

PROTEÇÃO AO CONTRATO DE TRABALHO E AO EMPREGO NO BRASIL*

Cláudio Armando Couce de Menezes**

Dispensa Imotivada; Garantia no Emprego; Contrato Transitório de Trabalho; Suspensão e Interrupção Contratual para Formação e Aperfeiçoamento Profissional; Trabalho a Tempo Parcial; Terceirização.

1 APRESENTAÇÃO DO TEMA

Preliminarmente, se faz necessário distinguir entre proteção ao contrato de emprego e proteção ao emprego ou ao trabalho.

Na idéia de proteção ao *contrato de trabalho subordinado* (ou à sua *relação jurídica de emprego*) vem logo à tona os mecanismos destinados a resguardar o empregado da dissolução do vínculo que o liga ao empregador: limitação ou proibição da despedida arbitrária; garantia e estabilidade no emprego; permanência do contrato em casos como doença, acidente profissional, encargos civis, políticos e militares.

Como *proteção ao emprego*, indicam certos estudiosos as medidas implementadas para aumentar ou manter postos de trabalho, aquilo que outros denominam *empregabilidade*. Dentro desses expedientes, encontram-se as mais diversas técnicas de flexibilização e até tentativas de desregulamentação do trabalho e do direito que procura resguardá-lo.

No Brasil, podemos mencionar nesse campo o trabalho a tempo parcial (Medida Provisória nº 2076/38 de 21.06.2001), o contrato por tempo determinado regulado pela Lei nº 9.601/88, a regulamentação da prestação de serviços terceirizados por Súmula do TST (nº 331), a suspensão ou interrupção do contrato para formação ou aperfeiçoamento profissional (Medida Provisória nº 2076-38/01).

2 PROTEÇÃO AO CONTRATO DE EMPREGO

De todos os meios de proteção ao emprego, o mais importante é a estabilidade; em seguida, vem a limitação ou (proibição) da despedida abusiva e arbitrária do trabalhador. Contudo, o nosso ordenamento jurídico é insuficiente nessa área.

* Texto da exposição apresentada no 1º Congresso Brasil – Itália de Direito do Trabalho, realizado em Roma e em Bolonha entre os dias 17 e 29 de abril de 2001.

** Juiz Titular da Vara do Trabalho de Mimoso do Sul (ES) – 17ª Região.

Com efeito, não há qualquer limitação à despedida coletiva (ao contrário do que se dá em diversos países),¹ ao encerramento sumário e total das atividades das empresas, causador de desemprego em massa, e à dispensa² sumária do obreiro, resultante de mero capricho do empregador.

E tudo isso apesar do art. 7º, I, da Constituição Federal, aludir à proteção da relação de emprego contra a despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos da lei complementar que preverá indenização compensatória, *dentre outros direitos*.

O texto Constitucional autoriza o intérprete a sustentar a possibilidade de criação de modalidades outras de proteção ao contrato de emprego, para além da indenização (*dentre outros direitos*). Sucede que até hoje a mencionada regra não foi regulamentada. Bem ao contrário, logo após a Convenção nº 158 da OIT ser ratificada pelo Brasil,³ tratou o governo brasileiro de proceder à sua denúncia para que não fosse permitida a reintegração ou readmissão do empregado dispensado injustamente ou sem justa causa.⁴

A Convenção 158 da OIT, por sinal, além de guardar inteira consonância com o nosso ordenamento constitucional, inclui (ou incluiria) o Brasil no rol dos países mais modernos e adiantados, sobretudo os da Europa Continental que repudiam dispensas arbitrárias por motivo de represálias ou para contratação de empregado com salário inferior ao despedido.

No tocante à sua possível harmonia com o nosso direito, há evidente compatibilidade com a proibição de despedida imotivada referida pelo art. 7º, *caput* e inciso I, da Constituição Federal. Essa seria aquela não fundada em incapacidade e mal comporta-

1. Para a Comunidade Européia há a diretiva 98/58/CE, de 20.07.1998 (Bruxelas) que define, procedimentaliza e estabelece os contornos da despedida coletiva. No direito francês, a dispensa coletiva por motivo econômico é tratada no art. 321-1, 321-2, 321-3 e 321-4, *du Code du Travail*. Na Espanha, a previsão está nos arts. 49 e 51 (2.3.4.5.6.7.8.9.10.11.12.13 e 14).
2. A propósito, encontra-se na jurisprudência francesa decisões contrárias à extinção das atividades das empresas que, sem observar o procedimento legal aplicável, resolvem sumariamente pôr fim às suas atividades. O *Le Monde* de 11.04.2001 (p. 1 e 18), por exemplo, notícia que o Tribunal de Grande Instância de Paris condenou o grupo Britânico MARKS e SPENCER por “delito de entrave” e ordenou a suspensão da sua decisão de fechar simultaneamente dezoito (18) estabelecimentos. A razão: ausência de comunicação e consulta do comitê de empresa.
3. O Governo Brasileiro, pelo Decreto nº 1.855, de 10.04.1996, publicado em 11.04.1996, promulgou a Convenção nº 158 da OIT, que trata do término da relação do emprego por iniciativa do empregador, impedindo a cessação do contrato de trabalho sem causa justificada. O Brasil assinou a carta de ratificação em 05.01.1995.
4. A questão da denúncia, ao contrário do que alguns proclamam e outros aceitam pacificamente, não está encerrada. Conforme salientam diversos juslaboralistas, a denúncia da Convenção 158 da OIT é absolutamente questionável. Primeiro, por ferir a autonomia e a competência do legislativo. Segundo, por afrontar as regras aplicáveis à denúncia de convenções internacionais (MARCIO TÚLIO VIANNA. “Convenção 158: Denunciando a denúncia” *In O que há de novo em Direito do Trabalho*. LTR, p. 125-9; JORGE LUIZ MAIOR. *O Direito do Trabalho como Instrumento de Justiça Social*. LTR, p. 331-9; CÁSSIO DE MESQUITA BARROS. “A Convenção 158 – Proteção contra a Despedida Injustificada” *In Trabalho e Doutrina*, 12/96, p.18; ANTÔNIO ÁLVARES DA SILVA. “Convenção 158”, artigo publicado no jornal *AMATRA III*, Belo Horizonte, ano II, nº 15, 12/96).

mento, no caso das dispensas individuais; e, nas dispensas coletivas, em necessidade de funcionamento da empresa, estabelecimento ou serviço por motivos econômicos, tecnológicos, estruturais ou análogos (art. 4º, da Convenção 158).

Por outro lado, a exigência de regulamentação do art. 7º, I, da CF, por lei complementar, de *quorum* privilegiado, não oferece maiores dificuldades à aplicação da mencionada convenção internacional, pois não tem o condão de impedir a aplicação dos tratados internacionais ratificados pelo Brasil, especialmente quando regem garantias e direitos (individuais e coletivos) previstos na Constituição (art. 5º, § 2º, da CF).⁵

Infelizmente, a tímida e pouco crítica jurisprudência trabalhista aceitou passivamente a validade da denúncia da convenção da OIT e a tese de sua incompatibilidade com o nosso ordenamento jurídico. De modo que, ressalvadas as circunstâncias excepcionais de estabilidade ou de garantia no emprego,⁶ a regra é a da admissibilidade da despedida injusta, arbitrária e imotivada. Assim, ao invés de proteção contra a despedida injusta, temos apenas a indenização sobre os depósitos do FGTS do art. 10 do Ato das Disposições Constitucionais Provisórias.⁷

Essa realidade, conforme já tivemos ocasião de noticiar, não é contudo a de países mais avançados no campo social. A título de exemplo, destacamos PORTUGAL, ESPANHA e FRANÇA, apresentando os contornos gerais do direito posto nesses países:

-
5. Essa é abalizada lição colida na obra de SOUTO MAIOR (ob. cit. p. 332-3): “Como a Constituição Brasileira no Artigo 7º, I, veta a dispensa arbitrária ou sem justa causa – o que faz, exatamente, a Convenção 158 – a compatibilidade dos dois sistemas é patente.

Ocorre que a Constituição direciona à Lei Complementar – que possui *quorum* qualificado para aprovação – a fixação da proteção da relação de emprego contra despedida arbitrária ou sem justa causa, e o texto da Convenção não fora aprovado em Lei Complementar.

A inexistência da Lei Complementar, entretanto, não obsta a validade de preceito Constitucional, que, no caso, destina-se a estabelecer o princípio de que se deve coibir a despedida arbitrária ou sem justa causa. O máximo que uma Lei Complementar poderia fazer seria regular o preceito constitucional, não impedir sua eficácia. O anseio do constituinte de impedir a dispensa arbitrária foi, sem sombra de dúvida, manifestado, e não seria uma Lei Complementar ou a falta dela – os pelo modo que os assuntos sociais têm sido tratados no Brasil, parece que tal Lei nunca virá existir – que poderia, simplesmente, anulá-lo. Além disso, o § 2º do art. 5 da CF/88 estabelece que os tratados internacionais em gênero do qual constituem espécie as convenções da OIT – são regras complementares às garantias individuais e coletivas estabelecidas na constituição”.

6. Dirigente sindical (art. 8º, VIII, da CF e 543, § 3º, da CLT), diretor de comissão interna de prevenção de acidente (art. 10, II, *a* do ADCT e 165, da CLT), gestante (10, II, *b*, do ADCT), trabalhador despedido por ato discriminatório (Lei nº 9.025/95), emprego do acidentado (art. 118 da Lei nº 8.813/91), dirigentes de cooperativa interna (art. 55 da Lei nº 5.764/71, membro do conselho curador do FGTS (Lei nº 8.036/90 art. 3º, § 9º), membro de comissão de conciliação prévia (art. 625-B, D, § 1º da CLT) e representados empregados nos órgãos da Previdência Social (Lei nº 8.212/91, art. 3º, § 7º).
7. Esse dispositivo constitucional, já com 13 (treze) anos, demonstra que veio para ficar, apesar de sua “transitoriedade”...

FRANÇA

A par de outras possibilidades não muito frequentes, como a resolução judiciária,⁸ a recusa do trabalhador em ver modificado substancialmente o seu contrato⁹ e a dissolução contratual por força maior,¹⁰ o término do vínculo de emprego por iniciativa do empregador se dá pelo *licenciement*.

O *licenciement* pode ser individual, coletivo, por motivo pessoal ou econômico. O coletivo é aquele que envolve diversas pessoas por motivo econômico. Já o *licenciement* individual pode ser originário de motivo pessoal ou econômico.

Em rápidas pinceladas, teceremos considerações sobre essas espécies de dispensa do empregado, destacando que seja qual for o seu tipo ela há de ser *REAL* e *SÉRIA* (L.122-14-2; L.122-14-3). Pouco importa também o número de empregados, o tamanho e a espécie da empresa.¹¹ O rompimento do contrato por tempo indeterminado exige sempre uma causa real e séria que, todavia, não encontra definição,¹² à exceção da causa econômica (L.321-1).¹³ Nada impede que, via convenção coletiva, seja estabelecida uma lista taxativa das causas de “licenciamento”, limitando ainda mais o direito de dispensa do empregador.

Por causa real deve-se entender a presença de uma razão objetiva, o que exclui motivações fundadas em conveniências pessoais, preconceitos ou no humor pessoal e momentâneo do empregador ou do superior hierárquico.¹⁴ Assim, a causa é séria quan-

-
8. Baseia-se no art. 1.184 do C. Civil. Receiava-se sua utilização pois poderia contornar o procedimento do *licenciement*. Por isso, LYON-CAEN, PÉLISSIER e SUPIOT (*Droit du Travail*, Précis, p. 272) sustentam que tal solução só representaria real interesse em caso de falta grave do assalariado, quando, então, ficaria o empregador isento da indenização do *licenciement*, porquanto tal obrigação somente é devida quando aquele é pronunciado. JEAN-CLAUDE JAVILLIER (*Manuel de Droit du Travail*, 5ª edic., L.G.D.J., p. 237), aludindo à jurisprudência francesa formada a respeito, escreve que o direito de resolução (ou “resilição” judicial) tem sido analisado com vigor, não afetando os direitos de indenização dos assalariados.
 9. Em verdade, a recusa do trabalhador leva ao despedimento (*licenciement*) nas suas mais diversas modalidades, conforme ensinam GERÁRD LYON-CAEN, JEAN PÉLISSIER e ALAIN SUPIOT (ob. cit., p. 272): “*si, à la suite du refus du salarié, l’employeur prend la décision de rompre le contrat de travail, la procédure de licenciement doit être observée avec ses modalités particulières, culières selon qu’il s’agit d’un licenciement pour motif économique ou d’un licenciement d’une personne protégée*”.
 10. SUPIOT, LYON-CAEN e PÉLISSIER (ob. cit., p. 273) destacam que não se trata de *licenciement* (*dispensa*), pois *este pressupõe a vontade livremente exercida pelo empregador no sentido de pôr fim ao contrato: “Le licenciement implique un act de voluté libre par lequel l’employeur prend l’initiative, et partant la responsabilité juridique, de la rupture du contrat du travail. Il en va différentement quand un événement contraignant, étranger à l’employeur, vient provoquer la rupture de la relation de travail, rupture dont – suivant la formule de certaines conventions collectives – celui-ci se contentara de prendre acte.”*
 11. LYON-CAEN, PÉLISSIER e SUPIOT (ob. cit., p. 287) e JEAN-CLAUDE JAVILLIER (ob. cit., p. 242).
 12. JAVILLIER destaca que entre estas causas “sérias e reais” não há lugar para o despedimento por razões atinentes à vida privada, ao direito de livre expressão e a participação em movimento grevista.
 13. JAVILLIER (ob. cit., p. 242)
 14. JAVILLIER (ob. cit., p. 242)

DOUTRINA

do se reveste de uma gravidade que torna impossível, sem prejuízo para a empresa, a continuação do trabalho.¹⁵

No plano do *licenciement* individual, quando o mesmo não é econômico mais de cunho pessoal, considera-se como causa *real e séria* a falta profissional, a doença grave que torne impraticável a manutenção da relação de emprego, a inaptidão, e a insuficiência profissional. Em todos os casos é devida indenização.¹⁶

Mais importante ainda do que a exigência de uma causa objetiva, séria e real, é a procedimentação do *licenciement*. Não basta ao empregador mencionar a razão, necessário se faz cumprir um procedimento prévio. Essa formalidade é exigida em todos os casos de dispensa, individual, coletiva, econômica ou pessoal.¹⁷

O desenvolvimento do procedimento normal de *licenciement* individual (econômico ou por motivo pessoal) compreende a convocação e a audição do assalariado, a carta de notificação e a motivação escrita da dispensa.

A convocação e entrevista com o assalariado são os passos iniciais do procedimento (L.122-14). Na carta de convocação deve constar a data, hora, o lugar da entrevista, bem como a possibilidade do empregado ser assistido por uma pessoa de sua escolha (colega ou não de trabalho), se não houver órgão de representação do pessoal (L.122-14, al. 2, 2ª frase).

A entrevista deve respeitar o contraditório,¹⁸ impondo-se ao empregador a obrigação de indicar o(s) motivo(s) da sua decisão de romper o pacto empregatício.¹⁹ O encontro pode terminar em acordo,²⁰ em não sendo este possível, o patrão que decide afastar o empregado remeterá a este uma *notificação escrita* (L.122-14-1).²¹

A enunciação das causas do despedimento tem lugar na própria *lettre de licenciement* e concerne a todos os motivos de “licenciamento” (econômico ou pessoal, disciplinar, não disciplinar), conforme evidencia o C. du Travail (L.122-14-2). Cumpre papel extremamente relevante essa motivação escrita em caso de demanda, pois seu conteúdo fixará os limites da lidé. Somente o que nela constar como causa real e séria será apreciado pelos juízes. Razões oferecidas no curso da causa, não mencionadas na

-
15. LYON-CAEN, PÉLISSIER e SUPIOT (ob. cit., p. 289) e JAVILLIER (ob. cit., p. 243). Uma falta leve, por conseguinte, não justifica a dispensa individual.
 16. Assim, verificada a causa real e séria de afastamento do empregado por “falta profissional” (incorrecção de comportamento, indelicadeza no trato com clientes e superiores hierárquicos, ausências reiteradas, etc.), o empregado fará jus à indenização legal. Só a “falta grave” retira do obreiro este direito (JAVILLIER, ob. cit., p. 245).
 17. No *licenciement* por falta disciplinar, há algumas regras específicas (L. 122-14, 122-41, 122-43), o que leva a jurisprudência a aplicar cumulativamente os dois procedimentos (CAEN, PÉLISSIER e SUPIOT, ob. cit., p. 289 e 383).
 18. JAVILLIER (ob. cit., p. 242)
 19. LYON-CAEN, PÉLISSIER, SUPIOT (ob. cit., p. 283)
 20. JAVILLIER (ob. cit., p. 250)
 21. JAVILLIER (ob. cit., p. 250), destaca que esta notificação não pode ter sua importância desprezada, pois aponta o marco inicial do aviso prévio (salvo disposição convencional mais favorável) e a decisão irrevogável de despedir.

referida carta, não serão objeto de apreciação judicial.²² E, mais, insuficiente é a indicação apenas do tipo de *licenciement* (pessoal ou econômico, por exemplo); ao empregador se impõe o registro do fato ou dos fatos que tipificam a causa séria e real de ordem coletiva, econômica, individual, etc. Quando a “carta de licenciamento” não anuncia²³ o motivo, ou alude a um motivo fato impreciso, tem-se o equivalente a uma ausência de causa real e séria de dispensa.²⁴

E por falar em processo, cabe destacar, outrossim que o direito francês traz para os ombros do empregador aquilo que lá é denominado *le risque de la preuve*, que nada mais é que a aplicação do nosso conhecidíssimo princípio do *in dubio pro operario*. Com efeito, dispõe o art. 122-14-3 que se uma dúvida subsiste sobre a seriedade e existência da causa, ela beneficiará o empregado.²⁵

Na França temos ainda o *licenciement* por causa econômica. Essa modalidade de dispensa é aquela que não é inerente à pessoa do trabalhador, nela portanto não se inserem motivos disciplinares ou físicos e profissionais (inaptidão física ou profissional). Trata-se de causas absolutamente objetivas. O art. L. 321-1, al. 1, define o *licenciement économique* como aquele que, não sendo atinente ao assalariado, resulta de uma supressão ou transformação do emprego ou da modificação substancial do contrato, especialmente ligadas a dificuldades econômicas ou a mutações tecnológicas.

Os *licenciements économiques* são individuais ou coletivos. Em geral, o *licenciamento* de um só trabalhador será qualificado como individual. Mas, pode se dar que, após ser efetivado em relação a só indivíduo, estenda-se a outros pela mesmo motivo, tornando-se um *licenciement collectif*.²⁶ Por outro lado, a dispensa de vários obreiros ao mesmo tempo evidencia o *licenciement collectif*, desde que haja identidade de causa econômica. Se assim não for, os *licenciements* serão considerados apenas um conjunto de dispensas individuais; é o caso da despedida simultânea por falta grave.²⁷

A redução dos custos salariais não é por si só razão para dispensas por causa econômica. Não é considerado *SÉRIO* o *licenciement* destinado a substituir um assalariado por outro com remuneração superior. Igualmente quando se dá sob alegação de ser elevado o preço da mão-de-obra.²⁸

22. LYON-CAEN, PÉLISSIER e SUPIOT (ob. cit., p. 283) e JAVILLIER (ob. cit., p. 250).

23. JAVILLIER (ob. cit., p. 250)

24. LYON-CAEN, PÉLISSIER, SUPIOT (ob. cit., p. 283)

25. LYON-CAEN, PÉLISSIER e SUPIOT (ob. cit., p. 303)

26. LYON-CAEN, PÉLISSIER e SUPIOT (ob. cit., p. 306)

27. LYON-CAEN, PÉLISSIER e SUPIOT (ob. cit., p. 307)

28. *La réduction des coûts salariaux ne peut, selon des juges, être érigé en principe absolu de "management". Il n'est donc pas sérieux (et la cause ne saurait être économique) de remplacer un salarié par un autre, moins qualifié et partant moins rémunéré* (Soc., 24 avril 1990, B.V., n° 123; D, 1990, R, p. 134; RJ, 1990; p. 339, n° 479), ou encore *d'invoquer tout directement de coût trop élevé de la rémunération d'un salarié* (Soc. 24 avril, 1990: B, V, n° 183; D, 1990, IR, p. 134; RJs, 1990; p. 339, n° 479). *Cependant, il convient de souligner que la cour relève, en de pareilles espèces, que la situation financière de l'entreprise n'impliquait nullement une telle mesure. Ce qui pourrait être une sorte, de mise en garde à l'égard de ceux qui pourraient avoir la fâcheuse tendance de toujours sacrifier en premier rémunération et emploi, sur l'autel de la diminution des coûts. On devine combien une telle analyse peut paraître sacrilège aux ardents de la finance, qui pensent toujours indispensable cette dernière, quelle que soit la situation économique de l'entreprise.* (JAVILLIER, ob. cit., p. 267/8).

Os *licenciements pour motif économique* têm diferentes procedimentos conforme o tipo (individual ou coletivo), o efetivo da empresa e a quantidade de empregados envolvidos.²⁹

A exigência de causas *reais e sérias* para a terminação do contrato e a proceduralização da dispensa nem sempre conseguem frear a sanha capitalista pela redução de custos via “enxugamento” da mão-de-obra.

Com efeito, entre 2000 e 2001 a França foi abalada com “planos sociais de reestruturação” que geraram dispensas coletivas em número significativo, apesar do estado bastante satisfatório das empresas que implementam tais planos. É o que noticia *L’EXPANSION* de 26.04 a 10.05.2001 (nº 644), sob o título *Entreprises: Elles vont bien, elles licencient, pourquoi?*

A DANONE, por exemplo, empresa das mais lucrativas, que estende hoje seus tentáculos pela América do Sul (Brasil e Argentina), EUA, e Canadá, leste Europeu, África e China, não pensou duas vezes para deslanchar seu “plano social” com supressão de 570 empregos.³⁰ A usina MITSUBISHI D’ETRELLES não fez por menos, suprimiu 920 empregos³¹ e a MARKS E SPENCER, conforme já mencionado, resolveu simplesmente fechar suas portas.

Faltam talvez medidas mais concretas de proteção ao contrato de emprego, como a previsão de reintegração (só em casos especialíssimos é tal medida admitida), rigor fiscal, multas e sanções administrativas e penais a quem dispensa, apesar de colecionar nos seus balanços crescimento e alta lucratividade, com pagamento de altos salários a executivos e distribuição de gordos dividendos. O Governo francês reconheceu esse quadro quando em abril, através de sua Ministra do Emprego e da Solidariedade, ELISABETH GUIGOU, apresentou novas proposições para reforçar a posição dos assalariados face aos planos sociais.³²

29. Assim, a entrevista prévia com o obreiro aplica-se à *dispensa individual de cunho econômico (licenciement individual économique)*, seja qual for o efetivo da empresa ou a antigüidade do assalariado, e às dispensas coletivas, na falta de intervenção dos representantes de pessoal (JAVILLIER, ob. cit., p. 248 e LYON-CAEN, PÉLISSIER e SUPIOT, ob. cit., p. 308). Já a obrigação de convocação e consulta dos representantes de pessoal, varia segundo o número de empregados da empresa e segundo o número de pessoas dispensadas (LYON-CAEN, PÉLISSIER e SUPIOT, ob. cit., p. 311/2). Em se tratando de um “licenciamento” coletivo de menos de 10 empregados, o requisito da informação à autoridade administrativa é posterior; se o procedimento concerne a pelo menos 10 empregados no período de 30 dias, várias comunicações serão necessárias no seu curso (LYON-CAEN, PÉLISSIER e SUPIOT, ob. cit., p. 316).

30. *L’expansion*, nº cit., p. 59

31. *L’expansion*, nº cit., p. 60

32. *L’expansion*, nº 644, 26/04 a 10/2001, p. 59. Nessa mesma edição há uma entrevista com o Deputado JEAN LE GARREC (PS), governista, onde o político francês defende a imediata revisão dos valores das indenizações trabalhistas, o aumento do prazo do aviso prévio e a utilização do direito fiscal para reprimir empresas que dispensam seus empregados imotivadamente. Significativa é ainda a proposta de setores da sociedade: boicote aos produtos daqueles que realizam dispensas coletivas injustificadas (*L’expansion, idem*).

ESPANHA

A lei espanhola ao tratar da cessação do contrato de trabalho arrola hipótese, por hipótese, trazendo também a idéia de um direito causal ou motivado.³³ Nele igualmente se procedimentaliza o término do contrato (Lei nº 8/1980, Estatuto dos Trabalhadores: extinção por motivos tecnológicos ou causas econômicas, art. 51.2-14; extinção por causas objetivas, art. 53, *caput*, *a*, *b*, *c* e 2 a 5; despedida disciplinar,

33. Art. 49 do Estatuto dos Trabalhadores (Lei nº 8/1980): *Extinción del contrato*. – *El contrato de trabajo se extinguirá:*

1. *Por mutuo acuerdo de las partes.*

2. *Por las causas consignadas válidamente en el contrato, salvo que las mismas constituyan abuso de derecho manifiesto por parte del empresario.*

3. *Por expiración del tiempo convenido o realización de la obra o servicio objeto del contrato.*

4. *Por dimisión del trabajador, debiendo mediar el preaviso que señalen dos convenios colectivos o la costumbre del lugar.*

5. *Por muerte, gran invalidez o invalidez permanente total e absoluta del trabajador.*

6. *Por jubilación del trabajador.*

7. *Por muerte, jubilación en los casos previstos en el régimen correspondiente de la Seguridad Social o incapacidad del empresario, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 44 o por extinción de la personalidad jurídica del contratante, debiendo, en este último caso, seguirse los trámites del artículo 51 de esta Ley.*

8. *Por fuerza mayor que imposibilite definitivamente la prestación de trabajo.*

9. *Por cesación de la industria, comercio o servicio de forma definitiva, fundada en causas tecnológicas o económicas, siempre que aquella haya sido debidamente autorizada conforme a lo dispuesto en esta Ley.*

10. *Por voluntad del trabajador, fundamentada en un incumplimiento contractual del empresario.*

11. *Por despido del trabajador.*

12. *Por causas objetivas legalmente procedentes.*

Art. 76 da Lei do Contrato de Trabalho (Decreto de 26.01.44), por sua vez, dispõe: “Los contratos de trabajo terminarán por alguna de las causas siguientes:

1ª *Las consignadas válidamente en el contrato, salvo que el ejercicio de la facultad contractual constituya manifiesto abuso de derecho por parte del empresario.*

2ª *Expiración del tiempo consumido o conclusión de la obra o servicio objeto del contrato. Si llegado al término no hubiera denuncia por ninguna de las partes, se considerará prorrogado tácitamente el contrato por tiempo indefinido, salvo pacto en contrario.*

3ª *Mutuo acuerdo de las partes*

4ª *Muerte o incapacidad del empresario o extinción de la personalidad contratante, siempre que no haya representante legal que continúe la industria o el trabajo.*

5ª *Muerte del trabajador.*

6ª *Fuerza mayor que imposibilite el trabajo por una de las causas siguientes: incendio, inundación, terremoto, explosión, plagas del campo, guerra, tumulto o sediciones y, en general, cualquier outro acontecimiento semejante de carácter extraordinario los contratantes no hayar podido prever o que, previstos, no se hayan podido evitar.*

7ª *Cesación de la industria, comercio, profesión, o servicio fundada in crisis laboral o económica, siempre que dicha cesación haya sido debidamente autorizada, conforme a las disposiciones legales en vigor.*

8ª *Dispido justificado del trabajador por el empresario.*

9ª *Por voluntad del trabajador”*.

art. 54.1 a 6). Fala-se ainda na possibilidade de reintegração quando a dispensa é im-procedente.³⁴

PORTUGAL

Talvez seja o sistema jurídico português, dos três analisados aqui, o mais con-tudente em termos de proteção ao trabalhador e ao contrato de emprego.

A começar pela Constituição da República que assegura o “princípio da segu-rança no emprego” (art. 53). O DL n° 372-A/75, ao regulamentar o preceito constitu-cional, proibiu os despedimentos sem justa causa ou por motivos político-ideológicos, originando o que alguns denominam de “propriedade social sobre os postos de traba-lho”.³⁵ Disso resulta uma tipificação prévia das causas de cessação do pacto empregatí-cio (art. 3º, da L. C.CT)³⁶ e uma procedimentalização rigorosa da dispensa, com parti-cipação de representantes dos trabalhadores e, em alguns casos, de órgãos administra-tivos,³⁷ reforçada no plano da eficácia pela natureza dessas regras (absolutamente im-perativas, art. 2º da L.CCT).

A L.CCT de 1989, contudo, reduziu as formalidades do processo para despedi-mento com justa causa nas pequenas empresas, atenuou as restrições ao despedimento coletivo e autorizou o término do contrato por extinção do posto de trabalho (arts. 55, 15, 19 e 26 ss).³⁸ O DL n° 400/91 consagrou ainda a figura do despedimento por ina-daptação.

Conclusão

A análise do direito e da legislação estrangeiras nos permite concluir que já tar-da a hora de se renovar a legislação brasileira no tocante à proteção ao contrato de em-prego contra as dispensas promovidas pelo empregador, através da motivação e proce-dimentalização das despedidas, e outros mecanismos como a reintegração no emprego

34. Art. 56 do Estatuto dos Trabalhadores: “*Despido impropcedente: 1. Cuando el despido sea declarado impropcedente, el empresario, en el plazo de cinco días desde la notificación de la sentencia, podrá optar entre la readmisión del trabajador o el abono de las siguientes percepciones económicas, que omisis.....*”

35. GOMES CANOTILLO e VITAL MOREIRA. *Constituição Portuguesa Anotada*. 286 s. e nota IV, citados por MARIA DO ROSÁRIO PALMA RAMALHO em seu artigo “Insegurança ou Diminuição do Emprego? A rigidez do sistema jurídico português em matéria de cessação de contrato de trabalho e do trabalho atípico”. *Revista LTr*, n° 08, agosto de 2000, p. 1017, 1021.

36. Como na Espanha (vide item anterior)

37. Essa procedimentalização, como visto, também é uma realidade na França e na Espanha.

38. MARIA DO ROSÁRIO PALMA RAMALHO (ob. cit., p. 1020) faz notar que essas mudanças não reti-raram Portugal dos mais destacados países em termos de tutela da situação jurídica dos trabalhadores, so-bretudo em matéria de estabilidade do vínculo de emprego. Essa posição ganhou novo alento com a Lei n° 38/96, de 31 de agosto, que introduziu o direito do trabalhador ao arrependimento em casos de disso-lução do contrato por mútuo acordo ou por iniciativa do trabalhador. Também ressalta a ilustre jurista portuguesa que essas restrições ao direito de despedir parecem contribuir para a baixa taxa de desem-prego em Portugal (ob. cit., p. 1021).

em casos de dispensa irregular, imotivada ou abusiva, multas, majoração do aviso prévio, devassa fiscal e criminalização da conduta patronal.

3 PROTEÇÃO AO EMPREGO. A QUESTÃO DA EMPREGABILIDADE

Hoje, o discurso de muitos não é a proteção ao contrato de emprego, mas a empregabilidade, ou seja, a criação ou manutenção dos postos de trabalho. Precarização; flexibilização; desregulamentação; valorização da pequena empresa, do trabalho autônomo e domiciliar e subcontratação são as idéias mestras dessa retórica.³⁹

Esse discurso denota o deslocamento do valor do trabalho em prol da empresa, tornando-se esta o eixo do “novo direito do trabalho”.⁴⁰

Dando corpo a esses conceitos há todo um movimento doutrinário e legislativo e que já produz seus resultados em normas positivas e súmulas de jurisprudência, conforme registrado logo no início desta exposição.

Antes de qualquer abordagem dogmática acerca dos institutos jurídicos que dão concretude à proposta pós-moderna de revisão do Direito do Trabalho, impõe-se analisar as razões dessa reformulação, procurando desvendar o que está por atrás desse processo. E, assim, desmistificar o seu discurso.

O que se verifica atualmente nesse processo de revisão do Direito do Trabalho nasce do novo modo do capitalismo que se afirma a partir da década de 70 do século passado. A rigidez do sistema até então em vigor (fordista e kenesiano) torna-se um obstáculo ao aumento da lucratividade e ao desenvolvimento do regime econômico dominante que, a partir da década de 90, passa a ser o único – à exceção da China e das combatidas economias de Cuba e da Coréia do Norte.

Surge, então, a imperiosa necessidade de superar e desmontar essa rigidez nos mercados, nas leis, no trabalho e nos contratos.

A essa alteração no estado de coisas, insurgiram-se os sindicatos, partidos de esquerda, intelectuais e juristas comprometidos com o Direito do Trabalho, como era aplicado e estudado até então.

Essa resistência, que perdura ainda em alguns países e núcleos trabalhistas, torna-se cada vez mais difícil, pois ao direito anterior “engessado” se propôs e impôs outros meios e maneiras de se regular o vínculo entre trabalhador e o tomador de serviços. Para tanto, fundamental foi a migração do capital para localidades sem tradição de práticas sindicais e reivindicativas significativas, o desemprego estrutural e as novas téc-

39. Essas são as formas pelas quais o paradigma dominante – sistema capitalista, com seu consumismo e desenvolvimento desigual e excedente e sua democracia formal, de baixa intensidade e participação – se faz presente no mundo do trabalho.

40. Hoje, afora seu objetivo principal – o lucro –, o que caracteriza uma empresa não é mais sua *produção*, não é mais o *trabalho*. O que a caracteriza é a sua *organização*, sua *gestão*, seu gerenciamento. Propõe-se assim um deslocamento qualitativamente essencial. *O tema da organização (da empresa) substitui-se ao tema do trabalho nas práticas discursivas do neoliberalismo* (CRISTOPHE DE JOURS. *A banalização da injustiça social*. Ed. FGV-RJ, p. 41).

nicas de gerência e administração de mão-de-obra (terceirização, trabalho *part-time*, etc.). Quando imprescindível, a repressão policial, administrativa, legal e jurídica também foi utilizada, conforme aconteceu na Inglaterra na “Era THACHER”; nos EUA nos governos de REAGAN, e no Brasil de SARNEY (Lei de Greve, de 1989, nº 7783/89 e jurisprudência anti-greve).

Ganha corpo assim, o sistema mais maleável, flexível, que se apóia na flexibilidade dos processos de trabalho, na fraqueza dos sindicatos e na enorme quantidade de desempregados e subempregados,⁴¹ acarretando o aumento da exploração do trabalho.⁴²

Em verdade, a flexibilização e, por conseqüência, a precarização do trabalho, é da própria essência do sistema capitalista. Não há nada inteiramente novo nessa reformulação de paradigmas e valores, como destaca GIOVANNI ALVES, o capitalismo sempre operou com a fluidez, a elasticidade e a precarização do trabalho.⁴³

É óbvio que na ordem agora em vigor, essa flexibilização ganha novos contornos que, todavia, não se afastam do seu objetivo básico: aumentar a acumulação

41. “O mercado de trabalho passou por uma radical reestruturação. Diante da forte volatilidade do mercado, do aumento da competição e do estreitamento das margens de lucro, os patrões tiraram proveito do enfraquecimento do poder sindical e da grande quantidade de mão-de-obra excedente (desempregados ou subempregados) para impor regimes e contratos de trabalho mais flexíveis. É difícil esboçar um quadro geral claro, visto que o propósito dessa flexibilidade é satisfazer as necessidades com frequência muito especiais de cada empresa. Mesmo para os empregados regulares, sistemas como “nove dias corridos” ou jornada de trabalho que tem em média quarenta horas semanais ao longo do ano, mas obrigam o empregado a trabalhar bem mais em período de pico da demanda, vem se tornando muito mais comuns. Mais importante do que isso é a redução do emprego regular em favor do crescente uso do trabalho em tempo parcial, temporário ou subcontratado” (DAVID HARVEY. *Condição pós-moderna*. Edições Loyola, p. 143).
42. “Enquanto se ‘enxugam os quadros’, os que continuam a trabalhar o fazem cada vez mais intensamente, e a duração real de seu trabalho não pára de aumentar, entre os técnicos, os empregados e todos os ‘executores’, em particular os terceirizados. Por outro lado, uma parte importante do trabalho é deslocada para os países do Sul, o Extremo Oriente (POTTIER, 1997), onde é terrivelmente mal remunerado. O trabalho não diminui, ao contrário, aumenta, mas muda de local geográfico graças à divisão internacional do trabalho e dos riscos. Por fim, uma parte do trabalho, evidentemente não mensurável, é deslocada não mais para o Sul e sim para o interior, pelo recurso à terceirização, ao trabalho precário, aos biscates, ao trabalho não remunerado (estágio em empresas, aprendizado, horas extras à vontade, etc.), ao trabalho ilegal (estabelecimentos clandestinos no setor de vestuário, terceirização em cascata na construção civil ou na manutenção de usinas nucleares, nas firmas de mudanças ou de limpeza, etc.)” (CRISTOPHE DE JOURS, ob. cit., p. 42).
43. *O novo (e precário) mundo do trabalho*. Bomtempo Editorial. Essas considerações são inteiramente pertinentes (p. 22/23): Ora existe um perigo em exagerar a significação da cumulação flexível, de vê-la com algo essencialmente novo. Uma das características histórico-ontológicas da produção capitalista é sempre “flexibilizar” as condições de produção – principalmente as da força de trabalho. Um dos traços ontológicos do capital é a sua notável capacidade em “desmanchar tudo que é sólido”, revolucionar, de modo constante, as condições de produção, pôr – e repor – novos patamares de mobilidade do processo de valorização no seus vários aspectos (MARX, 1990). Desse modo, a categoria da flexibilidade é algo intrínseco à produção capitalista, surgindo, ainda em seus primórdios, quando o capital instaurou o trabalho assalariado e promoveu o desposamento do trabalhador dos meios de produção, a separação entre “caracol e sua concha” (MARX, 1985: 411).

capitalista, através da redução dos custos da mão-de-obra e diminuição ou extinção de ônus sociais, consagrados em normas de proteção e tutela do trabalhador.⁴⁴

O novo capitalismo leva à flexibilização do trabalho e do seu direito, como já fizemos notar. Cada vez se quer menos leis e regulamentos, a não ser que sirvam ao desmonte do arsenal tutelar. Abertura, mudanças rápidas e agilidade no trabalho,⁴⁵ variação e alteração das condições contratuais, maior campo de manobra no tocante à modificação e adaptação das normas e condições tratadas no regulamento interno, derrogação de leis protecionistas e liberdade para despedir. Essa é a tônica da flexibilização.⁴⁶

Na verdade, o desenvolvimento do trabalho assalariado é a própria fenomenologia de sua peculiaridade ontológica: ser “flexível” às necessidades imperativas do capital em processo. É por isso que o complexo de reestruturação produtiva apenas expõe, de certo modo, o em si “flexível” do estatuto ontológico-social do trabalho assalariado, por um lado, a sua precarização (e desqualificação) contínua (e incessante), e, por outro, as novas especializações (e qualificações) de segmentos da classe dos trabalhadores assalariados.

Ao tratar da grande indústria, por exemplo, MARX consegue apreender, ainda em seus rudimentos, é que um dos desenvolvimentos da categoria da flexibilidade é a grande indústria. Em *O Capital* MARX afirma que “a indústria moderna exige, por sua natureza, variação do trabalho, isto é, fluidez das funções, mobilidade do trabalhador em todos os sentidos” (MARX, 1985: 558). E ressalta ainda, em outra passagem, “a elasticidade que a máquina e a força humana revelam, quando são simultaneamente distendidas ao máximo pela diminuição compulsória da jornada de trabalho” (MARX, 1985: 472).

44. É claro que, na era da mundialização do capital, a partir da Terceira Revolução Tecnológica, sob a ofensiva neoliberal, a categoria da flexibilidade se desdobra e adquire múltiplas determinações no interior do complexo de produção de mercadorias, assumindo, desse modo, novas proporções, intensidade e amplitude. Ela não se restringe apenas à “maior versatilidade possível do trabalhador”. A flexibilidade torna-se, no sentido geral, um atributo da própria organização social da produção. Ela surge como uma abstração geral, posta pelo “sujeito” capital em diversos níveis do complexo de produção de mercadorias, assumindo, assim, uma série de particularizações concretas, com múltiplas (e ricas) determinações”. (GIOVANNI ALVES, ob. cit., p. 24).
45. Percebe-se uma mudança radical no modo de ser e no aspecto do trabalho e na sua própria compreensão. (RICHARD SENETT destaca essas circunstâncias no conjunto de sua obra intitulada *A corrosão do caráter*, Record). No âmbito da flexibilidade é reduzido o espaço dos empregos por toda a vida. Não cabe mais também investir em uma vocação e em uma carreira que dure o tempo de uma vida. Existe uma remontagem constante das atividades e das funções a cada inovação tecnológica para atender às reinvidicações do consumo. Aos trabalhadores são pedidas habilidades e iniciativas sempre renovadas. Os projetos, sempre de equipe, têm curta duração, o que impede que haja um aprofundamento das relações. Na “força” dos veículos frágeis se encontra a estratégia fundamental dos empregadores, já que em cada projeto de curta duração as equipes se dissolvem para dar lugar a novos projetos que renovem e mesclm os grupos. Essa é também a constatação de HARVEY: “É nesse contexto que a adaptabilidade e flexibilidade dos trabalhadores se tornam vitais para o desenvolvimento capitalista. Os trabalhadores, em vez de adquirirem uma habilidade para toda a vida, podem esperar ao menos um surto, senão muitos, de desabilitação e reabilitação no curso da vida. A destruição e reconstrução acelerada das habilidades dos trabalhadores foram, como vimos na Parte II, uma das características centrais da passagem do fordismo para os modos flexíveis de acumulação”. (ob. cit., p. 210)
46. “E a flexibilidade da força de trabalho que continua sendo estratégica para a acumulação do capital (o que SAFRN denominou, por exemplo, de flexibilidade social intra-empresarial ou extra-empresa), ou seja, é aquela flexibilidade relativa à legislação e regulamentação social e sindical, na qual um aspecto muito discutido é o que diz respeito à flexibilidade nos contratos de trabalho: a possibilidade de variar o emprego (volume), os salários, horários e o local de realização do trabalho dentro e fora da empresa (por exemplo, mudança de linha numa fábrica, ou mesmo mudança entre fábricas). Ou ainda, aquela

Esse movimento, contudo, nem sempre se realiza inteiramente. Países em que há uma tradição maior de resistência e organização dos trabalhadores e/ou uma sensibilidade social mais acentuada, de uma maneira ou outra terminam por estabelecer certos limites a essa sanha flexibilizadora ou desregulamentadora. É o caso da Alemanha, Espanha, França e Portugal. Este último, inclusive, tem um dos maiores arsenais contra despedidas e manobras de precarização do trabalho. E, desmentindo o discurso em voga que prega a flexibilização, precarização e desregulamentação, como fontes de criação de emprego e de postos de trabalho, ocupa no “*ranking* do desemprego” europeu uma honrosa colocação, bem abaixo da média.⁴⁷

Enquanto isso, a Grã-Bretanha governada por TONY BLAIR, de feições econômicas thacheristas (travestidas de “terceira via”), onde a precarização e a flexibilização do trabalho ganham destaque todo especial, apresenta um dos mais violentos contrastes sociais da Europa.⁴⁸ Com efeito, cinco (5) milhões de britânicos se encontram em estado de pobreza absoluta. Quase a metade das mulheres só encontram trabalho a tempo parcial, um quarto (1/4) das crianças britânicas vive abaixo da linha de pobreza. Aliás, a Grã-Bretanha conta com o maior número de crianças pobres de todos os países industrializados.⁴⁹ Esse quadro gerou um imensa cobrança junto ao governo TONY BLAIR por parte dos seus próprios eleitores. Veremos o que farão os “pós-moderninhos” ingleses nesse novo mandato...

Isso demonstra que o discurso pós-moderno e globalizante e as práticas da flexibilização, precarização, desregulamentação, revisão e atualização do Direito do Trabalho e da estrutura social e sindical, nem sempre encontram apoio nos fatos. E que as relações trabalhistas e os direitos sociais tradicionais podem ainda cumprir um

relativa aos regulamentos internos, à representação sindical interna, ao sistema de remuneração e a recompensas, etc. (Salarno, 1995). Em sua abordagem da flexibilidade, BOYER concentra-se apenas na flexibilidade do trabalho, enumerando-a em cinco dimensões: a flexibilidade inerente à organização da produção, à mobilidade interna dos trabalhadores, aos contratos de trabalho, à relação salarial e à regulamentação trabalhista (BOYER, 1986)”, GIOVANNI ALVES, ob. cit., p. 24/5.

47. Perante o quadro descrito, é forçosa a conclusão de que o sistema juslaboral português mantém bem vivos os valores tradicionais da estabilidade no emprego e a tendência expansiva do direito do trabalho, contrariamente à evolução dominante noutros sistemas num passado recente. “*Por outro lado, em termos formais, Portugal parece comprovar a eficácia de uma regulamentação restritiva em matéria de despedimentos e aglutinante em matéria de qualificação, com uma taxa de emprego muito baixa relativamente à média europeia; e, evidentemente, com o número muito reduzido de contratos a termo que apresenta, embora este último dado resulte directamente da excepcionalidade do regime*”. (MARIA DO ROSÁRIO PALMA RAMALHO, ob. cit., p. 102).
48. LE MONDE DIPLOMATIQUE, nº 5675, abril de 2001, 1ª página.
49. “*Les inégalités entre les plus riches et les plus pauvres ont augmenté. Plus de cinq millions de Britanniques se trouvent dans un état de pauvreté absolue. Près de la moitié des femmes sont salariées à temps partiel. Un quart des enfants vit en dessous du seuil de pauvreté. La Grande Bretagne compte le plus d'enfants pauvres de tous les pays industrialisés*” (*Le Monde Diplomatique*”, nº citado, baseado em dados fornecidos pelo *Le Monde* de 28.09.2000 e pela revista *L'Expansion*, de 05.03.2001. Essa realidade é reafirmada no livro do SENNET especialmente às ps. 62/3. Aliás, recente censo realizado nos EUA confirma a desigualdade social e salarial crescente também no país mais rico e poderoso do mundo (*Jornal do Brasil*, 07.08.2001, p. 27).

relevante papel na promoção da dignidade humana, na proteção e preservação de emprego e postos de trabalho. O que prova que da retórica à realidade, nesses tempos de verdades e mentiras pós-modernas, pode haver uma distância imensa...

Feitas essas considerações críticas sobre a atual fase histórica, é hora de tratar, ainda que em apertadas linhas, as leis e as figuras que consagrariam essa proposta de proteção ao emprego no sentido de criação de novos postos de trabalho ou de garantir os já existentes.

3.1 Contrato provisório ou especial por tempo determinado

I – Considerações Gerais

O Direito do Trabalho brasileiro sempre consagrou o princípio da continuidade da relação de emprego. Esse princípio, entre outros desdobramentos, traz um forte apelo pela restrição dos contratos por tempo determinado.

Neste diapasão, a legislação nacional limitava esse tipo de contrato a hipóteses previamente dispostas em lei onde se exigia o atendimento de requisitos como a transitoriedade do serviço ou da atividade empresarial, regime de experiência (art. 443, da CLT), serviços especializados com o fim de substituir pessoal regular e permanente ou para fazer frente a acréscimo extraordinário de serviço (Lei nº 6.019/74).

A Lei nº 9.601/98 rompeu com esses limites, buscando inaugurar um novo padrão para os contratos a termo, que deixam de ser excepcionais, no contrato transitório, para se tornarem um novo gênero,⁵⁰ no mesmo patamar dos contratos sem prazo, talvez até superando-o, pois permitidos em qualquer hipótese, desde que aumentem o número de empregados e estejam previstos em norma coletiva convencional⁵¹ e não encontrem disciplinamento próprio na lei (p. exemplo: aprendizagem, técnico estrangeiro e trabalho temporário).⁵² Essas ressalvas se constituem, em verdade, nas três condições básicas para implementação do contrato transitório.⁵³ As duas primeiras são as que mais têm merecida atenção especial da doutrina pelas dúvidas que podem gerar. Assim, sobre elas teceremos algumas considerações básicas.

A contratação transitória por negociação coletiva (art. 1º, da Lei nº 9.601/98) reclama a participação obrigatória e inafastável do sindicato (CF, art. 8º, VI).⁵⁴ Essa

50. Neste sentido: MAURÍCIO GODINHO DELGADO (*O novo contrato por tempo determinado*, LTr., p. 64/5 e 65/6) e JORGE LUIS SOUTO MAIOR (*O direito do trabalho como instrumento de justiça social*, p. 326, LTr.). Este último não deixa de lamentar essa nova situação.

51. JORGE LUIZ SOUTO MAIOR (ob. cit., p. 326).

52. JOÃO LIMA TEIXEIRA FILHO (*Instituições de Direito do Trabalho*, obra conjunta deste juslaboralista com DÉLIO MARANHÃO, ARNALDO SUSSEKIND e SEGADAS VIANNA).

53. Para sua implementação. Mas para seu desenvolvimento válido, impõe-se ainda a publicidade (art. 4º, § 3º, da Lei nº 9.601), o depósito no órgão local do Ministério do Trabalho (art. 4º, II da Lei nº 9.601) e a anotação do contrato na CTPS (art. 2º, do Decreto nº 249/98), conforme lembra GODINHO (ob. cit., p. 74).

54. MAURÍCIO GODINHO (ob. cit., p. 64) e LIMA TEIXEIRA (ob. cit., p. 64)

negociação coletiva será precedida de necessária assembléia geral, convocada especialmente para este fim e observadas as demais formalidades (arts. 611 e 612 da CLT). Caso contrário, ter-se-á⁵⁵ defeito de monta a macular o negócio jurídico consagrado pela Lei nº 9.601/98 (arts. 82, 130 e 145, III, do C. Civil).⁵⁶ Essa nulidade acarretará a desconsideração da cláusula que estabelece o termo, ficando o contrato como por tempo indeterminado.⁵⁷

Outro pressuposto para aplicação do contrato especial por tempo determinado é a sua utilização como meio de acréscimo de pessoal empregado. Porém, conforme nota MAURÍCIO GODINHO DELGADO,⁵⁸ a própria Lei nº 9.601/98 termina por atenuar esse objetivo ao estipular mecanismo propiciador da celebração de contratações que apenas substituam parte dos obreiros anteriores por outros submetidos ao novo contrato especial. Com efeito, o art. 3º do novo estatuto estabelece a média semestral anterior como parâmetro de cálculo do limite máximo de contratações a termo, permitindo o artifício de dispensar-se o montante de obreiros que se situem na acumulada média semestral anterior a janeiro de 1998 pela admissão de novos empregados, através da figura contratual ora instituída.⁵⁹ Daí concluir o ilustre jurista e magistrado de Minas Gerais que não se pode deixar de endossar o receio dos críticos de que a aludida lei possa, sendo efetivamente implementada, originar desequilíbrio ao mercado de trabalho, através da troca de empregos mais vantajosos e seguros por outros mais precários.⁶⁰

55. GODINHO (ob. cit., p. 64)

56. GODINHO (ob. cit., p. 64) e LIMA TEIXEIRA (ob. cit., p. 267).

Destaque merece a lição do primeiro dos juristas citados; "A flacidez nos requisitos da lei não pode, contudo, ser ainda mais alargada. Isso significa que a *simples anuência* da entidade sindical obreira em eventual lista de contratos a termo pactuados pela empresa não produz qualquer efeito jurídico, para os fins objetivados pela Lei nº 9.061/98. É necessário que haja acordo coletivo de trabalho em convenção coletiva, nos moldes e formalidades da ordem jurídica (art. 611 e seguintes, CLT); é necessário, pois, que haja, inclusive, convocação da correspondente assembléia geral, para que se subscreva o competente instrumento coletivo autorizador e normatizador dos contratos de trabalho precários" (grifos do autor, p. 74). O mesmo juslaboralista adiante (p. 74, penúltimo parágrafo) reafirma o caráter formal desse pacto, lembrando que a Lei nº 9.601 prevê a publicidade, no âmbito do estabelecimento, dos contratos transitórios (art. 4º, § 3º), o depósito no órgão do Ministério do Trabalho (art. 2º, II). Já o Decreto 2490/98 exige o pacto escrito (art. 7º, *caput*) e a anotação do mesmo na CTPS (art. 2º). De forma até redundante, mais absolutamente justificável frente à particularidade do pacto, descreve que: "o contrato de trabalho previsto pela Lei nº 9.601/98 é, efetivamente, um contrato formal, solene. A forma é de sua substância; assim, seu descumprimento comprometerá a própria validade do contrato para o mundo do direito" (ob. cit., p. 74).

Nesse mesmo sentido é a lição de MÁRCIO TÚLIO VIANNA e LUIZ OTÁVIO LINHARES RENAULT (*O que há de novo em Direito do Trabalho*): "Como se trata de forma *ad solemnitatem*, sem ela o contrato escapará do âmbito da nova lei" (p. 382).

57. "A ausência do diálogo social, com a insubstituível participação do sindicato dos trabalhadores, implica nulidade da cláusula de termo, não do contrato" (LIMA TEIXEIRA, ob. cit., p. 267).

58. Ob. cit., p. 65.

59. É óbvio que uma nova operação neste sentido não mais será possível em razão de não propiciar acréscimo de empregados, sobre a média concernente ao segundo semestre de 1997.

60. Ob. cit., p. 65.

Esses riscos não passaram despercebidos pelos sindicatos que, em sua maioria, rejeitaram esse meio de precarização do emprego.⁶¹

Entre as diversas características do regime do contrato transitório, temos: a) a possibilidade de prorrogação contratual sem o limite do art. 451 da CLT;⁶² b) redução de encargos trabalhistas; c) vantagens tributárias e creditícias.

a) A prorrogação contratual (art. 1º; 2º, da Lei nº 9.601/98) é admitida, ao que parece sem maiores restrições, a não ser a duração máxima do próprio contrato, que não pode ser superior a dois anos. O regulamento da Lei nº 9.601/98, Decreto nº 2.490/98, toma o que nela disposto como autorização para liberar “sucessivas prorrogações” (art. 3º).

Porém, analisada essa possibilidade à luz dos preceitos constitucionais que procuram preservar a dignidade do trabalho e seu valor social, bem como do próprio trabalhador, sem esquecer as figuras do abuso do direito e dos princípios da razoabilidade e da boa-fé, parece-nos que essa permissividade quanto à facultade de prorrogações sucessivas e a perder de vista encontra, como todo direito, limites⁶³ no justo, no bom senso e no razoável.⁶⁴

61. Tal aspecto é muito bem ressaltado por LIMA TEIXEIRA (ob. cit., p. 268)

62. Art. 451, da CLT: “O contrato de trabalho por prazo determinado que, tácita ou expressamente, for prorrogado mais de uma vez, passará a vigorar sem determinação de prazo”.

63. Essa é a lição colhida na excelente obra do festejado juslaboralista, professor e magistrado MAURÍCIO GODINHO DELGADO: “Embora a nova lei não fixe aparentes limites a essa flexibilidade de prorrogações do pacto que regula (excetuado o prazo peremptório de dois anos), está claro que o direito, em geral (a ordem jurídica global, em suma), estabelece, sim, algumas fronteiras máximas ao critério e número de prorrogações. *O mecanismo prorrogatório não pode ser previsto e acionado de modo a agredir a própria dignidade daquele que oferta sua força de trabalho – dignidade protegida pela Constituição, em diversos de seus princípios e normas* (ilustrativamente, art. 1º, III – que fala da dignidade da pessoa humana; art. 1º, IV – que se reporta aos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; art. 3º, I – que menciona a construção de uma sociedade livre, justa e solidária; art. 3º, IV – que se refere à promoção do bem de todos, sem preconceitos... e quaisquer outras formas de discriminação; art. 4º, II – que estipula a prevalência dos direitos humanos; art. 5º, caput – que assegura a inviolabilidade do direito à liberdade, igualdade e segurança, além de outros valores; art. 5º, III – que determina não seja ninguém submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante).

O mecanismo prorrogatório também não pode ser previsto ou acionado de modo a configurar *abuso de direito, isto é, exercício irregular de um direito* (noções acobertadas pela Constituição – art. 5º, XXIII – e pela cultura jurídica geral – art. 160, I, *in fine*, Código Civil). Não pode, desse modo, o mecanismo prorrogatório propiciar, pela intensificação do seu uso, desmensurado e injusto submissão à parte co-obrigada, rompendo, em consequência, os objetivos sociais justificadores de sua própria manutenção na ordem jurídica”. (ob. cit., p. 76, *grifos do autor*).

64. GODINHO DELGADO (ob. cit., p. 76) é claro ao expor sua posição pela ineficácia do pacto quando essas prorrogações denotam abuso de direito e desrespeito à dignidade do ser humano: “Configuraria, por exemplo, afronta à dignidade do ser humano que presta serviços e abuso do direito do empregador contratante desse ser humano, o dispositivo e prática prorrogatórios que ensejam o adiamento intermitente e sucessivo da duração do contrato, a cada curto período contratual ultrapassado (prorrogações mensais sucessivas ao longo dos vários meses contratuais, ilustrativamente). Percebidas tais situações de agressão à dignidade da pessoa natural, com o abuso do direito de seu contratante, esvai-se a tipicidade do contrato previsto pela Lei nº 9.601/98, incidindo a regra geral celetista dos contratos, a prazo indeterminado”.

b) No plano da redução dos ônus trabalhistas, primeiramente deve ser lembrado que a indenização substitutiva pela dissolução contratual antecipada por parte do empregado, pode ser menor do que a prevista no art. 479, CLT (art. 1º, § 1º, I, Lei nº 9.601/98). Porém, se não houver estipulação neste sentido na convenção ou no acordo coletivo, prevalece o critério do art. 479.⁶⁵ De resto, o valor da indenização deverá ser razoável, caso contrário a idéia e o conceito de indenização (reparação do dano causado) restará agredida.⁶⁶

Outra alteração em detrimento do trabalhador é a modificação dos depósitos fundiários mensais para apenas 2% da remuneração do empregado. A redução não repercute contudo no acréscimo de 40% do FGTS quando da dispensa antecipada por ato do empregador. A Lei nº 9.601/98 menciona apenas substituição das indenizações previstas na CLT, deixando intacto o acréscimo sobre os depósitos do FGTS (multa, indenização, prévio, salário diferido?).⁶⁷

c) A Lei nº 9.601/98 agracia o empregador que lança mão do contrato transitório com redução de contribuições parafiscais (SESI, SESC, SENAC, etc.) e preferência na obtenção de recursos no âmbito dos programas executados pelos estabelecimentos federais de crédito, especialmente junto ao BNDS (Lei nº 9.601/98).

II – Notas Críticas

O contrato transitório despertou uma imensa onda de reprovações e observações ácidas da doutrina trabalhista. Poucos foram os que fizeram eco ao governo e ao empresariado na defesa desse instituto.

Juristas de nomeada como JOÃO LIMA TEIXEIRA FIHO,⁶⁸ JORGE LUIZ SOUTO MAIOR,⁶⁹ MÁRCIO TÚLIO VIANNA⁷⁰ e MAURÍCIO GODINHO DELGADO⁷¹ não pouparam a Lei nº 9.601/98.

As críticas passam pela inutilidade do contrato como meio de fomento de empregos, desrespeito a princípios do Direito do Trabalho e incompatibilidade com a Constituição.

Os dados colhidos pela imprensa e pela doutrina brasileira e estrangeira indicam que algumas experiências com a precarização do contrato de emprego, via estímulo

65. MAURÍCIO GODINHO (ob. cit., p. 77).

66. "Pergunta-se: haverá um patamar mínimo? Em princípio, pensamos que o valor da indenização não poderá ser irrisório – já que a lei fala em 'indenização', e esta, ainda que tarifada, deve guardar certa proporção com o dano causado" (MÁRCIO TÚLIO VIANNA e LUIZ OTÁVIO L. RENAULT, ob. cit., p. 383).

67. Neste diapasão é o ensinamento de MAURÍCIO GODINHO DELGADO (ob. cit., p. 80).

68. Ob. cit., p. 268.

69. Ob. cit., p. 327/8.

70. Ob. cit., p. 380/7.

71. Ob. cit., p. 61/3, 65 e 81.

lo à contratação a prazo, não foram das mais bem sucedidas⁷² em seu pretensão objetivo de criar novos postos de trabalho.⁷³

Ponderados juristas destacam ainda que o vínculo de emprego sem determinação de prazo se encontra no escopo do Direito do Trabalho de promover a dignidade do trabalho e do trabalhador, através de sua inserção na empresa e nos seus destinos, tudo conforme o princípio da continuidade da relação empregatícia.

Além disso, a contratação a termo em atividade fim da empresa e a possibilidade de daí resultante de empregados exercerem as mesmas tarefas, no mesmo local e para o mesmo patrão, regidos por contratos diversos, em sistema diferenciado onde uns têm todos os direitos trabalhistas e outros os têm de forma reduzida, como se párias fossem, ao que tudo indica, agride frontalmente o mandamento constitucional da isonomia e da não-discriminação.⁷⁴

De resto, a precarização da relação de trabalho, seja qual for o meio pela qual se concretiza – em razão das diferenças que gera entre os integrados na empresa, por con-

72. “De um lado, as estatísticas têm provado que a precarização do contrato de trabalho não faz crescer as taxas de emprego”. “Na verdade, a precarização da mão-de-obra é uma nova exigência do capital, que hoje se desloca ao menor aceno de mão-de-obra mais barata. Por isso, o mais provável é que as empresas utilizem os novos contratos não tanto para gerar empregos, mas principalmente para gerir a sua própria crise, tal como vêm tentando com a terceirização” (MÁRCIO TÚLIO VIANNA, ob. cit., p. 380).

73. Neste sentido: JOAQUIM GARCIA MURCIA, “A reforma de 1997 da legislação trabalhista espanhola”, Revista LTr. 62-03/301, Folha de São Paulo, ed. de 21.6.1998, p. 2-4, ARNALDO SUSSEKIND, Suplemento LTr. n° 161/97, p. 885-886, LIMA TEIXEIRA FILHO (ob. cit., p. 268, EVERALDO GASPAS (Suplemento Trabalhista LTr. n° 131/97, p. 745-755), JORGE LUIZ SOUTO MAIOR (ob. cit., p. 328) e MÁRCIO TÚLIO VIANNA (ob. cit., p. 381).

74. Cumpre repisar que o relacionamento jurídico de emprego sem determinação de tempo é a regra, a contratação a prazo, sua exceção, sempre expressa. Permitindo a Lei n° 9.601/98 o contrato a termo tanto em atividade-meio como em atividade-fim da empresa, riscos existem de quebra da regra isonômica. Pode se configurar discriminação no modo de contratação de empregados para realizarem um mesmo trabalho, alguns sem determinação de tempo e outros a termo fixo, sem razão específica que a justifique, como há no trabalho temporário (Lei n° 6.019/74). (JOÃO LIMA TEIXEIRA FILHO, ob. cit., p. 267).

“Contudo a incompatibilidade está em que a Carta de 1988 não aceita discriminação entre indivíduos situados na mesma posição sociojurídica (art. 5º, *caput*: “Todos são iguais perante a lei...” , além do inciso I do mesmo artigo: “homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição”). Não aceita a nova Carta Magna, especificamente, discriminação no ambiente laborativo (art. 7º, XXXII: “proibição de distinção entre trabalho manual, técnico e intelectual ou entre os profissionais respectivos”).

Nesta linha reflexiva não poderia a lei fixar rol distinto de direitos trabalhistas (ou dimensão distinta de um mesmo direito) para empregados vinculados ao mesmo empregador, submetidos ambos a contrato trabalhista a prazo determinado. O regime jurídico é o mesmo: empregatício, a modalidade contratual a mesma: a prazo determinado. A distinção essencial está em que o contrato de trabalho precário pode ser pactuado em hipóteses mais amplas que as fixadas na CLT – contudo, os direitos trabalhistas que decorrem dos dois pactos laborativos teriam de ser os mesmos. (MAURÍCIO GODINHO DELGADO, ob. cit., p. 63).

“Numa mesma empresa poderá haver empregados exercendo idêntica função, regidos por espécies de contratos diversos. E onde fica a regra constitucional da isonomia? Parece que o legislador parte da falsa premissa de que ela só se aplica em termos de salários...” (MÁRCIO TÚLIO VIANNA, ob. cit., p. 381).

trato indeterminado sem restrições de direitos, e os precários ou temporários, os párias da relação de emprego – termina criando distinções e afastamento entre trabalhadores, divergências e conflitos de interesse, além de dificuldades na organização sindical e na prática reivindicatória coletiva⁷⁵ (greves, protestos, piquetes).

3.2 Regime de trabalho de tempo parcial

Engrossando o caldo dos mecanismos destinados a implementar novas condições e formas de trabalho, tidas como fontes de empregos, veio à tona o trabalho a tempo parcial com as restrições trabalhistas que a lei prevê (redução dos dias de férias e supressão do seu abono).⁷⁶ Para que esse sistema se concretize, porém, a jornada reduzida não deverá ultrapassar a vinte e cinco horas de trabalho por semana⁷⁷ (art. 58-A, da CLT), com redação da MP 2076-38).

De modo que, se empregado e empregador pactuarem uma jornada de 30 horas de trabalho incidirá o regime normal da CLT, com pagamento proporcional do salário mas sem qualquer limitação ao gozo e percepção do direito a férias anuais e, tampouco, a proibição de prestação de horas extras (art. 59, § 4º, art. 130-A, e § 3º, do art. 143), com redação emprestada pela MP 2076-38, de 21.06.2001).⁷⁸

O sistema do trabalho a tempo parcial pressupõe pactuação de jornada não superior – 25 (vinte e cinco) horas semanais para todos aqueles que poderiam laborar até 44 horas semanais. Trabalhadores sujeitos já a jornadas especiais (bancários, professores, médicos, advogados, engenheiros e jornalistas, p. exemplo) não estão inseridos no campo de incidência do art. 58-A, da CLT, que trata da duração de trabalho normal, não dos casos excepcionados na própria CLT e em legislação especial.⁷⁹

75. “E mais: ao incentivar o *turn over*, os novos contratos fragmentam a ação coletiva, abrindo um fosso entre os empregados efetivos e os precários”. (MÁRCIO TÚLIO VIANNA, ob. cit., p. 381).

“Além disso, importa observar que a prática dos contratos a prazo pulveriza ainda mais a massa trabalhadora, intensificando entre os trabalhadores uma cisão dos interesses entre efetivos e temporários. Os contratados por prazo certo, nos moldes em questão, seriam representados pelo sindicato dos trabalhadores efetivos? Como isso poderia, concretamente, ocorrer, se seus interesses são distintos? Como imaginar uma vinculação ao sindicato, que foi responsável pela precarização das suas contratações e que, por isso mesmo, não terá nenhuma força para reivindicar direitos em nome daqueles trabalhadores?” (JORGE LUIZ SOUTO MAIOR, ob. cit., p. 328).

76. Adverte SOUTO MAIOR (ob. cit., p. 330) que inexistente qualquer demonstração empírica ou não da eficácia desse novo sistema de trabalho: “Não há nenhuma prova concreta, ou segurança jurídica, de que o instrumento será utilizado para o fomento de novos empregos. Na verdade, a amplitude em que se pôs a questão fez prever que haverá uma redução dos empregos efetivos, preconizando ainda mais as relações de trabalho e beneficiando as empresas, principalmente se o ritmo do trabalho não tiver uma forma de controle”.

77. Esse regime pode dividir a jornada de maneira bastante flexível (5 horas por dia, de segunda a sexta; 6 horas de segunda a quinta, etc.)

78. Neste sentido: MAURÍCIO GODINHO DELGADO in *Alterações Contratuais Trabalhistas*, LTr., p. 88/9, 2000).

79. MAURÍCIO GODINHO DELGADO (“Alterações...” p. 8).

Autoriza a lei a alteração da jornada normal para o regime de tempo parcial em relação aos empregados admitidos para laborar no sistema tradicional de 44 horas semanais, desde que haja convenção coletiva ou acordo coletivo prevendo essa possibilidade e manifestação do obreiro perante a empresa (§ 2º, do 58-A, com a redação emprestada pela MP 2076-38). Tal alteração, portanto, reclama a presença conjunta dos requisitos da previsão em negociação coletiva e da opção expressa por parte do empregado, sob pena de nulidade da alteração contratual (art. 145, III e IV, do C. Civil), que trará a substituição de todas as restrições legais pelos direitos assegurados pela lei ao regime normal de duração do trabalho. O legislador exige esses requisitos para evitar abusos dos empregadores e afronta ao comando do art. 7º, VI e XIII, da CF, segundo o qual só se admite redução de salário e modificação de jornada mediante negociação coletiva.

3.3 Suspensão do contrato para qualificação profissional

A suspensão temporária para qualificação profissional, conhecida também como interrupção para especialização do empregado ou por “dispensa temporária” (*sic!*), destina-se ao aperfeiçoamento, formação ou requalificação do empregado.

Essa figura foi consagrada em Medida Provisória, que vem sendo reeditada desde 1998, no curso das reformas flexibilizadoras exigidas pela nova ordem econômica. Com efeito, as novas tecnologia e a competitividade crescente no sistema capitalista têm exigido uma constante readaptação do trabalhador. Destarte, concedeu-se ao empregador a possibilidade de suspender o contrato de emprego sem maiores ônus econômicos para si, pois a paga do obreiro afastado para cursos e estudos fica, em princípio, por conta dos cofres públicos (art. 2º-A, da Lei nº 7.998/90).⁸⁰

As Medidas Provisórias tiveram, porém, o cuidado de cercar a suspensão do contrato com várias exigências sem as quais o negócio jurídico será absolutamente nulo (art. 145, IV, do C. Civil). A primeira reside na previsão em convenção coletiva e acordo coletivo da suspensão (art. 476-A, da CLT); a segunda, a aquiescência formal do empregado (art. 476-A, da CLT); por fim, a notificação ao respectivo sindicato da suspensão, com antecedência mínima de 15 dias.⁸¹

80. Tal circunstância não passou despercebida dos estudiosos mais atentos que chegam inclusive a duvidar da constitucionalidade de nova medida de flexibilização: “Quanto à dispensa temporária, seu problema jurídico é a transferência dos riscos da atividade empresarial para a sociedade, pois a remuneração do empregado com o contrato suspenso é extraída dos recursos do FAT (*omissis*). (SOUTO MAIOR, *ob. cit.*, p. 331).

“A Medida Provisória, assim, apenas cria um benefício injustificado para as empresas, fazendo com que estas deixem de atender a sua necessária função social (art. 193, da CF), sendo, por isso, igualmente, inconstitucional (SOUTO MAIOR, *ob. cit.*, p. 331).

Não é só nesse ponto que merece uma reflexão crítica a norma governamental, pois também há uma extrapolção dos limites de flexibilização admitidos na Constituição Federal (art. 7º, VI, XIII e XIV, da CF).

81. MAURÍCIO GODINHO DELGADO (*ob. cit.*, p. 152) deixa bastante clara a invalidade do negócio, com o conseqüente direito do trabalhador a todos os direitos trabalhistas, a par das penalidades legais e

A prorrogação da suspensão também está sujeita a formalidade inafastável, além das já citadas relativas à aquiescência do empregado e autorização contida no instrumento coletivo, qual seja: pagamento pelo empregador da bolsa de qualificação profissional a partir da prorrogação (§ 7º, do art. 476-A, da CLT).

O pacto sofrerá ainda de invalidade se, além de descumprir as formalidades acima citadas: for suspenso mais de uma vez no período de dezesseis meses; se durante o período de sobrestamento da relação contratual o empregador deixar de ministrar curso ou programa de qualificação profissional (art. 476-A, § 6º, da CLT), ou obrigar o trabalhador a trabalhar. Nesses casos a nulidade pode admitir fraude (art. 5º, da CLT) ou ilicitude pura e simples do objeto (art. 145, III, do C. Civil), sujeitando o empregador às cominações legais e convencionais estabelecidas nos pactos coletivos.⁸²

No período de afastamento do trabalhador, só lhe será devida uma “bolsa de qualificação profissional”, paga pelos cofres públicos (art. 2º-A, da Lei nº 7.998/90). O Estado só se exonera desse ônus se houver prorrogação da suspensão (§ 7º, do art. 476-A, da CLT). Seja quando paga pelo empregado, seja quando paga pelo empregador, essa verba não tem cunho salarial.

Também não terá natureza salarial possível complementação da “bolsa” ou qualquer outro pagamento que o empregador entender em pagar ao obreiro no curso da suspensão (art. 476-A, § 3º, da CLT).

Em caso de ruptura do contrato por parte do empregador, possível apesar de lei mencionar suspensão contratual, o empregado receberá, além das parcelas resilitórias normais, multa que não poderá ser inferior a 100% (cem por cento) da última remuneração anterior à suspensão do contrato (§ 5º, do art. 476-A da CLT).

3.4 Terceirização

A) Características

Na moderna economia, o setor terciário (serviços) ganhou importância notável, superando as atividades de produção básica, agrícola (primária) e industrial (secundária).⁸³ Tal deslocamento fez germinar o fenômeno da terceirização de serviços, notadamente daqueles que se afastam de sua especialidade. Nesse contexto, as empresas diminuem seus custos e alcançam maior eficiência, operatividade e competitividade.

sanções previstas nos instrumentos coletivos: “O descumprimento dos requisitos legais para a presente hipótese suspensiva invalida sua ocorrência. Em virtude da irregularidade, restaura-se, plenamente, a vigência do contrato de emprego, considerando-se simples interrupção laborativa o período de afastamento do trabalhador. É que a figura corresponde a um tipo legal completo, que não se consuma caso não atendidos todos os seus requisitos de constituição (negociação coletiva autorizativa e regulamentadora; aquiescência formal do empregado; participação efetiva deste em curso ou programa de qualificação profissional)”.

82. MAURÍCIO GODINHO, ob. cit., p. 152.

83. Para uma análise prévia do fenômeno, basta lembrar a queda do emprego industrial de 20 a 30% do início da década até agora (*Jornal do Brasil*, 06.10.1996, p. 10, “Negócios e Finanças”)

A terceirização, por evidenciar restrição ao princípio constitucional que persegue o pleno emprego (art. 170 da CF), não empolga aplicação ampla. Disso resulta que a descentralização de serviços somente é possível no labor temporário e na atividade meio (trabalho de vigilância, conservação e limpeza).⁸⁴

A contratação de trabalhador por empresa interposta é perfeitamente legal nos casos de trabalhador temporário, desde que tenha como causa a substituição transitória de pessoal permanente e especializado ou o acréscimo transitório e extraordinário dos serviços qualificados (art. 2º da Lei nº 6.019/74). E desde que não ultrapasse a três meses (art. 10 da Lei nº 6.019). A Lei ainda condiciona a validade do pacto à forma escrita e ao registro no Ministério do Trabalho, da empresa prestadora de serviços (art. 5º, Lei nº 6.019/74).

Extrapolando os contratantes esses contornos positivos, mediante fraude ou não, formar-se-á o contrato diretamente com o tomador dos serviços.⁸⁵

A restrição da terceirização à atividade meio⁸⁶ da empresa explica-se pela história mesma do fenômeno, ontologicamente vinculado à contratação de outrem para efetivação de mister que não constitui a essência de seu ramo.⁸⁷

Assim, funções de vigilância, conservação e limpeza, assim como as de transporte, lazer, fornecimento e preparação de alimentos, manutenção de máquinas, elevadores e equipamentos de informática – quando estranhas à finalidade normal da empresa.⁸⁸

A terceirização, gerada nos centros capitalistas mais avançados, logo se fez notar no Brasil, tendo sido alvo de seguidos diplomas legislativos⁸⁹ abertamente destinados a criar ou ampliar sua incidência.

Em contrapartida, a doutrina e os tribunais⁹⁰ reagiram à sua aplicação desordenada e ampla, procurando evitar os seus efeitos mais daninhos ao trabalhador: salários inferiores aos pagos pela tomadora de serviços,⁹¹ precariedade de emprego, limitação

84. Súmula 331 do TST.

85. Não se tratando, é lógico, da Administração (Súmula 331, II, do TST).

86. Atividade meio consiste na atividade distanciada dos objetivos principais do tomador. É, portanto, serviços de apoio ou complementares.

87. O trabalho temporário constitui uma exceção, vez que abrange tanto os setores essenciais como os secundários do empregador.

88. O Tribunal de Contas da União vem rejeitando reiteradamente a prestação de serviços terceirizados quanto às tarefas que se destinam à atividade fim.

89. Decreto-lei nº 1.212 e 1.216/66, Decreto-lei nº 200/67, Decreto nº 62.756/68, Decreto-lei nº 1.034/69, Lei nº 6.019/74, Lei nº 7.102/83, Decreto nº 89.056/83)

90. Demonstração dessas reservas temos nas Súmulas 239 e 256 do c. TST. A Súmula 331 é bem mais flexível, conquanto trace algumas balizas que não podem ser desprezadas.

91. Justiça seja feita aqui ao legislador nacional que, na Lei nº 6.019/74, art. 12, *a*, visando coibir esse efeito da terceirização, determinou a observância da isonomia salarial entre o trabalhador temporário e o empregado da tomadora de serviço. Esse preceito, por analogia, pode perfeitamente ser aplicado a outras circunstâncias fáticas e jurídicas que denotam a terceirização de serviços, respeitando-se, deste modo, a primazia do trabalho e o princípio do tratamento paritário. A propósito, leia-se a seguinte

de vantagens e garantias trabalhistas, sindicatos enfraquecidos⁹² e empresas sem condições de arcar com os débitos trabalhistas da mão-de-obra terceirizada.

Por conseguinte, através de empresa interposta será inadmissível a contratação por curso ou colégio de professores, bem como de vendedores em caso de empresa comercial, ou de secretárias, telefonistas, recepcionistas e escriturários em atividades empresariais que necessitam desses profissionais para o seu dia a dia. Igualmente vedado será a terceirização de caixas na seara bancária e de corretores e agentes de seguro no ramo securitário.⁹³

Não basta, entretanto, constituir em atividade meio o serviço terceirizado. Necessário é que inexista a pessoalidade e a subordinação direta,⁹⁴ requisitos caracterizadores da relação de emprego⁹⁵ independente da forma utilizada para a execução dos serviços.

De sorte que se a prestação de serviço ocorre sempre com pessoas certas e determinadas; comandadas, dirigidas e fiscalizadas pelo tomador de serviços, o vínculo de emprego é indiscutível, seja na atividade fim seja na atividade meio.⁹⁶

Os elementos subordinação e pessoalidade são apuráveis mediante indícios e circunstâncias tais como: fornecimento de material, equipamentos e ferramentas pelo cliente; pessoa física ou microempresa prestadora de serviços, perpetuação das empresas fornecedoras ou repetição usual dos mesmos trabalhadores; ex-empregados terceirizados ou à frente de empresa de terceirização; prestadora de serviços e tomadora pertencentes ao mesmo grupo econômico; exclusividade dos serviços da terceirizada; estipulação detalhada das tarefas e do número de empregados da contratada.⁹⁷

ementa: "Terceirização, princípio da Isonomia, aplicação analógica do art. 12, *a*, da Lei nº 6.019/74. A analogia legis implica no reconhecimento de que a questão *sub judice*, apesar de não se enquadrar no dispositivo legal, deve cair sob sua égide por semelhança de razão (*ubi aedem legis ratio, ibi eadem dispositio*). Se os trabalhadores temporários, por força do art. 12, *a*, da Lei nº 6.019/74, fazem jus à remuneração equivalente à paga aos empregados da mesma categoria profissional da tomadora de seus serviços, com muito maior razão os trabalhadores contratados de forma permanente por empresa interposta para prestação de serviços essenciais à empresa cliente terão direito a todas as vantagens asseguradas à categoria dos empregados da mesma. A terceirização de mão-de-obra, mesmo quando lícita, não pode servir de instrumento de redução de custos de mão-de-obra, se isto implicar em violação do princípio constitucional da isonomia." (Terceira Turma, RO 7565/94, Relator Juiz José Roberto Freire Pimenta, in DJ/MG, de 25.07.95)

92. Os sindicatos, em geral, não nutrem grande simpatia pela terceirização porque sabedores que dela decorre o esvaziamento do sindicalismo, perda de filiados e receitas, além de acarretar sérias dificuldades na organização e reunião dos obreiros.
93. Situações comuns de fraude à lei no campo da intermediação de serviços e de mão-de-obra.
94. Súmula 331, III, do c. TST.
95. Recorde-se que, no autêntico contrato de prestação de serviços, o importante é o resultado obtido com os serviços contratados. Pouco interessa como, quando e quem os executa. Daí porque não há que se falar em pessoalidade e subordinação jurídica.
96. Se a empresa determina como o serviço deve ser feito ao terceirizado pode haver um indício de subordinação, já que o prestador vai receber ordens no sentido de como e o que deverá fazer. (SÉRGIO PINTO MARTINS. *A Terceirização e o Direito do Trabalho*. Malheiros Editores, p. 106).
97. "Ao contratar o serviço, o tomador só pode exigir que o serviço seja feito, nenhuma interferência podendo ter quanto à execução, se não naquilo em que tenha interesse direto", DAMIR VRCIBRADIO, in *Controvérsias em Direito e Processo do Trabalho*, Ed. Renovar, p. 122.

Há mais uma exigência para que a terceirização tenha validade no mundo jurídico: *especialização dos serviços*. Parte-se da premissa de que a empresa possui capacitação e organização para a realização do serviço contratado, de modo que ater-se-á exclusivamente à sua finalidade. Desta maneira não será lícito o contrato com uma empresa para prestação de serviços de natureza diversa de seu objetivo social, dos quais ela não tem nenhuma especialização. faltaria aí a razão maior e primeira que legitima a subcontratação, qual seja, o incremento da qualidade. A prestação não pode consistir em mera intermediação de mão-de-obra. Serviço especializado exige, naturalmente, empresa especializada.⁹⁸

Destarte a terceirização para ser válida, em atividade meio, reclama o atendimento dos seguintes pressupostos: a) *ausência de subordinação direta e pessoalidade dos obreiros no tocante ao tomador de serviços*; b) *serviços especializados*.⁹⁹

O desrespeito aos parâmetros mencionados acima tipifica a fraude à lei, e clama pelas sanções do art. 9º, da CLT e do art. 203 do CP, acarretando ainda a transferência automática do contrato para a empresa tomadora ou cliente (S. 331, I), com a responsabilidade solidária da prestadora de serviços (art. 1.518 do C. Civil).

Cabe registrar que a responsabilidade subsidiária do tomador de serviços só terá lugar na simples inadimplência (S. 331, IV). O beneficiário funciona dessa forma como um garante da obrigação. Porém, se a subcontratação desrespeita a lei e os parâmetros da Súmula 331, I e III, forma-se o vínculo com o tomador e o prestador responderá solidariamente (arts. 159 e 1.518, do C. Civil, c/c o art. 8º, da CLT).¹⁰⁰

B) Na administração pública

A terceirização sempre encontrou morada no Estado. Já em 1967 o legislador autorizava contratação de serviços na iniciativa privada (Decreto-lei nº 200/67, art. 10, § 7º). Em 1970, relacionou as atividades de transportes, conservação, custódia e operação de elevadores e limpeza como passíveis de execução indireta (art. 3º, parágrafo único, da Lei nº 5.645). E em 1986, permitiu fosse feita a contratação de terceiros para execução de obras e serviços públicos. (Decreto-lei nº 2.300/86, arts. 5º, 9º e 22).

A *res* pública no Brasil nunca foi encarada com a seriedade necessária. O empreguismo, a dilapidação de bens e cofres públicos, o nepotismo, o trabalho sem causa, os desmandos e o corporativismo sempre deram a tônica na área estatal. Não é de se estranhar que, como uma praga, proliferassem ações visando o reconhecimento da rela-

98. A Súmula 331, II, aparentemente concede a alternativa entre serviços de conservação e limpeza e serviços especializados. Ledo engano, a empresa deve ser sempre especializada na execução do serviço contratado. A improvisação e a indeterminação nesse aspecto, como nas cooperativas de trabalho, apontam para a fraude, para a burla da lei.

99. Sendo especialistas no que irão fazer os prestadores de serviço da empresa terceirizada não estarão sujeitos à prova (SÉRGIO PINTO MARTINS, ob. cit. p. 104/105).

100. Ressalva deve ser feita quanto à Administração Pública, onde a relação de emprego permanece com a empresa prestadora de serviços (S. 331, II), mas os ônus são suportados pela Administração direta e indireta, de forma subsidiária (S. 331, IV) ou solidária (art. 1.518 do C. Civil), conforme será demonstrado no item seguinte.

ção de emprego entre a Administração e o obreiro da prestadora de serviços e de mão-de-obra.

Fácil era localizar, no rol desses demandantes, os apaniguados, parentes e credores de favores políticos, que descobriram uma fácil via de ingresso no serviço público sem as incertezas de um concurso...

A Constituição atual, abraçando a moralidade e a transparência administrativa, afastou terminantemente a admissão de servidores sem concurso público (art. 37, *caput*, II), de forma que impossível é ao contratado por interposta pessoa obter o reconhecimento de vínculo empregatício com a Administração, direta ou indireta.¹⁰¹

Isso não quer dizer que fique isento o Estado e o administrador de qualquer responsabilidade. Veremos a seguir que o Estado e o administrador serão passíveis de responsabilização pela contratação irregular. No entanto, como um erro não corrige outro, o acesso indireto ao emprego e ao serviço público está definitivamente obstado, ressalvados os casos tratados como exceção na própria Constituição.

A terceirização, como visto até agora, na esfera privada como na pública, pode ser legítima ou ilegítima, gerando a responsabilidade *solidária*¹⁰² ou *subsidiária*¹⁰³ dos integrantes do negócio.

A contratação lícita¹⁰⁴ de terceiros acarreta apenas a responsabilidade subsidiária, que funcionará como uma garantia à satisfação dos créditos do trabalhador. Essa garantia não exclui os órgãos da administração pública de acordo com o que dispõe a Súmula 331, IV.¹⁰⁵

Todavia, apoiados na Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, diversas entidades públicas têm defendido o ponto de vista pela inaplicabilidade a si da responsabilidade subsidiária. É que, em seu art. 6º, II, aquele estatuto estende a contratação lícita de serviços terceirizados a uma gama imensa de atividades (demolição, conserto, instalação, montagem, operação, conservação, reparação, manutenção, transporte, locação de serviços, publicidade, seguro, e trabalhos técnicos-profissionais), ressaltando que o con-

101. (Súmula 331, II, do c. TST).

102. Há solidariedade, quando na mesma obrigação, concorre mais de um credor, ou mais de um devedor, cada um com direito ou obrigado à dívida toda – art. 896, parágrafo único, do C. Civil – essa solidariedade é contratual ou extra-contratual; esta última decorre do ato ilícito, art. 151, do C. Civil).

103. A responsabilidade subsidiária é aquela de natureza secundária, complementar, usada para reforçar a garantia principal se esta for insuficiente para o cumprimento da obrigação.

104. A simples inidoneidade econômica da empresa fornecedora de serviços e de mão-de-obra, para alguns, já evidencia a terceirização ilícita por culpa *in eligendo* e *in vigilando*, fundamento da responsabilidade solidária da tomadora (art. 1.518 do C. Civil). WASHINGTON LUIZ DA TRINDADE, “O Caminho da Terceirização”, *Jornal Trabalhista*, nº 416, agosto de 1992, p. 869 e 871, e DAMIR VRCIBRADIC, ob. cit, p. 127/8, sustentam esse arrojado ponto de vista.

105. Nesse diapasão: SÉRGIO PINTO MARTINS, ob. cit, p. 100/1; ROSANA DEVITO CAVALEIRO DE MACÊDO, “Reclamação contra empregador e responsável subsidiário e intervenção *iussu iudicis* no processo trabalhista de conhecimento”, *Revista Anamatra*, nº 27, 06.07.1996, p. 39 e MARTHA HALFELD F. DE MENDONÇA SCHMIDT *in* “A responsabilidade subsidiária do ente público, em hipóteses de terceirização”, *Jornal Trabalhista* nº 622, 26.08.1996, p. 938.

tratado é o único responsável pelos salários e encargos trabalhistas dos seus empregados. Daí porque, intransferível seria à Administração Pública qualquer responsabilidade (art. 71, § 1º).¹⁰⁶ É evidente que essa posição parte da premissa de que se trate de serviços apontados na lei.

A verdade é que esse diploma não representa barreira intransponível, se confrontado for com as regras e princípios da Constituição em vigor. Com efeito, a Constituição assegura o primado do trabalho (art. 1º, IV, 170 e 190), protegendo e afirmando os direitos daquele que o presta (arts. 7º e 8º). Logo, norma ordinária¹⁰⁷ de modo algum estará autorizada a afrontar essa orientação constitucional.¹⁰⁸

Note-se que tal não passou despercebido pelo c. TST quando aprovou a Súmula 331, pois já em vigor estava a referida Lei.¹⁰⁹

A terceirização ilegítima dá origem à responsabilidade solidária. Esta é um efeito dos atos ilícitos em que há mais de um autor (art. 1.518, *caput* e parágrafo único). Portanto, a terceirização que viola a lei, diretamente ou por fraude, traz, além da formação do vínculo com o tomador de serviços, a responsabilidade solidária dos envolvidos no negócio.¹¹⁰ Ressalte-se que a S. 331, IV, trata apenas da hipótese de tercei-

106. Estão excluídos, de toda sorte, do campo de aplicação dessa lei os contratos celebrados antes de sua vigência (art. 121).

107. E ponha ordinária nisso...

108. Neste sentido: RICARDO MENEZES, ob. cit., p. 903 e MARTHA HALFELD DE MENDONÇA SCHMIDT, ob. cit., p. 938. Esta última transcreve ementa da 3ª Região, merecedora de ampla divulgação:

"Lei nº 8.666/93. Arts. 71 e 121. Efeitos. Aduz o dispositivo 71 da Lei nº 8.666/93 que o contratado é responsável pelos encargos trabalhistas, previdenciários, fiscais e comerciais resultantes da execução do contrato" e o seu parágrafo primeiro exclui a responsabilidade do Poder Público pela quitação destes encargos. Todavia, é inolvidável que o trabalho foi considerado pela Constituição da República um valor social, um dos fundamentos do Estado democrático de Direito (art. 1º, IV), tanto que a ordem econômica deve estar fundada na valorização do trabalho (art. 170) e a ordem social tem como base o primado do trabalho (art. 193). Diante destes princípios fundamentais, não resta espaço para aplicação do art. 71 da Lei nº 8.666/93, porque este privilegia o capital em detrimento do trabalho; coloca a Administração Pública em prioridade sobre o Direito Social do Trabalho e, por fim, torna as entidades irresponsáveis por seus atos. Não se busca aqui o vínculo de emprego diretamente com a tomadora do serviço, em face da vedação constitucional (art. 37, II, CF/88), porém, a responsabilidade subsidiária é salutar para resguardar os direitos dos obreiros. Se o particular responde pelos danos causados por culpa *in eligendo* e *in vigilando*, o Estado, cuja finalidade precípua é a realização do bem comum, também deve responder, porquanto não se pode alcançar o bem da coletividade à custa do sacrifício de alguns, ou seja, os laboristas que não percebem ser direitos oriundos do serviço prestado. Por conseguinte, com espeque no inciso IV do Enunciado 331 do TST, arcará a autarquia federal, subsidiariamente, pelas verbas trabalhistas deferidas pelo juízo *a quo*. (TRT – 3ª Região, Ac. no proc. RO/0328/95, Rel. Juiz Sebastião Geraldo de Oliveira)

109. Resolução Administrativa nº 23/93, publicada no DJ de 21 e 22.12.1993, e de 04.01.1994).E, para finalizar qualquer discussão, a Res. 96, de 11.09.2000, DJ 19.09.2000, deu nova redação ao inciso IV, da S. 331, para deixar claro que a responsabilidade compreende também os órgãos da Administração, direta e indireta, af incluídos, portanto, as autarquias, fundações públicas, sociedades de capital misto e empresas públicas.

110. WASHINGTON LUIZ DA TRINDADE, ob. cit., p. 869/871, e DAMIR VRCIBRADIC opinam neste sentido: o primeiro, acertadamente, fala até em desconsideração da pessoa jurídica se imprescindível para o atendimento do crédito do obreiro.

rização lícita. Em havendo fraude ou afronta direta à lei, impõe-se a solidariedade. Recorde-se que a legislação previdenciária é peremptória acerca dessa responsabilidade (art. 31, da Lei nº 8.212/91 e 46 do Decreto nº 612). No caso do Direito do Trabalho, o instrumental dessa solidariedade reside no art. 1.518 do C. Civil, aplicável por força do art. 8º da CLT.

CONCLUSÃO

Flexibilização, terceirização ou subcontratação e desregulamentação são palavras-chave da retórica pós-modernista no campo do Direito do Trabalho. Novos institutos jurídicos são elaborados, outros são postos de lado, leis são revogadas ou ganham novos contornos e interpretações, ou simplesmente se busca a extinção pura e simples do arsenal trabalhista. Tudo isso se dá sob o argumento da necessidade de criação ou permanência de empregos e postos de trabalho.

Mas do discurso à realidade vai uma distância homérica. As novas técnicas de precarização do trabalho aumentam imensamente os desníveis sociais, quebram a solidariedade social, imprescindível a qualquer sociedade, e, pior, nem sempre criam empregos e ocupação profissional.

Trata-se, antes de tudo, de uma nova estratégia de exploração do trabalho e supervalorização dos ganhos empresariais ou, ao menos, uma tentativa de manter, em tempos de extrema competitividade capitalista, esses ganhos em patamares que permitam a reprodução do capital.

E, no campo estatal, servem à sanha de cortes de despesas e custos, exigida pela “necessidade” de enxugar a máquina do Estado, para que esta sirva apenas como fomento de lucros empresariais.

BIBLIOGRAFIA

- ALVES, Giovanni. *O novo (e precário) mundo do trabalho*. Boitempo Editorial.
- ANTUNES, Ricardo. *Os sentidos do trabalho*. Boitempo Editorial.
- DELGADO, Maurício Godinho. *Alterações contratuais trabalhistas e o novo contrato por tempo determinado*. LTr.
- DEYOURS, Christophe. *A banalização da injustiça social*. 3. ed., Fundação Getúlio Vargas.
- Folha de São Paulo*, 21.06.1998.
- GÉRARD LYON-CAEN, JEAN PÉLISSIER e ALAIN SUPLOT, DALLOZ. *Droit du Travail*. 17^a édition.
- GUERRA FILHO, Willis Santiago. *A autopoiese do direito na sociedade pós-moderna*. Editora do Advogado.
- HARYEY, David. *Condição pós-moderna*. Edições Loyola.
- JAMENSON, FREDEC. *A cultura do dinheiro*. Editorial Vozes.
- JAVILLIER, Jean Claude. *Manuel de Droit du Travail*.

DOCTRINA

Jornal do Brasil, 07.08.2001.

L'Expansion, nº 644, 26.04 a 10.05.2001.

Le Monde Diplomatique, nº 565, abril de 2001.

Le Monde. 11.04.2001.

Legislacion Social Basica. 8. ed., Madrid: Editorial Civitas.

MARANHÃO, Délio; SUSSEKIND, Arnaldo; VIANNA, Segadas e TEIXEIRA FILHO, João Lima. *Instituições de Direito do Trabalho*, vol. 1 e 2, LTr.

MURCIA, Joaquim Garcia. "A reforma de 1997 da legislação trabalhista espanhola". *In Revista LTr*. 62-03/301.

O Direito do Trabalho como Instrumento de Justiça Social. LTr.

RAMALHO, Maria do Rosário Palma. "Insegurança ou Diminuição no Emprego? A Rigidez do Sistema Jurídico Português em Matéria de Cessaçao do Contrato e de Trabalho Atípico". *In Revista LTr*. 08.2000, p. 1017-21.

SANTOS, Boaventura de Souza. *A crítica da razão indolente*. Cortez.

SENNETT, Richard. *A corrosão do caráter*. Record.

VIANNA, Márcio Túlio e RENAULT, Luiz Otávio Linhares. *O que há de novo em Direito do Trabalho*. LTr.