

## ***Marchandage* e trabalho temporário: a perda de uma chance de protagonismo pelo Direito do Trabalho**

*Aldacy Rachid Coutinho*<sup>1</sup>

As razões para a adoção do modelo regulatório do trabalho temporário são idênticas às desde sempre apresentadas para propositura de mudanças legislativas no âmbito das relações de trabalho subordinado. Variam em um espectro que segue desde uma pretensão de renovação completa na Consolidação das Leis do Trabalho até a incorporação de medidas pontuais que, uma vez adotadas, vão minando pouco a pouco a integridade e a unidade do sistema jurídico trabalhista, acarretando por um lado a incidência do fenômeno da fragmentação das relações jurídicas e, de outra parte, rompendo critérios tradicionais de fixação de condicionantes jurídicos, tais como o tempo de vigência e execução do contrato de trabalho para a extensão quantitativa das férias (hipótese do contrato por tempo parcial). As justificativas deduzidas para a propositura do Projeto e os fundamentos para a aprovação da regulamentação da terceirização (PL 4330/2004 – PLC 30/2015) não fogem à regra.

Um olhar sobre o passado, no que representou a posição da doutrina jurídico-laboral a partir das publicações nos cinco anos que se seguiram à adoção da lei do trabalho temporário (1973-1977) e o silêncio legislativo em torno de regras proibitivas expressas de *marchandage*, bem como uma mirada em outras realidades contemporâneas como medidas de *insourcing* propostas, particularmente nos Estados Unidos da América, podem auxiliar na tomada de consciência crítica de como se está a demandar, outra vez mais, uma cumplicidade indevida por parte do Direito do Trabalho, que, ao invés de assumir seu papel de protagonista na construção de uma efetiva cidadania trabalhadora, acaba tendo que se debater em torno de lutas pela preservação do mínimo civilizatório conquistado aos trabalhadores.

O Direito do Trabalho é instado a oferecer respostas, assegurar soluções para aspectos concretos da realidade (quase sempre perversa) econômica, em decorrência sobretudo de um mecanismo de projeção, segundo o qual seria exatamente esse ramo do direito o responsável por atravancar o aprimoramento de regras jurídicas que pautam a ação econômica voltada à mais ampla liberdade no mercado, por conta, de um lado, de seu extremado rigor na imperatividade de suas normas e, de outro, no tratamento de indisponibilidade de direitos, ou seja, ambos reveladores de um (dito) inconsistente protecionismo que se apresentaria como inadequado às demandas atuais das formas de gestão (reestruturação produtiva) e à crise do capitalismo.

---

<sup>1</sup> Mestre e Doutora. Professora Associada da Universidade Federal do Paraná. Coordenadora do Grupo de Pesquisa Trabalho Vivo.

Além disso, alega-se que o excessivo ‘custo Brasil’<sup>2</sup> dificultaria a concorrência em um mercado globalizado, elevando os preços das mercadorias, bem como gerando situações de desemprego, que acarretam o enfrentamento da dificuldade de (re)inserção no emprego. Demanda-se do Direito do Trabalho não somente maior flexibilidade, como alternativas de opção na adoção de marcos regulatórios que sejam mais convenientes para cada específica situação de trabalho.

Desta forma, toda e qualquer proposta de mudança legislativa vem acompanhada da marca de um suposto aprimoramento evolutivo, mas que representa tão só avanço nos traços de precarização, mediante aberturas de incentivo para os agentes econômicos: o contrato de trabalho a prazo determinado da Lei 9.601/98 reduz custos trabalhistas; o contrato a tempo parcial previsto no art. 58-A da CLT<sup>3</sup> que retoricamente se posiciona em favor da empregabilidade de segmentos vulneráveis como mulheres e estudantes, mas, no fim e ao cabo, abre espaço para redução de direitos como a extensão do número de dias de férias; um período de alargamento temporal iniciado dentro do regime de compensação da jornada, a partir da Lei 9.601/98, altera a redação do art. 59 da CLT para fazer incluir o lapso de 120 (cento e vinte) dias e, posteriormente, com o banco de horas que determina a compensação no prazo de um ano, por meio de reedições de Medidas Provisórias, desde a primeira, MP 1.709, de 6 de agosto de 1998, até a última, MP 2.161-41, de 24 de agosto de 2001. É de lembrar-se, ainda, da suspensão do contrato de trabalho prevista no art. 476-A da CLT, incluída pela Medida Provisória – MP 2.161-41, de 24 de agosto de 2001, durante um período de dois cinco meses para garantia de capacitação diante de contingências negativas financeiras das empresas que gravitam diante da necessidade de *downsizing*, dentre tantas. Todas as mudanças atendem pretensões de maleabilidade regulatória da força de trabalho por necessidades de interesse do capital diante de fluxos instáveis da demanda por bens e serviços no mercado.

Vozes não bradam, nem ecoam, pretendendo, por exemplo, alterar dispositivos da Consolidação das Leis do Trabalho que fazem referência à Segurança Nacional, quase todos inseridos ao tempo da ditadura civil-militar.<sup>4</sup>

Mas, atualmente, são sobretudo as pressões para externalização da produção vinculadas à regulamentação e ampliação da terceirização<sup>5</sup> para toda e qualquer atividade que pautam as articulações políticas, embora igualmente fomentem mobilizações sociais de resistência.

O que se não compreende ou não se quer compreender, é a própria realidade do sistema econômico capitalista. O sistema capitalista é um dado histórico e temporalmente determinado,

<sup>2</sup> O custo Brasil é apontado por José Pastore e disseminado como sendo da ordem de 101,99%; o percentual, todavia, é contestado por diversos juslaboralistas e, por todos, Arnaldo Sussekind, que aponta 55,71%. Ver SUSSEKIND, Arnaldo. História e perspectivas da Justiça do Trabalho. *Rev. TST*, Brasília, vol. 67, n. 94, out/dez, 2001. p.15-27.

<sup>3</sup> Inserido por força da Medida Provisória 2.161-41, de 24 de agosto de 2001.

<sup>4</sup> Art. 311, “c”; art. 472 [...] § 3º; art. 482, parágrafo único; art. 528; art. 910.

<sup>5</sup> Para as manifestações críticas e contrárias, por todos, ver <http://blogdaboitempo.com.br/dossies-tematicos/dossie-terceirizacao/> Acesso em 25ago2015; especialmente VIANA, Márcio Túlio. O que é a terceirização? Disponível em <http://blogdaboitempo.com.br/2015/04/01/o-que-e-a-terceirizacao/> Acesso em 25ago2015

embora tenda a ser identificado em um processo de naturalização como eterno. A exploração do trabalho com a extração da mais-valia é condição necessária para a manutenção do sistema. Não haverá capitalismo sem luta de classes, sem interesses antagônicos (conflito) entre capital e trabalho, sem trabalho produtivo, sem trabalho vivo e morto, sem trabalho alienado, sem trabalho não pago, sem trabalho assalariado. E somente se adotarmos um olhar ingênuo, sonharmos com uma utopia ou se abandonarmos qualquer possibilidade de se manter uma visão crítica em torno da manipulação retórica ideológica que a envolve, é que o prognóstico de uma sociedade do conhecimento, em uma sociedade sem empregos ou uma sociedade constituída apenas por empreendedores, se fará realidade.

O capitalismo é divisão de proprietários e não proprietários, capital e trabalho. E trabalho é força de trabalho, capacidade de trabalhar, disponibilidade do tempo socialmente necessário que tem um preço ditado no mercado enquanto valor de troca: trabalho é mercadoria.

Para Karl Marx, a mercadoria é o que é produzido para satisfazer as necessidades humanas, de subsistência ou da fantasia (necessidade e desejo), direta (meio de subsistência) ou indiretamente (meio de produção), sendo produzido para obtenção de lucro. O que se vende, por meio de um contrato de trabalho, não é a atividade em si, nem o resultado dela, mas a força de trabalho, assim entendida como sendo a capacidade, a habilidade de uma pessoa em trabalhar e produzir mercadorias. Essa força de trabalho é, em si, considerada uma mercadoria, com valor de troca, comprada e vendida no mercado de trabalho. É o que o capitalista precisa para obter lucro: comprando uma mercadoria (força de trabalho) que possa criar um valor maior do que o seu próprio valor; com a teoria da exploração, explica-se a força de trabalho, o trabalho produtivo, a mercadoria, extração da mais-valia, a obtenção do lucro. Eis a lógica do capitalismo:

[...] El trabajo como proceso consiste en las energías de inteligencia de una persona comprometida en la producción. Como mercancía, el trabajo consiste de un objeto producido para su venta, es decir, 'la fuerza de trabajo' o capacidad de trabajo de un obrero. El precio normal de mercado de la mercancía fuerza de trabajo es un salario que permite que la mercancía sea producida regularmente; es decir, un salario suficiente como para permitir al trabajador que posee y vende su capacidad de trabajar en el mercado comprar un nivel de vida convencional.<sup>6</sup>

Quando o Direito do Trabalho pauta seu sistema em um princípio protetivo, na rejeição do trabalho como mercadoria, tomado como mito fundante, ou seja, aquele motivo conceitual a partir do qual a cadeia semântica se estabelece, pauta como “uma fala despolitizada”<sup>7</sup> um limite ao capitalismo. Não nega que economicamente trabalho não seja mercadoria, mas nega a possibilidade da redução do trabalho a mera mercadoria, no sentido de tomar as questões econômicas como suficientes para juridicização. É o Direito impondo limites ao econômico, para não fazer desaparecer (ou aniquilar) a pessoa trabalhadora.

<sup>6</sup> HEILBRONER, Robert L. *Natureza y logica del capitalismo*. Ciudad de Mexico: Siglo Veintiuno, 1989. p. 63.

<sup>7</sup> “A função do mito é evacuar o real. [...] O mito não nega as coisas; a sua função é, pelo contrário, falar delas; simplesmente purifica-as, inocenta-as, fundamenta-as em natureza e eternidade”. Mito é uma fala despolitizada, transformando uma intenção histórica em natureza, uma contingência em eternidade. Eis a definição semiológica do mito na sociedade burguesa dada por Roland Barthes. BARTHES, Roland. *Mitologias*. 5. ed. São Paulo: Difel, 1982. p. 163.

Certo que a própria construção de um Direito do Trabalho, por ficção, necessitou separar o sujeito trabalhador de sua força de trabalho (sujeito e objeto da contratualidade laboral) para permitir operações econômicas pela via contratual, superando o modelo escravocrata e assegurando juridicamente a exploração do homem pelo homem.

Resta, porém, sempre uma questão ética envolvida: qual o limite da exploração do trabalho quando ainda se tem capitalismo? Ou seja, no cerne do debate está o questionamento sobre a licitude de se ter como objeto social de uma empresa não a produção, agroeconômica ou industrial, nem a realização de serviços, mas a obtenção de lucro com a venda da força de trabalho/mercadoria por uma empresa que não realiza nenhum processo produtivo, pura e simplesmente obtêm lucro com a intermediação na venda da força de trabalho para que seja a força de trabalho/mercadoria empregada por outra empresa (cliente) como elemento da sua produção:

Ela estaria, realmente, locupletando-se do esforço alheio, o que é forma de enriquecimento ilícito; fazendo do trabalho mercadoria, o que tem sido repudiado desde o Tratado de Versalhes, nos idos de 1919.<sup>8</sup>

Como ponderou Paulo Emílio Ribeiro de Vilhena,

Tão ingrata é a missão de leis dessa natureza que, quase sempre e indiscriminadamente, importam em **desvio** e até mesmo **inversão** de tutela da relação de trabalho.<sup>9</sup>

12

Para superar e afastar a identificação do contrato como *marchandage*, tomou-se o objeto do contrato como sendo uma modalidade de “cessão de mão de obra”, pontuando-se que o “critério de fixação da espécie de contrato fundado no decurso do tempo, se o seu objeto é a prestação de um serviço, não se explica senão como uma manifestação de política legislativa”.<sup>10</sup> Tal manipulação é exitosa se compreendermos que o escopo, afinal, é mascarar o que se não quer revelar:

O que se verifica, com a jurisdicização da cessão de mão-de-obra, é que passou ela a constituir o objeto de uma relação jurídica entre duas empresas, que sobre ela transacionam e de que uma das contratantes, a cedente ou locadora ou empresa temporária, auferem um lucro, via de regra, resultante da diferença entre os quantitativos pagos a título de obrigações sociais e o preço global cobrado à empresa cliente ou ‘tomadora’. Nisso identificam-se as relações entre elas estabelecidas com a chamada **marchandage** [...] <sup>11</sup>

Não se pode negar que é, indiscutivelmente, *marchandage*.

<sup>8</sup> LOPES, Ildeu Leonardo. Trabalho temporário. *Revista LTr*, São Paulo, an. 39, jan.75. p. 285.

<sup>9</sup> VILHENA, Paulo Emílio Ribeiro de. Trabalho temporário: natureza jurídica e equacionamento. *Revista LTr*, São Paulo, an.38, jan.74, p. 904.

<sup>10</sup> VILHENA, Paulo Emílio Ribeiro de. Trabalho temporário: natureza jurídica e equacionamento. *Revista LTr*, São Paulo, an.38, jan.74, p. 904.

<sup>11</sup> VILHENA, Paulo Emílio Ribeiro de. Trabalho temporário: natureza jurídica e equacionamento. *Revista LTr*, São Paulo, an.38, jan.74, p. 905.

A *marchandage* esteve presente durante o século XIX, quando algumas pessoas se posicionavam como intermediadoras de mão de obra ou *sous-entrepreneurs ouvriers*, para revender o trabalho como mercadoria, visando à obtenção de lucro com a atividade. Eram então denominados como *marchandeurs* ou *tâcherons*. O rechaço de tomar o trabalho como sendo objeto de ato de comércio, aliado às constatações das péssimas condições de trabalho a que os empregados se submetiam, levou à tomada de consciência e à aspiração de “*notre bon droit: la loi et l’humanité sont pour tous*” que fez emergir a questão social. A luta dos trabalhadores deixa de ser uma questão de polícia, passando a ser reconhecido como um legítimo reclamo de vida e de direitos e, entre eles, o direito a viver do seu trabalho.

A edição do Decreto, em 24 de março de 1848, aboliu a *marchandage*, pois a “*l’exploitation des ouvriers par les sous-entrepreneurs ouvriers, dits marchandeurs ou tâcherons, est essentiellement injuste, vexatoire et contraire aux principes de fraternité*”,<sup>12</sup> tendo se constituído como uma medida enérgica que funda a base do Direito do Trabalho até os dias atuais, mediante intervenção do Estado nas relações jurídicas. Assim previu:

Sont donc proscries toutes les formules de recrutement et de placement d’ouvriers ‘via’ des intermédiaires de motivation lucrative, à l’exception de celles animées du seul souci d’organisation des solidarités telles l’association de production ou la commandite [...] <sup>13</sup>

Adquire um sentido ainda mais restritivo fixado na jurisprudência a partir de 1901, como “*exploitation des ouvriers au moyen de ce marchandage*”.

13

O Código do Trabalho francês mantém a proibição da *marchandage*, no Livro II – “*Lutte contre le travail illégal*”,<sup>14</sup> Título III – “*Marchandage*”, em seu artigo L8231-1 até os dias atuais, com o seguinte texto:

Le marchandage, défini comme toute opération à but lucratif de fourniture de main-d’œuvre qui a pour effet de causer un préjudice au salarié qu’elle concerne ou d’éluder l’application de dispositions légales ou de stipulations d’une convention ou d’un accord collectif de travail, est interdit.

O Tratado de Versalhes – Tratado de Paz entre os aliados e Potências Associadas e a Alemanha – assinado em 29 de junho de 1919 e igualmente em vigor desde 10 de janeiro de 1920, ao pôr um fim à Primeira Guerra Mundial, cria a Sociedade das Nações e, particularmente, em sua parte XIII, elenca dentro os princípios do *Bureau International du Travail*:

<sup>12</sup> LE GOFF, Jacques. *Du silence à la parole: une histoire du droit du travail des années 1830 à nos jours*. Rennes: Presses Universitaires de Rennes, 2004. p. 107.

<sup>13</sup> LE GOFF, Jacques. *Du silence à la parole: une histoire du droit du travail des années 1830 à nos jours*. Rennes: Presses Universitaires de Rennes, 2004. p. 107.

<sup>14</sup> Segundo o Código do Trabalho francês (Article L8211-1 – modifié par la Loi n° 2014-288 du 5 mars 2014 – art. 20 (V)) “*Sont constitutives de travail illégal, dans les conditions prévues par le présent livre, les infractions suivantes: 1° Travail dissimulé; 2° Marchandage; 3° Prêt illicite de main-d’œuvre; 4° Emploi d’étranger sans titre de travail; 5° Cumuls irréguliers d’emplois; 6° Fraude ou fausse déclaration prévue aux articles L. 5124-1 et L. 5429-1*. Disponível em: <http://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006072050> Acesso em 25ago2015

## Section II – Principes Généraux

## Article 427

[...] Parmi ces méthodes et principes, les suivants paraissent aux Hautes Parties Contractantes être d'une importance particulière et urgente:

*Le principe dirigeant ci-dessus énoncé que **le travail ne doit être considéré simplement comme une marchandise ou un article de commerce.***<sup>15</sup> (g.n.)

Em 1944, a Organização Internacional do Trabalho (OIT) adota a Declaração da Filadélfia (10 de maio de 1944) relativa aos seus fins e objetivos, bem como reafirma princípios que devem inspirar a política dos seus Membros e, desde logo, I, “a”, na sustentação do Direito do Trabalho, estatui que o trabalho não é uma mercadoria.

Não há quem não rejeite a *marchandage* como exploração ilícita do trabalho alheio, sustentada na afirmação de que trabalho não é mercadoria.<sup>16</sup>

O repúdio se fundava expressamente na transformação do trabalho humano em mercadoria, quando negociado nessa espécie de *marchandage* – esta, rigorosamente proibida em diversos países.

Mas, lá fora, como aqui, é o próprio governo que estimula o sistema, naturalmente com a mais respeitável das intenções: fomentar o desenvolvimento industrial, diminuindo, para as empresas, os ônus de uma relação de emprego direta com a mão de obra, dando como consequência o famoso *pleno emprego*, que tem levado a tantos erros os economistas sem formação jurídico-trabalhista, a ponto de, já em 1966, no Japão, existirem três milhões e seiscentos mil trabalhadores contratados através de cerca de 310 mil empresas locadoras, sem vínculo com a empresa que recebia os frutos de seu esforço pessoal.<sup>17</sup>

Com vistas a assegurar a efetividade da proibição, ressaltando a importância do bem jurídico tutelado, foi tipificado como crime o *marchandage* no Código do Trabalho francês, com pena de 2 (dois) anos e multa de 30.000 (trinta mil) euros, podendo ser elevada a 5 (cinco) anos e 75.000 (setenta e cinco mil) euros:

Article L8234-1 (Loi n°2015-990 du 6 août 2015 – art. 282)

Le fait de commettre le délit de marchandage, défini par l'article L. 8231-1, est puni d'un emprisonnement de deux ans et d'une amende de 30 000 euros.

Les peines sont portées à cinq ans d'emprisonnement et à 75 000 € d'amende:

1° Lorsque l'infraction est commise à l'égard de plusieurs personnes;

<sup>15</sup> Parte XIII, do Tratado de Versalhes, de 1919. Disponível em: <http://www.ilo.org/public/french/bureau/leg/download/partxiii-treaty.pdf> Acesso em 25ago2015

<sup>16</sup> Neste sentido, veja-se, por exemplo, LOPES, Ildeu Leonardo. Trabalho temporário. *Revista LTr*, São Paulo, an. 39, jan.75. p. 282.

<sup>17</sup> ALMEIDA, Isis de. *O regime de trabalho temporário*. São Paulo: Saraiva, 1977. p. 8.

2° Lorsque l'infraction est commise à l'égard d'une personne dont la vulnérabilité ou l'état de dépendance sont apparents ou connus de l'auteur.

Les peines sont portées à dix ans d'emprisonnement et à 100 000 € d'amende lorsque l'infraction est commise en bande organisée.

La juridiction peut ordonner, à titre de peine complémentaire, la peine de confiscation dans les conditions et selon les modalités prévues à l'article 131-21 du code pénal.

La juridiction peut prononcer, en outre, l'interdiction de sous-traiter de la main-d'oeuvre pour une durée de deux à dix ans.

Le fait de méconnaître cette interdiction soit directement ou par personne interposée, est puni d'un emprisonnement de douze mois et d'une amende de 12 000 euros.

La juridiction peut également ordonner, à titre de peine complémentaire, l'affichage ou la diffusion de la décision prononcée, dans les conditions prévues à l'article 131-35 du code pénal. Lorsqu'une amende est prononcée, la juridiction peut ordonner que cette diffusion soit opérée, pour une durée maximale de deux ans, par les services du ministre chargé du travail sur un site internet dédié, dans des conditions prévues par décret en Conseil d'Etat pris après avis de la Commission nationale de l'informatique et des libertés.

Article L8234-2 (Loi n°2014-790 du 10 juillet 2014 – art. 12; Loi n° 2014-790 du 10 juillet 2014 – art. 8)

15

Les personnes morales reconnues pénalement responsables, dans les conditions prévues par l'article 121-2 du code pénal, du délit de marchandage défini à l'article L. 8231-1 encourent les peines suivantes :

1° L'amende dans les conditions prévues à l'article 131-38 du code pénal;

2° Les peines mentionnées aux 1° à 5°, 8°, 9° et 12° de l'article 131-39 du même code.

L'interdiction mentionnée au 2° de l'article 131-39 porte sur l'activité dans l'exercice ou à l'occasion de l'exercice de laquelle l'infraction a été commise.

Lorsqu'une amende est prononcée, la juridiction peut ordonner que la diffusion prévue au 9° du même article 131-39 soit opérée, pour une durée maximale de deux ans, par les services du ministre chargé du travail sur un site internet dédié, dans des conditions prévues par décret en Conseil d'Etat pris après avis de la Commission nationale de l'informatique et des libertés.

Article L8234-3 (LOI n°2011-672 du 16 juin 2011 – art. 88)

Le prononcé de la peine complémentaire de fermeture provisoire d'établissement mentionnée au 4° de l'article 131-39 du code pénal n'entraîne ni rupture, ni suspension du contrat de travail, ni aucun préjudice pécuniaire à l'encontre des salariés de l'établissement concerné.

Ressalta-se, ademais, a proibição do empréstimo ilícito de mão-de-obra como modalidade de *travail illégal*, assim considerado como “*Toute opération à but lucratif ayant pour objet exclusif le prêt de main-d’œuvre est interdite*”, previsto no *Article L8241-1*, modificado recentemente pela *Ordonnance n° 2015-380 du 2 avril 2015, art. 7*; são autorizadas, entretanto, os empréstimos com fins não lucrativos (*Article L8241-2*).<sup>18</sup>

O trabalho temporário encontra-se dentro das exceções de tal proibição,<sup>19</sup> sendo previsto no *Code du Travail, Article L1251-1* (Loi n° 2009-972 du 3 août 2009 – art. 21):

Le recours au travail temporaire a pour objet la mise à disposition temporaire d’un salarié par une entreprise de travail temporaire au bénéfice d’un client utilisateur pour l’exécution d’une mission. Chaque mission donne lieu à la conclusion: 1° D’un contrat de mise à disposition entre l’entreprise de travail temporaire et le client utilisateur, dit “entreprise utilisatrice”; 2° D’un contrat de travail, dit “contrat de mission”, entre le salarié temporaire et son employeur, l’entreprise de travail temporaire. Lorsque l’utilisateur est une personne morale

<sup>18</sup> Dentre os requisitos para que seja autorizado: “Article L8241-2 [...] Le prêt de main-d’œuvre à but non lucratif conclu entre entreprises requiert: 1° L’accord du salarié concerné; 2° Une convention de mise à disposition entre l’entreprise prêteuse et l’entreprise utilisatrice qui en définit la durée et mentionne l’identité et la qualification du salarié concerné, ainsi que le mode de détermination des salaires, des charges sociales et des frais professionnels qui seront facturés à l’entreprise utilisatrice par l’entreprise prêteuse; 3° Un avenant au contrat de travail, signé par le salarié, précisant le travail confié dans l’entreprise utilisatrice, les horaires et le lieu d’exécution du travail, ainsi que les caractéristiques particulières du poste de travail. A l’issue de sa mise à disposition, le salarié retrouve son poste de travail ou un poste équivalent dans l’entreprise prêteuse sans que l’évolution de sa carrière ou de sa rémunération ne soit affectée par la période de prêt. Les salariés mis à disposition ont accès aux installations et moyens de transport collectifs dont bénéficient les salariés de l’entreprise utilisatrice. Un salarié ne peut être sanctionné, licencié ou faire l’objet d’une mesure discriminatoire pour avoir refusé une proposition de mise à disposition. La mise à disposition ne peut affecter la protection dont jouit un salarié en vertu d’un mandat représentatif. Pendant la période de prêt de main-d’œuvre, le contrat de travail qui lie le salarié à l’entreprise prêteuse n’est ni rompu ni suspendu. Le salarié continue d’appartenir au personnel de l’entreprise prêteuse; il conserve le bénéfice de l’ensemble des dispositions conventionnelles dont il aurait bénéficié s’il avait exécuté son travail dans l’entreprise prêteuse. Le comité d’entreprise ou, à défaut, les délégués du personnel de l’entreprise prêteuse sont consultés préalablement à la mise en œuvre d’un prêt de main-d’œuvre et informés des différentes conventions signées. Le comité d’hygiène, de sécurité et des conditions de travail de l’entreprise prêteuse est informé lorsque le poste occupé dans l’entreprise utilisatrice par le salarié mis à disposition figure sur la liste de ceux présentant des risques particuliers pour la santé ou la sécurité des salariés mentionnée au second alinéa de l’article L. 4154-2. Le comité d’entreprise et le comité d’hygiène, de sécurité et des conditions de travail ou, à défaut, les délégués du personnel de l’entreprise utilisatrice sont informés et consultés préalablement à l’accueil de salariés mis à la disposition de celle-ci dans le cadre de prêts de main-d’œuvre. L’entreprise prêteuse et le salarié peuvent convenir que le prêt de main-d’œuvre est soumis à une période probatoire au cours de laquelle il peut y être mis fin à la demande de l’une des parties. Cette période probatoire est obligatoire lorsque le prêt de main-d’œuvre entraîne la modification d’un élément essentiel du contrat de travail. La cessation du prêt de main-d’œuvre à l’initiative de l’une des parties avant la fin de la période probatoire ne peut, sauf faute grave du salarié, constituer un motif de sanction ou de licenciement.”

<sup>19</sup> “Article L8241-1 – Toutefois, ces dispositions ne s’appliquent pas aux opérations réalisées dans le cadre: 1° Des dispositions du présent code relatives au travail temporaire, aux entreprises de travail à temps partagé et à l’exploitation d’une agence de mannequins lorsque celle-ci est exercée par une personne titulaire de la licence d’agence de mannequin; 2° Des dispositions de l’article L. 222-3 du code du sport relatives aux associations ou sociétés sportives; 3° Des dispositions des articles L. 2135-7 et L. 2135-8 du présent code relatives à la mise à disposition des salariés auprès des organisations syndicales ou des associations d’employeurs mentionnées à l’article L. 2231-1. Une opération de prêt de main-d’œuvre ne poursuit pas de but lucratif lorsque l’entreprise prêteuse ne facture à l’entreprise utilisatrice, pendant la mise à disposition, que les salaires versés au salarié, les charges sociales afférentes et les frais professionnels remboursés à l’intéressé au titre de la mise à disposition.”



de droit public, le présent chapitre s'applique, sous réserve des dispositions prévues à la section 6.

Desta forma, há sempre a possibilidade em França e, por conseguinte, um risco iminente dos contratos firmados para trabalho temporário serem tomados como trabalho ilícito ou *marchandage*, inclusive com a tipificação das condutas como ilícito penal:

Les juges veillent à ce que l'opération d'externalisation ne constitue pas un moyen, pour les chefs d'entreprise, de détourner les dispositions protectrices du droit du travail. Pour cela, ils procèdent à l'analyse des termes du contrat d'externalisation. Ce risque de requalification des contrats d'externalisation peut être limité, voire écarté en prenant le soin de rédiger les contrats au regard des principes dégagés par la jurisprudence.<sup>20</sup>

Dentre os critérios apontados pela jurisprudência francesa para enquadrar como espécie de externalização, no modelo terceirização, sem que incida nas proibições de trabalho ilícito ou *marchandage* estão (i) o objeto definido do contrato como sendo a execução de uma tarefa específica, tecnicamente especializada e previamente definida no momento da pactuação do contrato; (ii) a realização do trabalho sob controle exclusivo e submissão à autoridade hierárquica da empresa de trabalho temporário, ou seja, em situações tais como na definição das atividades, da fixação de horário; (iii) a remuneração pactuada com caráter forfetário, isto é, a contraprestação não pode ser pactuada em conformidade com o número de horas de trabalho. Enfim, a externalização não pode ser, em hipótese alguma, meio de afastar a aplicação e o reconhecimento de direitos trabalhistas, gerando prejuízo aos trabalhadores, nem os trabalhadores executarem suas tarefas para o mesmo cliente (tomador) com exclusividade durante anos, ou estarem submetido às mesmas regras de cumprimento de horário que os empregados da tomadora, ou ser o tomador de serviço aquele que fornece os instrumentos de trabalho e o material para execução das tarefas.

No Brasil, não somente não há uma proibição expressa da *marchandage*, nem do trabalho ilícito, bem como as sanções previstas para tomada de trabalho (modelo de cessão de mão de obra) fora dos limites previstos na legislação do trabalho temporário, acarretam apenas efeitos patrimoniais, enquanto nulidades não cominadas (tendência à ineficácia) ou infrações de natureza administrativa. Os efeitos são projetados como custos pelas empresas e, até mesmo não raras vezes, contingenciados, acarretando impacto de pouca importância. Sem esquecer, ainda, a possibilidade da incidência da prescrição, que liberaria as empresas intermediadora e tomadora do serviço de qualquer ônus decorrente do descumprimento da legislação ou da adoção de práticas de *marchandage*.

A lei do trabalho temporário, Lei 6.019, de 3 de janeiro de 1973, e seu Decreto 73.841, de 13 de março de 1974, foram medidas legislativas aprovadas nos marcos temporais da ditadura civil-militar brasileira, ao final do governo militar do General Emílio Garrastazu Médici, que instalou o mais duro e repressivo dentre os governos militares (“anos de chumbo”), pouco antes de assumir o poder o General Ernesto Geisel (15 de março de 1974). Se seguiu ao fim de um

<sup>20</sup> Disponível em [http://www.mascre-heguy.com/htm/fr/conseils/conseil\\_externalisation\\_risques\\_pret\\_main\\_oeuvre\\_marchandage.htm](http://www.mascre-heguy.com/htm/fr/conseils/conseil_externalisation_risques_pret_main_oeuvre_marchandage.htm) Acesso em 25ago2015

período conhecido no Brasil como “milagre econômico”, que durou de 1969 a 1973, quando o Produto Interno Bruto crescia na base de 12% ao ano e a inflação gravitava na ordem de 18%, com investimentos internos em infraestrutura que geraram um crescimento dos níveis de emprego e realização de obras grandiosas como a Transamazônica, Ponte Rio-Niterói, Itaipu, mediante investimentos realizados com empréstimos obtidos no exterior, que geraram uma dívida externa que as gerações futuras tiveram que arcar.

Escancarada, a ditadura firmou-se. A tortura foi o seu instrumento extremo de coerção e o extermínio, o último recurso da repressão política que o Ato Institucional nº 5 libertou das amarras da legalidade. A ditadura envergonhada foi substituída por um regime a um só tempo anárquico nos quartéis e violento nas prisões. Foram os “Anos de Chumbo”. [...]

Foi o mais duro período da mais duradoura das ditaduras nacionais. Ao mesmo tempo, foi a época das alegrias da Copa do Mundo de 1970, do aparecimento da TV a cores, das inéditas taxas de crescimento econômico e de um regime de pleno emprego. Foi o Milagre Brasileiro.

O Milagre Brasileiro e os Anos de Chumbo foram simultâneos. Ambos reais, coexistiram negando-se.<sup>21</sup>

O exemplo brasileiro que mais recentemente ultrapassa suas fronteiras geográficas, a ponto de ser apontado como paradigma para compreender o ocidente (brasileirização do ocidente)<sup>22</sup> marca as opções de tal política econômica no sentido de não distribuir renda, mesmo durante o período de desenvolvimento econômico. Crescimento econômico não levou, nem leva necessariamente à diminuição da desigualdade social; ao contrário, acirrou a concentração de renda das classes mais altas e, no caso, resultou de uma proposta do Ministro Delfim Neto que se disseminou e ganhou notoriedade, para quem seria preciso primeiro deixar o “bolo crescer” para depois reparti-lo.

O trabalho temporário se situa mais próximo como expressão dos Anos de Chumbo do que do Milagre Econômico. Constitui um marco de mudança na história do Direito do Trabalho de um Brasil solapado pela agruras da crise mundial do petróleo de 1973 e coincidente com demandas por mudanças flexibilizantes em decorrência da reestruturação produtiva, que passa *pari passu*, em grandes empresas, a adotar o modelo da acumulação flexível, toyotismo ou onismo.

A crise do petróleo decorreu da decisão dos países integrantes da Organização dos Países Exportadores de Petróleo (OPEP) de aumentar o preço do petróleo a partir de outubro de 1973 (neste ano o aumento do preço do barril de petróleo produzido no Golfo Pérsico subiu em torno de 400%) e adotar um embargo pelos países árabes às exportações para o Ocidente, sobretudo durante a guerra árabe-israelense, o que acarretou a necessidade de maior dispêndio em capital constante, não gerador de mais-valia, diminuindo a margem de lucro para manter em atividade a organização produtiva.<sup>23</sup> Na ordem mundial, em decorrência de períodos econômicos de es-

<sup>21</sup> GASPARI, Elio. *A ditadura escancarada*. São Paulo: Companhia das Letras, 2002. p. 13.

<sup>22</sup> BECK, Ulrich. *Un nuevo mundo feliz: la precariedad del trabajo en la era de la globalizacion*. Barcelona: Paidós, 2000.

<sup>23</sup> Ver RAMOS, Alexandre. *Contrato temporário de trabalho: combate ao desemprego ou redução do custo da força*

tagflação, a ideologia neoliberal ganha espaço para implementação, dentre outros, nos governos de Margareth Thatcher, em 1979, na Inglaterra; e Ronald Reagan, em 1980, nos Estados Unidos da América. Tudo conspira a favor da plena recepção da lei do trabalho temporário e uma interpretação comprometida com o capital.

Excepcionalmente se admitiu no Brasil a locação de mão de obra temporária pela Lei 6.019/73, segundo a doutrina da época, como um imperativo do desenvolvimento industrial, em face da necessidade de redução de custos, ou diante da emergência de pessoal por curta duração de tempo:

[...] e o nosso ordenamento jurídico trabalhista se enriqueceu com um diploma iniludivelmente de figurino francês.<sup>24</sup>

Não há quem possa duvidar que a mão de obra, com a intervenção de terceiro – seja empresa de trabalho temporário, seja a sua similar, a fornecedora comum de serviços – fica mais cara, bem mais cara, devemos insistir.

Pode ser que se diga que fica mais cara apenas individualmente, tomando-se por base o preço do homem-hora-produção, mas que, evitando-se toda a série de operações técnico-administrativas que exige um quadro de pessoal ampliado, há ainda uma razoável diminuição de despesa, capaz de, a final, compensar e reduzir o **custo direto e indireto da mão de obra**.<sup>25</sup> (g.n.)

O Direito do Trabalho perdeu o seu espaço de protagonismo, passando desde então a ser mero sustentáculo jurídico das demandas econômicas por uma racionalidade econômica efficientista. Cedeu diante das pressões do capital, comprovado pelos sentidos produzidos de seus dispositivos.

19

Por todos, já argumentavam, então,

Justamente porque a exploração de mão-de-obra alheia, em princípio, configura atividade ilícita, é que a Lei 6.019/74 precisou ser promulgada, para reconhecer ou permitir, excepcionalmente, a locação de trabalho temporário, a fim de se atender a **necessidades transitórias que justificam a exceção**.<sup>26</sup> (g.n.)

A nova Lei do Trabalho Temporário, embora também de índole econômica, veio abrir um novo mercado para a mão de obra ociosa ou dos que têm tempo disponível, excedente do já ocupado com emprego permanente, propiciando uma fonte de receita complementar; ou utilizando o homem-hora ou o homem-dia desempregado que encontra dificuldade em obter serviço contínuo e de mais prolongada duração.

[...] foi realmente providencial a Lei n. 6.019, pois **o ônus do vínculo empregatício permanente sempre assustou as empresas**, que, de resto, também se

---

de trabalho? São Paulo: LTr, 1999. p. 40.

<sup>24</sup> ALMEIDA, Isis de. *O regime de trabalho temporário*. São Paulo: Saraiva, 1977. p. 13.

<sup>25</sup> ALMEIDA, Isis de. *O regime de trabalho temporário*. São Paulo: Saraiva, 1977. p. 10.

<sup>26</sup> LOPES, Ildeu Leonardo. Trabalho temporário. *Revista LTr*, São Paulo, an. 39, jan.75. p. 285.

preocupam legitimamente com a incidência de **despesas ociosas relativas a pessoal de reserva ou de utilização reduzida**.<sup>27</sup> (g.n.)

Trata-se de **atividade que se tornou necessária com o grande desenvolvimento industrial e comercial** e que vem atender às conveniências não só de um enorme contingente de trabalhadores, que não podem ou não se interessam por uma vinculação permanente, como aos interesses das empresas tomadoras ou clientes, que encontram, assim, pessoal especializado, já selecionado e submetido a treinamento pela empresa de trabalho temporário, para prestar-lhes bons serviços naquelas emergências, em que precisam de pessoal temporário, já em condições de substituir pessoal efetivo, ou de complementar a mão de obra permanente.<sup>28</sup> (g.n.)

[...] resulta da **complexidade da vida econômica em que empresas de grande ou médio porte**, por decorrência das próprias necessidades ou por acúmulo de obrigações fiscais de incidência periódica, **atravessam momentos em que têm acrescidos seus serviços ou atividades, passando a exigir sobre-esforço de trabalho que não pode ser atendido pelo pessoal próprio**.<sup>29</sup> (g.n.)

Como **alternativa à inflação de seu quadro** pela contratação de novos empregados, o que demandaria providências de recrutamento, seleção e adaptação, valem-se as empresas, para atender aqueles momentos de pico 'excepcionais em amplitude, mas limitados em duração', de firmas especialistas em fornecer mão de obra já qualificada.<sup>30</sup> (g.n.)

[...] sobreleva na decisão dos empregadores, o **propósito de baratear a mão-de-obra paralela, pois que não se contamina dos direitos adquiridos pelos demais empregados da empresa**, sob o fundamento, difícil de elidir, de que os encargos referentes devem ser arcados pelas fornecedoras de mão de obra às quais os adventícios se vinculam por liame empregatício.<sup>31</sup> (g.n.)

O caráter paradigmático da lei do trabalho temporário reside, a princípio, na assunção da postura de refém do Direito do Trabalho diante do poderio econômico e das forças políticas, que acabam por impor uma pauta nos marcos regulatórios a serviço e no interesse exclusivo do capital. Não que o próprio Direito do Trabalho não seja a juridicização do sistema econômico capitalista e, no desempenho de suas inúmeras funções, se encontre inclusive a chancela pelo direito da extração da mais-valia. Afinal, esse específico Direito do Trabalho é o Direito Capitalista do Trabalho.

Mas aqui, para além do reconhecimento jurídico expresso ou desumido do poder diretivo em sentido lato do capital e da extração da mais-valia, nas ponderações da doutrina trabalhista relatada, é possível também dar-se conta da aceitação do discurso do capital e sua disseminação como um imperativo no Direito do Trabalho. Constam dos textos dos doutrinadores juslaboralistas no período pesquisado que a intermediação diz respeito a: custo direto e indireto da mão-de-obra; necessidades transitórias que justificam a exceção; necessidades

<sup>27</sup> ALMEIDA, Isis de. *O regime de trabalho temporário*. São Paulo: Saraiva, 1977. p. 6.

<sup>28</sup> LOPES, Ildeu Leonardo. Trabalho temporário. *Revista LTr*, São Paulo, an. 39, jan.75. p. 283.

<sup>29</sup> LEITE, Júlio Cesar do Prado. Trabalho temporário. *Revista LTr*, São Paulo, an. 40, jul.76. p. 875.

<sup>30</sup> LEITE, Júlio Cesar do Prado. Trabalho temporário. *Revista LTr*, São Paulo, an. 40, jul.76. p. 875.

<sup>31</sup> LEITE, Júlio Cesar do Prado. Trabalho temporário. *Revista LTr*, São Paulo, an. 40, jul.76. p. 877.

transitórias que justificam a exceção; despesas ociosas relativas a pessoal de reserva ou de utilização reduzida; atividade que se tornou necessária com o grande desenvolvimento industrial e comercial; complexidade da vida econômica em que empresas de grande ou médio porte [...] atravessam momentos em que têm acrescidos seus serviços ou atividades, passando a exigir sobre-esforço de trabalho que não pode ser atendido pelo pessoal próprio; alternativa à inflação de seu quadro; propósito de baratear a mão-e-obra paralela, pois que não se contamina dos direitos adquiridos pelos demais empregados da empresa.

O trabalho temporário, então, inaugura um processo hermenêutico mais sensível aos interesses do capital. De toda , é interessante perceber que, jungido pelo pensamento protecionista, algumas interpretações da nova lei se mantiveram inicialmente após sua edição dentro de espaços de tutela ampliada do Direito do Trabalho, o que somente foi subvertido com o fluir do tempo. Nessa esteira, Messias Pereira Donato, embora não expressamente, posiciona-se no sentido de que o contrato de trabalho temporário seria uma espécie de contrato de trabalho (contrato de trabalho com empresa de trabalho temporário) e não outro distinto contrato inaugurado:

Além de prescrever que lhe cabe contratar a remunerar, a lei nacional aduz incumbir-lhe [a empresa de trabalho temporário] assistir o trabalhador. Na verdade, essa obrigação é ínsia ao contrato de trabalho, por força do princípio de proteção do empregado.<sup>32</sup>

Posição assente, atualmente, no sentido de que, não se tratando propriamente de um contrato de trabalho especial, mas de outro distinto contrato – contrato de trabalho temporário – não alberga princípios e regras tutelares destinadas a empregados regidos pela Consolidação das Leis do Trabalho, incidindo na criação de uma “subcategoria”.

21

Quebrou-se igualmente conceitos basilares, dentre os quais o da própria empresa, tomada pelos consolidadores como o sujeito da contratualidade no art. 2º, da Consolidação das Leis do Trabalho, na expressão de um ente não personificado que assume os riscos da atividade. Empresa é organização de capital e trabalho; é organização dos fatores de produção e, dentre eles, matéria-prima, tecnologia, trabalho. Empresa não é a revelação exclusiva e única do capital produtivo. Como conceber, portanto, uma empresa sem um dos elementos da produção, fator trabalho, sem força de trabalho como um dos seus elementos constitutivos? A resposta foi a chancela da afastabilidade do trabalho e a não assunção de responsabilidades quanto aos riscos do negócio, o que se compraz com os interesses e valores do capital, ou seja, o reconhecimento em última instância da *marchandage*, na medida em que não há produção, senão “venda” de mão de obra como operação econômica lucrativa.

A busca por trabalhadores é ato contínuo e realizada exclusivamente para atendimento de demandas já existentes de tomadores de serviços identificados e não de tomadores eventuais que se apresentem em busca dessa mão-de-obra já vinculada à intermediadora. Empresa intermediadora sem trabalhador e sem risco, eis o resultado do processo hermenêutico dos dispositivos legais. Poderia e deveria, entretanto, ser diferente.

---

<sup>32</sup> DONATO, Messias Pereira. Trabalho temporário no direito comparado. *Revista LTr*, São Paulo, an. 40, jul.76. p. 1.376.

Neste sentido, em janeiro de 1974, ao se questionar sobre a viabilidade de uma *hole Company*, concluiu Paulo Emílio Ribeiro de Vilhena, que os empregados (trabalhadores temporários), embora se desloquem constantemente de uma empresa tomadora de serviço para outra, cujas necessidades de mão de obra especializada mantêm-se temporárias, se fixam na empresa intermediadora com a qual estabelecem um vínculo jurídico de emprego (contrato de trabalho), pois não há empresa sem trabalho, e trabalho para os fins da empresa intermediadora de mão-de-obra não é uma eventualidade, mas uma necessidade permanente:

O que sucede, porém, é que as empresas, locadoras, as que fornecem o pessoal temporário, devem ter à mão, no momento necessário e oportuno, o prestador procurado e solicitado e, para isso, devem elas de gozar da **disponibilidade** emergente dessa mão de obra, que indicam para a empresa-cliente ou para ela destaquem a fim de prestar serviços.

Se não gozarem as empresas de trabalho temporário dessa disponibilidade de pessoal, elas certamente falharão em seus objetivos econômicos ou de mercado e não cumprirão seus fins. Deixarão a descoberto a empresa-cliente, no momento crucial da procura.

[...]

Para que se sustenha a segurança do negócio entre empresas fornecedoras e empresa cliente é indispensável, portanto, a garantia da pronta apresentação do trabalhador (qualificado ou não), que se inserirá nos quadros desta.

A circunstância de esse trabalhador passar momentos, dias, desligado da efetiva prestação de serviços não importa, pois a rede da necessidade econômica que passa a integrar, com ser recrutado e inscrito na sociedade fornecedora, cria-lhe permanente expectativa de chamada e o obriga a colocar a sua força-trabalho sempre à disposição desta sociedade.<sup>33</sup>

Mas não foi suficiente a abertura para uma externalização de mão de obra temporária. Em menos de dois anos, após a vigência da lei que criou o trabalho temporário no âmbito das empresas urbanas, já se apontava a necessidade de sua alteração e, dentre outros aspectos, por conta da redação do art. 2º, que “[...] impõe a obrigatoriedade de contratação desse tipo de mão de obra através de organizações especializadas”.<sup>34</sup>

Inúmeras eram as razões apontadas, mesmo dentre os que sustentavam a lei do trabalho temporário, porquanto se tratava de uma excepcionalidade, dada a especialização e o seu caráter transitório, para apontar de forma unânime a rejeição da “locação de mão-de-obra permanente”, embora já na década 70 do século passado indicada como de uso extensivo. Meio século mais tarde, as mesmas críticas são reproduzidas para apontar a inviabilidade da adoção de uma regulamentação jurídica da terceirização.

Dentre os fundamentos estaria em primeiro plano a burla ao espírito protecionista da lei do trabalho:

<sup>33</sup> VILHENA, Paulo Emílio Ribeiro. Trabalho temporário: natureza jurídica e equacionamento. *Revista LTr*, an.38, São Paulo, jan.74. p. 908-909.

<sup>34</sup> LEITE, Júlio Cesar do Prado. Trabalho temporário. *Revista LTr*, São Paulo, an. 40, jul.76. p. 875.

[...] de larga aplicação entre nós, tocando inclusive a grandes empresas estatais que do sistema fizeram ou fazem extenso uso, parecem-nos, a despeito das empresas locadoras assegurarem aparentemente aos empregados todos os direitos garantidos na legislação trabalhista e previdenciária, **violar a sistemática jurídica de proteção do trabalho porque permitem, por via oblíqua, a quebra do princípio da isonomia**, ensejando que trabalhadores operando, lado a lado, na mesma ocupação e com o mesmo objetivo, recebam salários desiguais, sob pretextos de se vincularem a diversos empregadores.<sup>35</sup> (g.n.).

Apesar de não termos norma idêntica [proibição de *marchandage*] à que existe no Direito Francês, e em que pese a benevolente orientação da jurisprudência desse País, parece-nos que **a locação de mão de obra permanente é atividade implicitamente proibida pelo nosso Direito**, por contravir o sistema protecionista do Direito do Trabalho, propiciando fraude e frustração de direitos que este ramo da Ciência Jurídica assegura, ou tem em vista assegurar aos empregados.<sup>36</sup> (g.n.).

Ainda como obstáculo apontado, encontra-se a perturbação à organização sindical, pela restrição ao exercício pleno do direito sindical, bem ante a impossibilidade de fruição de benefícios assegurados aos empregados da categoria profissional da empresa tomadora de serviço pelos trabalhadores da intermediadora:

[...] frustração do importante **direito de associação sindical**, isto porque, devendo a empresa locadora de trabalho permanente possuir um corpo de pessoal diversificado e, além disso, disperso em vários setores de produção, teria empregados cujas aspirações, interesses e problemas não seriam comuns, o que lhes retiraria as condições naturais de associação, para 'estudo, defesa e coordenação dos seus interesses' (art. 511, da CLT).<sup>37</sup> (g.n.).

23

Do mesmo modo, a meta constitucional, vigente à época do direito do trabalhador à integração na empresa, era referido como elemento impeditivo para a aceitação da locação de mão-de-obra:

[...] '**a integração na vida e no desenvolvimento da empresa**, com participação nos lucros e, excepcionalmente, na gestão, segundo o que for estabelecido em lei' (art. 165, inciso V, da Constituição Federal). Ora, como conseguir-se esta integração, se a empresa a quem o empregado estaria vinculado de fato não é a mesma a que estaria juridicamente vinculado? [...] se o empregado está juridicamente vinculado a uma empresa e presta serviços a outra. Não poderia ele integrar-se na vida e no desenvolvimento desta, porque não é seu empregado, nem poderia integrar-se a outra, porque dela se acha materialmente afastado.<sup>38</sup> (g.n.).

Não se pode olvidar do direito de acesso, igualmente elencado, dentre os motivos pelos quais se há de afastar qualquer medida legislativa regulatória da locação de mão de obra definitiva:

<sup>35</sup> LEITE, Júlio Cesar do Prado. Trabalho temporário. *Revista LTr*, São Paulo, an. 40, jul.76. p. 876.

<sup>36</sup> LOPES, Ildeu Leonardo. Trabalho temporário. *Revista LTr*, São Paulo, an. 39, jan.75. p. 284.

<sup>37</sup> LOPES, Ildeu Leonardo. Trabalho temporário. *Revista LTr*, São Paulo, an. 39, jan.75. p. 284.

<sup>38</sup> LOPES, Ildeu Leonardo. Trabalho temporário. *Revista LTr*, São Paulo, an. 39, jan.75. p. 284.

Frequentemente, o empregado se inicia em uma empresa em cargos ou funções de menor importância, mas, à custa de seu esforço, de seu talento, de sua dedicação, vai galgando postos mais elevados. Não se trata propriamente de um direito, como o é no Direito Mexicano (**direito de acesso**), embora também entre nós possa a oportunidade da promoção constituir um direito, caso haja na empresa quadro de carreira aprovado pelo Ministério do Trabalho (art. 358, b, 461, parágrafo 2, da CLT; e Súmula 6, do TST). Todavia, mesmo não sendo um direito, é uma justa aspiração que o estimula para a luta e o dignifica. Teria o empregado estas mesmas condições, ou oportunidades de progresso, se prestasse serviço a um empresário e fosse empregado de outro? Aquele que teria condições de observar os seus méritos não seria o mesmo que teria poderes para promovê-lo.<sup>39</sup> (g.n.).

Enfim, por derradeiro, o argumento inafastável, comprovado pela concretude do cotidiano das lides trabalhistas, a insolvência do devedor.

Outra razão: poderia a **empresa locadora não dispor de patrimônio suficiente** para responder pelos direitos do grande número de empregados que poderia ter, espalhados por diversas empresas locatárias, pelo que estaria diminuída a garantia deles, com seu liame com a empresa locadora e não com a locatária.<sup>40</sup> (g.n.).

Nos últimos quarenta anos, o que se produziu, praticamente à margem das medidas legislativas (com exceção da contratação de serviços de vigilância pela Lei nº 7.102, de 20/6/1983), foram Enunciados de Súmula do Tribunal Superior do Trabalho (256 e, em substituição, o 331) que tomam a realidade da externalização e da fragmentação das relações jurídicas como consumada e um imperativo da “modernização”. Mas, repisa-se, poderia e pode ser diferente.

Ocorre que, em 2012, o CEO da General Motors, nos Estados Unidos da América, decidiu incorporar 90% dos seus trabalhadores de TI ao longo de três anos, ou seja, em torno de 10.000 pessoas passariam a ser contratados diretamente. O processo, conhecido pela expressão *insourcing*, vem justificado exatamente pelos interesses do capital; nenhuma palavra em torno dos direitos assegurados ou interesses do trabalho: “*Extensive outsourcing can inhibit the ability of IT to contribute to the performance of a large company, as it places the IT function at a distance from decision-makers. ‘Bringing those jobs back inside GM means they can control the quality of the people and put them where they want them’ Parkinson said in an interview with ThomasNet News.*”<sup>41</sup>

Os mesmos argumentos de flexibilidade foram empregados para justificar, por Randy Mott, a decisão da GM: “*Mott said the reason for insourcing was to give GM the resources, tools and flexibility it needs to provide **better services and products to its global customers***”.<sup>42</sup> (g.n.)

<sup>39</sup> LOPES, Ildeu Leonardo. Trabalho temporário. *Revista LTr*, São Paulo, an. 39, jan.75. p. 285.

<sup>40</sup> LOPES, Ildeu Leonardo. Trabalho temporário. *Revista LTr*, São Paulo, an. 39, jan.75. p. 285.

<sup>41</sup> Disponível em <http://www.engineering.com/Blogs/tabid/3207/ArticleID/7469/GM-Pursues-IT-Insourcing-for-Better-Alignment-and-Economics.aspx> Acesso em 25ago2015.

<sup>42</sup> Disponível em <http://www.computerweekly.com/news/2240169433/Could-GMs-decision-to-insource-IT-start-a-trend> Acesso em 25ago2015



É inclusive interessante notar as cinco razões apontadas pela GM<sup>43</sup> para que o processo de *insourcing* adotado fosse considerado mais vantajoso – efetivo – do que o *outsourcing* em TI: (i) elimina inúmeros aplicativos redundantes, estimado em torno de 4.000 no mundo; (ii) torna mais ágil e rápida a tomada de decisões e o desenvolvimento de produtos, incrementando a inovação: “*The companies that win are going to figure out how to do more, how to do it faster and how to be more responsive so the business can change and be imaginative in the marketplace*”; (iii) aumenta o conhecimento da indústria automotiva, empoderando os trabalhadores para desenvolver inovação em TI para melhoria do desenvolvimento de veículos: “*They are going to be most effective in doing their jobs if they understand how these things fit together*”; (iv) centraliza os *data centers*, porquanto a GM tem capacidade financeira de arcar com os custos de investimento em desenvolvimento de sistemas de TI, enquanto pequenas empresas não; e, finalmente, (v) a companhia busca e poderá encontrar nos Estados Unidos da América, mais precisamente no estado de Michigan, trabalhadores qualificados: “*I feel very bullish obviously that I can find the talent – both at productivity and an efficiency level.*”

United Airlines, para não ficar apenas no exemplo da GM, anunciou em janeiro de 2015 que, após conversa com organizações sindicais, está considerando um processo de *insourcing* em nove grandes aeroportos.<sup>44</sup> Na Grã-Bretanha, no ano passado, o RSA Insurance Group trouxe de volta para o Reino Unido os seus *Call Centers*; no mesmo caminho, seguiram a British Telecom, Santander UK. Em uma tentativa de capturar a cumplicidade dos consumidores, bem como contribuir para a economia do país, empresas como Starbucks, Google, Caterpillar, General Electric, Ford estão adotando processos de *insourcing* ou *reshoring*. O Wall Street Journal anunciou que uma pesquisa conduzida pelo professor David Simchi-Levi, do Massachusetts Institute of Technology, aponta que 14% das 108 maiores indústrias norte-americanas pretendem retomar para o país parte da sua capacidade produtiva.<sup>45</sup>

25

Não por outro motivo é preciso manter um nível crítico de consciência no sentido de que não há nenhuma razão assentada em marcos civilizatórios ou representativos de economia desenvolvida que possa sustentar uma política legislativa em prol do esfacelamento dos direitos dos trabalhadores. Não há qualquer emergência econômica ou uma inafastabilidade decorrente de organização produtiva que imponha processos de externalização ou terceirização. E, em se tratando de capitalismo, a

[...] insaciabilidad que caracteriza al proceso del capital, convirtiendo perpetuamente el dinero en mercancías y las mercancías en dinero. No existe un paralelo igual a éste en otras manifestaciones del poder. La megalomanía y el narcisismo son elementos causales en todos los sistemas, pero en ninguno está el alcance normal del poder tan desnudamente desligado del propósito.<sup>46</sup>

<sup>43</sup> Disponível em <http://archive.freep.com/article/20120713/BUSINESS0101/120713078/GM-General-Motors-insourcing> Acesso em 25ago2015

<sup>44</sup> Disponível em <http://www.usatoday.com/story/todayinthesky/2015/01/14/united-airlines-says-it-will-in-source-airport-jobs-too/21776491/> Acesso em 25ago2015

<sup>45</sup> Disponível em <http://www.dailyfinance.com/2012/07/20/jobs-insourcing-gets-another-boost-from-starbucks/> Acesso em 25ago2015

<sup>46</sup> HEILBRONER, Robert L. *Natureza y logica del capitalismo*. Ciudad de Mexico: Siglo Veintiuno, 1989. p. 47-48.

Em síntese, os marcos regulatórios são sempre ações políticas, historicamente determinadas, resultado de interesses em jogo, opções temporalmente determinadas que pautam as decisões governamentais. E são as razões contra as quais devemos lutar, para preservar espaços de justiça social e dignidade da pessoa trabalhadora, quer diante de mudanças legislativas, quer diante de processos hermenêuticos contrapostos ao compromisso com a tutela do trabalho.

Para terminar, poder-se-ia argumentar que a precariedade é condição da realidade, afinal se as leis no Brasil não são cumpridas, para que teríamos leis? Para pautar condutas em sociedade, organizar poderes, assegurar direitos, na resposta às lutas pelo reconhecimento, para canalizar anseios, barrar a violência real. Sempre vale a pena a lembrança das palavras de Contardo Calligaris, aqui indicadas como advertência para os que desconsideram a questão social e apostam na precariedade do mercado de trabalho. A necessidade não elimina as referências morais de uma pessoa, mas o desejo sim, assim como o sentimento de exclusão: “Se acho que não faço parte da sociedade em que vivo [pois sou excluído ou não incluível], não tenho por que respeitar suas normas e leis. Isso vale para quem é esquecido na extrema miséria [...] e também para o privilegiado que se considera acima da sociedade na qual vive. Em ambos os casos [capital e trabalho], a sensação de não pertencer liberta o “excluído” da obrigação de respeitar normas e leis.”<sup>47</sup>

Pode ser diferente.

---

<sup>47</sup> CALLIGARIS, Contardo. Desejo e Necessidade. *Jornal Folha de São Paulo*. Caderno Ilustrada. 25mai2015. Disponível em <http://www1.folha.uol.com.br/colunas/contardocalligaris/2015/05/1631415-desejo-e-necessidade.shtml> Acesso em 25ago2015.