

# A AÇÃO COMUNICATIVA COMO ELEMENTO CENTRAL DE FORMAÇÃO DA NORMA CONSTITUCIONAL E O PROBLEMA DA TERCEIRIZAÇÃO NO BRASIL

RAFAEL DA SILVA MARQUES\*

SUMÁRIO: 1 Introdução; 2 Conceito de relação de emprego na Constituição de 1988; 3 A ação comunicativa como elemento central de formação da norma constitucional e o problema da terceirização no Brasil; 4 Conclusão; Referências.

## 1 INTRODUÇÃO

Com a recente discussão a respeito do PL 4330/04<sup>1</sup> e com a grande possibilidade de que ele seja realmente aprovado pelo congresso nacional, começou-se a ouvir algumas vozes que defendem a sua inconstitucionalidade<sup>2</sup>. Mas será que a lei que prevê a terceirização, em especial da atividade-fim de uma empresa é, de fato, inconstitucional?

O objetivo deste texto é analisar a constitucionalidade ou não de uma lei que preveja a terceirização, sem deixar de lado a “terceirização” como conceito e como prática reiterada pelas empresas e poder público.

Começa-se, contudo, e isso é central, lançando uma presunção: a de que o *processo de formação da norma constitucional é comunicativo*, onde impera a *ação comunicativa*<sup>3</sup>. Os argumentos, lançados pelos constituintes sem qualquer vício, serviram para calorosos debates por dois anos, prevalecendo o texto atualmente posto. Essa presunção, para este artigo, é absoluta. Antes, contudo, será analisada a questão conceitual. O conceito de relação de emprego, incorporado pela Constituição Federal de 1988, diz respeito à relação prestador e tomador de trabalho, nos exatos termos dos

---

\* Juiz do Trabalho. Mestre e Doutor em Direito. Agradeço por demais as contribuições do professor Dr. Janriê Rodrigues Reck.

<sup>1</sup> [http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=246979](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=246979). Acesso em: 18 maio 2015, às 17h44min.

<sup>2</sup> <http://cartamaior.com.br/?Editoria/Politica/-Terceirizar-atividade-finalistica-e-inconstitucional-e-atinge-direitos-fundamentais-/4/33268>. Acesso em: 14 abr. 2015, às 17h49min.

<sup>3</sup> O agir comunicativo consiste na ação direcionada ao entendimento, onde pelos menos dois sujeitos agem de forma coordenada ou mesmo superam esta coordenação, pelo diálogo, reconhecendo, um frente ao outro, as pretensões de validade deste discurso, afastando-se do cálculo centrado em si, para compartilhar os planos de ação do outro. (HABERMAS, 1987).

artigos 2º e 3º da CLT, ou pode ser ampliado ao ponto de permitir contratos triangulares de trabalho?

Partindo-se da premissa de que o processo constitucional de formação da norma jurídica é comunicativo, que evidentemente pode ser refutada em razão dos agentes reais de poder, é que se inicia a análise da terceirização de serviços no Brasil. Apenas acrescenta-se que a presunção de que o processo de formação da norma constitucional é comunicativo justifica-se pela necessidade de se fazer aplicar no mundo prático o conceito de Constituição como conquista e não como forma de dominação.

Dito isso, é interessante destacar que dentro do processo comunicativo de formação da norma constitucional gestou-se o que consta no artigo 7º da Constituição brasileira de 1988.

E é este mesmo artigo 7º da CF/88, que além de garantir a melhoria da condição social dos trabalhadores, consagra, como regra, a relação de emprego<sup>4</sup>. Permitir a relação de emprego é autorizar a ação estratégica/instrumental. A regra de formação da Constituição é comunicativa. Pode ela, pois que fruto do entendimento (comunicativo), entretanto, autorizar a ação instrumental/estratégica? Pode o Congresso Nacional, por lei ordinária, mudar conceito (relação de emprego) fruto do poder constituinte originário sem a devida legitimação democrática?

O propósito deste texto é resolver o problema das normas que consagram a utilização do outro como meio. Utiliza-se, para isso, um tema da moda: a terceirização. Se o processo comunicativo de formação da Constituição garante ou deixa um espaço à ação estratégica/instrumental, esta forma de ação, que não é compatível com o Estado Democrático de Direito<sup>5</sup>, deve ser lida e aplicada tendo por base o processo de formação da norma que a criou, processo comunicativo, ação comunicativa. E é somente se lida de forma comunicativa (princípios comunicativos) é que pode ser aplicada. Do contrário, haveria inconstitucionalidade.

É difícil justificar este entendimento. Utiliza-se além dos conceitos habermasianos de ação comunicativa e estratégica/instrumental (limites deste texto leiam-se como sinônimos), inclusão do outro, bem como dos estudos de dialética, história e hermenêutica de Stein. Ainda, faz parte deste estudo, uma tentativa, ainda que descompromissada, de se casar a teoria habermasiana e marxista (procedimental e materialista).

---

<sup>4</sup> Art. 7º - São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: I - relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos de lei complementar, que preverá indenização compensatória, dentre outros direitos; (...) (destaca-se).

<sup>5</sup> Art. 1º - A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: (...) (destaca-se).

## 2 CONCEITO DE RELAÇÃO DE EMPREGO NA CONSTITUIÇÃO DE 1988

Preceitua o artigo 7º, I, da Constituição brasileira de 1988 que:

“são direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria da sua condição social: I – relação de emprego [...]”. Discute-se muito no Brasil a respeito da concretização da segunda parte do 7º, I, da Constituição (garantia contra a despedida arbitrária ou sem justa causa)<sup>6</sup>. Não se busca, entretanto, uma real análise do conteúdo da primeira parte do dito inciso do artigo 7º.”

Ora, se são direitos dos trabalhadores urbanos e rurais a relação de emprego, norma constitucional esta cogente<sup>7</sup>, não se pode permitir haja trabalho por conta alheia através de intermediação de mão de obra, conhecida como terceirização.

A norma constitucional deve ser interpretada sempre tendo por base o Estado Democrático de Direito<sup>8</sup>, o princípio da dignidade humana e os direitos fundamentais. Segundo Clemerson Clève, existem duas formas de se interpretar os preceitos constitucionais. A primeira, indiferente e não-sensível aos instrumentos que vieram para transformar a nova ordem constitucional se chama *dogmática da razão do Estado*. A segunda, que busca estudar o direito constitucional tendo por norte a dignidade humana é conhecida como *dogmática constitucional emancipatória* (CLEVE, 2006, p. 28-29).

Se a norma constitucional garante a relação de emprego e o faz em razão da existência da livre iniciativa, artigo 1º, IV, da Constituição<sup>9</sup>, e a coloca como direito dos trabalhadores, somente podendo ser criados novos direitos que visem à *melhoria da condição social destes*, não pode existir

---

<sup>6</sup> Art. 7º (...): I - relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos de lei complementar, que preverá indenização compensatória, dentre outros direitos;

<sup>7</sup> “Las normas se clasifican también en ‘imperativas’ y ‘dispositivas’, que se llaman asimismo, respectivamente ‘de Derecho necesario’ y ‘voluntario’, y la diferencia entre unas y otras consiste en que las normas de Derecho necesario no se pueden eliminar o sustituir por la voluntad del sujeto, y las de Derecho voluntario si. En otras palabras: no toda norma obliga de igual modo. Unas imperan determinada conducta activa o pasiva (mandatos o prohibiciones) sin dejar lugar a la autorregulación del sujeto y se llaman imperativas, de ‘ius cogens’ o Derecho necesario, como las que el Cc. señalan plazos de caducidad o prohíben el contrato sucesorio; mientras otras rigen a falta de esa autorregulación y se llaman de Derecho dispositivo o voluntario, porque pueden ser sustituidas o eliminadas por el arbitrio individual [...]” (LACRUZ BARDEJO, *et al.*, 2002, p. 112-113).

<sup>8</sup> “O Estado Democrático de Direito tem um conteúdo transformador da realidade, não se restringindo, como o Estado Social de Direito, a uma adaptação *melhorada* das condições sociais de existência. Assim, seu conteúdo ultrapassa ao aspecto material de concretização de uma vida digna ao homem e passa a agir simbolicamente como fomentador da participação pública quando o *democrático qualifica o Estado, que irradia os valores da democracia sobre todos os seus elementos constitutivos e, pois, também sobre a ordem jurídica*. E mais, a idéia de democracia contém e implica, necessariamente, a questão da solução do problema das condições materiais de existência” (STRECK, 2004, p. 93).

<sup>9</sup> Art. 1º - A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...]; IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; [...]

relação de trabalho por conta alheia que não seja de forma direta para com aquele que toma os serviços.

Isso ocorre porque o espaço no qual a lei permite que uma pessoa se utilize de outra como meio é a relação de emprego<sup>10</sup>. E se assim é, este conceito deve ser interpretado de forma restrita. Não se pode fazer com que uma norma que autorize a acumulação da “*mais valia*” nas mãos de um ou uns, seja de aplicação ampla e irrestrita, em detrimento daqueles que sofrem a exploração e que, ainda assim, geram esta riqueza.

Há a autorização sim para a ação estratégica/instrumental<sup>11</sup>, mas regulada pela norma constitucional, que se estrutura sobre o Estado Democrático de Direito, direitos fundamentais e dignidade humana.

Ainda, os seres racionais não podem ser utilizados apenas como meio para que outros cheguem aos fins a que se propõem. Habermas ensina que o agir comunicativo é a regra, pois faz com que o outro seja um fim em si mesmo e não apenas um meio<sup>12</sup>.

Trabalhando o ser humano de forma alienada, alienando sua própria existência a seu empregador, alienação esta com a permissão da Constituição, não se pode entender que a interpretação do artigo 7º, I, primeira parte, da Constituição brasileira de 1988 não seja senão em proveito daquele que se aliena.

Ainda mais quando a norma preceitua que são direitos dos trabalhadores além dos que constam no corpo do artigo 7º da Carta, outros que *visem à melhoria da sua condição social*. Ora, o trabalho terceirizado não gera melhoria na condição social dos trabalhadores. Como aceitar, com base no ordenamento jurídico brasileiro, a contratação por interposta pessoa? Esta forma de contratação melhora a condição social de quem? Dos trabalhadores ou apenas dos tomadores?

De outro lado, é bom referir que a Constituição brasileira não aponta exceção à relação de emprego como regra no caso de trabalho por conta alheia. Não autoriza, portanto, a terceirização, isso porque toma emprestado da Consolidação das Leis do Trabalho, norma substantiva laboral, os conceitos de empregado e empregador, consoante artigos 2º e 3º deste diploma laboral<sup>13</sup>.

---

<sup>10</sup> Este espaço vem do processo democrático de formação da norma, esta fruto da ação comunicativa habermasiana.

<sup>11</sup> Ação que visa a utilização do outro como meio a fim de que quem age atinja seus fins.

<sup>12</sup> La acción comunicativa es, para Habermas, la acción direccionalada al entendimiento, donde por lo menos dos sujetos actúan de una forma coordinada o mismo superan la coordinación, por el dialogo, reconociendo, uno en frente del otro, las pretensiones de validez del discurso, alejándose del calculo centrado en sí, para dividir los planes para con los otros (HABERMAS, 1987).

<sup>13</sup> Art. 2º - Considera-se empregador a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviço.

Art. 3º - Considera-se empregado toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário.

Qualquer alteração na interpretação ou mesmo qualquer legislação posterior que venha a permitir a subcontratação estará maculada de inconstitucionalidade, pois que estará alterando conceito constitucional sem a devida legitimação democrática.

É aliás, neste sentido o *voto-vista* do ministro Cezar Peluso do Supremo Tribunal Federal, em processo onde se discutiu o conceito de faturamento, recurso extraordinário 346.084-6, Paraná.

Quando da Constituição Federal não consta o sentido e nem o alcance de determinado termo, no caso concreto “*faturamento*”<sup>14</sup>, como tampouco faz com relação a “tributo”, “propriedade”, “família”, “liberdade”, “vida”, “crime”, “cidadão”, “sufrágio”, não havendo no texto constitucional predefinição ou conceituação formal dos termos aí usados, não se pode fechar o texto e impedi-lo de se adaptar à evolução histórica dos conceitos.<sup>15</sup>

Contudo, uma vez fazendo o texto constitucional referência a um conceito de direito fundamental, expressamente protegido pela cláusula de não retrocesso, como é o caso da expressão “*relação de emprego*”, a abertura não pode ser tanta ao ponto de desconfigurar o conceito inicialmente adotado pela Constituição.

As palavras, tanto na linguagem natural como na técnica, das quais se utiliza o direito positivo para a construção das normas, são potencialmente vagas, mantendo um campo de referência não definido. Há, contudo, um limite à resistência, um conceito semântico mínimo recognoscível a cada vocábulo, para além do qual não está, segundo Humberto Eco, “autorizado a dizer que a mensagem pode significar **qualquer coisa**. Pode significar muitas coisas, mas há sentidos que seria despropositado sugerir”.<sup>16</sup>

Registre-se que na maioria dos casos os termos são tomados no significado vernacular corrente, segundo o que traduzem dentro do campo de uso de onde são retirados, seja na área jurídica, seja no âmbito das demais ciências, como economia (juros), biologia (vida), ou até mesmo línguas estrangeiras como o inglês (software), sem a necessidade de um processo autônomo de elucidação.<sup>17</sup>

O legislador que, a fim de responder às estratégias normativas, busca adicionar a algum velho termo novo significado, diverso daquele usual, deve explicitá-lo mediante a construção formal do seu conceito jurídico-normativo, “sem prejuízo de fixar, em determinada província jurídica, conceito diferente

---

<sup>14</sup> E no hipotético, objeto deste estudo “relação de emprego”.

<sup>15</sup> <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=261096>. Acesso em: 11 maio 2015, às 13h15min.

<sup>16</sup> <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=261096>. Acesso em: 11 maio 2015, às 13h15min.

<sup>17</sup> <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=261096>. Acesso em: 11 maio 2015, às 13h15min.

do que usa noutra, o que pode bem ver-se ao art. 327 do Código Penal<sup>18</sup>, que define ‘funcionário público’ para os efeitos criminais, e ao art. 2º da Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº 8.429/92)<sup>19</sup> que atribui, para seus fins, análogo conceito à expressão ‘agente público’.<sup>20</sup>

Assim, uma vez não havendo, no diploma constitucional, conceito jurídico expresso, deve o intérprete se socorrer, a fim de fazer a reconstrução semântica, nos instrumentos normativos disponíveis no próprio sistema de direito positivo, ou nos diferentes corpos de linguagem.<sup>21</sup>

O ministro do Supremo Tribunal Federal Cezar Peluso, fundamentando seu voto, segue e assevera que o fato de o artigo 195, parágrafo quarto, da Constituição brasileira de 1988<sup>22</sup>, ao dar a competência suplementar à União para instituir contribuições sociais não específicas, que dependam de “outras fontes destinadas à manutenção ou expansão da seguridade”, prova que, ao fazer referência a “faturamento”, além da “folha de salários e lucro”, buscou utilizar a palavra no sentido predeterminado. Isso porque, de outro modo, a previsão daquela competência residual perderia todo o sentido, ao admitir que

---

<sup>18</sup> Art. 327 - Considera-se funcionário público, para os efeitos penais, quem, embora transitoriamente ou sem remuneração, exerce cargo, emprego ou função pública.

§ 1º - Equipara-se a funcionário público quem exerce cargo, emprego ou função em entidade paraestatal, e quem trabalha para empresa prestadora de serviço contratada ou conveniada para a execução de atividade típica da Administração Pública.

§ 2º - A pena será aumentada da terça parte quando os autores dos crimes previstos neste Capítulo forem ocupantes de cargos em comissão ou de função de direção ou assessoramento de órgão da administração direta, sociedade de economia mista, empresa pública ou fundação instituída pelo poder público.

<sup>19</sup> Art. 2º - Reputa-se agente público, para os efeitos desta lei, todo aquele que exerce, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função nas entidades mencionadas no artigo anterior.

<sup>20</sup> <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=261096>. Acesso em: 11 maio 2015, às 13h15min.

<sup>21</sup> “[...] **Quando não haja conceito jurídico expresso, tem o intérprete de se socorrer, para a re-construção semântica, dos instrumentos disponíveis no próprio sistema do direito positivo, ou nos diferentes corpos de linguagem.**”

6. Como já exposto, não há, na Constituição Federal, prescrição de significado do termo *faturamento*. Se se escusou a Constituição de o definir, tem o intérprete de verificar, primeiro, se, no próprio ordenamento, havia então algum valor semântico a que pudesse filiar-se o uso constitucional do vocábulo, sem explicitação de sentido particular, nem necessidade de futura regulamentação por lei inferior. É que, se há correspondente semântico na ordem jurídica, a presunção é de que a ele se refere o uso constitucional. Quando uma mesma palavra, usada pela Constituição sem definição expressa nem contextual, guarde dois ou mais sentidos, um dos quais já incorporado ao ordenamento jurídico, será esse, não outro, seu conteúdo semântico, porque seria despropositado supor que o texto normativo esteja aludindo a objeto extrajurídico [...]”. (Destaca-se). [www.stf.gov.br](http://www.stf.gov.br)

<sup>22</sup> Art. 195 - A seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e das seguintes contribuições sociais: [...]. § 4º - A lei poderá instituir outras fontes destinadas a garantir a manutenção ou expansão da seguridade social, obedecido o disposto no art. 154, I.

fossem vagos e imprecisos os conceitos de faturamento, de folha de salários e de lucro.<sup>23</sup>

O mesmo se poderia dizer quanto ao conceito de “relação de emprego”. Ele não poderia ser tão vago e impreciso ao ponto de se permitir mais de uma interpretação, à época, quanto ao que queria dizer o legislador com “relação de emprego”. A base foi a legislação ordinária existente à época, artigo 3º<sup>24</sup> e 442<sup>25</sup> da Consolidação das Leis do Trabalho. Do contrário, um trabalhador representante comercial poderia ser considerado empregado, isso porque presta serviços a terceiro, ou um operário poderia não ser empregado, porque pago também por terceiro (certas formas de incentivo à produção).

Ainda, o ministro Peluso aduz que na longa discussão a respeito da noção constitucional do conceito de “faturamento”, ficam expressamente reconhecidas e decididas “duas coisas irrefutáveis: a) o sentido normativo da expressão ‘receita bruta da venda de mercadorias e da prestação de serviços’ correspondia ao conceito constitucional de ‘faturamento’; b) mas, porque mais amplo e extenso como denotação própria do gênero, o significado da locução legal ‘receita bruta’ ultrapassava os limites semânticos desse mesmo conceito”, fazendo referência expressa a passagem de Humberto Ávila (AVILA, 1999, p. 438)<sup>26</sup>.

O ministro Cezar Peluso faz referência, ainda, a decisão do ministro Luiz Galloti no recurso extraordinário 71.758-GB, RTJv. 66, p. 165, onde consta que é certo que se pode interpretar a lei, de modo a afastar a inconstitucionalidade. Mas interpretar interpretando e não mudando-lhe o texto, e menos ainda criando um novo imposto que a lei não criou. “Se a lei pudesse chamar de compra o que não é compra, de importação o que não é importação, de exportação o que não é exportação, de renda o que não é renda, ruiria todo o sistema constitucional tributário inscrito na Constituição”.<sup>27</sup>

E daí resulta, já com base em decisão do ministro Marco Aurélio Mello, também referido por Peluso, que a flexibilidade de conceitos, a troca de sentido, conforme os interesses postos em jogo, trazem a insegurança, incompatível com os objetivos da Constituição, que é um corpo político, mas o é ante os parâmetros que encerra e estes não estão imunes ao real sentido dos vocábulos, especialmente aqueles de contornos jurídicos. “Logo, **não merece agasalho o ato de dizer-se da colocação, em plano secundário,**

<sup>23</sup> <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=261096>. Acesso em: 11 maio 2015, às 13h15min.

<sup>24</sup> Art. 3º - Considera-se empregado toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário.

<sup>25</sup> Art. 442 - Contrato individual de trabalho é o acordo tácito ou expresso, correspondente à relação de emprego.

<sup>26</sup> <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=261096>. Acesso em: 11 maio 2015, às 13h15min.

<sup>27</sup> <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=261096>. Acesso em: 11 maio 2015, às 13h15min.

**de conceitos consagrados**, buscando-se homenagear, sem limites técnicos, o sentido político das normas constitucionais”. (Destaca-se).<sup>28</sup>

A ruína, noticiada acima, ocorreu com relação ao sistema laboral. Todo o sistema trabalhista, pela alteração o conceito de “relação de emprego”, que permite a subcontratação onde a lei não autoriza, acabou por gerar um nível de marginalização e desvinculação sindical que colocou e coloca ainda toda a capacidade reivindicatória da classe trabalhadora em risco, expondo-a a miséria material e intelectual, não mais havendo equilíbrio na relação capital/trabalho.

Não se pode deixar de fazer referência ao voto-divergência do ministro Eros Roberto Grau, no recurso extraordinário 346.084-6, Paraná. Ele faz a diferenciação entre as diversas funções da linguagem em conceitos jurídicos meramente formais, ancorados no terreno formal, e seu estudo permite o desenvolvimento de uma quase topologia, indicativa de uma série de posições lógicas, não possuindo realidade histórica. São exemplos: direito, ônus, e etc. Já as *regulae juris* são expressões que sintetizam o conteúdo de um conjunto de normas jurídicas, sem significado próprio. É o caso do conceito de propriedade, que apenas assume alguma significação, na medida em que se tem sob consideração a função que ela cumpre dentro do direito, de resumir toda a disciplina normativa atinente ao modo de aquisição de poderes, facultades e deveres sobre um bem. A utilidade deste conceito está na enorme quantidade de tempo que o seu uso permite a quem pretenda expor o conteúdo do subsistema aplicável à propriedade.<sup>29</sup>

A terceira função da linguagem, chamada conceitos jurídico tipológicos, “são expressões da história e indicam os ideais dos indivíduos e grupos, povos e países; ligam-se a esquemas e elaboração de caráter, bem como a preocupações e hábitos econômicos e a féis religiosas; à história do Estado e à estrutura econômica; a orientações filosóficas e a concepções de mundo”. Estes conceitos se referem a fatos típicos da realidade, tais como boa-fé, coisa, bem, causa, dolo, erro. Estes conceitos, também chamados de indeterminados, em verdade, não são conceitos, mas sim noções de conceitos.<sup>30</sup>

Para Grau, faturamento é uma destas noções de conceito. Conceitos são atemporais e a-históricos e os conceitos tipológicos têm características históricas e temporais. Não haveria, portanto, a incorporação da noção de faturamento que havia na época. Para ele o que ocorreu foi a incorporação de uma das noções que dele à época se tinha. A Constituição poderia também ter definido faturamento. Não o fazendo, prevaleceu, fundamenta o ministro,

---

<sup>28</sup> <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=261096>. Acesso em: 11 maio 2015, às 13h15min.

<sup>29</sup> <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=261096>. Acesso em: 11 maio 2015, às 13h15min.

<sup>30</sup> <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=261096>. Acesso em: 11 maio 2015, às 13h15min.



um dos possíveis entendimentos do que é faturamento, receita da venda de mercadorias e da prestação de serviços.<sup>31</sup>

A norma constitucional, para Grau, é criada por quem a interpreta e aplica. As palavras escritas nos textos normativos nada dizem, passando a significar algo quando se faz a interpretação. Elas vão dizer algo quando o intérprete diz o que elas dizem.<sup>32</sup>

Ainda que se possa entender que o conceito de “relação de emprego” é um conceito jurídico tipológico, apegado à história e aos ideais dos indivíduos envolvidos, e que, na verdade, não se trata de conceito e sim de noção de conceito, adaptável conforme a realidade presente, não se pode aceitar interpretação que transforme a “relação de emprego” em relação de emprego direta e mediante intermediação.

É que em se tratando de relação de emprego, direito fundamental do trabalhador, artigo 7º, I, da Constituição brasileira de 1988, o conceito jurídico a ser utilizado é o da CLT, não se podendo, ainda que se trate de uma noção de conceito, aplicá-lo ou interpretá-lo a fim de que se permita uma redução significativa nas condições sociais dos trabalhadores.

Isso ocorre por expressa vedação da cabeça do artigo 7º da Constituição brasileira de 1988, que preceitua que “são direitos dos trabalhadores, além de outros que visem à melhoria da sua condição social” (destaca-se), consagrando o princípio do não retrocesso social, da impossibilidade da contrarrevolução, de forma expressa. Entendimento diverso consagraria a alteração da Constituição Federal de 1988, quanto ao seu conceito de relação de emprego, sem o devido processo e autorização democrática. O conceito de relação de emprego não é aberto. Diz respeito à relação entre empregado e empregador, prestador e tomador do trabalho, sem qualquer previsão genérica a contrato triangular de emprego.

### **3 A AÇÃO COMUNICATIVA COMO ELEMENTO CENTRAL DE FORMAÇÃO DA NORMA CONSTITUCIONAL E O PROBLEMA DA TERCEIRIZAÇÃO NO BRASIL**

Como fazer, ou seja, como conciliar a ação estratégica/instrumental inerente à relação de emprego com a ação de formação da norma constitucional que é comunicativa, fruto da razão comunicativa?

Para que se comece a buscar a resposta é necessária a leitura da seguinte passagem de Habermas sobre as várias formas de ação:

A una acción orientada al éxito la llamamos *instrumental* cuando la consideramos bajo el aspecto de observancia de reglas de acción técnicas y evaluamos el grado de eficacia de la intervención que esa

<sup>31</sup> <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=261096>. Acesso em: 11 maio 2015, às 13h15min.

<sup>32</sup> <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=261096>. Acesso em: 11 maio 2015, às 13h15min.

acción representa en un contexto de estados y sucesos; y a una acción orientada al éxito la llamamos *estratégica* cuando la consideramos bajo el aspecto de observancia de reglas de la elección racional y evaluamos su grado de influencia sobre las decisiones de un oponente racional. Las acciones estratégicas pueden ir asociadas a interacciones sociales. Las acciones estratégicas representan, ellas mismas, acciones sociales. Hablo, en cambio, de acciones *comunicativas* cuando los planos de acción de los actores implicados no se coordinan a través de un cálculo egocéntrico de resultados, sino mediante actos de entendimiento. En la acción comunicativa los participantes no se orientan primariamente al propio éxito; antes persiguen sus fines individuales bajo la condición de que sus respectivos planes de acción puedan armonizarse entre sí sobre la base de una definición compartida de la situación. De ahí que la negociación de definiciones de la situación sea un componente esencial de la tarea interpretativa que la acción comunicativa requiere (destaques no original) (HABERMAS, 1987, p. 367).

De outro lado, Janriê Rodrigues Reck, sobre o tema, assevera que a ação instrumental é aquela em que, com os fins definidos,

se emprega os meios técnicos para a obtenção do resultado pretendido, sem uma intervenção social imediata (por óbvio, o material de que obtém os fins e a aprendizagem que subjaz a ação instrumental são sociais, mas mediatemente). O melhor exemplo é o trabalho mecânico. A ação estratégica é uma relação social e, portanto, está diretamente ligada à comunicação com o outro (RECK, 2006, p. 36-37).

Utiliza como exemplo a observação recíproca de “contratantes pretendendo manter sua melhor vantagem em dado negócio”. Já a ação comunicativa exige que os autores se afastem do

cálculo centrado em si para compartilhar planos de ação com o outro. Habermas esclarece que a orientação do agir se esclarece a partir dos participantes mesmos, mas não a nível psicológico (a final, a teoria habermasiana tem predominância sociológica), mas sim a nível de reconstrução do saber intuitivo que já orienta os participantes em sua interação cotidiana (RECK, 2006, p. 36-37).

Entendidos os conceitos centrais de ação comunicativa e ação estratégica/instrumental (para este texto, sinônimos, embora não o sejam completamente, conforme se lê supra), tenta-se dar a resposta à questão proposta no primeiro parágrafo deste subtítulo.

Inicialmente deve-se ter em mente em que consiste o *Estado Democrático de Direito*<sup>33</sup>. Esta forma de Estado supera o Estado Liberal e o Estado Social,

---

<sup>33</sup> “O Estado Democrático de Direito tem um conteúdo transformador da realidade, não se restringindo, como o Estado Social de Direito, a uma adaptação melhorada das condições sociais de existência. Assim, seu conteúdo ultrapassa ao aspecto material de concretização de uma vida

criando um conceito ou lançando o humano à emancipação. Também supera-se o transcendentalismo Kantiano a fim de se ter um procedimento que leve ao entendimento, com o maior número de vantagens a todos.

Tendo, portanto, por base o Estado Democrático de Direito, a forma que se deve interpretar os dispositivos legais que autorizam a ação estratégica/instrumental deve ser restritiva. Nos estritos limites da norma, sem qualquer interferência que não se possa justificar pelo próprio ordenamento jurídico. Explica-se: no caso do trabalho subordinado, a norma do artigo 7º, I, da Constituição brasileira de 1988, fruto do processo comunicativo, autoriza a ação estratégica/instrumental. A partir daí, em havendo a possibilidade de subordinação da vontade de outrém, e desta subordinação da vontade podendo o agente subordinante retirar a “*mais valia*”, isso pelo trabalho alienado, os limites para este agir devem ser estritos, apenas permitindo que o mínimo de “*agentes subordinantes*” retirem a “*mais valia*” deste agente subordinado.

Note-se que a cabeça do artigo 7º da Constituição brasileira de 1988 também gera esta limitação pois que apenas autoriza, já que permite a ação estratégica e a alienação do humano, a melhoria da condição social dos trabalhadores.

E não poderia ser de forma diversa. Imagine-se, por exemplo, os casos de trustes. Se não houvesse a legislação que limita o truste, o que ocorreria com o comércio e com os consumidores? Como interpretar estas normas? As empresas devem atuar nos estritos limites da norma posta, sob pena de infringência desta lei, assim como devem atuar nos estritos limites do direito posto quanto à subcontratação.

O que se deve ter em mente e isso não apenas com base em Thomas Frank<sup>34</sup>, é que a terceirização, além de valorizar as ações, aumenta o lucro. O trabalhador, além de ter a sua realidade sindical consideravelmente limitada, de sofrer “dupla alienação”, utilizado duplamente como meio, gera ainda mais riqueza a aqueles que se beneficiam de seu trabalho. Marx já dizia que a diminuição dos salários é um dos principais meios de aumento do lucro (LUXEMBURGO, 2005, p. 45), de onde se pode concluir que a terceirização também o é.

De outro lado, a legislação operária é elaborada no interesse do modo de produção capitalista e da sociedade, harmonia esta que termina no momento da sustentação capitalista. Neste sentido aduz Rosa Luxemburgo para quem:

---

digna ao homem e passa a agir simbolicamente como fomentador da participação pública quando o democrático qualifica o Estado, que irradia os valores da democracia sobre todos os seus elementos constitutivos e, pois, também sobre a ordem jurídica. E mais, a idéia de democracia contém e implica, necessariamente, a questão da solução do problema das condições materiais de existência” (STRECK; MORAIS, 2004, p. 93).

<sup>34</sup> FRANK (2004, p. 128): “Se o nosso chefe tinha nos empurrado para a linha do desemprego, fizera-o provavelmente para aumentar o valor de suas próprias ações da empresa”.

Mas, doutra parte, este mesmo desenvolvimento capitalista realiza uma outra transformação na natureza do Estado. O Estado atual é, antes de tudo, uma organização de classe capitalista dominante. Se ele se impõe a si mesmo, no interesse do desenvolvimento social, funções de interesse geral, é unicamente porque e somente na medida em que esses interesses e o desenvolvimento social coincidem, de uma maneira geral, com os interesses da classe dominante. A legislação operária, por exemplo, é feita tanto no interesse da classe capitalista, como da sociedade em geral. Mas esta harmonia não dura senão até certo ponto do desenvolvimento capitalista (LUXEMBURGO, 2005, p. 51).

Esta passagem serve para mostrar os propósitos da legislação obreira dentro da ordem capitalista, o que confirma a regra de que as interpretações desta mesma norma, gestada no interesse do capital, devem ter por base, já que fruto do agir comunicativo, uma forma de interpretação que minimize os efeitos sobre aquele que trabalha de forma alienada.

Rosa Luxemburgo ainda acrescenta, sobre este tema, que “ao mesmo tempo a propriedade privada torna-se cada vez mais forma de exploração capitalista aberta do trabalho alheio, e o controle do Estado se impregna cada vez mais dos interesses exclusivos da classe dominante” (LUXEMBURGO, 2005, p. 57) o que confirma que mesmo sendo fruto de um presumido processo comunicativo, as normas de proteção ao trabalho seguem a senda do interesse do capital, que utiliza, no espaço da norma, o humano como meio, tendo como limites a própria razão comunicativa gestora do processo, não se permitindo a dupla alienação ou a contratação por intermediação de terceiros, norma esta que foge ao processo legítimo da legislação posta.

É bom que se tenha por norte que onde não há democracia, esta fruto do processo comunicativo, não há direito. Há, isto sim, fora do agir comunicativo, a ditadura, que é o não direito (HABERMAS, 2003).

Apenas o agir orientado ao entendimento é que justifica os padrões mínimos de convivência pacífica dentro dos limites do Estado. Ora, o Estado limita a atuação do ser *no mundo*. Esta limitação está – ou pelo menos deve-se fazer presente – a todos, sem exceção. Se a uns é dado o direito de subordinar, a aqueles subordinados é dado o direito de ser minimamente subordinados, observados os exatos limites da norma que, no caso do Brasil, não prevê a subcontratação e nem a interpretação que entende possível a diferenciação entre atividade-meio e atividade-fim, conceitos estes que justificariam a terceirização.

O certo é que a norma legal, fruto do processo democrático e que aborda a questão laboral, nada mais é do que algo que mantém a ordem posta. Nunca deixará de ser capitalista um país que tem legislação laboral protetiva, pois que esta legislação acaba por reformar o capitalismo ao invés de superá-lo. É por esta razão que a forma de interpretação deve ser restritiva, ou nos exatos termos permitidos pela própria ordem jurídica à ação

estratégica/instrumental, tendo como pano de fundo, ainda assim, a ação comunicativa.

Neste sentido ensina Rosa Luxemburgo, quando trata da reforma e/ou da revolução. Para ela, fazendo referência a quem defende as reformas legais e/ou legislativas,

[...] partindo das concepções políticas do revisionismo, a conclusão é a mesma a que se chegou tendo partido de suas teorias econômicas, isto é, que no fundo, não tendem elas à realização da ordem **socialista**, mas unicamente à reforma da ordem **capitalista**, não à supressão do assalariado, mas à diminuição da exploração, em suma, a supressão dos abusos do capitalismo e não do próprio capitalismo (LUXEMBURGO, 2005, p. 97).

É daí que surge, também, o dever de interpretar a norma tendo por base a razão comunicativa. Se o capitalismo legisla em benefício próprio mas, ainda assim, estas normas são fruto do processo democrático, portanto presumidamente comunicativo, que a aplicação delas se dê tendo por norte a ação/razão comunicativa da qual se origina, autorizando, assim, apenas uma interpretação restrita e em proveito daquele que é utilizado como meio, no caso em estudo, o trabalhador subordinado.

Se a razão de ser do artigo 7º, I, da Constituição brasileira de 1988 é garantir a lógica capitalista mas, se ainda assim, isso presumidamente, é fruto do processo comunicativo, na sua aplicação ao caso concreto, que o espaço para a relação de emprego seja restringido, ligando o trabalhador diretamente a quem explora a sua “*mais valia*” ou lhe reifica. A dupla alienação ou dupla reificação apenas o torna ainda mais “meio do que é”, o que não está autorizado pelo processo constitucional de 1988, permitindo se conclua tratar-se a Súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho<sup>35</sup> de inconstitucional, assim como qualquer projeto de lei que preveja a possibilidade de terceirização (PL 4.330/04).

---

<sup>35</sup> CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LEGALIDADE (mantida) - Res. 121/2003, DJ 19, 20 e 21.11.2003 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 personalidade 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).

Neste mesmo sentido, pertinentes as considerações de Karl Marx, na obra *Formações Econômicas Pré-Capitalistas*. Para o economista e filósofo alemão:

Um dos pressupostos do trabalho assalariado e uma das condições históricas do capital é o trabalho livre e a troca de trabalho livre por dinheiro, com o objetivo de reproduzir o dinheiro e valorizá-lo; de o trabalho ser consumido pelo dinheiro – não como valor de uso para o desfrutante, mas como valor de uso para o dinheiro. Outro pressuposto é a separação do trabalho livre das condições objetivas de sua efetivação – dos meios e do material do trabalho. Isto significa, acima de tudo, que o trabalhador deve ser separado da terra enquanto seu laboratório natural – significa a dissolução tanto da pequena propriedade livre como da propriedade comunal da terra assentada sobre a comuna oriental (MARX, 2006, p. 65).

A passagem de Marx mostra bem que no momento em que se passa à realidade capitalista o trabalhador perde o contato com os bens e os meios de produção. Perde o contato primeiro com a terra, passando ser mão de obra a ser utilizada na indústria ou mesmo no campo. Na verdade, o texto comprova que, junto ao modo de produção capitalista, o que o trabalhador mantém é apenas o seu trabalho, vendendo a sua energia ao tomador do trabalho, que a vende a terceiro, em forma de mercadoria, por um preço maior do que está pago.

Isso tudo é intermediado pelo dinheiro que, no modo de produção capitalista, passa a ser o cerne da propriedade<sup>36</sup> e a principal mercadoria, pois que intermedeia a troca de mercadorias, gerando não só o valor de uso (pré-capitalista) mas também o valor de troca. Neste processo o trabalhador é meio, a fim de que o dinheiro se torne um fim em si mesmo, o de enriquecer as classes mais abastadas e detentoras deste mesmo capital. Note-se que o dinheiro não faz uso da comunicação de forma completa. Quer dizer, não se utiliza do processo comunicativo a fim de se movimentar dentro do tecido social, utilizando-se de catalisadores “extra” ação comunicativa, o que permite se consagre o desequilíbrio entre o ser humano e a mercadoria, passando essa última a ter vida própria, sendo um fim “*em si mesma*”, desconectada do mundo da vida e dos processos de formação da norma jurídica que são fruto da ação comunicativa.

É dentro desta lógica, um pouco amestrada pelos ditos direitos humanos, fundamentais e Estado Democrático de Direito, que foi gestado o artigo 7º, I,

---

<sup>36</sup> “A propriedade, portanto, significa pertencer a uma tribo (sociedade) (ter sua existência subjetiva/objetiva dentro dela) e, por meio do relacionamento desta comunidade com a terra, com o seu corpo inorgânico, ocorre o relacionamento do indivíduo com a terra, com a condição externa primária de produção – porque a terra é, ao mesmo tempo, matéria prima, instrumento de trabalho e fruto – como as pré-condições correspondentes à sua individualidade, como seu modo de existência. Reduzimos esta propriedade ao relacionamento com as condições de produção” (MARX, 2006, p. 86).

da Constituição brasileira de 1988. Mesmo assim, presume-se, como já dito antes, que o processo de formação do Estado brasileiro, e que deu origem a este dispositivo legal, é fruto da ação comunicativa. Não se pode esquecer, entretanto, o modo de produção posto e os espaços dados pelo processo comunicativo à ação estratégica/instrumental.

Reforçando o que está dito até aqui Marx coloca que na sociedade burguesa “o trabalhador existe apenas subjetivamente, sem objeto; porém, aquilo que o ‘enfrenta’ tornou-se, agora, uma ‘verdadeira entidade comum’ que ele trata de devorar e pela qual é devorado” (MARX, 2006, p. 91). Ou seja, para o autor alemão, o trabalhador apenas é um instrumento, um meio, isso sob a lógica capitalista.

Tanto é verdade que, mais adiante, Marx assevera que “para o capital o trabalhador não constitui uma condição de produção, mas apenas o trabalho o é. Se este puder ser executado pela maquinaria ou, mesmo, pela água ou pelo ar, tanto melhor. E o capital se apropria não do trabalhador mas do seu trabalho – e não diretamente, mas por meio de troca” (MARX, 2006, p. 91).

É nessa passagem de Marx que está o cerne do que está dito acima. O trabalhador é apenas um instrumento dentro da engrenagem capitalista. Instrumento porque dele se retira o trabalho, que é o que importa. Questões de dignidade, existência, embora importem para a pessoa, são desprezadas pelo capitalismo. Padrões de inclusão do outro, e reconhecimento do outro como o “eu”, são sonogados por uma cultura econômica e que privilegia o maior número de vantagens possíveis ao econômico, em total desprezo pelo ser humano. O ser humano é visto como um ser econômico e para o econômico, leitura esta que passa a ser incorporada pela coletividade, como cultura, e repetida de forma inconsciente, pois que traz vantagens econômicas para os grandes conglomerados, com um significativo aumento do PIB, atividade esta que apenas aumenta a concentração de renda, deixando de lado a necessidade de distribuição desta mesma renda.

E este processo faz com que haja total esquecimento de que, em uma sociedade dita democrática, cujo processo de formação das leis se presume comunicativo, e que respeita os direitos humanos, centrada em um Estado Democrático de Direito, o espaço para que um de seus membros, ou mesmo uma classe ou categoria deles, seja usado como meio deve vir do processo comunicativo de formação da norma. O entendimento do processo de formação comunicativo da norma jurídica e de sua interpretação, com base neste processo de formação comunicativo, afasta a possibilidade de juízos utilitaristas e excludentes, como aquele noticiado no parágrafo supra.

O espaço para a ação estratégica/instrumental deve estar autorizado pela norma legal e, mesmo aí, deve ter por norte as ações de coordenação e comunicação, que exigem a mínima redução do humano à coisa. É por esta razão, evidente, que, uma vez autorizada a relação de emprego, vista conforme preceitua Marx, deve ela ser utilizada nos estritos limites da norma,

com alienação simples e sem ampliação de efeitos, a fim de se preservar a lógica de comunicação inserida dentro do processo constitucional de formação das leis.

Marx, em outra passagem da obra *Formações Econômicas Pré-Capitalistas*, referindo-se ao papel do dinheiro junto ao processo de reificação do trabalhador, aduz que

O dinheiro, em si, embora participe do processo histórico, fá-lo apenas, na medida em que é, ele próprio, um agente extremamente poderoso de dissolução que intervém no mesmo e, por isto, contribui para a criação de *trabalhadores livres, despojados*, sem objetivo; mas certamente, não porque *crie* para eles as condições objetivas de sua existência mas, antes, por acelerar sua separação das mesmas, isto é, apressar sua perda da propriedade (MARX, 2006, p. 103).

É a partir daí que o trabalhador passa a ser peça. E é assim que permanece até hoje, mesmo em um Estado Democrático de Direito. Por isso as normas devem levar em conta isso. O humano como ser *no mundo* para a felicidade, independência e emancipação, fruto de seu agir e da redução mínima à condição de coisa.

Note-se que mais adiante Marx aduz que a separação do trabalhador dos bens e meios de produção estimula a transformação do dinheiro em capital e aumenta assim o valor de troca.

Nas palavras do filósofo e economista alemão

Outras circunstâncias ajudaram a dissolução das antigas relações de produção, acelerando a separação do trabalhador ou do não-trabalhador capaz de trabalhar, das condições objetivas de sua reprodução e, assim, estimularam a transformação do dinheiro em capital. Tais foram, por exemplo, os fatores que incrementaram, no século XVI, a massa de mercadorias em circulação, a massa circulante de dinheiro, criando novas necessidades e, conseqüentemente, aumentando o valor de troca dos produtivos locais, elevando os preços, etc. nada poderá, portanto, ser mais estúpido do que conceber a *formação original* do capital como se significasse a acumulação e criação das *condições objetivas da produção* – alimentos, matérias primas, instrumentos – que foram, então, oferecidas aos trabalhadores delas *despojados*. O que ocorreu, em verdade, foi que a riqueza monetária ajudou, em parte, a privar destas condições a força de trabalho dos indivíduos capazes de trabalhar (MARX, 2006, p. 105).

O trabalhador, portanto, se separa dos meios de produção, o que gera o capital e o proletariado. A transformação do dinheiro em capital, aduz Marx, pressupõe este processo histórico que separou o trabalhador dos meios de produção ou condições objetivas de trabalho, voltando-se, assim, contra o próprio trabalhador. Note-se, alerta o filósofo, que o capital destrói o trabalho artesanal (MARX, 2006, p. 109), tanto que, na França, em 1791, é criada a



Lei Le Chapelier, que proibiu a associação de trabalhadores e greves, revogada apenas na década de 1870<sup>37</sup>.

Retornando à questão da interpretação dos dispositivos constitucionais brasileiros, em especial o inciso I do artigo 7º da Carta de 1988, deve-se entender que, mesmo em sendo ela fruto de um processo presumidamente comunicativo de formação, deixa espaço à ação estratégica/instrumental. Contudo, a forma de se ler este espaço exige um raciocínio que se “poderia chamar comunicativo”, vinculado à gênese da norma, onde o outro apenas pode ser usado como meio nos estritos limites do direito posto, considerando, quanto à questão do trabalho, a alienação de forma direta ou “simples”.

Dentro deste padrão, há como dar um caráter de emancipação à norma legal. Ou pelo menos com redução da exclusão social. Mas para isso é necessária a boa reflexão, além das bases e conceitos que tornem o humano um fim em si mesmo. Aliás, é o que preceitua a Constituição brasileira de 1988 quando, em seu artigo 1º, III, adota como regra-princípio a dignidade da pessoa humana, cerne constitucional que, ao lado do trabalho e da educação, acabam por permitir padrões desenvolvidos de entendimento e felicidade.

Neste sentido Habermas coloca que

penso aqui na experiência da força emancipatória da reflexão, que experimenta, em si o sujeito na medida em que ela própria se torna, a si mesma, transparente na história de sua gênese. A experiência da reflexão articula-se, em termos de conteúdo, no conceito de processo formativo; metodicamente ela leva a um ponto de vista a partir do qual a identidade da razão com a vontade resulta como que espontaneamente (HABERMAS, 1987, p. 219).

Nesta autorreflexão, um conhecimento entendido como um fim em si coincide, pelo próprio conhecimento, com interesses de emancipação, isso porque “o ato-de-executar da reflexão sabe-se, simultaneamente, como movimento da emancipação”. Nestes casos a razão encontra-se submetida ao interesse por ela, de onde se pode dizer que ela busca um interesse que vise à emancipação do conhecimento, e que este tem por objetivo a realização da emancipação (HABERMAS, 1987, p. 219).

É daí que se pode retirar a interpretação por ora pretendida. Se o cerne é a emancipação do sujeito, feita de forma procedimental e comunicativa, fruto de um processo presumidamente comunicativo, que a reflexão junto ao que dispõe a norma legal leve em conta estes padrões de inclusão do outro. Permitir apenas que se repita uma lógica onde o trabalhador é apenas meio e peça (característica capitalista), acaba por não gerar a emancipação e a independência, objetivo maior do humano *no mundo* e que o leva a padrões razoáveis de felicidade.

---

<sup>37</sup> <http://www.assistentesocial.com.br/agora3/coutinho.doc>. Acesso em: 02 dez. 2009, às 18h17min.

É por isso que se deve dar razão a Habermas. O autor ensina que

o interesse por excelência é aquele do bem-estar que combinamos com a idéia da existência de um objeto ou uma ação. O interesse tem por objetivo o existir, eis que exprime uma relação do objeto que interessa para com nossa capacidade de desejar. O interesse pressupõe uma necessidade, ou então o interesse engendra uma necessidade (HABERMAS, 1987, p. 219-220).

É por isso que, arrisca-se dizer, se o interesse pressupõe necessidade a necessidade a que se refere é a de emancipação e de vida boa e feliz. Esta relação de vida boa e feliz deve, necessariamente, ser utilizada dentro de padrões de leitura da Constituição que, no final, se resume à vontade de todos e que é fruto de processo comunicativo, mais além do transcendentalismo kantiano.

E tudo isso vira-se contra o dogmatismo. A autorreflexão é a percepção sensível e de emancipação, compreensão imperativa e libertação da dependência dos dogmas em uma mesma experiência. O dogmatismo, este que dissolve a razão em termos práticos e mesmo analíticos, nada mais é do que uma falsa consciência. É o erro, é a experiência aprisionada. Somente o Eu, no qual a intuição intelectual se flagra como sujeito, que se afirma por si mesmo, adquire a autonomia. Já o dogmático, ao contrário, não encontrando a necessária força que o possa levar à autorreflexão, vive à moda de um sujeito dependente e coisificado, levando uma existência não livre, não tendo consciência da própria espontaneidade refletida. “O que denominamos dogmatismo não é menos uma imperfeição moral do que uma incapacidade teórica: é por isso que o idealista corre o risco de se elevar por sobre o dogmático, escarnecendo dele em vez de o esclarecer” (HABERMAS, 1987, p. 228-229).

Assim, emancipar é ser/estar *no mundo*. Deixar de lado padrões e elementos dogmáticos levam o humano a afastar-se da reificação e encontrar o caminho à emancipação. Para tanto, além da preparação deve haver o conhecimento das regras do mundo e do ser humano *no mundo*. Como se portar, o que são as coisas, como são as coisas, conhecer as coisas e saber o que fazer e o que se espera delas. Isso, entretanto, dentro de padrões comunicativos de entendimento racional onde prevaleça, após a discussão, o melhor argumento. Trazer esta lógica ao direito, como elemento central da justiça e da democracia, como quer Habermas, é o desafio.

Retornando às ações instrumental/estratégica e comunicativa, Habermas assevera que:

As condições do agir instrumental e da atividade própria à comunicação são, simultaneamente, as condições da objetividade inerente a um conhecimento possível; elas fixam o sentido da validade de proposições nomológicas ou hermenêuticas. A inserção de processos cognitivos em complexos vitais chama nossa atenção para a função de interesses

capazes de orientar o conhecimento: um complexo vital é um conjunto de interesses. Mas, assim como o nível, ao qual a vida social se reproduz, tal feixe de interesses não pode ser definido independentemente dessas formas de ações e das categorias correspondentes do saber. O interesse pela manutenção da vida está, no plano antropológico, comprometido com uma vida organizada por meio da ação e do conhecimento. Os interesses que orientam o conhecimento estão, portanto, determinados por dois fatores: por um lado, eles atestam que os processos cognitivos têm sua origem em conjuntos vitais e neles exercem sua eficácia; mas, por outro lado, através destes interesses se expressa igualmente o fato de que a forma de vida, reproduzida socialmente não poder ser caracterizada adequadamente senão pelo liame específico entre conhecimento e interesse (HABERMAS, 1987, p. 232).

É isso que vai dar validade ao direito. A aproximação entre o falante e o ouvinte, em razão do entendimento linguístico, é o caminho para o entendimento comunicativo e legislação consciente.

Mais adiante Habermas informa que:

O conceito de 'agir comunicativo', que leva em conta o entendimento linguístico como mecanismo de coordenação da ação, faz com que as suposições contrafactuais dos atores que orientam seu agir por pretensões de validade adquiram relevância imediata para a construção e a manutenção de ordens sociais: pois estas mantêm-se no modo de reconhecimento de pretensões de validade normativas. Isso significa que a tensão entre facticidade e validade, embutida na linguagem e no uso da linguagem, retorna no modo de integração de indivíduos socializados – ao menos de indivíduos socializados comunicativamente – devendo ser trabalhada pelos participantes. Veremos mais adiante que essa tensão é estabilizada de modo peculiar na integração social realizada por intermédio do direito positivo (HABERMAS, 2003, p. 35).

Uma ordem jurídica não pode apenas garantir que as pessoas tenham seus direitos reconhecidos por todos. O reconhecimento dos direitos recíprocos de cada um por todos os outros deve ficar apoiado em leis legítimas que garantam a cada um liberdades iguais, de modo que a “liberdade do arbítrio de cada um possa manter-se junto com a liberdade de todos”. Os participantes, portanto, do processo legislativo, que saem do papel de sujeitos privados do direito, assumem, isso pela sua condição de cidadãos, a perspectiva de membros de uma comunidade jurídica “livremente associada, na qual um acordo sobre os princípios normativos da regulamentação da convivência já está assegurado através da tradição ou pode ser conseguido através de um entendimento segundo regras reconhecidas normativamente” (HABERMAS, 2003, p. 52-53).

Mas, para tanto, os participantes não devem atuar apenas orientados pelo sucesso particular, mas para o entendimento, o que acabaria por legitimar o processo legislativo, levando em conta a vontade unida e consciente de todos os cidadãos livres e iguais (HABERMAS, 2003, p. 53).

Note-se que o interesse deve estar ligado a ações que fixam as condições de todo o conhecimento, dependendo de processos de conhecimento. “Esclarecemos tal interdependência entre conhecimento e interesse ao examinarmos aquela categoria de ‘ações’ que coincidem com a ‘atividade’ da reflexão, a saber: as ações emancipatórias. Um ato da auto-reflexão que ‘altera a vida’ é um movimento de emancipação”, conclui Habermas (2003, p. 53).

É a autorreflexão, dentro do que se conhece como jurídico, que permitirá uma interpretação da Constituição além do que consta ordinariamente em livros de doutrina e na jurisprudência. Uma vez tendo o Tribunal Superior do Trabalho a possibilidade de, por seus ministros, fazer uma autorreflexão, levando em conta a vida, a alteração da vida e a busca da emancipação, a sua forma de atuar também será emancipatória e tomada pelo agir comunicativo, mesmo no espaço da ação estratégica/instrumental. Isso tornará o Tribunal e sua jurisprudência mais real, mais perto da coletividade e da humanidade. Refletirá o que realmente quer e é o direito, a partir da tomada de consciência constitucional.

Interpretar a Constituição levando em conta a razão comunicativa é o caminho à emancipação do sujeito e da coletividade. Ler os dispositivos constitucionais tendo por norte a emancipação originada pela ação comunicativa, permite se interprete o artigo 7º, I, da Constituição brasileira de 1988, entendendo não ser possível a terceirização.

O que se deve destacar é que Habermas, quando aduz, com base em Freud, que “o trabalho do ‘analista’ parece, à primeira vista, equivaler ao historiador; mais exatamente ao do arqueólogo. Pois, sua tarefa consiste na reconstrução dos primórdios históricos do paciente” (HABERMAS, 1987, p. 248) de onde se pode retirar a idéia de que se reconstruindo a idéia histórica do humano, tendo por base os direitos fundamentais e a dignidade humana, isso sob a ótica de uma constituição democrática, há sim, como se atingir níveis elevados de emancipação. Há como incluir o outro, não permitindo a sua redução a mera peça de produção.

De outro lado, no Brasil, parte-se do princípio, isso com base em regras econômicas, de que se pode terceirizar. Esta prática está internalizada, ou seja, faz parte da cultura jurídica nacional, afogada em uma realidade constitucional distante e não compatível com a presente. Esta internalização não permite a discussão dos signos e valores reais. Parte-se do princípio, através de uma análise pobre da realidade do trabalhador, de que é melhor ter um emprego, mesmo que o trabalhador seja reduzido única e exclusivamente à coisa, do que não ter.

Ainda, aceitar passivamente a terceirização leva em conta o fato de que esta forma de contratação faz parte da vida das pessoas e de que elas dependem disso. Está-se introjetando na mente do trabalhador brasileiro<sup>38</sup>

---

<sup>38</sup> <http://www.vermelho.org.br/noticia/262773-367>. Acesso em: 18 maio 2015, às 17h55min; <http://www.cartacapital.com.br/politica/cunha-fiesp-e-globo-bancam-terceirizacao-na-camara-1418.html>. Acesso em: 18 maio 2015, às 17h56min.

o discurso de que é melhor ter um emprego do que nada ter quando, ao contrário, em havendo ou não trabalho terceirizado, o posto de trabalho estará no mesmo lugar e poderá ser ocupado por um trabalhador contratado de forma direta, pois que é um trabalho **permanente**, na forma do que preceitua o artigo 3º da Consolidação das Leis do Trabalho quando preceitua a “não-eventualidade”<sup>39</sup> como elemento caracterizante da relação de emprego.

Esta forma de interpretar a norma está introjetada não só na mente das pessoas, mas especialmente daqueles que, tecnicamente, deveriam zelar pelo cumprimento da norma legal, que são os juízes e aplicadores do direito. E os motivos que justificam esta precarização vêm do econômico, que passa a dominar o mundo da vida, criando uma falsa verdade, tangenciando o verdadeiro mundo do ser, mundo da vida, centrado nos direitos fundamentais e na dignidade humana, permitindo se utilize o outro apenas como meio, sem levar em conta que os padrões constitucionais, que permitem a ação estratégica/instrumental, devem ser lidos com base na ação comunicativa e de inclusão do outro, conforme faz ver o artigo 1º, cabeça, da CF/88, quando impõe tratar-se a República Federativa do Brasil de um Estado Democrático de Direito.

Por meio de símbolos linguísticos as comunicações se propagam de forma histórica. Habermas chama este processo de histórico, isso porque “a continuidade da origem só se preserva através da tradição, através de uma filologia em grandes linhas que se realiza de uma maneira como que natural”. A intersubjetividade da comunicação em linguagem corrente se rompe e necessita ser reconquistada novamente, intermitentemente. “Esta realização (Leistung) produtiva da compreensão hermenêutica, efetivada, implícita ou explicitamente, está aí motivada desde o início pela tradição, que assim vai progredindo”. A tradição não se aprende a dominar, mas sim a linguagem transmitida, na qual se vive, é que se pode dominar. A maneira de ser da tradição é linguagem, e o “escutar, que a compreende, inclui sua verdade em um específico comportamento-no-mundo linguístico, na medida em que interpreta textos” (HABERMAS, 1987, p. 19)<sup>40</sup>.

---

<sup>39</sup> Art. 3º - Considera-se empregado toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário. (Destaca-se).

<sup>40</sup> Crê-se que Habermas, quando tratada da tradição, não se refere a aquela tradição nominada por Eric Hobsbawm de “tradição inventada”. Para ele “o termo ‘tradição inventada’ é utilizado num sentido amplo mas nunca indefinido. Inclui tanto as ‘tradições’ realmente inventadas, constituídas e formalmente institucionalizadas, quanto as que surgiram de maneira mais difícil de localizar num período limitado e determinado de tempo – às vezes coisa de poucos anos apenas – e se estabelecem com enorme rapidez. [...] Por ‘tradição inventada’ entende-se um conjunto de práticas, normalmente reguladas por regras tácita ou abertamente aceitas; tais práticas, de natureza ritual ou simbólica, visam inculcar certos valores e normas de comportamento através da repetição, o que implica, automaticamente; uma continuidade em relação ao passado”. Estas “tradições inventadas” estabelecem com o passado histórico uma relação de continuidade bastante artificial. “Em poucas palavras, elas são reações a situações novas que ou assumem a forma de referência a situações anteriores, ou estabelecem seu próprio passado através da repetição quase que obrigatória. É o contraste entre as constantes mudanças e inovações do mundo moderno e a

A passagem dos parágrafos supra comprova que a comunicação linguística entre o presente e a tradição era o evento, o acontecer, e que traça o seu caminho em todo o compreender. “A experiência hermenêutica, como autêntica experiência, precisa assumir tudo o que lhe é presente. Ela não tem a liberdade para previamente selecionar e rejeitar”, não podendo, contudo, afirmar uma liberdade absoluta no “deixar as coisas como estão”, não podendo deixar sem efeito o evento que ela é (HABERMAS, 1987b, p. 19-20).

Daí se pode retirar a ideia de que os padrões constitucionais, de formação de uma Constituição, vindos da tradição ou mesmo dos debates comunicativos, devem servir de base para que o intérprete diga o que é a Constituição. Estes eventos são a própria Constituição, de onde aquele que lê a norma e a aplica não se pode separar, distanciar.

Se uma norma constitucional preceitua determinado agir, mesmo que instrumental/estratégico, este agir deve ser guiado por sua tradição e por sua história, sem deixar de lado, portanto, que quem o cria, o faz por meio comunicativo, onde não há espaço para as ações meios-fins. A forma de se ler este agir instrumental/estratégico, portanto, é por meio do agir comunicativo, sua fonte de validade, de onde se permite se conclua que, uma vez garantido pela norma, seus efeitos e aplicação no mundo prático devem restringir-se ao mínimo possível de dano a terceiros e à coletividade, de onde se conclui, portanto, não ser possível a dupla alienação quando da contratação de trabalhadores.

A linguagem é uma espécie de meta-instituição de onde dependem todas as instituições sociais. Isso porque a ação social apenas se constitui na comunicação da linguagem corrente. Entretanto, esta metainstituição da linguagem depende dos processos sociais que não são absorvidos pelos contextos normativos (HABERMAS, 1987b, p. 21).

Daí se comprova a importância do processo de formação da norma legal junto a aplicação e interpretação desta norma ao caso concreto. A tradição de formação, a história do processo formador da regra ou do princípio, acabam por fazer parte destes, não podendo o jurista afastar-se disso. São importantes os eventos criadores da norma. Como também o são aqueles que embasam e que sustentam o debate, assim como a forma de elaboração do Estado. Não há como admitir Democrático de Direito um Estado no qual não se busque a emancipação do sujeito, a descentração do ego, e que não tenha por norte os direitos fundamentais e a dignidade humana.

---

tentativa de estruturar de maneira imutável e invariável ao menos alguns aspectos da vida social que torna a ‘invenção da tradição’ um assunto tão interessante para os estudiosos da história contemporânea”. Note-se, alerta Hobsbawn, que há diferença entre “tradição”, inclusive a “inventada” e costume. Aquela tem por característica a imutabilidade e este pode, até certo ponto mudar. Não impedindo as inovações, devendo ser compatível ao “costume” que o antecedeu. Costume é o que fazem os magistrados. Tradição inventada é a peruca que eles usam, que carece de substância, esta pertinente ao costume (HOBSBAWN, 2008, p. 09-10).

O que se defende é que uma nova Constituição tem um poder revolucionário. E não foi diferente em 1988 no Brasil, quando se saiu de um modelo de Constituição ditatorial, Constituição do Brasil de 1967 e Emenda Constitucional número 1 de 1969 que, embora tratassem dos direitos fundamentais, também consagravam, especialmente esta última, as normas de segurança nacional, concretizadas pelo Ato Institucional número 5<sup>41</sup>.

E é esta nova face ou mesmo uma transformação no modo de produção que abarca por alterar ou reestruturar a imagem da linguística do mundo. Não se duvida que nas condições em que se reproduzem a vida material são decididas linguisticamente, não sendo, contudo, uma nova prática posta em prática apenas por novas interpretações, sendo atingidos, de baixo para cima os antigos modelos de interpretação, isso pela nova prática que os revoluciona (HABERMAS, 1987b, p. 22).

Nas palavras de Habermas

[...] Uma transformação dos modos de produção acarreta uma reestruturação da imagem linguística do mundo. Isso pode ser estudado, por exemplo, no alargamento do terreno profano em sociedades primitivas. Não há dúvida de que revoluções nas condições de reprodução da vida material são, por sua vez, medidas linguisticamente; mas uma nova práxis não é posta em ação apenas por uma nova interpretação, e sim antigos modelos de interpretação vêm a ser também 'de baixo para cima', atingidos por uma nova práxis e revolucionados (HABERMAS, 1987b, p. 22).

Desta forma, no momento em que promulgou a Constituição brasileira de 1988, em 05 de outubro, passou, por evidente, a vigorar o artigo 7º, I, do mesmo diploma. Se neste dispositivo há referência expressa aos direitos dos trabalhadores, entre eles a relação de emprego, por óbvio, que tendo por base o caráter revolucionário da norma, não só as novas interpretações, mas as antigas devem-se pautar por esta norma. Devem levar em conta o que é um Estado Democrático de Direito e deixarem-se levar por um conceito emancipatório de sociedade, pautada pelos direitos fundamentais e dignidade humana.

Não se pode esquecer que esta norma constitucional, fruto do processo comunicativo, também está pautada para ser interpretada tendo como pano de fundo este processo comunicativo. Isso ocorre mesmo que este processo comunicativo autorize a ação instrumental/estratégica, que deve seguir um padrão de interpretação restrita, seguindo a senda dos direitos fundamentais e dignidade humana.

---

<sup>41</sup> O Ato Institucional número 5 ou AI 5 ficou famoso no Brasil ditatorial por justificar as prisões políticas. Com base nele os militares, além de fecharem o Congresso Nacional, passaram a perseguir os inimigos do regime, ou seja aqueles que se opunham ao governo das fardas. Foram tempos de sombra. Poucos intelectuais ficaram. O Brasil, colorido pelo sol e pelo carnaval ficou cinza....

Destaca-se que a linguagem e a ação se interpretam reciprocamente. “A gramática dos jogos de linguagem no sentido de uma completa práxis da vida regula não apenas combinação dos símbolos, mas igualmente a interpretação de símbolos linguísticos através de ações e expressões” (HABERMAS, 1987b, p. 32). Estas ações, se pode dizer, trazendo, como já se pode notar, esta discussão para o direito, nada mais são do que o agir. O que fazer. As expressões ou a linguagem devem ser entendidas por todos e devem-se pautar pelo compromisso comunicativo para com o novo. Não há como criar um novo modelo fruto do processo comunicativo e restringir as ações ao que se fazia antes. Ambos, ação e linguagem, devem andar de mãos dadas. Devem ser fiéis uns aos outros na busca incessante pela emancipação do sujeito.

O que se pode dizer, contudo, quanto ao que preceitua, por exemplo, a Súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho<sup>42</sup>, é que uma falsa comunicação gera um sistema de mal-entendidos que não é sequer descoberto ou percebido na aparência de um falso consenso (HABERMAS, 1987b, p. 42). Daí se pode ver que os jogos de linguagem e a forma como os ministros do Tribunal Superior do Trabalho, quando elaboraram a súmula, em verdade, tinham por norte um direito constitucional não mais presente. Registra-se que a súmula, em sua primeira redação é de 1993, portanto cinco anos após a promulgação da Constituição brasileira de 1988.

No caso da redação da Súmula 331 do TST, os padrões constitucionais utilizados foram aqueles anteriores à Constituição vigente mas que, em razão da falta de comunicação e relação estreita para com o novo modelo constitucional, acabaram por servir de base a toda a jurisprudência brasileira em matéria de sub-contratação. O Tribunal Superior do Trabalho se desvinculou da tradição e da história. Deixou de lado os debates legislativos de 1988 e editou orientação de jurisprudência que ratifica ou mantém vigente a norma constitucional anterior.

A falsa comunicação pode ser resultado de uma falsa racionalidade, onde as coisas parecem racionais, fruto do processo comunicativo, mas não são.

---

<sup>42</sup> CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LEGALIDADE (mantida) - Res. 121/2003, DJ 19, 20 e 21.11.2003 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 personalidade 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).



A comunicação, para não pecar por esta falsidade, deve estar isenta de violência, não podendo por esta última, evidentemente, ser distorcida. Uma falsa aparência de verdade é o que surge com a leitura as Súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho, isso porque os ministros do Tribunal, no momento da edição do enunciado jurisprudencial em questão, tinham por norte uma tradição ultrapassada pelo processo comunicativo da Constituição brasileira de 1988. Não estavam, portanto, atrelados à história democrática brasileira, repetindo uma noção inverídica dos fatos presentes, isso pela falsa comunicação para com os conceitos modernos de democracia e formação estatal.

Isso faz perpetuar os mal-entendidos, que os antigos chamavam de cegamento, mesmo que aparentem um acordo fático e uma relação direta entre a ação e a linguagem. Isso distorce a comunicação e a linguagem corrente (HABERMAS, 1987b, p. 63), criando uma espécie de tangente. De um mundo irreal com aparência de verdadeiro, real, melhor e feliz. É por esta razão que se entende necessária a análise dos padrões constitucionais conforme estão eles postos dentro do sistema constitucional: Estado Democrático de Direito, direitos fundamentais e dignidade humana, todos eles fruto do processo comunicativo que deu origem à Constituição e do qual, mesmo em se autorizando, pela norma constitucional, a ação instrumental/estratégica, a forma de leitura desta possibilidade deve ter por base aquilo que a autoriza: o processo comunicativo que legitima o Estado Democrático de Direito, a supremacia dos direitos fundamentais e a dignidade humana, que rumam, sem dúvida, à emancipação do sujeito.

Daí se pode dizer que o consenso, fruto do processo comunicativo que cria a Constituição, também cria a possibilidade a ação instrumental/estratégica. Esta última forma de ação, embora autorizada, para ser permitida depende da ação que a fundamenta e que cria a Constituição, que é aquela que deriva do processo comunicativo, do entendimento e da intersubjetividade, onde o discurso racional impera e onde vence o melhor argumento. Para se permitir a ação instrumental/estratégica, evidentemente, se escolhe a dedo as suas hipóteses de incidência. Qualquer ampliação desta regra de exceção se choca com a norma constitucional criando, dentro do direito, uma não norma ou uma impossibilidade de aplicação.

Registre-se, para melhor esclarecer o sentido que se pretende dar ao que está dito acima, que a hermenêutica filosófica investiga a “competência interativa de falantes adultos desde o ponto de vista de como um sujeito capaz de linguagem e de ação pode compreender (*sich verständlich macht*), em um ambiente estranho, manifestações ou proferimentos incompreensíveis”. A hermenêutica se preocupa ou se ocupa da interpretação como uma realização excepcional, e que se torna necessária quando relevantes setores do mundo da vida tornam-se problemáticos, quando certezas culturalmente ensaiadas “se rompem e os meios normais do entendimento falham” (HABERMAS, 1987b, p. 87).

É partindo desta lógica que se conclui pela “inconstitucionalidade” do que preceitua a Súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho e/ou qualquer norma legal que estabeleça a terceirização. E, para se chegar a esta conclusão, necessário o auxílio da hermenêutica filosófica, que tem por objetivo reconstruir os caminhos rompidos junto à comunicação quando da atuação do humano em prol do entendimento livre da violência.

Uma comunicação pode levar o nome de perturbada quando algumas de suas condições linguísticas, que visam a um entendimento direto entre pelo menos dois particulares da interação, não estão preenchidas. Note-se, por exemplo, o caso de um texto transmitido pela tradição. “O intérprete parece inicialmente compreender as proposições do autor, mas no decurso seguinte faz a experiência inquietante de, contudo, não compreender o texto tão bem que ele pudesse eventualmente ‘responder’ às perguntas do autor”. O intérprete recebe isso como um indício de que ele situara erradamente o texto “em um ‘outro’ contexto e de que partiu de outras questões que não as do próprio autor” (HABERMAS, 1987b, p. 87-88).

E, trazendo mais uma vez esta passagem para o objeto principal deste estudo, se pode dizer que o intérprete, no momento em que se deparou com a Constituição brasileira de 1988, esta fruto de um processo comunicativo e que lhe dá validade, mesmo assim, seguiu interpretando-a conforme o fazia durante a vigência da Constituição anterior, não partindo, portando, das questões postas pela nova ordem, mas sim de outras, estranhas ao ordenamento jurídico vigente. O intérprete se afasta dos autores da nova ordem constitucional. Desapega-se de sua história e considera irrelevantes os debates que deram origem à nova Carta constitucional, desprezando o fato de estarem vinculados, agora, a um Estado Democrático de Direito, às normas de direitos fundamentais e ao mega-princípio da dignidade humana.

O intérprete apenas vai descobrir o sentido de um texto quando descobrir porque o autor do texto se sentiu no direito de assim agir, de criá-lo, apresentando determinadas afirmações como verdadeiras, reconhecendo determinados valores e normas como corretos e externando determinadas vivências como sinceras. “O intérprete tem de aclarar para si o contexto que tem de ter sido pressuposto pelo autor e pelo público contemporâneo como saber comum, para que naquela época não precisassem aparecer aquelas dificuldades que hoje o texto nos apresenta, e para que pudessem aparecer entre os contemporâneos ‘outras’ dificuldades, que para nós, inversamente, pareciam triviais” (HABERMAS, 1987b, p. 89).

É somente sobre este fundo de elementos cognitivos, morais e expressivos da provisão cultural do saber, de onde o autor e os seus contemporâneos retiram suas interpretações, pode-se tornar claro o sentido do texto. Por outro lado, o intérprete nascido anos mais tarde não pode identificar estes pressupostos se não tomar posição das pretensões de validade vinculadas ao texto (HABERMAS, 1987b, p. 89). É esta vinculação histórica que se cobra.

É ela que permitirá uma leitura constitucional voltada aos direitos fundamentais e dignidade humana. Do contrário, haverá desprezo a tudo o que foi pensado e feito durante os debates na Assembléia Nacional Constituinte.

“O intérprete, enquanto não estiver em condições de se presentificar as razões que o autor teria podido mencionar nas devidas circunstâncias”, não pode compreender o conteúdo e o significado de um texto (HABERMAS, 1987b, p. 89-90). É o fato de o intérprete ter o dever de entender o texto que o vincula à tradição e à história. Se não presenciou, ou se não se inteirou dos debates no momento em que ocorreram, isso em matéria constitucional, deve buscar na doutrina ou mesmo em informações de época, tradição, história e cultura, o que levou às conclusões (no caso do direito às normas postas) apresentadas.

Para se permitir interpretar a norma como se quer neste texto, são necessárias algumas atitudes. A primeira delas é um debate racional, cujo procedimento aceite os argumentos, sem que haja qualquer vício ou violência, vencendo o melhor e mais bem fundamentado. O que vai justificar a vitória de um argumento é a dialética, a contradição vinda de outros argumentos. Esta dialética legitimará o discurso e fará do vencedor o verdadeiro, fruto do consenso. Esta atuação intersubjetiva, de outro lado, aproxima o humano da verdade, da correção e da sinceridade. O que é fruto do agir comunicativo (portanto racional) é verdadeiro, correto e sincero. É destas bases que se deve partir. São elas que fundamentam a ordem constitucional posta e é por elas que se deve traçar os marcos e caminhos de uma interpretação da Constituição.

A intersubjetividade procedimental, vinda do agir comunicativo, faz de todos os membros da sociedade verdadeiros agentes legisladores e transformadores. A emancipação, a descentração do ego, que caminha para uma intersubjetividade onde um reconhece no outro o próprio eu, permite se criem padrões de conduta que poderão levar à emancipação do ser. É por isso que, além da hermenêutica filosófica, apresentação dos verdadeiros sentidos dos atos de fala e da comunicação, especialmente em situações difíceis, a dialética é essencial. Ambas legitimarão o procedimento constitucional e trarão a resposta correta às perguntas elaboradas pelos juristas.

O que deve ficar claro, conforme pondera Stein, é que, embora não se descreva explicitamente os procedimentos a ser adotados, identificando-os com uma ou outra corrente filosófico-doutrinária, a dialética e a hermenêutica são dois caminhos pelos quais o debate atual sobre “a questão do método como instrumento de produção de racionalidade, através da convergência entre filosofia e ciências humanas, se desenvolve numa esfera que transcende a fragmentação dos procedimentos coentíficos em geral”. É possível desenvolver uma questão filosófica através da análise das relações, das diferenças e “do universo comum do pensamento crítico-dialético e da hermenêutica filosófica” (STEIN *apud* HABERMAS, 1987b, p. 99).

Stein prossegue e ensina que

[...] os dois métodos, o dialético e o hermenêutico, e as duas posições filosóficas que nele se manifestam encontram o seu estatuto teórico na referência a esta polaridade da reflexão. Mas esta polaridade não apenas torna compatíveis o método crítico e o método hermenêutico. Ela instaurou, desde sempre, uma proximidade entre ambos. De tal maneira que um não pode operar sem o outro. Portanto, tanto na filosofia crítica como na filosofia hermenêutica, o ideal da reflexão aparece enquanto busca da racionalidade. Apenas a reflexão crítica acentua a diferença, o contraste e a reflexão hermenêutica acentua a identidade. O método crítico se apresenta basicamente como um instrumento para detectar a ruptura do sentido, enquanto o método hermenêutico busca nos muitos sentidos a unidade perdida. Essa estrutura ambivalente da razão humana enquanto reflexão funda, ou ao menos justifica, a pretensão de universalidade tanto da crítica como da hermenêutica (STEIN apud HABERMAS, 1987b, p. 103-104).

Observe-se, como dito supra, que ambos os métodos (dialético e hermenêutico) se relacionam “através de um contato que não se constitui ao modo de fundante e fundado. Basicamente os dois métodos se apresentam, como nenhum outro, com uma pretensão de universalidade. Pretensão que pode ser entendida como o desejo de constituir o ponto de partida e o eixo fundamental de posições filosóficas”. Podem ser encarados, simplesmente, também, como método de trabalho, que afirma a imbricação entre método e coisa, moldando-se a uma certa espécie de discurso em que a justificação das proposições é feita de maneira circular (STEIN apud HABERMAS, 1987b, p. 107-108).

O certo é que:

O método dialético, como também o método hermenêutico, trabalham sobre um plano em que há propriamente apenas o homem. É claro, uma tal redução do espaço da teoria traz consigo também novas possibilidades de uma ampliação da produção de racionalidade a partir da integração e da convergência entre filosofia e ciências humanas, convergência que vem substituir a pseudo-racionalidade e transparência de um tipo de discurso que parte de dois pressupostos excluídos do campo hermenêutico e do campo dialético: o ponto de partida do mundo natural ou o ponto de partida do mundo teológico (STEIN apud HABERMAS, 1987b, p. 108).

É necessário que se perceba as consequências deste gesto filosófico. Ele recusa a totalidade da tradição metafísica de um lado. De outro, ele introduz uma ideia de totalidade que se faz no próprio processo, operada dentro do trabalho teórico, que não se finaliza ou completa. “Essa totalidade, como ela é sempre teórico-prática, se repõe a cada momento do esforço teórico e permanece uma espécie de horizonte regulador nas questões da prática. Não é mais uma totalidade hipostasiada, nem uma totalidade que seguramente resulta de determinações que vão sendo progressivamente postas até se

atingir um estágio final”. É evidente que tanto a dialética quanto a hermenêutica não percebem o paradigma por elas inaugurado, mas seu modo de atuar como um método, lugar em que se cruzam a filosofia e as ciências humanas, dá-lhes uma “autoridade epistêmica capaz de dar conta de seus pressupostos e produzir níveis de racionalidade cuja legitimação vai se repondo através do processo do trabalho teórico” (STEIN *apud* HABERMAS, 1987b, p. 108-109).

É este casamento entre a dialética e a hermenêutica que vai permitir que, pela linguagem, esta longe da dominação, se chegue ao consenso sobre o que se pode ou deve fazer. Se a sociedade começa pela Constituição, fruto do processo comunicativo, os laços de linguagem que vêm desta carta devem ser interpretados a fim de se saber qual é a vontade do legislador, sem deixar de lado todos os argumentos tanto utilizados na elaboração da norma constitucional, como aqueles posteriores a ela que visam a interpretar a própria norma. É a partir daí que o agente operador do direito vai dizer o que é, de fato, neste caso, o direito e qual ou quais são os alcances de determinado dispositivo, tendo sempre em vista o agir comunicativo da gênese do processo constitucional e ele como elemento de validade quando da aplicação de eventual agir instrumental autorizado pelo processo democrático constitucional.

Não se pode defender que a dialética possa ser compreendida sem o recurso à hermenêutica. A dialética não será entendida em sua profundidade sem os recursos hermenêuticos. Daí, para o processo de libertação do homem pelo diálogo e da interação, necessário se recorra à hermenêutica e à dialética. Note-se que “sem a participação efetiva de todos na elaboração das instituições, estas sempre se convertem em estruturas de violência e dominação”. Se existe um ideal filosófico e que sustenta estas análises da ideologia, este ideal é descobrir, na história, “todos os traços de violência e de dominação que sufocam o diálogo e impedem a comunicação e a maioria dos grupos humanos” (STEIN, 1999, p. 10-12).

E assim, Stein aduz que “considero ideologia como absolutamente necessária como meio de identificação de grupos com determinado sentido moral e político. Através da ideologia realiza-se a adesão a determinados comportamentos que passam a definir os papéis de grupos dentro do contexto social”. E à autocrítica incumbe-se o papel de relativizar a adesão à ideologia. Se isso não existir, a crítica e a relativização devem ser socializadas pelos intelectuais e pela reflexão filosófica. É a filosofia quem terá o papel de destruir as falsas identidades, e de “des-moralizar e des-politizar os comportamentos ideológicos, na medida em que se crispam e dogmatizam” (STEIN, 1999, p. 12).

E é daí que se pode dizer que

Este papel da filosofia se pode chamar de processo de conscientização (*aufklärung*). Nela se recebem as verdadeiras medidas das coisas que a ideologia pode deformar. Certo é que, entretanto, a dissolução da identidade gera crises em membros ou no grupo todo que procurará defender sua identidade. O equilíbrio se atingirá quando o comportamento

ideológico progredir para níveis cada vez mais amplos, caracterizados pela elasticidade e plasticidade diante da realidade social. O amadurecimento do grupo se realizará pela sucessão das identidades sempre instauradas após novas crises. É uma espécie de progresso em nível da consciência que a amplia e amadurece. A ideologia deverá assim adaptar-se tanto aos novos níveis de consciência como à dinâmica da realidade histórica. Poder-se-á objetar: para que a ideologia a era da técnica? A resposta é, primeiro, o fato do contínuo surto de aglutinações ideológicas. Depois, o homem e os grupos humanos precisam deste pensamento de mãos sujas para se moverem na práxis com relativa lucidez” (STEIN, 1999, p. 12-13).

Stein acrescenta que não quer encobrir os perigos que a ideologia representa dentro dos diversos grupos humanos, justificando a crítica à ideologia por parte da Escola de Frankfurt. É que ela (crítica) busca vigiar “todo o comportamento ideológico e desmascarar suas distorções, sobretudo, em três áreas fundamentais da atividade humana: no trabalho, na linguagem e no poder. É aí que se processam os maiores conflitos ideológicos gerando racionalizações e defesa de interesses. A crítica ideológica procura salvar nestas áreas da práxis humana o verdadeiro nível de comunicação capaz de desfazer falsas identidades” (STEIN, 1999, p. 13-14).

É por isso que é tão necessário o recurso à técnica da hermenêutica e da dialética. Se a ideologia é necessária para que se saiba perfeitamente os grupos presentes dentro do tecido social e a forma de atuação política e social deles, não menos importante é a crítica à dialética, a fim de superar falsos conceitos e identidades, utilizando-se como método emancipatório não apenas a hermenêutica mas esta juntamente com a dialética. A autocrítica e a análise de si e da sociedade, através de um processo intersubjetivo onde o outro assim como o Eu é um fim em si mesmo, leva à emancipação do sujeito e ao desenvolvimento de conceitos corretos de convivência sadia, livre e feliz.

A interpretação do direito e a discussão a respeito da melhor resposta ao caso concreto, ou mesmo as discussões de constitucionalidade ou não de uma norma jurídica, dependem da atuação de agentes emancipados e que se centrem em uma idéia de ação comunicativa, voltada, portanto, ao entendimento, onde vença o consenso pelo melhor argumento. Deve imperar o direito e a norma, mesmo em situações em que ela própria, fruto do processo comunicativo, autorize a ação instrumental/estratégica, de forma comunicativa. E é conhecendo bem a questão ideológica de uma sociedade que se poderá, sem perder de vista a crítica à ideologia, caminhar-se rumo a esta emancipação do sujeito e, por consequência, da sociedade e das decisões judiciais.

E é apenas quando o homem se debruçar sobre o seu trabalho, a sua economia, sua técnica, sobre a sua sociedade, seu estado, seu direito, seus costumes, sua educação, sua linguagem, seus mitos, artes, religião, ciência, filosofia, etc., ele se entenderá através da sua obra. E é em tudo isso que ele se objetiva como história concreta. “Na proporção em que ele se encaminha para a sua compreensão, através do método que atinge a sua obra, o homem

abandona como valor único a abstração e a ciência natural e se aproxima de si mesmo pelo método hermenêutico-ergológico<sup>43</sup>, próprio das ciências humanas, também chamadas ciências da cultura, da história, do espírito”. São as ciências humanas que exploram os reinos do homem e estão distribuídas especialmente por três faculdades: teologia, direito e filosofia. É nestas faculdades que se estuda absolutamente tudo o que sustenta, entretém e conduz o homem em sua história concreta. É nelas que se processa a autocompreensão do homem através da sua obra. E é nestas áreas que se move a interpretação concreta do ser humano e da vida humana no mundo. São as áreas da hermenêutica e que poderá ter variadas formas conforme o campo a que se aplica, mas que traz como interação profunda e que anima a compreensão do homem. E é por isso que é a hermenêutica o método de compreensão do fenômeno humano e sua obra (STEIN, 1999, p. 18).

Assim, a era da hermenêutica, da interpretação, da compreensão que se faz presente hoje, desencadeia aspectos da condição humana e que tomam novo relevo. O homem passa a ver-se no mundo de outra forma, de outra maneira. Passa a ter uma visão diferente de seu lugar no mundo. Ele não parte mais de um a priori para saber a verdade de sua natureza e de seu destino. A partir de diversos pontos dentro da história e da cultura ele busca atingir, chegar à verdade. O homem passa a rejeitar as soluções definitivas e as afirmações intemporais e os absolutos abstratos. Ele os estuda mergulhados na história do próprio homem. A hermenêutica acaba por alimentar as muitas faces da mesma verdade e desenvolve a análise da multiplicidade destas faces. O hermeneuta não absolutiza os pontos de vista, senão que prova da verdade em situações concretas, buscando a universalidade inerente para a sua interpretação (STEIN, 1999, p. 21).

Assim,

A hermenêutica teológica, a hermenêutica jurídica, a hermenêutica na literatura, na arte, na religião, na sociologia, na psicologia, na cultura em geral e na história, sobretudo, representam a exigência de uma era em que o homem toma mais que nunca seu destino nas mãos.

A hermenêutica é o estatuto em que o homem ausculta sua temporalidade. Nesta temporalidade o homem peregrina e deixa sinais ao longo do caminho. O sinal mais decisivo é a linguagem. A força do tempo reside

---

<sup>43</sup> Este método, na verdade, segundo Stein, quer dizer que as ciências humanas não se compreendem como construções teóricas. São a mediação que busca interpretar o trabalho do espírito. Surpresas, reviravoltas e mesmo as irregularidades não nos permitem uma sistematização rígida, o que faz que a constituição das ciências do espírito se processe ainda atualmente. Talvez um dia se chegue a construir uma ciência universal comparativa do homem e da cultura, estabelecendo-se nela as diversas bifurcações históricas e que teriam como primeiro grupo história, a filologia, literatura e etc., como segundo grupo, o conjunto das ciências que visam a estabelecer princípios como a teoria comparada da linguagem, teoria comparada do direito e etc., e que descobrem um universo comum de categorias e conceitos e, num terceiro grupo, ter-se-ia as disciplinas filosóficas, que estudariam os campos específicos da ciência do espírito, como a filosofia da religião, filosofia do direito, filosofia da história, filosofia da cultura e etc. (STEIN, 1999, p. 19).

na historicidade do homem e desabrocha na palavra. É por isso que a paisagem humana se povoa de verbos. Eles conjugam a unidade das dimensões do homem na temporalidade. A exegese do verbo, a hermenêutica da palavra é a exploração de nossa condição humana que acontece como história” (STEIN, 1999, p. 22-23).

É a hermenêutica quem vai sustentar a tensão da história, isso porque o homem é essencialmente histórico. A temporalidade radical do humano é a historicidade. Esta historicidade brota do passado, presente e futuro, três dimensões do tempo. O tempo da historicidade emerge do futuro. E é porque o homem é um ser para a morte que ele se volta ao passado e se ocupa do presente. “A morte como limite, como última possibilidade, faz com que o homem explore seu poder-ser e procure realizar as possibilidades que lhe são dadas no espaço de tempo de sua história. A volta ao passado não é nada mais do que a busca das possibilidades que me foram dadas com meu fato de ser, com meu nascimento”. Diante da total impossibilidade de qualquer possibilidade, a morte, o homem recolhe no passado as possibilidades de seu poder-ser, buscando concretizá-las no presente. É este espaço de tempo que é a sua historicidade e que tem uma aparente linearidade, “mas que em si mesma é composta de movimentos totais em que o todo da existência é assumido como futuro, passado, presente” (STEIN, 1999, p. 28).

É a hermenêutica a janela aberta sobre a história do homem “enquanto ela possibilita a compreensão do passado, da tradição em que mergulham as raízes do homem e de onde ele pode libertar as suas possibilidades”. É a hermenêutica decisiva para o conhecimento da história. É ela quem situa de forma precisa o homem diante da sua história. Ela impedirá que o homem, de forma ingênua, se considere imune e livre das cargas de seu passado, ou que se julgue absolutamente determinado pela tradição. “Mas descerrará também o caminho que permite ao homem apreciar sua verdadeira posição na história, impedindo que sonhe com uma absoluta independência entre teoria e vida” (STEIN, 1999, p. 29).

Registre-se que é o próprio passado que julgamos quem dá seu colorido ao juízo do homem em cada instante. O homem está envolto nas cargas da tradição quando interpreta a tradição, sendo que a história como passado pesa sobre este mesmo homem, mesmo quando ele julga agir de forma isenta. O espírito que faz a análise da tradição não sobrepara. É a própria tradição quem o sustenta. Somente quando o homem tem a plena consciência da ação da história sobre si é que sabe a sua situação na história. Daí se pode dizer que a consciência que o humano tem a cada momento é fruto da ação da história (STEIN, 1999, p. 29).

E é a consciência que se tem a cada momento é que é o resultado da ação da história. Pode-se, por outro lado, falar de uma consciência da ação da história. Esta consciência é determinada pela ação da história e pode assumir lucidamente esta ação enquanto ela determina o humano ou o limita.



“A ingenuidade diante da história, como acontecer concreto, desaparece na medida em que assumimos lucidamente a ação da história, como um elemento decisivo que nos limita e nos obriga a assumir a nossa finitude diante da compreensão da história”. E a finitude desta compreensão resulta da imersão do ser humano no movimento da história, da impossibilidade de uma distância que o retire da história sobre a qual ele pensa e medita (STEIN, 1999, p. 30).

E é a finitude da compreensão do homem sobre a história, que fica clara a partir do círculo de interpretação, que é o elemento que instaura o absurdo, a contradição e o enigma na história. “A inserção de uma razão absoluta, de uma reflexão total da história seria a superação de toda a dimensão misteriosa no acontecer concreto do homem”. A compreensão do homem sobre a história se movimenta com ele e é ele quem a limita em seu acontecer. Tornar a história inteiramente racional é fugir da história, negando o humano a sua importância na história. Assumir a finitude na compreensão é que é uma atitude realista. E é isso que liberta o homem para o futuro, libertando as possibilidades do homem. E por isso que “na medida em que penetramos na tradição, através desta compreensão finita, recuperamos nossa humildade diante da história, porque somente ela tem a consciência da precariedade de cada momento e a reversibilidade de nossos juízos sobre o acontecer histórico”. Isso faz com que se possa concluir que a ruptura, às vezes, é exigida pelos próprios projetos do homem, sofrendo eles, mesmo assim, a carga da ação histórica como tradição. Os projetos do homem são possibilidades e, por isso, são também limitados (STEIN, 1999, p. 30).

De tudo isso o que se pode dizer, tendo por base o objetivo deste estudo, é que a hermenêutica, enquanto janela aberta sobre a histórica do homem, aproxima o homem da verdade. É aquela verdade vinculada à tradição e à história do homem que se faz evidente a partir de uma análise hermenêutica. Vinculado à sua história o homem faz o presente, sempre tendo por objetivo ver o futuro. É por isso que no momento em que se sustenta a possibilidade da terceirização, na verdade se fecha esta janela sobre a história do homem e se deixa a hermenêutica de lado, para se vincular às falsas verdades que fogem da verdade histórica do humano. Se o processo comunicativo de formação da Constituição, e que evidentemente é fruto da história da sociedade presente, decidiu por atribuir como direito dos trabalhadores a relação de emprego, é evidente que, a fim de se reservar a tradição histórica (vínculo de emprego) e se projetar o futuro (sociedade livre, justa e solidária), não se pode aceitar a dupla alienação, não se pode tolerar um dupla exploração da “mais valia” sobre um trabalhador.

Este elemento, aliado aos já lançados, permite se defenda, de forma fundamentada, a inconstitucionalidade da contratação por intermediação de mão de obra, tendo por base a Constituição brasileira de 1988, artigo 7º, I, sem deixar de lado o aspecto filosófico/histórico. Se as súmulas, no caso concreto a Súmula 331 do TST, engessam o conhecimento e afastam os juristas do processo histórico, é a leitura histórica da Constituição que permitirá decisões

judiciais mais vinculadas ao objetivo do ser humano no mundo, que é a felicidade, o amor e o prazer em estar vivo.

A atuação, portanto, do intérprete deve ter por base o agir comunicativo, mesmo em situações em que está autorizada a ação instrumental/estratégica. O cerne da Constituição centra-se no agir racional e para o entendimento, onde deve vencer o melhor argumento. É por esta razão que uma vez autorizada a ação estratégica (relação de emprego) deve ela ser limitada aos parâmetros mínimos de simples alienação, sem que consagre a dupla coisificação do homem pelo homem. Se o sistema constitucional permite que um se utilize de outros como meio, que o faça da forma que minimamente o reduza a coisa, ou seja, alienação simples e vinculação de emprego direta.

#### 4 CONCLUSÃO

Conclui-se este texto entendendo que não há, pela legislação nacional, espaço para dupla exploração da “mais-valia”. Isso quer dizer que como é inerente ao contrato de emprego a sujeição, a exploração econômica do empresário sobre o empregado, o limite para que isso ocorra deve levar em conta o que preceitua a Constituição Federal. E é nesta mesma Constituição, em seu artigo 7º, cabeça<sup>44</sup>, que consta os limites interpretativos em matéria laboral. Se toda e qualquer alteração legislativa, e, se serve para os legisladores, em razão da harmonia dos poderes, serve para os juristas, deve vir para a melhoria da condição social dos trabalhadores, é evidente que toda e qualquer interpretação deve ter por objetivo a melhoria da condição social do trabalhador. De que forma há melhoria na condição social (e não apenas econômica) do trabalhador quanto está ele sujeito à dupla exploração da “mais valia”? Quando está exposto à dupla subordinação? Quanto se sujeita a dois senhores? Esta dupla exploração da “mais-valia”, dupla subordinação e dupla sujeição aplica-se perfeitamente à terceirização, em razão de que, pelo que preceitua o artigo 6º, cabeça, e parágrafo único, da CLT<sup>45</sup>, a subordinação jurídica é estrutural e envolve não apenas ordens diretas, mas ordens estruturais, envolvendo não só a atividade-fim, mas igualmente, e pelos mesmos motivos, a atividade-meio da empresa tomadora.

Ainda, se é direito dos trabalhadores “*relação de emprego*”, nos exatos termos do inciso I do artigo 7º da CF/88, e se os incisos sujeitam-se ao “caput”, como justificar que uma lei possa garantir tamanho retrocesso, em situação onde haja dupla exploração da “mais-valia”, dupla subordinação e dupla sujeição? Ou seja, como pode haver dois senhores, quando a regra, aquela prevista na época da aprovação da Constituição, era a contratação

---

<sup>44</sup> Art. 7º - São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

<sup>45</sup> Art. 6º - Não se distingue entre o trabalho realizado no estabelecimento do empregador, o executado no domicílio do empregado e o realizado a distância, desde que estejam caracterizados os pressupostos da relação de emprego. Parágrafo único. Os meios telemáticos e informatizados de comando, controle e supervisão se equiparam, para fins de subordinação jurídica, aos meios pessoais e diretos de comando, controle e supervisão do trabalho alheio. (destaco para bem demonstrar).

direta, sem intermediários, nos termos dos artigos 2º e 3º da CLT<sup>46</sup>? A lei da terceirização altera, por via transversa, sem legitimação democrática, a Constituição. E o pior é que, para a doutrina (v. Bonavides), as normas de direitos sociais são, assim como as que prevêm os direitos e deveres individuais e coletivos, cláusulas pétreas. Ora, uma lei que autoriza a subcontratação de trabalhadores, uma vez aprovada, “revogará” em parte o que preceitua o artigo 7º, I, primeira parte, da CF/88, e o fará por “quorum” simples, dando à CF/88 a *hierarquia de lei ordinária*, retirando seu caráter de fundamento de validade de todo o ordenamento jurídico nacional<sup>47</sup>.

Por fim, não podemos perder de vista que a Constituição é fruto do processo de entendimento comunicativo. Há uma presunção de que os deputados eleitos atuaram sem as sujeições aos poderes administrativos e do dinheiro, e que os debates da Assembleia Nacional Constituinte foram abertos a todos em igualdade de condições, com os mesmos espaços para deliberações, reuniões e acessos. Este debate fruto do processo comunicativo de formação da constituição é que é a regra quanto à forma de se ler e interpretar a Constituição. E mesmo nos casos em que a Constituição autoriza a ação estratégica/instrumental (meios/fins), a forma, nestes casos, de interpretação destas situações, devem ter por conta o processo de formação da Constituição, comunicativo. Se faz parte do processo comunicativo as ações de coordenação e de entendimento, ainda que se tenha uma situação em que haja sujeição (como por exemplo a relação de emprego), a forma que se deve ler esta relação é com base no entendimento, inclusão do outro e democracia, comunicativa portanto. Isso, aliás, está escrito nos artigos 1º, III e IV<sup>48</sup>, 3º, I, III

---

<sup>46</sup> Art. 2º - Considera-se empregador a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviço.

§ 1º - Equiparam-se ao empregador, para os efeitos exclusivos da relação de emprego, os profissionais liberais, as instituições de beneficência, as associações recreativas ou outras instituições sem fins lucrativos, que admitirem trabalhadores como empregados.

§ 2º - Sempre que uma ou mais empresas, tendo, embora, cada uma delas, personalidade jurídica própria, estiverem sob a direção, controle ou administração de outra, constituindo grupo industrial, comercial ou de qualquer outra atividade econômica, serão, para os efeitos da relação de emprego, solidariamente responsáveis a empresa principal e cada uma das subordinadas.

Art. 3º - Considera-se empregado toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário.

Parágrafo único - Não haverá distinções relativas à espécie de emprego e à condição de trabalhador, nem entre o trabalho intelectual, técnico e manual.

<sup>47</sup> Os direitos sociais dos trabalhadores foram pensados sob a lógica da contratação direta. *Relação empregado-empregador*. Isso porque esta era a regra na época. Não se tinha como parâmetro, salvo exceções, os contratos triangulares de emprego/trabalho, como por exemplo, a terceirização. É por isso que alterar, por via legislativa, este “binômio” empregado-empregador, é alterar por via transversa a Constituição Federal. Note-se que a *mutação constitucional*, que bem poderia ser invocada aqui, limita-se à própria Constituição, no caso da parte trabalhista, ao que consta do artigo 7, caput, melhoria da condição social dos trabalhadores.

<sup>48</sup> Art. 1º - A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: III - a dignidade da pessoa humana; IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; [...]

e IV<sup>49</sup> e 4º, II<sup>50</sup>, sem falar do preâmbulo, sem função vinculante conforme o STF, que assegura os direitos sociais, a igualdade a justiça como valores supremos<sup>51</sup>.

Se a terceirização, no mundo fático, cria dois tipos de empregados dentro do mesmo campo de trabalho e se permite a dupla exploração da “mais-valia”, dupla subordinação e dupla sujeição, é ela, então, inconstitucional.

## REFERÊNCIAS

AVILA, Humberto Bergmann. COFINS E PIS: inconstitucionalidade da modificação da base de cálculo e violação ao princípio da igualdade. *Repertório IOB de Jurisprudência: Tributário, Constitucional e Administrativo*, São Paulo, nº 14, p. 438, 2ª quin. jul. 1999.

CLÈVE, Clémerson Merlin. A Eficácia dos Direitos Fundamentais Sociais. *Revista de Direito Constitucional e Internacional: Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, São Paulo, v. 14, nº 54, jan./mar. 2006.

FRANK, Thomas. *Deus no Céu e o Mercado na Terra*. Tradução de Maria Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Record, 2004.

HABERMAS, Jürgen. *Conhecimento e Interesse*. Rio de Janeiro: Guanabara, 1987.

HABERMAS, Jürgen. *Dialética e Hermenêutica*. Tradução Álvaro Valls. Porto Alegre: L&PM, 1987.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. V. 1, Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. V. 2, Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

HABERMAS, Jürgen. *Teoría de la Acción Comunicativa: racionalidad de la acción y racionalización social*. V. 1, Madrid: Taurus, 1987.

HABERMAS, Jürgen. *Teoria do Agir Comunicativo 1: Racionalidade da ação e racionalização social*. São Paulo: Martins Fontes, 2012.

HOBSBAWN, Eric. Introdução: a invenção das tradições. In: HOBSBAWN, Eric; RANGER, Terence (Orgs.) *A Invenção das Tradições*. 5. ed., Tradução: Celina Cardin Cavalcante. São Paulo: Paz e Terra, 2008, p. 09-10.

---

<sup>49</sup> Art. 3º - Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;

II - garantir o desenvolvimento nacional;

III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

<sup>50</sup> Art. 4º - A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios:

II - prevalência dos direitos humanos; [...]

<sup>51</sup> “Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL”.

LACRUZ BARDEJO, José Luis, et al. *Elementos de Derecho Civil I: parte general*. Madrid: Dykinson, 2002.

LUXEMBURGO, Rosa. *Reforma ou Revolução?* 4. ed., São Paulo: Expressão Popular, 2005.

MARX, Karl. *Formações Econômicas Pré-capitalistas*. Tradução João Maia. São Paulo: Paz e Terra, 2006.

RECK, Janriê Rodrigues. *A Construção da Gestão Compartida: o uso da proposição habermasiana da ação comunicativa na definição e execução compartilhada do interesse público*. Dissertação (Mestrado), Universidade de Santa Cruz do Sul, Santa Cruz do Sul, 2006.

STEIN, Ernildo. *Dialética e Hermenêutica: uma controvérsia sobre método em filosofia*. In: HABERMAS, Jürgen. *Dialética e Hermenêutica*. Tradução Alvaro Valls. Porto Alegre: L&PM, 1987.

STEIN, Ernildo. *História e Ideologia*. 3. ed., Porto Alegre: Movimento, 1999.

STRECK, Lênio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. *Ciência Política e Teoria Geral do Estado*. 4. ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.