

UNIVERSIDADE FEDERAL DO MARANHÃO
CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS
CURSO DE DIREITO

GILVAN PESSOA COSTA JÚNIOR

**A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DA TERCEIRIZAÇÃO NO SISTEMA JURÍDICO
BRASILEIRO**

São Luís
2013

GILVAN PESSOA COSTA JÚNIOR

**A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DA TERCEIRIZAÇÃO NO SISTEMA JURÍDICO
BRASILEIRO**

Monografia apresentada ao Curso de
Direito da Universidade Federal do
Maranhão para obtenção do grau de
Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Fernando Belfort

São Luís

2013

GILVAN PESSOA COSTA JÚNIOR

**A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DA TERCEIRIZAÇÃO NO SISTEMA JURÍDICO
BRASILEIRO**

Monografia apresentada ao Curso de
Direito da Universidade Federal do
Maranhão para obtenção do grau de
Bacharel em Direito.

Aprovado em: ____/____/____

Prof. Dr. Fernando Belfort (Orientador)
Universidade Federal do Maranhão

1º Examinador
Universidade Federal do Maranhão

2º Examinador
Universidade Federal do Maranhão

AGRADECIMENTOS

A Deus, por tudo.

Agradeço aos meus pais, Gilvan Pessoa Costa e Lize de Maria Brandão de Sá Costa, pelo apoio e amor, indispensáveis à conclusão dessa etapa de minha vida.

A toda minha família e amigos, que me apoiaram e acreditaram em mim e por fazerem parte da minha história.

A minha namorada, Laís de Moraes Machado, que durante essa jornada me incentivou e ajudou nos momentos difíceis.

Ao Professor Doutor Fernando Belfort pelos conhecimentos ofertados ao longo da pesquisa.

RESUMO

O presente trabalho monográfico busca explicar o fenômeno da terceirização sob a perspectiva do sistema constitucional brasileiro. Para tanto, será abordado, em primeiro plano, a origem histórica da terceirização no mundo e no Brasil. Também, será feita uma descrição das hipóteses de terceirização lícita no sistema jurídico brasileiro e suas principais características. Posteriormente, analisar-se-á todo o arcabouço principiológico que envolve o Direito do Trabalho, além disso, será feito um estudo sobre os principais princípios e dispositivos constitucionais correlacionados a esta temática. Por fim, tratar-se-á do trabalho como um direito fundamental com o fim de averiguar se a terceirização é ou não compatível com o Ordenamento jurídico brasileiro.

Palavras-chave: Terceirização. Princípios do Direito do Trabalho. Constituição Federal de 1988.

ABSTRACT

This monograph will explain about the phenomenon of outsourcing from the perspective of Brazilian constitutional system. To do so, will be addressed in the foreground, the historical origin of outsourcing worldwide and in Brazil. In the foreground, a description of the events of lawful outsourcing in the Brazilian legal system and its main features will be taken. Subsequently, up-to analyze all principles framework involving labor law, in addition, a study will be done on the main principles and constitutional provisions related to this issue. Finally, will be expose the idea of work as a fundamental right in order to ascertain whether or not outsourcing is compatible with the Brazilian legal system.

Keywords: Outsourcing. Principles of Employment Law. Federal Constitution of 1988.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	7
2	ECONOMIA E TERCEIRIZAÇÃO NO CONTEXTO DO CAPITALISMO MODERNO NO MUNDO E NO BRASIL	10
2.1	Visão Geral	10
2.2	Origens da Terceirização no Contexto Global	13
2.3	Terceirização no Brasil	17
3	TERCEIRIZAÇÃO NO BRASIL: conceito e hipóteses de desenvolvimento lícito	20
3.1	Conceito da Terceirização	20
3.2	Hipóteses de desenvolvimento lícito da terceirização	23
3.2.1	Trabalho Temporário (Lei 6.019/74).....	23
3.2.2	Serviço de vigilância (Lei 7.102/83).....	25
3.2.3	Empreitada e subempreitada.....	26
4	A TERCEIRIZAÇÃO E A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988	28
4.1	Contexto histórico da Constituição de 1988	28
4.2	Princípios Constitucionais, Mercado de Trabalho e a Livre Iniciativa ..	32
4.2.1	Princípio da Proteção.....	36
4.2.2	Princípio da norma mais favorável.....	37
4.2.3	Princípio <i>in dubio pro fabro</i> ou <i>in dubio pro misero</i>	39
4.2.4	Princípio da condição mais benéfica.....	40
4.2.5	Princípio da primazia da realidade.....	40
4.2.6	Princípio da continuidade da relação de emprego.....	41
4.2.7	Princípio da inalterabilidade contratual lesiva.....	43
4.2.8	Princípio da intangibilidade salarial.....	45
4.2.9	Princípio da irrenunciabilidade.....	46
5	A INCONSTITUCIONALIDADE DA TERCEIRIZAÇÃO NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO	48
5.1	Trabalho como direito fundamental	48
5.2	A inconstitucionalidade da Terceirização	53
6	CONCLUSÃO	57
	REFERÊNCIAS	60

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por escopo demonstrar o fenômeno da Terceirização no sistema jurídico trabalhista sob uma perspectiva principiológica e constitucional, tecendo comentários acerca da legislação e jurisprudência aplicadas a este processo de cunho trabalhista.

A Terceirização surgiu como um processo voltados para a otimização de processos produtivos, aumento da eficiência dos trabalhadores no desenvolvimento de suas atividades e de contribuição para a redução de custos no âmbito da empresa, fato este que tem contribuído de modo sistemático para a generalização desse modelo de contratação de mão-de-obra no mercado de trabalho brasileiro.

A problematização do presente trabalho parte do pressuposto de que a Terceirização constitui-se num processo de redução de custos e de racionalização dos processos produtivos, aumentando a competitividade das empresas e contribuindo para o crescimento econômico brasileiro. No entanto, a adoção da terceirização no sistema jurídico brasileiro não representou aumento na competitividade das empresas nacionais mas, sim, processo de precarização das condições de trabalho e redução substancial dos salários dos empregados das empresas terceirizantes, constituindo-se fator de discriminação no mercado de trabalho. Vilipendia o princípio da dignidade da pessoa humana, corolário de todo arcabouço axiológico que permeia a Constituição Federal de 1988. Em vista disto, averiguar-se-á se o instituto da terceirização é compatível ou não com os preceitos constitucionais.

A hipótese primária é que, não obstante o fato de o texto constitucional reconhecer a propriedade privada como um direito fundamental (Art. 5º, XXII, da CF/88), a República Federativa do Brasil procura em seus mais diversos dispositivos proteger o trabalhador frente ao capital, desenvolvendo, assim, o princípio da dignidade humana sob uma perspectiva juslaboral. Cumpre ressaltar que a República Federativa do Brasil tem como fundamentos tanto a livre iniciativa quanto o valor social do trabalho (Art. 1º, IV, da CF/88), exortando assim, não só o Estado brasileiro como também os particulares a conciliarem as atividades empresariais com as regras básicas de proteção ao trabalhador. Por fim, a Carta Magna elege a igualdade como direito fundamental (Art. 5º, caput e inciso I, da CF/88), vedando, assim, qualquer forma de discriminação, inclusive no mercado de trabalho. Desse

modo, o fenômeno terceirizante seria um processo inconstitucional.

Todavia suscita-se uma hipótese secundária segundo a qual tal fenômeno consistiria numa medida de salvaguarda dos empresários de ante de um cenário cada vez mais competitivo. Dessa forma, embora a Terceirização proporcione algumas consequências no mercado de trabalho tais como a diminuição salarial, por outro lado consubstanciaria para a preservação das empresas e, conseqüentemente, na manutenção dos empregos de milhares de pessoas. A Terceirização nada mais seria do que instrumento de racionalização dos processos produtivos que agrediria quaisquer direitos trabalhistas sendo, portanto, constitucional.

Ao realizar o estudo da problemática das hipóteses suscitadas, objetiva-se examinar, preliminarmente, a possibilidade de a Terceirização ser compatível com os princípios e dispositivos constitucionais, buscando-se reflexões acerca da origem e das consequências deste fenômeno no mundo e na economia brasileira.

Ela surgiu surge como um processo produtivo de índole multinacional voltado a busca desenfreada por uma contestável otimização dos processos produtivos em detrimento das condições de trabalho de milhões de seres humanos em todo o mundo, acarretando sérias consequências à sociedade.

Assim, sem o escopo de esgotar a discussão da temática, percebe-se a extrema importância a realização desse estudo, com a pretensão de que se possa averiguar e compreender todas as controvérsias que envolvem a terceirização, expondo com afinco os direitos e garantias dos trabalhadores com previsão constitucional e as terríveis consequências derivadas deste fenômeno.

O método a ser utilizado será o dedutivo, de onde se parte com argumentos gerais e conhecidos para argumentos particulares; para tanto se estabelecerá uma relação lógica entre as premissas apresentadas a fim de não comprometer a validade da conclusão. O método de procedimento será o histórico, levando-se assim em consideração o contexto atual e os fenômenos que o geraram, utilizando-se conjuntamente o método comparativo que se resume na idéia de confronto, cotejo, embate, promovendo assim um exame simultâneo para as eventuais e presentes diferenças e semelhanças possam ser constatadas e as devidas relações estabelecidas. Ademais, com relação à técnica de pesquisa utilizar-se-á a pesquisa bibliográfica principalmente, livros, artigos científicos e impressos diversos, com a finalidade de produzir conhecimento amplo e detalhado

do objeto de estudo, sendo, portanto, substancialmente uma pesquisa qualitativa, onde, não irá se medir dados, antes disso, identificar-se-á a natureza do objeto de pesquisa, compreendendo-o de maneira geral, privilegiando assim os contextos em que estão inseridos.

A presente pesquisa acadêmica está estruturada em quatro capítulos. No primeiro capítulo será feito um estudo acerca da origem histórica do fenômeno da Terceirização no mundo e no Brasil. No segundo capítulo, far-se-á uma reflexão acerca das hipóteses mais importantes de desenvolvimento lícito da terceirização no sistema jurídico brasileiro.

No terceiro capítulo, falar-se-á acerca dos princípios de base constitucional e legal acerca do Direito do Trabalho, fazendo-se um estudo comparativo da terceirização com relação aos preceitos e dispositivos constitucionais. Por fim, no quarto e conclusivo capítulo, averiguar-se-á o fato de o trabalho ser ou não um direito fundamental e a importância do trabalho para a humanidade e, posteriormente, respondendo a questão da constitucionalidade ou não da terceirização.

2 ECONOMIA E TERCEIRIZAÇÃO NO CONTEXTO DO CAPITALISMO MODERNO NO MUNDO E NO BRASIL

2.1 Visão Geral

É notório, no atual contexto socioeconômico, o altíssimo grau de competição e de complexidade que envolve a relações empresariais nas mais diversas situações. Seja na busca de novos fornecedores e parceiros comerciais, seja na busca de melhores preços e na redução de custos, as empresas se defrontam com um cenário extremamente hostil e complexo. Segundo a literatura empresarial especializada, vivemos tempos de especialização, na qual empresas em via de especialização e de alto nível tecnológico buscam trabalhadores que sejam mais qualificados, e portanto com maior nível educacional, e de métodos mais sofisticados no intuito de competir num mercado cada vez mais exigente e concorrido.

Salvo algumas exceções, é corriqueiro o fato de a iniciativa privada e concentrar-se em um único nicho de mercado no intuito de ter maiores possibilidade de aviamento. Se antes as empresas se responsabilizavam por todas as etapas necessárias ao desenvolvimento e distribuição de mercadorias e serviços, da compra de matéria-prima, do desenvolvimento e elaboração das mercadorias, da embalagem e transporte, à venda direta ao consumidor, atualmente, o cenário econômico é, atualmente, indubitavelmente diverso.

Hoje, as empresas buscam delegar certos processo produtivos à outras companhias, se concentrando cada vez mais no “carro-chefe” de suas atividades econômicas específicas. Se nos primórdios do Capitalismo industrial as empresas detinham todo o controle do processo produtivo, atualmente, o desenvolvimento de um produto envolve um enorme contingente de empresas e pessoas, muitas das vezes a milhares de quilômetros distantes umas das outras, que numa atuação integrada desenvolvem certos produtos e serviços.

É clarividente que o fenômeno da Globalização, proporcionado pelo advento de novos meios de transporte e de sofisticados mecanismos de comunicação constituíram-se em elementos nevrálgicos para uma maior integração dos mercados nacionais e numa maior dinamização da economia como um todo.

É também de fundamental importância o advento de uma nova situação política, principalmente no começo da década de 1980, com as eleições de Ronald Reagan para a Presidência dos Estados Unidos da América, da posse de Margaret Thatcher como primeira-ministra na Inglaterra e de Helmut Kohl como chanceler na Alemanha, que juntos, tendo como marco axiológico a orientação liberal fomentada pelo consenso de Washington, passaram a estimular uma maior desregulamentação dos mercados e uma maior liberalização das economias, fato que contribuiu de modo peremptório para uma maior circulação de pessoas, bens, serviços e principalmente, de capitais.

As consequências dessa política liberalizante têm causado uma série de controvérsias no meio acadêmico, de um lado, um grupo denominado “Neoliberais”, advogava a tese de que essa política econômico fomentou uma maior integração das economias, aumentando substancialmente a circulação de produtos, serviços e capitais e gerando mais “eficiência” nos mercados através da redução de custos, contribuindo assim para um maior desenvolvimento dos países.

Por outro lado, alguns acadêmicos, adeptos da teoria de John Maynard Keynes, criticavam veementemente essa política “liberalizante” que, ao desregular os mercados, gerava um processo incontrolável de desindustrialização dos países desenvolvidos, à medida em que diversas empresas e indústrias, principalmente as que utilizam de modo intensivo grande quantidade de mão de obra, passaram a transferir para outras localidades as suas atividades produtivas, localidades estas nas quais a mão-de-obra fosse mais barata, os sindicatos fossem mais fracos ou mesmo, inexistentes, e onde houvesse maior oferta de matérias-primas e valores tributários mais baixos que nos seus respectivos países de origem.

Do mesmo modo, essa política proporcionaria aumento substancial no desemprego e na derrocada do estado de bem estar social (*welfare state*) devido à interrupção na prestação de serviços públicos por parte do estado, tal como bem explana Hobsbawm (1995, p. 399). *In Verbis*:

A batalha entre Keynesianos e neoliberais não era nem um confronto puramente técnico entre economistas profissionais, nem uma busca de caminhos para tratar de novos e perturbadores problemas econômicos. [...]. Era uma guerra de ideologias incompatíveis. Os dois lados apresentam argumentos econômicos. Os Keynesianos afirmavam que altos salários, pleno emprego e o Estado de Bem-estar haviam criado a demanda de consumo que alimentara a expansão, e que bombear mais demanda na

economia era a melhor maneira de lidar com depressões econômicas. Os neoliberais afirmavam que a economia e a política da Era de Ouro impediam o controle da inflação e o corte de custos tanto no governo quanto nas empresas privadas, assim permitindo que os lucros, verdadeiro motor do crescimento econômico numa economia capitalista, aumentassem. De qualquer modo, afirmavam, a “mão oculta” smithiana do livre mercado tinha de produzir o maior crescimento da “Riqueza das Nações” e a melhor distribuição sustentável de riqueza e renda dentro dela; uma afirmação que os Keynesianos negavam.

Segundo essa corrente contrária ao modelo “Neoliberal”, as consequências dessas políticas desregulatórias seriam catastróficas para o equilíbrio econômico. Devido à desregulamentação dos mercados aliada à uma política de desestruturação do Estado por meio da delegação de certas atividades tais como os serviços públicos, que passariam a ser desenvolvidas em “regime de mercado”, conseqüentemente o número de desempregados aumentaria de modo exponencial em diversos países europeus e nos Estados Unidos da América, assim como o aumento da desigualdade social e da disparidade entre ricos e pobres, tal como bem explana Judt (2011, p. 24-25). *In Verbis*:

Para compreender a profundidade do buraco em que caímos, temos primeiro de avaliar a escala das mudanças que nos acometeram. Do final do século XIX até os anos 1970, as sociedades ocidentais avançadas estavam todas se tornando um pouco menos desiguais. Graças a impostos progressivos, subsídios governamentais para os pobres, oferta de serviços sociais e garantias contra os infortúnios mais sérios, as democracias modernas estavam reduzindo os extremos entre riqueza e pobreza. No decorrer dos últimos trinta anos nós jogamos tudo isso fora. Certamente, o ‘nós’ varia conforme o país. Os maiores extremos do privilégio privado e da indiferença pública ressurgiram nos EUA e na Grã-Bretanha. Embora países distantes entre si, como Nova Zelândia e Dinamarca, França e Brasil, tenham demonstrado interesse periódico, nenhum se comparou à Grã-Bretanha ou aos Estados Unidos em seu firme compromisso de trinta anos: desfazer décadas de legislação de cunho social e descuido econômico. Em 2005, 21,2% da renda nacional americana concentravam-se nas mãos de 1% dos cidadãos. Um contraste em relação a 1968, quando o CEO da General Motors ganhava, entre salários e benefícios, cerca de 66 vezes o salário médio de um trabalhador típico da GM. Hoje o CEO do Walmart fatura novecentas vezes o salário do empregado médio. Na verdade, a fortuna familiar dos fundadores do Walmart naquele ano foi estimada em 90 bilhões de dólares, o mesmo valor da renda somada dos 40% mais pobres da população dos Estados Unidos: 120 milhões de pessoas.

De fato, são inegáveis as graves consequências derivadas do processo de desregulamentação das economias centrais, tais como desemprego estrutural, desigualdade social crescente, diminuição substancial dos indicadores de qualidade de vida, dentre outras. Ainda com relação ao processo de crescimento da desigualdade social, explana pormenorizadamente o economista Pochmann (2009, p. 17), que

Neste começo de século, percebe-se que apenas 25% da população concentram 75% da produção mundial, enquanto menos de 250 mil clãs (0,2% da população mundial) respondem por quase 50% da riqueza global. Cerca de 500 corporações transnacionais ameaçam dominar todos os setores da atividade econômica. Parece nítida a desgovernança mundial frente à pequenez das organizações multilaterais constituídas no segundo pós-guerra (ONU, BIRD, FMI, etc.) e suas formas de atuação neste cenário. Hoje, o gigantismo do poder econômico encontra-se cada vez mais concentrado e o peso das grandes corporações supera a força de muitas nações. No ano de 2006, por exemplo, as três maiores empresas transnacionais do mundo registraram faturamento superior ao Produto Interno Bruto (PIB) brasileiro.

Exemplo gritante desse processo “liberalizante”, tendo inclusive virado manchete nos principais jornais, foi o recente pedido de concordata por parte do município de Detroit, situado no estado do Michigan, nos Estados Unidos da América.

Símbolo do Automobilismo americano, a cidade tinha cerca de 1,8 milhões de habitantes, e um portentoso parque industrial automobilístico até meados da década de 1970, quando várias fábricas de automóveis visando reduzir custos e com base numa gestão política de caráter liberalizante e de desestruturação da máquina administrativa, migraram para outros locais onde a mão-de-obra fosse mais barata e os sindicatos menos atuantes além, é claro, de ambientes nos quais, os governos fossem mais “gerenciais”, ou seja: locais onde os governos dessem mais benefícios fiscais dentre outras regalias (Folha de São Paulo, 2013).

O resultado desse processo é estarrecedor: milhares de pessoas em toda a cidade ficaram sem emprego e outras milhares, na sua grande maioria desempregados, migraram para outras localidades; uma grave crise fiscal se instalou no município à medida que, com a atividade econômica reduzida de modo significativo, o poder público deixou de arrecadar muitos tributos, isso num contexto de grande demanda por seguro desemprego e serviços públicos aliado a diversos escândalos de corrupção e de irresponsabilidade fiscal, fato que acabou por cominar no pedido de concordata de Detroit recentemente (Folha de São Paulo, 2013).

2.2 Origens da Terceirização no Contexto Global

Desde o advento do Mercantilismo e das grandes navegações em meados dos séculos XV e XVI, as economias e culturas se encontram num processo aparentemente irreversível de constante integração. Ocorre que, ineludivelmente, fora só em meados do século XX que esse processo de “integração” econômica se

desenvolveu de modo acelerado, principalmente após o final da segunda guerra mundial e com o estouro da crise de 1970.

Durante muito tempo, os países da Europa ocidental e os Estados Unidos da América concentravam significativa parcela do parque industrial até então existente, de modo a serem forçados por buscar mercados fornecedores de matérias-primas essenciais e de novos mercados consumidores, fato este que além concretizar a integração de outras nações à lógica capitalista moderna acabou por proporcionar duas guerras mundiais.

Durante este período de guerras, principalmente no decorrer da segunda guerra mundial, houve a necessidade de uma maior interlocução dos países aliados na luta contra o nazi-fascismo, através da desconcentração e maior colaboração entre os Estados Unidos e os europeus na fabricação de armamentos e no fornecimento de víveres, tais como explana o ilustre economista Pochmann (2009, p. 36):

As primeiras experiências da terceirização transnacional identificadas pelo fornecimento de insumos vindos de fora da empresa (outsourcing) e procedentes de distintos países foram registradas durante a Segunda Guerra Mundial, quando da realização de alianças entre firmas industriais dos Estados Unidos e de alguns países europeus permitiu a integração da produção de armamentos utilizados na luta contra o nazi-fascismo.

Durante este período de conflito, os parques industriais dos países envolvidos passaram a se dedicar quase que exclusivamente à fabricação de armas, fato que consubstanciou no surgimento de indústrias de substituição de importação com o escopo de abastecer o mercado consumidor dos países não envolvidos nos conflitos. Cumpre observar que parte dessas incipientes indústrias surgidas nos países periféricos nada mais eram do que “filiais” de empresas europeias e americanas do mesmo ramo econômico, contudo, ainda não existia uma integração administrativa direta entre a empresa matriz e as filiais.

Foi apenas em meados da década de 1970, período da crise denominada “estagflação”, isto é, baixo crescimento econômico e inflação em alta, que diversos países tendo como vetor axiológico o liberalismo, passaram a aumentar a taxa de juros e a impor restrições ao sistema social até então reinante, o chamado Estado de Bem Estar social, visando “oxigenar” a economia através do auto-infligimento de recessão.

Não obstante, é necessário ressaltar que a crise de “estagflação” nada mais representou do que a intransponibilidade socioeconômica de aumento das

taxas de lucro num contexto de mercado de trabalho aquecido, desemprego “matematicamente” inexistente, política fiscal progressista, ou seja, impostos sobre grandes fortunas, progressão de alíquotas de acordo com a renda, taxaço sobre o patrimônio, etc. Nesse contexto, a única forma de alavancar receitas, ainda mais num cenário de altíssima competitividade interempresarial, seria o aumento simples e direto do preço dos bens e serviços. Esse foi o núcleo basilar de uma política de nítido cunho liberal que buscou desregulamentar diversos setores da economia, buscou uma reforma tributária de modo a não taxar as grandes fortunas e o patrimônio, abandono das políticas públicas de proteção ao mercado de trabalho e de aumento substancial das taxas de juros.

Foi nessa realidade de desestruturação social e econômico, fato que cominou diretamente na crise de 2008 (*mortgages crises*, nos Estados Unidos da América), que os diversos conglomerados industriais passaram a migrar para países onde os custos trabalhistas e tributários fossem menores, acabando por deixar sem trabalho milhares de pessoas nos seus países de origem, com o intuito único e exclusivo de aumentar substancialmente seus lucros.

Por outro lado, é de fundamental importância destacar a falência do modo de produção fordista, pelo qual a empresa teria o controle de todas as etapas produtivas dos bens, aliada à manutenção de grandes estoques de insumos e produtos, e pelo qual não existia uma fragmentação dos mecanismos técnicos de produção industrial.

Parcela substancial da responsabilidade pela derrocada deste modelo de produção deveu-se ao advento do toyotismo, modelo de produção industrial voltado à otimização dos processos produtivos, á uma maior especialização e interlocução das etapas produtivas e a um sistema voltado a manutenções mínimas de estoques, seja de insumos, seja de bens, sistema este que ficou conhecido como *just in time*; e, por fim, na descentralização do processo produtivo, isto é, a empresa se concentraria apenas no desenvolvimento da “essência” do produto, ficando as outras etapas do processo produtivo à cargo de outras empresas, tais como:

A emergência do sistema japonês de manufatura (toyotismo) tem estimulado maiores ganhos de produtividade, como aqueles que em 1980 permitiam à Toyota produzir 69 carros por trabalhador, enquanto a General Motors somente alcançava 9 carros por empregado. Esse diferencial de quase 8 vezes na produtividade do trabalho estava diretamente relacionado ao processo de terceirização (sistema de subcontratação de atividades especializadas), que possibilitava à Toyota produzir mais automóveis com

menos empregados diretamente contratados, embora dispusesse de uma rede com mais de 150 empreendimentos associados a trabalhadores indiretamente contratados (terceirizados) (POCHMANN, 2009, p.32).

A consequência do sucesso do Toyotismo foi a generalização desse processo de produção entre as grandes companhias cada vez mais pressionadas em reduzir custos e sobreviver ao cenário de intensa competição pelo acesso e aceitação nos mais diversos mercados consumidores.

A face mais clarividente desse novo sistema produtivo foi o realocamento de significativa parcela dos processos produtivos para localidades onde a mão de obra fosse mais barata, proporcionando uma nova estruturação na divisão internacional do trabalho, pelo qual, nesta nova conjuntura, passou a espelhar uma situação até então inexistente, a saber, nos países de economia central, com sistemas educacionais públicos abrangentes e de qualidade, essas empresas passaram a deixar os postos de trabalho mais produtivos e qualificados, enquanto nos países de economia periférica, ficariam os postos de trabalho de menor exigência educacional, aliado, obviamente, ao pagamento de salários aviltantes aos contratados.

Esse novo contexto de transposição de fronteira nacionais favoreceu de modo determinante as grandes empresas, que passaram a dispor de um mercado de trabalho composto por milhões de trabalhadores de baixíssima escolaridade e dispostos/sujeitos a trabalharem em condições precárias e muitas vezes subumanas.

Impende observar que, de certo modo, o fenômeno terceirizante, que se desenvolveu nos países de economia central, acabou por fomentar certo dinamismo econômico à medida em que devido as regras de proteção ao trabalho, ao alto nível de instrução da classe trabalhadora e da presença de sindicatos fortes, não houve oportunidade para a precarização das condições de trabalho, tal como explica Pochmann (2009, p. 33):

Enquanto a terceirização mantinha-se como um fenômeno nacional, a regulação pública evoluiu, especialmente nos países desenvolvidos, com o objetivo de evitar o avanço da precarização no uso e remuneração da força de trabalho. Também é importante ressaltar a tendência da atuação sindical em termos de incorporação da mão-de-obra terceirizada no âmbito da negociação coletiva, contornando a diferenciação das condições e relações de trabalho no interior do processo produtivo.

Já nas economias periféricas, os efeitos do fenômeno da Terceirização foram nefastos não só em termos econômicos mas também e principalmente no já conturbado e miserável contexto social. Devido ao altíssimo desemprego e aos baixos níveis de escolaridade, diversas empresas passaram a “terceirizar” diversos setores produtivos, fomentando a rotatividade da mão de obra, e pagando baixíssimos salários aos seus empregados, fato que se agrava ainda mais pela ausência de políticas públicas que procurem amortizar os efeitos da precarização das condições de trabalho proporcionadas pela terceirização, pela ausência de uma legislação que busque restringir essa modalidade econômico e também, pela ausência de sindicatos fortes e atuantes. Por fim, nos dizeres do doutrinador Pinto (2010, p. 23):

Globalização e terceirização constituem-se em verso e reverso da mesma moeda. A terceirização evolui na velocidade determinada pelas exigências da globalização, que transformaram o mundo em pequena comunidade de grandes negócios, em mundo plano, indiferente aos fatores distancia e tempo.

Cumprido frisar-se que, a princípio, o processo de realocamento de empregos e de terceirização de processos produtivos deveu-se quase que única e exclusivamente à atividades industriais. Ocorre que, atualmente, já é possível perceber-se a terceirização de atividades voltadas ao setor terciário da economia, à exemplo dos serviços de *call centers* prestados por empresas de origem Anglo-americanas que utilizam mão de obra indiana para prestar serviços tanto nos Estados Unidos quanto na Grã-Bretanha.

2.3 Terceirização no Brasil

O Brasil, tal como os outros países de economia periférica, também absorveu o fenômeno terceirizante em sua lógica produtiva. Não obstante, é preciso frisar uma peculiaridade neste processo de reorganização da lógica produtiva capitalista, à medida em que enquanto, nos países de economia central e nos próprios países de economia periférica, o fenômeno terceirizante se manifestou primeiramente na iniciativa privada. No Brasil, as primeiras iniciativas voltadas para esse processo deram-se no âmbito da Administração Pública federal, principalmente com o advento do Decreto-Lei 200 de 1967, tal como bem explana o Ministro do TST Delgado (2012, p. 429). *In Verbis*:

De todo modo, as primeiras referências legais sobre a sistemática terceirizante (ainda que sem o batismo de tal denominação) ocorreram com respeito ao segmento estatal das relações de trabalho. No quadro da reforma administrativa intentada em meados da década de 1960, no âmbito das entidades estatais da União (Decreto-Lei n. 200, de 1967), foram expedidos dois diplomas que estimulavam a prática de descentralização administrativa, através da contratação de serviços meramente executivos ou operacionais perante empresas componentes do segmento privado da economia. Tais textos normativos consistiam no art. 10 do Dec.-Lei n. 200/67 e na Lei n. 5.645/70. De certo modo, era uma indução legal à terceirização de atividades meramente executivas, operacionais, no âmbito da administração pública.

Durante muitos anos o fenômeno da Terceirização encontrou-se num verdadeiro limbo jurídico, tendo como única previsão normativa o artigo 455 da Consolidação das Leis do Trabalho que trata das situações juslaborais de subempregada. Ocorre que o fenômeno da Terceirização logo se generalizou no âmbito empresarial, o que acabou por pressionar o Poder Público a regulamentar um variado leque de atividades econômicas que estavam sendo objeto de terceirização, tais como os serviços de vigilância, de trabalho temporário e também nas consideradas “atividades meio”, isto é, aquelas atividades produtivas que não estão ligadas diretamente na atividade principal da empresa.

Tal como nos outros países de economia periférica, esse o fenômeno em tela proporcionou aumento significativo na precarização das condições de trabalho, à medida em que devido aos altíssimos índices de desemprego, a ausência de uma legislação específica e de uma Política Pública efetiva que busque combater a especulação com o valor da mão de obra, não apenas as empresas mas também os próprios entes públicos passam a reduzir custos em detrimento das condições mínimas de trabalho e da desvalorização do próprio trabalhador, que, devido à ausência de vínculo jurídico direto com o chamado “empregador real”, passou a ser mera peça de reposição facilmente substituível, ainda mais num contexto de subemprego generalizado.

É curioso observar o fato de que a Terceirização passou a ter ambiente fértil para desenvolver-se justamente num contexto histórico e político de premente autoritarismo, ainda mais se levamos em conta que o Decreto-Lei de número 200 de 1967 fora publicado apenas três anos após o golpe militar de 1964, que derrubou o então presidente João Goulart, este, por sua vez, um político alinhado aos interesses da classes trabalhadores e que tinha logo no início de seu mandato estipulado um aumento de 100% no salário mínimo então vigente.

Não obstante, é preciso frisar que, sob a ótica empresarial, é indubitável o fato de que, apenas em meados da década de 1970, juntamente com as outras economias, sejam as de países periféricos sejam as dos países de capitalismo central, encontravam-se em crise. Porém, reitera-se o caráter “patronal” dos militares golpistas a medida em que diversas medidas supressoras de direitos trabalhistas passaram a ser adotadas tais como a instituição do FGTS, veiculada pela lei de número 5.107 de 1966, tudo em prol de uma suposta necessidade de maior flexibilização das normas trabalhistas que estariam “onerando” demasiadamente a classe empresarial.

Por obséquio, foi em meados da década de 1990 que o Brasil viveu sua fase mais obscura e violenta com relação aos direitos trabalhistas e a ausência de uma política de proteção ao trabalho digno, justamente num contexto de recente democratização e da recém promulgação da Constituição Federal de 1988, a chamada “Constituição Cidadã”.

3 TERCEIRIZAÇÃO NO BRASIL: conceito e hipóteses de desenvolvimento lícito

3.1 Conceito da Terceirização

A Terceirização é um fenômeno altamente complexo e controvertido. De um lado, é tido como um instrumento consubstancializador de otimização dos processos produtivos e de redução de custos, aumentando assim, o índice de produtividade empresarial, por outro lado, a terceirização é tida como um artifício usado por empresários e pela própria administração pública, para fraudar direitos trabalhistas e aumentar de forma exponencial seus lucros, causando assim, uma série de transtornos e desequilíbrios de ordem econômica e social.

Nas palavras do professor Cairo Junior (2013, p. 390-391):

O avanço industrial e tecnológico, aliado às novas técnicas de administração e produção, deu ensejo ao fenômeno denominado de terceirização. Tradicionalmente, a empresa desenvolvia, dentro do seu estabelecimento, todas as fases de sua atividade de produção ou de serviços.

De fato, a Terceirização é fenômeno sócio-industrial sem precedentes no histórico jurídico e social no Brasil. Cumpre ressaltar que o próprio termo “terceirização” é um neologismo cunhado por especialistas da área de Administração de Empresas para descrever o processo de delegação de processo produtivos anexos de uma determinada atividade econômica principal para outras empresas, sendo conceituada, por autores de cursos de administração como:

É a transferência de atividades para fornecedores especializados, detentores de tecnologia própria e moderna, que tenham esta atividade terceirizada como sua atividade-fim, liberando a tomadora para concentrar seus esforços gerenciais em seu negócio principal, preservando e evoluindo em qualidade e produtividade, reduzindo custos e gerando competitividade (RESENDE, 2013, p. 194).

Numa análise superficial, é possível perceber-se que a Terceirização foi analisada primeiramente pelos estudiosos da administração de empresas e economia, isto é explicado pelo fato de que durante muitos anos este processo administrativo situou-se num verdadeiro limbo jurídico, não sendo objeto de regulamentação e estudo dos Poderes Públicos e da comunidade jurídica. Ressalte-se ainda que, logo após a proliferação desse *modus operandi* no setor privado, a Administração Pública federal passou também a utilizar atividades terceirizadas em

suas funções, tanto que, em meados da década de 1970, foi publicado o Decreto-Lei nº200 de 1967, que incentivava a delegação gerencial das atividades de apoio (atividades-meio) da administração pública, tal como o exposto no dispositivo legal de número 10 do respectivo Decreto-Lei:

Art. 10. A execução das atividades da Administração Federal deverá ser amplamente descentralizada.

[...]

§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. (BRASIL, 1967).

O texto normativo supra mencionado é clarividente, ao buscar promover no âmago do Poder Público uma descentralização administrativa de suas atividades, incentivando o gestor público a delegar certas funções à terceiros sempre que possível, desde que mediante contrato e observando o princípio basilar da legalidade.

Além do Decreto-Lei nº200 de 1967, outros diplomas legais, despidos de sistematicidade, foram introduzidos no sistema jurídico brasileiro, valendo-se ressaltar que a própria CLT já regulamentava de modo tímido uma espécie de terceirização, na forma de contrato de subempreitada em seu artigo 455. Dentre esses diplomas normativos pode-se citar a lei 7.102 de 1983, que trata da atividade de vigilância especializada, a lei 6.019 de 1974, que trata do contrato de trabalho temporário, a lei de nº 9.472 de 1997 que trata dos serviços de telecomunicações e, por fim, a lei de nº 9.601 de 1998 que trata do contrato provisório de trabalho.

Esse período que vai de meados da década de 1970 ao começo dos anos 2000, é marcado por um lado, de um agressivo crescimento da terceirização no âmbito do mercado de trabalho brasileiro, e de outro, por uma tímida e dispersa produção de normas disciplinadoras deste fenômeno, talvez pelo fato de que a terceirização tenha se tornado uma política de estado no campo socioeconômico, vide o Decreto-Lei 200 de 1967.

Não obstante a inércia do Poder Legislativo e do Poder Executivo em regulamentar esse fenômeno jurídico-trabalhista, houve, em 1994, a publicação da Súmula de nº 331 pelo Tribunal Superior do Trabalho que representou um verdadeiro divisor de águas nesta questão, pois estabeleceu uma série de requisitos

jurídicos a serem observados pelo setor privado ao se utilizarem de atividades terceirizadas.

Destaque-se, por fim, que foi também na década de 1990 que a doutrina passou a se ater ao estudo deste fenômeno que já estava se consolidando no sistema econômico brasileiro e que suscitava uma série de debates não só entre acadêmicos da área jurídica, mas também de estudiosos de outros campos do saber, tais como administradores, contadores e economistas, sendo que, no seio da comunidade jurídica, vários autores passaram a delimitar parâmetros conceituais acerca da terceirização, podendo-se suscitar a conceituação de alguns autores clássicos do Direito do Trabalho, tais como Delgado (2012, p. 435). *In Verbis*:

Para o Direito do Trabalho *terceirização* é o fenômeno pelo qual se dissocia a relação econômica de trabalho da relação trabalhista que lhe seria correspondente. Por tal fenômeno insere-se o trabalhador no processo produtivo do tomador de serviços sem que se estendam a este os laços trabalhistas, que se preservam fixados com uma entidade interveniente. A terceirização provoca uma relação trilateral em face da contratação de força de trabalho no mercado capitalista: o obreiro, prestador de serviços, que realiza suas atividades materiais e intelectuais junto à empresa tomadora de serviços; a empresa terceirizante, que contrata este obreiro, firmando com ele os vínculos jurídicos trabalhistas pertinentes; a empresa tomadora de serviços, que recebe a prestação do labor, mas não assume a posição clássica de empregadora desse trabalhador envolvido.

Portanto, a Terceirização representa uma bifurcação de uma relação jurídica base, a relação de trabalho, de cunho bilateral, e passa a se constituir duas novas relações jurídicas que envolvem não mais apenas dois sujeitos, a empresa e o trabalhador, mas, sim, três sujeitos que são a empresa, que contrata uma outra companhia para que esta forneça trabalhadores para exercerem determinadas atividades, a empresa intermediadora de mão-de-obra, e o trabalhador. Simplificadamente, ela representa para o Direito do Trabalho, tal como bem explana o professor Garcia (2013, p. 349):

Para o Direito do Trabalho, interessa o fato de ter trabalhador prestando serviços ao ente tomador, mas possuindo relação jurídica com a empresa prestadora de serviços. A relação, assim, passa a ser triangular ou trilateral, pois na terceirização o empregado da empresa prestadora de serviços ao tomador.

Em vista do exposto, é visível um deslocamento da relação jurídica de natureza trabalhista que antes da terceirização se dava entre a empresa tomadora de serviço e o trabalhador, para a empresa fornecedora de mão-de-obra e o próprio trabalhador. Além disso, observa-se o surgimento de uma nova relação jurídica de

natureza civil entre a empresa tomadora de serviço e a empresa fornecedora de mão-de-obra.

Contudo, é necessário analisar que o fenômeno da Terceirização não decorreu de modo uniforme na economia brasileira nem sua posterior regulamentação, fato que enseja uma série de particularidades com relação ao estudo deste instituto, especificidades estas que se acentuaram ainda mais com o advento da Súmula de nº 331 do Tribunal Superior do Trabalho, que junto com outras espécies normativas servirá como base de estudo das hipóteses de terceirização lícita no sistema jurídico nacional.

3.2 Hipóteses de desenvolvimento lícito da terceirização

Em primeiro plano destaca-se que, como regra geral, a Terceirização é ilícita no Ordenamento jurídico brasileiro; portanto, é de convir o cunho taxativo que a terceirização lícita assume na sistemática jurídica pátria, tal qual o estipulado no item I da Súmula 331 do TST, que expressa o seguinte: “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”.

À primeira vista destaca-se o fato de que o advento da Súmula 331 teve como ponto norteador impedir a proliferação desvairada deste novo modelo de contratação de força de trabalho no mercado brasileiro, pois logo em seu primeiro item a súmula já diz ser a terceirização ilícita no Brasil. Ocorre que esta mesma súmula permite algumas formas de terceirização, seja por estas modalidades já estarem consolidadas no mercado de trabalho, seja pelo benefício que alguns entes poderosos, tais como os poderes públicos, usufruem com este modelo de contratação. Hipóteses estas que serão analisadas a seguir.

3.2.1 Trabalho Temporário (Lei 6.019/74)

O trabalho temporário, como o próprio nome já diz, é um sistema de contratação sazonal com duração máxima de três meses, salvo autorização do Ministério do Trabalho e Emprego pelo mesmo prazo. Este modelo de contratação tem grande utilidade no mercado brasileiro, principalmente quando a economia nacional vivencia períodos próximos a datas religiosas, feriados e festividades, a

exemplo do Natal, ano novo, férias escolares, etc.

Dentre as hipóteses permissivas de uso desse modelo está o acréscimo extraordinário de serviço, a exemplo de uma empresa de chocolates que precisa contratar mais funcionários para atender à alta demanda por ovos na páscoa, e a substituição de pessoal regular e permanente, a exemplo de uma empresa cujos trabalhadores de certo departamento entrem em férias, situação pela qual a empresa precisará provisoriamente de novos trabalhadores.

Esse modelo de contratação de trabalhadores deverá ser feito somente por um contrato formal e escrito entre a empresa tomadora de mão-de-obra e a empresa prestadoras de serviços, no qual deverá ser explicitada a situação que ensejou a necessidade de contratação deste serviço sendo vedada a mera descrição genérica do motivo, isto é, o tomador de mão-de-obra não pode apenas dizer que o “aumento extraordinário no serviço” provocou a necessidade de novos trabalhadores, sendo obrigatório a este mesmo tomador dizer no contrato escrito qual foi o aumento, qual a razão deste aumento, qual foi o setor mais afetado, de quantos trabalhadores irá precisar, por quanto tempo, etc.

Por outro lado, o contrato do trabalhador, que será necessariamente confeccionado na forma escrita, também deverá explanar acerca da modalidade de contratação, ou seja, que o trabalhador realiza o trabalho temporário, além de serem realizados todos os outros tipos de anotações em sua CTPS, frise-se que nesta modalidade de contratação de trabalhadores é vedada a contratação a título de trabalho temporário de trabalhadores estrangeiros.

O trabalho temporário, ao contrário de outras espécies de intermediação de trabalhadores incluídas no âmbito da terceirização, é uma das modalidades menos lesivas ao trabalhador já que só pode ser utilizada em duas únicas situações, geralmente ligadas a certos períodos do ano tal como algumas festividades. Não obstante, é preciso ressaltar que, nessa modalidade de Terceirização, tanto a legislação específica quanto a própria Súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho permitem a existência de subordinação e pessoalidade nesta modalidade de contratação, o que é do ponto de vista da principiologia e dogmática trabalhista uma total discrepância, já que a subordinação e a pessoalidade são uns dos dois principais elementos para a caracterização da relação jurídica de emprego.

Na verdade, a impressão que fica ao estudioso do Direito do Trabalho é que a relação jurídica de cunho civil, que se constitui entre a empresa tomador de

mão-de-obra e a companhia prestadora de serviços, se trata de uma fraude para obstar a vinculação empregatícia direta destes trabalhadores para com a empresa tomadora, a medida que estão presentes a subordinação e a pessoalidade, além de esses trabalhadores desenvolverem suas atividades laborais na atividade-fim da tomadora de trabalho temporário.

Contudo, reitere-se o fato de que essa modalidade de contratação de trabalhadores já está consolidada tanto na Doutrina quanto na Jurisprudência dos tribunais trabalhistas pátrios embora, a nosso ver, caracterize como um exemplo de escamotear a formação do vínculo de emprego.

Por fim, em relação a responsabilidade da empresa tomadora de mão-de-obra, a doutrina é uníssona em afirmar que, em regra, a responsabilidade da empresa tomadora é subsidiária em relação à empresa prestadora de serviços especializados, valendo-se ressaltar que somente nos casos de falência da empresa de trabalho temporário é que a responsabilidade será solidária entre essas duas pessoas jurídicas (RESENDE, 2013, p. 206).

3.2.2 Serviço de vigilância (Lei 7.102/83)

Em primeiro plano, destaca-se a dicotomia doutrinária e legal que precisa ser estabelecida entre o vigilante, trabalha qualificado para desenvolver certas atividades, do vigia, trabalhador sem qualificação que é contratado na maioria das vezes para fazer o serviço de vigia de certas propriedades tais como residências e sítios, são conhecidos também por “caseiros”. Portanto, ao contrário do vigia, o vigilante integra categoria profissional diferenciada.

O serviço de vigilante até meados do século XX era um serviço restrito às companhias bancárias, ocorre que com o decorrer do tempo, outras empresas passaram a se beneficiar de tal serviço, fomentando assim a expansão desta modalidade de contratação de trabalhadores especializados.

Frise-se, por obséquio, que, exceto no casos das companhias bancárias, cuja atividade de vigilância poderá ser fomentada por meios próprios (contanto que sejam obedecidos os preceitos legais contidos na Lei 7.102 de 1983) a vigilância configurará hipótese de terceirização compulsória, tendo em vista que deve obrigatoriamente ser desenvolvida por empresa especializada (RESENDE, 2013, p. 207).

3.2.3 Empreitada e subempreitada

Modalidade precursora da Terceirização no sistema jurídico brasileiro, a empreitada e subempreitada encontram-se tipificados nos respectivos dispositivos legais. *In Verbis*:

Art. 455 - Nos contratos de subempreitada responderá o subempreiteiro pelas obrigações derivadas do contrato de trabalho que celebrar, cabendo, todavia, aos empregados, o direito de reclamação contra o empreiteiro principal pelo inadimplemento daquelas obrigações por parte do primeiro.
Parágrafo único - Ao empreiteiro principal fica ressalvada, nos termos da lei civil, ação regressiva contra o subempreiteiro e a retenção de importâncias a este devidas, para a garantia das obrigações previstas neste artigo. (VADE MECUM, 2012).

Observa-se que a empreitada e a subempreitada não representam um caso de terceirização propriamente dito, o modelo de terceirização atualmente vigente apenas veio a se desenvolver muitos anos depois embora, seja inegável o papel primordial que este instituto teve para o desenvolvimento das outras espécies de terceirização.

Em primeiro plano, destaque-se que o dispositivo supramencionado refere-se propriamente aos contratos de subempreitada, pelos quais os empregados da subempreiteira poderão acionar judicialmente tanto a empreiteira principal quanto a subempreiteira, deixando em segundo plano a responsabilidade do dono da obra pelos débitos trabalhistas que derivem da obra a ser realizado.

No que se refere à responsabilidade pelas verbas trabalhistas, existem duas correntes que se digladiam acerca de qual é a natureza dessa responsabilidade. A primeira corrente, que não possui mais tantos adeptos, advoga a tese de que a responsabilidade seria solidária entre o empreiteiro e o subempreiteiro. A segunda corrente, atualmente gozando de certo prestígio na doutrina, advoga a tese de que a responsabilidade nestes casos deve ser subsidiária.

Do anteriormente descrito, destaca-se que, no caso da empreitada simples, o dono da obra não responderá pelos débitos do empreiteiro para com os empregados. Tal entendimento já encontra-se consolidado do âmbito do Tribunal Superior do Trabalho, tal qual expresso na respectiva Orientação Jurisprudencial:

OJ 191. CONTRATO DE EMPREITADA. DONO DA OBRA DE CONSTRUÇÃO CIVIL. RESPONSABILIDADE.

Diante da inexistência de previsão legal específica, o contrato de empreitada de construção civil entre o dono da obra e o empreiteiro não enseja responsabilidade solidária ou subsidiária nas obrigações trabalhistas contraídas pelo empreiteiro, salvo sendo o dono da obra uma empresa construtora ou incorporadora.

Portanto, diante do exposto na Orientação Jurisprudencial de nº 191 do TST, é inadmissível em regra qualquer tipo de responsabilidade, seja solidária seja subsidiária, do dono da obra pelos débitos contraídos pelo empreiteiro, sendo excepcionado apenas nos casos de o dono da obra ser uma construtora ou incorporadora.

Destarte, percebe-se que o desenvolvimento da Terceirização no Brasil emergiu de modo célere e generalizadamente, sem que houvesse uma regulamentação propícia a evitar a prática de abusos nesta nova modalidade de contratação de mão-de-obra. Ocorre que a significativa maioria dessas novas legislações acerca do tema são anteriores à promulgação do atual texto constitucional e à conseqüente formação teórica que se desenvolveu tendo a Constituição Federal de 1988 como base, fato este que ensejará o desenvolvimento do próximo capítulo, cujo foco será o novel texto constitucional e toda a principiologia tanto geral quanto específica acerca da relação de trabalho.

4 A TERCEIRIZAÇÃO E A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

4.1 Contexto histórico da Constituição de 1988

Neste capítulo será demonstrada a importância que os mais diversos preceitos constitucionais têm para a temática da Terceirização, afim de que se possa analisar, criticamente, se este fenômeno constitui ou não uma violação direta à Carta Magna de 1988 e seu arcabouço axiológico.

A Constituição Federal de 1988 foi promulgada em um contexto socioeconômico de extrema efervescência social no Brasil, à medida que a sociedade civil brasileira lutava nas ruas pela redemocratização do país após um longo período de violência e repressão tal como o fora a Ditadura Militar que durou de 1964 a 1985.

Nesse contexto histórico, havia uma pressão da sociedade para que fosse promulgado um novo texto constitucional, que tivesse por escopo a garantia dos direitos fundamentais de primeira dimensão (geração), tais como as liberdades públicas, por exemplo, a inviolabilidade domiciliar, o direito à livre manifestação, o direito de propriedade e de livre expressão do pensamento. De outro lado, era necessária uma carta fundamental que estabelecesse direitos sociais mínimos, isto é, direitos prestacionais ou de segunda dimensão, tais como os direitos à serviços educacionais, de saneamento básico, de saúde, etc. Por fim, mas não menos importante, cumpre preciso frisar que outros direitos, tais como os de terceira e quartas dimensões (há controvérsias doutrinárias à cerca destas classificações), também precisavam ser tuteladas por este novo texto fundamental, à exemplo do direito ao meio ambiente equilibrado.

De fato, antes de analisar algumas particularidades do texto constitucional de 1988, é necessário traçar um panorama histórico e econômico que desencadeou todo esse contexto. Em primeiro plano, frise-se que, até meados da década de 1970, o Brasil vivia um período de contínuo crescimento econômico, denominado por alguns historiadores como o período do “milagre econômico”, pelo qual o país crescia de forma robusta não obstante os níveis irrisórios de distribuição de renda.

Ocorre que, logo após esse período, uma série de crises econômicas sucederam-se no cenário externo, tais como a crise do petróleo que afetou de modo significativo a economia brasileira, gerando altas taxas de desemprego, inflação e

baixo crescimento econômico. Acerca do momento histórico que marcou o desenvolvimento do atual texto constitucional, disserta o professor de Direito Constitucional Fernandes (2013, p. 275):

A história prévia da nossa Constituição de 1988 é dotada de várias passagens marcantes, até o seu advento. Dentre elas, a distensão lenta e gradual (embora com idas e vindas) do regime ditatorial militar que se iniciou com o Presidente Geisel e teve continuidade com o Presidente Figueiredo (que teve a anistia como um momento importante, permitindo a volta de inúmeras pessoas exiladas que estavam fora do país). Além disso, vamos observar o desenvolvimento de um combativo e organizado movimento sindicalista, bem como a volta do pluripartidarismo e das eleições diretas para o cargo de Governador em 1982 (essas eleições, fruto da Emenda Constitucional nº 15/80). Tivemos, também, um importante movimento das “Diretas Já”, de 1983 – 84, que produziu intensa mobilização nacional em grandes comícios pelo país explicitando a cara de uma sociedade civil que clamava por mudanças. E, por último, a eleição indireta de Tancredo de Almeida Neves para o cargo de Presidente do Brasil, em 1985, fruto de uma aliança do PMDB com dissidentes do PDS (que formaram a “frente liberal”). Fato é que Tancredo Neves, então Presidente eleito, por motivos de saúde, não chegou a tomar posse e pouco tempo depois veio a falecer. Com isso, o Vice-Presidente eleito, José Sarney, se tornou Presidente e cumpriu a promessa da época de campanha enviando ao Congresso Nacional proposta de emenda constitucional prevendo a instauração de uma nova Assembleia Constituinte nº26, em 27 de novembro de 1985. Nessa, foi estabelecida a previsão de que os membros do Congresso Nacional reunir-se-iam unicameralmente, em Assembleia Nacional Constituinte, livre e soberana, no dia 1º de fevereiro de 1987.

Ainda com relação à situação de bancarrota econômica, na qual o país se encontrava, é preciso frisar que os efeitos dessas crises eram ainda mais nefastos devido à completa omissão do poder ditatorial à época em tentar adotar medidas econômicas anticíclicas, de modo a proteger a parcela da população mais vulnerável aos desequilíbrios econômicos gerados pelo sistema de produção capitalista, os trabalhadores.

Por outro lado, a alta permeabilidade das elites políticas ditatoriais a concepções neoliberais inibia os militares em proteger o mercado econômico brasileiro, prejudicando inclusive as grandes empresas nacionais e multinacionais, sendo que estas por sua vez, deixavam de realizar investimentos produtivos no país temendo prejuízos futuros, devido à imprevisibilidade do mercado interno.

A junção desses fatores logo fomentou uma série de manifestações por todo o país, cuja bandeira mais exaltada era a queda da ditadura militar no Brasil e a conseqüente instituição de uma regime democrático, manifestações essas que receberam a adesão inclusive das classes médias urbanas, as mesmas que, em meados da década de 1960, apoiaram o golpe militar de 64, deixando transparecer

assim o nítido caráter econômico dessas manifestações. A população lutava contra a ditadura militar não pelo fato de a mesma violar direitos humanos, oprimir e omitir, torturar e matar, mas, sim, por mera comodidade econômica. A Democracia representaria apenas o caminho mais fácil e rápido de garantir à classe média conforto material.

Foi nesse cenário de constante ebulição social que em meados de outubro de 1988 foi promulgada sob a batuta de Ulysses Guimarães, a Constituição Federal. De fato, esse novo texto consubstancializou em seus mais de 300 artigos, uma mixórdia de correntes ideológicas, ou seja: a Constituição Federal de 1988 procurou amalgamar no corpo de seu texto, uma série de direitos reivindicados pelos mais diversos grupos sociais sem, contudo, descaracterizar o verdadeiro vetor axiológico que impulsionava os legisladores na época, que era a consolidação de um regime verdadeiramente democrático, que se desenvolveu através da ampliação dos direitos e garantias fundamentais e por meio do fortalecimento das instituições democráticas, tal como bem explana os professores Paulo e Alexandrino (2013, p. 32):

Ao lado da ampliação dos direitos fundamentais – sobretudo das garantias e remédios constitucionais (enfática vedação à censura prévia, surgimento do *habeas data*, do mandado de injunção, do mandado de segurança coletivo, ampliação do objeto da ação popular etc.), bem como dos direitos sociais e direitos de terceira geração ou dimensão (como o direitos a um meio ambiente equilibrado) – é mister mencionar o fortalecimento das instituições democráticas, dentre elas o Ministério Público.

Um exemplo indubitável da mescla dessas mais diversas correntes ideológicas é perceptível pela leitura do inciso IV do artigo 1º do texto constitucional, que estabelece como fundamento da República Federativa do Brasil os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa. Esse dispositivo teve como escopo a compatibilização da lógica capitalista, lógica esta que se caracteriza pela maximização dos lucros e pela busca desenfreada pela redução de custos, com a valorização do trabalho humano, cuja lógica consiste na valorização do trabalho como instrumento consubstancializador da dignidade humana, garantindo um padrão de vida confortável ao trabalhador, sem descurar da função produtiva que envolve o labor.

Foi baseado nesse “intuito conciliador” que o constituinte produziu um texto extremamente prolixo, não só por abarcar uma série de direitos e garantias, ou por descrever minuciosamente todo o arcabouço jurídico-normativo que envolve,

desde a produção das emendas constitucionais (artigo 60, da CF/88), até ao determinar que o colégio Dom Pedro II, situado no município do Rio de Janeiro, será mantido na órbita federal (artigo 242, §2º da CF/88), mas também por repetir uma série de direitos e garantias já previstos em outros dispositivos do próprio texto constitucional.

Para alguns doutrinadores, esse “ecletismo constitucional”, isto é, este intuito desvairado em agregar num mesmo texto constitucional uma série de ideologias, terminaria por fragilizar a efetivação dos direitos fundamentais ao prescrever uma série de compromissos constitucionais meramente dilatatórios.

Assim, o legislador constituinte, ao acrescentar ao texto constitucional as mais variadas ânsias sociais, estaria na verdade tentando resolver uma crise momentânea por intermédio da promulgação de uma Constituição. Seria o que o professor Neves (2011, p. 179) denomina de “constitucionalismo simbólico”, cuja proposta seria a promulgação de uma constituição que contivesse normas constitucionais cuja efetividade social fosse mínima ou mesmo, inexistente.

Destarte, o texto constitucional serviria apenas para garantir um pouco de estabilidade social através do ‘entorpecimento” das camadas mais inconformadas do corpo social com promessas vindouras. Assim, o texto constitucional obteria um mero efeito retórico, pois declararia direitos que por circunstância de fato não poderiam ser concretizados, tal como bem explana o constitucionalista Neves (2011, p. 176), onde a constitucionalização (simbólica), novamente, funciona como um álibi:

[...] o Estado apresenta-se como identificado com os valores constitucionais, que não se realizam no presente por culpa do subdesenvolvimento da sociedade. Já na retórica dos grupos interessados em transformações reais nas relações de poder, os quais pretendem frequentemente representar a subcidadania, invocam-se os direitos proclamados no texto constitucional para denunciar a realidade constitucional inconstitucional e atribuir ao Estado/governo dos sobrecidadãos a culpa pela não realização generalizada dos direitos constitucionais, que seria possível estivesse o Estado/governo em outras mãos [...].

Ocorre que, mesmo sendo a Constituição Federal de 1988 um texto altamente prolixo e recheado de normas programáticas, revela-se indubitável a força normativa e a efetiva transformação que esse novel texto constitucional procurou efetivar no país. Seja pela estipulação de uma série de direitos e garantias individuais e coletivos, seja pela instituição e fortalecimento do Ministério Público, a Constituição brasileira promulgada procurou efetivamente consolidar no país um

verdadeiro regime democrático, efetivando direitos e garantias, e estabelecendo um novo patamar jurídico normativo.

4.2 Princípios Constitucionais, Mercado de Trabalho e a Livre Iniciativa

É inexorável o fato de que a República Federativa do Brasil tem como modelo econômico primordial o capitalista. De fato, o Estado brasileiro desde a Constituição brasileira de 1824, passando pelas Constituições de 1891, de 1934, de 1937 e 1946, pela de 1967 e EC nº1/69 até a constituição atual de 1988, sempre teve como base econômica, se não de forma expressa, mas pelo menos implicitamente, o sistema capitalista.

A Constituição Federal de 1988 não só reconheceu o sistema capitalista e seus institutos, como também os garantiu, seja pela proteção da propriedade privada (artigo 5º, inciso XXII, da CF/88), seja pelo estabelecimento da livre iniciativa como fundamento da República Federativa do Brasil (artigo 1º, inciso IV, da CF/88), a lógica capitalista tem guarida no texto constitucional.

Não obstante, é preciso reconhecer que, além de prolixa, a Carta constitucional de 1988 é, acima de tudo um texto principiológico, cujo arcabouço axiológico tem como núcleo basilar o princípio da dignidade da pessoa humana. Logo, é perceptível o fato de que, numa perspectiva juslaboral, o princípio da livre iniciativa, princípio este de índole constitucional, diga-se de passagem, deve se pautar por parâmetros constitucionalmente fixados, tais como o princípio da proteção ao trabalhador, o princípio da boa fé objetiva, o princípio da função social da propriedade, o princípio da condição mais benéfica ao trabalhador, entre outros.

É indubitável o fato de que, numa perspectiva constitucional contemporânea, pela qual a análise de institutos infraconstitucionais deverão ter por base o diálogo sistemático com os mais diversos dispositivos constitucionais, torna-se inadmissível que se tome por absoluto quaisquer direitos, garantias ou princípios frente a qualquer outro. Por consequência, não seria de modo algum constitucional o fato de um empregador em busca de auferir lucros expressivos, passasse a pagar salários abaixo do patamar mínimo legal ou mesmo, não fornecesse equipamentos de proteção individual aos seus empregados, visando com isso reduzir custos.

O mesmo raciocínio supradesenvolvido se aplicará ao fenômeno da Terceirização, na medida em que este instituto não puder de modo algum servir como simulacro jurídico à mercantilização do valor da força de trabalho no Brasil. A iniciativa privada não pode desenvolver suas atividades econômicas tendo como prática o desrespeito à direitos trabalhistas que nada mais representam do que direitos mínimos e aptos a ensejar um padrão mínimo de dignidade no contexto social do trabalho.

O próprio texto constitucional exorta o interprete constitucional a seguir essa orientação no sentido de harmonizar os princípios da livre iniciativa e do valor social do trabalho, tal como o previsto no artigo 1º, inciso IV, da Constituição Federal de 1988, assim como bem expressa acerca deste dispositivo o professor Moraes (2011, p. 25):

Os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa: é através do trabalho que o homem garante sua subsistência e o crescimento do país, prevendo a Constituição, em diversas passagens, a liberdade, o respeito e a dignidade ao trabalhador (por exemplo: CF, arts. 5º, XIII; 6º; 7º; 8º; 194-204). A garantia de proteção ao trabalho não engloba apenas o trabalhador subordinado, mas também aquele autônomo e o empregador, enquanto empreendedor do crescimento do país.

Além do princípio da dignidade da pessoa humana, que também é fundamento da República Federativa do Brasil (artigo 1º, inciso III, da CF/88), existe outro princípio que assume primordial importância com relação ao processo de terceirização de mão-de-obra no mercado de trabalho brasileiro, que é o princípio da igualdade ou da não discriminação, princípio este que tem guarida numa série de dispositivos do texto constitucional pátrio, tais como no *caput* do artigo 5º e no seu respectivo inciso I, ou mesmo no artigo 7º, inciso XXXII, que veda a distinção entre trabalho manual, técnico e intelectual ou entre os profissionais respectivos.

É perceptível que o princípio da igualdade possui alta densidade semântica e de certa forma é um princípio plurissignificativo. De um lado esse princípio estabeleceu que todas as pessoas são iguais em direitos e obrigações não sendo permitida qualquer diferenciação arbitrária, ou seja: não importa a origem, a opção sexual, os valores, a ideologia, todo indivíduo deve ser respeitado e tratado como qualquer outro.

Cumprе ressaltar que, com o advento da Teoria de eficácia horizontal dos direitos fundamentais, não só o Estado, isto é, o Poder Público em si, que tem a

obrigação constitucional de observar os preceitos contidos no princípio da igualdade ou da não discriminação, como também os particulares, ou seja: os indivíduos, as pessoas jurídicas de direitos privado também deverão proceder com igualdade perante toda e qualquer pessoa.

Por outro lado, constata-se que esta igualdade não é de modo algum absoluta visto que a dinamicidade do mundo, permeado pelas mais diversas e complexas relações, e a própria singularidade da existência humana, exortam tanto o Estado quanto os particulares a agirem com equidade e proporcionalidade em alguns casos, visto que nem sempre uma determinação formal será a mais justa e adequada para toda e qualquer pessoa, à exemplo de um portador de necessidades especiais que por não gozar de um estado pleno de saúde precisa de maior proteção jurídica.

O princípio da igualdade ou da não discriminação assume significativa importância na relação de trabalho, justamente pelo fato de que esta espécie de relação jurídica não se compactua entre iguais, isto é, os dois sujeitos envolvidos nesta relação são totalmente diferentes no sentido de que um, em regra, tem primazia fática e econômica sobre o outro. Enquanto um dos sujeitos terá o chamado poder empregatício apto a ensejar o controle sobre a atividade econômica a ser desenvolvida, assumindo o destino da empresa e o controle sobre os mais diversos bens, o outro não possuirá outro objeto de valor a não ser a própria força de trabalho, dependendo este trabalhador do emprego para poder sobreviver, muitas vezes em condições precárias.

Desse modo, o princípio da igualdade ou da não discriminação impediria que o empregador estabelecesse diferenças irrazoáveis de tratamento entre um empregado e outro, seja com relação à quantidade de trabalho, à jornada de trabalho diária, semanal ou mensal, à quantidade de salário, etc., por motivos de raça, sexo, cor, ideias, valores, crenças ou opção sexual. Cumpre frisar que o próprio Tribunal Superior do Trabalho tem uma súmula que considera como discriminatória a demissão de empregado portador do vírus HIV. *In Verbis*:

Súmula nº 443 do TST. Dispensa discriminatória. Presunção. Empregado portador de doença grave. Estigma ou preconceito, Direito à reintegração. Presume-se discriminatória a despedida de empregado portador do vírus HIV ou de outra doença grave que suscite estigma ou preconceito. Inválido o ato o empregado tem direito à reintegração no emprego.

É indubitável o fato de que a Terceirização, fenômeno este que tem por escopo o “enxugamento” dos processos produtivos de determinada empresa fazendo com que esta passe a concentrar todos os seus recursos, materiais e humanos, numa única atividade-fim otimizando assim de modo exponencial os níveis de produtividade (relação custo x lucro), não representou de modo algum uma diminuição do nível de ocupação, ou seja: a terceirização de processos produtivos e conseqüentemente de mão-de-obra não representou desemprego ou desocupação, pelo contrário, os níveis de ocupação nunca foram tão altos com a terceirização, tal como bem explana o economista Pochmann (2009, p. 37). *In Verbis*:

Toda essa reorganização ou a decomposição articulada do processo produtivo (pós-fordismo) permitiu o enxugamento da mão-de-obra empregada diretamente pela grande empresa. Em 2006, por exemplo, a Ford possuía 283 mil empregados (a General Motors tinha 288 mil empregados), enquanto em 1976 o seu departamento de pessoal registrava a presença de 444 mil funcionários (a General Motors tinha 748 mil trabalhadores diretos).

Destaca-se, todavia, que o processo de contenção dos empregos diretos da grande empresa não resultou necessariamente na diminuição do nível geral de ocupação, tendo em vista a ampliação da quantidade de trabalhadores subcontratados, geralmente com custos salariais inferiores. Com a internacionalização das empresas, o uso da terceirização da mão-de-obra tornou efetiva a recomposição do ocupação em termos globais, uma vez que as antigas estruturas administrativas piramidais deram lugar à integração em redes de produção de bens e serviços em diversos países.

Portanto, percebe-se que a Terceirização nada mais tem representado do que o rebaixamento propositado da remuneração dos trabalhadores que não possuem vínculo de emprego com a empresa tomadora de mão-de-obra, cabendo-se destacar que, por consequência desse processo, os trabalhadores com vínculo de emprego com a tomadora teriam melhor remuneração do que os trabalhadores vinculados às fornecedoras de mão-de-obra, caracterizando assim uma notória agressão ao princípio constitucional da igualdade ou da não discriminação.

Esse princípio aponta a necessidade da igualdade de tratamento de todos perante a lei, sem que seja feita distinção em virtude das particulares condições do sujeito. Esse conceito de igualdade está diretamente ligado ao sentimento de justiça. Canotilho (2003, p. 426) dissertando sobre o princípio da igualdade assevera que este poderá ser analisado sob dois enfoques. Ter-se-á, assim, uma igualdade formal, ou seja: uma igualdade jurídica presente na fórmula que diz que “todos são iguais perante a lei”; e um outro tipo de igualdade, considerada material, em que se deverá tratar por “igual o que é igual e desigualmente o que é desigual”.

É preciso, portanto, fazer valer este princípio, de acordo com critérios objetivos sob pena de se chegar à arbitrariedade em nome da igualdade. Tavares (2007, p. 528) assevera que, a desigualdade tem que estar em relação direta com a diferença observada; não se pode tratar diversamente em função de qualquer diferença observada, do contrário, todos os tratamentos discriminatórios estariam legitimados. Além disso, é acessório que essa relação não viole nenhum preceito constitucional.

Ora, ao se permitir a Terceirização de forma ampla e generalizada no mercado de trabalho, estar-se-ia fomentando uma situação de premente desigualdade entre uma ampla parcela de trabalhadores que grosso modo, estariam realizando trabalho de igual valor. Destarte, é preciso observar que a terceirização termina por discriminar uma significativa parcela de trabalhadores, pois estes ao desenvolverem suas atividades profissionais teriam uma remuneração inferior em relação ao valor recebido pelos trabalhadores com vínculo de emprego. Cumpre ressaltar a possibilidade de surgimento de uma classe de subtrabalhadores, isto é, de trabalhadores que devido ao processo de terceirização, teriam uma remuneração inferior a média salarial dos trabalhadores que possuem vínculo de emprego. Sob esse fundamento, faz-se necessário tecer alguns comentários acerca dos princípios basilares do Direito do Trabalho assegurados na Constituição Cidadã.

4.2.1 Princípio da Proteção

Este princípio constitui-se no ponto nevrálgico de toda normatização e filosofia que envolve o Direito do Trabalho. De fato, a relação de trabalho, e mais especificamente, a relação de emprego é uma relação jurídica desigual à medida que uma das partes possui mais poder que a outra, ou seja: numa das pontas desta relação há uma pessoa hipersuficiente e na outra uma pessoa hipossuficiente, e é com base nesta premissa básica que o Direito do Trabalho, tendo como vetor axiológico o princípio da proteção, vem a desenvolver instrumentos jurídicos aptos a ensejar uma maior proteção deste vulnerável que, para o Direito do Trabalho, é o trabalhador ou empregado.

Destarte, o princípio da proteção é o arcabouço valorativo que se concretiza na norma e na condição mais favorável, cujo fundamento se subsume à essência do Direito do Trabalho. Seu escopo consiste em tentar corrigir iniquidades,

criando uma superioridade jurídica em favor do trabalhador empregado, diante de sua condição de hipossuficiente (BARROS, 2011, p. 124).

Pode-se alegar que o princípio da proteção consiste na aplicação, ao Direito do Trabalho, do princípio constitucional da igualdade ou não discriminação em seu aspecto substancial, segundo o qual a igualdade é tratar de forma igual os iguais e de forma desigual os desiguais, na medida de suas desigualdades (RESENDE, 2013, p. 24).

É de fundamental importância que se tenha em mente que o objetivo principal do Direito do Trabalho é reequilibrar a relação jurídica capital/trabalho (empregador x empregado) mediante o estabelecimento de mecanismos de proteção à parte mais fraca na relação jurídica (RESENDE, 2013, p. 24).

Por fim, cabe frisar-se que a doutrina majoritária costuma dizer que do princípio da proteção derivam todos os demais princípios especiais aplicáveis ao ramo juslaboral, tais como os princípios da norma mais favorável ao trabalhador, da condição mais benéfica ao trabalhador, o do *in dubio pro fabro*, etc.

4.2.2 Princípio da norma mais favorável

É inexorável o fato de que a Norma Constitucional assumiu um papel de proeminência no Ordenamento jurídico brasileiro, sendo que todas as normas infraconstitucionais devem respeitar os parâmetros constitucionalmente delimitados a cerca das mais variadas matérias. Por conseguinte, o Ordenamento jurídico assume uma feição escalonada, onde a Constituição Federal fixa-se no topo do sistema normativo determinando a forma como se desenvolverá as outras espécies normativas.

Contudo, o sistema jurídico normativo *juslaboral* assumiu uma nova dinâmica, que consiste na aplicação da norma jurídica mais favorável ao trabalhador, independentemente da posição desta específica norma no ordenamento jurídico. Esse específico princípio dispõe que o operador trabalhista deverá escolher pela norma mais favorável ao trabalhador em três situações ou fases distintas: no instante de elaboração da regra (princípio orientador da elaboração legislativa) ou no contexto de embate entre regras concorrentes (princípio orientador do processo de escalonamento de normas trabalhistas) ou, por fim, no contexto de interpretação das regras jurídicas (princípio orientador do processo de descobrimento do sentido da

regra trabalhista) (DELGADO, 2012, p. 194).

Desse modo entende-se o quanto é extensa a aplicação desse princípio pois, em vez de se aplicar única e exclusivamente no momento judicial, isto é, no momento de aplicação do direito ao caso concreto durante uma lide trabalhista, ele passará a orientar o próprio legislador no momento de elaboração da norma jurídica, fazendo com que o legislador parta do pressuposto de que o trabalhador é hipossuficiente na relação jurídica de trabalho e que, conclusivamente, necessita de um leque normativo mais amplo e protetivo.

Não obstante, o princípio da norma mais favorável ao trabalhador não é de modo algum absoluto, não podendo ser aplicado, por exemplo, quando existirem leis de ordem pública que regulamentem determinada matéria.

Ocorre que, muitas vezes, o operador do Direito encontrará dificuldade para identificar qual seria a norma mais favorável ao trabalhador a ser manuseada num determinado caso concreto. A doutrina juslaboral majoritária, atenta a essa corriqueira dificuldade, elaborou uma série de teorias aptas a solucionar esses casos de dúvida. Dentre essas teorias é possível se perfilar as mais importantes, que são cinco.

A primeira, conhecida como Teoria da acumulação ou Teoria atomista, estabelece que se deverá selecionar em cada uma das normas comparadas, os dispositivos mais favoráveis ao trabalhador, ou seja: a teoria da acumulação ou atomista nada mais representa do que o critério hermenêutico e de integração de normas jurídicas que leva em consideração o benefício isolado contido em cada dispositivo, amalgamando todos essas regras num só conjunto (CASSAR, 2012, p. 179).

Cumprindo observar que, para o professor Delgado (2012, p. 169-170), essa teoria é falha devido ao fato de não levar em consideração uma premissa básica que deve reger toda e qualquer ciência que é a sistematicidade, ou seja: a teoria da acumulação ou atomista assume uma perspectiva fragmentária do direito, ignorando o fato de que os dispositivos e normas jurídicas estão em constante e intensa interlocução.

A segunda teoria a respeito deste tema é a teoria do conglobamento, que estabeleceu o fato de que se deverá tomar a norma mais favorável a partir do confronto em bloco das normas que são objeto de comparação, isto é, procura-se o agrupamento de normas que sejam mais favoráveis ao trabalhador.

Esta teoria tem por preocupação o entendimento da norma como um todo, encaram-se desse modo, as normas jurídicas como um sistema harmônico, devendo-se aplicar após a comparação, as normas que sejam mais favoráveis ao trabalhador em seu conjunto, observando assim a sistematicidade que deve reger a ciência jurídica (CASSAR, 2012, p. 179).

A terceira corrente teórica a respeito é a teoria do conglobamento orgânico, ou por instituto, que estabelece que se deve extrair a norma aplicável a partir da comparação parcial entre conjuntos homogêneos de matérias (RESENDE, 2013, p. 25). Para a doutrina majoritária, esta teoria seria a predominante em nosso sistema jurídico, sendo perceptível a partir de uma análise mais atente do artigo 3º, inciso II, da Lei nº 7.064 de 1982.

A quarta teoria a respeito deste tema é a teoria da adequação, que estipula a aplicação da norma jurídica mais adequada para o específico caso concreto. Contudo, destaca-se o fato de que esta teoria por ser muito genérica termina influenciar as demais teorias a respeito, não possuindo muita densidade jurídica.

Por fim, a quinta e última teorias denomina-se teoria da escolha da norma mais recente que tem como parâmetro de análise o fato de que, por ser o mundo atual extremamente dinâmico e complexo, deve-se, em caso de dúvida, sempre aplicar-se a norma mais atual.

4.2.3 Princípio *in dubio pro fabro* ou *in dubio pro misero*

Este princípio, cuja aceitação encontra controvérsias na doutrina, estabeleceu que, no caso de uma determinada norma jurídica possuir mais de uma interpretação viável, deverá o operador do Direito adotar aquela que seja mais favorável ao trabalhador.

Para o professor Delgado (2012, p. 196-198), considera-se que esse princípio teria um embasamento teórico muito frágil pelos mais variados motivos, sendo os principais, o fato de ter o mesmo objetivo que o princípio da norma mais favorável ao trabalhador e também pelo fato de não se admitir a aplicação deste princípio no campo probatório, a medida em que no processo trabalhista, o princípio constitucional da paridade de armas impediria que uma parte tenha preponderância jurídica sobre a outra.

4.2.4 Princípio da condição mais benéfica

Esse princípio, que tem por parâmetro constitucional o direito adquirido previsto no artigo 5º, inciso XXXVI, da Constituição Federal de 1988, estabeleceu que se deverão preservar as mesmas condições fáticas e contratuais de trabalho desde que mais favoráveis ao trabalhador no decorrer da relação de emprego. Logo, se um determinado trabalhador tiver uma jornada de trabalho fixada em seis horas diárias, sendo as horas suplementares remuneradas na base de 100% da hora normal, o empregador não poderá realizar alterações que venham supervenientemente prejudicar o trabalhador.

Cumpra observar que esse princípio tem como objeto de valoração não só o contrato de trabalho do obreiro como também o próprio regulamento de empresa que estipule alguma condição de trabalho. Destarte, caso o trabalhador venha a alterar alguma condição de trabalho que venha a ser menos benéfica ao trabalhador, essa mudança só terá aplicabilidade aos trabalhadores que forem admitidos na empresa após essa respectiva mudança. É este inclusive o posicionamento jurisprudencial do Tribunal Superior do Trabalho. *In Verbis*:

Súmula nº 51 - Cláusula Regulamentar - Vantagem Anterior

I - As cláusulas regulamentares, que revoguem ou alterem vantagens deferidas anteriormente, só atingirão os trabalhadores admitidos após a revogação ou alteração do regulamento.

II - Havendo a coexistência de dois regulamentos da empresa, a opção do empregado por um deles tem efeito jurídico de renúncia às regras do sistema do outro. (VADE MECUM, 2012).

4.2.5 Princípio da primazia da realidade

Este princípio estabeleceu que os fatos são mais importantes que os meros ajustes formais, ou seja, prima-se pelo que realmente ocorreu no mundo dos fatos em detrimento do que estiver estipulado formalmente em algum documento, à exemplo de alguma condição de trabalho contida na CTPS (RESENDE, 2013, p. 30).

Ele, um dos mais importantes na prática profissional à medida em que são diversas as tentativas de fraudar direitos trabalhistas, encontra guarida no artigo 9º da CLT, que estipula que “serão nulos de pleno direito os atos praticados com o objetivo de desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação de preceitos contidos na presente Consolidação”.

Com efeito, nos casos de flagrante incompatibilidade entre o que está anotado na carteira de trabalho do empregado e a efetiva realidade de trabalho, caberá ao operador do Direito do Trabalho (Juiz do Trabalho ou Auditor-Fiscal do Trabalho), desconsiderar o que está formalizado e levar em consideração apenas o que é desenvolvido no campo fático, a exemplo de uma terceirização na qual o trabalhador contratado, em vez de desenvolver suas atividades na atividade-meio do tomador de serviços (conservação e limpeza), faz é trabalhar como cozinheiro em um restaurante (atividade-fim do empreendimento), fato que enseja a vinculação empregatícia deste trabalhador para com o restaurante, visto que, em regra, é vedada a Terceirização na atividade-fim da empresa tal qual estipula a Súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho. *In Verbis*:

CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LEGALIDADE

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. (VADE MECUM, 2012).

4.2.6 Princípio da continuidade da relação de emprego

Estabeleceu tal princípio que é de importância fundamental para o Direito do Trabalho a continuidade do vínculo de emprego, com o envolvimento do empregado na estrutura e dinâmica empresarial (DELGADO, 2012, p. 203). De fato, são inegáveis os benefícios que a continuidade da relação de emprego trazem não

só ao trabalhador individualmente como também para a própria empresa e para a economia de determinado país.

O primeiro ente a ser beneficiado pela continuidade na relação de emprego seria o próprio trabalhador que, tendo segurança no trabalho poderia programar melhor sua vida, assumindo compromissos de longo prazo, a exemplo do financiamento de um imóvel ou a compra de um automóvel, obtendo assim mais conforto material e uma maior tranquilidade proporcionada pela continuidade da relação de trabalho.

Outro aspecto relevante é que é notório o fato de que a instabilidade no trabalho acarretará uma série de consequências para a saúde do trabalhador, tais como o stress e a depressão, fazendo com que este trabalhador tenha uma péssima rotina de trabalho e passe a produzir menos do que poderia caso tivesse um bom estado de saúde. Cumpre ressaltar, por fim, que, quando o trabalhador permanecer mais tempo em determinada empresa mais tempo ele terá para aprimorar suas habilidades e para adquirir conhecimentos tanto que é comum no mercado de trabalho os profissionais experientes serem mais valorizados pelas empresas.

O segundo ente a ser beneficiado pela continuidade da relação de emprego serão as empresas. O primeiro benefício está diretamente interligado a um beneficiamento do próprio trabalhador qual seja: a permanência do trabalhador no emprego serve como estímulo para que este tenha um maior índice de produtividade em serviço, sem o estresse e a ânsia de perder o emprego a qualquer momento o trabalhador passa a se concentrar melhor nas atividades a serem desenvolvidas durante a jornada de trabalho, realizando seu trabalho com mais concentração e de certo modo, imbuindo-se a produzir serviços ou produtos com mais qualidade, com o objetivo de contribuir para a permanência e a própria lucratividade da empresa.

O segundo benefício para as companhias nada mais seria do que o objetivo do século dos “*headhunters*”, isto é, encontrar trabalhadores que “vistam a camisa”, ou seja: que se considerem como elemento essencial para o crescimento e o aumento da lucratividade da empresa. É indubitável o fato de que qualquer pessoa, que se veja constantemente ameaçada pelo seu superior com uma demissão, não desenvolva atitudes totalmente favoráveis para o empreendimento; pelo contrário: o trabalhador passará a enxergar o ambiente de trabalho como um local hostil, não se concentrando suficientemente no seu labor.

O terceiro e último benefício, na verdade, representa uma consequência dos benefícios anteriores, isto é, um trabalhador mais tranquilo e sossegado, gozando de um bom ambiente de trabalho e sem preocupações com relação a perda arbitrária do emprego, tenderá a desenvolver suas atividades com mais eficiência, no sentido de não só economizar insumos ou de produzir mais bens e serviços, mas no sentido de produzir com mais qualidade, aumentando assim os lucros do empresário.

O terceiro ente a ser beneficiado pela continuidade da relação de emprego seria a economia de uma forma geral. Ora, um mercado de trabalho aquecido e estável favoreceria um clima de confiança à medida que, significativa parcela da renda proveniente do trabalho é direcionada para o consumo logo, quanto mais trabalhadores seguros em seus empregos maior será o consumo de bens e serviços que por sua vez, irão impulsionar a produção de mais bens e serviços fomentando a criação de mais empregos, estimulando a produção de mais insumos industriais, mais matéria-prima, geração de mais tributos para o estado, etc.

São incalculáveis os benefícios econômicos advindos de uma Política Pública voltada à manutenção do pleno emprego, isto é, na manutenção dos contratos de trabalho, proporciona um clima favorável ao desenvolvimento econômico, impulsionando o consumo e a produção. Por fim, vale ressaltar que, com a permanência do empregado por mais tempo na empresa, o empregador tenderá a investir mais recursos no aprimoramento e qualificação do empregado com o escopo de aumentar os níveis de produtividade, beneficiando, assim, a economia como um todo.

Por último, impendi referir que o princípio da continuidade da relação de emprego encontra-se amplamente aceito na Jurisprudência majoritária do Tribunal Superior do Trabalho, tal como demonstrado na seguinte súmula. *In Verbis*:

Súmula nº 212 - Ônus da Prova - Término do Contrato de Trabalho - Princípio da Continuidade

O ônus de provar o término do contrato de trabalho, quando negados a prestação de serviço e o despedimento, é do empregador, pois o princípio da continuidade da relação de emprego constitui presunção favorável ao empregado. (VADE MECUM).

4.2.7 Princípio da inalterabilidade contratual lesiva

Tendo por ponto nevrálgico o brocardo romano da *pacta sunt servanda*, este princípio estabeleceu que as cláusulas contratuais deverão ser preservadas ao

máximo a fim de evitar-se que novas condições lesivas ao trabalhador sejam acrescentadas ao seu contrato de trabalho, valendo-se ressaltar a possibilidade de alteração das cláusulas contratuais nos casos de as novas condições de trabalho serem mais benéficas ao trabalho. Observa-se, deste modo, que o princípio da inalterabilidade contratual lesiva mantém intensa interlocução com o princípio da condição mais benéfica ao trabalhador.

Desse modo, pelo princípio da inalterabilidade contratual lesiva são, regra geral, proibidas quaisquer mudanças contratuais que venham a prejudicar o trabalhador. Ao inverso das alterações favoráveis que são, inclusive, estimuladas pelo legislador tal como expresso nos seguintes dispositivos da Consolidação das Leis Trabalhistas. *In Verbis*:

Art. 444 - As relações contratuais de trabalho podem ser objeto de livre estipulação das partes interessadas em tudo quanto não contravenha às disposições de proteção ao trabalho, aos contratos coletivos que lhes sejam aplicáveis e às decisões das autoridades competentes.

Art. 468 - Nos contratos individuais de trabalho só é lícita a alteração das respectivas condições por mútuo consentimento, e ainda assim desde que não resultem, direta ou indiretamente, prejuízos ao empregado, sob pena de nulidade da cláusula infringente desta garantia.

Parágrafo único - Não se considera alteração unilateral a determinação do empregador para que o respectivo empregado reverta ao cargo efetivo, anteriormente ocupado, deixando o exercício de função de confiança.

É preciso esclarecer que, como qualquer outro princípio jurídico, o princípio da inalterabilidade contratual lesiva não é absoluto, e a face mais visível da flexibilidade deste princípio ocorrerá quando o mesmo for confrontado com situações nas quais o empregador exercerá o chamado poder empregatício. Este poder de índole contratual nada mais é do que a possibilidade que tem o empregador de alterar determinadas condições acerca do desenvolvimento de sua atividade econômica, algo estritamente natural já que o empregador assume todos os riscos da atividade econômica desenvolvida.

Nessa perspectiva, o princípio da inalterabilidade contratual lesiva é mitigado pelo poder empregatício ou *jus variandi*. Permitindo-se desse modo, ao empregador realizar pequenas alterações não substanciais no contrato de trabalho, de modo a otimizar o desenvolvimento de seu empreendimento, a exemplo da alteração no horário de trabalho do empregado, na forma como são realizadas certas atividades, etc.

Por último anote-se que o professor Delgado (2012, p. 190) perfila uma outra denominação para o princípio da inalterabilidade contratual lesiva que seria chamado de princípio da intangibilidade contratual objetiva. *In Verbis*:

[...] tal diretriz acentuaria que o conteúdo do contrato empregatício não poderia ser modificado (como já ressaltado pelo princípio da inalterabilidade contratual lesiva) mesmo que ocorresse efetiva mudança no plano do sujeito empresarial. Ou seja, a mudança subjetiva perpetrada (no sujeito-empregador) não seria apta a produzir mudança no corpo do contrato (em seus direitos e obrigações, inclusive passados). Trata-se da sucessão trabalhista, como se percebe (também conhecida como alteração subjetiva do contrato de trabalho). O contrato de trabalho seria intangível, do ponto de vista objetivo, embora mutável do ponto de vista subjetivo, desde que a mudança envolvesse apenas o sujeito-empregador.

4.2.8 Princípio da intangibilidade salarial

O salário constitui-se na principal e mais importante contraprestação recebida pelo empregado pelo seu trabalho. É do salário que o trabalhador poderá pagar as despesas necessárias para a manutenção de seu lar e para garantir as condições básicas para a sua família logo, tanto o legislador trabalhista quanto a doutrina laboral sentiram a necessidade de conferir uma maior proteção jurídica a este instituto.

O princípio da intangibilidade salarial é o princípio segundo o qual não se permitirá nenhum tipo de impedimento ou restrição à livre disposição do salário pelo trabalhador, tendo como núcleo basilar o perfil forfetário, isto é, alimentar da remuneração do obreiro.

É com base nesse pressuposto que a legislação laboral fixará uma série de instrumentos específicos aptos a ensejar uma maior proteção do salário do trabalhador tais como a irredutibilidade salarial, salvo se disposto em convenção ou acordo coletivo de trabalho (Art. 7º, VI, da CF), o prazo de até o 5º dia do mês subsequente para o pagamento do salário do obreiro (Arts. 459 e 466 da CLT), vedação à descontos salariais indevidos (art. 462 da CLT), impenhorabilidade dos salários, salvo se for para pagar dívida alimentar ou divido contraída com intuito de adquirir imóvel (Art. 649, IV, do CPC/73) e a preferência dos créditos trabalhistas no caso de falência do empregador (Lei 11.101/2005). (RESENDE, 2013, p. 33).

4.2.9 Princípio da irrenunciabilidade

O princípio da irrenunciabilidade ou princípio da indisponibilidade de direitos baseia-se no mandamento nuclear tuitivo pelo qual não é permitido ao empregado dispor de direito trabalhista, sendo por conta desta ordem jurídica, nulo qualquer ato jurídico praticado contra essa disposição.

Esta proteção em último plano visa proteger o empregador de sua própria hipossuficiência. Está consubstanciado em uma série de dispositivos da CLT, dentre os quais cite-se o artigo 9º. Esta vedação impede que o empregado, ludibriado por uma oferta supostamente mais vantajosa, disponha dos direitos básicos que foram constituídos à base de muita luta pelos mais diversos movimentos trabalhista no Brasil e no mundo (MARTINEZ, 2013, p. 108).

Com base no princípio da irrenunciabilidade dos direitos trabalhistas é que o Ordenamento jurídico como um todo veda expressamente a possibilidade de renúncia estrita a qualquer direito trabalhista por parte do trabalhador hipossuficiente. Não obstante, frise-se o fato de que é amplamente aceita tanto pela doutrina quanto pela jurisprudência a transação de direitos trabalhistas. Em regra a transação pode-se desenvolver tanto no campo judicial, geralmente através das comissões de conciliação prévia, quanto extrajudicialmente. Na verdade, a admissão da terceirização pela doutrina e jurisprudência majoritárias está mais voltada a adequação das normas protetivas de direito do trabalho às dinâmicas do mercado, buscando desta forma conciliar dois fundamentos da República Federativa do Brasil, o valor social do trabalho e a livre iniciativa.

Em conclusão: é perceptível a importância que os princípios constitucionais e os princípios específicos de Direito do Trabalho derivados diretamente da Constituição Federal de 1988 têm para a manutenção do equilíbrio na relação jurídica de trabalho. É também amplamente perceptível o quanto que a Constituição da República procurou dar guarida às mais diversas regras protetivas do trabalhador.

Desta forma, é inegável o fato de que, num primeiro plano, a Terceirização, nos moldes como é desenvolvida no Brasil, afronta direta ou reflexamente uma série de regras e princípios trabalhistas, dentre os quais cita-se o princípio da igualdade e o princípio da proteção, corolários do princípio maior da dignidade da pessoa humana.

De fato, a Constituição Federal de 1988 caracteriza-se como uma Constituição de perfil principiológico, ou seja: os princípios tem densidade normativa equiparável a de outras normas constitucionais. Destarte, é iniludível a importância que os princípios de Direito do Trabalho têm para o estudo do fenômeno da terceirização no sistema jurídico brasileiro.

Com base no estudo dos princípios pode-se realizar uma análise mais aprofundada dos mais diversos institutos de direito. Portanto, ainda mais se tratando de um tema tão importante e complexo como a Terceirização, é imprescindível ao estudioso do Direito do Trabalho, a análise comparativa dos mais diversos institutos para com todo o arcabouço jurídico-principiológico de que envolve a terceirização no mercado de trabalho sob uma perspectiva constitucional.

5 A INCONSTITUCIONALIDADE DA TERCEIRIZAÇÃO NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO

5.1 Trabalho como direito fundamental

A História da Humanidade tem sido marcada, inexoravelmente, pelo trabalho. Desde os tempos em que a sociedade desconhecia a escrita, o trabalho era exaltado como elemento substancial da vida dos indivíduos, era através do trabalho que o homem conseguia coletar frutos e vegetais e abater animais para consumo próprio, era através do trabalho que o homem ancestral vencia o calor e o frio, permitindo com que a humanidade desse os primeiros passos em um ambiente hostil ao homem.

No decorrer do tempo, o homem passou a ter diferentes perspectivas acerca do trabalho, ora vendo o trabalho como uma virtude essencial a existência digna do indivíduo e como elemento consubstanciador do seu caráter, ora como um estorvo delegado aos indivíduos condenados a uma vida desprovida de valor. Tal como bem explica o professor Farias (2010, p. 29):

Historicamente, o trabalho sempre foi visto como uma pena e um castigo, algo de sofrimento, coisa de escravos e servos. Essa associação do trabalho sem a dor foi sendo modificada com o gradual e sinuoso processo histórico de evolução da escravidão até o contrato de trabalho assalariado. E a evolução deste *tripalium* até chegar à valorização do trabalho humano foi muito lenta.

De fato, as diferentes manifestações socioculturais têm proporcionado as mais variadas perspectivas acerca do trabalho. Dentre essas manifestações culturais destaca-se a religiosidade, que ora veio a exaltar os benefícios do trabalho humano, ora veio a entender o labor como um elemento maléfico ao homem, isto é, o trabalho seria uma forma de castigo proporcionado por Deus frente ao caráter sorrateiro e pecaminoso da humanidade, sobre essas diferentes perspectivas religiosas sobre o trabalho destaca-se os respectivos dizeres da professora Barros (2011. p. 42):

Sustenta-se que os primeiros trabalhos foram os da Criação. É o que se infere do Pentateuco, mais precisamente do livro Gênesis, que narra a origem do mundo: 'Deus acabou no sétimo dia a obra que tinha feito; e descansou...' (Gen.2, 2). O trabalho não tem aqui conotação de fadiga e o repouso é desprovido do sentido de recuperação de esforços gastos. Do mesmo livro Gênesis consta que "... o Senhor Deus tomou o homem e o

colocou no paraíso de delícias para que o cultivasse e guardasse...” (Gen. 2:15). Verifica-se dessa passagem que, mesmo antes do pecado original, Adão já trabalhava. O trabalho é uma possibilidade de continuar a obra criadora de Deus.

Da seguinte passagem doutrinária, é possível constatar-se que o trabalho, segundo o Velho Testamento e baseado numa perspectiva judaica, representa algo extremamente benéfico ao homem, representando uma atividade essencial do indivíduo frente o seu papel perante Deus e a sociedade. Dessa forma, o trabalho não representaria uma forma de castigo ou de algo cansativo e abominável mas sim, como um instrumento idôneo e consubstancializador da obra de Deus na terra, seria através do trabalho que o ser humano poderia ser considerado como tal, à medida que desempenharia um papel transformador e criativo perante o mundo.

Por outro lado, o trabalho, com base na filosofia cristã, moldada sob a ótica do pecado original, entende o desenvolvimento do trabalho como um fardo, um castigo a ser imposto ao homem devido ao fato de este não ter obedecido aos ditames impostos por Deus, tal qual bem explana a professora Barros (2011. p. 42):

Com o pecado original, a doutrina cristã destaca não o trabalho em si, mas a fadiga, o esforço penoso nele contido, como se constata do mesmo livro gênesis, 3, 17 – 19: “Porque deste ouvido à voz de tua mulher, e comeste da árvore, de que eu tinha te ordenado que não comesses, a terra será maldita por tua causa; tirarás dela o sustento com trabalhos penosos, todos os dias da tua vida. Ela te produzirá espinhos e abrolhos, e tu comerás a erva da terra. Comerás o pão com o suor do teu rosto até que voltes a terra, de que foste tomado; porque tu és pó, e em pó te hás de tornar”. O homem está, pois condenado a trabalhar para remir o pecado original e resgatar a dignidade que perdera diante de Deus. O trabalho tem um sentido reconstrutivo. É, sem dúvida, na visão hebraica de trabalho que ele adquire uma valorização como atividade humana.

Todavia, destaque-se o fato de que não é apenas no seio da cultura judaico-cristã que houve uma discussão etimológica mais aprofundada acerca do trabalho. Destarte, a sociedade grega tinha uma concepção ideológica que, de um modo geral, renegava o trabalho aos escravos, propugnando que os homens livres deveriam dedicar-se ao ócio e ao livre pensamento, desenvolvendo atividades cognitivas aptas a proporcionar boas atuações perante o público, pois é indubitável o quanto que a atividade política era valorizada nas urbes helênicas.

No decorrer dos tempos, o trabalho de um modo ou de outro sempre foi um dos fatores mais importantes para os seres humanos, não só pelo fato de a atividade laboral proporcionar meios de subsistência, mas também por proporcionar um sentido a vida. A filósofa judia Hannah Arendt, em meados do século XX,

desenvolveu um dos trabalhos mais brilhantes acerca do binômio idissociável homem x trabalho. Em sua obra “A condição humana”, Arendt (2009) descreve três hipóteses categóricas acerca da relação do homem frente ao trabalho.

A primeira dessas hipóteses categóricas seria a do *homo laborans*. Segundo essa pensadora, as atividades desenvolvidas pelo *homo laborans* confundiriam-se com o próprio ciclo biológico, a medida que a atividade a qual o *homo laborans* estaria sujeito seria desprovida de “permanência” e de “perenidade”, seria uma atividade voltada única exclusivamente para a própria sobrevivência, isto é, para a própria manutenção do organismo tal qual se dá com o ciclo biológico, que se ater a mera repetição de atos concatenados à manutenção da vida, não proporcionaria nenhuma ideia de linearidade, logo, a atividade do *homo laborans* não seria trabalho, a medida em que seria desprovida de valor.

A segunda dessas hipóteses categóricas é a do *homo faber*. Para a jusfilósofa Arendt (2009) o *homo faber* diferentemente do *homo laborans*, estaria voltado não apenas para a manutenção de sua existência como organismo vivo mas também, estaria preocupado em dar algum sentido de permanência e linearidade a sua vida, um exemplo disso seria a do sapateiro, que ao produzir sapatos e, assim, transformar a matéria em estado natural, estaria produzindo valor ao dar um significado à algo, mesmo que um significado utilitarista. Dessa forma, o *homo faber* teria um papel transformador frente ao mundo, a medida em que teria a intenção de transformar o mundo natural em um mundo artificial, um ambiente produzido pelo próprio homem.

Por fim, a pensadora descreve um tipo denominado *Homo actus*. Para Arendt (2009), o que definiria o homem tal como um ser pensante seria a sua capacidade de reflexão e principalmente o seu papel ativo na sociedade. Logo, somente através da ação política e transformadora é que o homem poderia ser definido como tal, isto é, como um ser dotado de inteligência e capaz de atribuir significado as coisas. Desta forma, somente através da ação política dotada de reflexão e crítica é que o ser humano se separaria do ambiente natural construindo sua própria realidade.

Um dos aspectos mais estudados por essa filósofa judia, de origem alemã, é que a vida natural, por estar voltada única e exclusivamente à manutenção do organismo vivo, seria uma atividade cíclica e, conseqüentemente, desprovida de valor, pois não permitiria a reflexão e a interlocução entre os diferentes sujeitos.

Já a vida humana, esta dotada de artificialismo, permitiria uma conotação de permanência frente ao dinamismo da vida humana, à medida em que as pessoas, sujeitos dotados de razão, poderiam desenvolver todo o seu potencial humano, dando valor as coisas e que por fim, confeririam ao mundo um perfil linear, ou seja, dotado de um suposto início e um suposto fim, fazendo com que os sujeitos que nascem em uma época e que se deparam com uma realidade já constituída, possam compreender o porque de as coisas serem como são. Uma das Ciências que refletiriam todo esse contexto filosófico é a História, à medida que esta Ciência permitiria maior compreensão do mundo humano, construído pelos que já se foram, pelos que virão.

Cumprir observar que, para Arendt (2009), o trabalho possui um sentido fundamental a existência humana, pois o mesmo seria a primeira experiência axiológica que o homem teria frente ao mundo. É através do trabalho que o homem derrubaria fronteiras não só naturais mas também espirituais. O trabalho é elemento fundamental a existência humana.

Portanto, é indubitável o fato de que o trabalho constiu-se não só em elemento fundamental para a existência humana, mas também constitui-se em um direito de toda e qualquer pessoa. Ineludivelmente, o trabalho permeia todos os aspectos da vida humana, seja no campo filosófico, religioso, cultural, seja até mesmo no cotidiano de bilhões de pessoas por todo o mundo, o trabalho é apanágio da existência humana.

O Brasil, país de dimensões continentais com mais de 200 milhões de pessoas, possui uma constituição de matiz principiológico que tem por base em seus mais diversos dispositivos o labor humano como instrumento de dignidade. O trabalho não só representa um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, tal como o estabelecido no artigo 1º, inciso IV da Constituição Federal de 1988, como também constitui o fundamento da Ordem econômica e financeira tal como estabelecido nos respectivos dispositivos da CF/88. *In Verbis*:

Art. 170. A ordem econômica, fundada na **valorização do trabalho humano** e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

I - soberania nacional;

II - propriedade privada;

III - função social da propriedade;

IV - livre concorrência;

V - defesa do consumidor;

~~VI - defesa do meio ambiente;~~

VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação;

VII - redução das desigualdades regionais e sociais;

VIII - busca do pleno emprego;

~~IX - tratamento favorecido para as empresas brasileiras de capital nacional de pequeno porte.~~

IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País.

Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.

[...]

Art. 186. A função social é cumprida quando a propriedade rural atende, simultaneamente, segundo critérios e graus de exigência estabelecidos em lei, aos seguintes requisitos:

I – aproveitamento racional e adequado;

II – utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente;

III – observância das disposições que regulam as relações de trabalho;

IV – exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores. (BRASIL, 1988, grifo nosso).

De acordo com o estipulado no artigo e em seus respectivos incisos é perceptível o fato de que a Constituição Federal de 1988 procurou instituir como fundamento da ordem econômica e financeira não só a livre iniciativa como também a valorização do trabalho, tendo como vetores axiológicos a função social da propriedade, a redução das desigualdades regionais e sociais e a busca do pleno emprego. Consta-se, portanto, que o desenvolvimento do sistema capitalista deve-se estruturar num ambiente em que o trabalho seja valorizado como direito fundamental de todo e qualquer cidadão.

Por fim, vale frisar que não só a ordem econômica e financeira são permeadas pela valorização do trabalho, mas também a ordem social é influenciada por este princípio, tal como previsto no respectivo artigo da CF/88. *In Verbis*: “Art. 193. A ordem social tem como base o primado do trabalho, e como objetivo o bem-estar e a justiça sociais”. (BRASIL, 1988, grifo nosso).

Deste modo é indubitável o fato de que o trabalho constitui-se em direito fundamental de base constitucional, devendo ser de observância obrigatória no âmbito dos três poderes da República Federativa do Brasil. Cabendo-se destacar que, adotando-se a tese da eficácia horizontal dos direitos e garantias fundamentais, o trabalho, como direito fundamental, deverá ser de observância obrigatória também pelos particulares.

5.2 A inconstitucionalidade da Terceirização

O sistema econômico adotado pelo Brasil é o capitalista, que tem como vetor axiológico a acumulação do capital através do livre mercado e da livre iniciativa, fixado segundo a premissa da procura e da oferta, segundo a qual o valor das coisas está intrinsecamente relacionado a demanda e a oferta, ou seja, o valor de um determinado bem ou serviço depende da procura destes mesmos bens e serviços.

Outro fator de especial importância está relacionado à valorização da propriedade privada que se constitui no cerne de todo o sistema econômico capitalista, haja vista que é pensando em si mesmos que os agentes de mercado passarão a buscar as mais diversas formas de acumular riqueza, desde que esta seja privada e juridicamente protegida.

O Brasil, como um país de matriz econômica capitalista, possui um sistema jurídico que protege a propriedade privada (ct. artigo 5º, inciso XXII, da Constituição Federal de 1988). Ocorre que este mesmo sistema jurídico estabeleceu uma série de requisitos básicos a serem observados para que a propriedade privada tenha um escopo lícito. Tal como afirma o professor Mendes (2009, p. 481-482):

A garantia constitucional da propriedade assegura uma proteção das posições privadas já configuradas, bem como dos direitos a serem eventualmente constituídos. Garante-se, outrossim, a propriedade enquanto instituto jurídico, obrigando o legislador a promulgar complexo normativo que assegure a existência, a funcionalidade, a utilidade privada desse direito.

De acordo com a doutrina majoritária e o próprio ordenamento jurídico, a propriedade privada só se legitimará juridicamente à medida que cumprir sua função social, tal como estabelecido no artigo 5º, inciso XXIII, do texto constitucional. Dessarte, o desempenho de qualquer atividade econômica no país deve ater-se aos mais diversos ditames legais sobre o desenvolvimento empresarial tais como, o pagamento de tributos, a proteção ao meio ambiente, o respeito as normas de segurança e medicina do trabalho, o plano diretor dos municípios, o respeito as normas trabalhistas, etc.

É clarividente o fato de que o Estado brasileiro busca proteger a atividade econômica privada, não obstante é preciso harmonizar os interesses dos particulares com o interesse público. A Terceirização representa no fenômeno empresarial e jurídico mais perverso com relação ao mercado de trabalho, pois

constitui-se em mecanismo de vilipendiação dos salários e das condições de trabalho de milhões de brasileiros. A Terceirização nada mais representa do que um artifício jurídico com o escopo de redução de custos empresariais, pela supressão de direitos e garantias da parcela mais vulnerável da relação de emprego, o trabalhador.

Hodiernamente, os meios de comunicação veiculam notícias acerca da perda de competitividade das companhias nacionais frente as estrangeiras e da baixa produtividade das empresas nacionais, concomitantemente a essas notícias; é comum muitos empresários criticarem o chamado “alto custo da mão de obra”, afirmando sem pestanejar que os salários e encargos trabalhistas atrapalham as empresas de produzirem produtos e serviços competitivos.

Contudo, deve-se frisar que, com exceção de alguns países asiáticos, tais como a China, o Vietnã, as Filipinas e Bangladesh, que através de um verdadeiro *dumping social*, conseguem ser mais competitivos em mercados de produtos com baixíssimo valor agregado tais como têxteis e calçados, as empresas nacionais perderão espaço pela falta de investimentos em tecnologia, na qualificação dos trabalhadores e na racionalização dos processos produtivos. Da mesma forma, é inadmissível que um país pretensamente democrático e civilizado possa permitir as mais diversas formas de precarização do trabalho, para que se proteja certas atividades econômicas.

A verdade é que a Terceirização é um fenômeno onipresente no mercado econômico brasileiro desde meados da década de 1970, e nem por isso foi capaz de resolver o problema da crescente perda de competitividade das companhias nacionais. O que se percebe, no Brasil, é que a Terceirização tem-se resumido a um meio de aumentar os lucros de empresários inescrupulosos através do rebaixamento de salários e na precarização do meio ambiente laboral dos trabalhadores terceirizados. Em regra, os trabalhadores terceirizados receberão os menores salários do mercado de trabalho, valendo-se ressaltar que além das péssimas condições de emprego, as empresas terceirizadas compõem significativa parcelas das companhias que mais devem na justiça do trabalho, conforme percebe-se a partir da notícia veiculada no site do TST. *In Verbis*:

As empresas de prestação de serviços, conhecidas como terceirizadas, somam 22 posições das 100 empresas que possuem mais processos julgados nos tribunais trabalhistas brasileiros, ainda sem quitação. Entre as 20 primeiras empresas do *ranking*, seis são ligadas a segmentos

da atividade agrícola (agroindústria e agropecuária); outras cinco pertencem ao setor de terceirização de mão de obra, vigilância, conservação e limpeza; quatro atuam na área de transportes (duas aéreas, Vasp e Sata, e duas rodoviárias, Viplan e Wadel); e duas são bancos públicos (Banco do Brasil e Caixa Econômica Federal/CEF). (VADE MECUM, 2012).

A República Federativa do Brasil tem como objetivos primordiais a erradicação da pobreza e a marginalização e a redução das desigualdades sociais e regionais (Art.3º, inciso III, da CF/88), assim como promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (Art. 3º, inciso IV, da CF/88). A terceirização da forma como é desenvolvida atualmente no Brasil, constitui-se em instrumento de discriminação no âmbito juslaboral pois subjuga, pela necessidade de sobrevivência, milhões de brasileiros à condições precárias de trabalho.

O nosso sistema constitucional prima em todos os seus dispositivos pelo equilíbrio entre os mais diversos valores e princípios não sendo racional, de nenhuma maneira, admitir-se a preponderância de um princípio sobre o outro. A livre iniciativa é reconhecido como fundamento da República Federativa do Brasil, sendo tida como vetor de crescimento econômico e de desenvolvimento social. São indubitáveis as mais diversas contingências mercadológicas que o empresariado enfrenta cotidianamente em suas atividades, ainda mais num cenário de alta competitividade e de crescente globalização.

Contudo, o Ordenamento jurídico brasileiro instituiu um patamar jurídico mínimo de proteção ao mercado de trabalho brasileiro, patamar jurídico este que, de forma holística, é gritantemente incompatível com este modelo de exploração e precarização das condições de trabalho de significativa parcela da população brasileira, que se denominou de terceirização.

É preciso que tanto a sociedade civil quanto o judiciário assumirem a responsabilidade barrar esse processo de precarização do mercado de trabalho, haja vista que é do interesse de todos que o país tenha um mercado de trabalho forte e aquecido, no qual os trabalhadores tenham seus direitos respeitados, possuindo dessa forma garantias jurídicas mínimas para desenvolverem suas atividades laborais com altos índices de produtividade e responsabilidade.

Por outro lado, é inegável o fato de que um mercado de trabalho forte e quecido é e será de interesse inclusive dos empresários, à medida que o pleno emprego aumentar a confiança das famílias na economia nacional e,

consequentemente, incrementar o consumo de bens e serviços gerando renda para milhares de empresários e desenvolvendo ainda mais as cadeias produtivas brasileiras. Como já dizia o jusfilósofo italiano Bobbio (2004, p. 23), “[...] o problema fundamental em relação aos direitos do homem, hoje, não é tanto o de *justificá-los*, mas o de *protegê-los*.”

6 CONCLUSÃO

É indubitável o fato de que a República Federativa do Brasil tem buscado, através de seu complexo Ordenamento jurídico, equilibrar os mais diversos interesses e direitos no âmbito da sociedade brasileira. Com relação à livre iniciativa e ao valor social do trabalho, não poderia ser diferente, tanto que ambos, num mesmo dispositivo, constituem-se em fundamentos do Estado de Direito brasileiro.

A Terceirização surgiu no cenário internacional como um mecanismo empresarial voltado ao melhoramento dos processos de produção, aumentando as escalas de produtividade, reduzindo custos e aumentando substancialmente os lucros. Ocorre que, se em princípio a Terceirização representou verdadeiramente um processo de excelência industrial, principalmente no Japão, supervenientemente, houve uma disfuncionalidade desse mecanismo, à medida que esse processo foi utilizado apenas como um instrumento de maximização dos lucros em detrimento das condições de trabalho de milhares de trabalhadores em todo o mundo.

O Brasil não passou incólume a esse perverso processo de precarização das condições de trabalho; pelo contrário: a Terceirização encontrou solo fértil no país, provocando uma série de disjunções econômicas num mercado de trabalho já assolado por altíssimos índices de especulação sobre os parcos rendimentos dos trabalhadores. Da mesma forma, ela não representou um aumento significativo na produtividade das empresas nacionais, haja vista o fato e as companhias brasileiras estarem anualmente perdendo espaço nos mercados nacionais e internacionais para as empresas estrangeiras.

De fato, a Terceirização contribuiu apenas para que alguns empresários pudessem esquivar-se do cumprimento dos mais diversos direitos trabalhistas com previsão constitucionais e infraconstitucionais, ou seja, em vez de procurar verdadeiramente incrementar os métodos de produção para angariar novos mercados consumidores e enfrentar com mais força a concorrência das multinacionais, parcela dos empresários brasileiros buscou apenas aumentar de modo predatório os lucros ao custo de comprometer o bem-estar laboral de milhares de brasileiros por todo o país.

A Terceirização, nos moldes como é concebida pela súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho, abrem um leque extremamente extenso de atividades a serem terceirizadas pelas empresas, ainda mais por utilizar termos com altíssimo

grau de subjetividade tais como atividade fim e atividade meio, deixando ao bel prazer do empresariado a utilização da terceirização no campo produtivo. Por outro lado, destaque-se o fato de que os trabalhadores terceirizados, com exceção dos trabalhadores temporários regidos pela lei 6.019 de 1974, não tem assegurada a igualdade remuneratória em relação aos trabalhadores com vínculo empregatício direto com a empresa tomadora dos serviços.

A Constituição Federal de 1988 possui um arcabouço principiológico riquíssimo e que busca proteger e garantir direitos principalmente para a parcela mais vulnerável da população. Desta forma, é inconcebível o fato de que a Terceirização, nos moldes como é desenvolvida atualmente no país, tenha respaldo jurídico no texto constitucional, do mesmo modo, deve-se frisar que a livre iniciativa e a propriedade privada são protegidos pelo ordenamento jurídico pátrio. Todavia, é importante frisar que como todo e qualquer direito a ser exercido no Brasil, o texto constitucional correlaciona uma série de responsabilidades dentre as quais deve-se ressaltar a máxima da função social da propriedade.

As atividades empresariais e mercadológicas são fundamentais para o desenvolvimento da economia brasileira, ocorre que num estado civilizado é inadmissível que se permita o crescimento econômico através da violação de direitos básicos dos cidadãos. O trabalho é um direito fundamental imprescindível ao cidadão; a sociedade brasileira é moldada pelo trabalho, devendo este ser exercido em condições dignas, que não se resumem apenas ao pagamento de bons salários e na garantia de um meio ambiente laboral saudável mas principalmente, na valorização do trabalhador enquanto um ser humano e não um objeto descartável.

A Terceirização promove uma discriminação generalizada no mercado de trabalho brasileiro, afetando de modo substancial os trabalhadores menos escolarizados, justamente aqueles que, em circunstâncias normais, já não teriam grandes oportunidades de crescimento profissional. Cumpre ressaltar que, além das péssimas condições de trabalho, ainda há a corriqueira circunstância de a empresa fornecedora de mão-de-obra sequer pagar os salários, sendo consideradas pelo próprio TST como umas das 100 maiores devedoras da justiça do trabalho.

É preciso que ocorra uma transformação substancial não só no âmbito do Poder Judiciário mas também na mentalidade do próprio empresariado. O trabalhador, quando bem remunerado e tratado de modo respeitoso, continuará sendo fator determinante para o sucesso de qualquer empresa. Investir no

trabalhador é investir na qualidade dos bens e serviços, contribuindo, assim, para o crescimento dos índices de produtividade e de lucros; e, por fim, para o próprio desempenho da função social da empresa perante a sociedade.

REFERÊNCIAS

ARENDRT, Hannah. **A Condição Humana**. 10.ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2009.

BARROS, Alice Monteiro. **Curso de Direito do Trabalho**. 7.ed. São Paulo: LTr, 2011.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 10 set. 2013.

_____. Decreto-Lei nº 200, de 25 de Fevereiro de 1967. Dispõe sobre a organização da Administração Federal, estabelece diretrizes para a Reforma Administrativa e dá outras providências. Brasília-DF, 1967. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del0200.htm>. Acesso em: 10 ago. 2013.

CAIRO JUNIOR, José. **Curso de Direito do Trabalho: Direito individual e coletivo do trabalho**. Salvador: Juspodivm, 2013.

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Porto: Almedina, 2003.

CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do Trabalho**. 7.ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2012.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 10. ed. São Paulo: LTr, 2012.

FARIAS, James Magno A. **Direitos sociais no Brasil**. São Luís: Azulejo Editora, 2010.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 5.ed. Salvador: Juspodivm, 2013.

FOLHA DE SÃO PAULO. **Detroit pede concordata histórica nos EUA: Cidade símbolo da indústria automotiva é o maior município americano a pedir proteção judicial por dívidas**. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/mercado/119610-detroit-pede-concordata-historica-nos-eua.shtml>> Acesso em: 27 jun 2013.

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **Curso de Direito do Trabalho**. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

HOBBSAWM, Eric. **Era dos Extremos: o breve século XX: 1914-1991**. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

JUDT, Tony. **O mal ronda a Terra: Um tratado sobre as insatisfações do presente.** Rio de Janeiro: Objetiva, 2011.

MARTINEZ, Luciano. **Curso de Direito do Trabalho: relações individuais, sindicais e coletivas de trabalho.** 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional.** São Paulo: Saraiva, 2009.

MORAES, Alexandre. **Direito constitucional.** 27.ed. São Paulo: Atlas, 2011.

NEVES, Marcelo. **A constituição Simbólica.** 3.ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011.

PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito constitucional descomplicado.** 10.ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2013.

PINTO, Almir Pazzianotto. **O dilema da terceirização.** IN: SILVA, Bruno Freire e. **Leituras Complementares de direito e Processo do Trabalho.** Salvador: Juspodivm, 2010.

POCHMANN, Marcio. **Qual desenvolvimento?: Oportunidades e dificuldades do Brasil contemporâneo.** 1. ed. São Paulo: Publisher Brasil, 2009.

RESENDE, Ricardo. **Direito do Trabalho esquematizado.** 3.ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2013.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional.** 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

VADE MECUM Acadêmico de Direito. 15. ed. São Paulo: Rideel, 2012.

Costa Júnior, Gilvan Pessoa.

A (In)Constitucionalidade da terceirização no sistema jurídico brasileiro /
Gilvan Pessoa Costa Júnior. – São Luís, 2013.

61 p.

Impresso por computador (fotocópia)

Orientador: Fernando Belfort

Monografia (Graduação) – Universidade Federal do Maranhão, Curso de
Direito, 2013

1. Direito do Trabalho – Princípios. 2. Terceirização – Sistema Jurídico
Brasileiro. 3. Trabalho – Constituição Federal. I. Título

CDU 349.2:698.513.3