

NOVAS PERSPECTIVAS CONTRATUAIS: O CONTRATO DE TRABALHO

Arion Sayão Romita

Sovente amor

ha soave principio e fine amaro.

Amiúde o amor

tem doce começo e amargo fim.

(Felice Romani, La Sonnambula, de Vincenzo Bellini, Ato I, 1ª cena)

1. A historicidade do contrato de trabalho

A relação individual de trabalho apresenta uma evolução que se confunde com a própria história da liberdade do homem.

Em Roma, o trabalho era executado por escravos. A relação de trabalho, portanto, baseava-se em um direito real: o escravo era coisa – *res* – objeto de propriedade do *dominus*. Na Idade Média, a vassalagem – *Hörigkeit* – pressupõe um direito pessoal, gerando uma relação de fidelidade mediante prestações em benefício do senhor feudal, com direito a proteção e assistência. Na Idade Moderna, subentende um direito obrigacional, de natureza patrimonial, sob forma de trabalho subordinado prestado em regime de liberdade contratual lastreada na autonomia da vontade¹.

O contrato de trabalho é então um instituto jurídico recente. Sua idade não ultrapassa duzentos anos. A Humanidade precisou aguardar a eclosão de duas revoluções (a primeira revolu-

¹ ROMITA, Arion Sayão. *A subordinação no contrato de trabalho*. Forense, Rio de Janeiro, 1979, p. 11-13.

ção industrial, de fins do século XVIII e princípios do século XIX, e uma revolução política: a revolução francesa de 1789) para assistir ao aparecimento do negócio jurídico que, entre os contratos de atividade, encontra mais freqüente utilização: o contrato de trabalho, que pressupõe o *trabalho livre*. O único princípio do ramo da ciência do Direito que se ocupa de seu estudo é, conseqüente, a *liberdade de trabalho*, que surge na história da Humanidade como resultado de uma evolução conduzida pelo anseio de liberdade política.

O contrato de trabalho é uma espécie do gênero *contrato*. Como *contrato* que é, o contrato de trabalho sofre transformações no curso da História. Observa Enzo Roppo, com razão, que "não existe uma essência histórica do contrato, existe sim o contrato, na variedade de suas formas históricas e das suas concretas transformações"². A observação é válida para o contrato de trabalho, podendo-se acrescentar que esta validade não se afirma apenas do ponto-de-vista diacrônico, mas também sincrônico: sabidamente, Montenegro Baca dizia desconhecer a categoria contrato de trabalho, pois só reconhecia a existência de contratos de trabalho, tantos quantos sejam os tipos de atividade desenvolvida pelo prestador de serviços; e, com propriedade, Giuseppe Ferraro abrange em sua vasta obra sobre os "contratos de trabalho" estudos sobre o trabalho subordinado, o trabalho autônomo e novas formas de emprego³.

O contrato (como instrumento técnico-jurídico de realização das operações econômicas) e o direito dos contratos (conjunto dos princípios e normas que regulam sua disciplina e, portanto, suas modalidades de funcionamento) assumem papéis e

² ROPPO, Enzo. *O contrato*. Trad. de Ana Coimbra e outro, Almedina, Coimbra, 1988, p. 348.

³ MONTENEGRO BACA, José. "Síntesis de la legislación peruana del trabajo". In: *El derecho latinoamericano del trabajo*. T. II, Universidad Autónoma de México, 1974, p. 250; FERRARO, Giuseppe. *I contratti di lavoro*. 2ª ed., CEDAM, Pádua, 1998.

exercem funções historicamente distintas, conforme os vários contextos e as várias formas de organização econômico-social, em cada momento prevalecentes, como ensina Enzo Roppo⁴. Da mesma forma, o contrato de trabalho também se submete a uma regulação que varia de acordo com as diversas etapas históricas e adere ao estágio de evolução em que se encontra o grupo social em que ele surge e se executa.

À luz dessas reflexões, sustenta-se que o contrato de trabalho não possui uma "essência", imutável e indiferente à história. Como tudo que é humano, sofre transformações no tempo. Até o amor – como se lê na epígrafe deste ensaio – freqüentemente tem doce começo e amargo fim. Não que o contrato de trabalho esteja no fim, não se trata disso. Mas as transformações pelas quais vem passando demonstram que ele está sujeito a um princípio de relatividade histórica.

2. O contrato de trabalho em face das revoluções industriais

O contrato de trabalho tem sido estudado no Brasil de forma inadequada. Estuda-se o contrato de trabalho como se fosse um produto da razão. O próprio Direito do Trabalho é estudado como se constituído por categorias mentais imunes à ação do tempo, quando a visão mais apropriada é aquela que revela ser o direito aderente a uma realidade social. O estudo do Direito do Trabalho evidencia a influência do positivismo sobre o direito brasileiro. Em primeiro lugar, consideram-se jurídicas apenas as normas de produção estatal, quando, na verdade, devem ser privilegiadas aquelas emanadas da autonomia coletiva privada dos grupos organizados. Em segundo lugar, a tarefa dos operadores do direito quase se reduz à exegese dos textos legais, quando o que se deve aprofundar são os fundamentos sociológicos, econômicos e políticos da norma jurídica. Em terceiro lugar, dá-se preferência ao método estruturalista sobre o funcionalista: estuda-se

⁴ ROPPO, Enzo. *O contrato*, cit., p. 30.

muito mais o direito à luz da indagação – o que é o direito?, quando se deveria dar o primado à indagação – para que serve o direito?

A evolução histórica do instituto *contrato de trabalho* sofre o impacto de três revoluções industriais.

A observação dos fatos históricos que caracterizam a evolução do capitalismo permite discernir três revoluções industriais: 1^a) fins do século XVIII, princípios do século XIX, proporcionada pela produção de motores a vapor por meio de máquinas; 2^a) fins do século XIX, princípios do século XX: desenvolvimento e aplicação do motor elétrico e do motor a explosão; 3^a) a partir da Segunda Guerra Mundial (1940 nos Estados Unidos e 1945 nos demais países): automação por meio de aparelhos eletrônicos. Observa-se sempre a apropriação de fontes energéticas distintas, que ditam as transformações nos meios de produção, as quais por seu turno vão gerar mudanças na organização do trabalho, com as conseqüências sociais conhecidas. Na primeira revolução industrial, o vapor d'água; na segunda, a eletricidade e o petróleo; na terceira, a eletrônica e a energia atômica.

A primeira revolução industrial tem sido objeto de estudos de amplo espectro, que abrangem desde meras descrições históricas até reflexões de natureza sociológica, econômica e social. Apesar da diversidade de datas, as suas características e efeitos são basicamente os mesmos, em toda parte. Ela está sempre relacionada com o crescimento da população, com a aplicação da ciência à indústria e com o uso do capital de forma mais intensa e mais extensa.

A segunda revolução industrial dá início a uma nova onda longa com tonalidade expansionista no modo de produção capitalista.

Taylor introduziu na indústria o conceito de eficiência no processo econômico. Fazendo uso do cronômetro, eliminou do trabalho humano os tempos mortos que o retardam. A tarefa de cada trabalhador é dividida nos menores componentes

operacionais visivelmente identificáveis. Cada componente é medido para apurar o menor tempo atingível sobre condições de desempenho ótimas. O trabalho do operário é um trabalho de mera execução.

O taylorismo caracteriza-se por uma nítida separação entre a concepção (organização) das tarefas e sua execução. O homem não passa de uma engrenagem no sistema complexo dominado pela máquina. A parcelização das tarefas e um estrito controle do trabalho constituem os elementos fundamentais da organização científica do trabalho.

Ford lançou a produção em série e implantou a standardização das peças que compõem o conjunto. A fim de acelerar o ritmo do trabalho, adotou a esteira móvel, que apresenta ao operário os elementos necessários ao seu trabalho no instante em que são exigidos. As vantagens em ganhos são evidentes, mas os inconvenientes estão à vista: o caráter parcelado do trabalho se acentua e o operário fica sujeito a um ritmo desumano, à fadiga nervosa e aos acidentes e doenças profissionais.

O trabalho na linha de montagem vai dar lugar à automatização. A indústria entra em uma nova fase, que se define pelo desaparecimento do trabalho de execução, isto é, pelo automatismo da fabricação. A automatização sucede progressivamente à mecanização da fase anterior, o que não significa que a oficina automatizada seja uma oficina sem operários, mas quase já não existe mão-de-obra empenhada diretamente na fabricação. Dá-se o deslocamento progressivo da mão-de-obra dos trabalhadores de fabricação para os de manutenção e de vigilância e controle. O mundo vai assistir à terceira revolução industrial, que com maior precisão semântica, deve ser denominada revolução tecnológica.

Por força da terceira revolução, o mundo capitalista, até então assentado sobre a ortodoxia do gerenciamento convencional, sofre em cerca de duas décadas o impacto de descobertas científicas que vão gerar uma verdadeira revolução tecnológica, abrangendo o mais significativo conjunto de mudanças de toda a

história e eclipsando todas as experiências anteriores da vida econômica.

Os avanços da revolução tecnológica não permitirão que as instituições permaneçam inalteradas. O capitalismo sofrerá consideráveis transformações, em face da competição que se desenvolverá em níveis internacionais, já que os capitais, a tecnologia e as idéias passarão a fluir com facilidade por cima das fronteiras.

A empresa conserva sua característica de lugar privilegiado para onde confluem os mecanismos fundamentais da economia: é nela que se realizam os investimentos produtivos, desenvolvem-se as relações sociais e a divisão do trabalho, os novos saberes tecnológicos se integram no processo de criação de riquezas. Mas a empresa é a moldura da ação, não a própria ação. E a moldura se adapta ao conteúdo. A empresa se transforma: não mais a empresa tayloriana (1º tipo); não mais a empresa estatal, que encontra justificativa nos objetivos da planificação centralizada (2º tipo); agora, surge a empresa de 3º tipo, que atua no âmbito de uma economia mundializada, dentro de sistemas industriais cada vez mais complexos e interligados, sob a influência de tecnologias cada vez mais sofisticadas que causam a desestabilização dos antigos equilíbrios, ameaçam os mercados cativos e geram desemprego.

As transformações verificadas no processo de organização do trabalho refletem-se no instituto jurídico *contrato de trabalho*. Os possíveis regimes de prestação de trabalho por uma pessoa física em proveito de outrem (pessoa física ou jurídica, inclusive o Estado) são, historicamente, o contratual e o estatutário. Deixando à margem o regime estatutário (adequado a uma relação de direito público, que vincula o prestador de serviços ao Estado), cabe considerar as formas de natureza contratual, caracterizadas basicamente como trabalho subordinado e autônomo. A prestação de serviços de natureza continuativa e pessoal, na atualidade, dá ensejo a um novo tipo: ao lado do trabalho em que o prestador de serviços não assume os ris-

cos do empreendimento e daquele em que a autonomia organizativa prevalece, surge o trabalho coordenado. Com a crise da subordinação, emergem novas formas nas quais o trabalho associado reduz o protecionismo dispensado ao trabalhador, superando a dicotomia tradicional (trabalho subordinado/trabalho autônomo), em favor de um *tertium genus*, qual seja o trabalho coordenado, sob a influência de uma realidade social cada vez mais complexa e problemática, como resposta a situações contratuais ambíguas, nas quais o traço decisivo se afigura como a necessidade de propiciar uma *ocupação* ou oportunidade de obtenção de renda ou fonte de sustento⁵.

Estão destinadas ao desaparecimento as relações de trabalho que perduram durante o arco da inteira vida produtiva. As formas de trabalho integradas na empresa tendem a perder espaço e passam a ocupar cada vez mais o espaço situado na zona cinzenta entre a subordinação e a autonomia (trabalho coordenado)⁶.

3. O contrato de trabalho como elemento da empresa

O próprio Direito do Trabalho foi concebido para regular a relação de trabalho típica da grande empresa industrial. As primeiras denominações da disciplina comprovam a assertiva. Do ponto-de-vista da organização empresarial, chamou-se Direito Industrial. Relativamente ao prestador de serviços, denominou-se Direito Operário. O primeiro livro sobre Direito do Trabalho publicado no Brasil leva o título *Apontamentos de Direito Operário* (de autoria de Evaristo de Moraes, editado no Rio de Janeiro em 1905).

O Direito do Trabalho, tal como posto na prática, hoje, no Brasil, pelo legislador, pelo inspetor do trabalho, pela magistra-

⁵ GRANDI, Mario. "Il problema della subordinazione tra attualità e storia". In: *Le trasformazioni del lavoro*. Fondazione Giulio Pastore, Franco Angeli, Milão, 1999, p. 13.

⁶ PASSARELLI, Giuseppe Santoro. "Attualità della fattispecie lavoro subordinato?". In: *Le trasformazioni del lavoro*, cit., p.127-128.

tura especializada, pela consciência e pela cultura jurídica em geral, nasceu em época de prosperidade econômica, caracterizada por certa estabilidade das relações jurídicas. Tem como objeto a relação de trabalho clássica, com origem em um contrato livremente celebrado por sujeitos de direito postos em pé de igualdade formal. A debilidade econômico-social do trabalho é compensada por uma superioridade jurídica emergente de uma rede de proteção legislativa tão completa quanto possível.

O contrato de trabalho constituiu-se em objeto de minuciosa regulação por parte do Estado – método da heterorregulação. Esta regulação heterônoma tomava por paradigma o trabalho executado na grande indústria e só mediante a promulgação de leis específicas levava em conta as peculiaridades de certas profissões, gerando o surgimento das chamadas *profissões regulamentadas*.

Por tal motivo, o contrato de trabalho tornou-se um elemento da empresa, tipificado e estereotipado, aplicado por todo e qualquer tipo de empresa, sem se considerar seu porte: grande, média, pequena ou microempresa, todas utilizam o mesmo contrato de trabalho, regulado de modo uniforme, a partir da relação de trabalho clássica, própria do emprego típico.

Que se entende por emprego típico, em contraposição às chamadas relações de trabalho atípicas? Podemos enumerar as seguintes características do emprego típico: é um trabalho assalariado, por conta de outrem; com vínculo contratual firme, cercado de formalidades como anotações, comunicações, etc.; mediante um contrato de trabalho de duração indeterminada, sujeito freqüentemente às cláusulas de uma convenção coletiva ou de uma sentença normativa; trata-se de um emprego estável que eventualmente enseja uma carreira, vale dizer, garante aumentos progressivos de salário em função de promoções; trata-se de um emprego durante uma jornada completa e que proporciona o suficiente para a renda familiar; depende de um só empregador; é exercido em um local de trabalho específico, quase sempre o es-

tabelecimento do empregador; e é individualmente afetado, ou seja, cada trabalhador tem seu próprio emprego.

4. A desagregação do contrato de trabalho típico

A noção de contrato de trabalho sofre o impacto das mudanças verificadas na economia e no modo de organização do trabalho na empresa capitalista.

As transformações ocorridas no mundo do trabalho não permitiram a sobrevivência do contrato de trabalho clássico. O contrato de trabalho adequado à grande empresa industrial desagrega-se e gera uma multiplicidade de relações mais conformes às novas exigências das operações econômicas da época pós-industrial.

O Direito do Trabalho não pode subtrair-se à realidade econômica, política e social.

O conteúdo da relação de trabalho – ou seja, a regulação dos direitos e deveres dos sujeitos da relação contratual de trabalho – não cessa de evolucionar sob a pressão dos fatores econômicos, ou, antes, do sistema de valores históricos e culturais da sociedade. O Direito do Trabalho, como sustenta Pierre Morville, constrói-se sobre uma realidade mutável e é diretamente influenciado pelos fatores econômicos, políticos, culturais e sociais, enfim, pela relação de forças existentes entre os interlocutores sociais⁷.

Fala-se em crise econômica e em crise do Direito do Trabalho. A flexibilidade seria uma das respostas a elas.

Que quer dizer crise? Elucida Habermas que, antes do seu uso como termo científico-social, o conceito de crise era-nos familiar conforme seu uso médico: designa fase de uma doença na qual se reconhece que os poderes do organismo não são suficientes, por si sós, para recobrar a saúde. Associa-se à crise a idéia de

⁷ MORVILLE, Pierre. *Les nouvelles politiques sociales du patronat*. Ed. La Découverte, Paris, 1985, p. 17.

uma força objetiva, que priva o sujeito de alguma parte de sua capacidade normal. Hoje nas ciências sociais, usa-se frequentemente um conceito teórico sistêmico de crise. Em perspectiva sistêmica, "as crises surgem quando a estrutura de um sistema social permite menores possibilidades para resolver o problema do que são necessárias para a contínua existência do sistema. Neste sentido, as crises são vistas como distúrbios persistentes da integração do sistema"⁸.

O conceito de crise não é estranho ou desconhecido do Direito do Trabalho. A crise econômica já recebeu até mesmo o apelido de "companheiro de viagem histórico do Direito do Trabalho" (Palomeque López) e Antoine Jeammaud alude a seu "companheirismo histórico" com o Direito do Trabalho⁹.

Em 1933, Hugo Sinzheimer publicou um artigo de revista intitulado precisamente "A crise do Direito do Trabalho"¹⁰. Não há, portanto, novidade alguma no estudo do Direito do Trabalho em face da crise econômica. Antes, o que surpreende é que se estude o Direito do Trabalho como se constituído por um conjunto de normas destinadas a reger institutos fixos e imutáveis no tempo e no espaço, verdadeiras categorias universais produzidas pela razão, isentas de influência da história e dos fatores culturais encontrados na sociedade!

Qual a resposta do Direito do Trabalho ao desafio da crise econômica e do desemprego? Esclarece Mario Pinto: "A questão global que se põe é a de garantir condições de ocupação à genera-

⁸ HABERMAS, Jürgen. *A crise de legitimação no capitalismo tardio*. Trad. de Vamireh Chacon, Tempo Brasileiro, Rio de Janeiro, 1980, p. 11-13.

⁹ JEAMMAUD, Antoine. "Reformas laborales y democracia industrial en Francia". In: *La tutela de la libertad sindical - las competencias de la comunidad de Andalucía em materia laboral - III Jornadas Andaluzes de Derecho del Trabajo y relaciones laborales*. Fundación Universitaria de Jerez, 1985, p. 34.

¹⁰ SINZHEIMER, Hugo. *Die Krisis des Arbeitsrechts*. Trad. ital. em E. Frankel et alii. Laboratorio Weimar (a cura di Gianni Arrigo), Edizioni Lavoro, Roma, 1982, p. 79 e segs.

lidade das pessoas que o pretendam. A este propósito, a tese do pleno emprego, que vinha sendo pacificamente aceita como objetivo da política jurídica e social, tende a ser substituída por um objetivo e um conceito mais abrangente: o da ocupação. Incluem-se neste conceito não apenas os empregos a que ainda vamos chamando típicos, mas toda uma diversificada série de formas de ocupação laboral, desde o trabalho autônomo, passando pelas formas de emprego ditas atípicas até a própria laborização do trabalho familiar"¹¹.

Que medidas, contudo, devem traduzir a flexibilidade, com repercussão sobre o conceito de contrato de trabalho? Basicamente, podemos afirmar que a flexibilidade concerne às formas de contratação, à duração do trabalho, à estipulação dos salários, à negociação coletiva e, sobretudo, ao regime de dispensa¹². O objetivo – geralmente aceito sem discrepâncias dignas de nota – seria o de ampliar a produtividade das empresas. O aumento da produtividade pode ser direto, quando resulta de produção adicional do empregado, ou indireto, quando deriva de maior flexibilidade no trabalho.

Sustenta-se que está ultrapassada a concepção de estruturas universais de tipo tayloriano e fordista. Horários personalizados, acomodação do tempo de serviço, salários dependentes dos resultados e do interesse revelado pelos empregados, círculos de qualidade, equipes autônomas, transferência de gestão, negociações mediante mútuas concessões, integração do trabalhador na vida da empresa – eis alguns tópicos da "panóplia" da parceria proposta.

Preconizam-se vários tipos de flexibilidade: econômica, técnica, social, mas também funcional, numérica e de gestão. A

¹¹ PINTO, Mario. *Garantia de emprego e a crise econômica*. Leopoldianun, nº 37, Ed. Loyola, Santos, 1986, p. 9.

¹² HOYOS, Arturo. *La Flexibilización del Derecho Laboral tradicional: tendencias internacionales recientes*. Derecho Laboral, nº 147, jul.-set. de 1987, p. 519.

¹³ JAVILLIER, Jean-Claude. "Le futur de la subordination dans l'évolution du

nova política social patronal, desenvolvida para enfrentar a crise, depende de uma melhor produtividade do trabalho e seu instrumento é a flexibilidade das relações sociais (eliminação da rigidez jurídica), passando pela flexibilidade do aparato produtivo (au-tomatização) e chegando à flexibilidade na utilização da força de trabalho (emprego do tempo de trabalho).

A crise econômica verificada na Europa em 1973 e agravada em 1979 – mercê do choque dos preços do petróleo – provocou o surgimento de novas formas de contratação, geradoras de relações de trabalho atípicas: o contrato por tempo determinado deixou de ser exceção, admitindo-se várias formas de contrato a prazo; aposentadorias antecipadas; contratos de substituição; emprego partilhado; várias formas de teletrabalho, ou trabalho à distância, etc.

O conceito de contrato de trabalho se desagrega. O direito do trabalho – como regulador do contrato de trabalho – surgido sob o signo da uniformidade e do coletivo¹³, sofre o influxo das transformações tecnológicas e da crise econômica, notadamente do desemprego, em conseqüência do surgimento de uma "pluralidade de mundos produtivos" que exigem respostas diferentes¹⁴.

Wolfgang Däubler chama a atenção para a "erosão da relação de trabalho normal" (*Aushölung des Normalarbeitsverhältnisses*)¹⁵ e para o processo de erosão que o emprego tradicional vem sofrendo ao longo dos últimos 15 anos¹⁶.

droit du travail". In: *Le trasformazioni del lavoro*. Fondazione Giulio Pastore, Franco Angeli, Milão, 1999, p. 42.

¹⁴ Evoluzione e crise della subordinazione - relatório do grupo de peritos da União Européia sobre "Trasformazioni del lavoro ed evoluzione del diritto del lavoro in Europa". In: *Le trasformazioni del lavoro*. Fondazione Giulio Pastore, Franco Angeli, Milão, 1999, p. 160.

¹⁵ DÄUBLER, Wolfgang. *Das Arbeitsrecht* 2. 7ª ed., Rowohlt, Hamburgo, 1990, p. 50.

¹⁶ DÄUBLER, Wolfgang. *Direito do Trabalho e sociedade na Alemanha*. Trad. de Alfred Keller, LTr, São Paulo, 1997, p. 49-50.

O conceito originário de emprego típico, jurisdiscizado pela intermediação do contrato de trabalho clássico, desagregase, fragmenta-se, decompõe-se diante dos desafios dos novos tempos. As políticas de emprego quer das próprias empresas quer do poder público consagram novas formas de relações contratuais, com diversidade de regulamentação para reduzir custos e com aberturas capazes de favorecer o emprego de jovens e de desempregados crônicos. O direito do contrato de trabalho assume uma visão *instrumental*, posto a serviço de cada qual para atender a suas próprias finalidades. O resultado é uma diferenciação, uma sofisticação crescente das formas de emprego. A empresa prefere lançar para a periferia as tarefas acessórias e externalizar (exteriorizar) determinadas funções. A gestão do pessoal pode optar entre: a) o emprego regular, núcleo duro da empresa, mediante utilização do tradicional contrato de duração indeterminada; b) o emprego com regulação diferenciada, que agrupa os trabalhadores vinculados à empresa por um contrato de trabalho "atípico", como os contratos de trabalho por tempo determinado, de tempo parcial ou intermitente; c) o emprego exteriorizado, que utiliza os serviços de trabalhadores não ligados à empresa por meio de contratos de trabalho mas em virtude de contratos de direito comum (agências de emprego, de trabalho temporário, trabalhadores autônomos, subcontratados, etc.)¹⁷.

A renovação do direito do contrato de trabalho não se verifica mediante supressão das normas anteriores, e sim por justaposição, como observa Gérard Lyon-Caen. Mas, assim como a moeda má expulsa a boa (lei de Gresham), o denominado novo mercado de trabalho ganha terreno progressivamente sobre o antigo¹⁸.

¹⁷ RAY, Jean-Emmanuel - MOUSSERON, Paul-Henri. *Droit du travail - droit vivant*. Editions Liaisons, Paris, 1991, p. 49-50.

¹⁸ LYON-CAEN, Gérard. "La crise du droit du travail". In: *In memoriam Sir Otto Kahn-Freund*, Verlag C. H. Beck. Munique, 1980, p. 518.

A condição pessoal do trabalhador em nada faz lembrar o velho dogma da autonomia da vontade dos tempos liberais. A imensa diversificação das técnicas jurídicas de acesso ao trabalho proporciona ao empregador amplo espaço de estipulação. Predominam as fórmulas ditas "atípicas". O contrato de duração indeterminada e por tempo integral torna-se cada vez mais escasso¹⁹. No Brasil é visível o crescimento do trabalho informal, que ganha progressivamente espaço em relação ao trabalho formal.

Segundo uma visão pessimista, a técnica contratual baseada na manifestação da vontade retrai-se em benefício da técnica regulamentarista, tributária do regime estatutário²⁰. A lei do progresso humano, forjada por Sumner Maine no século XIX (do *status* ao contrato), inverte-se: o progresso agora parte dos contratos em direção aos estatutos²¹. Cabe, entretanto, atenuar os efeitos desta concepção pelo relevo que as técnicas democráticas de regulação da relação de trabalho reclamam: a participação dos trabalhadores na criação do estatuto que os afeta se dá mediante o processo de negociação coletiva lastreado na liberdade sindical, de sorte que se reequilibra e revigora a visão contratualista.

5. As novas modalidades contratuais

O desemprego registrado no setor secundário da economia impõe a necessidade de se criarem novos tipos de contrato de trabalho, como resposta à flexibilização das relações individuais que surgem em razão das conveniências empresariais impulsionadas pelas exigências de competitividade e adaptação aos processos de globalização da economia.

¹⁹ JEAMMAUD, Antoine. "Les polyvalences du contrat du travail". In: *Les transformations du droit du travail - études offertes à Gérard Lyon-Caen*. Dalloz, Paris, 1989, p. 309-310.

²⁰ CADEIT, Loïc. "Interrogations sur le droit contemporain de contrats". In: *Le droit contemporain des contrats - bilan et perspectives*. Economica, Paris, 1987, p. 15.

²¹ REMY, Philippe. "Droit de contrats: questions, positions, propositions". In: *Le droit contemporain de contrats*, cit., p. 272.

A inventividade dos agentes econômicos enfrenta as nefastas conseqüências da crise econômica. Não consegue, é certo, afastar por completo essas conseqüências, mas logra atenuá-las, mercê da prática de reestruturação da empresa e de reconversão industrial, mas também da adoção de modalidades contratuais inovadoras, como aquelas que não se cumprem nos locais da empresa, as que pressupõem dois empregadores ou até mesmo a ausência de empregador.

Justifica-se esta tendência: o impacto das novas tecnologias, a informática, a robotização, provocam a passagem da era industrial para a pós-industrial, com a conseqüente expansão do setor terciário.

Já se falou, mesmo, no fim do Direito do Trabalho, a exemplo do fim das ideologias e, até, do fim da história. Continua, porém, a ser necessária a existência de trabalhadores que pertençam ao núcleo indispensável ao funcionamento da empresa. De outro lado, encontram-se os trabalhadores de periferia, que mantêm uma relação de trabalho atípica e cuja posição é inferior. Recebem menor salário, têm garantia contra a dispensa reduzida ou inexistente. Na França, uma lei de 1986 consagra essa dicotomia, estabelecendo distinção entre o emprego e a tarefa (ou missão), esta atribuída aos periféricos.

A França adota um procedimento engenhoso. Criou-se um neologismo – a filialização – que significa exatamente a criação de uma sociedade filial de outra, por separação de partes desta última, e que adquire personalidade jurídica autônoma. Trata-se de um procedimento de organização estrutural de exteriorização (não raro fictícia) de uma tarefa já existente e antes pertinente à sociedade principal. Esta técnica permite à empresa descarregar nas outras atividades não lucrativas; a filial terá um pessoal com salários mais baixos, o que vai gerar menores encargos sociais etc.

Desenvolvem-se também na França técnicas como a prestação de serviços e a *sous-traitance*. Por utilização de contratos

comerciais, a empresa tomadora decide mandar executar uma tarefa por outra empresa, em vez de utilizar seus próprios empregados. O emprego é exteriorizado, mandado para fora da empresa. Juridicamente, a prestação de serviços se equipara a um contrato de fornecimento. A empresa tomadora celebra contrato para a execução de suas próprias necessidades secundárias, porque afastadas da produção ou distribuição que constituem o objeto de sua atividade-fim, tais como limpeza, vigilância, transporte, ou então, aquelas relativas a necessidade especializada, como informática, contabilidade. No caso da *sous-traitance* (um forma de empreitada), a empresa tomadora celebra um contrato com a outra, que se incumbe da produção ou do serviço que ela própria deveria executar para um cliente. Em ambos os casos, surgem na verdade relações trilaterais ou triangulares.

Filialização ou *sous-traitance* podem ser praticados além-fronteiras, o que reduz as oportunidades de emprego nos países industrializados em proveito de países com mão-de-obra barata (transferência de emprego para o exterior).

A legislação francesa tem acolhido estas novas modalidades contratuais. O Código do Trabalho, a partir do anos 80, tem sofrido acréscimos que consagram novos tipos de contrato de trabalho. Entre eles podem ser mencionados os contratos de trabalho especiais, como o contrato de duração determinada (art. L.122-1 e segs.) e o contrato de trabalho temporário (art. L.124-1 e segs.). Contratos destinados a estimular a criação de empregos são o contrato de trabalho de tempo parcial (art. L.212-4-2), o contrato de trabalho com agrupamento de empregadores (art. L.127-1 e segs.) e o contrato de trabalho com uma associação intermediária (art. L.128) ou uma associação de serviços às pessoas (art. L.129-1). Há, além desses, os contratos de trabalho de tipo particular, como o contrato de aprendizagem (art. L.151-1 e segs.), os contratos de inserção em alternância (que são o contrato de qualificação – art. L.981-1; o contrato de adaptação – art. L.981-6; e o contrato de orientação – art. L.981-7), ao lado do

contrato de iniciativa-emprego (art. L.322-4-2), do contrato de emprego-solidariedade (art. L.322-4-7) e do contrato de trabalho com uma empresa de inserção (art. L.322-4-26)²².

Na Espanha, registrou-se uma evolução legislativa digna de nota, porque revela a sensibilidade do poder público ao grave problema do desemprego.

Ao ser editado em 1980, o Estatuto dos Trabalhadores (Lei nº 8/1980, de 10 de março), observando a tradição do direito espanhol, dispunha, no art. 15.1, que o contrato de trabalho se presume celebrado por tempo indeterminado. Vale dizer, consagrava a noção acolhida também por muitos outros ordenamentos (inclusive o brasileiro), de que a duração indeterminada do contrato de trabalho constitui a regra, sendo reconhecida a possibilidade de celebração de contratos de trabalho por tempo determinado apenas em algumas hipóteses de exceção. Na seqüência de sua redação, o mencionado dispositivo discriminava cinco casos em que seria admitido o contrato de duração determinada (realização de obra ou serviços determinados, etc.). O preceito consagrava – repita-se – a presunção de que o contrato de trabalho se reputa feito "por tempo indefinido".

O agravamento da crise econômica e o aumento progressivo dos níveis de desemprego determinaram a necessidade de dar nova redação ao art. 15 do Estatuto dos Trabalhadores, a fim de se admitir em caráter geral a celebração de contratos de duração determinada, surgindo o chamado "sistema conjuntural de contratação a prazo". O contrato de incentivo ao emprego tem como principal característica a inexigibilidade de causa objetiva que justifique a predeterminação da duração do ajuste. Esta reforma foi obra da Lei nº 32/1984, de 2 de agosto.

²² JEAMMAUD, Antoine. "Crise et relations du travail". In: *Droit de la crise: crise du droit?* Cinquièmes Journées René Savatier, Presses Universitaires de France, Paris, 1997, p. 113-114.

Nesta mesma lei, de 1984, foi prevista a celebração de novos tipos de contrato por tempo determinado, como o contrato eventual em razão da produção; contrato para substituição de trabalhadores com direito a reserva de posto de trabalho; contrato para lançamento de nova atividade; contratos de formação, como o contrato de trabalho *en prácticas* (ou seja, de tirocínio) e o contrato de aprendizagem; contrato de substituição (contrato *de relevo*), além de contratações e técnicas não contratuais promovidas pelas administrações públicas para ocupação por tempo certo de trabalhadores desempregados, como trabalhos temporários de colaboração social e outros.

Essa reforma na legislação do trabalho, que data de 1984, constitui objeto de numerosos estudos, artigos de doutrina, livros especializados, comunicações e teses apresentadas em congressos, etc. Ela instaurou técnicas de criação de emprego. Manifestando-se sobre o tema, escreve Montoya Melgar: "as técnicas de direito do trabalho de criação de emprego são, na realidade, técnicas de indução para que os empresários contratem novos trabalhadores. Para motivar tais contratações, o direito do trabalho vem oferecendo um leque de figuras contratuais que, se do lado dos sindicatos merecem o qualificativo de precárias e atípicas, trazem benefícios para os empresários sob diferentes aspectos. Na gama de contratos de trabalho a prazo, os empresários se livram da pesada carga inerente às contratações de duração indefinida"²³.

No ano de 1994, a Espanha promulgou três importantes leis sobre a "reforma do mercado de trabalho". São elas, com as justificativas contidas nos respectivos preâmbulos: 1^a – Lei nº 10/1994, de 19 de maio, sobre medidas urgentes de promoção do emprego: "a gravidade da situação econômica e sua incidência sobre o mercado de trabalho concede prioridade para promover a

²³ MELGAR, Alfredo Montoya. *Derecho del Trabajo y crisis económica*. Temis, Bogotá, 1990, p. 10.

reforma das relações de trabalho, com o fim de lutar contra o desemprego"; 2^a – Lei nº 11/1994, de 19 de maio, que modifica determinados artigos do Estatuto dos Trabalhadores e de outras leis: "a reforma do Estatuto dos Trabalhadores no âmbito das decisões políticas dirigidas à criação de empregos não pode ignorar a importante contribuição que para o objetivo do emprego supõe contar com uma regulação trabalhista"; 3^o – Lei nº 14/1994, de 1 de junho, que regula as empresas de trabalho temporário: "as empresas de trabalho temporário podem canalizar um volume muito importante de emprego e constituem um mecanismo importante para incentivar a atividade trabalhista".

Na verdade, a Lei nº 10 também modifica a redação de alguns dispositivos do Estatuto dos Trabalhadores. No que nos interessa, cabe mencionar: a) o art. 11, que regula os contratos de aprendizagem e de tirocínio (*en prácticas*); b) o art. 12 (trabalho de tempo parcial); c) o art. 15.6, que dispõe sobre os contratos de temporada.

No que se refere à alteração do teor do art. 15, releva acentuar que foi suprimida a referência à presunção de que o contrato de trabalho se considera celebrado por tempo indefinido. O mesmo dispositivo enumera os possíveis contratos de duração determinada, o que enseja o entendimento de que a celebração desse tipo de contrato só é possível nos casos ali expressamente previstos.

Quanto ao trabalho temporário, cuja regulação é objeto da Lei nº 14, de 1994, a reforma operou mudança radical: havia proibição expressa das empresas de trabalho temporário, como dispunha o art. 43.1 do Estatuto dos Trabalhadores, com exceção do trabalho dos estivadores. A partir desta lei, a atuação das referidas empresas passou a ser admitida pelo direito espanhol, que assim se alinhou à orientação seguida pelos demais países da União Européia (com exceção da Itália e da Grécia), nos quais a ETT (empresa de trabalho temporário) é plenamente consentida. A Exposição de Motivos da Lei nº 14 declara expressamente que

"o mercado de trabalho espanhol não deve, nem pode, funcionar sem levar em conta as regras do jogo existentes na União Europeia, porque a lógica do funcionamento do mercado único europeu, como espaço sem fronteiras interiores em que a livre circulação de mercadorias, pessoas, serviços e capitais está garantida, só permitirá que a Espanha se alinhe com a Europa quando suas instituições forem equivalentes".

Como observou Manuel Alonso Olea, a reforma do mercado de trabalho, produzida em 1994, pelas três leis aqui referidas, "é condição necessária mas não suficiente para o emprego"²⁴. De fato, a grande rotatividade da mão-de-obra e a impossibilidade de implementar processos de qualificação profissional dos trabalhadores (dada a curta permanência do emprego na empresa) levaram o legislador, em 1997, a rever a orientação até então adotada. Decidiu-se privilegiar a contratação por tempo indeterminado, de modo que se reeditou o prestígio do princípio da continuidade do contrato de trabalho, fixando o empregado no quadro de pessoal da empresa.

Essa reforma foi implantada por meio de dois reais decretos-leis: 1º) nº 8/1997, de 16 de maio, sobre medidas urgentes para a melhoria do mercado de trabalho e incentivo à contratação por tempo indefinido. Foram introduzidas alterações no Estatuto dos Trabalhadores. As novas disposições articulam uma modalidade para o incentivo à contratação por tempo indeterminado, dirigida a grupos especialmente afetados pelo desemprego e a instabilidade trabalhista. Além disso, deu-se maior prestígio à negociação coletiva na contratação de empregados; 2º) nº 9/1997, de 16 de maio, pelo qual se regulam incentivos em matéria de seguridade social e de caráter fiscal para a promoção da contratação indefinida e a estabilidade no emprego. Poderão valer-se desta lei os empresários que contratarem por tempo

²⁴ OLEA, Manuel Alonso. *El trabajo como bien escaso y la reforma de su mercado*. Civitas, Madrid, 1995, p. 120.

indeterminado: a) jovens desempregados menores de 30 anos; b) desempregados maiores de 45 anos. Tanto as contratações como a transformação de outros tipos de contratos em contratos de duração indeterminada darão direito por determinado período a descontos de 40, 50 e 60% – de acordo com os casos – da contribuição empresarial à segurança social. São também outorgados benefícios de ordem fiscal.

A Itália apresenta uma evolução legislativa idêntica à registrada na Espanha: em nome do combate ao desemprego, ampliou as hipóteses de celebração de contratos de trabalho por tempo determinado e, recentemente, consagrou em seu ordenamento trabalhista o contrato de trabalho temporário (intermediado por uma ETT), revogando assim antiga proibição expressa de locação de mão-de-obra (*divieto d'interposizione nel lavoro a cottimo*), prevista pelo art. 2.127 do Código Civil.

Entretanto, o direito italiano não retrocedeu relativamente à contratação por tempo determinado, como se deu na Espanha. O fato deve ser sublinhado, porque os adversários da orientação legislativa há pouco adotada pelo Brasil (mercê da promulgação da Lei nº 9.601) costumam silenciar a respeito do exemplo italiano.

No tocante aos contratos de trabalho a prazo, cabe lembrar o Código Civil, de 1942, sufragando a tradição que remontava a 1924, consagrou o favor pela relação de duração indefinida: o art. 2.097 dispunha que o contrato se considera por tempo indeterminado se o termo não resultar da especificidade da relação.

Reforçando essa orientação, que encontrava apoio na doutrina, a Lei nº 230, de 18 de abril de 1962, ao tempo em que revogava o precitado dispositivo do Código Civil, explicitou a excepcionalidade de aposição de termo no contrato de trabalho. A referida lei, no art. 1º, declara expressamente que o contrato de trabalho se considera por tempo indeterminado, ressalvadas as exceções a seguir indicadas. Em seqüência, dispõe que fica per-

mitida a aposição de termo à duração do contrato em cinco hipóteses, adotando o método de enumeração taxativa: em atividades de caráter sazonal, para substituição de trabalhadores com direito à conservação do emprego, etc.

Os 30 anos gloriosos, porém, estavam no fim. O Direito do Trabalho capaz de proporcionar crescentes e irredutíveis benefícios à classe trabalhadora precisou rever seus conceitos quando, nos anos 70, o mundo ocidental conheceu os efeitos da crise econômica. O trabalho tornou-se um bem escasso. O Direito do Trabalho, que até então só se preocupava com os empregados (no sentido de trabalhadores ocupados), foi levado a pensar também nos desempregados (trabalhadores que perderam seus empregos).

Como observou Arturo Maresca, em 1979, as alarmantes dimensões que passou a apresentar a crise da ocupação na Itália, aliadas às pessimistas previsões para o futuro imediato ante a negativa conjuntura econômica, levaram os meios políticos e sindicais a mudar o foco do interesse: o até então tenazmente perseguido interesse pela estabilidade do posto de trabalho cede ao interesse pela ocupação, ainda que temporária²⁵.

Como expressão da nova tendência à "política do trabalho", em 1977 e 1978 foram promulgadas três leis que ampliaram as possibilidades de estipular contratos de trabalho por tempo determinado. Além das cinco hipóteses taxativamente enumeradas pela Lei nº 230, de 1962, este contrato tornou-se possível, também: 1º) no setor do espetáculo e da radiodifusão (Lei nº 266, de 1977); 2º) no setor do comércio e do turismo (Lei nº 18, de 1978); 3º) no trabalho de jovens inscritos nas listas especiais de colocação (Lei nº 479, de 1978). Com essas medidas, o legislador procurou proporcionar uma alternativa à cada vez mais fre-

²⁵ MARESCA, Arturo. "Le innovazioni legislative in tema di contratti a termine". In: *Raffaele de Luca Tamajo e Luciano Ventura (a cura di). Il diritto del lavoro nell'emergenza*. Jovene Editore, Nápoles, 1979, p. 373.

qüente utilização do chamado mercado negro de trabalho, no qual se contornam com facilidade obstáculos decorrentes da acentuada rigidez do trabalho formal, além da falta de flexibilidade no manejo da mão-de-obra. Essa rigidez se revela especialmente indesejável quando, em determinadas épocas do ano, as empresas precisavam aumentar a produção.

Certas modalidades específicas de contrato de trabalho de duração determinada são previstas por leis sucessivamente promulgadas nos anos 80. A Lei nº 56, de 1987, permite que os contratos coletivos de trabalho estabeleçam tipos especiais de contrato de aprendizagem em empresas que exercem atividades em ciclos sazonais. Como resposta a um particular aspecto da crise econômica que afeta especialmente a obtenção de emprego por jovens trabalhadores, o legislador adota medidas tendentes a facilitar o acesso desses jovens ao mercado de trabalho: a Lei nº 863, de 19 de dezembro de 1984, dispõe que os trabalhadores com idade entre 15 e 29 anos podem ser admitidos mediante um contrato de formação e trabalho (*contratto di formazione lavoro*) de duração não superior a 24 meses, não prorrogável, tanto pelas agências econômicas públicas quanto pelas empresas privadas, desde que não tenha ocorrido redução de pessoal no período de 12 meses anteriores à admissão.

No que diz respeito ao trabalho temporário (caracterizado por uma relação triangular, na qual a empresa de trabalho temporário coloca à disposição da empresa tomadora dos serviços um trabalhador por ela remunerado), o direito italiano também mudou a orientação. Tradicionalmente, observava-se estrita proibição da interposição no trabalho. O art. 2.127 do Código Civil, de 1942, vedava expressamente a prestação de serviços em uma empresa de trabalhador admitido e remunerado por outra. Os trabalhadores admitidos em desrespeito a essa proibição eram considerados empregados da empresa que efetivamente utilizou os seus serviços.

Como modalidade de flexibilidade intra-empresarial, o "pacote Treu sobre a ocupação", expedido pela Lei nº 196, de 24 de junho de 1997, introduziu no direito italiano o sistema de emprego de mão-de-obra *ad interim*. O trabalho interino (*lavoro interinale*) constitui a grande novidade consagrada em 1997 pela legislação do trabalho italiano. A Grécia e a Itália eram os únicos países da União Européia que não adotavam o sistema de trabalho temporário. Agora, na Itália, essa modalidade de trabalho flexível está consagrada.

De acordo com o disposto no art. 1º da Lei nº 196, de 1997, o contrato de fornecimento de trabalho temporário é aquele mediante o qual uma empresa fornecedora, registrada na repartição competente, coloca um ou mais trabalhadores, por ela admitidos por meio de um contrato específico, à disposição de outra empresa, que utiliza os respectivos serviços para satisfação de exigências de caráter temporário.

Esse tipo de trabalho pode ser adotado: a) nos casos previstos pelos contratos coletivos nacionais aplicados pela empresa tomadora, estipulados pelos sindicatos mais representativos; b) nos casos de utilização temporária em funções previstas pelas seções normais da empresa; c) nos casos de substituição de empregados afastados temporariamente²⁶.

Em Portugal, a legislação regula o contrato de fornecimento de mão-de-obra ou de trabalho temporário. Acolhendo a realidade anterior, o Decreto-lei nº 358/1989, de 17 de outubro, considera o trabalho temporário em duas modalidades: a do trabalho temporário como objeto de atividade empresarial (arts. 3º e segs.) e a de cedência ocasional de trabalhadores (arts. 26 e segs.). No primeiro caso, trata-se das empresas de trabalho temporário (ETT); no segundo, as empresas ou entidades de outro

²⁶ LUPI, Dario - RAVAIOLI, Giorgio. *Il lavoro flessibile*. 2ª ed., Giuffrè, Milão, 1997, p. 195-7.

tipo, não constituídas como ETT, cedem a terceiros a utilização temporária de trabalhadores seus.

A cedência ocasional de trabalhadores a terceiros praticada pelo comum das empresas só é permitida em casos excepcionais (arts. 27 a 30)²⁷.

No Brasil, a Lei nº 9.601, de 21 de janeiro de 1998, introduziu no ordenamento trabalhista brasileiro um novo tipo de contrato de trabalho por tempo determinado: o que resulta de um acordo coletivo de trabalho.

Anteriormente a essa lei, o direito brasileiro conhecia alguns de contrato de trabalho de duração definida: a) o contrato de trabalho temporário regulado pela Lei nº 6.019, de 3 de janeiro de 1974, cuja duração não poderia exceder 3 meses, ressalvada autorização administrativa (art. 10); b) o contrato de trabalho a termo (CLT, art. 443, § 1º); c) o contrato de trabalho por obra certa (CLT, art. 443, § 1º); d) o contrato de safra (CLT, art. 443, § 1º); e) o contrato de experiência (CLT, art. 443, § 2º, c).

A duração dos contratos *sub b, c e d* não poderá ultrapassar 2 anos. Esses contratos passam a vigorar sem determinação da duração se, tácita ou expressamente, forem prorrogados mais de uma vez (CLT, art. 451). O contrato de experiência não pode exceder 90 dias (CLT, art. 445, parágrafo único).

Após a Lei nº 9.601, os contratos de trabalho de duração definida podem ser então grupados: a) o contrato de trabalho temporário (Lei nº 6.019); b) os contratos regidos pelo art. 443 da CLT; c) o contrato de trabalho resultante da negociação coletiva (Lei nº 9.601).

Os contratos de trabalho por tempo determinado regidos pela CLT diferem daqueles introduzidos pela Lei nº 9.601 porque, enquanto os primeiros podem ser celebrados diretamente

²⁷ FERNANDES, Antonio Monteiro. *Direito do Trabalho*. 10ª ed., Almedina, Coimbra, 1998, p. 151; XAVIER, Bernardo da Gama Lobo. *Curso de Direito do Trabalho*. 2ª ed., Verbo, Lisboa, 1993, p. 300.

entre empregado e empregador, os outros só podem ser celebrados em decorrência da estipulação de uma convenção ou de um acordo coletivo de trabalho. Explica-se: no contrato regido pela CLT, existem restrições impostas pelo próprio texto consolidado e o empregado está protegido pela legislação trabalhista em geral, observadas as peculiaridades inerentes aos contratos de trabalho a prazo; por outro lado, relativamente ao empregado admitido nos termos da Lei nº 9.601, deixam de ser observadas as mencionadas restrições e são previstas certas reduções de direitos. Por tal motivo, no contrato introduzido pela Lei nº 9.601, exige-se a intervenção do sindicato, que, ao celebrar o instrumento normativo pertinente, negociará a inserção de cláusulas aptas a compensar as desvantagens inicialmente previstas.

Que razões levaram o legislador a quebrar a sistemática observada pela CLT (no sentido de dispensar diretamente proteção ao empregado, mediante o processo do garantismo legislativo)? O desenvolvimento de uma nova consciência sindical no Brasil pode ser lembrado como um dos fatores predominantes na busca de novos caminhos, decorrentes da noção de autonomia coletiva da vontade. Passa-se a admitir a participação dos atores sociais na criação do ordenamento jurídico que lhes diz respeito.

A exteriorização do emprego já vem sendo adotada há bastante tempo. Verifica-se o fenômeno da impropriamente chamada *terceirização*.

A Lei nº 6.019, de 3 de janeiro de 1974, regula o trabalho temporário. Data de 1972, portanto, anterior à Constituição Federal de 1988. Precisa ser reelaborada, para adaptar-se ao novo texto constitucional. A Lei nº 7.102 regula o serviço de vigilância. É de 1983. Pois bem, com a exceção expressa desses dois diplomas legais, o Enunciado nº 256 da Súmula do Tribunal Superior do Trabalho declarava ilegal a contratação de trabalhador por empresa interposta, formando-se vínculo empregatício diretamente com o tomador dos serviços. Esta orientação jurisprudencial contraria a tendência à terceirização e à flexibilização.

É certo que os abusos devem ser reprimidos e as fraudes não podem merecer aplauso dos tribunais. Mas certos setores de atividade da empresa não diretamente vinculados à sua finalidade última, à produção dos bens e serviços que constituem seu objeto primordial, podem perfeitamente ser entregues a outras empresas. Deve-se combater o *marchandage*, instrumento de exploração de um trabalhador por outro. O próprio art. 455 da CLT apenas contempla a responsabilidade solidária do subempreiteiro e do empreiteiro principal, excluindo a do proprietário, aquele que é, em última análise, o beneficiário final do esforço dos trabalhadores. O mesmo não sucede quanto à responsabilidade pelas obrigações previdenciárias, já que, por força de legislação específica, esta responsabilidade solidária é afirmada (arts. 30, VI, e 31 da Lei nº 8.212, de 24.7.1991).

Nas freqüentes hipóteses em que claramente, deixa de configurar-se fraude à lei, não há razão para se proclamar a ilicitude do contrato celebrado entre a empresa fornecedora de mão-de-obra e a empresa tomadora dos serviços.

A visão estampada no Enunciado nº 256 afastava-se da orientação moderna de relegar a regulação desses aspectos à negociação coletiva. Preferível seria que, em cada caso, o entendimento direto entre os empresários e os trabalhadores aplainasse as dificuldades e prevenisse os litígios.

É essencial distinguir o "fornecimento de pessoal" da prestação de serviços por empresa. Na primeira figura, há mero *leasing* de trabalho humano, condenável sob todos os aspectos. O "agenciamento de colocações" caracteriza-se pela exploração do trabalhador, que não é empregado do intermediário: afirma-se, sem qualquer hesitação, a existência da relação empregatícia entre a empresa tomadora dos serviços e o trabalhador. Tais características não se identificam no contrato de prestação de serviços por empresa, desde que o serviço contratado se execute fora do âmbito das atividades essenciais e normais exercidas pela empresa principal.

Sensível à necessidade de alterar o Enunciado nº 256, o Tribunal Superior do Trabalho aprovou novo enunciado, cancelando o anterior: pela Resolução nº 23/93, de 17 de dezembro de 1993, o Tribunal aprovou o Enunciado nº 331, que compreende 4 itens.

No item I, o Tribunal Superior do Trabalho continua a afirmar que a contratação de trabalhadores por empresa interposta é ilegal, formando-se o vínculo diretamente com o tomador dos serviços. Deve-se entender, portanto, que a hipótese enfrentada pelo enunciado é a de fraude à lei, ou seja, intermediação de mão-de-obra, como se explicitou acima. Por ser expressamente prevista em lei, a hipótese de trabalho temporário é excluída pelo enunciado (trata-se de aplicação da Lei nº 6.019, de 3 de janeiro de 1974).

O item II do enunciado dá solução às controvérsias geradas pelo abuso costumeiramente praticado contra órgãos da administração pública direta, indireta ou fundacional: o Tribunal Superior do Trabalho declara que a contratação irregular de trabalhador, através de empresa interposta, não gera vínculo de emprego com os referidos órgãos. A fim de contornar a exigência de concurso para ingresso no serviço público, surgiu a prática de utilizar empresa interposta na contratação de trabalhador; com base no Enunciado nº 256, a Justiça do Trabalho reconhecia o vínculo empregatício com o órgão da administração pública. Agora, esta prática é inviável, porque o expediente empregado não podia mesmo ser tolerado. Se a Constituição Federal impõe o concurso público como requisito de ingresso nos órgãos da Administração direta, indireta ou fundacional, não haveria de ser o contrato de trabalho com empresa interposta que teria o condão de assegurar a eliminação de exigência, hipótese que, infelizmente e embora fraudulenta, verificou-se muitas vezes na prática.

O item III do Enunciado nº 331 assegura que não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância (Lei nº 7.102, de 20.6.1983), de conservação e limpe-

za, bem como a de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador. Para esta conclusão, porém, é indispensável, segundo o enunciado, que seja "inexistente a pessoalidade e a subordinação direta". Realmente, são freqüentes as hipóteses em que o empregado da empresa de prestação de serviços passa a executar serviços em caráter pessoal e com subordinação direta à tomadora. Neste caso, forma-se vínculo diretamente com a empresa tomadora dos serviços.

No item IV do enunciado, o Tribunal Superior do Trabalho reafirma a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços quando verifica o inadimplemento das obrigações trabalhistas por parte do empregador. Não basta, porém, este requisito de direito material. Surge uma exigência de direito processual: para que, na execução, possa ser alegada a responsabilidade subsidiária, é indispensável que o tomador dos serviços tenha participado da relação processual e conste também do título executivo judicial. Trata-se, em última análise, de aplicação do princípio do devido processo legal (CF, art. 5º, LIV), na esteira da orientação consagrada pelo Enunciado nº 205.

A subcontratação de serviços consiste na relação jurídica que surge entre a empresa contratante (ou dominante) e a que se obriga a realizar parte da obra ou do serviço (ou toda a obra ou serviço) que a primeira se comprometeu a fornecer a um cliente seu. Assume diversas modalidades, entre as quais três, por mais freqüentes, podem ser lembradas: 1ª) aumento temporário e extraordinário dos serviços; 2ª) atividades não incluídas na atividade-fim da empresa; 3ª) resultado da reestruturação da empresa (filialização).

A técnica da interposição de empresas pressupõe a prestação de serviços, tais como limpeza, segurança, etc., mediante contratos celebrados com empresas especializadas. Os serviços devem situar-se fora do âmbito das atividades essenciais e normais que constituem o objeto do comércio ou da indústria a que se dedica a empresa contratante.

A nova orientação aproxima-se, portanto, da tendência registrada nos países industrializados, de incentivo à subcontratação, bem vista pela doutrina especializada: como salienta Pedro Romano Martinez, "o subcontrato aparece ainda como forma jurídica idônea para regular as novas exigências econômicas tanto no campo da especialização técnica como no do aproveitamento dos bens"²⁸.

Além dessas inovações, o Direito do Trabalho brasileiro ainda adotou outras, sempre no sentido de privilegiar a negociação coletiva. Medida provisória mensalmente reeditada (MP nº 1.709, de 6 de agosto de 1998) consagra o contrato de trabalho em regime de tempo parcial, definido como aquele cuja duração não exceda a vinte e cinco horas semanais. O salário a ser pago aos empregados sob o regime de tempo parcial será proporcional à sua jornada, em relação aos empregados que cumprem, nas mesmas funções, tempo integral. Para os atuais empregados, a adoção do regime de tempo parcial será feita mediante opção manifestada perante a empresa, na forma prevista em instrumento decorrente de negociação coletiva. Trata-se de acréscimo ao texto da Consolidação das Leis do Trabalho, sob o nº art. 58-A.

A mesma medida provisória introduziu no direito brasileiro o chamado *lay off*, ou seja, a suspensão temporária do contrato de trabalho com o intuito de ensejar ao empregado participação em curso ou programa de qualificação profissional oferecido pelo empregador, mediante previsão em convenção ou acordo coletivo de trabalho. Trata-se também de acréscimo ao texto da CLT (art. 476-A).

6. Considerações finais: o direito promocional e a negociação coletiva

O contrato de trabalho recebe novo tratamento jurídico por parte do direito que se transforma sob a pressão das novas

²⁸ MARTINEZ, Pedro Romano. *O subcontrato*. Liv. Almedina, Coimbra, 1983, p. 23.

realidades econômicas e sociais. O contrato de trabalho típico dos "30 anos gloriosos" não é mais o mesmo do final do milênio. O direito aplicável a este contrato também não é o mesmo.

A moderna doutrina – Norberto Bobbio à frente – assinala ao direito função promocional. O Estado abandona a idéia segundo a qual o mero reconhecimento e a simples garantia negativa da liberdade sindical e dos direitos fundamentais constituem condição suficiente para sua efetividade, assim como se afasta da tendência a regular diretamente a conduta dos atores sociais. Passa a adotar, em lugar dessa característica ultrapassada, uma valorização positiva do fenômeno associativo profissional e econômico, proporcionando aos interlocutores os meios para a manifestação acorde de seus anseios, indispensáveis à plena consecução dos legítimos interesses, interesses comuns aos agentes da produção, a saber, trabalhadores e empresários. O meio para modernização do Direito do Trabalho é privilegiar as manifestações da autonomia privada dos corpos sociais intermediários.

A função do direito no Estado-providência tradicional se exerce mediante um ordenamento protetor-repressivo, ao passo que, no Estado-providência adaptado à nova realidade, concebe-se o ordenamento jurídico como ordenamento jurídico com função promocional. O legislador resiste à tentação de impor aos atores sociais um comportamento que entende desejável e, em vez de adotar essa atitude, cria mecanismos e procedimentos aptos a ensinar a esses atores sociais a auto-regulação de seus interesses e a criação de meios de composição de suas controvérsias²⁹.

A função do direito não é a de reprimir a ação dos atores, a fim de preservar o primado do Estado e dos políticos: o direito passa a desempenhar um papel ativo ao assegurar aos atores zo-

²⁹ BOBBIO, Norberto. *Contribución a la Teoría del Derecho*. Trad. de Alfonso Ruiz Miguel, Debate, Madrid, 1990, p. 379 e segs.

³⁰ WILLKE, Helmut. "Diriger la Société par le Droit". In: *Archives de Philosophie du Droit*, t. 31, Sirey, Paris, 1986, p. 211.

nas de independência e de autonomia³⁰. A legislação perde seu caráter minucioso, regulando em seus mínimos pormenores o comportamento dos atores, para revestir a forma de preceitos mais gerais e flexíveis, com o fito não de dirigir, mas de guiar ou orientar a sociedade. A este novo direito se tem atribuído o qualificativo de direito reflexivo (Günther Teubner e André-Noel Roth), falando-se também em contratualização do direito, no sentido de que a adoção e a aplicação do direito resultam de acordos formais ou informais entre os segmentos importantes da sociedade (Amselek, Morand)³¹.

A consciência da nova função do direito desprega-se da visão puramente pragmática para elevar-se a novas alturas, para impregnar até mesmo a filosofia do direito: com o fim da cultura da heteronomia nasce uma nova cultura centrada sobre o eixo da autonomia, que assume o caráter de valor central da humanidade³². O Direito renuncia à tarefa que pretenderam impor-lhe, a de agente conformador da sociedade³³.

No recuado ano de 1927, Georges Scelle fixou, em admirável síntese, a evolução do instituto do contrato de trabalho e do direito a ele aplicável. Escreve: "No começo, nós nos encontrávamos em presença de uma concepção autoritária da organização do trabalho: a corporação estreita e rígida do antigo regime, o padrão autocrata e proprietário do Código Civil. Seguiu-se o estágio intermediário do estatuto legal e da intervenção do Estado.

³¹ MORAND, Charles-Albert. (org.). *L'Etat Propulsif*. Publisud, Paris, 1991; TEUBNER, Günther. *Le Droit, un système autopoïétique*. Trad. de Gaby Mayer, PUF, Paris, 1993, p. 101 e segs.; PIROVANO, Antoine (sous la dir.). *Changement Social et Droit Négocié*. Economica, Paris, 1998; Robert Salais et Laurent Thévenot (éds.). *Le travail - Marchés, Règles, Conventions*. Economica, Paris, 1986.

³² RENAUT, Alain. "Droit des Juristes ou Droit des Philosophes". In: *Pierre Bouretz (sous la dir.). La Force du Droit*. Ed. Esprit, Paris, 1991, p. 234.

³³ PASSOS, J. J. Calmon de. *A função Social do Processo. Anais do IV Seminário da Escola Judicial do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região*, Belo Horizonte, 1997, p. 39 e segs.

Agora, antevemos o surgimento de uma regulamentação competente, técnica, autônoma da produção, baseada no consenso de seus fatores sociais: o capital, a força de trabalho, a ciência técnica. A lei universal do empregador ou o Parlamento se transforma, pela contratação coletiva, em lei convencional emanada dos próprios interessados, pode-se dizer, em governo direto e democrático da produção³⁴.

Em outras palavras: no começo, foi a lei do empregador; depois a lei do Estado; no futuro, será a lei dos parceiros sociais.

Esta seqüência de fases já conduziu ao terceiro de seus estágios: ganha força, cada vez mais, a autonomia coletiva privada. Mas, para que o termo final desse processo evolutivo seja alcançado, certos requisitos deverão ser observados: democracia, liberdade sindical, mentalidade dos atores sociais afeiçoada aos métodos da negociação coletiva, função promocional do Direito.

³⁴ SCELLE, Georges. Précis élémentaire de législation industrielle. Recueil Sirey, Paris, 1927, p. 350.