Disponível em: <http://www.kas.de/wf/doc/kas_7738-544-1-30.pdf>. Acesso em: 10 fev. 2013.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Comentários as Súmulas do TST**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

_____. **A Terceirização e o direito do trabalho**. 12 ed. rev, e ampl. São Paulo: Atlas, 2012.

MARX, Karl. **O capital: crítica da economia política**. 6. Vols. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1994.

ASI, Domenico de. **O Futuro do Trabalho: fadiga é ócio na sociedade pós-industrial**. Trad. Yadyr A. Figueiredo. Rio de Janeiro: Editora José Olimpyo, 2001.

_____. **O ócio Criativo**. Entrevista a Maria Serena Palieri. Trad. de Léa Manzi. Rio de Janeiro: Sextante, 2000.

MAURÍCIO Godinho afirma que regulamentação da terceirização vai esvaziar o papel da Justiça do Trabalho. Anamatra – Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho. 26 set. 2013. Disponível em: <<http://www.anamatra.org.br/index.php/noticias/mauricio-Delgado-afirma-que-regulamentacao-da-terceirizacao-vai-esvaziar-o-papel-da-justica-do-trabalho>>. Acesso em: 30 set. 2013.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 6 ed. São Paulo, Saraiva, 2011.

MINISTÉRIO DO TRABALHO E DO EMPREGO. **Terceirizado está mais sujeito a acidente de trabalho, diz MTE**. Entrevistador: Bianca Pyl. [26 de abr. 2012]. Disponível em: <<http://reporterbrasil.org.br/2012/04/terceirizado-esta-mais-sujeito-a-acidente-de-trabalho-diz-mte>>. Acesso em: 10 jan. 2013.

MONTORO, André Franco Montoro. **Introdução à ciência do direito**. 24. ed. São Paulo: RT, 1996.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 20. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2006.

_____. **Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

_____. **Direitos humanos e fundamentais: teoria geral**. São Paulo: Saraiva, 1996.

NAHAS, Thereza Christina. Princípios: a necessidade da compreensão da função normativa (coerência na sua aplicação e interpretação). **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**, Porto Alegre, RS, v. 75, n. 3, p. 45-56, jul./set. 2009. Disponível em: <<http://aplicacao.tst.jus.br/dspace/handle/1939/13196>>. Acesso em: 15 jan. 2013.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Constituição federal comentada e legislação constitucional**. São Paulo: RT, 2006.

ODEBRECHT. **Negócios e participações agroindustrial.** Disponível em: <<http://www.odebrecht.com/negocios-e-participacoes/agroindustrial>>. Acesso em: 23 out. 2013.

OLIVEIRA, Francisco Antonio de. **Comentários as Súmulas do TST.** 10. ed. São Paulo: Revista do Tribunais, 2010.

ONU. **Declaração Universal dos Direitos Humanos.** 1948. Disponível em http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/ddh_bib_inter_universal.htm>. Acesso em: 15 fev. 2013.

PALMEIRA SOBRINHO, Zéu. **Terceirização e reestruturação produtiva.** São Paulo: Ltr, 2008.

PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos e Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. In: LEITE, George Salomão (Org.). **Dos princípios constitucionais:** considerações em torno das normas principiológicas da Constituição. São Paulo: Malheiros, 2003.

POCHMANN, Marcio. **Debates Contemporâneos, economia social e do trabalho:** a superterceirização do trabalho. São Paulo: Ltr, 2008.

POZZOLI, Lafayette; ANTICO, A. . A função promocional do direito ao trabalho digno sob a ótica dos direitos humanos. In: Curso de Extensão - Tutela dos Direitos Fundamentais (Convênio Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa / UNIVEM / UENP), 2011, Lisboa, Portugal. Livro: **Tutela dos direitos humanos e fundamentais / ensaios a partir das linhas de pesquisa construção do saber jurídico e função política do direito.** Birigui: Boreal, 2011. v. 1. p. 2-24.

POZZOLI, Lafayette. **Maritain e o Direito.** São Paulo: Loyola, 2001.

_____. Maritain e o Direito. **Síntese**, Belo Horizonte, v. 28, n. 92, p. 419-421, 2001. Disponível em: <<http://www.faje.edu.br/periodicos/index.php/Sintese/article/download/552/975>>. Acesso em: 10 jan. 2013.

_____. Reflexos das legislações internacionais nas políticas públicas de inclusão no Brasil. **Revista @mbiente da educação**, São Paulo, v.1, n.2, p.09-20, ago./dez., 2008. Disponível em: <http://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso_para_Selecao.pdf> Acesso em: 10 jan. 2013.

RAMALHO, Maria do Rosário Palma. **Da autonomia dogmática do direito do trabalho.** Coimbra: Almedina, 2001.

REALE, Miguel. **Filosofia do direito.** 17. ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

REZENDE, Antonio Carlos. **Terceirização das atividades logísticas.** São Paulo: Instituto IMAM, 2008.

RIDDER, Helmut. **Gunter Frankenberg Angst im rechtsstaat**. Disponível em: <http://www.kj.nomos.de/fileadmin/kj/doc/1977/19774Frankenberg_S_353.pdf>. Acesso em: 10 fev. 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 10. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais**. 5. ed. rev e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

_____. Direitos fundamentais e direito privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. **B. Cient. ESMPU**, Brasília, a. 4 - n.16, p. 193-259 - jul./set. 2005. Disponível em: <<http://boletimcientifico.escola.mpu.mp.br/boletins/boletim-cientifico-n.-16-2013-julho-setembro-de-2005/direitos-fundamentais-e-direito-privado-algumas-consideracoes-em-torno-da-vinculacao-dos-particulares-aos-direitos-fundamentais>> Acesso em: 10 ago. 2013.

SEGNINI, Liliana. Educação, trabalho e desenvolvimento uma complexa relação. **Revista Trabalho & Educação (UFMG)**, Belo Horizonte, v. 6, p. 14-47, 2000.

SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à constituição**. 2. ed. São Paulo: Ed. Malheiros, 2006.

SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares**. São Paulo: Malheiros, 2005.

SOUTO, Claudio; FALCÃO, Joaquim. **Sociologia e direito: leituras básicas de sociologia jurídica**. São Paulo: Editora Pioneira, 1980.

SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. Trabalho descentralizado: a terceirização sob uma perspectiva humanista. **Revista Latinoamericana de Derecho social**, n. 09, jul./dic. p. 159-174, 2009. Disponível em: <<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/revlads/cont/9/art/art6.pdf>>. Acesso em: 25 jan. 2013.

SÜSSEKIND, Arnaldo Lopes. **Direito constitucional do trabalho**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

TESSARO, Ivan José; ANTONIO, André Simionato Doenha. **Críticas ao Projeto de Lei da Terceirização (PL 4.330/2004)**. Anamatra – Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho. 26 set. 2013. Disponível em: <<http://www.anamatra.org.br/index.php/artigos/criticas-ao-projeto-de-lei-da-terceirizacao-pl-4-330-2004>>. Acesso em: 30 set. 2013.

TRAVAGIN, Annelise Patrícia de Lima; ALÉCIO, Bruna de Cássia Benhossi; EVANGELISTA, Kathelin Regina da Costa. **Biocombustíveis: uma oportunidade para as exportações brasileiras**. Trabalho de Conclusão de Curso de Administração. Centro Universitário EURÍPIDES De Marília – UNIVEM, Marília, 2008. Disponível em: <<http://aberto.univem.edu.br/bitstream/handle/11077/482/Biocombust%C3%ADveis%3A%2>

Uma%20oportunidade%20para%20as%20Exporta%C3%A7%C3%B5es%20Brasileiras.pdf?sequence=1>. Acesso em: 20 jan. 2013.

TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. Disponível em: <<http://www.tst.jus.br/tst-ligiosidade>>. Acesso em: 23 set. 2013.

USINA ORBI BIOENERGIA LTDA. Paranaíba – MS. Geosul. Disponível em: <<http://www.servicos.ms.gov.br/imasuldownloads/ORBIPARANAIBA.pdf>> Acesso em: 20 set. 2013.

URIARTE, Oscar Ermida. **Ética y Derecho del Trabajo**. Barcelona: U niversitat Pompeu Fabra, 2006. Disponível em: <<http://www.upf.edu/iuslabor/012006/Latinoamerica.OscarErmida2.htm>>. Acesso em: 02 fev. 2013.

VIANNA, Segadas; SÜSSEKIND, Arnaldo; MARANHÃO, Délio; TEIXEIRA, Lima. **Instituições de direito do trabalho**. 18. ed. São Paulo, LTr, 1999. V.I.

VOCE, Maria. **Direito & fraternidade**: o congresso comunhão e direito; a origem, a proposta, a idealidade. São Paulo: LTr, 2008.

WANDERLEY, Maria do Perpetuo Socorro. A dignidade da pessoa humana nas relações de trabalho. **Rev. TST**, Brasília, vol. 75, nº 3, p. 106-115, jul./set., 2009. Disponível em:<http://aplicacao.tst.jus.br/dspace/bitstream/handle/1939/13637/006_mariadoperpetuosocorrowanderley.pdf?sequence=1>. Acesso em: 10 fev. 2013.

WEBER, Max. **A Ética protestante e o “espírito” do capitalismo**. São Paulo: Cia. Das Letras, 2004.

CONSTITUIÇÕES DE OUTROS PAÍSES

ALEMANHA. **Constituição alemã**. Disponível em: <<http://www.documentarchiv.de/brd/1949/grundgesetz.html>>. Acesso em: 10 jan. 2013.

ARGENTINA. **Constituição argentina**. Disponível em: <<http://www.biblioteca.jus.gov.ar/constitucionargentina1853.html>>. Acesso em: 10 jan. 2013.

ESPANHA. **Constituição espanhola**. Disponível em: <<http://www.boe.es/legislacion/enlaces/documentos/ConstitucionCASTELLANO.pdf>> Acesso em: 10 jan. 2013.

FRANÇA. **Constituição francesa**. Disponível em: <http://www.assemblee-nationale.fr/connaissance/constitution_11-2011.pdf>. Acesso em: 10 jan. 2013.

ITÁLIA. **Constituição italiana**. Disponível em: <http://www.senato.it/documenti/repository/relazioni/libreria/Costituzione_anastatica.pdf>. Acesso em: 10 jan. 2013.

MÉXICO. **Constituição mexicana**. Disponível em: <<http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/1.pdf>> Acesso em: 10 jan. 2013.

PORTUGAL. Constituição portuguesa.

<<http://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>>

Acesso em: 10 jan. 2013.

URUGUAI. Constituição uruguaia. Disponível em:

<<http://www.parlamento.gub.uy/constituciones/const997.htm>>. Acesso em: 10 jan. 2013.

APÊNDICE

PESQUISA NA VARA DO TRABALHO - ENTREVISTAS E QUESTIONÁRIOS