

TERCEIRIZAÇÃO, GLOBALIZAÇÃO E PRINCÍPIO DE ISONOMIA SALARIAL

REGINALDO MELHADO

SUMÁRIO: 1. Conceito – 2. Cenário sócio-econômico da terceirização – 3. Evolução jurisprudencial – 4. Terceirização e direito à isonomia salarial; 4.1 A analogia; 4.2 A garantia constitucional de isonomia salarial – 5. Conclusão.

A jurisprudência dominante em diversos tribunais e, notadamente, as concepções materializadas na Súmula 331 do TST, fixaram-se no sentido de que, nas situações em que ocorre a terceirização, o direito à isonomia salarial entre os trabalhadores das empresas contratante e contratada estaria restrito às hipóteses em que o vínculo empregatício diretamente com o tomador dos serviços é judicialmente declarado.

Este ensaio tem por objetivo fundamental sustentar que, mediante determinadas condições específicas, o direito à referida isonomia salarial deve ser observado também nos casos em que a terceirização é considerada lícita. Vale dizer: assegurar que, dados certos requisitos fático-jurídicos, o empregado de uma empresa subcontratada faz jus à mesma retribuição salarial outorgada ao trabalhador de posto equivalente da empresa tomadora dos seus serviços, ainda que a subcontratação seja vincada de liceidade.

Embora pareça caminhar na contramão do pensamento dominante, esta “tese” está lastrada em considerações de ordem hermenêutica e sociológica que via de regra

não têm sido sopesadas pelos operadores jurídicos. Não se pode dizer, com efeito, que seus argumentos já tenham sido vencidos: apenas não foram apreciados. Move-nos pois a intenção de mesclar o debate com uma argumentação quiçá inovadora ou pouco manejada na literatura especializada e na jurisprudência sobre a matéria.

Para tanto o texto que se segue fixa, de início, elementos conceituais básicos. Em seguida analisa-se, ainda que *en passant*, o contexto sócio-econômico da terceirização, reflexão cuja importância se acentua ante a relevância da ponderação de elementos sociológicos na análise da ordem normativa e da controvérsia fático-processual subjacentes ao processo.¹ O item 3 traz um esboço da evolução jurisprudencial sobre a matéria. No item 4 vem exposta a

⁽¹⁾ Essa ponderação “multidisciplinar” é sempre necessária. Não obstante, no caso específico da terceirização o estudo da legislação e o exame dos fatos a serem subsumidos a ela requer ao juiz um extraordinário desprendimento para tomar em consideração os fatores sociológicos, econômicos e políticos inexoravelmente imbricados ao jurídico.

proposição quanto ao direito à isonomia salarial na hipótese referida, seguindo-se algumas notas à guisa de conclusão.

1. CONCEITO

A terceirização é neologismo, aparentemente de origem gaúcha. O termo não se encontra dicionarizado e designa o mecanismo pelo qual uma pessoa jurídica comete a outras atividades não essenciais aos seus objetivos empresariais. Mais conhecido na Europa como subcontratação, o fenômeno jurídico também é denominado reconcentração, focalização ou descentralização.

O vocábulo adotado no Brasil – terceirização – revela a prevalência de uma perspectiva do Direito do Trabalho, a partir do qual a nova expressão foi cunhada: à luz do contrato de emprego e somente a partir dele o contratado a quem se transferem atividades de uma empresa é “terceiro”. Empregado e empregador figuram na relação originariamente angular como *primus* e *secundus*. Da terceirização resulta um liame triangular entre os agentes da produção.

Segundo a ótica daqueles que pactuam com a subcontratação (isto é, das empresas contratante e subcontratada), terceiro talvez seja o próprio empregado, estranho à relação jurídica ancorada em um contrato bilateral regido pelo Direito Civil.²

Através de técnicas instrumentais de subcontratação uma empresa transfere a terceiro etapas do processo de produção de bens ou serviços ou mesmo a sua comercialização. Àquela designa-se empresa principal, empresa cedente ou empresa contra-

tante. À esta, empresa subcontratada, que passa a ser responsável por fases ou atividades integrantes do ciclo produtivo originário. Ocorre assim a “fragmentação ou decomposição dos processos produtivos e a exteriorização de funções complementares, auxiliares ou acessórias, sobretudo no setor de serviços”.³

2. CENÁRIO SÓCIO-ECONÔMICO DA TERCEIRIZAÇÃO

O mais característico fenômeno da fase atual do capitalismo é a internacionalização da economia. o processo de globalização em certo aspecto inverteu uma lógica peculiar do modo de produção capitalista. Nos seus primórdios, e até muito recentemente, o sistema de “economia de mercado” apresentava tendências à concentração de grandes massas de operários no ambiente fabril. Cada vez mais sofisticada, a tecnologia criava grandes indústrias e agrupava um número continuamente maior de operários nas unidades fabris.

Este cenário levou Marx a conceber a revolução proletária como uma espécie de sombra do capitalismo.⁴ Instituído uma nova sociedade política, e um Estado feito à sua imagem e semelhança, a revolução burguesa teria aberto as duas grandes trilhas para a possibilidade de uma outra transformação social, agora

⁽²⁾ Arion S. Romita, *Terceirização e o Direito do Trabalho*, LTr 56-03, p. 273.

⁽³⁾ José Luis Monero Péres, *A responsabilidad empresarial en los procesos de subcontratación: puntos críticos*, Ibidem, Madrid, 1994, p. 26.

⁽⁴⁾ A idéia de como a revolução burguesa gera as condições da revolução proletária, no pensamento de Marx, foi extraída *Manifesto (...)*, in *Obras escolhidas*, Alfa-Omega, S. Paulo, entre outros textos.

capitaneada pelo proletariado e pelo espectro do socialismo.

Os dois fatores objetivos primários da possibilidade de transformação social seriam, de um lado, as crises decorrentes da superprodução ocasionada pelas tecnologias crescentemente sofisticadas. Gerada pela progressiva potenciação da força de trabalho e, com efeito, da taxa de lucro, a superprodução – além de uma crise de concorrência capitalista – acarretaria instabilidade às massas de trabalhadores e seria também a força motriz permanente de crises sociais e portanto políticas. Como outra face de uma mesma moeda, o modo de produção capitalista mostrava, de outro lado, a indefectível tendência à proletarianização crescente dos setores médios da sociedade. Concentrava imensas massas operárias na grande indústria, homogeneizando seu padrão de vida na miséria dos baixos salários, na desprofissionalização do operário, no melancólico domínio do trabalho vivo sobre o trabalho morto.⁵ Outorgava-lhes pois as condições objetivas à sua organização em torno de interesses imediatos que, no processo de lutas, poderia

⁽⁵⁾ Karl Marx, *El capital. Crítica de la economía política*, Livro I, Edición OME, trad. Manuel Sacristán, Barcelona-B. Aires-México, 1976, p. 55. Referia-se Marx especialmente ao fato de que a industrialização subtraiu aos trabalhadores de ofício da fase pré-capitalista o controle sobre os tempos e os ritmos de fabricação: com a divisão social do trabalho na fábrica, e sobretudo com as técnicas organização fabril de uma racionalidade que viria a ganhar seu apogeu com o taylorismo e do fordismo, o ritmo da máquina passou a dominar definitivamente a intensidade do trabalho. Sobre o tema, v. Coriat, Benjamen, *L'atelier et le*

descortinar objetivos políticos mais amplos: a sociedade socialista. A socialização do processo do trabalho aparecia pois como um fator objetivo da *ação coletiva*.

A subcontratação – ao lado do caráter da transnacionalização do grande capital –, como se disse, em certa medida inverte esta tendência característica do capitalismo. Com ela a produção faz redivivo o trabalho atomizado, ao qual corresponderá a pulverização das organizações sindicais correspondentes a estas novas formas de organização da produção capitalista.

Fruto de uma gigantesca revolução macroeletrônica e tecnológica e de um perfil de concorrência capitalista jamais experimentado, a globalização econômica acarretou duas conseqüências fundamentais para as relações de trabalho. De um lado, o fenômeno da descentralização dos ciclos produtivos. Fez nascer sistemas de interconexão de atividades empresariais baseados em pequenas e microempresas e até mesmo no trabalho independente de profissionais ou consultores (*self-employed*). A informática tornou possível o trabalho a domicílio, contactado à tomadora de serviços por computadores. Surgem novos e mais eficientes métodos de controle do trabalhador.⁶

chronometre. Essai sur le taylorisme, le fordisme et la production de masse, Cristian Bourgeois Editeur, Paris, 1979.

⁽⁶⁾ O território da luta de classes passa por uma metamorfose: “a diferença entre a mercadoria (genérica) que se compra e a que se incorpora à produção, a força de trabalho, é tão certa em sua consignação como as matérias primas, o que se compra se gasta sem margens de erro” (Ovejero Lucas, Félix, *Interesses de todos, acciones de cada uno. Crisis del*

De outro lado, as grandes corporações industriais disseminam sua atuação em diversos pontos do planeta e derrubam fronteiras nacionais. Na esteira da revolução da informática e da potenciação dos meios de comunicação e transporte, escolhem em que país produzir cada fração dos seus produtos mediante a compra da mão-de-obra mais barata. A pouco e pouco o velho Estado nacional é esgarçado e acelera-se a concentração do poder econômico. O desemprego estrutural atinge um terço dos trabalhadores do planeta.

Os dois marcos da globalização – o trabalho atomizado e o colosso transnacional – fundem-se dialeticamente: feito duas faces de uma mesma moeda, são resultado de novas técnicas de organização da produção, de controle social do trabalho, de relações industriais ou, numa só palavra, da “japonização” – ou “toyotização” – da empresa moderna.

Confrontando-se com as lógicas do fordismo e da racionalidade ocidental, a empresa japonesa ancora-se nos princípios do *just-in-time* e de relações laborais de implicação incitada.⁷ Forja um modelo de representação obreira completamente cooptada pelos interesses patronais, destruindo qualquer possibilidade de um sindicalismo autêntico. Articula técnicas de retribuição pecuniária, progressão funcional e formação profissional capaz de fundir integralmente os

interesses do assalariado aos da empresa. Constrói um formidável conjunto de contrapartidas e vantagens condicionadas que leva alguns teóricos a designarem essas formas de relações de trabalho como de tipo *neofeudal*, “potencialmente adequadas a apoderar-se de cada momento existencial do trabalhador”.⁸

A descentralização atomiza a divisão do trabalho e inverte a lógica inicial do capitalismo, propensa a concentrar grandes massas de operários em uma mesma planta industrial. Agora esses operários são retirados da fábrica, montam seu próprio negócio, dispersam-se em pequenas empresas. Voltam para suas casas, prestam serviço a domicílio. O trabalho é literalmente atomizado, feito partículas descondensadas.

Os paradigmas de estrutura sindical são desarticulados: não funcionam a representação por empresa, por atividade econômica, por profissão. Com a *japonização ohniana*, trabalhador e empresa se fundem: aquele pertence e depende desta. Restabelecem-se os laços personalistas e fiduciários algo semelhante aos dos modos de produção feudal e gerando modernas relações de vassalagem.⁹ Cibernética neomedieval!

No sistema estruturação sindical brasileiro, via de regra agregados em um único sindicato, os trabalhadores de uma mesma empresa passam a vincular-se a diversas associações profissionais, por ser o seu

socialismo, ecología y emancipación, Siglo Veintiuno, Madrid, 1989, p. 118).

⁽⁷⁾ Sobre os traços fundamentais da “toyotização”, v. B. Coriat, *Penser à l'envers. Travail et organisation dans l'entreprise japonaise*, Cristian Bourgois Editeur, Paris, 1991.

⁽⁸⁾ Lorenzo Gaeta, *La dignidad del trabajador y las perturbaciones de la innovación*, in A. Baylos e J. Aparicio (org.), *Autoridad y democracia en la empresa*, Trotta, Madrid, 1992, p. 73.

⁽⁹⁾ Lorenzo Gaeta, op. cit., p. 72-73.

enquadramento definido pela atividade predominante dos empregadores. Se há terceirização, há o sindicato que representa os trabalhadores da empresa contratante e os muitos sindicatos representativos dos empregados das empresas terceirizadas, além daqueles que compreendem os integrantes das chamadas categorias diferenciadas. O resultado desse processo é o enfraquecimento do movimento sindical.

Com pluralismo e liberdade sindicais, seria viável enfrentar este quadro factual, reunindo sob a égide de uma mesma entidade, trabalhadores de empresas integrantes de diversos ramos de atividade, mediante o simples requisito de existência, entre eles, solidariedade de interesses econômicos. Aliás, a real liberdade associativa deveria descortinar a possibilidade da organização de sindicatos por empresa ou abrangendo a representação de determinadas empresas, prática já vivenciada em diversos países. A “reforma” do Estado, tão alardeada pelo neoliberalismo, não é entretanto capaz de tocar na estrutura sindical (...). As organizações de trabalhadores não conseguem construir sua unidade na concretude da luta política e são incapazes de prescindir do artifício da unicidade sindical imposta pelo Estado, cuja espinha dorsal é o enquadramento associativo a partir da atividade predominante do empregador.

Os arautos da terceirização defendem-na como tendência à especialização mercadológica e ao conseqüente aprimoramento da produção. Sensível à noção de qualidade total – quase um *frisson* –, o capitalismo moderno estaria propugnando pelo *enxugamento* dos quadros de pessoal das grandes corporações empresariais. O objetivo maior da terceirização

seria permitir ao empresário a concentração de investimentos e atenções no foco de sua atividade. Secundariamente ele evitaria aglomerações no mesmo estabelecimento, racionalizaria a produção e a prestação de serviços e, logo, melhoraria as condições de trabalho. Ao Estado mínimo da onda neoliberal corresponderia a empresa mínima!

O que se pretende deixar assentado é que a terceirização é uma das substâncias componentes da profunda transformação dos métodos de organização da produção capitalista – cujas origens estão nos anos 70 e na gênese do processo de globalização – que identificam uma fase a que muitos teóricos da economia denominam *pós-taylorismo* ou *pós-fordismo* e que alguns sociólogos mais apressados ou- sam chamar *pós-capitalismo* ou *neofeudalismo*. Já não se trata agora de gostar ou não da terceirização, mas de estabelecer possibilidades racionais e eticamente aceitáveis de sua prática no interior dessa nova realidade.

No Brasil, segundo *Manager Assessoria de Recursos Humanos*, já se encontram terceirizados ou em fase de terceirização:

- 76,7% dos serviços de limpeza e conservação de ambientes;
- 70,0% dos serviços de preparação e distribuição de refeições;
- 66,7% dos serviços de vigilância e segurança patrimonial;
- 60,3% dos serviços médico-assistenciais; e
- 60,0% dos serviços de transporte de funcionários.¹⁰

⁽¹⁰⁾ Cf. Armando Brito, *O contrato realidade e a terceirização*, LTr 58-2, p. 136.

Pesquisa do Dieese mostra que 72,5% dos benefícios sociais das empresas prestadoras de serviços (as terceiras) contratadas são menores que os vigentes na empresa cliente. O nível salarial é inferior ao praticado pelas tomadoras de serviços em nada menos que 67,5% das empresas subcontratadas. Somente a Caixa Econômica Federal, revelam os dados, chegou a contar com cerca de 17.500 estagiários e milhares de trabalhadores contratados por empresas interpostas. No setor público a terceirização, muitas vezes imprescindível, enseja distorções das mais graves. São ilustrativas do quadro caótico em que ela se inscreve essas emblemáticas declarações do Chefe de Polícia do Rio de Janeiro: “A polícia paga R\$ 1.200 para cada faxineiro que trabalha lá, contratado por uma firma particular. Sabe quanto o faxineiro recebe? Só R\$ 100. Para onde vai o resto do dinheiro? Assim fica difícil convencer o policial de que ele não deve ser corrupto”.¹¹

Não obstante é preciso reconhecer que, com a terceirização, longe de melhoria, as condições de trabalho pioram em termos de segurança e higiene, inclusive em razão da menor estrutura das empresas subcontratadas. Além disso, o processo de subcontratação também dificulta a integração e a participação dos trabalhadores na empresa, pois torna ocasional o contato com a empresa tomadora de serviços e não raro também com a prestadora “terceirizada”. Não é empiricamente viável, por exemplo, a participação nos lucros e na gestão da empresa pelos trabalhadores temporários, regidos pela

Lei 6.019, de 03.01.1974. Referidos trabalhadores em tese podem ter acesso à participação nos lucros e na gestão da própria empresa de trabalho temporário; entretanto, sua força de trabalho não é destinada a elas e sim à tomadora de serviços.

Este quadro não é peculiar ao Brasil, senão uma característica universal. Monero Pérez destaca esse caráter patológico e socialmente nocivo da terceirização, referindo-se à “subcontratação feita com a finalidade (quando não exclusiva, ao menos principal), de dispor de mão-de-obra em condições laborais mais precárias, promovendo assim a segmentação entre o pessoal que forma parte do núcleo protegido do ciclo produtivo (os da empresa principal) e os trabalhadores inseridos na periferia do mesmo, pertencentes a uma empresa auxiliar, menos protegidos, e com farta frequência com emprego precário”.¹² Justamente por trazer o risco – já materializado em muitos países, inclusive no Brasil – de constituir uma nova escória, um trabalhador de segunda classe em igual profissão, os operadores do direito devem pensar a terceirização a partir de marcos de reflexão mais amplos.

Aliás, uma subdivisão estamental do trabalho no interior da empresa – diria eu – não é propriamente um elemento “patológico”. Não se cuida de um distúrbio no interior de um sistema que funciona ou pode funcionar de forma regular e saudável. Trata-se isto sim de um pilar fundamental da idéia da redu-

⁽¹¹⁾ Jornal *Folha de S. Paulo*, 09.10.1995, p. 2.

⁽¹²⁾ José Luis Monero Pérez, *A responsabilidad empresarial en los procesos de subcontratación: puntos críticos*, ob. cit., p. 90.

ção dos estoques a níveis mínimos, teoria em que se funda o *onhismo* (ou *toyotismo*). O núcleo duro da produção industrial seria formado por um conjunto de operários de alta formação, integrantes dos quadros fixos, aos quais novos métodos de organização de pessoal estariam voltados (emprego estável, salários razoáveis, formação profissional e toda uma técnica de implicações incitadas mediante condicionalidades não contratualizadas). Na periferia estariam os trabalhadores de um quadro volátil e dinâmico, destinado a ajustar seu tamanho às dimensões da demanda e às contingências da concorrência. O estamento periférico proviria da subcontratação ou seriam trabalhadores admitidos mediante contratos temporários. Sintomaticamente, a flexibilização do mercado laboral e portanto do direito do trabalho ocupam um lugar fundamental no discurso da modernização econômica.

3. EVOLUÇÃO JURISPRUDENCIAL

Duas etapas marcam a evolução jurisprudencial mais recente sobre o tema no Brasil. A primeira delas, compreendida entre 1986 e 1993, é representada pela Súmula 256 do C. TST:

“Salvo os casos previstos nas Leis 6.019, de 03.01.1974, e 7.102, de 20.06.1983, é ilegal a contratação de trabalhadores por empresa interposta, formando-se o vínculo empregatício diretamente com o tomador de serviços” (DJU de 30.09.1986).

O verbete mostra a forte influência exercida pela teoria do contrato realidade sobre a orientação dos tribunais. Exa-

minado apressadamente, o didático e genérico preceito jurisprudencial levaria à conclusão de que se reputava ilegal toda e qualquer contrato de prestação de serviços por interposta pessoa que não se amolde aos casos previstos nas Leis 6.019/74 e 7.102/83. Imensa vala comum, ele poderia ser aplicável, v.g., até mesmo nos casos de empreitada e na prestação de serviços de assistência técnica em elevadores ou guindastes.

Ecoando nas cortes de justiça, o discurso neoliberal provocou a edição da Súmula 331 do TST, de 21.12.1993, que veio a cancelar parcialmente a terceirização no âmbito da iniciativa privada nos seus incs. I e III:

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

III. Não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância (Lei 7.102, de 20.06.1983), de conservação e limpeza, bem como a de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, desde que in-existent a pessoalidade e a subordinação direta.”

O verbete adota orientação dogmática presente no direito comparado, sobretudo na experiência da sempre paradigmática República Argentina, com a qual nos irmanamos no chamado “efeito orloff”.

Trata-se de coibir, em princípio, a *marchandage*, i. é, a mera intermediação de mão-de-obra, e sancionar a contratação de serviços especializados atinentes à atividade-meio do tomador de serviços.

A proposição consagrada na Súmula 331 do TST reconhece legitimidade à subcontratação como regra geral, apenas excepcionada se:

- não houver especialização da subcontratada;
- os serviços forem alheios à atividade-fim da tomadora de serviços;
- não houver pessoalidade e subordinação direta.

Quanto a este último requisito, há na dicção do inc. III do verbete um binômio: *não basta apenas a pessoalidade* ao aperfeiçoamento do contrato de emprego entre o tomador de serviços e o trabalhador contratado por terceiro; no mesmo compasso, *sequer a subordinação direta, isoladamente, é suficiente a tanto*. É necessário o implemento simultâneo destas duas condições.

Para o TST haverá pessoalidade se o trabalhador, v.g., prestar serviços à mesma organização durante longos anos, sobretudo se contratado por mais de uma empresa prestadora de serviços;¹³ mas não se terá como aperfeiçoado o vínculo com o tomador subcontratante *se ausente a subordinação direta*. Em contrapartida, também não haverá fraude se se verificar a subordinação direta à empresa contratante, mas a prestação de serviços for realizada por diversos trabalhadores de modo impessoal.¹⁴

⁽¹³⁾ Situação fática, aliás, bastante comum.

⁽¹⁴⁾ V.g., se há rotatividade: diversos empregados da prestadora de serviços atuam no estabelecimento, ou os mesmos empregados prestam serviços para múltiplas tomadoras.

A “interpretação” da súmula¹⁵ vem ensejando divergências quanto ao conceito da atividade-fim e atividade-meio. Segundo mostra Amorin Robortella, na Argentina duas correntes contendem acerca da matéria:¹⁶ a que adota orientação restritiva, reputando atividade principal apenas aquela ligada íntima e essencialmente ao objeto da empresa, e a ampliativa, que leva em conta o processo produtivo em sua íntegra e abrange também serviços secundários como a limpeza e a segurança. Segundo estudos citados pelo autor, a corrente ampliativa encontra mais adeptos.¹⁷

Um exemplo típico do dilema em que a definição de atividade-fim se inscreve é dado pela indústria automobilística: as montadoras adquirem de outros fabricantes inúmeras peças e acessórios (volante de direção, bancos, instrumentos, faróis etc.)¹⁸ Se o objetivo primordial da em-

⁽¹⁵⁾ A rigor, o enunciado de uma súmula não careceria de interpretação, pois ela própria traduz a interpretação dada pelo tribunal à norma ou situação jurídica específica, pondo fim a uma dissensão jurisprudencial anterior. Este entretanto não é bem o caso das súmulas do TST, autênticos diplomas legislativos.

⁽¹⁶⁾ Op. cit., p. 943.

⁽¹⁷⁾ Idem.

⁽¹⁸⁾ Em termos de valor agregado, a GM norte-americana fabrica 70% dos seus veículos e subcontrata 30% dele. A Toyota japonesa adquire de provedores ordinários, subcontratadas e empresas associadas nada menos que 73,5% dos seus veículos, produzindo internamente apenas 26,5% (cf. B. Coriat, *Penser à l'envers. Travail et organisation dans l'entreprise japonaise*, Cristian Bourgois Editeur, Paris, 1991, trad. cast. de R.A. Dominguez Cruz, Siglo Veinteuno, Madrid, 1993, donde se cita, p. 108).

presa é a fabricação de veículos, e se um veículo não pode trafegar sem volante, bancos e faróis, a indústria automobilística está terceirizando etapas de produção ligadas à sua atividade-fim. Nem por isto alguém pode sustentar com razoabilidade que o procedimento das montadoras é ilegal. Não o é.

A solução encontrada pelo direito francês parece-nos bastante interessante. É reputada legal a subordinação se a empresa prestadora de serviços atende aos requisitos de:

- a) especialização, com lógica, dinâmica e organizações próprias;
- b) dirige ela mesmo a atividade;
- c) não se limita a mera intermediação de mão-de-obra;
- d) não contrata sua remuneração com base no cômputo de horas de trabalho dos seus empregados.¹⁹

Na Espanha, por construção jurisprudencial, considera-se legítima a subcontratação a partir de critérios semelhantes:

- a) a subcontratada deve ter atividade empresarial própria;
- b) patrimônio, instrumentos e maquinaria correspondentes à referida atividade;
- c) pessoal contratado e pago pela subcontratada, por conta desta e em troca da contraprestação contributiva;
- d) direção e gestão próprias;
- e) exercício direto dos benefícios, riscos e responsabilidades inerentes à condição empresarial.²⁰

Com pequenas variações, este conjunto de elementos aparece também na Itália. A experiência européia é relevante e deve ser tomada como modelo para uma reflexão nacional. A observância dos requisitos mencionados acima eliminariam do cenário econômico brasileiro, de pronto, centenas de autênticos simulacros de empresas, criadas exclusivamente para proporcionar a superexploração da força de trabalho. Muitas das empresas prestadoras de serviço “terceirizado”, no Brasil, são pessoas jurídicas criadas sem suporte econômico-financeiro, voltadas exclusivamente para a intermediação de mão-de-obra; os “empresários” não dirigem seus próprios negócios, submetendo-se ao completo monitoramento do tomador de serviços. No mais das vezes a base dos contratos é exatamente o número de horas de trabalho dos empregados.

Por esses e outros motivos a realidade brasileira requer a adoção de outros critérios, além daqueles sugeridos pela experiência francesa e espanhola. Trata-se da noção de *fraude à lei e abuso de direito*, que se deve fazer presente na interpretação da lei e no exame de problemas de conteúdo ético e social tão importantes.

Via de regra, não existe ato ilícito se a pessoa exerce normalmente um direito (*neminem laedit qui suo jure utitur*). Com lastro nesta parêmia, sustentam alguns que a subcontratação é invariavelmente revestida de legalidade.

Entretanto, a teoria do abuso de direito – de certa forma abraçada pelo inc. I

⁽¹⁹⁾ Robortella, op. cit., p. 944.

⁽²⁰⁾ Cf. amplo estudo jurisprudencial in José Luis Monero Péres, *A responsabilidad*

empresarial en los procesos de subcontratación: puntos críticos, ob., cit., p. 60.

(parte final) do art. 160 do CC²¹ – colocou uma cunha, por assim dizer, de permeio neste axioma. Lembrando Josseland, o civilista Sílvio Rodrigues explica que “há abuso de direito quando ele não é exercido com a finalidade social para a qual foi conferido, pois os direitos são conferidos ao homem para serem usados de uma forma que se acomode ao interesse coletivo, obedecendo à sua finalidade, segundo o espírito da instituição.”²² Com efeito, devem ser vistos como abusivos também aqueles atos jurídicos que não derivam da *intenção de prejudicar* a terceiro, mas, efetivamente causam dano. Deve ser assim reputada a conduta da empresa que, mesmo com honestidade de propósitos, “terceiriza” suas atividades e com isto promove a redução dos níveis de salário e das condições de segurança, saúde e vida dos trabalhadores envolvidos no processo de subcontratação.

Também se conduz de modo abusivo e, logo, ilicitamente, aquele que, no aparente exercício de um direito, pratica ato de mera emulação, destinado a causar prejuízo a outrem e auferir vantagem. Quando se constata, v.g., a criação fraudulenta de uma pessoa jurídica pelo próprio empregador com a manifesta intenção de sonegar aos seus empregados vantagens asseguradas à categoria ori-

ginária por lei ou convenção coletiva,²³ é óbvio tratar-se de ato ilícito.

Há fraude à lei se o ato é realizado com o objetivo explícito e único de fugir à incidência das normas legais. Ela ocorre, por exemplo, se a pessoa jurídica se associa a terceiro, mediante contrato de prestação de serviços ou quejandos, para locupletar-se mediante prejuízo a outrem.

Recentemente uma grande fabricante de elevadores resolveu terceirizar os serviços de montagem e instalação de seus equipamentos. Para tanto, “criou” uma empresa especializada nesses serviços, cujos sócios passaram a ser alguns de seus próprios técnicos que, até então, eram empregados da indústria. Os trabalhadores continuaram a executar os mesmos serviços. Os supervisores passaram a ser “gerentes” ou “sócios” da nova empresa; os outros tornaram-se empregados da terceirizada. O nível salarial foi achatado. Mudou o enquadramento sindical dos trabalhadores, que formalmente passaram a estar vinculados a uma empresa de prestação de serviços e portanto não eram representados pelo sindicato dos metalúrgicos, cujas convenções coletivas de trabalho deixaram de regular os contratos individuais de trabalho. A poderosa indústria obteve vantagem aparentemente lícita: a pretexto de descentralizar sua atividade – com ou sem boas intenções – obteve proveitos econômicos e causou prejuízos aos trabalhadores. Num caso como este, à toda evidência, a categoria *atividade-fim*, em oposição à *atividade-meio*, é insuficiente para a per-

(21) Diz ele: “Não constituem atos ilícitos os praticados em legítima defesa ou no *exercício regular de um direito reconhecido*. “A contrário senso, é ilícito o ato praticado no exercício *irregular* de um direito.

(22) Sílvio Rodrigues, *Direito Civil, Parte Geral*, vol. I, 20.^a ed., S. Paulo, Saraiva, 1991, p. 141.

(23) No Brasil, foi o caso das empresa de processamento de dados instituídas por bancos, dando ensejo à edição da Súmula 239 do TST.

feita composição dos litígios oriundos das relações jurídicas entre trabalhadores e empresas. Afinal, a montagem do elevador no edifício é ou não parte da atividade principal do fabricante do elevador? Em que medida, afinal, fabricar elevadores não é também montar o conjunto propulsor e a cabina do elevador?

Se o objetivo do tomador de serviços é “desvirtuar, impedir ou fraudar” a aplicação dos preceitos de proteção ao trabalho, os atos de contratação de mão-de-obra por prestadora de serviços serão nulos, *ex vi* do disposto no art. 9.º da Consolidação. A dificuldade maior recai sobre os casos em que a finalidade – dado subjetivo da relação de direito material – não é o desvirtuamento ou a inviabilização de direitos ou a fraude à legislação.

A aplicação da lei não pode resultar em relações sociais de desigualdade e injustiça. Sob este enfoque, a liceidade da *terceirização* *haverá de ser examinada em cada caso concreto, cabendo ao juiz verificar se dela resultam prejuízos ao trabalhador*. Havendo gravame, o ato jurídico será nulo, senão pelas diversas razões aqui esposadas, ao menos por contrariar a orientação política da Constituição da República no sentido de construção de uma sociedade justa e igualitária (art. 3.º, inc. I).

Como se vê, muitas vezes o prejuízo ao interesse direto dos trabalhadores não decorre da terceirização em si mesma e sim da forma com o ela é realizada, em particular no Brasil.

4. TERCEIRIZAÇÃO E DIREITO À ISONOMIA SALARIAL

É preciso forjar uma nova perspectiva de exame da terceirização para reconhecer o direito de *isonomia salarial* entre

os empregados da tomador de serviço e os contratados mediante a terceirização, mas não só com apoio nos conceitos de abuso de direito e fraude à lei. Comumente esta isonomia somente vem sendo reconhecida quando a sentença judicial declara a nulidade da intermediação da mão-de-obra e reconhece a formação do vínculo empregatício diretamente com o tomador de serviços, e ainda nesta hipótese se exige o concurso dos demais requisitos do art. 461 da CLT, que regula o direito à equiparação salarial.²⁴

Como já se demonstrou, na economia brasileira a subcontratação redundava em achatamento salarial. Em regra geral os empregados da contratante percebem remuneração muito superior aos salários pagos aos trabalhadores da empresa terceirizada.

A legislação ordinária é *omissa* quanto ao tema das garantias salariais no caso da subcontratação. A lei não regula o direito de isonomia salarial e trata da equiparação no art. 461 da CLT: havendo identidade de funções e trabalho de igual valor, deve corresponder igual salário, desde que “prestado ao mesmo empregador, na mesma localidade”. No caso da terceirização que se repute legal (portanto, praticada nos marcos fixados pela Súmula 331, na visão prevalecente no TST), *não pode haver direito à equiparação* entre trabalhadores das empresas tomadora e prestadora de serviços, pois cada uma é, em si mesma, um empregador distinto. Isto não deve levar à conclu-

⁽²⁴⁾ São requisitos à equiparação salarial a identidade de funções, o tempo de serviço na função não superior a dois anos na função e a inexistência de quadro de carreira na empresa.

são de que a equiparação salarial ou – para ser terminologicamente mais exato – a isonomia salarial não se aplique a esses casos, eis que a realidade social hodierna requer do Poder Judiciário uma postura mais original e moderna.

Não obstante, a premissa de todo o raciocínio que estamos a desenvolver centra-se na idéia de que o art. 461 *não disciplina* as relações jurídicas decorrentes dos processos da subcontratação, referindo-se exclusivamente aos casos de empregados de uma mesma empresa. Relativamente a trabalhadores de duas empresas diferentes vinculadas por uma relação de subcontratação há um vácuo legislativo²⁵ quanto à matéria.

Isto equipara o problema aos “casos difíceis” a que se refere Dworkin. Tratam-se de “litígios que não se podem subsumir claramente em uma norma jurídica, estabelecida previamente por alguma instituição”.²⁶ Alguém poderia objetar, como ponderou Dworkin, que se não existe norma jurídica indicando que o direito detém a parte se segue que ela não tem direito algum. Esta objeção equivaleria a argumentar – diz o catedrático da Universidade de Oxford – que nenhuma proposição pode ser verdadeira a não ser que se possa demonstrar que o é, uma frágil e reprochável teoria de verdade em se tratando de proposições jurídicas.²⁷

(25) No sentido estrito da legislação infra-constitucional: a *Lex Magna*, como veremos, trata do tema.

(26) Ronald Dworkin, *Talking Rights Seriously* (1977), trad. cast. de M. Gustavino, *Los derechos en serio*, Ariel, reimp. 1995, p. 146.

(27) Dworkin volta a esta questão no capítulo “¿Pueden ser controvertibles los derechos?”, ob. cit., p. 396 a 411.

O problema da isonomia salarial nas práticas de terceirização, entretanto, não requer uma decisão lastreada apenas em princípios jurídicos moralmente objetivos, nem depende do metafórico juiz Hércules de Ronald Dworkin. A analogia e principalmente uma releitura da Constituição da República nos darão a solução a este *caso difícil*.

4.1 A analogia

A disciplina da Lei 6.019/74, que regula o trabalho temporário, pode ser tomada como subsídio analogicamente aplicável em tema de subcontratação. Segundo esta lei, o trabalho temporário, resultante de necessidade transitória de substituição de pessoal ou de acréscimo extraordinário de serviços, assegura ao trabalhador temporário “remuneração equivalente à percebida pelos empregados da mesma categoria da empresa tomadora ou cliente” (art. 12, alínea a).

O juiz pode e deve aplicar analogicamente a regra contida na alínea *a* do art. 10 da Lei 6.019/74 aos casos de terceirização, à falta de expressa previsão legal. Havendo lacuna legal, é lícito ao magistrado valer-se da analogia e dos princípios gerais de direito, atendendo aos fins sociais da norma aplicada e às exigências do bem comum (Lei de Introdução ao Código Civil, arts. 4.º e 5.º). Além disso, assim procedendo, ele estará adensando e atribuindo *efetividade* ao princípio da isonomia consagrado no *caput* do art. 5.º da CF. Não reconhecer o direito à isonomia salarial é contrariar este princípio, negando-lhe existência real. A aplicação analógica da Lei 6.019/74, com efeito, é constitucionalmente fundada.

Logo, mesmo sendo empregado de outra pessoa jurídica (a empresa subcontratada), o trabalhador faz jus aos mesmos salários percebidos pelos empregados empresa principal, desde que funções ou postos de trabalho sejam equivalentes.

Ainda quando genéricos e abstratos os princípios constitucionais são dotados de uma ação imediata que "consiste, em primeiro lugar, em funcionarem como critério de interpretação e de integração, pois são eles que dão coerência geral ao sistema."²⁸ Inegável, pois, terem, eles pronta eficácia e consistirem em um norte, tanto para o legislador como para o aplicador da lei ao caso concreto.

4.2 A garantia constitucional de isonomia salarial

Nenhuma dessas razões, todavia, é comparável em magnitude ao argumento que se funda na literalidade do inc. XXXII do art. 7.º da Carta de Outubro, que *proíbe* a "distinção entre trabalho manual, técnico e intelectual ou *entre os profissionais respectivos*". Repita-se, pois: entre profissionais não pode haver distinção de trabalho. Remunerar de modo diferente *profissionais* que executam igual trabalho é distinguir, no sentido de discriminar, inferiorizar e marginalizar um segmento social que, no caso, são os trabalhadores de empresas emergidas da nova realidade trazida pela globalização econômica. Trabalhando lado a lado, nas mesmas funções e condições, dois digitadores, por exemplo, não podem receber tratamento diferenciado, seja qual

for a explicação de caráter econômico ou administrativo que se pretenda dar a esta discriminação.

Em tema de direito do trabalho, ainda que em sede constitucional, deve ter-se em conta também o princípio do *in dubio pro misero*, definido, na voz abalizada de Américo Plá Rodrigues, como o "critério que deve utilizar o juiz ou o intérprete para escolher, entre vários sentidos possíveis de uma norma, aquele que seja mais favorável ao trabalhador".²⁹ Sendo viável conclusão favorável ao trabalhador, cumpre adotá-la, até porque, *in casu*, há um interesse social subjacente ao litígio, respeitante à modernização e ao aprimoramento das relações entre capital e trabalho, com justiça e democracia.

Cumprе lembrar, mais uma vez, o prof. José Afonso da Silva: "A afirmativa de que a República Federativa do Brasil constitui-se em Estado Democrático de Direito não é mera promessa de organizar esse tipo de estado, mas a proclamação de que a Constituição está fundando um novo tipo de Estado, e, para que não se atenha a isso apenas em sentido formal, indicam-se-lhe objetivos concretos, embora programáticos, que mais valem por explicitar conteúdos que tal tipo de Estado já contém".³⁰

Cabe concluir, portanto: mesmo que se repute lícita a intermediação de mão-de-obra ou o mecanismo de terceirização, o ordenamento jurídico assegura aos trabalhadores o direito à isonomia de remuneração, sendo desnecessária a regulação da

⁽²⁸⁾ Jorge Miranda, *Manual de Direito Constitucional*, Tomo II, 2.ª ed., Coimbra, 1983, p. 199.

⁽²⁹⁾ Américo Plá Rodrigues, *Princípios de Direito do Trabalho*, LTr, 1993, S. Paulo, p. 42.

⁽³⁰⁾ *Curso de Direito Constitucional*, 9.ª ed., 2.ª tir., Malheiros, 1992, p. 88.

matéria por norma infraconstitucional.³¹ A declaração de nulidade da subcontratação não é requisito deste direito à equiparação salarial. Ignorar este valor ético de igualdade de tratamento, de outra parte, é voltar as costas aos princípios insculpidos nos arts. 5.º e 7.º da CF que, ademais, integram o conjunto de normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais que, *ex vi* do § 1.º do art. 5.º da mesma Carta, “têm aplicação imediata”.

A configuração do direito à isonomia salarial requer, claro, a perscrutação de outros elementos. Desde logo, será indispensável que se investigue se se trata de subcontratação *in situ* ou exterior. Isto é, se a terceirização implicou ou não na incorporação de trabalhadores da subcontratada na empresa principal, situação mais freqüente no setor de serviços. na subcontratação que tem por objeto o provimento de peças ou componentes industriais será mais difícil (embora não seja de todo impossível) visualizar fraude, exercício irregular de direito ou dano. As situações mais evidentes em que se

manifesta o direito à isonomia são portanto os casos em que a empresa principal subcontrata a prestação de serviços e mantém ou já manteve em seus quadros trabalhadores executando funções idênticas ou muito semelhantes àquelas confiadas ao pessoal da subcontratada.

O exemplo mais evidente do quadro factual a que nos referimos pode ser buscado nos setores de processamento de dados de estabelecimentos bancários. Digitadores ou operadores de computador trabalham lado a lado, mas os contratados pela tomadora têm salário superior e sua relação jurídica é regida por uma convenção coletiva de trabalho própria mas vantajosa.

O reconhecimento do direito à isonomia, sem embargo, não deve ser restringido à prestação de serviços e tampouco à atividade *in situ* da subcontratada. O quadro factual deve ser examinado globalmente. Não raro esse exame exigirá ao juiz a investigação da estrutura orgânica da empresa antes e depois da terceirização, buscando identificar as razões da sua adoção. Muitas vezes a terceirização estará justificada por elementos de uma certa racionalidade de organização empresarial; noutras, em que se manifestará seu caráter patológico, a subcontratação será baseada exclusiva ou precipuamente na especulação salarial.

5. CONCLUSÃO

Bastante questionável em seus efeitos sócio-econômicos, a teceirização tende a ser prática cada vez mais recorrente no Brasil e no âmbito internacional, sobretudo nas economias do chamado “primeiro mundo”.

⁽³¹⁾ Embora fosse útil – se feita corretamente – “a adoção de dispositivo legal que proíba que o empregado do prestador de serviços perceba remuneração inferior aos empregados da empresa tomadora”, como propõe L.A. Vargas e A.G. Silveira em *A terceirização e o Enunciado 331 do TST*. Breves considerações, in L.A. Vargas (org.) *Democracia e Direito do Trabalho*, LTr, S. Paulo, 1995. No citado ensaio, notável estudo do tema, os autores acertam na análise e no prognóstico, mas falham, *data venia*, neste aspecto: propõem a normatização da matéria por lei sem tentar encontrar alternativas de argumentação jurídica colocadas na textura aberta do próprio ordenamento legal.

Cumpra ao judiciário buscar alternativas de interpretação do direito positivo, com vistas ao ideal de efetividade da Justiça, através da realização dos fins institucionais da República, dados pelo próprio documento constitucional: a cidadania, a dignidade da pessoa humana, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, a luta pela erradicação da pobreza e da marginalização e a redução das desigualdades sociais, a igualdade entre os homens, enfim (arts. 1.º, 3.º e 5.º da CF).

A orientação traçada pela Súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho *não atende* a estes propósitos fundamentais eleitos pelo Constituinte de 1988, que devem ser tomados não apenas como uma declaração abstrata. O processo é método, é meio, para o alcance dos objetivos sociais e políticos da jurisdição.

A interpretação de cada caso concreto requer do juiz o rigoroso e completo exame das circunstâncias em que se realiza a terceirização, levando em conta a realidade social e os conceitos de abuso de direito e fraude à lei como causas de nulidade da subcontratação. Mais do que manusear conceitos e categorias jurídicas, o juiz deverá também ter a sensibilidade de levar em conta o conteúdo das relações sociais e humanas presentes nas entrelinhas dos autos que tem às mãos, subsumindo o caso concreto do processo judicial ao fenômeno político mais geral. Refiro-me à noção de critérios de balanceamento apoiados sociologicamente, consoante a teoria esposada por José Eduardo Faria, com inspiração em François Ewald, “para quem os fundamentos dos direitos so-

ciais estão na sociologia e não na filosofia, enquanto busca de critérios de medida para avaliação dos comportamentos sociais; a *sociologia apura e baliza os critérios hermenêuticos*, que passam a ser definidos por uma política jurídica que reflete as divisões e os conflitos sociais; a sociologia oferece modelos de *normas* que se reportam a uma *normalidade*, ou seja, ao que é considerado aceitável num dado contexto”. Assim, “a sociologia não aponta o que é justo ou injusto, certo ou errado, moral ou imoral, mas sim o que, nesse contexto, é tido como consentido ou abusivo, como tolerável ou como excessivo, como admissível ou reprovável – enfim, o que é *normal*, sempre dentro de determinadas bases de tolerância que podem variar segundo a mobilidade e a mutação dos valores sociais prevalentes”.³²

Mesmo optando pela aplicação da Súmula 331 os operadores do direito haverão de construir a definição da atividade-fim e atividade-meio da empresa contratante, buscando ainda fixar parâmetros críticos de análise da terceirização, sobretudo no que respeita à empresa subcontratada, exigindo-lhe especialização, com lógica, dinâmica e organizações próprias, a administração própria da atividade e o tolhimento da mera intermediação de mão-de-obra.

O processo judicial naturalmente não determina a realidade social, mas é um elemento presente em sua complexa

(32) José Eduardo Faria, “As transformações do judiciário em face de suas responsabilidades sociais”, in *Direitos humanos, direitos sociais e justiça*, Malheiros, S. Paulo, 1994, p. 66.

dialética. Cada sentença envolvendo o tema da subcontratação – a exemplo de tantos outros – é uma espécie de grão de areia cuja importância reside em sua expressão coletiva. Cada decisão judicial pode portanto espelhar uma posição de resignação e chancela, ou pode – deve, diria – revelar uma postura crítica, socialmente comprometida e eticamente fundada. A realidade não cabe nas súmulas e os tribunais superiores não são os demiurgos da verdade.