

**A TERCEIRIZAÇÃO COMO FATOR DE DESIGUALDADE FORMAL
ENTRE TRABALHADORES E COMO MECANISMO DE
FRAGILIZAÇÃO DA RELAÇÃO DE EMPREGO**

**LA TERCERIZACIÓN COMO FACTOR DE DESIGUALDAD FORMAL
ENTRE TRABAJADORES Y COMO MECANISMO DE
FRAGILIZACIÓN DE LA RELACIÓN DEL EMPLEO**

FRANCISCO ERCÍLIO MOURA

Professor Doutor em Ciências Sociais, com especialidade em História, pela Universidade Nacional Mayor de San Marcos, Lima, Peru, (2010); com título reconhecido pelo Programa de Pós-Graduação em Sociologia da Universidade Federal do Ceará (UFC); mestre em Sociologia pela Universidade Católica de Lima, Peru, (1979); graduado em Direito pela Universidade Cândido Mendes, Rio de Janeiro (1974); licenciado em Direito pela Universidade Católica de Lima, Peru, (1979); possui especialização em temas de Direito do Trabalho e Relações Laborais, pela Universidade de Bolonha, Itália, (1998); Auditor da Norma Social Accountability (SA 8000), no campo da Responsabilidade Social Empresarial (2004). Advogado, defensor no sistema interamericano de proteção dos direitos humanos. Consultor Externo sênior no Centro de Derechos y Desarrollo (CEDAL / Peru), e Professor da Pós-Graduação em Direito do Centro Universitario Christus – Unichristus.

E-mail: emoura25@hotmail.com.

ANTÔNIO TORQUILHO PRAXEDES

Professor do curso de Direito (graduação) e coordenador executivo e acadêmico dos programas de pós-graduação (*lato sensu*) em Direito Constitucional, no Centro Universitário Christus. Possui pós-graduação (especialização e mestrado) em Ciências Jurídico-Comunitárias pela Universidade de Coimbra (2005), pós-graduação (especialização) em Processo Administrativo pela Universidade Federal do Ceará (UFC - 2002) e graduação em Direito pela Universidade de Fortaleza (UNIFOR - 2000). E-mail: antoniotorquilha@gmail.com.

RESUMO

Este artigo tem por escopo demonstrar de que forma as reformas legislativas que estão sendo discutidas no Congresso brasileiro põe em risco a igualdade formal de trabalhadores, inclusive com um efeito secundário sobre a integridade da relação de emprego. A pesquisa parte da concepção de que o Direito do Trabalho consolidou-se em função de dois princípios elementares: a não discriminação e a proteção do emprego. Tratam-se de dois princípios basilares que compõem garantias de uma relação de trabalho pautada na justiça social e na valorização do trabalho humano, visando o desenvolvimento econômico e garantindo um patamar de segurança jurídica vinculada ao bem-estar social, nos moldes constitucionais do atual Estado Democrático de Direito.

PALAVRAS-CHAVE: Relação de emprego. Terceirização. Precarização do trabalho.

RESUMEN

Este artículo pretende demostrar la manera por la cual las reformas legislativas que están siendo discutidas en el Congreso brasileño colocan en riesgo la igualdad formal de los trabajadores, cuyos efectos secundarios llegarán a impactar sobre la integralidad de la relación del empleo. Esta investigación parte de la concepción de que el Derecho del Trabajo se consolidó en función de dos principios elementales: la no discriminación y la protección del empleo. Se tratan de dos principios fundamentales que dan sustento a las garantías en una relación de trabajo que se sustenta en la justicia social y en la valorización del trabajo humano, como instrumentos del desarrollo económico de modo a garantizar un nivel adecuado de seguridad jurídica que se vincula al bien estar social, en consonancia con los modelos constitucionales inherentes al Estado Democrático de Derecho.

PALABRAS CLAVE: Relación de trabajo. Tercerización. Precarización del empleo.

INTRODUÇÃO

Existem diversas formas de contrato para a prestação de serviços laborais. Diante da diversidade de formas contratuais, opta-se por discutir a modalidade contratual conhecida por “terceirização” para que haja maior solidez metodológica. A partir dessa escolha, abordar-se como foco a fragilização da igualdade formal entre trabalhadores que executam o mesmo trabalho e com mesmo valor às empresas, mas diante do contrato de terceirização de mão-de-obra entre empresas. Mas, por ainda ser cabível dentre as formas de locação e sublocação de serviços e, ainda, diante da existência dos habituais contratos de empreitada, restringe-se ainda mais o objeto de análise, para revelar os riscos de terceirização da atividade-fim entre empresas e seus reflexos sobre o trabalho subordinado e a desvirtuação à relação de emprego.

Como é cediço dentre os juslaboralistas, as dinâmicas empresariais integram-se ao âmbito da organização social pela via da valorização do trabalho humano. Em outros termos, diante da hegemonia do sistema de produção de bens e prestação de serviços, e de sua recepção pelo vigente sistema jurídico-político, nada mais natural que surja uma limitação à liberdade dos setores produtivos, nas mais diversas áreas, com o intuito de preservar a cultura que privilegiou o trabalho decente como uma das formas de realização do processo civilizacional. Isso porque, até o presente momento, a força humana é transformadora e criadora de riquezas, fazendo com que o sistema de produção dependa de formas humanizantes da prestação do trabalho e atenda, dessa forma, ao desenvolvimento das sociedades e ao equilíbrio entre interesses antagônicos e complementares – como os existentes entre lucro e salários, ou entre progresso e preservação ambiental, para citar dois exemplos.

Como o título da investigação indica, existe uma clara diferença entre contrato de trabalho e contrato de emprego; os manuais e tratados doutrinários fazem essa distinção, sendo despropositado tentar reproduzi-la num texto técnico-científico direcionado a profissionais e teóricos que já estão familiarizados com a nomenclatura aludida. De sorte que, incorporadas essas distinções, far-se-á um exame doutrinário e jusfilosófico que se percebe associado às construções teóricas do Direito do Trabalho, revelando o *dever ser* implícito e orientador da correta normatização das relações de trabalho, com foco à proteção do trabalhador e da relação ao emprego, conforme a tradição ocidental profundamente enraizada nas práticas sociais e nas

normas jurídicas nacionais. Assim, quando forem feitas alertas sobre a fragilização das relações laborais, ter-se-á por foco o trabalho subordinado que atende as necessidades específicas da atividade-fim da empresa, diante da prévia noção de que os riscos da atividade produtiva são de responsabilidade do empresário.

Dessa forma, o trabalho ficou dividido em duas partes. Na primeira, aborda-se o princípio da igualdade formal como elemento caracterizador de um mínimo regulatório inerente ao Estado de Direito, fugindo de forma consciente da discussão sobre a extensão da igualdade no seu aspecto material, com o intuito de evitar a incidência de temas de cariz fortemente ideológico. Na segunda, apresenta-se uma análise hermenêutica dos artigos do Projeto de Lei nº 4330/2004 que têm apoiado os interesses econômicos das entidades patronais, numa tentativa de demonstrar as fragilidades desse projeto legislativo e os prejuízos que poderia acarretar sobre os direitos fundamentais sociais.

À guisa de conclusão, opta-se por uma síntese teórico-científica sobre as teses e antíteses presentes tanto nas pretensões, quanto nas resistências relativas ao fenômeno da terceirização da atividade-fim das empresas. Implica dizer antecipadamente que, mesmo que se considere a terceirização como uma ferramenta de flexibilização da relação jurídico-laboral e como um viés de manutenção da competitividade e do crescimento econômico, é relevante considerar os riscos sociais que tal medida acarreta. Ressaltando-se que, a todo instante, é preciso lembrar que a economia é formada por empresas e trabalhadores, sendo necessária uma visão humanista que atenda ao paradigma da regulamentação dos direitos humanos, como um limite jurídico-político aos interesses puramente mercadológicos.

1 A TERCEIRIZAÇÃO COMO FATOR DE DESIGUALDADE FORMAL ENTRE TRABALHADORES

A Constituição da República Federativa do Brasil, ao inaugurar novo ordenamento jurídico e fornecer as bases da organização estatal, instituiu um Estado Democrático de Direito, comprometido com os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa. Atendendo aos valores insculpidos na Carta Internacional Americana de Garantias Sociais (ou Declaração dos Direitos Sociais do Trabalhador), assinada no Rio de Janeiro em 1947, no âmbito do sistema regional de proteção aos direitos

humanos, e àqueles constantes na Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH), que inspira o sistema universal de proteção, por sua vez, chancelada em 1948, no Palácio de Chaillot na cidade de Paris, a Carta Política agora em vigor se propugna a garantir a justiça social na produção de riquezas. Assim, baseando-se num regime jurídico-político socialdemocrata, o Estado brasileiro compromete-se a garantir a produção industrial com assento na propriedade privada e no trabalho decente, conforme as linhas gerais estabelecidas constitucionalmente.

De sorte que se pode afirmar que, mesmo sendo essas normas internacionais decorrentes de cartas de intenções sem força imperativa (aprovadas por meio de instrumentos internacionais sem força vinculante), a Constituição de 1988 consagra um conjunto de direitos e garantias fundamentais que deriva dessa política internacional de proteção ao ser humano (ARANGO, 2005: 207), na linha dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (DESC's). Além do mais, como um dos princípios que regem o funcionamento republicano brasileiro, vigora o princípio da prevalência dos direitos humanos, fruto dos trabalhos dos organismos e organizações internacionais de proteção aos direitos básicos do gênero humano.

Na doutrina jurídica, uma vez transpostos ao ordenamento jurídico interno de cada país, de acordo com as regras que regem essa transposição, e positivados em nível constitucional, tais regras de proteção tornam-se direitos fundamentais (CANOTILHO, 2003, p.473) e são inquestionavelmente imperativos e vinculantes, passando a operar efeitos de eficácia vertical nas relações entre Estado e indivíduo, e horizontal nas relações dos indivíduos entre si (SARLET, 2006, *passim*) e, em última instância, estão sujeitos ao critério da irreversibilidade e proibição de retrocesso (CANOTILHO, 1998, p.47). Dessa forma, pode-se dizer que são oponíveis tanto ao Estado, quanto à Sociedade e aos indivíduos, ou seja, de aplicação geral. Ainda, em razão da resistência dos setores mais conservadores da doutrina, convém salientar que esses direitos fundamentais também englobam os direitos sociais e ambientais, além daqueles largamente aceitos pela doutrina liberal, isto é, aqueles assim considerados civis e políticos ou de primeira dimensão (BONAVIDES, 2006, p.563).

Entretanto, à partida deve-se perceber que, dentre os chamados direitos de primeira dimensão figura o princípio da isonomia, que é uma das mais importantes garantias constitucionais do modelo de Estado de Direito, vigorando desde o início do Estado Liberal (STRECK e MORAIS, 2010, p.61). Esse princípio, que assegura o

direito à igualdade de todos perante a lei, figura já no rol dos direitos fundamentais civis e políticos, e constituiu-se como um limite aos desmandos no exercício do poder, impondo o critério de impessoalidade da lei, desde o seu nascedouro, para os casos genericamente reproduzidos na legislação, com o intuito evidente de impedir os privilégios (MALUF, 2003, p.129). Os desdobramentos pelo qual o princípio passou, porém, estenderam-lhe o significado, ao ponto a doutrina jurídica mais progressista admitir que o Estado possa agir no sentido de promover o acesso de todos ao Poder – pela via das democracias representativa e participativa – e aos serviços mínimos de bem-estar social.

Embora a doutrina das ciências sociais e humanas aplicadas registre uma antiga e longa discussão sobre a possibilidade de uma igualdade material ou social (socioeconômica) entre os indivíduos, a importância de se reconhecer uma igualdade formal representa um mínimo teórico do qual os juristas não podem se furtar em reconhecer e valorar. De outra forma, embora a legislação vigente apresente diversas formas de igualdade *através* da lei (BONAVIDES, 2006, p.376), nos casos que envolvem as relações jurídicas de trabalho (tanto por meio de normas jurídicas substantivos, quanto por normas de direito adjetivo), considerar que pessoas que se encontram numa mesma situação jurídica devem receber tratamento igual é o fundamento da noção de legalidade, mesmo considerando-se as implicações disso numa sociedade substancialmente heterogênea. Como se pode constatar, essa leitura sobre a isonomia ou igualdade perante a lei tem por fundamento a proteção dos valores mínimos de uma sociedade que elegeu reger-se por normas jurídicas que não criam situações de privilégios nem de desvantagens formais, mas que reconhecem as situações específicas sobre as quais o regramento legal opera efeitos de maneira similar (SILVA, 2000, p.217).

Como é evidente, se for operado o desdobramento do princípio da isonomia, que reconhece a desigualdades existentes entre pessoas desiguais, chega-se à conclusão preliminar que seria possível um tratamento diferenciado e uma flexibilização dessa desigualdade para atender e tentar corrigir as situações de desequilíbrio formal entre pessoas que possa significar a perda de direitos ou que acarretem situações de risco contrárias às finalidades do ordenamento jurídico (SARLET, 2006, p.42). Em outras palavras, considerando-se os fundamentos e objetivos do Estado Democrático de Direito, diante de uma perspectiva pós-positivista,

que incorpora valores humanos aos princípios técnico-científicos de funcionamento do ordenamento jurídico, é forçoso reconhecer que todo esforço hermenêutico empregue na delimitação do sentido e do alcance das normas jurídicas vigentes deverá sempre partir das noções de sociedade justa, livre e solidária, tendente à realização da pacificação pela via das regras de uma justiça social de inclusão e distribuição de bem-estar e felicidade (BONAVIDES, 2004, pp.184-185).

Uma vez que o legislador constituinte originário tenha assegurado a proteção ao valor social do trabalho como um fundamento do Direito positivo brasileiro, associando essa atividade humana aos valores da cidadania e da dignidade da pessoa humana, várias conclusões podem ser obtidas acerca de como essa proteção é implementada. A primeira delas é a de que o trabalho, como meio de sustento, não pode ser um fim em si mesmo, nem tampouco degradante ou humilhante, e jamais desumano (NASCIMENTO, 2004, pp.496-497). Em outras palavras, para uma sociedade cujos objetivos figuram a redução das desigualdades sociais e a extinção da discriminação de qualquer natureza, curial é estabelecer regras mínimas que impeçam que as relações sociais do trabalho estejam sujeitas unicamente à égide do poder econômico. A segunda delas é decorrente da primeira, e está ligada à noção de pluralismo jurídico ou à aptidão de confecção de normas jurídicas entre particulares (LÔBO, 1999, p.108). Isso quer dizer que, havendo uma pluralidade de fontes jurídicas, que decorrem de diversas esferas de poder social (na família, nas empresas, nas associações, nas congregações religiosas, dentre outros espaços sociais), as normas contratuais estabelecidas pela livre iniciativa estarão sujeitas ao conjunto de regras de ordem pública e de interesse social. Por último, mas não menos importante, chega-se à constatação de que as normas contratadas entre particulares que regulam a utilização da força de trabalho estão também limitadas por essas normas cogentes de interesse social. Essa limitação se dá porque, embora pressuponham a liberdade de aceitação dos trabalhadores e a manifestação de liberdade contratual (BOBBIO, 1999, p.28), a sua produção quase nunca conta com a intervenção dos operários na elaboração das regras do contrato de trabalho (NASCIMENTO, 2004, p.499).

Toda essa nova abordagem constitucional vem no intuito de reforçar as conquistas históricas da representação sindical e das lutas sociais que ocorreram no Brasil e no resto da América Latina, e integram aquilo que se pode chamar de uma cultura laboral largamente influenciada pela contribuição dos povos europeus. Seu

nascedouro está na constituição jurídico-política que remonta ao período do desenvolvimento do Estado Social. Mas o que há de novo é a concepção de que esses direitos sociais são substancialmente democráticos e, com isso, decorrem de uma nova perspectiva sobre a importância do trabalho na construção da Democracia: uma democracia laboral, criadora de riquezas e responsável pelo desenvolvimento social sustentável (PIÑEIRO, 2007, pp.104-105). Nesse sentido, o espírito do ordenamento jurídico, se assim se quiser falar de um sentido teleológico do sistema vigente, aponta para a construção de normas sociais amplamente discutidas, com a participação de entidades patronais e sindicais, e com a intermediação salutar e conciliadora do Estado, dentro do modelo tripartite de negociação coletiva, ou dos instrumentos de participação democrática contidos na Constituição Federal.

Porém, como é evidente num regime democrático, existem discursos que podem ser considerados como uma “subcultura” própria do sistema de produção de riquezas, que integram a dialética inerente a uma tensão entre poder social e poder econômico no âmbito das relações laborais. Isso decorre da percepção de que, do lado da força de trabalho, cria-se uma tensão pela melhoria das condições de prestação e remuneração da atividade dos trabalhadores, enquanto do lado da iniciativa privada, estabelece-se uma resistência a essa tensão, no sentido contrário, a exigir uma diminuição de custos sociais e o conseqüente aumento dos lucros do capital e da acumulação de riquezas pelos investidores e detentores dos meios de produção privados. É o que ocorre, por exemplo, com o discurso neoliberal, que propugna uma maior flexibilização das condições contratuais, favorecendo uma maior liberdade na contratação e demissão de trabalhadores, diminuição de encargos previdenciários e tributos, e envio de capitais e dividendos da produção para o exterior, com vistas a assegurar maior crescimento econômico das empresas. Essa situação evidencia aquilo que se costuma revelar como a dicotomia capital *versus* trabalho, conforme a concepção moderna de conflito social que alimentou o final do século XIX e os três primeiros quartos do século XX.

No esteio desse choque de interesses socioeconômicos, e diante das tendências que se verificaram na alteração da produção no sistema mundo de produção capitalista globalizado, constata-se um recrudescimento das políticas de flexibilização das normas de Direito do Trabalho. Esse revés deve-se às novas abordagens de cunho gerencial que propuseram e executaram medidas de

externalização de custos empresariais (URIARTE, 2006), diante de fenômenos como deslocalização de empresas, *dumping* social e terceirização da produção, que tiveram como paradigma de sustentação o sucesso do *toyotismo* japonês (AVELÃS NUNES, 2006, pp.241-242). Em outras palavras, a globalização proporcionou um fluxo de capitais e uma maior mobilidade às empresas, que puderam direcionar os seus recursos produtivos a países com sistemas jurídicos com menor intervenção regulatória nas atividades produtivas, quer se tratassem de normas jurídicas protetoras da relação laboral, quer daquelas normas de seguridade social e, ainda, aquelas que regulam a proteção do meio ambiente, a título de exemplo (ANTUNES, 2005, p.87). Para justificar essas novas práticas empresariais, estruturaram-se novas formas de justificação do papel dos trabalhadores na produção, que perdem a sua condição de “subordinados” e passam a ser “colaboradores” produtivos (BOLTANSKI e CHIAPELLO, 2009, p.85): o salário perde a sua propriedade indenizatória de contraprestação e assume um caráter recompensatório pela produtividade; o trabalho perde o seu significado de ação humana para uma existência digna, e o transforma-se numa mercadoria aplicada à produção (ANTUNES, 2005, pp.26-28).

Todavia, no que respeita diretamente à terceirização, a despeito de defender uma horizontalidade e pulverização da gerência e organização das atividades produtivas, o que ela revelou na prática foi a continuidade da centralização da gestão da produção e da subordinação dos trabalhadores à atividade-fim da empresa tomadora de serviços (ANTUNES, 2005, p.93). Isso significa que, a despeito de transferir as etapas produtivas a diversas empresas, o poder de determinar o resultado final da produção continuava a residir no poder decisório da empresa detentora do *know how* e dos investimentos produtivos (BOLTANSKI e CHIAPELLO, 2009, pp.99-100). Na prática, o que a terceirização produziu foi a diminuição de custos sociais e de riscos contratuais à empresa tomadora, transferindo-os às empresas fornecedoras de mão-de-obra, operando-se uma modalidade de democracia nas atividades empresariais de baixíssima intensidade social.

Porém, deve-se salientar que, até o presente momento da confecção desta investigação, ainda vigora a proibição da terceirização da atividade-fim das empresas. Isto é, tanto por força da jurisprudência que ainda informa os tribunais brasileiros, consubstanciada na Súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho (TST), quanto nos atuais dispositivos celetistas e estatutários em vigor no ordenamento jurídico

brasileiro, somente é possível a terceirização das atividades-meio, quais sejam, aquelas atividades laborais não ligadas diretamente à finalidade produtiva das tomadoras de serviço. A justificativa técnico-jurídica para essa limitação legal é a consideração doutrinária que investiga e explica a *teoria do risco*, visto que esta se coloca como uma diretriz regulatória e que atribui a responsabilidade jurídica dos riscos do negócio ao setor produtivo (GAGLIANO e PAMPLONA FILHO, 2005, p.155).

Esse impedimento legal proporciona uma garantia de igualdade formal entre trabalhadores, pois obsta que trabalhadores subordinados que executem trabalho igual e de mesmo valor recebam remuneração diferenciada numa determinada indústria, nos termos do art. 7º, inciso XXX da Constituição. Ainda, seria o caso de se considerar uma situação de desigualdade formal no caso de trabalhadores que executem o mesmo trabalho, numa mesma categoria laboral, estivessem excluídos de participar nos organismos de representação sindical, por estarem na condição de terceirizados, em sério comprometimento ao disposto no inciso III do art. 8º do Texto Maior.

Como se vê, no caso da terceirização da atividade-fim, os trabalhadores terceirizados trabalham em condições de subordinação direta e proteção jurídica indireta. Faz-se essa afirmação porque, analisando-se a realidade dos fatos por meio de uma lógica simples, os trabalhadores vinculados juridicamente à empresa sedente de mão-de-obra estariam submetidos ao poder de subordinação da empresa tomadora de serviços, executando trabalho igual e de mesmo valor mas, por força do vínculo jurídico com uma empresa intermediária, não gozariam dos mesmos direitos dos empregados formalmente contratados pela empresa contratante – o que contraria disposição expressa do nº 2 do art. XXIII da DUDH. Inclusive, percebe-se que a distinção entre trabalhadores está proibida no art. 7º, inciso XXXIV do Texto Constitucional, vez que a lógica que alimenta o Direito Constitucional do Trabalho seria o de proporcionar o aumento da proteção conferida aos trabalhadores: quando se fala em igualdade de direitos entre os trabalhadores, preza-se o aumento dos níveis de proteção dos autônomos, terceirizados e subcontratados, e não a diminuição dos direitos daqueles que se encontram numa autêntica relação de emprego.

Diante desta fundamentação teórica, com base nas normas constitucionais e provenientes dos tratados internacionais consignados pelos representantes políticos brasileiros, estabelecem-se as bases para uma interpretação das propostas de

alteração das normas que protegem a relação de emprego. Significa dizer que as propostas de inclusão do instituto jurídico-laboral da terceirização da atividade-fim compromete os valores sociais do trabalho, pois desconstrói tanto a diretiva de trabalho decente, quanto aquela que institui o conceito de democracia laboral.

2 A TERCEIRIZAÇÃO COMO MECANISMO DE FRAGILIZAÇÃO DA RELAÇÃO DE EMPREGO

Para um debate sério e apegado aos princípios do Estado Democrático de Direito consagrado na Carta Matriz de 1988 e às normas internacionais de proteção das relações laborais, é mister abordar o tema da terceirização relacionando-o ao enfoque jurídico-constitucional pátrio e aos sistemas regionais e universal de proteção dos direitos humanos sociais. Essa perspectiva revela a evolução dos institutos que conferem um conjunto de direitos mínimos, consagrados no sentido de assegurar uma equitativa distribuição de justiça social (BOBBIO, 2007, p.24), quando o trabalho e a livre iniciativa são considerados como fatores inerentes à produção de riquezas, num sistema que pressupõe a acumulação como uma variável determinante das relações econômico-sociais de uma economia de mercado.

Em que pese a lacuna normativa referente à regulamentação liberdade contratual de modalidades externalizadoras dos custos sociais do trabalho – como é o caso específico da forma de contratação da terceirização da atividade-fim da empresa tomadora de serviços (BOLTANSKI e CHIAPELLO, 2009, pp.272-273) –, houve a formação de precedentes e entendimento jurisprudencial do TST, que impuseram limites a esse tipo contratual, haja vista a interpretação sistêmica e finalística do ordenamento jurídico brasileiro, mormente o “espírito das leis” que formam a Consolidação da Legislação do Trabalho (CLT).

Assim, preservando a estabilidade no emprego, conforme preceito constitucional expresso no art. 7º da Constituição Federal, no Enunciado de Jurisprudência nº 256, de 30/09/1986 do TST há a defesa do vínculo empregatício com o tomador de serviço e a consideração da ilegalidade do contrato de terceirização da atividade fim. No exame do quesito “segurança no emprego”, Alexandre de Moraes (2007, pp.432) preleciona que considera-se injustificada a demissão motivada por “motivação disciplinar, técnica, econômica ou financeira”. Como se vê, o liame jurídico entre o trabalhador terceirizado e a empresa tomadora, no quesito atividade-fim, está

diretamente ligado à estabilidade no emprego. No mesmo sentido caminha a hermenêutica do Enunciado de nº 331, de 21/12/1993, no qual se pode constatar que o intuito dos magistrados laboristas era o de preservação da natureza jurídica da relação individual de emprego – que representa uma forma de contratação laboral qualificada pela pessoalidade, continuidade, subordinação e dependência econômica (CAMINO, 2004, p.235) -, vez que o risco da atividade empresarial não poderia ser transferido indiretamente aos trabalhadores (PINTO, 1995, pp.278-279; GOMES e GOTTSEHALK, 1972, pp.212-214), diante de se considerar a natureza alimentar do salário (art. 6º combinado com o art. 7º, inciso IV da Constituição) e do trabalho ser um fator edificante do valor *dignidade da pessoa humana*.

Dessa forma, deve-se ressaltar que o Enunciado nº 331 do TST continua a produzir efeito informativo aos membros da Justiça do Trabalho. Existe uma divisão na doutrina jurídica que se debruça sobre o sistema romano-germânico de fontes normativas do Direito. Embora a discussão sobre a possibilidade (DINIZ, 2006, p.296) e impossibilidade (CERQUEIRA, 1961, p.218; CATHARINO, 1981, p.95; GONÇALVES, 1981. p. 3; NADER, 2010, p.171) de se reconhecer a jurisprudência como fonte formal de Direito, é evidente que é um recurso que serve como critério de interpretação aos juízes de primeira instância e aos magistrados dos tribunais. Dito isso, convém salientar que tal Enunciado faz referência direta às leis nº 6.019, de 03/01/1974 e nº 7.102, de 20.06.1983, ambas regulando especificamente os casos em que se admite a contratação indireta de trabalhadores por empresa interposta, refletindo diretamente sobre a relação de emprego.

O fundamento constitucional do Enunciado decorre diretamente da função jurisdicional que, ao estabelecer um entendimento jurisprudencial, atende à previsão constitucional expressa que indica a função da Justiça do Trabalho de processar e julgar as ações decorrentes da relação de trabalho (art. 114, inciso I da Lei Maior). Essa demarcação de competência gera a constatação de que há uma distribuição de atribuições em razão das especificidades da relação jurídico-laboral, que não se enquadram na zona de análises civilístico-contratualistas, exatamente porque o vínculo jurídico entre empregados e empregadores decorre de uma relação jurídica de subordinação, não havendo “paridade de armas” entre o proprietário dos meios de produção e o operário que vende sua força de trabalho (MORAIS, 2007, pp.1599-1600).

Diante da necessidade de especialização dos órgãos encarregados de promover a função jurisdicional, o Legislador Constituinte Originário optou pela adoção de uma estrutura capaz de atender à situação contratual peculiar existente no vínculo jurídico entre empregador e trabalhador, pois ela dá lugar a um regime diferenciado de proteção jurídica. Esse fenômeno jurídico-processual leva em conta que o Estado promove, por meio de seu ordenamento jurídico, um conjunto de princípios e regras jurídicas gemelares com os princípios e regras de Direito do Trabalho: princípio da primazia da realidade, princípio da proteção efetiva do trabalhador, princípio da indisponibilidade das verbas trabalhistas (DELGADO, 2004, p.116), além do direito de liberdade de associação e exercício da atividade sindical, direito de proteção à família do trabalhador (paternidade e maternidade), direito ao salário mínimo e assim por diante, conforme disposto no Capítulo II do Título II da Constituição.

A exegese de tais disposições constitucionais e infraconstitucionais revelam que há um descompasso entre os contornos jurídicos da proteção ao emprego e os interesses de mercado do sector empresarial. Isso porque essa modalidade de subcontratação de trabalhadores possibilita um nível exacerbado de intensificação da exploração do trabalho, diante da precariedade da relação contratual, como se pode extrair dos ensinamentos de Boltanski e Chiapello (2009, p.273):

(...) aumentar a intensidade do trabalho, valendo-se da pressão do mercado, que se mostra como fator externo não controlável, liberando a supervisão local, que lhe está submetida. Esse modo de controle externo é mais poderoso e legítimo que o controle que poderia ser exercido pela hierarquia dos terceirizadores sobre seu próprio pessoal.

É nesse contexto da intensificação da exploração do trabalho que vêm as propostas reformadoras do atual status quo da regulação, como também atentos ao influxo da “teoria do foco” aplicada na Ciência da Administração (BOLTANSKI e CHIAPELLO, 2009, pp.277-279). Tal tendência só pode ser combatida se houver uma atuação judicial que dê aplicabilidade aos dispositivos constitucionais que se opõem às práticas flexibilizadoras do mercado, à semelhança da resistência que é oposta pelos dispositivos internacionais de proteção aos direitos dos trabalhadores.

Essa não tão nova política, já defendida desde os anos de 1970 nos países que aderiram à agenda neoliberal, aceita pela ideologia do *new business*

(BOLTANSKI e CHIAPELLO, 2009, p.382), institui o entendimento segundo o qual todos os discursos que abordem as questões sociais devem se adequar aos contornos de uma linguagem mercadológica voltada ao *outsourcing* dos custos sociais, enquanto o Estado deve se abster de qualquer tipo de intervenção que possa acarretar diminuição da produtividade empresarial e aumento de custos sociais encarecedores da produção (BOLTANSKI e CHIAPELLO, 2009, pp.120-121). Porém, o melhor exemplo de consolidação dessa resistência é o documento elaborado em parceria com o Fundo Monetário Internacional (FMI), no âmbito da reformulação dos acordos de Breton Woods (capitaneado pelo então formado Banco Mundial), intitulado “Consenso de Washington”, de 1989 – período no qual a força desse modelo atinge o seu ápice, na desregulamentação de direitos sociais em todo o globo (SANTOS, 2002, pp.27-31).

Este é o ponto inicial para um enfoque crítico sobre o estado atual do debate do fenômeno da terceirização no campo das relações de trabalho e acesso ao emprego no Brasil, fenômeno que permeia as relações trabalhistas nos setores público e privado desde os albores do regime militar de 1964. No sector público, que compreende a administração pública e empresas estatais, o fenômeno iniciou-se com a reforma promovida pelo Decreto Lei nº 200 de 1967, cujo pano de fundo consistia em impedir o crescimento desmesurado do funcionalismo da administração pública no Brasil. Assim, enquanto o Estado brasileiro avançava na concretização do “milagre brasileiro” de crescimento econômico, o aparato burocrático necessário a tal crescimento não poderia onerar demasiadamente o Estado – acarretando, por exemplo, endividamento público, aumento da carga tributária indireta e encarecimento das taxas de inflação -, mas deveria contar com um número suficiente de trabalhadores que pudesse dar vazão às atividades de fiscalização, controle e prestação de serviços públicos, na medida desse crescimento econômico: os poderes públicos demandavam novas contratações, assim como as então criadas empresas públicas também deveriam dispor de novos mecanismos para a contratação de mão-de-obra. Como se pode observar, o Estado foi o primeiro a adotar modalidades contratuais de intermediação da contratação de trabalhadores, pela interposição de empresas como fornecedoras de serviços especializados para alimentar as necessidades de um mercado produtivo que contava com a participação massiva do Estado como produtor de bens e fornecedor de serviços (POCHMANN, 2004, p.28).

Esse modelo de Estado interventor na Economia sofrer um revés a partir do fim da bipartição ideológica que ficou conhecida como “Guerra Fria”. Diante da hegemonia da ideologia de liberalização das economias, promoveu-se paulatinamente um desmonte do modelo de Estado Providência, e os Estados foram incentivados a se abster de intervir na Economia, desregulando seus mercados de trabalho e diminuindo a sua participação na promoção de serviços ao público – como demonstram os processos de privatização que ocorreram no mundo ocidental (SANTOS, 2002, p.30). Destarte, essa inicial reforma toma novo impulso nos anos 1990, a través da aplicação do Plano Diretor de Reforma do Aparelho de Estado (COSTA, 2008, pp.864-865). Em sintonia com os mandamentos neoliberais dominantes na época, e definidores das políticas públicas no Brasil, o debate levou o Judiciário trabalhista a reformar sua então jurisprudência contida no Enunciado nº 256, por meio da adoção de um novo Enunciado presente até hoje na controversa Súmula 331, cuja aplicação se faz extensiva aos contratos que norteiam as relações laborais no campo da atividade privada.

Entretanto, mesmo diante de todas essas tensões sócio-econômicas, o Legislador Constituinte Originário brasileiro optou pela adoção de uma Constituição republicana que recepcionou uma diversidade de direitos sociais historicamente conquistados. Incorporou nesse texto a tradição de uma cultura laboral que se opunha de forma veemente à concentração de poder político por parte daqueles que já detinham o poder econômico, e que adotou dois capítulos em dois títulos constitucionais distintos, mas imbricados: o que é pertinente aos direitos sociais, e o que regula as atividades econômicas. Assim, por considerar que o sistema capitalista requer os fatores econômicos “trabalho” e “capital”, colocou o primeiro sob o manto da dignidade da pessoa humana, e revestiu o segundo da proteção à propriedade privada, dando aos dois a responsabilidade da promoção do valor social inerente à não discriminação e à melhoria das condições de vida da população – por meio da redução da pobreza e da marginalização, como objetivos republicanos.

Não obstante haver essa proteção constitucional – constituída sob a égide de um sistema que consagra direitos fundamentais sociais -, outro cenário onde se trava uma surda batalha contra a efetiva proteção da relação de emprego é o Congresso Nacional. Desde o ano de 2004 aguarda votação o Projeto de Lei nº 4.330, de autoria do Deputado Sandro Mabel que, em 2006, foi aprovada na *Comissão de*

Desenvolvimento Econômico, Indústria e Comércio e, em 2011, pela *Comissão de Trabalho, Administração e Serviço Público*. Uma vez na Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania, o referido projeto foi modificado, passando a ser identificado como PL nº 4.330/2004-A, cuja principal característica é permitir a terceirização em todas as atividades públicas e privadas, sem limites. O estado da questão, na atual conjuntura social e política que atravessa hoje o País, levanta a necessidade de refletir sobre os verdadeiros limites constitucionais que se impõem a essas iniciativas que propõem a terceirização sem limites nas atividades públicas e privadas das relações laborais no Brasil.

No âmbito dessa discussão, convém lembrar que o Estado, tendo sido o primeiro beneficiário dos contratos de terceirização, agora avança no sentido de flexibilizar o vigente modelo de relação empregatícia, estendendo essa possibilidade contratual aos entes privados. A súmula nº 331 do TST foi permissiva, nesse sentido, conferindo legalidade aos contratos terceirizados às atividades especializadas, estabelecendo, jurisprudencialmente, as figuras jurídicas da atividade-meio e atividade-fim, impedindo a terceirização somente no segundo caso. Essa manobra criou as condições jurídicas necessárias àquele dinamismo mercadológico citado alhures, ao tempo em que fragilizou o sistema de bem-estar juslaboralista e intensificou o processo de externalização e redução dos custos sociais relativos à atividade produtiva, atendendo, como é evidente, às demandas empresariais do *new business* (BOLTANSKI e CHIAPELLO, 2009, pp.228). Mas essa já não é a tendência das novas tentativas de fragilização dos direitos fundamentais sociais, como se verá, a seguir.

Ocorre que, o marco legal sobre a terceirização de trabalhadores que está em avançada pauta de discussão no Congresso Nacional brasileiro é o Projeto de Lei nº 4.330/2004. Esse projeto estabelece as linhas gerais de regulamentação da contratação e subcontratação de serviços entre empresas, e as relações laborais dela decorrentes. Assim, existe um viés contratual decorrente das normas do direito civil regulando as relações jurídicas entre as empresas (conforme menção expressa do parágrafo único do art. 1º) e outras de natureza social a regular os direitos dos trabalhadores que estejam envolvidos por esse tipo contratual (cuja regulação está contida entre o art. 5º e o art. 17 do referido projeto).

Já de início, a exegese do trabalho legislativo em comento evidencia uma subordinação das regras do Direito do Trabalho às do Direito Civil, dada a prevalência de um vínculo jurídico anterior – de natureza puramente empresarial – a dar sustentação a outro dele decorrente e dele dependente – de natureza juslaboralista -, subvertendo o interesse social em função dos interesses liberalizantes do aumento da produtividade e da realização dos objetivos da iniciativa privada. Essa abordagem é um claro retrocesso à percepção de que a prestação de serviços de natureza civil se sujeita à lógica da autonomia das partes que se encontram em situação de equivalência, enquanto a doutrina laboral indica que a prestação de serviços de natureza trabalhista pressupõe a subordinação ao poder de gestão e à dependência dos salários – o que originou a lógica de proteção aos hipossuficientes, nas relações intersubjetivas. Como é evidente, há um choque entre diferentes perspectivas jurídicas. Isso porque, ao tutelar a liberdade entre as empresas, privilegiando seus interesses e finalidades econômicas, essa modalidade de contratação que é objeto da proposta legislativa sujeita os trabalhadores das empresas que cedem mão-de-obra às diretrizes administrativas das tomadoras de serviço, consoante o poder dispositivo que existe em nível direto (prestadoras) e indireto (tomadoras). Como se vê, há o escamoteamento da subordinação jurídica dos trabalhadores, como se o contrato de terceirização não presumisse o poder diretivo da empresa tomadora.

Uma análise pormenorizada do art. 4º do PL nº 4330/2004 esclarece esse viés civilista que se pretende impor sobre a lógica social do Direito do Trabalho. Por força desse dispositivo normativo, a empresa prestadora de serviços a terceiros poderá, pela via contratual, destacar trabalhadores para que estes prestem serviços determinados no contrato de terceirização, para atividades inerentes, acessórias ou complementares à atividade econômica da contratante. A doutrina juslaboralista tradicional e majoritária sempre indicou uma diferenciação entre o contrato de trabalho e o contrato societário, que pressupõe a prestação de um serviço subordinado do trabalhador ao empresário, no primeiro, e a obtenção de lucros, no segundo (MARTINS, 1998: 89), de sorte que os empregados não podem ser confundidos como “colaboradores” ou muito menos “sócios” da empresa, posto que sobre eles não pode recair o risco da atividade empresarial. O risco empresarial deve ser suportado por aqueles que o promovem e que dele tiram benefícios financeiros diretos, com o intuito de auferir lucro, não sendo lícito repassá-los a terceiros, sob pena de responsabilidade

civil (GAGLIANO e PAMPLONA FILHO, 2005: 155-156). Em outros termos, é correto subsumir que tal contrato poderá regular a prestação de serviços laborais em quaisquer das fases produtivas, sejam elas atividades-meio ou atividade-fim da tomadora de serviços. Dessa forma, é possível deduzir que fica prejudicada e arruinada a própria noção de emprego, da qual se extrai a noção de que é todo serviço de caráter habitual, subordinado e remunerado, prestado em caráter pessoal, conforme os termos da Consolidação da Legislação do Trabalho (art. 3º) e o normativo da DUDH (nº 1 do art. XXIII).

CONCLUSÃO

A fenomenologia no mundo laboral supera as narrativas que tentam justificar a subordinação dos trabalhadores, porque ela pressupõe a incidência de princípios jurídico-sociais que lhe imprimem a primazia do real sobre o aparente, da existência sobre a ideologia, do material sobre o formal. Embora a subjetividade seja influenciada por variáveis simbólicas, que orientam a compreensão dos trabalhadores às novas dinâmicas empresariais, é no momento da concretização de direitos trabalhistas que fica latente a satisfação de necessidades concretas relacionadas à existência digna daqueles que alienam seu tempo e disposição física para a obtenção de uma remuneração equivalente aos esforços empregues numa atividade laboral. Assim, as situações de desigualdade criadas pela relação contratual terceirizada, embora amparadas por critérios econômicos bastante específicos, não encontram respaldo em outra narrativa, qual seja, aquela que explicita a concretização de uma democracia laboral, sustentada pelos princípios da solidariedade, equidade, igualdade e justiça e bem-estar sociais.

No contexto da organização socioeconômica das atividades produtivas, é preciso contextualizar as empresas como pessoas morais, isto é, no desempenho de suas funções, os empresários desempenham um papel de contribuintes no equilíbrio das instituições sociais e estatais. A percepção de que essas alterações nas práticas trabalhistas acarretam prejuízos à estabilidade da malha social e ao exercício da cidadania, pela precarização da segurança no trabalho e na distribuição de riquezas, pode diminuir ou mesmo impactar a credibilidade social das empresas, como entidades que pertencem à cultura sócio-laboral de cada civilização. Essa dissociação

moral e comportamental, em última instância, acarreta uma fragilização de valores humanos e desestabiliza a defesa do conjunto axiológico que integra o *corpus juris* nacional e o *jus cogens*, amplamente positivados e convencionados na legislação internacional protetora dos direitos humanos.

Tendo em vista as diretrizes mercadológicas que impulsionam as propostas de alteração das normas infranconstitucionais do Direito do Trabalho, é conveniente lembrar o pacto constitucional que estabeleceu a direta proporção de equilíbrio entre a livre iniciativa e o trabalho. Essas duas diretivas são responsáveis pela concretização de um trabalho digno, remunerado a contento e capaz de atender às necessidades básicas dos trabalhadores e de suas famílias, diante do objetivo de redução das desigualdades sociais. O trabalho, longe de ser um castigo, ou ao contrário da lógica do “capitalismo dos barões da borracha”, não é um castigo, senão um meio à sobrevivência digna; pertence à lógica do trabalhador-cidadão, fruto de um período constitucional que prevê a democracia como elemento chave na compreensão das relações de poder: poder de direito, em contraposição ao poder de fato, garantidor de um equilíbrio entre o poder social e o econômico, entre o poder do mercado e o interesse público.

Portanto, são essas considerações pragmáticas, jurídicas e fenomenológicas que impõem uma limitação à terceirização da mão-de-obra, relativamente à atividade-fim das empresas. A flexibilização das normas laborais não pode chegar a atingir o mínimo existencial garantido pelo ordenamento jurídico, nem muito menos alterar o funcionamento das normas de ordem pública e interesse social que animam os direitos fundamentais sociais. O retrocesso em matéria de direitos sociais não pode chegar ao ponto de comprometer a igualdade formal, que é alicerce do Estado de Direito, nem muito menos criar distinções discriminatórias negativas entre pessoas que exercem as mesmas funções e criam o mesmo valor no trabalho. Em última instância, essas formas de flexibilização são tentativas de eliminar o tipo contratual empregatício, pelo esvaziamento de seu conteúdo jurídico.

REFERÊNCIAS

ANTUNES, Ricardo L. C. **O caracol e sua concha**: ensaios sobre a nova morfologia do trabalho. São Paulo: Boitempo, 2005.

ARANGO, Rodolfo. **El Concepto de Derechos Sociales Fundamentales**. Bogotá: Editora Legis, 2005.

AVELÃS NUNES, Antônio José. A Constituição Europeia e as políticas sociais. In: CANOTILHO, José Joaquim; STRECK, Luiz Lênio (Coords.). **Entre discursos e culturas jurídicas**, nº 89, p.235-268. Coimbra: Universidade de Coimbra, 2006.

BOBBIO, Norberto. **Da estrutura à função – novos estudos de teoria do Direito**. Barueri: Manole, 2007.

———. **As ideologias e o poder em crise**. Tradução: João Ferreira. Brasília, DF: Universidade de Brasília, 1999.

BOLTANSKI, Luc; CHIAPELLO, Ève. **O novo espírito do capitalismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Melhoramentos, 2006.

———. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. São Paulo: Malheiros, 2004.

CAMINO, Carmen. **Direito individual do trabalho**. 4. ed. Porto Alegre: Síntese, 2004.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 2003.

———. Metodología “fuzzy” y “camaleones normativos” en la problemática actual de los derechos económicos, sociales y culturales. In: **Derechos y Libertades**, Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, Madrid, nº 6, p.35-49, 1998.

CATHARINO, José Martins. **Compêndio de Direito do Trabalho**. Vol. 1. São Paulo: Saraiva, 1981.

CERQUEIRA, João da Gama. **Sistema de Direito do Trabalho**. Vol. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1961.

COSTA, Frederico Lustosa da. “Brasil: 200 anos de Estado; 200 anos de administração pública; 200 anos de reformas”. In: **Revista de Administração Pública**, Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, set./out. 2008, vol. 42, nº 5, pp.829-874. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rap/v42n5/a03v42n5.pdf>>. Acessado em: 20 mar. 2015.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2004.

DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de introdução à Ciência do Direito**. São Paulo: Saraiva, 2006.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de Direito Civil: responsabilidade civil**. Vol. 3. São Paulo: Saraiva, 2005.

GOMES, Orlando; GOTTSEHALK, Elson. **Curso de Direito do Trabalho**. Rio de Janeiro: Forense, 1972.

GONÇALVES, Emilio. **Direito Sumular do Trabalho**. São Paulo: Sugestões Literárias, 1981.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Constitucionalização do direito civil. In: **Revista de Informação Legislativa**, Secretaria de Edições Técnicas do Senado Federal, Brasília a. 36 nº 141, jan./mar., p.99-109, 1999.

MALUF, Sahid. **Teoria Geral do Estado**. São Paulo: Saraiva, 2003.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo: Atlas, 1998.

NADER, Paulo. **Introdução ao estudo do Direito**. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo: Saraiva, 2004.

PIÑEIRO, Camila. “Democracia laboral y conciencia colectiva en Venezuela. Un estudio de cooperativas”. In: **Temas**, Caracas, nº 50-51, abril-septiembre de 2007, pp.99-108, 2007.

PINTO, José Augusto Rodrigues. **Curso de Direito Individual do Trabalho**. São Paulo: LTR, 1995, pp.278-279.

POCHMANN, Márcio. Economia solidária no Brasil: possibilidades e limites. In: **Boletim de Mercado de Trabalho - Conjuntura e Análise**, Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), Brasília, nº 24, Agosto 2004, pp.23-34. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/mercadodetrabalho/mt_24g.pdf>. Acessado em: 14 mar. 2015

SANTOS, Boaventura de Sousa. Os processos da globalização. In: SANTOS, Boaventura de Sousa (Org.). **A globalização e as Ciências Sociais**. São Paulo: Cortez, 2002.

SARLET, Ingo Wolfgang. Proibição de retrocesso, dignidade da pessoa humana e direitos sociais. In: BEDÊ, Fayga Silveira; BONAVIDES, Paulo; LIMA, Francisco Gerson Marques de (Orgs.). **Constituição e Democracia**. São Paulo: Malheiros, 2006.

SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros, 2000.

STRECK, Lênio Luiz; MORAIS, José Luiz Bolzan de. **Ciência Política e Teoria do Estado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

URIARTE, Oscar Ermida. Etica y Derecho del Trabajo. In: **Revista electrònica de Dret del Treball i de la Seguretat Social**. Barcelona: Universitat Pompeu Fabra. 01 de 2006. Disponível em: <<http://www.upf.edu/iuslabor/012006/Latinoamerica.OscarErmida2.htm>>. Acessado em: 04 dez. 2014.