

A TERCEIRIZAÇÃO REVISITADA: ALGUMAS CRÍTICAS E SUGESTÕES PARA UM NOVO TRATAMENTO DA MATÉRIA

Márcio Túlio Viana*

1 – A TERCEIRIZAÇÃO EM GERAL

Uma mesma palavra pode ter mais de um sentido. A palavra “terceirização” é assim. Pode-se terceirizar, de um lado, como faz a indústria de automóveis; de outro, como faz uma empresa de conservação e asseio.

No primeiro caso, a fábrica externaliza etapas do processo produtivo. Em vez de fabricar um automóvel inteiro, divide a produção com suas *parceiras*. No segundo caso, a empresa internaliza empregados de outras. Em vez de contratar pessoal de limpeza, ela contrata... quem os contratou.

O que há de comum nas duas formas é que em ambas a empresa externaliza custos e internaliza a lógica da precarização. No mesmo instante em que cobra mais responsabilidades dos que lhe prestam serviços, tenta crescentemente se desresponsabilizar.

A precariedade se liga com o desemprego, e o desemprego é sempre uma tragédia. Ele tensiona e enfraquece os laços familiares e ajuda (por isso mesmo) a isolar os indivíduos. Há alguns anos, por exemplo, as curvas das dispensas e do suicídio entre os trabalhadores franceses de 25 a 49 anos caminhavam lado a lado. Entre os precários em geral, o consumo de psicotrópicos era três vezes maior que o normal¹.

Quando perde o emprego, o trabalhador perde também a autoestima. De um lado, porque – mesmo sem ter consciência disso – deixa de se sentir parte de um todo, homem útil na construção (ou recriação) do mundo. De outro, porque o mesmo discurso que lhe exige adaptações e mobilidades também lhe cobra

* Professor nas Faculdades de Direito da UFMG e da PUC Minas; desembargador aposentado do TRT da 3ª Região.

1 BOLTANSKI, Luc; CHIAPELLO, Ève. *O novo espírito do capitalismo*. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 466.

performances e sucesso na vida, atribuindo-lhe culpas e responsabilidades. Assim, o gesto do patrão que o despede é sentido pelo empregado como um “fracasso pessoal”².

Por outro lado, em ambos os casos – e como veremos melhor adiante – a terceirização fragmenta a coletividade operária³. Ora, ao contrário do que acontece com o Direito Comum, o Direito do Trabalho está sempre questionado; vive sob tensão. Por envolver um embate constante entre trabalho e capital, exige um acúmulo maior de forças não só para se construir formalmente, como para se efetivar na realidade. Nem mesmo a existência de um forte aparato estatal – auditores fiscais, uma Justiça e um Ministério Público especializados, como acontece no Brasil – garante o equilíbrio de forças. Assim, a ação coletiva deve estar sempre presente, ainda que em potência. Quando o sindicato se enfraquece, é o *próprio Direito* que entra em crise.

Desse modo, para além de suas (reais ou falsas) justificações técnicas, a terceirização se insere numa estratégia de largo espectro, não apenas sob o prisma econômico, mas na dimensão política. É uma das formas mais potentes – e ao mesmo tempo mais sutis – de semear o caos no Direito do Trabalho, subvertendo os seus princípios e corroendo seus alicerces⁴. Além disso, num mundo em que tudo se move, ela oferece à empresa uma rota de fuga, não só confundindo responsabilidades como tornando menos visível a exploração da mão de obra. Assim, de certo modo, a terceirização não apenas pode conter fraudes, mas é *em si mesma* uma fraude.

1.1 – Para diferenciar as duas formas

Vimos que numa das formas de terceirização a empresa *leva para fora* etapas de seu ciclo produtivo; ao passo que na outra *traz para dentro* trabalhadores alheios.

Se atentarmos para o *lugar* onde essas duas formas de terceirização em geral se desenvolvem, podemos chamar a primeira de *externa* e a segunda de

2 *Idem.*

3 Observam Boltanski e Chiapello, a propósito da nova realidade empresarial, que “o fato de todos pertencerem à mesma comunidade de trabalho é modificado pelas novas formas de organização.” (Op. cit., p. 297)

4 Esse caráter estratégico fica ainda mais claro quando se percebe que, no mundo globalizado de hoje, a política dos que detêm o poder “é projetada basicamente para reduzir o preço do trabalho... algo semelhante a um processo de acumulação primitiva, um processo de reproletarização” (HARDT, Michael; NEGRI, Antonio. *Império*. Rio de Janeiro: Record, 2011. p. 47).

interna. Mas ainda que adotemos essa terminologia – como faremos nesse trabalho – é preciso admitir que a diferença relacionada com o lugar é relativa.

De fato, pode acontecer – mesmo por exceção – que a empresa externalize etapas de seu ciclo produtivo, mas suas parceiras atuem na mesma planta, num único ambiente – como ocorre em algumas fábricas de automóveis. Outras vezes, inversamente, a empresa internaliza empregados de outra, mas esses trabalhadores permanecem fora dela – como é o caso de alguns *call centers*.

Assim, para entender melhor a diferença e o significado das duas formas de terceirização, talvez seja interessante voltarmos a uma velha e sábia lição de Olea, que compara o trabalho por conta própria com o trabalho por conta alheia⁵.

No trabalho por conta própria, o produto pertence ao trabalhador do início ao fim do processo produtivo. O artesão faz o seu balaio e só num segundo momento o transfere – se quiser – para as mãos do comprador.

Já no trabalho por conta alheia, o produto vai passando automaticamente para o empresário, *em tempo real*, na medida em que vai sendo fabricado. É como se, pouco a pouco, o balaio do artesão fosse escorrendo de suas mãos.

A terceirização externa, como dizíamos, lembra o trabalho por conta própria. Uma empresa contrata a outra, mas o que lhe interessa é o produto final. Por isso, só ao término da produção passa a ter propriedade sobre ele.

Ora, essa forma de terceirização, por si mesma, não afeta de forma negativa as subjetividades. Trabalhar numa fábrica que fornece peças não é substancialmente diferente do que trabalhar numa montadora. Estar aqui, ao invés de estar ali, não fere a dignidade de ninguém. Em última análise, trata-se do mesmo fenômeno que faz nascerem, de um lado, fábricas de relógios, e de outro, de doces de leite.

Naturalmente, nessa hipótese, não se pode dizer que o operário da fábrica de autopeças exerça uma atividade-meio, já que o fim da fábrica será exatamente produzir peças – ainda que, num segundo momento, sejam estas vendidas para a montadora. Na verdade, na terceirização externa, a discussão sobre atividade-meio ou fim *simplesmente não se coloca*.

Já a terceirização interna nos remete ao trabalho por conta alheia. Uma empresa se serve dos empregados contratados por outra, e o que lhe interessa,

5 OLEA, Alonso. *Introdução ao direito do trabalho*. Coimbra: Almedina, 1965. *passim*.

diretamente, é a própria prestação de serviços. Assim, à medida que o produto é construído, vai passando automaticamente para as suas mãos.

A terceirização interna desloca o empregador para fora da relação jurídica de emprego, como se ele fosse uma peça de xadrez⁶. Aliás, no fundo, o novo modelo produtivo tem feito muito esse jogo, embora quase sempre prefira deslocar não o *rei*, mas o *peão*, ou seja, o empregado – como acontece, por exemplo, nos contratos de estágio ou nas cooperativas de mão de obra. Mas isso em nada altera o resultado final, já que a relação jurídica, de um modo ou de outro, se desmonta. Assim, quando a Súmula nº 331 do TST taxa uma terceirização de ilícita, e reconhece o tomador como empregador, não faz mais do que recolocar as peças no lugar de onde nunca deveriam ter saído.

Quanto ao trabalhador terceirizado, não é diferente, sob alguns aspectos, do burro de carga ou do trator que o fazendeiro abastado aluga aos sitiantes vizinhos. Jogado daqui para ali, de lá para cá, é *ele próprio* – e não apenas sua força de trabalho – que se torna objeto do contrato, ainda que dentro de certos limites. Num passe de mágica, e sem perder de todo sua condição humana, o trabalhador se vê transformado em mercadoria⁷. Seu corpo está exposto na vitrine: a empresa tomadora *vai às compras* para obtê-lo, e de certo modo o pesa, mede e escolhe.

Falando do homem dos tempos modernos, Bauman o retrata como o peregrino – que segue firme o seu percurso, *procrastinando* sua felicidade, sua realização pessoal. Para esse homem, “o significado do presente está no futuro”⁸. E é esse futuro planejado, esperado, que “dá forma ao informe, transforma o fragmentado num inteiro, dá continuidade ao que é episódico”⁹. Já o homem pós-moderno está mais para o vagabundo ou para o turista. Ele se mexe, se move, mas com os olhos postos no presente. Sua vida é uma sucessão de recortes, de retalhos descosturados.

Mas o vagabundo e o turista, embora tenham aquele traço em comum, também são diferentes: o primeiro não tem um lugar, o segundo tem mil lugares.

6 Num tempo em que se valorizam a realização pessoal e a autonomia, o corte nos projetos de vida e nas relações humanas tende a ser visto (e sentido) como um fracasso pessoal, com abstração de suas causas reais (Boltanski e Chiapello, cit., p. 421)

7 É verdade que (pelo menos formalmente) o terceirizado expressa a sua vontade; mas também o faziam certos escravos e servos antigos, que contratavam (também formalmente) sua condição, em troca da proteção do senhor. Do mesmo modo, é verdade que há limites para o uso de seu corpo pelo capitalista; mas também não haverá limites (formalmente, mais uma vez) para a utilização de qualquer forma de propriedade (e por extensão, da própria empresa), à qual se atribui hoje uma “função social”?

8 BAUMAN, Zygmunt. *Modernità liquida*. Bari: Laterza, 2008. p. 181.

9 BAUMAN, Zygmunt. *La società dell'incertezza*. Biologna: Il Mulino, 1999. p. 33.

E a mesma diferença podemos encontrar entre o terceirizado e o seu oposto extremo – o trabalhador com vínculo direto, bem qualificado, que distribui currículos pela internet e se desloca por sua própria conveniência. Tanto um quanto o outro são como folhas ao vento. Mas – no limite – o terceirizado (ou o vagabundo) pode se tornar a sombra do trabalhador com vínculo direto (ou o turista), que hoje ainda consegue escolher onde ficar, mas no futuro corre o risco de ser apenas *escolhido*. Como naquelas téticas mensagens de alguns cemitérios, um sussurra para o outro: “eu sou você amanhã...”.

Um caso à parte é a empreitada. Uma empresa se desloca com seus homens, suas ferramentas e (às vezes) todo o material necessário para montar uma máquina, construir uma casa ou prestar serviços de manutenção em elevadores. Em relação ao tomador, a atividade lembra o trabalho eventual. Além disso, não há subordinação, nem pessoalidade (hipóteses em que a própria figura se desnaturaria). Mas o que realmente importa é que os trabalhadores se ligam efetivamente – até mesmo em termos psicológicos – à empresa prestadora de serviços. É como se toda a empresa se deslocasse junto com eles.

A terceirização *externa* quebra a classe operária em termos objetivos, na medida em que viabiliza a produção em pequenas unidades, na forma de rede; a *interna* a divide sobretudo em termos subjetivos, pois mistura num mesmo lugar trabalhadores efetivos da tomadora com uma categoria de empregados oscilantes, flutuantes, *ciganos*.

Somadas, ambas as formas servem para que o sistema capitalista supere a contradição histórica a que desde o início se viu submetido: ter de reunir para produzir, e não poder evitar os efeitos dessa união. Agora, torna-se possível *produzir sem reunir* (exemplo da indústria de automóveis), e até mesmo *reunir sem unir* (caso da empresa de asseio e conservação).

O que tem sido dito para justificá-las?

A primeira forma se explicaria, dentre outras razões, por ser a tecnologia cada vez mais complexa, o que exige especialidades sempre mais refinadas. Mas se é verdade que ela serve para isso, pode também se revelar um hábil instrumento para degradar as condições de salário e trabalho.

De fato, quanto mais se avança para as últimas malhas da rede, mais frágeis tendem a ser as empresas. Elas fazem aquele “serviço sujo” que a empresa principal – mais visível – não quer ou não pode fazer. E é também desse modo que as empresas menores lidam com a concorrência, cada qual tentando oferecer um contrato menos oneroso (e assim, mais apetitoso) para a grande. Na verdade, precarizar pode ser até mesmo uma questão de sobrevivência para

a contratada, pois a contratante desvia para ela as pressões que recebe (para inovar, melhorar a qualidade e vencer a concorrência).

Quanto ao outro tipo de terceirização, o discurso é quase o mesmo. Ela serviria para que a empresa principal se liberasse de suas atividades acessórias, concentrando-se no foco de suas atividades. No entanto – pelo menos em princípio –, não se trata, como no primeiro caso, de uma possível necessidade técnica. E as consequências sobre os trabalhadores são bem mais graves.

1.2 – A terceirização como parte de um processo

Quando falamos em terceirização, nem sempre percebemos sua real complexidade. Ao contrário do que às vezes parece, não se trata de um fenômeno isolado, muito menos de simples questão jurídica. Há todo um conjunto de tendências que pressionam em sua direção.

Hoje, tanto quanto os objetos que ela produz, a empresa quer ser volátil, inconstante, versátil. Quer se apresentar magra, ágil, leve, livre – reproduzindo, curiosamente, o ideal contemporâneo do corpo feminino. Isso lhe permite reduzir não só os custos, mas os riscos, reagindo mais facilmente às variações do mercado.

No novo modelo de produção, a forma animal que melhor representa a empresa já não é a do elefante, nem exatamente a do camundongo – mas a do camaleão, animal pequeno, ágil e ao mesmo tempo imprevisível e mutante. E a terceirização corresponde a essa imagem. Afinal, o que ela promete é exatamente a fuga, a máscara, a ambiguidade, a liberdade de movimentos. Aliás, nós mesmos estamos assim, ágeis, móveis, pragmáticos, flexíveis, em rede.

Mas a terceirização também entra em sintonia com uma paisagem cada vez mais fugaz, veloz, picotada. Os noticiários da TV nos dão um bom exemplo: o mundo chega à nossa casa em recortes, sequência de cenas sem ligação. Ao mesmo tempo, vários fatores – como a globalização, o pragmatismo, a relativização de tudo – têm multiplicado as misturas, colagens, composições, a ponto de se falar numa verdadeira *estética* do híbrido¹⁰. As redes que nos cercam são um bom exemplo – e nelas se insere a terceirização, que *em si mesma* é também um hibridismo, uma colagem.

10 É esse, por exemplo, o título de uma interessante obra sobre o cinema na pós-modernidade, de autoria de Barbara Maio e Christian Uva (Bulzoni, Roma, 2003).

Alguns autores, tratando das recentes transformações sociais¹¹, observam a tendência de se trocar a propriedade pela posse. Se viajamos para um lugar distante, às vezes preferimos alugar um carro. Nas *lan houses*, pagamos pelo uso de computadores. Nossa filha ou namorada aluga o vestido de noiva. Em cidades como Paris, pedalamos bicicletas públicas. Do mesmo modo, em grau crescente, as empresas utilizam coisas alheias – dentre as quais se incluem os trabalhadores coisificados, com todo o seu potencial (paradoxalmente) humano.

Talvez esse último fenômeno também possa ser explicado pelo velho Marx. Quem possui alguma coisa – diz ele – é igualmente possuído. Ora, quando a empresa terceiriza, de certo modo deixa de ser *dona*. Já não tem as máquinas, as instalações, os contratos de trabalho. Livra-se do peso do domínio.

Por fim, se dermos à palavra um sentido bem amplo, veremos que a terceirização invade cada vez mais as nossas vidas: são as babás da creche que cuidam de nossos filhos, os agentes de viagem que compram as nossas passagens, os cambistas do futebol que nos vendem os ingressos. De certo modo, o próprio empregador *terceiriza-se* no empregado, quando projeta dentro dele não só o desejo (ou a necessidade) de obedecer, mas *o próprio comando* – como se o transformasse também num híbrido, empregado e empregador de si mesmo¹².

No caso da terceirização interna, a própria descontinuidade (usual, embora nem sempre presente) dos contratos de trabalho pode encontrar suporte na ideia de que hoje tudo é fugaz e rápido. Nesse sentido, ele, terceirizado, é visto como o modelo (ou talvez o protótipo) do trabalhador do século XXI. Em sentido maior, seria a metáfora viva do homem pós-moderno, e isso faz sua condição ser mais aceita, mais *naturalizada*.

Tudo isso não significa, é claro, que a terceirização seja algo natural, e muito menos positivo. Ao contrário, ela se insere num movimento recorrente do sistema capitalista, que é capaz de absorver e metabolizar o ambiente – inclusive as críticas que lhe são feitas – em seu próprio benefício. Outros exemplos acontecem quando a empresa reduz suas hierarquias, promove a concorrência entre as equipes ou chama os empregados de “colaboradores”: em todos esses casos, e em muitos outros, ela acompanha tendências ou aspirações do homem pós-moderno, como as de maior igualdade e mais competitividade. E é assim, travestindo-se de novo, que o capitalismo se (re)legitima, confunde e neutraliza

11 Como FERRARESE, Maria Rosaria. *Le istituzioni della globalizzazione: diritto e diritti nella società transnazionale* – Il Mulino, Bologna, 2000. *passim*.

12 Também nesse sentido mais amplo, pode-se dizer que o próprio empresário é um terceiro, por se colocar entre quem produz (o trabalhador) e quem compra (o consumidor).

os seus adversários e chega a ponto de conquistar a adesão inconsciente do próprio trabalhador¹³.

Até mesmo as exigências de liberdade, que hoje parecem ainda mais fortes e disseminadas, ajudam a legitimar tudo o que a *livre*-iniciativa inventa – não só fortalecendo os acordos de vontade, em detrimento da lei, como abrindo espaços para novas práticas empresariais, do *just in time* ao trabalho escravo, da robotização às terceirizações (ou tudo isso de uma vez).

Por outro lado, também o trabalhador sofre os efeitos das mudanças econômicas, políticas, sociais e culturais. Mais individualista e pragmático, vivendo um presente quase sem futuro¹⁴, e sentindo-se muito mais inseguro, ele simplesmente agarra o que lhe aparece pela frente. Muito mais do que antes, *conforma-se* – ou seja, acompanha as formas da empresa e do produto que fabrica – e nesse sentido também se deforma.

Nas terceirizações internas, pode até acontecer, vez por outra, que ele se sinta exatamente como o tratam: objeto ou animal. No limite, porém, é também possível que nem mesmo o fato de se ver convertido – já agora, sem disfarces – em trator ou burro de carga consiga realmente tocá-lo. Sua nova qualidade de mercadoria se espalha de tal maneira em seu corpo e em sua alma que ele já não percebe sua verdadeira condição humana. E, nesse caso, *não sentir nada* talvez seja ainda pior do que sentir-se coisa. É mais ou menos essa a situação de Joseph K., o personagem de Kafka, em sua mesa de trabalho: “como o homem que estivesse condenado a se ver sempre num espelho côncavo, ele só se reconhece a si mesmo quando vê sua imagem deformada”¹⁵.

1.2.1 – O direito nesse mesmo processo

Pergunta-se: como o Direito se coloca diante dos novos tempos?

Segundo alguns autores¹⁶, ele hoje tende a aderir – bem mais do que antes – à realidade subjacente. Quando intervém, é mais reativo que ativo.

13 Nesse sentido, cf. BOLTANSKI, Luc; CHIAPELLO, Ève. *O novo espírito do capitalismo*. São Paulo: Martins Fontes, 1999. *passim*.

14 Fala-se em “hipertrofia do presente” (NASSIF, Elaine. *Conciliação judicial e indisponibilidade de direitos: paradoxos da “justiça menor” no processo civil e trabalhista*. São Paulo: LTr, 2000. *passim*)

15 VÁZQUEZ, Adolfo Sánchez. *As ideias estéticas de Marx*. São Paulo: Expressão Popular, 2011. p. 139. Acrescenta o autor, comentando ainda “O Processo”, de Kafka, que “a existência de Joseph K. só se torna problemática quando é abalada por um fato singular, que o afeta não em seu ser burocrático, abstrato, mas em seu ser concreto real, individual” (*idem*, p. 140). Transportando essa imagem para o terceirizado, pode-se pensar esse “fato individual” como o desemprego.

16 São exemplos os já citados Ferrarese e Boltanski, além do nosso José Eduardo Faria.

Dá respostas pontuais, casuísticas, de superfície. Não obedece a um projeto. Justifica-se, pura e simplesmente, por atender às contingências. Na verdade, é a própria incerteza que o legitima¹⁷. E é um Direito que concorre com outros Direitos, crescentemente sintonizados com os interesses das grandes corporações – elas próprias, direta ou indiretamente, produtoras de normas.

Em outras palavras: as regras jurídicas se mostram desafiadas umas pelas outras¹⁸. E entre essas regras em conflito se encontram exatamente as que viabilizam a terceirização. Vista como “vantagem comparativa” de um ordenamento sobre o outro, ela surge como uma suposta necessidade da economia, que por sua vez seria obra do destino: uma espécie de *tsunami* que afoga em suas vagas as normas de proteção. E a concorrência também se dá no plano interno. O Direito do Trabalho entra em choque com o Direito Civil e o Empresarial – e a tendência é perder terreno.

É verdade que esse último embate nem sempre tem resultados negativos. As normas *civilistas* que o Direito do Trabalho incorporou – como o combate às discriminações e aos assédios – avançaram a todo vapor, embora em descompasso com as regras intrinsecamente *trabalhistas* – que importam distribuição de renda¹⁹.

Além disso, o mesmo Direito que hoje parece tão precário também valoriza os princípios, em detrimento das regras; e, exatamente por ser mais pragmático, tende a se tornar mais “judicial”, à semelhança do que acontece nos países da *common law*²⁰. Desse modo, apesar da multiplicação de Súmulas e OJs, é cada vez mais amplo o papel criador do intérprete.

No entanto, mesmo esses aspectos positivos apresentam seus limites.

De um lado, a ênfase antidiscriminatória pouco nos aproveita, na medida em que a terceirização, em geral, não costuma ser vista como prática de discriminação.

17 MONGARDINI, Carlo. Prefazione. In: MONGARDINI, Carlo (Org.). *L'epoca della contingenza*. Milano: FrancoAngeli, 2009. p. 20.

18 FERRARESE, Maria Rosário. *Le istituzioni della globalizzazione*. Il Mulino, Bologna, 2000. p. 51. Mais adiante, acrescenta a autora que “a inovação jurídica se faz ela própria instrumento de concorrência. A contratação e a concorrência em torno dos institutos jurídicos se tornam em tal senso imprescindíveis elementos de dinamização dos mercados” (op. cit., p. 95).

19 A propósito, tecemos breves anotações no texto: “Direito Civil x Direito do Trabalho: caminhos que se cruzam”, *mimeo*.

20 *Idem*.

De outro lado, a mesma liberdade que induz a aplicação dos princípios abre espaço para sua releitura – e aqui, mais uma vez, pode entrar em cena a justificativa da contingência, da emergência. Assim, ao decidir pró-empresa – numa causa que em outros tempos seria decidida pró-empregado –, um juiz menos crítico pode invocar até mesmo o princípio da proteção, alegando que dessa forma estará defendendo postos de trabalho. Aliás, esse argumento – com raízes, talvez, em Adam Smith – tem sido usado com frequência por alguns economistas e juristas neoliberais, que matreiramente transferem para os seus próprios leitores e ouvintes a conclusão de que o melhor, então, seria acabar com *toda* a legislação trabalhista...

Seja como for, se os riscos existem, não são maiores que as oportunidades. A própria imagem do juiz – cada vez mais visível e questionada – conspira a favor do *bom direito*. Afinal, em razão mesmo de sua maior liberdade, já não lhe é tão fácil se esconder – seja por excesso de comodismo ou falta de idealismo – por detrás das palavras do legislador. No momento em que a letra da lei perde espaço em favor da alma do direito, o juiz (ou o procurador do trabalho, o auditor, o advogado) passa a ser visto pela sociedade não apenas como alguém que *sabe*, mas como alguém que *quer*.

É também verdade, por outro lado, que a norma jurídica não pode se abstrair da realidade; e a realidade, como estamos vendo, tem mudado profundamente. Mas até que ponto, e em qual sentido, essa correspondência deve acontecer? Se a norma jurídica se limitasse a registrar o fato, só nos restaria o triste papel de lamentar, rezando ou torcendo para que as coisas mudassem. Por essas e outras razões, o melhor é acreditar que – apesar de sua própria crise – o Direito pode e deve interagir positivamente com o contexto, transformando o que for possível transformar. E o Direito, nós sabemos, não é apenas o código; hoje, talvez mais do que ontem, é *cada um de nós*.

Sendo assim – pergunta-se –, como enfrentar as duas formas de terceirização?

É a questão que analisaremos a seguir.

2 – A REGULÇÃO DA TERCEIRIZAÇÃO EXTERNA

A terceirização externa pode ser inserida no art. 2º, § 2º, da CLT, que responsabiliza solidariamente as empresas do mesmo grupo econômico. Mas para isso é preciso que se pense no grupo *de forma ampla*.

De um lado, porque nem sempre haverá uma empresa mãe, como a letra da lei exige. É preciso que se desconsidere essa limitação, já que o tráfico de

influência pode ser recíproco e horizontal, como pondera a melhor doutrina; e onde há a mesma razão, a mesma disposição há de haver. A interpretação gramatical deve ceder espaço à teleológica.

De outro lado, porque o grupo empresarial se constitui hoje de forma bem mais difusa, opaca e sutil do que antes. Desse modo, é preciso que haja – digamos assim – mais boa vontade ou mais sensibilidade para percebê-lo. O ideal será considerá-lo existente *sempre que houver organização em rede para produzir*.

Além disso, seria interessante concluir que a solidariedade é ativa e passiva, independentemente do que o contrato disser, para que se garantam direitos importantes aos trabalhadores – como a contagem do tempo de serviço, a hora extra e a equiparação salarial, e até mesmo o enquadramento sindical, só para citar alguns exemplos.

Ampliar o conceito de grupo significa garantir o pagamento dos créditos trabalhistas. Ampliar a ideia de solidariedade significa preservar a isonomia.

3 – A REGULAÇÃO DA TERCEIRIZAÇÃO INTERNA

Como sabemos, parte dessa matéria está regulada em lei; mas como a lei não diz tudo, a jurisprudência a completa, através da Súmula nº 331 do TST. Diz ela:

“CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LEGALIDADE (nova redação do item IV e inseridos os itens V e VI à redação) – Res. 174/2011, DEJT divulgado em 27, 30 e 31.05.2011

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 03.01.74).

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 20.06.83) e de conservação e limpeza, bem como a de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistente a pessoalidade e a subordinação direta.

IV – O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços quanto àquelas obrigações, desde que haja participado da relação processual e conste também do título executivo judicial.

V – Os entes integrantes da Administração Pública direta e indireta respondem subsidiariamente, nas mesmas condições do item IV, caso evidenciada a sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei nº 8.666, de 21.06.93, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora. A aludida responsabilidade não decorre de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada.

VI – A responsabilidade subsidiária do tomador de serviços abranje todas as verbas decorrentes da condenação referentes ao período da prestação laboral.”

A propósito dessa Súmula, abordaremos a seguir os seguintes pontos: a) a necessidade de conter a terceirização interna; b) dentro desse tópico, os vários critérios possíveis; c) a questão da responsabilidade; d) a isonomia salarial; e) o enquadramento sindical.

3.1 – A necessidade de se contê-la

Não há dúvida de que essa forma de terceirização (tanto quanto a outra) é não apenas um fator de precarização como uma tendência forte atual. Assim, a Súmula nº 331 a um só tempo a restringe e a reforça – aceitando-a mesmo em hipóteses não previstas em lei, desde que atendidos alguns requisitos.

Na verdade, toda forma de terceirização interna deveria ser proibida. Trata-se de uma das mais claras violações à dignidade humana. Afronta os tão *badalados* direitos humanos. Sem meias palavras, trata-se de um tráfico de pessoas. Não parece haver qualquer diferença entre essa prática e a velha *marchandage*, contra a qual o Direito do Trabalho sempre lutou. Sua admissão implica verdadeira ruptura de paradigma, um episódio de *destruição criativa* tão profundo, no campo jurídico, quanto o que atingiu os meios de transportes ou as telecomunicações, no mundo tecnológico.

Além disso, pode-se muito bem concluir que essa terceirização, *por si só*, discrimina. Cria uma subespécie de trabalhadores, cujos corpos, como

dizíamos, são virtualmente negociados por um intermediário, que os aluga ou arrenda, nua e crua, como se fossem animais ou coisas²¹.

Ao mesmo tempo em que reduz salários e degrada as condições de saúde e segurança, a terceirização acelera os ritmos do trabalho. E isso acontece muitas vezes de forma oculta, pelas mãos do próprio trabalhador. Pressionado pelo medo, ele responde, aflito, com o que parece ser coragem. Para usar um verbo da moda, *turbina-se*.

Assim, paradoxalmente, enquanto reduz os custos do controle, a terceirização intensifica a exploração. E isso significa, em última análise, que quanto mais instável é o ambiente para o empregado, mais estável ele se torna para o empregador. E o que é pior: a instabilidade se naturaliza, como se fosse algo inevitável. O próprio trabalhador corre o risco de se acostumar com esse jogo – o que não significa, naturalmente, que o resultado lhe seja favorável.

Como dizíamos, a terceirização também fragmenta por fora e por dentro a classe trabalhadora, neutralizando os conflitos coletivos. A própria dissociação entre quem paga e quem dirige “tende a separar a reivindicação salarial (...) da contestação da organização do trabalho”²². De resto, como já notamos, o terceirizado de hoje pode se tornar o empregado direto amanhã, e vice-versa, o que leva cada um a ambicionar ou a temer o destino do outro.

Mas pode também acontecer um fenômeno inverso:

“Houve tempo nem tão distante em que os temporários eram vistos como fura-greves. Agora os operários veem seus filhos tornar-se temporários e ser submetidos a condições tão difíceis em seu ingresso na vida ativa que os perdoam até pelo fato de trabalharem enquanto eles mesmos estão em greve.”²³

21 Ressalve-se, mais uma vez, apenas a hipótese da empreitada, que toca as fronteiras desse tipo de terceirização, mas não se confunde com ela. Nesse caso, o importante não é a atividade em si, mas o seu resultado; por isso, as pessoas não são objeto do negócio. A propósito, diz o art. 455 da CLT: “Nos contratos de subempreitada responderá o subempreiteiro pelas obrigações derivadas do contrato de trabalho que celebrar, cabendo, todavia, aos empregados, o direito de reclamação contra o empreiteiro principal pelo inadimplemento daquelas obrigações por parte do primeiro. Parágrafo único. Ao empreiteiro principal fica ressalvada, nos termos da lei civil, ação regressiva contra o subempreiteiro e a retenção de importâncias a este devidas, para a garantia das obrigações previstas neste artigo.” Em relação ao dono da obra, completa a OJ nº 191 do TST: “CONTRATO DE EMPREITADA. DONO DA OBRA DE CONSTRUÇÃO CIVIL. RESPONSABILIDADE. Diante da inexistência de previsão legal específica, o contrato de empreitada de construção civil entre o dono da obra e o empreiteiro não enseja responsabilidade solidária ou subsidiária nas obrigações trabalhistas contraídas pelo empreiteiro, salvo sendo o dono da obra uma empresa construtora ou incorporadora.”

22 *Idem*, p. 298.

23 BOLTANSKI, Luc; CHIAPELLO, Ève. *O novo espírito do capitalismo*. Martins Fontes, São Paulo, 2009. p. 294.

Aliás, esse é mais um exemplo de como a terceirização produz novas subjetividades, a um só tempo precárias e precarizantes. De quebra, pressiona para baixo as condições de trabalho não só dos terceirizados, mas dos empregados da tomadora e – em sentido mais amplo – do mercado de trabalho em geral²⁴. E de forma análoga envolve não apenas um aspecto ou uma parte do Direito do Trabalho, mas todo ele, na medida em que – potencializando as diferenças e enfraquecendo as solidariedades – subtrai sua efetividade e dificulta sua vocação histórica de avançar sempre, reduzindo de forma crescente as desigualdades sociais.

Por tudo isso, em termos ideais, andaria bem o nosso o legislador se simplesmente *proibisse* terceirizar. Mas seria isso factível? Às vezes, sem força ou vontade para enfrentar a realidade, mas sentindo-se insatisfeito ou constrangido diante dela, o Direito busca soluções de meio termo – que podem expressar uma composição.

Ora, se esse parece ser o caso da terceirização interna, vejamos o que o Direito está fazendo e o que pode fazer ainda para restringi-la²⁵. É claro que essa opção menor não inviabiliza a outra. É possível defender a tese que nega radicalmente a terceirização, e ao mesmo tempo, de forma alternativa, propor novas formas de minimizá-la.

Sob esse último aspecto, não existe uma solução perfeita, e nem mesmo, talvez, uma resposta tecnicamente correta, no sentido de ser a única juridicamente possível. O que pode haver é uma solução *ótima*, no sentido de ser a mais conveniente ou estratégica para trazer maior dose de justiça.

Desse modo – e apesar de todo o relativismo que a palavra encerra – a justiça é a luz que nos deve guiar. Como observa Delgado²⁶, se nas ciências exatas inventamos ou descobrimos, no Direito fazemos principalmente escolhas.

Abstraindo-nos da luta maior pelo fim das terceirizações, quais escolhas podemos fazer?

3.1.1 – *A falta de um critério geral*

Uma primeira possibilidade teórica seria a de eliminar, pura e simplesmente, o critério adotado pela Súmula, que proíbe as terceirizações nas

24 No limite, a terceirização pode afetar, às vezes, a *própria empresa tomadora*, que além de lidar com o embate histórico entre capital e trabalho, vê-se a braços com um conflito inédito entre trabalho e trabalho.

25 Note-se que a terceirização, mesmo quando interna, não é um fenômeno unívoco; conforme cada setor, apresenta peculiaridades. No setor bancário, por exemplo, temos hoje um interessante livro, escrito pelo amigo Grijalbo Coutinho (*A terceirização no setor bancário*. São Paulo: LTr, 2011).

26 DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2010.

atividades-fim (salvo o caso do trabalho temporário, previsto em lei). Em consequência, toda e qualquer terceirização se tornaria possível. Os abusos seriam resolvidos caso a caso.

Ora, essa escolha não seria reprovável apenas em termos políticos ou de conveniência, mas no sentido jurídico – pois romperia com princípios elementares do Direito do Trabalho e do Direito em geral, transformando em regra as exceções hoje admitidas²⁷.

As razões, já as mencionamos.

3.1.2 – O critério da precarização

Como uma espécie de desdobramento da posição anterior, parte da doutrina defende a ideia de que toda terceirização deve ser permitida, desde que não precarize as condições de trabalho e salário. Seria um critério alternativo ao da Súmula.

Ora, se o terceirizado é um homem que a empresa aluga ou arrenda, é evidente que a terceirização *sempre* precariza. Ela rouba a sua dignidade. Trata-o como um animal ou um objeto. E isso sem falar na instabilidade que esse modelo semeia – o que, naturalmente, é outro fator de precarização. Ao contrário do trabalhador qualificado, que se desloca de uma empresa a outra, fazendo-se tanto mais móvel quanto “empregável”, o terceirizado é movido – é semovente. Assim, terceirização que não precariza *é uma contradição em seus próprios termos*²⁸.

É verdade que a degradação das condições materiais de trabalho – como um baixo salário, ou más condições de saúde e segurança – também encerra uma dimensão subjetiva. No entanto, mesmo sem aquelas formas de precarização, a indignidade persiste.

27 Alguns autores, como Garcia Martinez, constroem analogias interessantes que nos permitem entender bem a importância dos princípios. Eles funcionam como “teia”, suportando impactos e praticando ajustes; como “filtros”, depurando conceitos e facilitando a aplicação da norma; como “diques”, impedindo a invasão de normas estranhas, inclusive de princípios de outros ramos jurídicos; como “cunha”, alavancando a interpretação do Direito num sentido sempre mais atual e progressista. Por outro lado, no entanto, é importante notar que a mesma liberdade que hoje o juiz reivindica e exerce, no plano dos princípios, pode levá-lo a inverter o sentido dos mesmos princípios – ou mais precisamente o sentido que corresponde à sua construção histórica e à sua teleologia. Aliás, o próprio valor liberdade pode levá-lo a ser mais tolerante com as inovações promovidas pelas empresas, dentre as quais a terceirização. Assim, os riscos são tão grandes quanto as oportunidades.

28 Como tem observado Jorge Luiz Souto Maior, em artigos e conferências, a terceirização desumaniza o trabalhador; e o que o Direito lhe oferece em troca é apenas uma compensação financeira, como se fosse esse o preço de sua dignidade.

Aliás, de certo modo, a pobreza visível pode ser vista como o retrato – ou a expressão concreta – daquelas outras pobrezas. Cada uma se revela na outra, denuncia a outra, *aponta o dedo* para a outra.

Mas ainda que usemos a palavra “precarização” em sentido reduzido, de degradação material apenas, como iríamos medi-la? Comparando-se o terceirizado ao empregado comum? Mas e se não houver parâmetro de comparação? Aliás, se não distinguirmos atividade-meio e atividade-fim, uma empresa poderá terceirizar *toda* a sua mão de obra, o que dificultaria ainda mais a solução do impasse²⁹.

De toda forma, quando assumir o caráter de trabalho indigno em termos materiais³⁰, a precarização pode (e deve) servir como um critério a mais, cumulativo, sempre que se conseguir aferi-la. Em outras palavras: ainda que se trate de atividade-meio, e sem pessoalidade ou subordinação direta, o vínculo se fará diretamente com o tomador, sem prejuízo da responsabilidade solidária do fornecedor.

Sabemos que na atividade pública o problema é um pouco diferente, pois na prática o terceirizado (quase sempre indicado pelo gestor amigo) tende a se eternizar no posto; as empresas fornecedoras é que se sucedem ou se alternam. Mas isso apenas atenua – sem eliminar – a distorção. E ao mesmo tempo provoca outras, diferente, na medida em que permite o clientelismo e até mesmo inviabiliza, na prática, alguns direitos³¹.

3.1.2 – O critério da especialização

Alguns entendem que o melhor critério para definir a licitude seria o da especialização. Nesse sentido, a empresa tomadora poderia sempre tomar emprestada a mão de obra que lhe fosse difícil obter. Trata-se, no fundo, de uma tentativa – consciente ou não – de dar mais legitimidade à própria terceirização, que aparentemente decorreria de uma situação de verdadeira *necessidade*.

29 A observação nos foi feita pelo já citado juiz Lamartino França de Oliveira. É verdade que sempre se poderia imaginar uma saída, como, por exemplo, a de se estender à hipótese, por via interpretativa, o art. 460 da CLT. Em outras palavras, o juiz aplicaria ao terceirizado o salário pago em outras empresas para trabalho semelhante. Mas além da dificuldade de se aceitar essa interpretação, a regra se tornaria virtualmente inaplicável antes que houvesse (se houvesse) um processo judicial.

30 Já que a nosso ver, como dizíamos, a terceirização é sempre indigna, no sentido mais amplo.

31 A propósito, o colega e amigo Jorge Luiz Souto Maior tem contado, em palestras, o caso de uma servidora terceirizada que lhe confessou estar há oito anos sem férias – já que, com a sucessão de empresas fornecedoras, a cada novo contrato ela as recebe apenas em dinheiro, proporcionalmente.

Note-se que uma das hipóteses admitidas pela Súmula nº 331 é exatamente a dos “serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador”. No entanto, em geral, quem exerce um serviço especializado tende a se encaixar mais numa atividade-fim do que numa atividade-meio. Desse modo, se admitirmos sempre a terceirização de serviços especializados, sem distinguir meio e fim, estaremos, na prática, apenas invertendo os termos da equação, ou seja, permitindo a terceirização na atividade-fim. Qual seria a utilidade dessa inversão?

É certo que a Lei do Trabalho Temporário também exige que o trabalhador seja qualificado³² – mas se o faz é exatamente porque permite a terceirização em atividade-fim. E essa permissão é um pouco atenuada pelo fato de que se trata de algo temporário, emergencial.

Não custa ponderar, também, que o fato de uma empresa precisar, em caráter permanente, de um *expert* num tipo de solda altamente refinada não justifica a contratação de uma empresa especialista em fornecer – ou *fabricar* – soldadores, do mesmo modo que o fato de uma empresa necessitar de um advogado ou engenheiro não impede que ela o faça diretamente.

3.1.3 – Os critérios da Súmula: atividades-meio e fim

Como lembramos, a Súmula nº 331 elege como critério básico a divisão entre os exercentes de atividade-meio e os de atividade-fim. Muitos a criticam nesse aspecto, não só sob o argumento de que estaria havendo tratamento discriminatório, mas também porque a distinção seria artificial, provocando por isso dúvidas invencíveis.

De fato, o argumento da discriminação é forte, embora talvez se possa objetar que situações diferentes pedem regulações diferentes. No entanto, se concluirmos que há discriminação, a mesma linha de pensamento deveria ser usada, com razão maior, para eliminar *toda hipótese* de terceirização – seja em atividade-meio ou fim. Na verdade, também aqui, parece que o Direito faz o que pode, diante da relação de forças presente.

Quanto às dúvidas sobre o que será *meio* ou *fim*, não parecem ser tão frequentes. Afinal, a atividade é fim quando se relaciona em linha reta não só com o objeto da atividade empresarial, mas com a própria causa que deu origem à empresa – seja ela fabricar relógios ou divulgar conhecimento. Pode-se dizer, por exemplo, que o fim principal de uma escola é o ensino; que o ensino

32 Note-se que alguns entendem que a palavra indica apenas que o trabalhador deva ser individuado, identificado – o que seria, em nossa opinião, concluir que a lei diz o óbvio. Já o Decreto nº 73.841, que regulamenta a Lei nº 6.019, esclarece bem a questão ao se referir a trabalhador “especializado”.

depende basicamente dos professores; e que a atividade da secretaria viabiliza a atividade dos professores.

Lembre-se que o fato de uma atividade ser utilizada como simples meio não significa, evidentemente, que seja irrelevante para a consecução dos fins. Mas sua relevância maior pode fazê-la transpor seus limites, caindo no campo da atividade-fim. O serviço de limpeza de uma fábrica de parafusos, por exemplo, é indiscutivelmente atividade-meio; já não se pode dizer o mesmo (pelo menos com igual certeza) se ali se constrói um hospital.

De todo modo, para os casos de fronteira, há uma solução bem simples. Basta aplicar o princípio da interpretação mais favorável ao trabalhador, o que significará concluir – sempre ou quase sempre – que a atividade é *fim*. Aliás, talvez fosse o caso de se positivar esse princípio, inserindo-o explicitamente na Súmula.

A hipótese dos *call centers* pode se encaixar aí. Como sabemos, a lei permite a terceirização “inerente” a essa atividade. Mas como já fez notar a Ministra Rosa Maria, hoje abrilhantando o STF, os dicionários dão àquela palavra vários sentidos, que vão do *essencial* ao *pertinente*. Se adotarmos, como devemos, o benefício da dúvida, teremos de concluir que “inerente”, no caso, significa apenas “pertinente”.

Ora, sendo assim, devemos inferir também que a lei mantém o critério da Súmula. Ou seja: só pode haver terceirização na atividade-meio. Aliás, é o que também recomenda um princípio ainda mais importante, e que não é apenas do Direito do Trabalho – o princípio da dignidade humana.

Pois bem. A atividade da operadora de *call center* é fim, e não meio. Como certa vez ponderou a Ministra Maria Calsing, do TST, o atendimento ao cliente é previsto enquanto obrigação da empresa até pelo Código do Consumidor. No mínimo, teremos aqui, mais uma vez, dúvida razoável, que atrai o princípio do *in dubio pro operario*.

Na verdade, a importância de se restringir a terceirização em atividade-fim pode ser percebida até pela forte pressão contrária exercida pelas empresas que terceirizam.

Trataremos dessa questão a seguir.

3.1.4 – Ainda os critérios da Súmula: inexistência de personalidade e subordinação direta

A Súmula exige ainda, para que a terceirização seja lícita, a inexistência de personalidade e subordinação direta. Com isso, sinaliza que – fora da hipótese

do trabalho temporário – só pode haver terceirização quando a única relação jurídica que envolve a tomadora for a que esta mantém com a fornecedora. Um exemplo seria a empreitada: uma empresa contrata outra para executar uma obra, pagando-lhe em função do resultado.

Se houver subordinação ou pessoalidade, os pressupostos de *outra* relação – já agora, entre a tomadora e o trabalhador – estarão presentes. E é exatamente por isso que a Súmula conclui pelo vínculo jurídico de emprego, unindo o trabalhador não à empresa fornecedora, que o contratou, mas à empresa tomadora, que utilizou os seus serviços. Só não será assim com o trabalho temporário, pois nesse caso a lei elegeu como critério, para definir o empregador, não tanto o direito de dirigir o trabalho, mas a obrigação de pagar o salário – abstraindo-se também do fato de que, em última análise, o valor que paga a mão de obra *sai dos cofres do tomador*³³.

Ora, a pessoalidade é um dado muito relativo, quando se trata de grande empresa e trabalho desqualificado. A não ser em termos formais, muitas vezes ela será tão tênue no trabalho comum quanto na terceirização.

No tocante à subordinação, se a entendermos de forma objetiva ou estrutural – como sugere a melhor doutrina, para definir a relação de emprego³⁴ –, em poucos casos estará ausente, mesmo nas atividades-meio.

O ideal seria, então, aplicar os critérios da Súmula sem tirar os olhos da melhor doutrina, ou seja, sem reduzir os conceitos de pessoalidade e subordinação.

4 – A QUESTÃO DA RESPONSABILIDADE³⁵

Deve ser solidária.

É verdade que, pela lei civil, a solidariedade não se presume; vem da lei ou do contrato. Mas a palavra “lei”, a nosso ver, pode e deve ser entendida em sentido amplo, de “direito”. E os princípios do Direito do Trabalho podem ser invocados muito bem para justificá-la.

33 Essa forma de terceirização, talvez mais que as outras, permite que a empresa – que tudo vê e tudo sabe – disfarce seu verdadeiro papel. Pois no fundo, em *substância*, quem dirige o trabalho alheio com o fim de produzir riquezas deveria logicamente ser considerado empregador. Assim, pode-se dizer que as sombras ocultam já não apenas a mais valia, como diria o velho Marx, mas o *próprio sujeito* que dela se apropria.

34 A propósito, cf. especialmente os estudos de Ribeiro de Vilhena, Mauricio Godinho Delgado, Jorge Luiz Souto Maior, José Eduardo Chaves e Lorena Vasconcelos Porto, que – entre nós, mais ou menos nessa sequência – aprofundaram-se no tema.

35 Alguns dos parágrafos desse item foram extraídos de texto por nós anteriormente publicado.

Mas ainda que se pensássemos apenas em termos de lei, e não de Direito, o argumento de que “a solidariedade não se presume” não valeria também para a subsidiariedade? Em ambos os casos, quem paga a conta é um terceiro – e essa é a razão daquela regra³⁶.

Lembre-se que o Direito Comparado é uma das fontes do nosso Direito (art. 8º da CLT). E vários países, como França, Itália e Portugal, preveem a solidariedade. Aliás, a lei francesa de trabalho temporário – que nos serviu de modelo – estende-a para todos os casos de “inadimplemento” (*défaillance*). Mas o legislador brasileiro, como nota Catharino, parece ter-se enganado, traduzindo aquela palavra como “falência” (*faillite*)³⁷. Veio a Súmula e optou por uma solução de meio termo, compondo o fato do *inadimplemento* com o efeito da *subsidiariedade* para as terceirizações em geral.

A nosso ver, a opção por uma responsabilidade solidária, e não apenas subsidiária, teria dois aspectos positivos. De um lado, talvez inibisse um pouco mais a terceirização, ou levasse a empresa-cliente a escolher com mais cuidado o fornecedor. De outro, poderia simplificar e agilizar as execuções³⁸.

Parece-nos também interessante explicitar a responsabilidade (solidária, igualmente) da empresa fornecedora, no caso de terceirização ilícita. Nesse caso, a posição dos atores se inverteria, mantendo-se o mesmo resultado.

5 – A QUESTÃO DA ISONOMIA

Por outro lado, como também já notamos certa vez, é hora de garantir expressamente a *todos* os terceirizados os mesmos salários (em sentido amplo) dos empregados comuns. Trata-se de simples questão de isonomia. Afinal, o que importa ao Direito do Trabalho é a realidade, e eles trabalham, efetivamente, *na mesma empresa*.

Aliás, se trocarmos a forma pelo fundo, notaremos que – em última análise – quem desembolsa o valor que vai custear os salários é o tomador, embora quem os pague seja o fornecedor, depois de descontada a sua parte. De

36 A propósito, observa Jorge Luiz Souto Maior, valendo-se de Caio Mário, que “tem ganhado força entre os doutrinadores a noção que admite a presunção da solidariedade, para satisfação mais eficiente da obrigação, como se dá em outros países”; na Bélgica e na França, fala-se em “solidariedade jurisprudencial ou costumeira” (MAIOR, Jorge Luiz Souto. *A terceirização sob uma perspectiva humanista*. HENRIQUE, Carlos Augusto Junqueira; DELGADO, Gabriela Neves (Coord.). *Terceirização no direito do trabalho*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004. p. 63.

37 CATHARINO, José Martins. *Trabalho temporário*. Rio de Janeiro: Edições Trabalhistas, 1984. p. 142.

38 O argumento tem sido usado recorrentemente por alguns doutrinadores, como Jorge Luiz Souto Maior.

resto, como indaga o Ministro Freire Pimenta, do TST, se até os temporários têm essa garantia, como negá-la aos permanentes³⁹?

Mas a isonomia não se deve deter na questão dos salários. Num contexto em que parcelas de natureza salarial cada vez mais se *dessalarizam*, será preciso estender aos terceirizados os benefícios concedidos aos empregados da tomadora, desde que compatíveis. Naturalmente, e não só pela razão isonômica, os terceirizados deverão fruir de condições dignas de saúde e segurança no trabalho.

6 – A QUESTÃO DO SINDICATO

Como já notamos, o Direito do Trabalho vive uma luta bem mais intensa que o Direito Comum. Ao contrário do que acontece em outras áreas, suas normas tendem a *não* se cumprir espontaneamente – pelo menos por inteiro. Se é raro o freguês de um bar não pagar a conta, muitos sonegam o salário ou parte dele. Por ser assim, tal como uma pessoa frágil de corpo, e que se apoia numa bengala, a norma trabalhista reclama suportes originais – dentre os quais se sobressai o sindicato.

Sem um sindicato forte, os terceirizados precisarão sempre – muito mais do que os outros trabalhadores – do apoio do Estado, ou seja, de uma solução que dependerá da vontade política de cada Governo ou Congresso que vier. Mesmo que eventualmente os seus salários não estiverem precarizados, essa ameaça estará sempre presente. Aliás, essa é exatamente uma das razões que explicam o fato de que os seus salários são quase sempre mais baixos.

O problema é que existe aqui um círculo vicioso – pois a terceirização, como dizíamos, conspira sempre contra o movimento sindical. Além de não reunir um coletivo estável e homogêneo, ela opõe terceirizados a trabalhadores comuns, introduzindo o princípio da concorrência no interior da própria força de trabalho.

É verdade que há uma possibilidade de se reduzir esse impacto, se os terceirizados puderem se organizar no mesmo sindicato dos empregados da tomadora – o que nos parece uma proposta interessante. Mas mesmo nesse caso pode ser que surjam entre eles interesses destoantes. Além disso, como construir aderências no caso de terceirizados que pulam incessantemente de uma empresa para outra, ou mesmo de uma categoria para a outra? Talvez o ideal fosse abrir espaço para que o trabalhador optasse, caso a caso, por um ou outro sindicato.

39 Ac. TRT da 3ª Região, 3ª T., RO 08157/94.

Sabemos que o nosso Direito limita a liberdade sindical. Mas a Convenção nº 87 da OIT, que a garante, só não pode servir de parâmetro nas hipóteses de choque frontal com a nossa Constituição. No mais, deve ser aplicada, mesmo não ratificada, já que *fundamental*. E os seus princípios terão de ser lembrados pelo menos no momento da interpretação.

Ainda que fosse diferente, o princípio da isonomia do salário e das condições de trabalho não deveria sofrer restrições pelo fato de os empregados da tomadora terem uma convenção coletiva diferente da que abrange os terceirizados. Ou seja: o valor fixado na convenção lhes será aplicável de todo modo, integrem ou não o sindicato⁴⁰.

Por fim, é sempre bom lembrar que a solidariedade tem duas mãos. De um lado, produz a norma coletiva. De outro, é produzida por ela. Sem lutas comuns, sem interesses semelhantes, não há coesão possível – pelo menos no mundo do trabalho.

7 – OUTRAS POSSIBILIDADES

Poderia a jurisprudência criar pelo menos dois outros critérios para reprimir as terceirizações. Ambos têm apoio no Direito Comparado.

O primeiro seria a proibição explícita de se valer do trabalho terceirizado no curso de uma greve – a não ser na hipótese do art. 9º, § 1º, da Lei nº 7.783. De outra forma estaríamos permitindo que o empregador contornasse a proibição de contratar empregados, traindo o espírito da norma.

O segundo seria a proibição de terceirizar nos seis meses⁴¹ posteriores a despedidas coletivas. Com isso se evitaria que a empresa criasse artificialmente um ambiente para aquelas despedidas, para em seguida reduzir custos através de terceirizações.

Souto Maior⁴² aventa ainda a possibilidade de se condenar a empresa por dano social – de modo que ela reponha à sociedade o dano que provocou.

40 Na Itália, há uma situação um tanto parecida: como inexistia lei fixando o salário-mínimo, mas a Constituição prescreve um salário digno, a jurisprudência considera mínimo o salário fixado na convenção coletiva aplicável ao trabalhador; não havendo nenhuma aplicável a ele, o juiz recorre a uma convenção pública análoga.

41 Esse número de meses é a solução italiana.

42 Em artigos e conferências.

8 – PARA ALÉM DO DIREITO

Para além do Direito, talvez seja hora de nos tornarmos *consumidores solidários*, privilegiando não só os produtos elaborados com respeito à natureza, como aqueles fabricados sem ferir a dignidade do trabalhador. Nesse sentido, a utilização, pelas próprias empresas, de certificações (como a AS 8000⁴³, por exemplo) pode ao mesmo tempo orientar o consumidor e lhe garantir uma boa imagem. Contra as empresas que descumprem o mínimo que a lei garante, a solução poderá ser a velha prática do boicote.

Por outro lado, exatamente porque parece em sintonia com tantas coisas desse mundo, a terceirização merece uma crítica de fundo – para que se perceba que nem todas as coisas desse mundo são inevitáveis ou positivas.

9 – A TERCEIRIZAÇÃO NO SETOR PÚBLICO

9.1 – Aspectos gerais

No setor público, a terceirização ganha alguns contornos diferentes. Em geral, tem servido não tanto para agilizar os serviços ou baixar salários, mas para burlar a exigência do concurso⁴⁴. Além disso, o próprio trabalhador, quase sempre, eterniza-se no posto, enquanto as fornecedoras se vão sucedendo. E isso, é claro, muda bastante – e de forma positiva – a sua condição.

Mas a própria permanência do trabalhador no emprego pode ser sinal de uma distorção – o apadrinhamento político, que, naturalmente, implica pessoalidade. Quanto à subordinação, costuma ser mais evidente ainda que na atividade privada.

Ora, havendo pessoalidade e subordinação, a terceirização se torna ilícita – mas, como se sabe, sem produzir a consequência normal, ou seja, sem que se forme o vínculo de emprego com a Administração Pública, já que falta o requisito do concurso.

É preciso acrescentar, no entanto, que pode haver outras ilicitudes. Em geral, os autores de Direito Administrativo costumam mencionar – além da subordinação e da pessoalidade – uma série de indícios, como a utilização de equipamentos da Administração, por parte do trabalhador, ou a sua transferên-

43 Social Accountability 8000.

44 Pelo menos na cidade de Brasília, sabe-se que as convenções coletivas do pessoal terceirizado lhes asseguram, em geral, salários melhores que os efetivos na mesma função.

cia ou dispensa, também pelo Poder Público, ou, ainda, a existência de cargo público correspondente à função que ele desempenha⁴⁵.

O mais interessante é observar como essa doutrina interpreta o § 1º do art. 71 da Lei nº 8.666/93, que motivou a recente decisão do STF, sobre a qual falaremos adiante. Como se sabe, aquela norma dispõe que “a inadimplência do contratado, com referência aos encargos estabelecidos neste artigo (comerciais, trabalhistas e fiscais), não transfere à Administração Pública a responsabilidade de pagamento”.

A interpretação daqueles administrativistas caminha no sentido de entender que: a) se a terceirização é lícita, aplica-se a norma em sua literalidade, ou seja, o Poder Público se exime de responsabilidade, mesmo porque o contrato se faz entre pessoas jurídicas autônomas, ambas capazes de responder por seus atos; b) se a terceirização é ilícita, o extremo oposto acontece, pois não só a Administração responde *solidariamente*, como o administrador paga por improbidade administrativa⁴⁶.

9.2 – A decisão do STF e as possibilidades que se abrem⁴⁷

Como sabemos, o STF declarou constitucional o já citado § 1º do art. 71 da Lei nº 8 666, mas ao mesmo tempo deixou claro que a Administração poderá vir a ser responsabilizada, desde que fique provada a sua culpa pelo inadimplemento de verbas trabalhistas por parte da empresa fornecedora. Assim, basicamente, o que mudou foi apenas o fato de que o Estado já não pode ser condenado pelo simples fato daquele inadimplemento. A responsabilidade, que em geral se tinha por objetiva, passou a ser considerada subjetiva.

Nesse sentido, a nova redação da Súmula nº 331 diz que só é responsável a Administração “caso evidenciada a sua conduta culposa no cumprimento das

45 Nesse sentido, DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. Terceirização municipal em face da Lei de Responsabilidade Fiscal. FORTINI, Cristiana (Coord.). *Terceirização na administração: estudos em homenagem ao Professor Pedro Paulo de Almeida Dutra*. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 74.

46 Nesse sentido, por ex., José dos Santos Carvalho Filho, para quem, no caso, “o contratante não tem qualquer tipo de ingerência nas relações trabalhistas derivadas do contrato de trabalho celebrado entre a empresa terceirizada e seus empregados”. FORTINI, Cristiana (Coord.). *Terceirização na administração: estudos em homenagem ao Professor Pedro Paulo de Almeida Dutra*. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 51.

47 A propósito da terceirização no setor público e da decisão do STF, *vide* o seguinte artigo: DELGADO, Gabriela Neves, AMORIM, Helder Santos, VIANA, Márcio Túlio. Terceirização. Aspectos gerais. A última decisão do STF e a Súmula nº 331 do TST. Novos Enfoques. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, Brasília, TST, v. 77, p. 54-84, 2011.

obrigações da Lei nº 8.666/93, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora”.

Note-se que tanto a decisão do STF como a Súmula do TST falam em culpa, mas não se referem ao ônus da prova. Seria possível, no caso, considerar uma presunção de culpa da Administração?

Dir-se-á que, sendo assim, tudo voltaria a ser como antes da decisão do STF. Mas também se pode responder que antes o que havia não era presunção de culpa, mas – como dizíamos – responsabilidade objetiva, que afastava a possibilidade de prova contrária.

Sabemos que atualmente, pelo menos, essa solução seria inviável. Aliás, pelo que se sabe, numerosas condenações do Estado já foram cassadas em reclamações perante o STF, em decisões monocráticas, mesmo com fortes indícios de culpa – embora a maioria dos ministros não aja assim.

Seja como for, a inversão do ônus da prova pode vir a ser uma ideia com mais possibilidades de êxito no futuro. Por ora, é possível entender, pelo menos, que haverá culpa sempre que a Administração deixar de cumprir à risca o seu duplo papel de *escolher bem* e de *fiscalizar com eficiência* a empresa contratada, nos termos da Lei de Licitações e das sucessivas instruções normativas que vêm sendo (e que vierem a ser) editadas a respeito do assunto⁴⁸.

10 – CONCLUSÕES

Em termos sintéticos, concluímos que:

1. A terceirização externa (de atividades empresariais) se rege pelo art. 2º, § 2º, da CLT;
2. A norma acima referida deve ter leitura expansiva, de modo a abarcar os grupos de formação horizontal e a abranger formas mais sutis ou disfarçadas de agregação empresarial;

48 Uma postura proativa do juiz pode minimizar esses problemas. Uma ideia seria requisitar – mesmo de ofício – documentos que comprovassem a diligência da Administração. Na falta dessa prova, haveria uma justificativa mais forte para a condenação, assim como acontecia, *mutatis mutandis*, quando se exigia, para a inversão do ônus da prova, que a empresa fosse intimada a apresentar controle de ponto. Mas há outras medidas possíveis. A juíza Ana Freitas, da 6ª Região, relatou-nos informalmente que vem exigindo o depósito judicial das parcelas incontroversas, sempre que a Administração retém faturas pendentes do contrato rompido com a fornecedora. Ela ressalva em ata que o cumprimento da ordem judicial não decorre de qualquer entendimento acerca da existência ou não de responsabilidade patrimonial, mas em face de reter um crédito da devedora principal – o que a equipararia a qualquer devedor trabalhista.

3. A terceirização interna (de serviços) está disciplinada em parte pela legislação extravagante e completada pela Súmula nº 331 do TST, que a ela também se refere;

4. O ideal seria proibir qualquer forma de terceirização interna que fugisse aos termos precisos daquela legislação;

5. Não sendo isso possível, os critérios daquela Súmula devem prevalecer como regra geral, mas podem ser aperfeiçoados;

6. Para aperfeiçoá-los, parece-nos importante:

6.1. Adicionar ao critério que separa as atividades-meio das atividades-fim o critério da precarização das condições de trabalho e/ou salário, de tal modo que, mesmo em se tratando de atividade-meio, a relação, no caso, formar-se-ia com o tomador;

6.2. Em casos de dúvida, aplicar o princípio da norma mais favorável (*in dubio pro operario*);

6.3. Evitar a redução dos conceitos de subordinação e pessoalidade, para concluir se a terceirização é lícita ou não;

6.4. Estender a todos os terceirizados o princípio da isonomia das condições de trabalho e salário;

6.5. Reforçar as normas existentes, garantindo explicitamente aos terceirizados o grau necessário de segurança e higiene no trabalho;

6.6. Substituir o critério da responsabilidade subsidiária pelo da responsabilidade solidária;

6.7. Aplicar o critério da solidariedade entre contratante e contratada não só no caso da terceirização lícita, mas na hipótese de terceirização ilícita, independentemente do reconhecimento do vínculo de emprego com o tomador;

6.8. No caso de uma cadeia de tomadores e fornecedores, aplicar o critério de solidariedade entre todos;

6.9. Proibir a terceirização no curso da greve, salvo na hipótese do art. 9º, § 1º, da Lei nº 7.783;

6.10. Proibir a terceirização nos seis meses que se sucederem a despedidas coletivas.

7. No plano coletivo:

DOCTRINA

7.1. Construir uma interpretação que permita que o sindicato representativo dos terceirizados possa ser, indistintamente, tanto o que tem como correspondente o sindicato das empresas fornecedoras de mão de obra como o que tem como correspondente o das empresas tomadoras de serviço;

7.2. Não se considerando isso possível, que se procure construir uma interpretação que insira os terceirizados em sindicatos dos trabalhadores nas empresas tomadoras de serviço;

7.3. Não se considerando nenhuma das hipóteses como viáveis, que se assegure de todo modo aos terceirizados, ainda que sejam abrangidos por convenção ou acordo coletivo diferente, as mesmas condições de trabalho e de salário dos trabalhadores da tomadora, caso estas se lhe revelem mais benéficas.

8. No plano da administração pública:

8.1. Tentar construir, no futuro, a ideia da presunção relativa de culpa da Administração, na hipótese de inadimplemento das verbas trabalhistas por parte da empresa contratada;

8.2. No presente, adotar como critério, para aferir sua responsabilidade, a perfeita adequação do órgão público às normas que disciplinam o processo de licitação e à fiscalização que deve acompanhá-lo, no tocante ao cumprimento das obrigações trabalhistas e previdenciárias.

9. Como princípio geral:

Manter uma postura sempre restritiva no tocante às terceirizações internas (de serviços), sejam elas quais forem, e um olhar sempre crítico e vigilante em relação às terceirizações externas (de atividade empresarial).

10. Para além do Direito:

Estender a luta contra a precarização para o circuito do consumo, através de práticas como o boicote.