

RELAÇÕES DE TRABALHO: NOVOS PARADIGMAS

Maurício Crespo Rangel*

INTRODUÇÃO

A revolução técnico-científica e gerencial, ativada a partir de fins dos anos 70 com o duplo objetivo de aumentar a produtividade do trabalho e quebrar o poder de negociação do sindicato, resultou em uma sensível alteração na estrutura do mundo do trabalho, com alterações no perfil profissional derivadas da desqualificação, fragmentação e precarização nas relações de trabalho, além de uma desocupação estrutural massiva. Além disso, será possível verificar que a crise do capital gerou novas figuras como a financeirização e a desterritorialização que permitem uma aceleração no processo de centralização e concentração, assim como uma reprodução ampliada que tende a se desmaterializar e se reduzir à fórmula do dinheiro que produz dinheiro.

A partir das mudanças ocorridas nos anos 70, com o advento do Estado neoliberal, intimamente vinculado às necessidades do capital em crise, vislumbra-se a necessidade de se resolver o déficit fiscal, cujas incursões incidem sobre as relações sociais de produção e sobre a correlação de forças entre as classes sociais. O Estado neoliberal surge como instrumento da mundialização do capital. A transferência do patrimônio público/estatal para a gestão direta do capital privado, fazendo largo uso de subsídios, é uma das mudanças básicas, juntamente com a flexibilização dos direitos sociais do trabalho. A crise induzida aos sindicatos e partidos operários e a fragmentação dos sujeitos coletivos reforçam a tendência ao esvaziamento das instâncias de representação política democrática. Assim, verifica-se que a globalização como forma de unificação mundial da circulação de mercadorias e de fluxos financeiros impede a unificação da força de trabalho.

* *Mestrando em Constituição e Relações Privadas. Especialista em Direito do Trabalho. Professor de Direito do Trabalho da Faculdade de Direito de Campos/RJ.*

O estudo do processo de terceirização comprova a existência de duas modalidades de terceirização, uma ligada à reestruturação produtiva, justificada pela busca de produtividade, qualidade e competitividade, que inclui a transferência de inovações tecnológicas e de políticas de gestão da qualidade para as empresas subcontratadas, e outra, predominante entre as empresas brasileiras, identificada pela redução de custos e pela precarização das condições de trabalho e de emprego.

O impacto da globalização nas sociedades poderá ser avaliado determinando-se em que condições históricas ela vem se desenvolvendo e para quais problemas específicos ela traz uma solução e, também, distinguindo-se o processo atual da tendência de longo prazo que acompanha o capitalismo desde seu princípio, a saber, a expansão dos mercados e do espaço de vigência da relação entre o capital e o trabalho assalariado.

Duas questões emergem como resultados das práticas de globalização e se tornam objeto de preocupação no cenário político, social e econômico dos países: as mudanças no conteúdo do trabalho, face às inovações tecnológicas e organizacionais introduzidas nos processos produtivos, e as mudanças nas formas de emprego.

Entender o processo da globalização poderá conduzir à solução dos problemas relacionados à formação de uma mão-de-obra suficientemente escolarizada, com iniciativa, autônoma, competente e em condições de fazer frente às mudanças decorrentes desse fenômeno e dos problemas relacionados ao desemprego tecnológico e derivados do aumento de produtividade das empresas, problemas esses sentidos, em maior ou menor grau, por todas as comunidades mundiais.

A GLOBALIZAÇÃO

A partir do grande golpe no capitalismo causado pela crise do petróleo de 1973, vivenciam-se várias transformações nas relações entre capital e trabalho, dada sua íntima interdependência. Surgiram, assim, dois movimentos que se entrelaçam e não se separam: a globalização e o regime de acumulação flexível de capital, esse obtido através da reorganização ou reestruturação produtiva.

No problema da globalização, ainda em processo de desenvolvimento, porém, há alguma semelhança com o Império Romano, não somente pelo predomínio generalizado do latim, mas também pela forma como os herdeiros

de César tratavam os povos a eles submetidos, respeitando seus usos e costumes, o que favoreceu a grande influência de seu Direito na sociedade ocidental.

Por outro lado, a globalização não resulta do poderio militar e mesmo da hegemonia econômica de dado povo, mas, ao contrário, do progresso das ciências positivas. Foram estas que vieram instaurar uma nova era, caracterizada pela universalização das informações graças aos processos eletrônicos de comunicação, como o demonstra a Internet, processos esses que não se referem a um rei ou a um País, mas representa uma compressão impessoal de todos para todos, em rápido progresso. Ela atinge todas as formas do pensamento humano, todos os setores da cultura, entendida esta como o conjunto complexo de todas as objetivações do espírito no espaço e no tempo.

O primeiro campo por ela atingido foi o econômico, e, mais predominantemente, o mundo financeiro, até o ponto de não haver grandes empresas que sejam apenas nacionais, organizando-se como entidades internacionais em sua estrutura e em seu programa. Basta pensar, por exemplo, na produção de automóveis, cujas peças são feitas em diversas nações, conforme os dados e vantagens dos mercados.

Exemplo de globalização é a União Européia, que chegou à aceitação de uma só moeda, sendo antes a moeda uma monopolizadora expressão da soberania nacional. Por sinal que esta perde força em todos os países, até o ponto de haver uma superconstituição continental com organização própria, inclusive quanto ao Poder Legislativo com seu inovador Parlamento, que é supranacional porque formado por representantes de todos os Estados.

A globalização é fenômeno mundial que interfere em vários aspectos da vida moderna dentre eles nas relações de trabalho. Definir globalização não é tarefa simples, uma vez que ela se apresenta sob várias nuances e em circunstâncias distintas. Arion Sayão Romita¹ auxilia na identificação de vários aspectos que são comuns a esse fenômeno atual. O citado autor esclarece que não é possível definir globalização, mas que é possível identificar vários aspectos que lhe são comuns:

“Trata-se, na verdade, de um conjunto de fatores que determinaram a mudança dos padrões de produção, criando uma nova divisão internacional do trabalho. Poderia ser denominada, mais propriamente, internacionalização da produção e do trabalho. Essa ‘globalização’ será entendida com mais facilidade

1 ROMITA, Arion Sayão. *Globalização da economia e Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 1997. p. 55.

se, em vez de se tentar uma definição descritiva, forem relacionados os traços característicos do fenômeno.”² Ainda enumera alguns desses elementos caracterizadores da globalização, são eles:

- A substituição da concepção fordista de produção, embasada em fábricas classicamente organizadas, por organizações flexíveis, sem rigidez, à base de relações contratuais flexibilizadas entre capitalistas e trabalhadores (toyotismo).
- Os meios de transporte e de comunicação facilitam a exploração de atividades econômicas em várias partes do mundo. Há, portanto, maior troca de capitais entre os países.
- A economia passa a se desenvolver em escala mundial, como nunca antes se verificara. Fala-se em mundialização da economia. Os mercados de insumos, consumo e financeiro se internacionalizam, de sorte que a fronteira geográfica torna-se obsoleta.
- O Estado se internacionaliza, mediante processos de integração regional e celebrações de tratados de livre comércio.
- As atividades produtivas se fragmentam e se espalham por vários países e mesmo por continentes, permitindo às corporações multinacionais distribuir seus investimentos pelos territórios onde a legislação lhes seja mais favorável.
- Observa-se uma tendência mundial à democratização da vida política, ganhando relevo a consciência da necessidade de garantia dos direitos humanos, bem como do controle de políticas arbitrárias.

A globalização é fenômeno que atinge o Direito do Trabalho e deve ser estudada com o escopo de compreender essa realidade e propor alternativas ao trabalhador, uma vez que a concepção de trabalho em grandes empresas, durante longos períodos, com produção em massa de bens está em franca decadência. Atualmente, fala-se em flexibilização das relações trabalhistas. Daí a conclusão de Miguel Reale de que, no futuro, não haveria mais Estados nacionais, mas governos executores das diretrizes e determinações comuns, sendo o direito de cada nação a elas sujeito.³

2 Ob. cit., p. 29.

3 REALE, Miguel. *Notas sobre globalização*. Disponível em: <<http://www.miguelreale.com.br/artigos/notasglob.htm>>.

Do ponto de vista econômico, temos as conseqüências piores, estando os mercados nacionais sujeitos a interferências financeiras externas, de difícil localização, que subvertem, de um dia para outro, a livre concorrência, impondo sua vontade anônima incontrollável. É uma forma de novo imperialismo, contra a qual não foram encontradas medidas de controle eficaz, capaz de dominar uma nação sem ocupar seu território.

A globalização econômica tem, nos últimos dez anos, contribuído para uma profunda mudança das relações sociais do trabalho. Novas técnicas de administração de empresas, geralmente chamadas de “descentralização produtiva”, e os recursos da informática estão sendo empregados em larga escala para racionalizar a atividade empresarial. Se, de um lado, a descentralização produtiva e o uso de uma nova tecnologia geram um aumento de competitividade das empresas, de outro lado reformulam completamente as relações de trabalho e, por conseqüência, as normas jurídicas trabalhistas. Se o modelo “fordista” de organização da empresa pressupõe a subordinação direta dos trabalhadores concentrados em grandes estabelecimentos, o modelo “toyotista”, que em menor ou maior escala, está sendo adotado pelas empresas no mundo inteiro, baseia-se na acumulação flexível e com isso conta apenas com um núcleo de trabalhadores polivalentes.

O acréscimo de demanda de trabalho, na empresa administrada com o método toyotista, é suprido por empresas que fornecem serviços ou peças “just in time”. A empresa organizada dessa forma agrega em volta de si uma série de empresas satélites para as quais ela terceiriza os serviços. O fenômeno da descentralização produtiva, dessa maneira, é chamado também de terceirização. As relações de trabalho nessa nova organização da atividade empresarial sofrem grandes mudanças que se desdobram também no direito do trabalho. A descentralização produtiva recorre a relações de trabalho triangulares capazes de envolver a empresa principal com uma verdadeira rede de subcontratadas que muitas vezes atuam, conforme o caso, na ilegalidade.

Essas mudanças promoveram a desintegração e a desarticulação da cadeia produtiva, acarretando a destruição de parte significativa da estrutura produtiva e do emprego, ao invés de gerá-los. De um lado, houve falência, fusões, aquisições de empresas, privatizações contribuindo para redução dos postos de trabalhos, do outro lado, as empresas buscam se adaptar às novas exigências de competitividade, para aumentar a produtividade e qualidade dos produtos.

A reestruturação produtiva, também, tem implicações espaciais, ocorrendo assim a descentralização produtiva ou realocação industrial, em

que as empresas passam a buscar lugares onde a mão-de-obra seja mais barata e não tenha “deseconomias de aglomeração”.

Outro elemento a ser destacado na conjuntura da reestruturação produtiva é a participação da mulher na força de trabalho e o incremento do trabalho em domicílio e da terceirização em vários setores produtivos. A terceirização é vista como solução para a redução dos custos e do aumento da competitividade, porém multiplica-se o número de subempregados ou mesmo de desempregados, de trabalhadores temporários e de prestadores de serviços em domicílio (ou no país distante da sede), gerando fragmentação da classe trabalhadora, dispersada geograficamente, redução das relações e das garantias sociais.

Há nos dias atuais outras formas de relação de trabalho, fruto da reestruturação produtiva, chamadas parassubordinação jurídica, como, por exemplo, os representantes comerciais, trabalho em domicílio, teletrabalho e outros, em que a subordinação jurídica é mitigada, mas ainda existe a dependência ao empresário (art. 3º da CLT).

A parassubordinação é figura conhecida da legislação italiana, reunindo *“una serie di rapporti di collaborazione che, pur formalmente autonomi, presentano (apresentando) affinità col lavoro subordinato specialmente sotto (sop) il profilo socio-economico”*.⁴ A figura veio desmistificar, no século XX, o maniqueísmo do trabalho subordinado *versus* trabalho autônomo. No Brasil, seu melhor exemplo está na Lei nº 4.886/65, que disciplina as relações de representação comercial autônoma. Com efeito, o Estado, cada vez mais, deixa de ser fonte principal de normas no âmbito do Direito do Trabalho.

REESTRUTURAÇÃO PRODUTIVA

A passagem do modelo rígido fordista de acumulação de capital passa a ser substituído pelo modelo flexível do toyotismo muito utilizado no Japão e difundido em todo o mundo globalizado. A flexibilidade é o ponto chave desse novo sistema como solução para uma nova escalada do capitalismo em busca da acumulação de capital.

Para alcançar tal objetivo, busca-se a inclusão de países do terceiro mundo como fornecedores de produtos industrializados, onde exista menor regulamentação com relação ao trabalhador e ao meio ambiente, para que se obtenha um baixo custo de produção e uma maior competitividade internacional. Isso

4 NICOLINI, Giovanni. *Manuale di diritto del lavoro*. 3. ed. Milano: Giuffrè, 2000, p. 64.

foi mais facilmente alcançado com o advento da Internet e com o desenvolvimento dos meios de comunicação e de transporte no mundo.

O toyotismo também é conhecido como “lean production”, ou produção enxuta, que combina a produção em massa, caracterizada pela rapidez e custo baixo, com produção artesanal, caracterizada pela flexibilidade e qualidade, a fim de adaptar o produto às necessidades dos consumidores, agora em mundo globalizado.

A estrutura verticalizada, onde todas as etapas de produção são ocupadas pela empresa, é substituída pela estrutura horizontalizada, descentralizada e externalizada, cujas características são:

- a) O trabalho em equipe e de cooperação, onde os trabalhadores são responsáveis por si mesmos, organizam seu trabalho e se autocontrolam, para um melhor acabamento do produto, chamados círculos de controle de qualidade (CCQs). Nesse sistema, os trabalhadores são polivalentes e plurifuncionais;
- b) O processo de aperfeiçoamento continuado “kaizen” insere-se na tradição japonesa de aperfeiçoamento do produto, através de pequenas modificações, ao contrário das empresas americanas, que utilizam grandes modificações com o fito de aperfeiçoar e inovar o produto. No modelo japonês o próprio trabalhador sugere as modificações no produto, acumulando as tarefas de execução e de controle de qualidade. É o que se conhece, em tese, como qualidade total;
- c) O “just in time”, que é o fundamento do sistema de produção toyotista, prega o princípio da redução dos estoques ao mínimo possível, sendo a produção, aquisição de matéria-prima e alocação de mão-de-obra regidas diretamente pela demanda e conforme as exigências dos clientes.

Assim, observa-se uma flutuação do número de trabalhadores na empresa conforme o aquecimento ou desaquecimento da produção. Para que esse método funcione, é utilizado um controle de estoque chamado “kaban”, que é um sistema de informação através de cartões colocados nos estoques, contendo informações sobre os mesmos. Quando um determinado produto diminui no estoque, o seu “kaban” retorna para seu departamento responsável e outra remessa é providenciada para recompor o estoque.

Verifica-se, com isso, uma fragmentação estrutural das empresas composta de uma empresa-rede, que centraliza as atividades-fim, e uma série de empresas satélites, que realizam outras atividades intermediárias, mas neces-

sárias para a composição do produto final, gerando o fenômeno da terceirização ou externalização.

Os trabalhadores, que no fordismo realizavam somente algumas atividades de sua especialidade, no toyotismo são polivalentes, podendo atuar com certa autonomia e poder de iniciativa. É aparentemente uma evolução, porém existem aspectos negativos. O toyotismo previa um núcleo base de trabalhadores detentores de emprego estável, porém isso não se verificou na prática e mesmo nas atividades nucleares utiliza-se uma alta rotatividade de trabalhadores. Com isso, o desemprego estrutural atinge também os países desenvolvidos.

OS NOVOS CONCEITOS DE EMPREGADO E EMPREGADOR

Ora, a doutrina e jurisprudência majoritárias afirmam que, para que reste configurada a relação de emprego, é necessária a presença de todos os requisitos dela configuradores, insertos no art. 2º da CLT, quais sejam: pessoa física, serviços de natureza não eventual, subordinação e pagamento de salário, além da pessoalidade na prestação dos serviços, este extraído do conceito de empregador, inserto no art. 2º do mesmo diploma legal.

É verdade que a evolução do processo produtivo e das relações comerciais acaba por interferir nas atividades humanas, criando, por vezes, situações híbridas, entre relação de emprego e relação de trabalho autônomo. Também não é menos verdade que estas situações estão a exigir do Direito do Trabalho um posicionamento que contemple esta nova realidade. Esta situação foi brilhantemente expressada pela juíza relatora Alice Monteiro de Barros, do TRT da 3ª Região, em primoroso acórdão prolatado pela 2ª Turma, nos autos do RO nº 17.231/2000, do qual peço vênia para transcrever parte da ementa:

“Relação de emprego e trabalho autônomo. A contraposição trabalho subordinado e trabalho autônomo exauriu sua função histórica e os atuais fenômenos de transformação dos processos produtivos e das modalidades de atividade humana reclamam também do Direito do Trabalho uma resposta à evolução desta nova realidade. A doutrina mais atenta já sugere uma nova tipologia (trabalho coordenado, ou trabalho parassubordinado), com tutela adequada, mas inferior àquela prevista para o trabalho subordinado e superior àquela prevista para o trabalho autônomo. Enquanto continuam as discussões sobre esse terceiro gênero, a dicotomia trabalho subordinado e trabalho autônomo ainda persiste no nosso ordenamento jurídico e, ao lado dos casos típicos, que não ensejam dúvidas, surgem figuras intermediárias que se situam nas

chamadas ‘zonas grises’, cujo enquadramento apresenta-se difícil, denotando certa complexidade e conduzindo a jurisprudência à fixação de alguns critérios práticos para definir a relação concreta...” (publicado no DJMG de 01.11.2000 – *Revista de Direito do Trabalho*. Volume 12, Brasília/DF, Editora Consulex, 2000, pág. 19).

Novas formas de trabalho emergem desse contexto como o teletrabalho ou trabalho à distância, diferente do trabalho em domicílio, pois pode ser realizado também em uma unidade satélite da empresa, longe da sede, mas utilizando-se dos meios tecnológicos para o controle do trabalho, sua principal característica é a parassubordinação. Conforme Antônio Baylos, a parassubordinação, portanto, seria uma categoria intermediária entre a subordinação e autonomia privada.

A PARASSUBORDINAÇÃO

Passou o critério da subordinação jurídica por um processo de revisão crítica, argüindo-se que ele reunia em seu âmbito pessoas de condição social muito diferente, levando o *Direito do Trabalho* a tutelar pessoas que, conquanto subordinadas, não necessitam de proteção, enquanto deixa desamparadas outras que, embora autônomas, padecem de debilidade econômico-social. Assim, houve o reconhecimento de uma espécie de trabalho, constituída pelos elementos de continuidade, coordenação, prevalência pessoal da prestação, desenvolvida sem subordinação, além da debilidade econômico-social do trabalhador, *ratio* da disposição legal mas não componente da nova categoria que ela criou: o trabalho parassubordinado ou a *parassubordinação*.

A parassubordinação, de acordo com Pinho Pedreira, seria admissível no direito brasileiro, a princípio, porque tem como essência a debilidade contratual do trabalhador derivada da sua inferioridade econômica. E a sua inserção em um ordenamento jurídico, ao lado da subordinação, representaria a admissão do critério da dependência *social*, expressão devida a René Savatier e que se traduz num critério segundo o qual o contrato de trabalho, e, por conseguinte, a aplicação do *Direito do Trabalho*, tanto pode resultar da subordinação como da dependência econômica. Não exclui a parassubordinação o critério da subordinação como determinante da aplicação do Direito do Trabalho, mas, ao contrário, a ele se acopla. Portanto, se pudessem a subordinação e a dependência econômica, alternativamente, fundamentar a aplicação daquela disciplina, a parassubordinação se confundiria com a dependência econômica. E seria recepcionada no direito brasileiro, pois o art. 3º da CLT adota como critério de caracterização do empregado, e,

conseqüentemente, do contrato de trabalho, a dependência, que pode ser jurídica ou econômica, embora a jurisprudência brasileira tenha se fixado unicamente no primeiro significado.

Ocorre que não há equivalência entre parassubordinação e dependência econômica. Basta recordar que esta última exige a absorção integral e regular da atividade do prestador de serviço, de modo a tomar aquele todo o seu tempo.

O contrário ocorre na parassubordinação, em que, nos termos do projeto aprovado pelo Senado italiano, como regra geral não pode ser imposto ao trabalhador horário algum, ficando o usuário dos serviços impossibilitado de absorver totalmente a atividade do prestador de serviços. Ademais, a dependência econômica e a dependência social determinariam a aplicação do Direito do Trabalho porque configurariam o contrato de trabalho, enquanto a parassubordinação necessita do contrato de trabalho para a aplicação do direito laboral.

Como se observa, nada obsta o acolhimento da parassubordinação pelo direito brasileiro, pela mesma razão que vem conduzindo a Itália à sua aceitação, pelo fato da necessidade de proteção legal a trabalhadores autônomos dela necessitados ou mais do que trabalhadores subordinados, prevalecem também aqui, podendo-se citar como exemplos deles trabalhadores a domicílio, parceiros rurais, sócios de cooperativas, certos agentes ou representantes comerciais, dentre outros. Apesar disso, a legislação brasileira precisará ser modificada para adotar a parassubordinação, pois, no seu estado atual, ela condiciona a aplicação do Direito do Trabalho aos trabalhadores que prestem serviços sob dependência, entendendo os tribunais esse vocábulo como subordinação. A lei que incorporar ao nosso direito o critério da parassubordinação deverá dizer quais as normas do Direito do Trabalho estendidas aos trabalhadores parassubordinados.

A TERCEIRIZAÇÃO

Outra emergente forma de trabalho é a terceirização, que pode ser adotada por uma empresa não apenas quanto aos serviços, mas também quanto a bens ou produtos. Assim, podem ser estabelecidos contratos de natureza civil – empreitada, subempreitada, prestação autônoma de serviços e parceria – ou contratos de natureza mercantil – *engineering*, *franchising*, contrato de fornecimento, concessão mercantil, consórcio, assistência técnica e representação comercial autônoma.

Não é um fenômeno recente, pois já na época das Corporações de Ofício praticava-se o “putting-out system”, segundo o qual os comerciantes usavam a

subcontratação de camponeses, fornecendo a matéria-prima e até mesmo as ferramentas, para que os trabalhadores do meio rural retornassem esse material acabado ou semi-acabado, burlando, dessa forma, o monopólio das corporações.

Mauricio Godinho Delgado define a terceirização como “*fenômeno pelo qual se dissocia a relação econômica de trabalho da relação justralabalhista que lhe seria correspondente*”.⁵ Carmen Camino enfatiza que na terceirização os elementos típicos da relação de emprego são analisados de modo mais flexível, a fim de permitir a delegação de certas atividades da empresa a terceiros.⁶

Daí dizer-se que a terceirização integra o processo de “flexibilização do direito do trabalho”. Para arrematar, José Martins Catharino, acrescenta que “*‘terceirização’ é meio da empresa obter trabalho de quem não é seu empregado, mas do fornecedor com quem contrata. Ter quem trabalhe para si, sem ser empregado, é a razão básica da ‘terceirização’.*”⁷ Em princípio, a base da terceirização é o repasse de serviços ou atividades especializadas para outras empresas que detenham melhores condições técnicas para realizá-los. É técnica de administração e não de gestão de pessoal.⁸

A Suécia, a Espanha e a Itália proíbem a terceirização sob a forma de trabalho temporário. A Bélgica, a Dinamarca, a Noruega, os Países Baixos e a França têm regulamentação para a matéria. A Alemanha, a Inglaterra, a Suíça, a Irlanda e Luxemburgo permitem a terceirização, embora sendo desregulamentada, com espaço para a negociação coletiva.

A Argentina, a Colômbia e a Venezuela admitem a terceirização. O México a proíbe, salvo restritas exceções legais, e o Peru limita a possibilidade dessa contratação.

No Japão e nos “tigres asiáticos” (Coréia do Sul, Taiwan, Hong Kong, Cingapura, dentre outros) a terceirização é prática comum e amplamente utilizada. Há no Japão lei específica, existindo sindicato dos trabalhadores subcontratados e necessidade de autorização do Ministério do Trabalho para o funcionamento das fornecedoras de mão-de-obra.

5 DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2002, p. 417.

6 CAMINO, Carmen. *Direito individual do trabalho*. 4. ed. Porto Alegre: Síntese, 2003, p. 235-6.

7 CATHARINO, José Martins. *Neoliberalismo e seqüela: privatização, desregulação, flexibilização, terceirização*. São Paulo: LTr, 1997, p. 72.

8 CARELI, Rodrigo Lacerda. *Terceirização e intermediação de mão-de-obra: ruptura do sistema trabalhista, precarização do trabalho e exclusão social*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 74-77.

Merece destaque o art. L 125-1 do Código do Trabalho francês:

“Toda operação com fim lucrativo de fornecimento de mão-de-obra que tiver por efeito causar um prejuízo ao trabalhador afetado ou frustrar a aplicação das disposições da lei, do regulamento ou da convenção ou acordo coletivo de trabalho é proibida.”

O nosso ordenamento jurídico não disciplina a totalidade das situações existentes na sociedade brasileira envolvendo a terceirização de serviços, mas prevê algumas situações em que tal instituto é permitido: o trabalho temporário, tratado na Lei nº 6.019/74, e o trabalho de vigilância bancária, na Lei nº 7.102/83.

Com a Lei nº 8.863/94 a hipótese de terceirização na área de vigilância foi ampliada para toda a área de vigilância patrimonial, pública ou privada, inclusive para pessoa física. Portanto, trabalho temporário e vigilância patrimonial são as duas hipóteses expressamente previstas em lei para a terceirização, sendo o serviço de conservação e limpeza autorizado de forma anômala pelo TST, através de enunciado.

A Lei nº 8.949/94 introduziu na CLT um parágrafo único em seu art. 442, estimulando as terceirizações por meio de cooperativas. Deve-se ter presente que a utilização de cooperativas de trabalho em atividade-meio é plenamente viável, com o trabalho por conta própria dos cooperativados. No entanto, a terceirização por meio de cooperativas de mão-de-obra é temerária, pois a fraude é praticamente certa, visto que haverá intermediação de mão-de-obra sem que a cooperativa esteja enquadrada na Lei nº 6.019/74, que admite essa intermediação apenas por meio das empresas de trabalho temporário.

Para tentar preencher o enorme vácuo legislativo, o TST publicou, em 1986, o Enunciado 256 de sua Súmula de Jurisprudência:

“Nº 256 – Contrato de prestação de serviços. Legalidade:

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

Extremamente restritivo, o entendimento sumulado sofreu fortes críticas do setor empresarial e, cedendo às pressões, o TST revisou o Enunciado 256, publicando o desastroso Enunciado 331 em fins de 1993:

“Nº 331 – 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, inclusive quanto aos órgãos da administração direta, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista, desde que hajam participado da relação processual e constem também do título executivo judicial (art. 71 da Lei nº 8.666, de 21.06.1993).”

Até os dias de hoje a jurisprudência está se debatendo na tentativa de definir o que seja “atividade-meio do tomador” para fixar os limites da licitude da terceirização. Além disso, com a previsão de responsabilidade subsidiária do tomador de serviços o processo de execução tem se delongado desnecessariamente.

A RESPONSABILIDADE DAS EMPRESAS NA TERCEIRIZAÇÃO

a) Subsidiária – item IV do Enunciado 331 do TST

Ainda que regular a terceirização, com a manutenção do vínculo empregatício entre o trabalhador terceirizado e a prestadora de serviços, o item IV do Enunciado 331 do TST prevê a responsabilidade subsidiária do tomador de serviços diante do inadimplemento das obrigações trabalhistas por parte do empregador, desde que tenha participado da relação processual e conste do título executivo judicial (exigência inspirada no Enunciado 205 do TST, cancelado em 21.11.03, o que pode refletir no Enunciado 331). A condenação subsidiária decorre da culpa *in eligendo* e da culpa *in vigilando*, com base no *caput* do art. 927 do Código Civil de 2002.

“Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.”

“Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.”

Deve ser observado que o verbete jurisprudencial prevê tão-somente o “*inadimplemento das obrigações trabalhistas*” para a condenação subsidiária do tomador. Logo, verificado o inadimplemento, o tomador de serviços é, de plano, responsável subsidiariamente. Não há necessidade de “*prova efetiva da inidoneidade financeira da real empregadora*”, como sustenta corrente minoritária da doutrina e jurisprudência. As sentenças trabalhistas costumam demonstrar a inidoneidade das prestadoras de serviços pela revelia ou ausência a audiências de prosseguimento – o que é usual na prática forense – bem como pela ausência de documentação exigida por lei, quando tais fatos são meros reforços de argumentação diante do inadimplemento constatado nos autos do processo, que é suficiente para a condenação subsidiária do tomador.

b) Solidária – fraude

Na hipótese de fraude aos preceitos trabalhistas pela prática de terceirização ilícita incidirá o art. 9º da CLT, sendo considerados nulos de pleno direito os atos relativos à “terceirização”, formando-se o liame empregatício diretamente com o tomador. O terceiro que participou da fraude como “empresa prestadora de serviços” responderá solidariamente, com base no art. 942 do Código Civil de 2002.

“Art. 942. Os bens do responsável pela ofensa ou violação do direito de outrem ficam sujeitos à reparação do dano causado; e, se a ofensa tiver mais de um autor, todos responderão solidariamente pela reparação.”

c) Solidária em todos os casos

Jorge Luiz Souto Maior⁹, partindo da idéia de que tanto na terceirização como no grupo econômico é verificada a formação de uma cadeia produtiva que se aproveita conjuntamente da força de trabalho fornecida pelo trabalhador, ainda que de forma horizontal na terceirização, defende a responsabilidade solidária do tomador e do prestador de serviços em todos os casos de descumprimento à legislação trabalhista.

9 SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. *Trabalho descentralizado. A terceirização sob uma perspectiva humanista*. Disponível em: <<http://www.jusvi.com.br>>.

Ataca o benefício de ordem da responsabilidade subsidiária sustentando que, a par do que ocorre no art. 827 do nosso Código Civil de 2002, este deve ser invocado pela parte, que deverá nomear bens do devedor principal suficientes para solver o débito:

“Art. 827. O fiador demandado pelo pagamento da dívida tem direito a exigir, até a contestação da lide, que sejam primeiro executados os bens do devedor.

Parágrafo único. O fiador que alegar o benefício de ordem, a que se refere este artigo, deve nomear bens do devedor, sitos no mesmo município, livres e desembargados, quantos bastem para solver o débito.”

Diante da exigência do art. 265, do Código Civil brasileiro de 2002:

“Art. 265. A solidariedade não se presume; resulta da lei ou da vontade das partes...”

Propõe a aplicação analógica do art. 455 da CLT, que se ajusta perfeitamente à situação de terceirização:

“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.”

Propõe o abandono do elemento culpa, quer *in eligendo* ou *in vigilando*, atraindo a noção de culpa objetiva decorrente da responsabilidade civil prevista no parágrafo único do art. 927 do Código Civil:

“Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.”

Destaca, ainda, o disposto no art. 187 do CC/02:

“Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.”

Souto Maior, repudiando a responsabilidade subsidiária e o benefício de ordem em favor do tomador dos serviços, conclui: “Não há incidência possível nesta situação da regra de que ‘a solidariedade não se presume, resultando da lei ou da vontade das partes’ (art. 896, antigo CC; art. 265, atual Código), porque a solidariedade em questão é fixada por declaração judicial de uma responsabilidade civil, decorrente da prática de ato ilícito, no seu conceito social atual. Aliás, neste sentido, a regra do artigo 265 não parece nem mesmo ser afastada, vez que a solidariedade declarada, com tais parâmetros, decorre, agora, da própria lei (art. 942, atual Código)”.

“Art. 942. Os bens do responsável pela ofensa ou violação do direito de outrem ficam sujeitos à reparação do dano causado; e, se a ofensa tiver mais de um autor, todos responderão solidariamente pela reparação.”

A TERCEIRIZAÇÃO PELAS ENTIDADES ESTATAIS

Por força do art. 37, II e § 2º, da Constituição Federal, é vedado o estabelecimento de vínculo empregatício com o ente público tomador de serviços, ainda que na realidade dos fatos muitas vezes seja possível constatar a existência de típica relação de emprego entre o trabalhador “terceirizado” e o tomador de serviços.

A Administração Pública é o exemplo mais recorrente de abusos quando se fala em terceirização. Terceirizam-se serviços públicos intrinsecamente ligados à sua atividade-fim, de forma escancarada e indiscriminada, como a coleta do lixo urbano. Desenvolve-se a relação com o “terceirizado” com acentuado poder de comando *versus* subordinação jurídica, renovando infinitamente aquele mesmo funcionário naquele mesmo posto de serviço “porque trabalha tão bem há tantos anos”. Basta alterar a prestadora de serviços de tempos em tempos, mediante licitação, mas com a indicação do profissional para determinadas atividades.

Portanto, não-eventualidade, subordinação jurídica, pessoalidade e onerosidade não resultam em reconhecimento de vínculo empregatício com a Administração Pública porque não houve prévia aprovação em concurso público. É que a Constituição Federal de 1988 moralizou e democratizou o acesso ao serviço público, dando uma lição de ética que deve prevalecer sobre o direito fundamental ao reconhecimento da relação de emprego estampado

no inciso I de seu art. 7º. É uma questão de sopesar valores, quando entram em aparente conflito duas regras constitucionais.

A responsabilidade da Administração Pública na terceirização é subsidiária, como os demais tomadores de serviços, ainda que tenha tentado esquivar-se por meio do § 1º do art. 71 da Lei nº 8.666/93. A Resolução 96/2000 do TST alterou o item IV do Enunciado 331 para fazer constar expressamente que a responsabilidade subsidiária estende-se “*inclusive quanto aos órgãos da administração direta, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista*”. Deve ser ressaltado que o § 2º do referido art. 71 prevê a *responsabilidade solidária* da Administração Pública pelos encargos previdenciários resultantes da execução dos contratos por ela firmados:

“Art. 71. O contratado é responsável pelos encargos trabalhistas, previdenciários, fiscais e comerciais resultantes da execução do contrato.

§ 1º A inadimplência do contratado, com referência aos encargos trabalhistas, fiscais e comerciais não transfere à Administração Pública a responsabilidade por seu pagamento, nem poderá onerar o objeto do contrato ou restringir a regularização e o uso das obras e edificações, inclusive perante o Registro de Imóveis. (Redação dada pela Lei nº 9.032, de 28.04.95)

§ 2º A Administração Pública responde solidariamente com o contratado pelos encargos previdenciários resultantes da execução do contrato, nos termos do art. 31 da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991. (Redação dada pela Lei nº 9.032, de 28.04.95)”

Em casos de fraude à terceirização, como o desvirtuamento do instituto no intuito de esquivar-se de deveres próprios da Administração Pública, deve ser cogitada a responsabilidade solidária, principalmente diante do previsto no § 6º do art. 37, que adota a teoria do risco administrativo com a responsabilidade civil objetiva. Diz o preceito constitucional:

“Art. 37, § 6º As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.”

CONCLUSÃO

O conceito de trabalho formal está mudando devido às modificações advindas da evolução tecnológica, que tornará cada vez mais informal as relações entre empregado e empregador.

O papel tradicional dos sindicatos está em crise devido ao paradoxo entre defender os salários e seu poder aquisitivo ou defender o emprego, seja pela sua manutenção, seja pela geração de novos postos. O sindicato perde sua unidade e força diante do mundo globalizado e produtivamente descentralizado.

Há necessidade emergencial de um tratamento legal à terceirização em nosso ordenamento. As relações jurídicas estabelecidas por meio da terceirização já estão disseminadas em nossa sociedade e presentes em nosso cotidiano. Nesse setor, o Direito não tem acompanhado a dinâmica dos fatos. E a situação fica ainda pior quando o Tribunal Superior do Trabalho tenta legislar sobre a matéria, baixando Enunciados descompassados. Primeiro (Enunciado 256) restringe ao máximo as hipóteses cabíveis, para depois escancarar as porteiras da terceirização, com o parâmetro indefinido da “atividade-meio” (Enunciado 331).

A previsão expressa de responsabilidade solidária das empresas participantes da terceirização, para afastar o obstáculo da responsabilidade subsidiária que vem protelando a efetividade do processo de execução trabalhista. E há muito mais amparo legal para a condenação solidária das empresas do que para a subsidiária.

Antônio Baylos Grau chamou a atenção do público presente à palestra “Direito do Trabalho e democracia”, realizada no Tribunal Superior do Trabalho (TST)¹⁰, para a necessidade de amplo debate a respeito da flexibilização dos direitos dos trabalhadores antes que ela seja incluída na Reforma Trabalhista.

Ele apresentou o exemplo da Espanha como um parâmetro a ser analisado por padrões, empregados e governo Federal no Brasil. Segundo Baylos Grau, a flexibilização de direitos começou na Itália em 1978, com as mudanças nas regras de indenização por demissão – que passaram a ser regidas por acordos coletivos. “A fórmula, para o sistema espanhol, se revelou uma desgraça”, afirmou. “E a Espanha perseverou 20 anos no erro”, acrescentou o professor da Universidade de Castilha – La Mancha. De acordo com ele, o nível de desemprego permaneceu em 15% durante todo o período, “apesar do crescimento econômico registrado nos anos 80”.

Baylos contou que o novo momento vivido na Espanha é de fortalecimento dos contratos de emprego por tempo indeterminado. Isto porque os contratos temporários resultantes da flexibilização acabaram favorecendo a

10 GRAU, Antônio Baylos. Palestra “Direito do Trabalho e Democracia”, realizada no Tribunal Superior do Trabalho (TST), em 20 de outubro de 2004.

terceirização e a precarização das relações de trabalho, com a redução cada vez maior dos benefícios concedidos ao trabalhador.

REFERÊNCIAS

CAMINO, Carmen. *Direito individual do trabalho*. 4. ed. Porto Alegre: Síntese, 2003.

CARELI, Rodrigo Lacerda. *Terceirização e intermediação de mão-de-obra: ruptura do sistema trabalhista, precarização do trabalho e exclusão social*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

CATHARINO, José Martins. *Neoliberalismo e seqüela: privatização, desregulação, flexibilização, terceirização*. São Paulo: LTr, 1997.

DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2002.

GRAU, Antônio Baylos. O redimensionamento do Direito do Trabalho na atualidade. Algumas peças do modelo. In: *Direito do Trabalho: modelo para armar*. São Paulo: LTr, 1999.

_____. Palestra “Direito do Trabalho e Democracia”, realizada no Tribunal Superior do Trabalho (TST), em 20 de outubro de 2004.

NICOLINI, Giovanni. *Manuale di diritto del lavoro*. 3. ed. Milano: Giuffrè, 2000.

PINHO PEDREIRA, Luiz de. *Um novo critério de aplicação do Direito do Trabalho: a parassubordinação*. Unifacs.br/revistajuridica/edicao_abril2005.

REALE, Miguel. *Notas sobre globalização*. Disponível em: <<http://www.miguelreale.com.br/artigos>>.

ROMITA, Arion Sayão. *Globalização da economia e Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 1997.

SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. *Trabalho descentralizado. A terceirização sob uma perspectiva humanista*. Disponível em: <<http://www.jusvi.com.br>>.