

DA TERCEIRIZAÇÃO ORDENAMENTO NORMATIVO BRASILEIRO¹

Rocco Antonio Rangel Rosso Nelson²

Fecha de publicación: 01/04/2018

Sumário: Das considerações iniciais. **1.** Contextualização da terceirização, no Brasil. **2.** Do Projeto de Lei nº 4.330/2004. **3.** Da terceirização e sua avaliação no âmbito do Superior Tribunal Federal. **4.** Do direito do trabalho na ótica da teoria dos sistemas. - Resumo considerações finais. - Referências.

Resumo: Numa economia global, hiperconectado pela rede de computadores, com políticas neoliberais que propugna por uma flexibilização/desregulamentação do direito trabalhista, a temática da terceirização é matéria corrente. O objetivo do presente ensaio é exatamente aferir a dimensão jurídica sobre a terceirização, no Brasil, cotejando os limites constitucionais autorizantes da Carta de 1988, em face do pleito do “mercado” pelo uso da terceirização sem barreiras. Nesse estudo será

¹ Artigo de investigação elaborado de estudo desenvolvido na linha de pesquisa “Democracia, Cidadania e Direitos Fundamentais”, inscrito no Grupo de Estudo e Pesquisa em Extensão e Responsabilidade Social, do Instituto Federal do Rio Grande do Norte – IFRN, Brasil.

² Mestre em Direito Constitucional pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte - UFRN. Especialista em Ministério Público, Direito e Cidadania pela Escola Superior do Ministério Público do Rio Grande do Norte. Especialista em Direito Penal e Criminologia pela Universidade Potiguar. Ex-professor do curso de direito e de outros cursos de graduação e pós-graduação do Centro Universitário FACEX. Membro do Grupo de Estudo e Pesquisa em Extensão e Responsabilidade Social, vinculado a linha de pesquisa “Democracia, Cidadania e Direitos Fundamentais” do Instituto Federal do Rio Grande do Norte – IFRN, campus Natal-Central. Professor efetivo de Direito do Instituto Federal do Rio Grande do Norte – IFRN, campus João Câmara.
rocconelson@hotmail.com

trazido à baila a proposta do Projeto de Lei nº 4.330/04 que oferta uma nova modelagem jurídica a questão da terceirização e sua compatibilidade com o plexo de direitos fundamentais sociais. A pesquisa em tela, fazendo uso de uma metodologia de análise qualitativa, usando-se os métodos de abordagem hipotético-dedutivos de caráter descritivo e analítico, tem por linha de fundo analisar o tema da terceirização da relação de trabalho e sua adequação aos vetores axiológicos sociais esculpidos na Constituição Federal.

Palavras-chave: Relação de trabalho; Projeto de Lei nº 4.330/2004; Terceirização; Direitos Sociais; Mínimo existencial.

THE OUTSOURCING IN THE BRAZILIAN REGULATORY SYSTEM

Abstract: In a global economy, the hyper-computer network, with neoliberal politics that advocates for greater flexibility/deregulation of labor law, the issue of outsourcing is a matter stream. The purpose of this test is exactly measure the legal dimension of outsourcing in Brazil, comparing the autorizantes constitutional limits of the 1988 Charter, given the election of the "market" for the use of outsourcing without barriers. In this study will be brought up the proposed bill nº 4.330/04 that offer a new legal modeling the issue of outsourcing and its compatibility with the plexus of fundamental social rights. Research on screen, using a qualitative analysis methodology, using the methods of hypothetical-deductive approach of descriptive and analytical character, bottom line is examining the topic of outsourcing the employment relationship and proportionality with the axiological vectors social carved in the Federal Constitution.

Keyword: Working relationship; Project of Law nº 4.330/2004; Outsourcing; Social Rights; Existential minimum.

DAS CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Desenvolve-se uma discussão, que já atravessa décadas,³ a qual veio a tomar novo fôlego com a crise financeira do “*subprime*”, nos Estados Unidos, em 2008,⁴ da imperiosa necessidade de reforma na legislação

³ Podemos falar que esse debate, no Brasil, começa a se desenvolver, fortemente, a partir das décadas de 80 e 90. “No Brasil, o fenômeno da terceirização encontrou espaço considerável para a sua inserção. Contando com o apoio da frágil legislação trabalhista brasileira, a terceirização adentrou as áreas industriais, passando nas décadas seguintes (80/ 90) a se expandir por outras áreas do mundo do trabalho brasileiro”. (OLIVEIRA, 2013, p. 196).

⁴ “Alguns fatores foram inéditos e específicos. E é esse o caso, por exemplo, do crescimento descontrolado de derivativos, da multiplicação de operações não padronizadas fora de mercados regulados, das arbitragens com taxas de juros e taxas de câmbio, da opacidade de novos tipos de operações e de fundos de investimento, dos níveis elevados e não controlados de alavancagem, dos conflitos de interesses de agências de classificação de risco, das políticas de remuneração que incentivam os executivos financeiros a uma excessiva exposição de risco e da coexistência de operações entre um conjunto de instituições regulamentadas e outras instituições em mercados com pouca ou sem nenhuma regulamentação. Foi a conjugação desses fatores que levou prejuízos iniciais estimados entre US\$ 300 e US\$ 400 bilhões no mercado americano de hipotecas *subprime* a se converterem numa perda de ativos originados em crédito do sistema financeiro dos Estados Unidos que, pelas estimativas, teria ultrapassado US\$ 2,2 trilhões.

(...)

Combinando assim fatores novos e antigos, que puseram em xeque modos tradicionais de formulação e implementação de política econômica, solaparam os esquemas de crescimento até então prevalentes e revelaram as crescentes dificuldades enfrentadas pelas autoridades governamentais para neutralizar o chamado ‘risco sistêmico’, a crise de 2008 evidenciou o déficit de informação das autoridades nacionais sobre a situação de liquidez global dos bancos. Entreabriu a falta de transparência do setor. E atingiu todos os mercados - do monetário ao de crédito, das bolsas de valores e de mercadorias às operações com opções de compra, contratos futuros e *swaps*. A crise não se circunscreveu apenas a bancos comerciais, a bancos de investimento, a caixas de depósitos. Ela também envolveu instituições não financeiras, como é o caso de seguradoras, de grandes empresas do setor de construção civil e até mesmo de companhias industriais e comerciais. Na busca de valorização dos ganhos financeiros decorrentes de operações cada vez mais complexas, elas assinaram contratos de derivativos cambiais vendendo dólares em valor equivalente a anos de exportação - com a depreciação cambial entre 2007 e 2008, contudo, os prejuízos foram tão vultosos que elas ficaram insolventes, perderam parte expressiva de seu patrimônio e tiveram de ser vendidas, incorporadas ou absorvidas.

Em vez de ter se expandido para financiar a produção e o comércio, desenvolvendo sistemas e mecanismos de gestão de riscos que os habilitassem a financiar as inovações do setor real da

trabalhista, principalmente no que tange a figura da Consolidação das Leis do Trabalho, que juntamente com a o plexo de direitos fundamentais sociais previsto da Constituição Federal de 1988, tornam a figura do empregado um custo altíssimo de empresa, o que limita a possibilidade do agente econômico de se adaptar as crises (CASSAR, 2010), bem como fazer frente a uma concorrência, o qual não se limita mais ao ambiente de mercado local ou mesmo nacional, mas sim global.⁵

Além das instabilidades econômicas e do fator concorrência, citado supra, soma-se ao desenvolvimento tecnológico (robotização, microeletrônica, microinformática, hiperconectividade gerado pela internet, etc.), novas formas de organização de produção e o desafio de combater o desemprego/subemprego, dentre outros fatores, vindo à tona o debate sobre a necessidade de flexibilização das relações de trabalho (BARROS, 2011; SCABIN, 2013; CASSAR, 2010).

Assim lapida a professora BARROS (2011):

(...). Muitos sustentavam que a predominância de normas imperativas nos institutos jurídicos era o fato gerador da crise das empresas, uma vez que lhes retirava as possibilidades de adaptarem-se a um mercado turbulento. Afirmavam que a rigidez daí advinda impedia a competitividade das economias europeias e o aproveitamento das oportunidades de inovação tecnológica (...) (p. 68)

economia, os mercados monetário e de crédito e as bolsas de valores cresceram em sentido inverso, com base em títulos negociados por investidores financeiros - como fundos de pensão, fundos de cobertura (*hedge*) e fundos mútuos. Nesse ambiente, bancos e instituições financeiras não bancárias passaram a operar com crescente tolerância a risco, buscando retornos cada vez mais elevados. Comisso, multiplicaram-se as operações especulativas e de curto prazo, em detrimento de investimentos produtivos de médio e longo prazo, o que resultou numa riqueza financeira progressivamente desconectada da riqueza real e num regime de acumulação caracterizado pela ausência de uma regulação firme e eficiente. Nesse contexto, a expansão do crédito bancário hipotecário acabou gerando um círculo vicioso, que levou à formação das chamadas "bolhas de ativos". À medida que a demanda por residências aumentou, o preço dos imóveis se elevou, fomentando com isso maior disponibilidade de crédito. E, quanto maior o crédito, maior a demanda, produzindo desse modo uma oferta ainda mais vigorosa de financiamentos. A confiança de que esse processo se manteria por longo tempo criou a sensação de que a aquisição de ativos financiado por crédito abundante seria uma operação bastante rentável, o que levou à sua difusão no mercado". (FARIA, 2011, ps. 21-23).

⁵ “É comum ocorrerem crises, em princípio localizadas, ou restritas à esfera interna de certos países, mas que acabam alcançando outras regiões, todo o território nacional, e mesmo outros Estados nacionais, em curto espaço de tempo”. (GARCIA, 2013, p. 52).

Um dos desdobramentos lógicos da pauta de flexibilização das relações de trabalho é a possibilidade de terceirização⁶ da mão-de-obra de forma indiscriminada, ou seja, evitar o vínculo empregatício (o que reduziria sensivelmente os custos sociais), usando terceiros interpostos para a prestação tanto das atividades meio como das atividades fins, desenvolvida pela empresa.

A questão da terceirização, especificamente, ganha um novo contorno, em 2015, em decorrência da severa crise econômica e política que o Brasil vem passando, fruto de uma gestão da política macroeconômica temerária, onde o cenário fora maquiado com fitos eleitorais, empurrando o Brasil para os horrores da alta da inflação, para um sistema cambiário desgovernado, aumento do desemprego, queda do consumo, déficit na contas públicas, elevação dos juros, o que acarretou, até mesmo, a perda de grau de investimento do Brasil, pela agência Standard & Poor's (S&P).

Nesse cenário de crise, onde não se vislumbra uma melhora a curto prazo, a terceirização seria uma das formas que o empresariado teria para diminuir suas despesas, diminuindo os custos sociais, fragilizando a situação jurídica do trabalhador em favor do capital.⁷

A partir dessa realidade, galgada pelo dinamismo econômico, ver-se no Direito do Trabalho um empecilho a expansão do capital e a livre organização do mercado,⁸ o qual encontra-se cada vez mais globalizado e

⁶ “Os direitos sociais trabalhistas sofreram forte impacto com a globalização e modificação do processo produtivo, haja vista a alteração das estruturas sociais e econômicas que daí decorreram. A terceirização se apresenta como um fenômeno integrante do movimento de flexibilização das relações de trabalho, e não tem, ainda, no Brasil, regulamentação legal, por meio da qual sejam estabelecidos ou assegurados os direitos dos trabalhadores, que são em número cada vez maior nela envolvidos”. (CASTRO, 2014, p. 127).

⁷ “A escassez de capital após o estouro das ponto-com levou as companhias de capital de risco a verificar, com redobrado cuidado, se as empresas em que investiam estavam utilizando os meios mais eficientes, de maior qualidade e menor preço para inovar. (...).

- Para o capital de risco, a grande questão passou a ser como fazer as empresas em que investiam atingirem logo o ponto de equilíbrio ou darem lucro, para que parassem de drenar seu capital e pudessem ser vendidas *com um bom retorno e liquidez*- salienta Haque. - A solução encontrada por muitos desses investidores foi começar a terceirizar o maior número possível de funções desde o princípio. Como era preciso obter retorno o mais rápido possível, tudo o que fosse possível terceirizar seria terceirizado”. (FRIEDMAN, 2005, p. 133).

⁸ “Na verdade, a globalização que nos é oferecida não vem acompanhada de um comportamento liberal ou neoliberal dos países centrais, já que impõem barreiras monetárias e alfandegárias. A alta proteção trabalhista e a visão do bem-estar social praticados na era da administração econômica nacional ocasionam sociedades ocidentais não competitivas em relação às economias industrializadas e, por isso, alguns defendem

interconectado entre si.⁹ De tal sorte, propaga-se um discurso fervoroso de que a Consolidação das Leis do Trabalho está fora do seu tempo, não sendo mais um uma fonte normativa, a contento,¹⁰ aos anseios desse mercado hiperconectado.

É nesses termos que é composto parte de justificativa do Projeto de Lei nº 4.330/2004:

No Brasil, a legislação foi verdadeiramente atropelada pela realidade. Ao tentar, de maneira míope, proteger os trabalhadores simplesmente ignorando a terceirização, conseguiu apenas deixar mais vulneráveis os brasileiros que trabalham sob essa modalidade de contratação.¹¹

Fazendo uso de uma metodologia de análise qualitativa e utilizando-se os métodos de abordagem hipotético-dedutivos de caráter descritivo e analítico, buscar-se-á fazer uma apreciação da construção normativa, no sistema jurídico brasileiro, sobre a terceirização e o desdobramento em relação a temática, em caso de aprovação do Projeto de Lei nº 4.330/2004, o qual encontra-se em um trâmite legislativo extremamente turbulenta, já tendo sido aprovado na Câmara dos Deputados, no dia 22 de abril de 2015, e remetido ao Senado por meio do ofício nº 140/2015.

1. CONTEXTUALIZAÇÃO DA TERCEIRIZAÇÃO, NO BRASIL

1.1. PRIMEIRO MOMENTO: SIGNIFICADO DA RELAÇÃO DE EMPREGO

Com o movimento refratário ao pensamento liberal do séc. XIX, o qual deu ensejo ao Estado Social de cunho intervencionista e constituição dos direitos fundamentais de 2º dimensão com o fito de colocar o capital e o

que tais direitos devem ser drasticamente reduzidos, diminuindo os gastos, possibilitando melhor competitividade no mercado”. (CASSAR, 2011, p. 26).

⁹ “Com o aumento da competição no mundo cada vez mais globalizado as empresas tendem a se concentrar na sua atividade-fim, delegando as atividades-meio para parceiros estratégicos ou meros fornecedores de serviços, dependendo da importância da atividade para os resultados da organização. Este processo de desverticalização ou terceirização exige uma análise de cada situação específica e a adequada decisão quanto à sua execução ou não”. (OLIVEIRA, 2013, p. 195).

¹⁰ “A legislação trabalhista brasileira pode ser comparada a urna máquina ultrapassada, que foi criada para trabalhar, mas que parecia não ter nascido para semelhante fim. A CLT não tem mais a mesma finalidade que tinha quando de sua criação, necessitando ser revista. Uma das formas dessa revisão é verificar mecanismos de flexibilização, de forma a adaptar à realidade de fato à norma jurídica”. (MARTINS, 2009, p. 02).

¹¹ Disponível em: <

http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=246979>. Acesso em: 20 de fevereiro de 2015.

trabalho no mesmo patamar de igualdade, a relação de emprego passa a ter uma forte carga axiológica de viés protetivo.

Encerra-se a relação de emprego, nos ditames da CLT de 1943 e do arcabouço normativo constitucional da Constituição de 1934 e seguintes, numa relação jurídica bilateral, entre empregador e empregado, de caráter contínuo com a premissa de busca de maior integração do empregado a atividade empresarial, respaldado num manto de direitos e garantias mínimas para a promoção da dignidade da pessoa humana do trabalhador.

Tem-se a transmutação da figura do trabalhador visto de forma pejorativa, como um ser que exercia uma atividade inferior, cuja relação era explicada como uma contratação de locação (*locatio operarum*), nos termos civilista,¹² para uma realidade onde o trabalho torna-se sinônimo de atividade dignificadora do homem, esculpido numa matriz jurídica de contornos próprios (Direito do Trabalho), vindo o trabalhador a deixar de ser um objeto do direito e galga o status de sujeito de direito.

Em síntese, com a relação de emprego, erguido no seio do *Welfare State*, tem-se a construção de um instituto jurídico, o qual simboliza a proteção máxima ao trabalhador no contexto de economia capitalista, proporcionando um processo de horizontalização dessa relação bilateral, sob os auspícios da normatividade do princípio da igualdade.

1.2. DA PROIBIÇÃO DA TERCEIRIZAÇÃO

É nesses termos da razão de ser da relação de emprego, descrito no tópico acima, que, inicialmente, no Brasil, qualquer forma de terceirização era completamente vedada.

O telos do microsistema trabalhista sempre foi da perpetuação do vínculo trabalhista, tanto que antes do advento da Lei nº 5.107/66, que institucionalizou o FGTS como forma alternativa, tinha-se o regime de estabilidade decenal previsto no art. 492 da CLT,¹³ onde o trabalhador com mais de 10 anos de serviço, só poderia ser demitido em face de falta grave ou circunstância de força maior.

¹² “Os processos de terceirização que estamos enfrentando talvez nada mais sejam do que o retorno a sistemas de locação de serviços e de empreitada do Direito Civil, embora sob outros rótulos, diante da necessidade de competitividade interna e externa e das crises econômicas que proliferam nos nossos tempos”. (MARTINS, 2014, p. 160).

¹³ CLT – Consolidação das Leis do Trabalho. Art. 492 - O empregado que contar mais de 10 (dez) anos de serviço na mesma empresa não poderá ser despedido senão por motivo de falta grave ou circunstância de força maior, devidamente comprovadas.

Na Constituição Federal de 1988 reconhece-se essa finalidade protetiva na redação do art. 7º, I: “relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos de lei complementar, que preverá indenização compensatória, dentre outros direitos;”.

Esse direito fundamental promotora da proteção contra a despedida arbitrária, consectário do princípio da continuidade da relação de emprego, fora construído em um longo processo histórico, vindo a ser consolidado como diretriz constitucional desde da Constituição de 1934,¹⁴ compondo, expressamente, como direito social nas Constituições seguintes (1937,¹⁵ 1946¹⁶ e 1967),¹⁷ com a consagração na Constituição cidadã, transformando-o em um direito irreversível no termos do chamado efeito *cliquet* dos direitos fundamentais.¹⁸

1.3. DO PROCESSO DE MITIGAÇÃO DA TERCEIRIZAÇÃO

A ruptura com a vedação absoluta a terceirização, permitindo a triangularização da relação empregatícia, deu-se através de duas edições legislativas, as quais regulamentou situações especialíssimas: Lei nº 6.019/74 (dispõe sobre o Trabalho Temporário nas Empresas Urbanas) e a Lei nº 7.102/83 (dispõe sobre segurança para estabelecimentos financeiros,

¹⁴ Constituição Federal de 1934. Art. 121 . (...)

§1º. (...)

g) indenização ao trabalhador dispensado sem justa causa;

¹⁵ Constituição Federal de 1937. Art. 137. (...)

f) nas empresas de trabalho contínuo, a cessação das relações de trabalho, a que o trabalhador não haja dado motivo, e quando a lei não lhe garanta, a estabilidade no emprego, cria-lhe o direito a uma indenização proporcional aos anos de serviço;

¹⁶ Constituição Federal de 1946. Art. 157. (...)

XII - estabilidade, na empresa ou na exploração rural, e indenização ao trabalhador despedido, nos casos e nas condições que a lei estatuir;

¹⁷ Constituição Federal de 1967. Art. 158. (...)

XIII - estabilidade, com indenização ao trabalhador despedido, ou fundo de garantia equivalente;

¹⁸ “É esse movimento histórico de ampliação e aprofundamento que justifica o princípio da irreversibilidade dos direitos já declarados oficialmente, isto é, do conjunto dos direitos fundamentais em vigor. Dado que eles se impõem, pela sua própria natureza, não só aos Poderes Públicos constituídos em cada Estado, como a todos os Estados no plano internacional, e até mesmo ao próprio Poder Constituinte, à Organização das Nações Unidas e a todas as organizações regionais de Estados, é juridicamente inválido suprimir direitos fundamentais, por via de novas regras constitucionais ou convenções internacionais”. (COMPARATO, 2010, p. 79).

estabelece normas para constituição e funcionamento das empresas particulares que exploram serviços de vigilância e de transporte de valores). Com a Lei nº 6.019/74 buscou atender a demanda do empresariado quando da necessidade transitória de substituição de mão-de-obra (v.g., um funcionário de férias, de licença maternidade, afastado face acidente de trabalho, etc.) ou quando do acréscimo de serviços extraordinários (v.g., época natalina, carnaval, etc.).¹⁹

Ter-se-ia uma relação contratual onde a empresa tomadora do serviço (cliente) firmaria um contrato escrito com a empresa de trabalho temporário, a qual forneceria um trabalhador, vindo este a prestar um serviço para o cliente pelo prazo máximo de 3 meses.²⁰

Já com a Lei nº 7.102/83 que vem por permitir que a vigilância ostensiva e o transporte de valores de estabelecimentos financeiros sejam executados por empresa especializada contratada.²¹ Tem-se a primeira modalidade de terceirização, no Brasil, na qual se autoriza uma prestação intermitente.

Não se ignora o grande marco que foi o decreto-lei nº 200/67, que veio por reestruturar a administração pública federal, quando do regime militar, vindo a permitir a terceirização na esfera pública, a qual passa a ser regido pelo princípio da descentralização.²²

Tal descentralização seria executada, dentre os planos principais, “da Administração Federal para a órbita privada, mediante contratos ou

¹⁹ Lei nº 6.019/74. Art. 2º - Trabalho temporário é aquele prestado por pessoa física a uma empresa, para atender à necessidade transitória de substituição de seu pessoal regular e permanente ou à acréscimo extraordinário de serviços.

²⁰ Lei nº 6.019/74. Art. 10 - O contrato entre a empresa de trabalho temporário e a empresa tomadora ou cliente, com relação a um mesmo empregado, não poderá exceder de três meses, salvo autorização conferida pelo órgão local do Ministério do Trabalho e Previdência Social, segundo instruções a serem baixadas pelo Departamento Nacional de Mão-de-Obra.

²¹ Lei nº 7.102/83. Art. 3º A vigilância ostensiva e o transporte de valores serão executados:

I - por empresa especializada contratada; ou

II - pelo próprio estabelecimento financeiro, desde que organizado e preparado para tal fim, com pessoal próprio, aprovado em curso de formação de vigilante autorizado pelo Ministério da Justiça e cujo sistema de segurança tenha parecer favorável à sua aprovação emitido pelo Ministério da Justiça.

²² Decreto-lei nº 200/67. Art. 6º As atividades da Administração Federal obedecerão aos seguintes princípios fundamentais:

(...)

III - Descentralização.

concessões”.²³ A ideia era desincumbir a administração pública federal de atividades executivas, transferindo para a órbita privada, de forma desburocratizar a máquina estatal, acelerando as tomadas de decisão e reduzindo os custos, na busca da concretização dos ditames do princípio da eficiência:

§ 7º Para melhor desincumbir-se das tarefas de planejamento, coordenação, supervisão e controle e com o objetivo de impedir o crescimento desmesurado da máquina administrativa, a Administração procurará desobrigar-se da realização material de tarefas executivas, recorrendo, sempre que possível, à execução indireta, mediante contrato, desde que exista, na área, iniciativa privada suficientemente desenvolvida e capacitada a desempenhar os encargos de execução.

Com a Lei nº 5.645/70, a qual veio por determinar as diretrizes de classificação de cargos do serviço civil da União e das autarquias federais, em seu art. 3º, parágrafo único, especificou que atividades em âmbito da administração pública federal poderia ser terceirizado:

As atividades relacionadas com transporte, conservação, custódia, operação de elevadores, limpeza e outras assemelhadas serão, de preferência, objeto de execução indireta, mediante contrato, de acordo com o artigo 10, § 7º, do Decreto-lei número 200, de 25 de fevereiro de 1967.

Tal modelação de gestão pública, mas tarde, na década de 90, se alinharia com o processo de desestatização, realizado pelo governo, iniciado com a Lei nº 8.031/90 e seguido pela Lei nº 9.491/97, reflexo, claro, da ideologia neoliberal.

No prelúdio da década de 80, com o Estado Social em crise e o afloramento das ideias neoliberais, tem-se uma impulsão da terceirização, face a formação de um mercado de serviços e a gradual expulsão dos empregados do âmbito das empresas.

O TST não se omitiu, vindo a pronunciar-se contrário a prática da terceirização (marchandage – fornecimento comercial de mão de obra, no

²³ Decreto-lei nº 200/67. Art. 10. A execução das atividades da Administração Federal deverá ser amplamente descentralizada.

§ 1º A descentralização será posta em prática em três planos principais:

- a) dentro dos quadros da Administração Federal, distinguindo-se claramente o nível de direção do de execução;
- b) da Administração Federal para a das unidades federadas, quando estejam devidamente aparelhadas e mediante convênio;
- c) da Administração Federal para a órbita privada, mediante contratos ou concessões.

sistema francês), reconhecendo a legalidade, apenas, nas hipóteses da Lei nº 6.019/74 e da Lei nº 7.102/83.

O conjunto jurisprudencial contrário a intermediação de mão-de-obra fora consolidado na súmula nº 256, de 30 de setembro de 1986:

CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LEGALIDADE

Salvo os casos de trabalho temporário e de serviço de vigilância, previstos nas Leis nºs 6.019, de 03.01.1974, e 7.102, de 20.06.1983, é ilegal a contratação de trabalhadores por empresa interposta, formando-se o vínculo empregatício diretamente com o tomador dos serviços.

1.4. A TERCEIRIZAÇÃO, HOJE, NO BRASIL – UMA CONSTRUÇÃO JURISPRUDENCIAL

No início da década de 90 tem-se o ápice do pensamento neoliberal, por assim dizer, repercutindo no Brasil, em um forte processo de terceirização, apesar da legislação autorizar, apenas, em situações muito adstritas e a súmula nº 256 do TST vetar o seu uso de forma generalizado.

Nesse bojo, o Ministério Público do Trabalho requereu, em 1993, ao TST, a revisão de sua súmula, ampliando a hipóteses de terceirização dentro da administração pública federal, também, para o âmbito das empresas públicas e sociedades de economia mista, nos termos do decreto-lei nº 200/67 e do art. 3º, parágrafo único da Lei nº 5.645/70.

Nesse interim, o TST, realizou a revisão de forma mais ampla que a solicitada pelo Ministério Público do Trabalho, alargando a hipótese de terceirização não só para as empresas públicas e sociedades de economia mista, mas para todas as entidades de natureza privada, desde que o serviço prestado esteja ligado a atividade-meio do tomador.

De tal sorte, houve o cancelamento súmula nº 256 do Tribunal Superior do Trabalho, sendo publicado um novo verbete, na figura da súmula nº 331, que assim sintetizou a matéria da terceirização, no ordenamento jurídico brasileiro:

Súmula nº 331 do TST

CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LEGALIDADE (nova redação do item IV e inseridos os itens V e VI à redação) - Res. 174/2011, DEJT divulgado em 27, 30 e 31.05.2011

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

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

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

IV - O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços quanto àquelas obrigações, desde que haja participado da relação processual e conste também do título executivo judicial.

V - Os entes integrantes da Administração Pública direta e indireta respondem subsidiariamente, nas mesmas condições do item IV, caso evidenciada a sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei n.º 8.666, de 21.06.1993, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora. A aludida responsabilidade não decorre de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada.

VI - A responsabilidade subsidiária do tomador de serviços abrange todas as verbas decorrentes da condenação referentes ao período da prestação laboral.

Constata-se que a terceirização, no Brasil, é ilustrada pela normatividade criada pela jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho, nos termos da súmula nº 331, vindo a configurar fraude, nas balizas do art. 9º da CLT,²⁴ todas as formas de terceirização praticada fora dos parâmetros sumulados.

De tal sorte, pode-se lapidar como formas de terceirização lícitas, no sistema jurídico trabalhista brasileiro as situações da Lei nº 6.079/74 (trabalho temporário), da Lei nº 7.102/70 (serviços vigilância ostensiva e o transporte de valores de estabelecimentos financeiros), serviços de conservação e limpeza e serviços especializados ligados a atividade meio do tomador (súmula 331, III do TST).

Afere-se que não deve haver o vínculo de pessoalidade e subordinação direta entre o terceirizado e o tomador do serviço, nas hipóteses prescritas na súmula 331 do TST, em face de configurar fraude trabalhista, o que acarretaria o reconhecimento do vínculo empregatício. Excepciona tal regra no caso do trabalhador temporário, onde o mesmo será duplamente subordinado, ficando sobre o comando tanto do tomador do serviço (cliente) quanto da empresa de trabalho temporário.

²⁴ CLT. Art. 9º - Serão nulos de pleno direito os atos praticados com o objetivo de desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação dos preceitos contidos na presente Consolidação.

Outro detalhe fulcral é que o conceito de atividade-fim se determinou por via de exclusão. Ou seja, será considerado atividade-fim aquilo que não for determinado ou fixado como atividade-meio (DELGADO & AMORIN, 2014).

Assim lapida os respectivos conceitos o professor DELGADO (2011):

Atividades-fim podem ser conceituadas como as funções e tarefas empresariais e laborais que se ajustam ao núcleo da dinâmica empresarial do tomador dos serviços, compondo a essência dessa dinâmica e contribuindo inclusive para a definição de seu posicionamento e classificação no contexto empresarial e econômico. São, portanto, atividades nucleares e definitórias da essência da dinâmica empresarial do tomador dos serviços.

Por outro lado, atividades-meio são aquelas funções e tarefas empresariais e laborais que não se ajustam ao núcleo da dinâmica empresarial do tomador dos serviços, nem compõem a essência dessa dinâmica ou contribuem para a definição de seu posicionamento no contexto empresarial e econômico mais amplo. São, portanto, atividades periféricas à essência da dinâmica empresarial do tomador dos serviços. (...) (p. 438)

Não há dúvida que a definição de atividade-fim e atividade-meio se torna elemento nevrálgico para o aspecto de reconhecimento da terceirização lícita ou ilícita, no ordenamento jurídico brasileiro.

2. DO PROJETO DE LEI Nº 4.330/2004

Dos diversos projetos de lei que trata sobre terceirização (são quase trinta projetos de lei) o que se encontra mais adianta em sua tramitação é o Projeto de Lei nº 4.330/2004, do deputado federal Sandro Mabel, o qual fora apresentado no dia 26 de outubro de 2004.

O respectivo projeto sofreu diversas emendas, sendo sua culminância no mês de abril de 2015, com as pressões dos mais diversos segmentos da sociedade e dos debates acalorados, nas diversas sessões de plenária da Câmara dos Deputados, tendo sido sua versão final aprovada na plenária do dia 22 de abril de 2015, com a denominação de Projeto de Lei nº 4.330-I/2004, sendo remetido ao Senado Federal, pela Mesa Diretora da Câmara dos Deputados por meio do ofício nº 140/2015.

O cerne normativo trazido nesse projeto de lei, se aprovado no Senado Federal e sancionado pela Presidente da República, seria a autorização que liberaria de forma generalizada uso da terceirização, no âmbito das empresas privadas e equiparadas, independentemente da prestação de serviços está relacionada as atividades-meio ou atividades-fim da atividade econômica organizada, como se extrai da redação do art. 4º do respectivo projeto:

Art. 4º **É lícito o contrato de terceirização relacionado a parcela de qualquer atividade da contratante que obedeça aos requisitos previstos nesta Lei**, não se configurando vínculo de emprego entre a contratante e os empregados da contratada, exceto se verificados os requisitos previstos nos arts. 2º e 3º da Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943. (Grifos nossos)

No próprio conceito de terceirização dado no projeto de lei, supra, não é feito qualquer distinção entre a atividade-meio e a atividade-fim, deixando de ter relevância normativa para traçar os limites da terceirização:

Art. 2º Para os fins desta Lei, consideram-se: I - terceirização: a transferência feita pela contratante da execução de parcela de qualquer de suas atividades à contratada para que esta a realize na forma prevista nesta Lei;

Em evento da ANAMATRA (Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho), o professor Mauricio Godinho criticou durante o respectivo projeto, tendo em vista que o mesmo deveria restringir a já epidemia que é a terceirização, no Brasil, o qual precariza o trabalhador, causando redução de salários, aumento dos acidentes de trabalhos, fragilizando a organização sindical, comprometendo até mesmo a existência de categorias profissionais:

Eu nunca vi um projeto de precarização do trabalho tão impactante como esse, de tamanha amplitude e efeitos danosos, que desrespeita dezenas de milhões de pessoas que vivem do trabalho. (...)

(...). É como se o brasileiro fosse o problema do Brasil. Trata-se de uma visão retrógrada, com saudades do século XIX ou embevecida pela precarização de certas realidades asiáticas. É como se o trabalhador fosse uma matéria-prima que tem de ser cada vez mais barata, ao invés de ser um partícipe e co-contrutor das empresas e do Brasil. (...)

A terceirização, ao reverso do que o projeto faz, tem de ser restrita. O projeto teria de restringir a terceirização, pois ela já se tornou uma epidemia; epidemia restringe-se e se controla; ou seja, coloca-se o fenômeno dentro de margens de segurança, ao invés de se instigar a sua generalização. O PL não regulamenta, restringindo, a terceirização; ele, na verdade, desregulamenta, liberaliza, generaliza o fenômeno da terceirização.²⁵

3. DA TERCEIRIZAÇÃO E SUA AVALIAÇÃO NO ÂMBITO DO SUPERIOR TRIBUNAL FEDERAL

²⁵ Disponível em: <<http://www.anamatra.org.br/index.php/noticias/mauricio-godinho-afirma-que-regulamentacao-da-terceirizacao-vai-esvaziar-o-papel-da-justica-do-trabalho>>. Acessado em: 10 de julho de 2015.

Se já não bastasse o drama vivido com o Projeto de Lei nº 4.330- I/2004, a matéria a constitucionalidade da terceirização fora ventilada, no STF (Superior Tribunal Federal), na qual houve uma espetacular mudança de entendimento desaguando no reconhecimento da repercussão geral sobre a terceirização.

Segue a contextualização do caso.

A súmula 331 do TST (Tribunal Superior do Trabalho), desde sua publicação em 1993, tem sido respaldada por uma jurisprudência de mais de duas décadas, permanecendo firme os julgados da Justiça do Trabalho sobre os limites da terceirização, nos termos do verbete retro.

Nas diversas tentativas de questionar as decisões da Justiça do Trabalho, em sede de recurso extraordinário, em face da violação da liberdade de contratar, proveniente do princípio da livre-iniciativa, postulado da ordem econômica, o qual é derivado do princípio da legalidade, o STF negou veementemente o recebimento do recurso em face de sua jurisprudência que inadmite o cabimento do recurso extraordinário quando para aferição da violação do princípio da legalidade venha a depender da verificação de normas infraconstitucionais.

Em suma, não cabe o recurso extraordinário quando da violação indireta ou reflexa do princípio da legalidade.

Tal entendimento fora cristalizado na súmula nº 636 (verbetes aprovados em 2003) do STF:

Não cabe recurso extraordinário por contrariedade ao princípio constitucional da legalidade, quando a sua verificação pressuponha rever a interpretação dada a normas infraconstitucionais pela decisão recorrida.

Todavia, o STF, em 2014, no Recurso Extraordinário com Agravo nº 713.211/MG, interposta pela Cenibra (Celulose Nipo-Brasileira S.A.), empresa multinacional de celulosa, controlada por capital japonesa, a qual está entre três maiores produtoras de papel do Brasil, recebeu o aspirado recurso incumbindo-se na apreciação da constitucionalidade da terceirização da atividade-fim das empresas, face a pretensa violação da liberdade de contratar inferida no princípio da legalidade (art. 5º, II da Constituição Federal).

Tudo teve início com a ação civil pública (ACP) interposta pelo Ministério Público do Trabalho (MPT), na Justiça do Trabalho de Minas Gerais, contra a Cenibra, embasado nas investigações decorrentes da CPI das Carvoarias, realizada pela Assembleia Legislativa de Minas Gerais,

instalada em 2001,²⁶ onde se constatou a intensa precarização das condições de trabalhos dos serviços terceirizados que envolviam, dentre outras atividades o de florestamento e reflorestamento, onde é feito o plantio, corte e replantio para fins de extração ode madeira, praticado no domínio da Cenibra.

No processo nº 01261-2006-013-03-00-0, da 13ª Vara da Justiça do Trabalho de MG, o pleito da ACP do MTP foi de procedência parcial, em 2007, onde houve o reconhecendo que os serviços de florestamento e reflorestamento como atividades ínsitas ao objeto social da Cenibra, bem como a intermediação fraudulenta de mão-de-obra, determinando no mérito da sentença condenatória que a ré:

(...) abstenha-se de contratar terceiros para a prestação de serviços relacionados à sua atividade-fim, especialmente o florestamento, o reflorestamento, a colheita florestal, o reparo e o beneficiamento de madeira e ao objeto dos contratos firmados com seus empreiteiros, provendo este tipo de mão-de-obra, que lhe é essencial, por meio da contratação direta de trabalhadores, com vinculação a seus quadros funcionais e subordinação à sua disciplina interna, garantida toda a gama de direitos trabalhistas, sociais e os contemplados em acordos ou convenções coletivas da respectiva categoria profissional, sob pena de pagamento de multa diária correspondente a R\$1.000,00, em favor do Fundo de Amparo ao Trabalhador – FAT, ou na sua extinção, aos cofres da União, pelo descumprimento da referida ordem judicial.²⁷

No recurso ordinário, interposto ao Tribunal Regional do Trabalho da 3ª região, a 7ª Turma confirma a condenação feita pelo juiz monocrático, bem como reconhece as práticas antissindicais perpetrada pela ré e a configuração dos danos morais coletivos solicitados pelo MPT. O respectivo acórdão fora publicado em setembro de 2008.

Extrai-se desse recurso ordinário o seguinte trecho que retrata a precarização dos terceirizados da CENIBRA (Celulose Nipo-Brasileira S.A.):

(...) pelo Relatório Circunstanciado de Ação Fiscal Trabalhista do Ministério do Trabalho e Emprego (f. 3399 e seguintes, 19º volume), que teve como investigada a reclamada, verifica-se que “este procedimento de terceirizar parte das atividades da empresa teve início por volta do ano de 1994. Os empregados que exerciam as funções de trabalhador florestal, operador de motosserra, entre outras funções na CENIBRA foram demitidos e contratados, na sua grande maioria, pelas empresas prestadoras de serviços

²⁶ Relatório disponível em: <<http://dspace.almg.gov.br/xmlui/handle/11037/14441>>.

²⁷ TRT da 3ª região – Processo de nº 1261-2006-013-03-00-0.

(...) Nas áreas em que o relevo permite a colheita totalmente mecanizada, tais atividades são realizadas por trabalhadores registrados na CENIBRA, onde são utilizadas máquinas modernas com alta produtividade, restando às terceirizadas os trabalhos em local de relevo acentuado e em atividades mais perigosas, insalubres ou penosas”.²⁸

Contra o acórdão do TRT da 3º região, a Cenibra interpõe recurso de revista, não sendo recebido pelo TRT. Em face de tal decisão a Cenibra agrava da decisão ao TST, alegando diversas matérias de orbita processual e material, como por exemplo, cerceamento de defesa, ilegitimidade ativa e passiva *ad causam*, litisconsórcio passivo necessário, que a terceirização era de atividade-meio, dentre outros.

No acórdão desse agravo de instrumento em recurso de revista (junho de 2011), a 8º turma, do TST, nega o provimento sob o seguinte fundamento, nos termos da jurisprudência do STF, já citado acima:

A alegação de afronta ao art. 5º, II, da Carta Magna não impulsiona o recurso de revista, por tratar este dispositivo de princípio genérico cuja violação só se perfaz, quando muito, de forma reflexa ou indireta. Esse é o entendimento consagrado neste Tribunal.²⁹

Não resiliente, a empresa Cenibra, contra a decisão do TST interpõe recurso extraordinário (RE), ao STF, em maio de 2012, não sendo recebido pelo TST, mais uma vez, pelo entendimento da inadmissibilidade do RE quando da ofensa reflexa aos preceitos constitucionais, conforme a consagrada jurisprudência do STF.

Nesse interim, a decisão de não recebimento do RE pelo TST é agravado ao STF, onde o ministro relator Luiz Fux, monocraticamente, nega o seu seguimento (em 19 de abril de 2013), nos termos da já citada súmula nº 636 do STF, onde a controvérsia gira em torno da interpretação de normas infraconstitucionais, só maculando a norma constitucional de forma obliqua.

Registre-se finalmente que esta Suprema Corte firmou jurisprudência no sentido de que a verificação de ofensa aos princípios da legalidade, do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório, da motivação das decisões judiciais, dos limites da coisa julgada e da prestação jurisdicional, quando dependente do reexame prévio de normas infraconstitucionais, revela ofensa indireta ou reflexa à Constituição Federal, o que, por si só, não desafia a instância extraordinária.³⁰

²⁸ TRT da 3º região – Processo de nº 1261-2006-013-03-00-0.

²⁹ TST. AIRR nº 126140-27.2006.5.03.0013.

³⁰ STF. Recurso Extraordinário com Agravo nº 713211/MG.

Ainda, quando do agravo interno, a primeira turma do STF, negou o provimento nos termos do voto do relator, de forma unânime:

A violação reflexa e oblíqua da Constituição Federal decorrente da necessidade de análise de malferimento de dispositivo infraconstitucional torna inadmissível o recurso extraordinário. Precedentes: AI 503.093-AgR, Relator: Min. Ellen Gracie, DJe- 11/12/2009; RE 421.119-AgR, Relator: Min. Carlos Britto, DJ 11/02/2005; RE 402.557-AgR, Relator: Min. Sepúlveda Pertence, DJe- 27/04/2007 e RE 405.745-AgR, Relator: Min. Marco Aurélio, DJe 19/06/2009.³¹

Apesar de toda uma plêiade argumentativa, onde se percebe um uníssono pensamento, desde da decisão do TRT da 3º Região, passando pelo TST e nas manifestações iniciais da Suprema Corte, a primeira turma, quando da análise dos embargos declaratórios, já nos idos de 2014, em uma virada de rompanete, confere efeitos modificativos a decisão embargada, reconhecimentos os requisitos admissionais do recurso extraordinário.

2. O *thema decidendum*, *in casu*, cinge-se à delimitação das hipóteses de terceirização de mão-de-obra diante do que se compreende por atividade-fim, matéria de índole constitucional, sob a ótica da liberdade de contratar, nos termos do art. 5º, inciso II, da CRFB. Patente, outrossim, a repercussão geral do tema, diante da existência de milhares de contratos de terceirização de mão-de-obra em que subsistem dúvidas quanto à sua legalidade, o que poderia ensejar condenações expressivas por danos morais coletivos semelhantes àquela verificada nestes autos.

3. Embargos de declaração providos, a fim de que seja dado seguimento ao Recurso Extraordinário, de modo que o tema possa ser submetido ao Plenário Virtual desta Corte para os fins de aferição da existência de Repercussão Geral quanto ao tema ventilado nos termos da fundamentação acima.³²

Em seguida, em maio de 2014, o STF reconhece a Repercussão Geral da matéria (tema de nº 725), vislumbrando que a interpretação sobre a atividade-fim pode repercutir no direito fundamental da livre iniciativa, vindo a ofender diretamente o princípio da legalidade, face uma obrigação não fundada em lei que comprometeria a liberdade empresarial.

3. O *thema decidendum*, *in casu*, cinge-se à delimitação das hipóteses de terceirização de mão-de-obra diante do que se compreende por atividade-fim, matéria de índole constitucional, sob a ótica da liberdade de contratar, nos termos do art. 5º, inciso II, da CRFB.

³¹ STF. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo nº 713.211/MG.

³² STF. Embargos Declaratórios no Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo nº 713.211/MG.

4. Patente, assim, a repercussão geral do tema, diante da existência de milhares de contratos de terceirização de mão-de-obra em que subsistem dúvidas quanto à sua legalidade, o que poderia ensejar condenações expressivas por danos morais coletivos semelhantes àquela verificada nestes autos.³³

De tal sorte, o STF traz para si a responsabilidade para determinar a compatibilidade ou não da figura da terceirização, no sistema jurídico brasileiro, tema essa tão caro para o Direito do Trabalho, gerando uma grande preocupação, tendo em vista que um possível entendimento quanto de sua viabilidade, mesmo no que se refere a atividade-fim do objeto social da empresa, comprometeria toda a eficácia da proteção das normas trabalhistas dos direitos sociais fundamentais, devolvendo o trabalhador para época escura do capitalismo industrial do séc. XIX.

Não há dúvida que pretensa ação gera forte apreensão, pois o deslinde da mesma, onde o STF reconheça a inconstitucionalidade da terceirização das atividades-fim, não se apresenta de forma clarividente, isso decorrente de um contexto onde houve uma mudança repentina de entendimento no seio da suprema corte.

4. DO DIREITO DO TRABALHO NA ÓTICA DA TEORIA DOS SISTEMAS

4.1. ALGUMAS CONCISAS PONDERAÇÕES

Estar a se analisar o direito, de tal sorte, tem-se que estudar a figura do trabalhador dentro de um isolamento jurídico o qual é constituído por uma estrutura normativa de regras e princípios.

Ultrapassar essa realidade constituiria a contaminação do sistema jurídico desvirtuando-se em algum hibridismo espúrio. “... o sistema jurídico é operativamente fechado” (MARTINS, 2009), isso a partir de uma visão luhmanniana.

Sendo assim, a lógica sistêmica jurídica opera em termos exclusivamente jurídicos, a partir de uma linguagem binária lícito/ilícito. A partir disso tem o direito a função única de garantir uma expectativa de direito, normativa (CAMPILONGO, 2011).

Com isso extrai-se a seguinte premissa: o sistema jurídico distingue-se do sistema político e do sistema econômico (CAMPILONGO, 2011), o qual possui uma outra lógica, uma outra linguagem, com outras funções.

³³ STF. Repercussão Geral no Recurso Extraordinário com Agravo nº 713.211/MG.

“O direito positivo moderno trata de todo e qualquer tema ou caso, desde que juridicamente. A partir desse tratamento constrói sua diferença com outros sistemas e opera com elevado grau de complexidade interna” (CAMPILONGO, 2011, p. 88).

A inobservância da premissa supra acarreta atribuir ao direito funções além de suas possibilidades,³⁴ vindo o mesmo a ser reduzido como técnica do sistema político ou econômico,³⁵ quedando-se, assim, as fronteiras entre os sistemas e conseqüentemente anulando ou corrompendo os limites impostos pelo direito, ao demais sistemas. Ter-se-ia a politização do direito e a mercantilização do direito. (CAMPILONGO, 2011)

É ululante que o sistema operativo fechado, a qual é o direito, não possui controle sobre os sistemas que estão em seu entorno (político, econômico, das ciências). Da mesma forma, esse ambiente externo ao direito não consegue suprir o conteúdo típico e único do direito.

Nas palavras do professor CAMPILONGO (2011):

(...). A unidade, os limites e a especificidade do sistema jurídico são construídos a partir de dentro do próprio sistema jurídico, não são oferecidas pela economia nem pela ciência. A unidade do sistema jurídico é resultante do funcionamento do próprio sistema jurídico. A diferenciação entre o sistema jurídico, a ciência, a economia, a política, é uma diferenciação construída no interior do Direito. Isto limita muito o socorro que eu possa ter - com critérios hermenêuticos, ou, pelo menos, com critérios juridicamente admissíveis - de elementos exteriores ao sistema jurídico. (p. 94)

4.2. DO PLEXO NORMATIVO TRABALHISTA COMO PROMOTOR DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

No momento que se busca desanuviar qual a função do direito e como desenvolve o seu programa no meio das interações complexas dos sistemas, revela-se de forma palmar que não se pode coadunar-se com a lógica econômica do neoliberalismo que prega um discurso de flexibilização dos direitos trabalhistas, no qual está imbuído a prática da terceirização da mão-de-obra como forma de redução do custo social, num

³⁴ “Transformar o Direito é o que está ao alcance do sistema jurídico. Pretende transformar, com a norma jurídica, a realidade econômica me parece uma ambição, um imperialismo que vai além das possibilidades do Direito” (CAMPILONGO, 2011, p. 94).

³⁵ “Questão interessante e de grande importância para a presente reflexão é o fato de que, a nosso ver, dentre os ramos da ciência jurídica o Direito do Trabalho é, talvez, desde suas origens, o mais interdependente da Economia e dos ciclos econômicos, com todas as suas conseqüências no mercado de trabalho” (SCABIN, 2013, p. 35).

discurso hipócrita de que a terceirização ampliaria os postos de trabalho, omitindo o fato de que tal ampliação dar-se-ia com a precarização da forma de trabalho.

Não se pode conceber o direito como forma de maximizar os lucros das entidades privadas, mas sim como uma geradora de expectativas de direito a um mínimo existencial³⁶ para o trabalhador.

Pele filtro jurídico, não se vê no trabalhador uma mão-de-obra geradora de despesas, como na economia,³⁷ mas sim, um ser humano, uma pessoa, a qual deve-se buscar uma normatividade que origine um status de promoção da dignidade humana.

É isso que constitui do Direito do Trabalho, um limite jurídico a racionalidade econômica³⁸ de forma a impedir que o capital maximize, que o mercado se expanda de forma que desconsidere a pessoa do trabalhador, despersonalizando-o e, conseqüentemente, coisificando-o.³⁹

Nessa esteira é o pensamento do professor GARCIA (2013):

³⁶ “A garantia de direitos mínimos ao trabalhador faz parte de um conjunto de valores humanos civilizatórios (mínimo existencial), que encontra respaldo no princípio da dignidade da pessoa humana previsto constitucionalmente como maior patrimônio da humanidade”. (CASSAR, 2011, p. 29).

³⁷ “A economia deve estar a serviço do homem e não o homem a serviço da economia”. (MARTINS, 2014, p. 179).

³⁸ “O poder econômico, que se intensificou a partir da Revolução Industrial, não é ilegítimo, e pode estar previsto e reconhecido no ordenamento jurídico. O que o legislador deve fazer é coibir os abusos, no sentido de proteger as partes mais fracas da relação jurídica. Nessa ordem de ideias, o Estado deve limitar o poder econômico, coibindo e punindo os abusos: é o que ocorre não só nas relações trabalhistas, mas também nas relações de consumo e nas relações empresariais, para proteção de pequenas e médias empresas”. (SCABIN, 2013, p. 40).

³⁹ “Apesar das crises, é necessário firmar um projeto nacional, para que os Estados não fiquem à mercê das exigências externas, fazendo triunfar os interesses da nação, mesmo num mundo globalizado. A nossa Carta estabelece um Estado forte, intervencionista e regulador. A desregulamentação desmedida e a minimização dos direitos enfraquecem o Estado, único agente capaz de, através de políticas públicas, erradicar as desigualdades sociais que se avolumam em nosso país”. (CASSAR, 2011, p. 290). ““(…) Chega-se à não esperada escravidão virtual”. “O trabalhador competente é aquele que trabalha 24 horas por dia. Realidade triste que precisa de releitura. Escravizou-se o homem ao mercado tecnológico e as redes de informação permitem que o trabalhador se submeta a jornadas desgastantes, ambientalmente prejudiciais à sua saúde, em troca de algo que ainda não se sabe o que é. Como afirmado, o sistema capitalista vem procurando uma nova vítima para se alimentar, o próprio ser humano, o que denota sua voracidade pela já reconhecida e tão afirmada acumulação primitiva””. (KOLLER & VILLATORE, 2013, p. 12).

O Direito do Trabalho, portanto, exerce o relevante papel de assegurar patamares mínimos de dignidade e justiça social, impedindo que a busca pela obtenção de lucros e a concorrência acabem impondo níveis inaceitáveis de exploração do trabalho humano, em afronta aos valores magnos da liberdade, justiça, solidariedade e bem comum.

Em conclusão, por qualquer ângulo que se analise a questão, deve-se assegurar a dignidade da pessoa humana, por meio da construção de uma sociedade livre, justa e solidária, com a necessária valorização social do trabalho e o respeito à livre iniciativa ... (p.57)

A proposta de terceirização ampla e indiscriminada das relações de trabalho utiliza argumentos extraído não do sistema jurídico, mas sim de uma lógica mercadológica, extrassistêmicos.⁴⁰ É um discurso falacioso, que prega a redução de gastos com a mão-de-obra, o que geraria a manutenção das vagas de trabalho, ou possibilidade de aumentar a demanda da mesma, além de uma maior capacidade concorrencial (lógica econômica).⁴¹

Isso em detrimento de direitos que proporcionam um patamar civilizatório mínimo ao trabalhador e de dignificação de sua atividade. Ou seja, manutenção das vagas de emprego ou mesmo o seu aumento só que rebaixando a um nível que não proporcionara ao trabalhador, sujeito de direito, uma melhor qualidade de vida, mas sim mais trabalho as custas da sua dignidade.

No escólio de CASSAR (2010):

A "superexploração" acarreta excesso de trabalho e pouco descanso para repor o mínimo de energia. A recuperação física e mental do trabalho e do estresse dele decorrente fica esquecida, e este desconforto é agravado pelos salários cujos valores são cada vez mais insuficientes para uma subsistência mínima. Tais práticas são realizadas em nome e em busca da maior lucratividade. (p.41)

E nesse interim, o “capital” aumenta, se expande, se multiplica, na proporção que se aumenta a desigualdade social, desigualdade entre

⁴⁰ “(...) Daí porque as decisões judiciais devem pautar-se por critérios intrassistêmicos e respeitar as expectativas normativas construídas pela jurisprudência, afastando qualquer elemento concernente aos efeitos que determinada decisão possa ocasionar ao erário ...” (Parecer constante da obra coletiva *Crédito-Prêmio de IPI*. São Paulo, Manole, 2005, pp. 26-27). Trata-se de afirmação importante. Boa parte dos problemas aqui arrolados encontra solução fácil: orientação por critérios extrassistêmicos e propensão para o abandono das expectativas normativas em nome de expectativas cognitivas, motivadas política ou economicamente. Prefiro a cautela do Professor Paulo de Carvalho”. (CAMPILONGO, 2011, p. 90).

⁴¹ “(...) nota-se que a doutrina flexibilizadora habilmente pretende convencer de que favorece o Direito do Trabalho constitucionalizado, quando enfrenta, pela desregulação, a crise”. (SOARES FILHO, 2007, p. 103).

classes, fomentando a concentração de renda, abstraindo o homem como sujeito, como indivíduo.

Colaciona-se, aqui, a conclusão trazida por um estudo desenvolvido pela Organização Internacional do Trabalho, sobre o aumento vertiginoso do emprego formal, no Brasil, na década de 2000 (BERG, 2010), indo em divergência frontal a afirmação de que a legislação trabalhista seria um obstáculo a criação de empregos, bem como o exagero do processo de flexibilização, recomendando que o governo ao invés de se concentrar em desregulamentar o mercado de trabalho, deveria concentrar os esforços em políticas que incentivassem a formalização da atividade empresarial, seja com incentivos fiscais, simplificação de registros, dentre outros.⁴²

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Não se nega a realidade fática decorrente da globalização e do processo de aplanamento do mundo. Todavia, no contexto atual em que se apresenta a realidade brasileira, a adoção sem restrição da terceirização acarretará uma maior vulnerabilidade ao trabalhador, ocasionando menores salários, fragilização do movimento sindical, maiores riscos para a saúde do trabalhador, em um discurso meramente mercantilista, chocando, frontalmente, com os vetores axiológicos dos direitos sociais esculpidos pelo constituinte originário de 1988.

A matéria em apreço tem que ser tratada pelo viés da lógica jurídica, não podendo assim comprometê-la em face dos fatores econômicos, sob pena que desvirtuar a função do direito e, casuisticamente, alijar milhares de trabalhadores da constituição de um vínculo de emprego e conseqüentemente da proteção ao trabalho, garantia construída historicamente, firmando-se como um mínimo existencial, promotor da dignidade da pessoa do trabalhador.

Fica-se, então, no aguardo do desfecho da matéria no âmbito do Congresso Nacional e do STF, na esperança de que os direitos dos trabalhadores sejam salvaguardados, de sorte que o Projeto de Lei nº 4.330- I/2004 não seja

⁴² “The labour market flexibility debate has been exaggerated, at least in the case of Brazil. The experience of the 1990s and 2000s does not support the claim that labour regulations caused growing informality, and the strong growth in formal jobs in the 2000s at the same time that the minimum wage nearly doubled in real terms, demonstrates that labour laws are not an impediment and that some policies, such as the minimum wage, can be important for stimulating growth and job creation. Rather than focusing on deregulating the labour market, governments should take steps to encourage firms to register their businesses and their workers, either through simplifying registration, lowering taxes or providing incentives to develop high-road competitiveness strategies”. (BERG, 2010, p. 24).

aprovado na esfera do Senado e o sendo, sofra veto presidencial, e que o STF proclame pela inconstitucionalidade da terceirização da atividade-fim, consolidando os direitos fundamentais sociais, vindo a consolidar a consagrada jurisprudência do TST.

REFERÊNCIAS

- BARROS, A. M. (2011). *Curso do direito do trabalho* (7º ed.). São Paulo: LTr.
- BERG, J. (2010). *Laws or luck? Understanding rising formality in Brazil in the 2000s*. Brasília: International Labour Office. Fonte: http://www.oitbrasil.org.br/sites/default/files/topic/employment/pub/laws_luck_245.pdf
- CAMPILONGO, C. F. (2011). *Direito e diferenciação social*. São Paulo: Saraiva.
- CASSAR, V. B. (2010.). *Princípios Trabalhistas, Novas Profissões, Globalização da Economia e Flexibilização das Normas Trabalhistas*. Rio de Janeiro: Impetus.
- CASSAR, V. B. (2011). *Direito do trabalho* (5º ed.). Rio de Janeiro: Impetus.
- CASTRO, M. d. (2014). *Terceirização – uma expressão do direito flexível do trabalho na sociedade contemporânea*. São Paulo: LTr.
- COMPARATO, F. K. (2010). *A afirmação histórica dos direitos humanos* (7º ed.). São Paulo: Saraiva.
- DELGADO, G. N., & AMORIN, H. S. (2014). *Os limites constitucionais da terceirização*. São Paulo: LTr.
- DELGADO, M. G. (2011). *Curso do direito do trabalho* (10º ed.). São Paulo: LTr.
- FARIA, J. E. (2011). *O Estado e o direito depois da crise*. São Paulo: Saraiva.
- FRIEDMAN, L. T. (2005). *O mundo é plano – Uma breve história do século XXI*. (C. S. Duarte, Trad.) Rio de Janeiro: Objetiva.
- FRIEDMAN, L. T., & MANDELBAUM, M. (2012). *Éramos nós - a crise americana e como resolvê-la*. (I. Korytovski, Trad.) São Paulo: Companhia das Letras.

- GARCIA, G. F. (março-abril de 2013). 0 anos da Consolidação das Leis do Trabalho e reforma trabalhista: o debate sobre a desregulamentação e a flexibilização. *Revista de Direito do Trabalho*, 150, 51-57.
- MARTINS, S. P. (2009). *Flexibilização das Condições de trabalho* (4º ed.). São Paulo: Atlas.
- MARTINS, S. P. (2014). *A terceirização do trabalho* (13º ed.). São Paulo: Atlas.
- OLIVEIRA, F. S. (enero-junio de 2013). Terceirização e Flexibilização das Normas Trabalhistas. *Prolegómenos. Derechos y Valores*, XVI(31), 189-201. Acesso em 08 de janeiro de 2016, disponível em <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=87628085011>
- SCABIN, R. F. (2013). O Direito do Trabalho como limitador do poder econômico. Em J. e. CACALCANTE, & M. A. VILLATORE, *CLT 70 anos de consolidação: uma reflexão social, econômica e jurídica* (pp. 31-43). São Paulo: Atlas.
- SOARES FILHO, J. (2007). *Sociedade Pós Industrial. Os impactos da globalização na Sociedade, no Trabalho, na Economia e no Estado*. Curitiba: Juruá.