

A TERCEIRIZAÇÃO DE ATIVIDADE-FIM: CAMINHOS E DESCAMINHOS PARA A CIDADANIA NO TRABALHO

Luiz Philippe Vieira de Mello Filho*

Renata Queiroz Dutra**

INTRODUÇÃO

A terceirização está de volta ao palco dos debates públicos sobre o direito do trabalho.

Após o embate no Congresso Nacional, deflagrado pelo Projeto de Lei nº 4.330, de autoria do Deputado Sandro Mabel, que visa regulamentar a terceirização trabalhista, ampliando suas possibilidades, e que atualmente encontra-se pendente de deliberação no Poder Legislativo, se reinstala, dessa vez no âmbito do Supremo Tribunal Federal, a discussão a respeito dos limites dessa estratégia de gestão empresarial que repercute profundamente no patamar de direitos dos trabalhadores.

O Supremo Tribunal Federal, no bojo do ARE 713.211/MG, reconheceu a repercussão geral da terceirização de atividade-fim, por suposta violação da liberdade de contratação, verificada à luz do art. 5º, II, da Constituição Federal.

A condução da matéria ao Supremo Tribunal Federal, em revisão pouco justificada do posicionamento que vinha sendo adotado reiteradamente pela Corte Constitucional, no sentido de reconhecer o caráter infraconstitucional da matéria, causa perplexidade.

A perspectiva de discussão do tema à luz da liberdade de contratação, de forma desconexa dos demais postulados constitucionais que se harmonizam com essa liberdade, notadamente os valores sociais do trabalho, causa receio de potencial achaque ao patrimônio jurídico dos trabalhadores brasileiros.

Nesse ensaio, buscar-se-á demonstrar que a questão da terceirização se alça ao plano constitucional na exata medida em que a categoria do emprego é porta

* *Ministro do Tribunal Superior do Trabalho.*

** *Mestre e doutoranda em Direito, Estado e Constituição pela Universidade de Brasília; analista judiciária e assessora de Ministro do Tribunal Superior do Trabalho.*

de acesso a todo o rol de direitos sociais, individuais e coletivos que o Documento Político de 1988 assegurou aos trabalhadores. De modo que as graves questões sociais às quais a extensão da terceirização às atividades-fim das empresas tem conduzido revelam-se, estas sim, como problemas constitucionais a serem enfrentados, sob uma perspectiva bem diferente daquela que foi levada ao STF.

A partir daí se intenta problematizar que a questão da terceirização encontra resposta no ordenamento jurídico infraconstitucional, o qual, longe de ser omissivo a respeito do tema, a coloca expressamente como exceção, na medida em que elegeu como categoria central do direito do trabalho a relação bilateral de emprego, nos moldes estabelecidos na CLT.

Portanto, mais que encontrar no ordenamento jurídico infraconstitucional uma resposta à questão da terceirização, é sobre essa resposta que se ergue todo o edifício jurídico do direito do trabalho, que vem sendo lido pela jurisdição trabalhista de maneira consentânea com o paradigma de proteção da pessoa humana instaurado pela Constituição de 1988. Nesse sentido, as perspectivas hermenêuticas que conduziram o Tribunal Superior do Trabalho à manifestação do entendimento exarado na sua Súmula nº 331.

Por fim, buscar-se-á demonstrar que a terceirização, enquanto forma de contratação acessória de atividades, nunca foi arbitrariamente coibida pela Justiça do Trabalho, que interpretou o ordenamento infraconstitucional de modo a acomodar a nova realidade econômico-produtiva, sem, contudo, abandonar os patamares centrais de proteção do trabalho a que está constitucionalmente afeta. E o fez no uso de sua competência constitucional para uniformizar a interpretação da legislação infraconstitucional em matéria trabalhista e para julgar os conflitos individuais de trabalho, evitando fraudes e frustrações de direitos.

Diante desse panorama, serão apresentadas considerações sobre os caminhos e descaminhos que regulação judicial da terceirização poderá seguir a partir da decisão do STF.

1 – O PLANO CONSTITUCIONAL: O TRABALHO COMO PORTA DE ACESSO À DIGNIDADE E À CIDADANIA¹

O processo de constitucionalização do direito, compreendido com o efeito expansivo das normas constitucionais, que passam a irradiar seu con-

1 Para as ideias desenvolvidas nesse tópico, consultar: MELLO FILHO, Luiz Philippe Vieira de; DUTRA, Renata Queiroz. Centralidade da pessoa humana na Constituição *versus* centralidade do cidadão trabalhador: o desafio de reler o trabalho a partir da Constituição Federal de 1988. In: SARLET, Ingo Wolfgang; MELLO FILHO, Luiz Philippe Vieira de; FRAZÃO, Ana de Oliveira (Org.). *Diálogos entre o direito do trabalho e o direito constitucional: estudos em homenagem a Rosa Maria Weber*. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. v. 1. p. 553-588.

teúdo axiológico por todo o sistema jurídico, é recente no âmbito do Estado brasileiro, identificando-se com o marco da Constituição Federal de 1988. Foi somente na última década, entretanto, que a supremacia formal da Constituição caminhou para uma “supremacia material axiológica, potencializada pela abertura do sistema jurídico e pela normatividade de seus princípios”, como observa Luís Roberto Barroso².

Por conta desse processo, tem-se assistido a importantes avanços no que toca à proteção da dignidade da pessoa humana, que se orientam numa reinterpretção de toda a ordem jurídica partir desse valor máximo do texto constitucional.

O conceito que ocupa lugar central no pensamento filosófico, político e jurídico e que se revela como valor fundamental da ordem jurídica para significativo número de ordens constitucionais, destacadamente as que pretendem a constituição do Estado Democrático de Direito, é delimitado por Sarlet como

“A qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, nesse sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos, mediante o devido respeito aos demais seres que integram a rede da vida.”³

A força irradiante da dignidade da pessoa humana se lança sobre o ordenamento jurídico, sobretudo na condição de critério ou filtro a partir do qual a interpretação de cada um dos ramos do direito deve ser guiada e os seus institutos clássicos afinados.

Nesse sentido, a Constituição Federal de 1988 representou um profundo avanço no reconhecimento dos direitos sociais do trabalho, não apenas pela elevação desses direitos à aceção de direitos fundamentais, mas também pela democratização e revisão de seus institutos e princípios, justamente porque eles se apresentam como meio para a concretização do valor da dignidade.

2 BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 376.

3 SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 45-70.

Em seu art. 1º, inciso IV, o texto constitucional apresenta como fundamentos da República os valores sociais do trabalho e da livre-iniciativa. Da literalidade desse dispositivo, a primeira conclusão que se pode extrair é que também a livre-iniciativa é apresentada constitucionalmente como um valor social⁴. Por outro lado, é certo que a escolha da ordem de apresentação dos valores – primeiramente o trabalho e depois a livre-iniciativa – não se deu de forma aleatória ou injustificada, mas, indubitavelmente, de forma ancorada no primado da centralidade da pessoa humana no ordenamento jurídico.

Igualmente, o art. 170 da Constituição Federal coloca para a ordem econômica vetores de garantia de existência digna a todos e de concretização da justiça social, os quais não são afirmados de forma meramente retórica, mas, sim, por meio da atribuição de um conteúdo preciso e imbricado, como bem observa José Afonso da Silva:

“A Constituição de 1988 é ainda mais incisiva no conceber a ordem econômica sujeita aos ditames da justiça social para o fim de assegurar a todos existência digna. Dá à justiça social um conteúdo preciso. Preordena alguns princípios da ordem econômica – a defesa do consumidor, a defesa do meio ambiente, a redução das desigualdades regionais e pessoais e a busca do pleno emprego – que possibilitam a compreensão de que o capitalismo concebido há de humanizar-se (se é que isso seja possível) com a efetivação da justiça social. Traz, por outro lado, mecanismos na ordem social voltados à sua efetivação. Tudo depende da aplicação das normas constitucionais que contém essas determinantes, esses princípios e esses mecanismos.”⁵

É a partir das normas constitucionais portadoras de tais determinantes que Gabriela Neves Delgado vai além para compreender como direito fundamental e também como princípio da ordem econômica não apenas a busca do pleno emprego, mas a busca do trabalho digno. Para a autora, o valor da pessoa humana traduzido na Constituição Federal deve ser efetivado sob diferenciados aspectos no contexto societário, seja no tocante ao próprio interesse individual da pessoa, seja nos planos econômicos ou social. Nesse sentido a Constituição descreveria diversas dimensões do valor da dignidade, por exemplo, ao determinar, no art. 170 que a ordem econômica garanta a todos uma vida digna, e, no art. 193, que a ordem social tenha por objetivos o bem-estar e a justiça social. Daí

4 TRINDADE, Pedro Mahin Araújo; LOPES, João Gabriel Pimentel. *O STF e a terceirização da política*. Disponível em: <<http://trabalho-constituicao-cidadania.blogspot.com.br/2014/06/o-stf-e-terceirizacao-da-politica.html>>. Acesso em: 29 jul. 2014, às 15h05min.

5 SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 725.

extrai a amplitude temática do princípio da dignidade, cuja aplicação entende ser multidimensional e extensiva, sobremaneira, à esfera dos direitos sociais⁶.

Como observou o já mencionado José Afonso da Silva, não existe afirmação possível da dignidade da pessoa humana numa sociedade excludente e desigual, de modo que a concretização da proteção da pessoa depende necessariamente da realização do ideal de justiça social⁷. Em outras palavras, é dizer que centrar o ordenamento jurídico na proteção da pessoa passa necessariamente por centrar o ordenamento jurídico na figura do cidadão-trabalhador e na garantia de sua inserção numa ordem socioeconômica justa.

Reconhecer a centralidade do trabalho na sociedade salarial significa alargar, numa perspectiva atenta à dignidade da pessoa humana, o conceito de trabalho e seu papel dentro do texto constitucional, cujos valores são preservados pelos arts. 1º, IV, 7º, 170 e 193 da Carta Constitucional de 1988.

Compreender o trabalho não apenas como fonte de subsistência, mas como fonte de dignidade, integração social e desenvolvimento pelo do sujeito que labora é dar eficácia máxima a esse aspecto essencial da vida humana, que indubitavelmente alcança a subjetividade e o patrimônio imaterial dos que trabalham.

Se o princípio da dignidade da pessoa humana é metacritério de interpretação dos direitos fundamentais, então, o seu instrumento concretizador, que é a justiça social, é critério de solução dos conflitos que se apresentam no mundo do trabalho e no campo econômico.

Somente a partir dessas premissas constitucionais paradigmáticas é que se pode enfrentar a problemática da terceirização. Desse modo, os dispositivos constitucionais que eventualmente possam ser invocados como colidentes com as normas de proteção ao trabalho devem ser sopesados e ponderados à luz do paradigma da centralidade do cidadão trabalhador na ordem econômica e social.

O direito do trabalho, com todo o seu arcabouço de normas infraconstitucionais, é instrumento de realização do objetivo constitucional maior de valorização do trabalho. As possibilidades de contratação do trabalho humano estão amplamente disciplinadas no nosso ordenamento jurídico infraconstitucional e foi a partir dele que foi construído o entendimento consubstanciado na Súmula nº 331 do TST.

6 DELGADO, Gabriela Neves. *Direito fundamental ao trabalho digno*. São Paulo: LTr, 2006. p. 79-80.

7 SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 724-725.

Por isso mesmo é desarrazoado enquadrar a restrição à terceirização de atividade-fim como uma suposta imposição não amparada legalmente, ou mais grave, como uma restrição infundada à liberdade de contratar. A existência de algum freio à liberdade de contratação, sobretudo quando ela é instrumento da reprodução capitalista e envolve o trabalho humano, é premissa básica para a humanização da dinâmica voraz do sistema capitalista.

Polanyi já identificara que a civilização cuja crise hoje se assiste assentasse no postulado do mercado autorregulável, de acordo com o qual haveria um único mote para a ação dos seres sociais: a criação do lucro, por meio da reprodução do capital. É nesse sentido que todos os fatores produtivos, e entre eles se compreendem os próprios trabalhadores, figurariam como custos a serem eliminados para a geração de mais e mais lucros. Nesse moinho, que o autor intitulou “satânico”, a força de trabalho, ao ser regulada pelos arbítrios do mercado, levaria à degradação humana, e, ao cabo, ao desmoronamento da própria sociedade, visto que “essa suposta ‘mercadoria’, a força de trabalho, não pode ser impelida, usada indiscriminadamente ou até mesmo não utilizada, sem afetar também o indivíduo humano que acontece ser o portador dessa mercadoria peculiar”. Dessa maneira, ao dispor da força de trabalho de um homem nessa lógica mercantilista, o sistema disporia também, incidentalmente, “da entidade física, psicológica e moral do homem ligado nessa etiqueta”. E conclui que, ao menos que a substância humana seja protegida contra esse movimento mercantil, “nenhuma sociedade suportaria os efeitos de um tal sistema de grosseiras ficções, mesmo por um período de tempo muito curto”⁸.

Muito menos se poderia dizer de uma ofensa à legalidade, já que é a legalidade expressa da Consolidação das Leis do Trabalho, sustentáculo do direito do trabalho pátrio, que está a refutar a generalização da terceirização no país: ao refutar a possibilidade de generalização da terceirização, apenas se contempla a mensagem contida no ordenamento jurídico infraconstitucional, que recebeu a terceirização em caráter excepcional, numa ordem jurídica em que a contratação bilateral trabalhista, envolvida pelo protetivo instrumento do contrato de trabalho, figura como regra.

Tal panorama retira, portanto, a questão da *delimitação* da terceirização do âmbito Constitucional, já que a Carta de 1988 não minuciou tais categorias trabalhistas, tampouco previu seus contornos e requisitos, delegando à legislação infraconstitucional vigente fazê-lo.

8 POLANYI, Karl. *A grande transformação: as origens de nossa época*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011. p. 31, 78-79.

Entretanto, por outro lado, não se pode perder de vista que, embora não disciplinada pela Constituição Federal 1988, a categoria emprego exerce papel fundamental na viabilização do acesso ao rol de direitos sociais assegurado pela Constituição da República.

Como afirma Mauricio Godinho Delgado, o emprego regulado e protegido por normas jurídicas desponta como o principal e mais abrangente veículo de inserção do trabalhador na arena socioeconômica capitalista, de modo a propiciar-lhe um patamar consistente de afirmação individual, familiar, social, econômica e até mesmo ética. Contribui-se, por meio desse veículo, para a construção do direito do trabalho como um potencial e articulado sistema garantidor de elevado patamar de dignidade e democracia social⁹.

Assim é que o rol de direitos individuais trabalhistas e também o rol de direitos coletivos previstos respectivamente nos arts. 7º e 8º da Constituição de 1988 se aplicam com maior completude e naturalidade às relações de emprego moldadas conforme os arts. 2º e 3º da CLT. É fato que outras modalidades de prestação de trabalho também ensejam a incidência de tais direitos, mas o fazem por meio de construções jurídicas mais elaboradas e, portanto, menos óbvias. Ainda, revelam eficácia social mitigada em relação à fruição de direitos verificada em relação aos inseridos socialmente por meio do emprego nos moldes celetistas.

Para afirmar isso é preciso sair da esfera restrita do “dever ser” e mergulhar na gritante realidade social que a circunda.

1.1 – A terceirização e os impactos materiais

Pesquisa realizada pelo DIEESE em parceria com a CUT, em setembro de 2011, dá notícia de números alarmantes a respeito da terceirização no país. De início, a pesquisa identifica que a remuneração dos trabalhadores terceirizados é inferior, em 27,1%, à remuneração dos trabalhadores permanentes. Ademais, os dados noticiam que a remuneração dos trabalhadores terceirizados se concentra nas faixas de um a dois salários-mínimos e de três a quatro salários-mínimos, ao passo que os trabalhadores diretos estão mais distribuídos entre as diversas faixas salariais¹⁰.

9 DELGADO, Mauricio Godinho. *Capitalismo, trabalho e emprego*. São Paulo: LTr, 2006. p. 30.

10 *Terceirização e desenvolvimento*: uma conta que não fecha – dossiê sobre o impacto da terceirização sobre os trabalhadores e propostas para garantir a igualdade de direitos. DIEESE/CUT, setembro de 2011. Disponível em: <http://www.sinttel.org.br/downloads/dossiê_terceirizacao_cut.pdf>. Acesso em: 9 jun. 2013, às 14h30.

Em relação à jornada de trabalho contratada, o DIEESE constata que a jornada desse grupo de trabalhadores, semanalmente, é superior em três horas que a exercida pelos trabalhadores permanentes, sem considerar as horas extraordinárias e os bancos de horas realizados. O tempo de emprego demonstra uma diferença ainda maior entre trabalhadores diretos e terceiros: enquanto a permanência no trabalho é de 5,8 anos para os trabalhadores diretos, em média, os terceiros permanecem por 2,6 anos. Desse fato decorreria a alta rotatividade dos terceirizados: 44,9% contra 22% dos diretamente contratados¹¹.

A respeito dos acidentes de trabalho, há uma prevalência dos infortúnios entre trabalhadores terceirizados, conforme detectam pesquisas recentes:

“Quanto à vida dos trabalhadores, a maior incidência dos terceirizados entre as vítimas de acidentes fatais evidencia sua natureza deletéria. Nos últimos anos têm sido divulgadas pesquisas conclusivas sobre essa relação nos setores elétrico e petroleiro. Em 2013, outros setores corroboram a vinculação entre acidentes e terceirização, com base no percentual de mortes em comparação à proporção de assalariados formais de cada ramo no conjunto da economia. Isso pode ser apreendido a partir da Classificação Nacional de Atividade Econômica (CNAE), forma pela qual as empresas se identificam. Construção, atividade para a qual há maior quantidade de Comunicações de Acidentes de Trabalho (CAT) fatais, é exemplo disso. (...) Ela abrange várias CNAE, que no mundo real se misturam ou se complementam e, comumente, realizam as mesmas tarefas, atuam nas mesmas obras. Um deles é Construção de Edifícios, CNAE com predomínio de terceirizados entre os acidentados, na qual a incidência de fatalidade é o dobro do conjunto do mercado de trabalho. As CNAE de construção que têm mais terceirizados entre os mortos suplantam ainda mais esse índice, como: 1) construção de rodovias, ferrovias, obras não especificadas, ruas, praças e calçadas têm 4,55 vezes mais acidentes fatais; 2) na CNAE obras para geração, distribuição de energia, telecomunicações, redes de água, coleta de esgoto, instalações industriais e estruturas metálicas, são 4,92 vezes mais mortes; 3) na CNAE demolição e preparação de terreno, 3,3 vezes mais acidentes fatais. Ou seja, quanto maior a proporção de mortos na CNAE, maior o predomínio de terceirizados entre as vítimas.”¹²

11 *Idem*.

12 KREIN, José Dari; FILGUEIRAS, Vitor Araújo. A luta contra a legitimação da terceirização no STF. *Jornal Brasil de Fato*. Disponível em: <<http://www.brasildefato.com.br/node/29131>>. Acesso em: 18 jul. 2014, às 14h39min.

Especificamente quanto ao setor petrolífero, cumpre registrar, de forma ilustrativa, que dados da Federação Única dos Petroleiros (FUP) mostram que, das 133 mortes por acidentes de trabalho em toda a Petrobras, entre 1998-2003, 102 foram com trabalhadores terceirizados, ou seja, 76% dos óbitos registrados¹³.

Vitor Araújo Filgueiras, analisando dados do Ministério do Trabalho e Emprego a respeito dos resgates de trabalhadores em condição análoga à de escravos realizados pela fiscalização do trabalho no período de 2010 a 2013, identifica que a prevalência dos trabalhadores terceirizados é sintomática. De acordo com o pesquisador, em média, nos quatro últimos anos abrangidos pela sua pesquisa, em 90% dos 10 maiores resgates, os trabalhadores submetidos a condições análogas às de escravos eram terceirizados¹⁴.

Portanto, apenas para nos atermos aos exemplos apresentados, os direitos sociais ao salário, à jornada, à estabilidade no emprego, à saúde e segurança no trabalho, além do direito à própria dignidade, são experimentados de forma diferenciada por trabalhadores terceirizados e por trabalhadores contratados nos moldes celetistas. Quando não cerceados em absoluto tais direitos dos trabalhadores terceirizados, como ocorre nas hipóteses extremas de trabalho análogo ao de escravo, revela-se franco prejuízo para a efetividade dos direitos abstratamente prescritos no art. 7º da Constituição Federal, em relação a estes trabalhadores.

E, para além desses prejuízos materiais, é preciso considerar os prejuízos imateriais alcançados pela terceirização. Isso porque não se pode reduzir o contrato de trabalho a uma transação mercadológica que envolve, tão somente, o dispêndio de energia pelo trabalhador, de um lado, e o correspondente pagamento dessa mercadoria pelo empregador, de outro.

A compreensão e a valoração conferidas juridicamente ao trabalho, sob a égide da Constituição de 1988, e mesmo uma cognição sociologicamente situada da significação do trabalho na atual organização social não autorizam tal reducionismo. O patrimônio jurídico imaterial de quem trabalha encontra-se igualmente afetado.

13 ALVAREZ, Denise; ATHAYDE, Milton; FIGUEIREDO, Marcelo; PEREIRA, Renata; SUAREZ, José Diego. Reestruturação produtiva, terceirização e relações de trabalho na indústria petrolífera *offshore* da Bacia de Campos (RJ). In: *Gestão & Produção*, São Carlos, v. 14, n. 1, p. 55-68, jan./abr. 2007. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/gp/v14n1/05.pdf>>. Acesso em: 13 maio 2013; às 11h40.

14 FILGUEIRAS, Vitor Araújo. *Terceirização e trabalho análogo ao escravo: coincidência?* Disponível em: <<https://indicadoresdeemprego.files.wordpress.com/2013/12/terceirizacao3a7c3a30-e-trabalho-anc3a1logo-ao-escravo1.pdf>>. Acesso em: 6 jul. 2014, às 17h49min.

1.2 – A terceirização e os impactos imateriais

Toda a construção jurídica do direito do trabalho, inclusive no âmbito dos instrumentos internacionais de proteção, ocupou-se em negar a ideia de trabalho como mercadoria e, por conseguinte, toda concepção de trabalho que não vislumbre estar nele envolvida a subjetividade humana.

É dizer, o trabalhador, ao empregar sua força de trabalho num determinado empreendimento em troca de uma remuneração, diferentemente da máquina, não o faz sem nele envolver seus ânimos, sentidos, ideais e paixões. O trabalho, na sociedade atual, traduz-se em fonte de dignidade e valor do próprio indivíduo que trabalha.

Essa premissa, essencial a qualquer matéria que envolva o direito do trabalho, já foi firmada pela doutrina clássica:

“El derecho del trabajo es el estatuto jurídico portador dos más altos valores humanos; es un derecho para el hombre y deriva de su misma naturaleza e categoría de ente social; es un derecho nuevo, que postula un nuevo sentido para la vida del hombre y de las relaciones sociales y que introduce un contenido humano en las fórmulas viejas y nuevas de la justicia; es un derecho que proporciona las bases mínimas para que el hombre que trabaja pueda conducir una existencia digna y realizar plenamente los valores de que es susceptible la persona humana; por eso hemos dicho muchas veces que es el derecho auténticamente humano y la base de todo derecho porque el orden jurídico que no asegura una existencia digna para el hombre no mira hacia la justicia y, en realidad, deja de ser un orden jurídico. El derecho del trabajo no puede admitir la tesis de que el trabajo humano sea una mercancía y tampoco puede aceptar que se le trate como a las cosas que están en el patrimonio de los hombres, ni es posible concebir la relación jurídica de trabajo como un simple cambio de prestaciones y al derecho do trabajo como la norma que busca el equilibrio de las prestaciones, sino a la persona humana y lo que busca es darle una existencia en armonía con los valores de que es portador el hombre.”¹⁵

Assim, considerar tão somente os aspectos materiais e financeiros da terceirização é fechar os olhos para o fato de que, ao ser excluído do corpo da empresa e alijado de sua condição de empregado, passando a atuar como

15 DE LA CUEVA, Mario. *Derecho mexicano del trabajo*. México: Porrúa, 1949. Tomo Primeiro. p. 492-493.

terceirizado e sendo privado de diversos direitos que aquela condição jurídica lhe asseguraria, o trabalhador terceirizado é tocado em sua subjetividade.

Como observam Paixão e Lourenço, “o trabalhador terceirizado é um indivíduo sem referência de tempo e espaço – que são as dimensões constitutivas da experiência humana no mundo exterior”¹⁶.

Primeiramente cumpre localizar, na vítima de uma fraude trabalhista ostensiva um prejuízo à sua autoimagem.

Não se pode olvidar que o ser humano que se vê lesado e inerte diante de uma situação de ilicitude, cuja irregularidade conhece e à qual é obrigado a se submeter diante de uma premente necessidade alimentar, tem reduzido em si o sentimento de autoapreço que compõe dimensão relevante do direito à imagem.

A ideia de continuar, na prática, em uma relação de trabalho que não observa garantias constitucionais mínimas e de ser alijado do corpo empresarial do qual faticamente faz parte, sem que contra isso possa insurgir-se, em face da premente necessidade de manutenção da fonte de renda, é experimentar sentimentos como impotência, dependência, inferioridade e desproteção. A imagem que o trabalhador faz de si mesmo, ao se ver forçado a se submeter a situação tão precária, sofre um decréscimo que não pode ser desconsiderado.

Mas a lesão à personalidade do trabalhador não acaba aí. O emprego de sua força e inteligência para o incremento do processo produtivo de uma empresa, para o sujeito que trabalha, longe de representar uma mera forma de obtenção do salário, é forma institucionalizada e socialmente reconhecida de construção da uma identidade, de pertencimento a um coletivo, seja ele o corpo de funcionário da empresa, seja ele a coletividade de trabalhadores vinculados àquela dada categoria profissional.

As exigências da sociedade moderna vinculam o reconhecimento social dos indivíduos e a sua autoestima à possibilidade de demonstração de utilidade prática no mercado de trabalho, atrelando-se a afirmação da individualidade de cada sujeito à possibilidade de fixar-se em um emprego e de identificar-se com uma carreira e com projetos sólidos dela decorrentes¹⁷.

16 Consultar: PAIXÃO, Cristiano; LOURENÇO FILHO, Ricardo Machado. Entre a indisponibilidade e a negociação: as normas coletivas como fontes do direito do trabalho. *Caderno Jurídico*, Escola Judicial do TRT da 10ª Região, Brasília, ano 3, v. 3, n. 4, jul./ago. 2009.

17 MACIEL, Fabrício. Todo trabalho é digno? Um ensaio sobre moralidade e reconhecimento na modernidade periférica. In: SOUZA, Jessé (Org.). *A invisibilidade das desigualdades brasileiras*. Belo Horizonte: UFMG, 2006.

Ao retirar do trabalhador a condição de empregado, reduzindo-o à condição de terceirizado – mão de obra, por definição, não essencial à atividade da empresa, rotativa, provisória, volátil – se obsta não apenas que este perceba aquelas diferenças remuneratória e de vantagens econômicas. Obsta-se ao trabalhador reconhecer e ter reconhecido o valor do seu trabalho para a dinâmica empresarial, obsta-se a afirmação de sua identidade enquanto sujeito, como integrante da categoria econômica da qual efetivamente faz parte, engendra-se a desconstrução do seu pertencimento a uma empresa cuja “camisa” aprende a vestir.

A terceirização, quando desviada da sua conformação lícita e encaminhada para uma verdadeira intermediação de mão de obra, caracteriza-se enquanto prática empresarial que objetiva reduzir custos a qualquer sacrifício. E os cortes, aqui, invariavelmente se dirigem à força de trabalho.

Uma análise geral do problema permite concluir que, para além dos prejuízos materiais já mencionados, como é o caso da inferioridade dos salários dos terceirizados em relação aos contratados, da não fruição de benefícios restritos aos empregados (a exemplo de planos de saúde, participação nos lucros, dentre outros), da maior incidência de acidentes de trabalho dentre os empregados terceirizados – que não têm acesso aos mesmos treinamentos e equipamentos de proteção individual que os empregados –, identificam-se, ainda, prejuízos de ordem extrapatrimonial, que vão desde a perda de investimentos em qualificação – que a empresa restringe aos seus próprios empregados – até o alijamento do trabalhador do corpo empresarial, o que atua sobre o sentimento de pertencimento do trabalhador à instituição para a qual presta serviços e sobre a sua própria identidade em relação ao grupo de trabalhadores cujas condições de vida e de trabalho às dele se assemelham, sem falar na automática exclusão do trabalhador do sindicato do qual originalmente fazia parte, com a perda de referências coletivas e isolamento social que isso acarreta.

A palavra que delimita a condição do trabalhador que decresce da condição de empregado para a de terceirizado é, portanto, exclusão.

A condição excludente, e, por conseguinte, desqualificadora que a intermediação de mão de obra engendra é explanada de forma conclusiva por Rodrigo de Lacerda Carelli, a partir de pesquisa realizada junto ao Programa de Pós-Graduação da Universidade Federal Fluminense:

“A intermediação de mão de obra causa sérios gravames aos trabalhadores, como a quebra do sistema protetivo laboral e a precarização

do trabalho humano. Porém, não param por aí os malefícios dessa forma ilícita de contratação de trabalhadores.

Talvez o maior prejuízo para os trabalhadores seja mesmo o estado de exclusão em que permanecem os terceirizados, discriminados dentro do ambiente de trabalho, segregados de um grupo de trabalhadores com *status* de efetivos, recebendo melhores benesses do empregado único (...). Podemos ver que todas essas causas de ruptura de inclusão social são aplicadas na intermediação de mão de obra. A tentativa de fuga da dependência, mesmo jurídica, do real empregador em relação ao trabalhador demonstra que aquele não quer ter com este outras relações além do puro contratualismo de troca simples: trabalho x dinheiro. Não há espaço para comprometimento comutativo, não há espaço para confiança, não há espaço para coesão. O trabalhador intermediado está, da mesma forma, irremediavelmente ligado ao curto termo. Ele sabe que a qualquer hora pode ser trocado por outro, já que está sendo somente alugado pelo real empregador. Como verificamos acima, pela maioria dos contratos analisados, o tomador de serviços pode, a qualquer tempo, em qualquer ônus, requerer a substituição do trabalhador. Assim, o curto termo é a sua vida, ele sabe que trabalhará hoje, mas amanhã poderá estar em outra empresa, ou até em nenhuma. Não há tempo para comprometimento, fidelidade ou sentimento de pertencimento. Quanto à ausência de mutualidade nas relações, verifica-se, principalmente, que o trabalhador, exercendo às vezes as mesmas funções que empregado da tomadora de serviços, não tem o *status* de empregado reconhecido, nem pelos seus colegas de trabalho, nem pelo empregador. Dessa forma, a primeira troca, que seria o reconhecimento, torna a relação viciada desde o começo quanto à mutualidade. Destarte, restou demonstrado o processo de exclusão social a que são submetidos os trabalhadores intermediados, segregados dentro do ambiente laboral.¹⁸

A prática empresarial descrita no estudo acima tem por principal consectário a mercantilização do trabalho humano e sua ressignificação social, de maneira pejorativa, eis que seu sentido deixa de ser a inclusão e a construção da cidadania do trabalhador para, do contrário, ser fonte de discriminação e subjugação.

É possível identificar, a partir dos graves resultados já diagnosticados da intermediação de mão de obra, que, em si, a redução do *status* de empregado,

18 CARELLI, Rodrigo de Lacerda. *Terceirização e intermediação de mão-de-obra: ruptura do sistema trabalhista, precarização do trabalho e exclusão social*. 1. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. v. 1.

para atribuir ao trabalhador a condição juridicamente inferior e economicamente mais precária de trabalhador terceirizado, atingiria recôndito específico da dignidade dos sujeitos que trabalham. Não reconhecer a dimensão de ofensa à dignidade dos terceirizados equivale a restringir a relação de trabalho à simples compra e venda de uma mercadoria, não imiscuída pela subjetividade humana.

É indissociável a redução da condição enquanto trabalhador à perturbação do complexo dos seus direitos da personalidade, daí porque a compreensão dos impactos imateriais da terceirização se impõe.

1.3 – A terceirização e os impactos na esfera coletiva¹⁹

Especificamente no que concerne à organização coletiva, tem-se como consequência dessa nova organização do espaço e tempo do trabalho que a terceirização engendra uma profunda individualização dos processos de trabalho, com progressiva fragmentação e desconstrução dos coletivos de trabalho, essenciais à formação de uma identidade coletiva e ao florescer de um sentimento de pertencimento social.

A dificuldade no compartilhamento da identidade social fica clara quando se analisa o perfil dos trabalhadores envolvidos: os terceirizados, via de regra, são menos qualificados, apresentam-se como mão de obra rotativa e estabelecem vínculos frágeis com a empresa-mãe, não comungando, conseqüentemente, de sua cultura organizacional. Isso porque sua precária inserção no trabalho e a inacessibilidade das condições e benefícios oferecidos por aquela empresa impedem que eles se identifiquem com os colegas a partir da imersão nessa cultura organizacional, diferentemente dos empregados centrais, que se identificam com os demais colegas justamente a partir dessa comunidade de condições de vida e participação no espaço empresarial.

Esse choque de culturas organizacionais obsta uma relação com a alteridade, contribuindo para a formação de novas identidades sociais individualizadas, como explica Graça Druck:

“Esse processo tem sérias implicações sobre a relação dos trabalhadores entre si e com o trabalho, determinando novas identidades sociais. Em geral, extremamente frágeis, à medida que a referência deixa de ser coletiva ou sustentada em coletivos de trabalhadores e passa a ser

19 Para as ideias apresentadas nesse tópico, consultar: DUTRA, Renata. Q.; Ramos, Gabriel O. Tendências desmobilizadoras oriundas da terceirização e da precarização trabalhista: reflexos na atuação sindical. In: DELGADO, Gabriela Neves; PEREIRA, Ricardo Macedo de Brito (Org.). *Trabalho, Constituição e cidadania: a dimensão coletiva dos direitos sociais trabalhistas*. São Paulo: LTr, 2014. v. 1. p. 351-363.

individual, fragmentada e incentivada pela solidão do mercado. (...) Essa individualização leva à quebra do sentimento de pertencimento social, reforçado pela ausência de construção de identidades de interesses, forjadas na experiência coletiva, e que é fundamental para a construção de uma identidade de classe.²⁰

O panorama é complexo: a representação sindical em seu modelo clássico não se revela preparada para atender a essa classe trabalhadora fragmentada como um todo, uma vez que se restringe a representar os interesses da “elite” dos trabalhadores fordistas (numa postura que Ricardo Antunes denominou de “neocorporativista”²¹). A questão da terceirização, contudo, é constantemente colocada perante os sindicatos, ainda que não por uma relação de solidariedade às difíceis condições enfrentadas por esses trabalhadores, mas por que ela é fator de redução de postos de trabalho formais, preocupação que tem predominado nas pautas sindicais desde os anos 1990²².

A situação dos terceirizados, por outro lado, é crítica. Discriminados pelo processo produtivo e pelos próprios colegas em razão da posição de inferioridade jurídica que a eles é imposta pelo tomador, não conseguem forjar uma identidade coletiva sólida, uma vez que compartilham condições de trabalho análogas às dos trabalhadores centrais, no que se refere aos serviços prestados, mas não se identificam com estes quanto às condições de retribuição, eis que a eles é relegada a precariedade. Graça Druck bem enuncia: “Unidos pelo trabalho, mas separados pelas identidades e pelas condições salariais e de trabalho”²³.

Para eles, a problemática de construção de uma identidade coletiva própria reside na dificuldade de forjar uma identidade a partir da negação. Ou seja, os trabalhadores terceirizados se definem, primordialmente, a partir daquilo que não são: não são empregados do tomador de serviços, não detêm posição de segurança, não são estáveis economicamente e não são representados pelo sindicato dos demais trabalhadores da empresa.

20 DRUCK, Maria da Graça. *Terceirização: (des)fordizando a fábrica*. São Paulo: Boitempo, 1999. p. 227-230.

21 ANTUNES, Ricardo. *Adeus ao trabalho?* Ensaio sobre as metamorfoses e a centralidade no mundo do trabalho. São Paulo: Cortez, 2010.

22 *Vide estudo*: OLIVEIRA, Marco Antonio de. Tendências recentes das negociações coletivas no Brasil. In: RAMALHO, José Ricardo; SANTANA, Marco Aurélio (Org.). *Além da fábrica: trabalhadores, sindicatos e a nova questão social*. São Paulo: Boitempo, 2003. p. 271-298.

23 DRUCK, *op. cit.*, p. 229.

Acrescente-se a esse panorama os reflexos na representação sindical dos terceirizados que a pulverização da prestação de serviços terceirizada pelas diversas empresas tomadoras de serviços existentes no país proporciona²⁴.

Ademais, a representação sindical dual tende a representar um antagonismo entre esses dois sindicatos, que defendem interesses opostos entre si, numa perspectiva de enfraquecimento da classe trabalhadora. Então, questiona-se: o sindicato forjado a partir do modelo fordista pode responder às demandas da classe trabalhadora típica de modelos pós-fordistas? Ricardo Antunes esclarece:

“Com o aumento desse abismo social no interior da própria classe trabalhadora, reduz-se fortemente o poder sindical, historicamente vinculado aos trabalhadores ‘estáveis’ e, até agora, incapaz de aglutinar os trabalhadores parciais, temporários, precários, de economia informal, etc. Com isso, começa a desmoronar o sindicalismo vertical, herança do fordismo e mais vinculado à categoria profissional, mais corporativo. Este tem se mostrado impossibilitado de atuar como um sindicalismo mais horizontalizado, dotado de uma abrangência maior e que privilegie as esferas intercategoriais, interprofissionais, por um certo tipo de sindicalismo mais capacitado para aglutinar o conjunto dos trabalhadores, desde os ‘estáveis’ até os precários, vinculados à economia informal, etc.”²⁵

Portanto, há uma dimensão concreta de frustração dos direitos sociais coletivos (arts. 7º a 9º da Constituição de 1988) pela prática empresarial de terceirização, adquirindo o problema, também quando a esse aspecto, relevância constitucional.

2 – A CATEGORIA DO EMPREGO E A AMEAÇA DA TERCEIRIZAÇÃO DE ATIVIDADE-FIM

Fica evidenciado que é a relação entre terceirização e frustração do gozo de direitos fundamentais sociais, individuais e coletivos, por parte dos trabalhadores que se revela como um problema constitucional a ser enfrentado.

Por isso mesmo, a questão não pode ser analisada sob a lupa restrita da liberdade de iniciativa ou a liberdade de contratação, de forma absoluta. A liberdade de contratar e de exercer atividade econômica, sob pena de institucionalização da barbárie social, há de se fazer mediante observância e respeito

24 DELGADO, Gabriela Neves. *Terceirização: paradoxo do direito do trabalho contemporâneo*. São Paulo: LTr, 2003. p. 173.

25 ANTUNES, Ricardo. *Adeus ao trabalho? Ensaio sobre as metamorfoses e a centralidade no mundo do trabalho*. São Paulo: Cortez, 2010. p. 65-66.

à pessoa humana, epicentro do ordenamento jurídico. E não se pode respeitar a dignidade da pessoa humana sem respeitar a dignidade de cada cidadão trabalhador, mediante preservação dos seus direitos trabalhistas (garantidos nos arts. 7º e 8º da Constituição Federal), em condições não precárias.

Como visto, não é isso que a terceirização desenfreada tem acarretado. Ainda que limitada pela ordem jurídica, a burla às possibilidades excepcionais de contratação triangular, de modo a ampliá-las além do permitido em lei, tem destrocado categorias sindicais, implicado a redução de patamares salariais e de condições asseguradas em normas coletivas para categorias historicamente sólidas e, mais grave, vitimado trabalhadores terceirizados com acidentes de trabalho e doenças profissionais em proporções alarmantes, o que caracteriza o uso abusivo (art. 187 do CCB) da liberdade de contratação e da liberdade de iniciativa para fraudar a legislação trabalhista e sonegar aos trabalhadores condições de dignidade.

Para o enfrentamento da problemática da terceirização, não se pode deixar de ponderar sobre os aspectos de natureza econômica e social, tendo como pano de fundo a nova realidade do mundo globalizado, que demanda a especialização no meio produtivo. A interpretação adequada do ordenamento trabalhista e constitucional passará, portanto, por uma atividade hermenêutica comprometida com essa complexidade.

Nas palavras de Luís Roberto Barroso:

“A interpretação jurídica tradicional desenvolveu-se sobre duas grandes premissas: (i) quanto ao papel da norma, cabe a ela oferecer, no seu relato abstrato, a solução para os problemas jurídicos; (ii) quanto ao papel do juiz, cabe a ele identificar no ordenamento jurídico a norma aplicável ao problema a ser resolvido, revelando a solução nela contida. Vale dizer: a resposta para os problemas está integralmente no sistema jurídico e o intérprete desempenha uma função técnica de conhecimento, de formulação de juízos de fato. No modelo convencional, as normas são percebidas como regras, enunciados descritivos de condutas a serem seguidas, aplicáveis mediante subsunção. (...) Com o avanço do direito constitucional, as premissas ideológicas sobre as quais se erigiu o sistema de interpretação tradicional deixaram de ser integralmente satisfatórias. Assim: (i) quanto ao papel da norma, verificou-se que a solução dos problemas jurídicos nem sempre se encontra no relato abstrato do texto normativo. Muitas vezes só é possível produzir a resposta constitucionalmente adequada à luz do problema, dos fatos relevantes, analisados topicamente; (ii) quanto ao papel do juiz, já não lhe caberá apenas uma

função de conhecimento técnico, voltado para revelar a solução contida no enunciado normativo. O intérprete torna-se coparticipante do processo de criação do direito, completando o trabalho do legislador, ao fazer valorações de sentido para as cláusulas abertas e ao realizar escolhas entre soluções possíveis.”²⁶

Neste contexto, não se olvidam os elementos tradicionais da interpretação do direito: o gramatical, o histórico, o sistemático e o teleológico. Assim o é também quanto aos critérios para solucionar os eventuais conflitos normativos, destacadamente o hierárquico (lei superior prevalece sobre a inferior), o temporal (lei posterior prevalece sobre a anterior) e o especial (lei especial prevalece sobre a geral).

Inicialmente, é sob o ângulo sistemático que deve ser aferida a pretensão de generalização da contratação terceirizada.

Postulado fundamental da Consolidação das Leis do Trabalho é a definição do contrato individual de trabalho. Dos arts. 2º e 3º da CLT emerge um espírito institucional, além de um conceito prévio e básico, que é o conceito de empregado. Foi deliberado o propósito de se reconhecer a correspondência e a equivalência entre a relação de emprego e o contrato de trabalho, para os efeitos da legislação social, correspondência essa não prevista na escola contratualista italiana, que exige expressa pactuação²⁷.

Esse elemento distintivo é fundamental. O nosso fundamento do contrato é o acordo tácito, daí por que a relação de emprego constitui ato jurídico suficiente para provocar a incidência das medidas de proteção que se contêm no direito do trabalho. Esse conceito firmado na Consolidação é tanto mais justo e relevante quanto é o que se evidencia em face de contratos formalmente nulos ou substancialmente contrários à ordem pública dos preceitos da legislação de proteção ao trabalho, daí a razão de ser do art. 9º consolidado.

A legislação trabalhista protege, substancialmente, um valor: o trabalho humano, prestado em benefício de outrem, de forma não eventual, oneroso e sob subordinação jurídica, superada a já insuficiente conceituação individualista. E, ainda, o protege sob o influxo de outro princípio maior, o da dignidade da pessoa humana.

26 BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coord.). *A constitucionalização do direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 213-14.

27 Consultar: DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2011. p. 298-309.

Desse último, emana ou irradia a razão de ser do direito e suas atuais transformações e quebra de paradigmas conceituais ortodoxos de vetustos institutos como o contrato e a propriedade, hoje totalmente revistos ante os influxos do direito constitucional sobre o direito civil e, também, sobre o direito do trabalho.

O eixo fundamental da legislação trabalhista é o conceito de contrato de trabalho, previsto na CLT, o qual está jungido aos conceitos de empregado e empregador. O que dá feição característica e autonomia científica ao ramo jus trabalhista, pois, é exatamente tal conceituação, vinculadas as atribuições do empregado às atividades essenciais e primordiais do seu empregador.

Por outro lado, a autorização para a terceirização de atividade-fim importa permitir que se imiscua nessa relação bilateral (empregado-empregador) uma interposta pessoa, sem que seja rompida a vinculação objetiva entre atribuições do empregado e atividades primordiais do empregador, assim como sem que sejam afastados os elementos fático-jurídicos da relação de emprego. Não teríamos mais uma relação bilateral, haja vista que para a consecução das atividades primaciais do empregador haveria sempre uma dízima periódica de empregadores, habilitando uma relação trilateral ou plurilateral, em detrimento da legislação social e seus preceitos cogentes.

De outro giro, a terceirização na esfera finalística das empresas, além de atritar com o eixo fundamental da legislação trabalhista, como afirmado, traria consequências imensuráveis no campo da organização sindical e da negociação coletiva. Questiona-se: as tomadoras de serviços, apesar de beneficiárias finais dos serviços prestados, ficariam totalmente protegidas e isentas do cumprimento das normas coletivas pactuadas, por não mais responderem pelas obrigações trabalhistas dos empregados vinculados aos intermediários? Não resta dúvida de que a consequência desse processo é, naturalmente, o enfraquecimento das categorias profissionais, diante da pulverização das atividades ligadas aos setores produtivos e da consequente multiplicação do número de empregadores. Todas essas questões estão em jogo e merecem especial reflexão.

Ninguém nega a terceirização, *nomen iuris* hodierno para a intermediação de mão de obra. Bem se sabe que sempre esteve presente ao longo da história trabalhista brasileira. O *marchander* – homem de palha – a que aludira Mario de La Cueva; o “gato” nas relações de trabalho rurais; os serviços intermediários, aludidos no Decreto-Lei nº 200; os serviços de limpeza e conservação; os serviços de vigilância; a subconcentração francesa com a produção de bens em empresas distintas; o *franchising*; as cooperativas, etc., cada qual com suas singularidades. Algumas, como as duas primeiras, que nunca serão lícitas sob a ótica da legislação do trabalho; e outras que, se regularmente prestadas, se-

rão lícitas, desde que o trabalhador e sua força de trabalho não se tornem uma mercadoria, nem sejam vendidos como tal.

Aliás, essa possibilidade está refutada pela OIT desde 1919. Uma das primeiras afirmações principiológicas proferidas pela Organização Internacional do Trabalho não foi outra que não a de que o trabalho humano não é uma mercadoria, conforme consta da Parte XIII do Tratado de Versalhes, da Declaração de Filadélfia de 1944 e, mais recentemente, da Declaração de Princípios Fundamentais da OIT de 1998²⁸.

Como se observa em Kant, a pessoa humana é o fim do direito, não o meio. O é por ser racional e por promover a elaboração das leis às quais se submete, para o fim da preservação de sua espécie; se irracional fosse, seria coisa. E a coisa tem seu preço. Pode ser objeto de barganha, diversamente da dignidade, que não tem preço, justamente por ser um atributo intrínseco da pessoa humana e só dela.

No enunciado da Súmula nº 331 do TST, preconiza-se, em consonância com princípios e normas constitucionais e trabalhistas, uma exegese complementar do sistema vigente. Em especial, no seu inciso III, afirma-se que não formam vínculo de emprego com o tomador da mão de obra, em seu aspecto interno, registre-se por oportuno, não somente os serviços de vigilância, conservação e asseio, como os serviços ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistente a subordinação direta.

Referida construção jurisprudencial trouxe um marco teórico e jurisprudencial para o fenômeno da terceirização nas relações de trabalho no Brasil, importante para o desenvolvimento social e econômico do país, já que compatibilizou os princípios da valorização social do trabalho humano e da livre-concorrência e equilibrou a relação entre o capital e o trabalho. Trouxe uma orientação jurídica com marcos objetivos para a implementação desse fenômeno da terceirização, mesmo diante de uma legislação discreta quanto ao tema.

Não se olvide o caráter genérico do conceito “atividade-meio” e sua inserção no ordenamento através da jurisprudência como conceito indeterminado. Essa circunstância não abala a convicção da Súmula, ao contrário, a reforça, pois impele a adoção, inclusive, de princípio vetor do próprio Código Civil: a operabilidade.

28 A respeito, consultar: DELGADO, Gabriela Neves. Direitos humanos dos trabalhadores: perspectiva de análise a partir dos princípios internacionais do direito do trabalho e do direito previdenciário. In: DELGADO, Mauricio Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. *Constituição da República e direitos fundamentais: dignidade da pessoa humana, justiça social e direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2012. p. 173-188.

Nela, verifica-se que a solução dos problemas jurídicos nem sempre se encontra no relato abstrato do texto normativo. Muitas vezes só é possível produzir a resposta constitucionalmente adequada à luz do problema, dos fatos relevantes, analisados topicamente; quanto ao papel do juiz, já não lhe caberá apenas uma função de conhecimento técnico, voltado para revelar a solução contida no enunciado normativo. O intérprete torna-se coparticipante do processo de criação do direito, completando o trabalho do legislador, ao fazer valorações de sentido para as cláusulas abertas e ao realizar escolhas entre soluções possíveis.

Fecha-se, portanto, o ciclo interpretativo, pois desses termos resulta a operabilidade, vetor emprestado à construção da aludida súmula de jurisprudência. E a Justiça do Trabalho tem, caso a caso, examinado o processo econômico de terceirização das atividades-meio das empresas. Excluiu do âmbito da descentralização produtiva as atividades assim consideradas essenciais, ou como quer o texto, as atividades-fim.

Ainda que suscite polêmica, o termo não conceitua, delimita, apenas. Classificação e conceitos são termos na ciência jurídica que ensejam proposições próprias, determinadas e definidas. Não é o caso. Trata-se de delimitar fatos e circunstâncias peculiares à prestação de serviços através de interposta pessoa, cabendo ao ordenamento jurídico, por meio da doutrina e da lei, a formulação dos conceitos e da terminologia adequados para o fenômeno jurídico.

3 – A DISCIPLINA INFRACONSTITUCIONAL DA MATÉRIA: A INTERPRETAÇÃO DOS ARTS. 2º E 3º DA CLT E O CONTROLE DAS FRAUDES TRABALHISTAS PELO ART. 9º DA CLT

A delimitação jurídica da terceirização pelos largos parâmetros da Súmula nº 331, ao contrário do que arvoram os que desejam vê-la expandida, está satisfatoriamente respondida pela construção jurídica infraconstitucional do direito do trabalho.

As propostas interpretativas construídas em relação ao tema e as propostas legislativas até hoje apresentada não visam necessariamente sanar uma omissão do ordenamento jurídico a respeito dessa modalidade de contratação do trabalho.

Do contrário, a inexistência da terceirização como categoria autônoma de contratação do trabalho, mas apenas como categoria excepcional, prevista na legislação esparsa, é eloquente: o legislador brasileiro escolheu, em 1943, o contrato bilateral de trabalho, nos moldes definidos na CLT, como categoria central e, portanto, como regra geral para contratação do trabalho humano. Desde

então não houve, no ordenamento jurídico, inserção de previsão de contratação terceirizada que competisse com essa categoria central, uma vez que do Poder Legislativo somente emanaram normas jurídicas que previram a possibilidade de contratação terceirizada de forma pontual e excetiva. E as instituições incumbidas da aplicação do direito na área trabalhista foram acomodando essa nova realidade, com base em sua atividade hermenêutica comprometida com o princípio da operabilidade e fiel aos postulados do direito do trabalho. A terceirização, portanto, foi tolerada naquilo que não desvirtuasse o instrumento jurídico da relação de emprego, em seus contornos clássicos.

Sob a égide da Consolidação das Leis do Trabalho, arts. 2º e 3º, a forma prescrita para a contratação de trabalho humano é a relação de emprego, formada a relação contratual diretamente com o beneficiário da prestação de serviços, tendo em vista que a intermediação de mão de obra se traduz em mercantilização do trabalho humano, ou *merchandage*, coibida pelas mais incipientes concepções jurídicas a respeito do trabalho livre.

Excepcionalmente, a CLT admitiu a contratação mediante intermediação de um terceiro, mas o fez limitando especificamente as possibilidades e as responsabilidades daí consequentes, a teor do seu art. 455, o qual se reporta à contratação de obra, e não diretamente à contratação de força de trabalho.

O ordenamento recebeu, portanto, a relação bilateral de emprego, com inserção do trabalhador na empresa tomadora de serviços e sua vinculação a uma categoria sindical sólida, como a via de acesso daqueles portadores de Carteira de Trabalho assinada aos direitos sociais, trabalhistas e previdenciários assegurados pela ordem jurídica pátria e, sobretudo, como forma de preservar no trabalhador a condição de sujeito e cidadão dentro do contrato de trabalho, ainda que reconhecida a sua hipossuficiência, mas sempre com vistas à afirmação de sua dignidade.

Durante a década de 1970, com as transformações que ocorreram no mundo do trabalho, algumas normas foram editadas no sentido de tolerar, de forma excepcional (ora limitada ao setor público, ora alcançando a esfera privada, porém de forma limitada a determinadas atividades e situações provisórias), algumas hipóteses de relação de trabalho triangular, como previsto no art. 10, § 7º, do Decreto-Lei nº 200/67 e nas Leis ns. 5.645/70, 6.019/74 e 7.102/83.

Os setores até então autorizados a terceirizar as atividades acessórias expressamente previstas em lei foram a Administração Pública (transporte, conservação, custódia, operação de elevadores, limpeza, entre outras de mesma natureza) e o setor bancário (vigilância patrimonial e transporte de valores).

Posteriormente, por meio da Lei nº 8.863/94, a possibilidade de contratação terceirização dos serviços de vigilância patrimonial e transporte de valores foi estendida para além do setor bancário.

Portanto, durante a década de 1980, para a generalidade dos setores produtivos e fora das hipóteses restritas da Lei do Trabalho Temporário, a pretensão de terceirizar não foi salvaguardada pelo ordenamento jurídico.

Foi interpretando essa aparentemente contraditória coleção de normas infraconstitucionais que o Tribunal Superior do Trabalho, sensível à demanda do empresariado pela terceirização de atividade-meio, evoluiu do entendimento primeiramente manifestado por meio da Súmula nº 256²⁹, quando entendera que, fora das hipóteses de trabalho temporário e vigilância, não seria autorizada a terceirização no país, para, por meio da Súmula nº 331 do TST, discriminar exatamente as hipóteses de contratação triangular, com os seus limites e possibilidades, bem como aquelas situações em que deveria ser observada a regra geral contida nos arts. 2º e 3º da CLT: a contratação de trabalho bilateral, que permite a inserção do trabalhador no ser coletivo sólido da empresa tomadora de serviços e que o vincula a uma categoria sindical não fragmentada.

Com a Súmula nº 331, interpretou-se o ordenamento jurídico vigente, o qual assentara autorizações pontuais para terceirizar determinadas atividades de natureza semelhante (eminentemente acessórias ou, como consagrado jurisprudencialmente, atividades-meio), para, inclusive conferindo tratamento jurídico isonômico no setor privado, conceber a possibilidade de terceirização em atividade-meio, desde que não alcançada a zona de incidência da relação de emprego celetista (arts. 2º e 3º da CLT).

E, para tal modalidade de contratação, foi atribuída a consequência jurídica da responsabilidade subsidiária do tomador de serviços, também em construção que utiliza, por analogia, do instituto legal mais próximo existente, que é contrato de empreitada (art. 455 da CLT).

Com relação à terceirização de atividade-fim, entretanto, a jurisprudência trabalhista não apenas vinha compreendendo a impossibilidade, em tese, de os empregadores assim procederem como, também, analisando, caso a caso, as peculiaridades das contratações submetidas a seu exame, a Justiça do Trabalho vinha agindo para afastar a dissimulação das relações empregatícias (arts. 2º e 3º da CLT), quando assim constatava, com respaldo na determinação contida

29 “Salvo os casos de trabalho temporário e de serviços de vigilância, previstos nas Leis ns. 6.019, de 03.01.74, e 7.102, de 20.06.83, é ilegal a contratação de trabalhadores por empresa interposta, formando-se o vínculo empregatício diretamente com o tomador de serviços.”

no art. 9º da CLT, que considera nulos de pleno direito os atos praticados com o objetivo de desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação dos preceitos contidos na CLT.

Assim, sem ignorar o fenômeno socioeconômico da terceirização e sua evolução, o direito do trabalho, através de seus princípios e normas, construiu por meio de atividade hermenêutica a Súmula nº 331 do TST³⁰.

Cumpre, portanto, compreender que o TST já conferiu interpretação ampliativa às normas jurídicas vigentes, para contemplar uma demanda por modernização econômica formulada pelo empresariado, ao cancelar as situações de terceirização em atividades-meio. E o fez na mesma medida em que o Judiciário, em outros países, foi paulatinamente reconhecendo a realidade social da terceirização.

Aqui, os critérios adotados para fazê-lo não foram outros que não aqueles verificados na própria legislação que introduziu excepcionalmente a terceirização, interpretada sistematicamente, considerado o diploma maior de regência das relações de trabalho no país, que é a Consolidação das Leis do Trabalho, o fazendo à luz do verito constitucional da centralidade da pessoa humana.

No que toca à terceirização de atividade-fim, entretanto, é certo: no âmbito da Justiça do Trabalho, nunca se concedeu em retirar validade aos contornos da relação empregatícia bilateral clássica quando eles fossem constatados, e nem se poderia tê-lo feito, uma vez que essa categoria jurídica é o pilar de todo o edifício jurídico justalabalhista.

30 “CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LEGALIDADE (nova redação do item IV e inseridos os itens V e VI à redação) – Resolução nº 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/88).*

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 abrange todas as verbas decorrentes da condenação referentes ao período da prestação laboral.”*

Esse juízo de validade das formas de contratação sempre se afirmou em exames dos casos concretos, e não apenas em concepções teóricas e abstratas. Foi o cumprimento da competência constitucional para julgar ações oriundas das relações de trabalho (art. 114, I, da Constituição Federal), caso a caso, que levou historicamente a Justiça do Trabalho a, fazendo uso do art. 9º da CLT, reputar inválidas contratações terceirizadas fraudulentas, que, em verdade, mascaravam relações de emprego, tal como definido nos arts. 2º e 3º da CLT.

Daí porque um gesto de ativismo judicial da Corte Constitucional, no sentido de extrair da Constituição respostas turvas a perguntas mal formuladas a respeito da terceirização, arriscando-se a proferir um entendimento genérico sobre a possibilidade de contratação terceirização, representaria um duplo esvaziamento da competência constitucionalmente atribuída à Justiça do Trabalho: primeiro porque estaria o STF a se imiscuir na interpretação da legislação infraconstitucional em matéria trabalhista; segundo porque estaria colocando uma pedra sobre a possibilidade de a Justiça do trabalho realizar, caso a caso, a aferição dos elementos fático-jurídicos da relação de emprego, com base no princípio do contrato-realidade e fazendo uso do disposto no art. 9º da Consolidação das Leis do Trabalho.

A possibilidade de controlar fraudes e dissimulações de relações de trabalho, tal como assegurado no art. 9º consolidado, consiste em verdadeira cláusula geral de sustentação do sistema trabalhista, que confere à Justiça do Trabalho não poderes de criar normas jurídicas, mas a atribuição de distribuir a justiça nos casos concretos, a partir da realidade fática apresentada, julgando as relações individuais de trabalho e exercendo a regulação social das relações trabalhistas.

Portanto, a Justiça do Trabalho não adotou postura extrema no sentido de vedar a terceirização: do contrário, admitiu-a, com relação às atividades-meio, em amplitude até maior do que a própria legislação o fez. No entanto, quando o fenômeno concorre com as hipóteses acobertadas pelos arts. 2º e 3º da CLT, e, portanto, apenas quando se opera a fraude, foi resguardada a intervenção protetiva do direito do trabalho. Tal intervenção, entretanto, sempre se fez de modo a traçar objetivamente a importância da jurisdição trabalhista na avaliação dos casos concretos.

E, se afastada da Justiça do Trabalho tal atribuição, restará, de fato, muito pouco a se fazer no âmbito dessa jurisdição especial.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A tensão instalada pela perspectiva de o Supremo Tribunal Federal, no bojo da repercussão geral reconhecida no ARE 713.211MG, decidir pelo caráter absoluto do princípio da liberdade de contratação vislumbrada no art. 5º, II, da Constituição Federal passa pela negação dos critérios constitucionais de proteção da pessoa humana, de concretização da justiça social e de centralidade do cidadão trabalhador na ordem jurídica.

Afastar os limites razoáveis e socialmente cuidadosos que a matéria recebe hoje em prol de liberdade dos agentes econômicos significa desequilibrar o arranjo harmonicamente possível que a Constituição propõe ao consagrar, lado a lado, os valores sociais do trabalho e da livre-iniciativa. Igualmente, significa adotar critérios de compreensão dos preceitos constitucionais que se distancia da noção de centralidade da pessoa humana e do seu maior instrumento, que é o vetor da justiça social. Pensar em justiça social recoloca a dimensão da proteção da pessoa humana no âmbito da proteção da pessoa que trabalha, permitindo afirmar a centralidade do cidadão trabalhador na ordem econômica e social.

Por outro lado, a possibilidade de o Supremo, ainda que decida que a liberdade de contratação não é absoluta, se propor a estabelecer, em abstrato, os limites dessa contratação gera temor não menor: estariam então esvaziadas as competências constitucionais da Justiça do Trabalho para interpretar a legislação infraconstitucional trabalhistas (sede da definição das possibilidades de contratação do trabalho) e, mais grave, para analisar, caso a caso, as relações de trabalho, suas peculiaridades e eventuais fraudes, oferecendo-lhe um enquadramento jurídico adequado (art. 9º da CLT).

Em verdade, ao tomar para si a deliberação a respeito do tema, numa medida de questionável ativismo judicial, o STF golpeará, de uma maneira ou de outra, o sistema constitucional de proteção ao trabalho, seja no sentido material, das garantias fundamentais dos trabalhadores como freio necessário e humanizador da dinâmica econômica capitalista, seja no que tange à conformação institucional que garante tal sistema, notadamente o braço especial do Poder Judiciário que se debruça sobre a regulação das relações de trabalho no país.

O avanço da jurisdição constitucional sobre o tema, nessa atual conjuntura e sob a perspectiva liberal que foi anunciada, implica a desconstrução de um pilar essencial do nosso Estado Democrático de Direito: a proteção da pessoa em sua feição mais socialmente complexa, que é a função de cidadão-trabalhador.

Resta apenas a esperança de se encontrar, dentre os descaminhos da terceirização, uma resposta constitucional adequada, que faça reviver um caminho para a dignidade de quem trabalha.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVAREZ, Denise; ATHAYDE, Milton; FIGUEIREDO, Marcelo; PEREIRA, Renata; SUAREZ, José Diego. Reestruturação produtiva, terceirização e relações de trabalho na indústria petrolífera *offshore* da Bacia de Campos (RJ). In: *Gestão & Produção*, São Carlos, v. 14, n. 1, p. 55-68, jan./abr. 2007. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/gp/v14n1/05.pdf>>. Acesso em: 13 maio 2013, às 11h40min.

ANTUNES, Ricardo. *Adeus ao trabalho?* Ensaio sobre as metamorfoses e a centralidade no mundo do trabalho. São Paulo: Cortez, 2010.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coord.). *A constitucionalização do direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

_____. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BRASIL. TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. Súmula nº 331.

_____. _____. Processo TST-E-ED-RR-2938-13.2010.5.12.0016. j. 08.11.2012. Red. Min. José Roberto Freire Pimenta. Subseção I Especializada em Dissídios Individuais. DEJT 26.03.2013.

_____. _____. Processo TST-E-RR-586341-58.1999.5.18.0001. j. 28.05.09. Red. Min. Luiz Philippe Vieira de Mello Filho. Subseção I Especializada em Dissídios Individuais. DEJT 16.10.09.

CARELLI, Rodrigo de Lacerda. *Terceirização e intermediação de mão-de-obra: ruptura do sistema trabalhista, precarização do trabalho e exclusão social*. 1. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. v. 1.

DE LA CUEVA, Mario. *Derecho mexicano del trabajo*. México: Porrúa, 1949. Tomo Primeiro.

DELGADO, Gabriela Neves. *Terceirização: paradoxo do direito do trabalho contemporâneo*. São Paulo: LTr, 2003.

_____. *Direito fundamental ao trabalho digno*. São Paulo: LTr, 2006.

_____. Direitos humanos dos trabalhadores: perspectiva de análise a partir dos princípios internacionais do direito do trabalho e do direito previdenciário. In: DELGADO, Mauricio Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. *Constituição da República e direitos fundamentais: dignidade da pessoa humana, justiça social e direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2012.

DELGADO, Mauricio Godinho. *Capitalismo, trabalho e emprego*. São Paulo: LTr, 2006.

_____. *Curso de direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2011.

DIEESE/CUT. *Terceirização e desenvolvimento: uma conta que não fecha – dossiê sobre o impacto da terceirização sobre os trabalhadores e propostas para garantir a igualdade de direitos*.

Setembro de 2011. Disponível em: <http://www.sinttel.org.br/downloads/dossie_terceirizacao_cut.pdf>. Acesso em: 9 jun. 2013, às 14h30min.

DRUCK, Maria da Graça. *Terceirização: (des)fordizando a fábrica*. São Paulo: Boitempo, 1999.

DUTRA, Renata. Q.; Ramos, Gabriel O. Tendências desmobilizadoras oriundas da terceirização e da precarização trabalhista: reflexos na atuação sindical. In: DELGADO, Gabriela Neves; PEREIRA, Ricardo Macedo de Britto (Org.). *Trabalho, Constituição e cidadania: a dimensão coletiva dos direitos sociais trabalhistas*. São Paulo: LTr, 2014. v. 1.

FILGUEIRAS, Vitor Araújo. *Terceirização e trabalho análogo ao escravo: coincidência?* Disponível em: <<https://indicadoresdeemprego.files.wordpress.com/2013/12/terceirizac3a7c3a3o-e-trabalho-anc3a1logo-ao-escravov1.pdf>>. Acesso em: 6 jul. 2014, às 17h49min.

KREIN, José Dari; FILGUEIRAS, Vitor Araújo. A luta contra a legitimação da terceirização no STF. *Jornal Brasil de Fato*. Disponível em: <<http://www.brasildefato.com.br/node/29131>>. Acesso em: 18 jul. 2014, às 14h39min.

MACIEL, Fabrício. Todo trabalho é digno? Um ensaio sobre moralidade e reconhecimento na modernidade periférica. In: SOUZA, Jessé (Org.). *A invisibilidade das desigualdades brasileiras*. Belo Horizonte: UFMG, 2006.

MELLO FILHO, Luiz Philippe Vieira de; DUTRA, Renata Queiroz. Centralidade da pessoa humana na Constituição *versus* centralidade do cidadão trabalhador: o desafio de reler o trabalho a partir da Constituição Federal de 1988. In: SARLET, Ingo Wolfgang; FILHO, Luiz Philippe Vieira de Mello; FRAZÃO, Ana de Oliveira (Org.). *Diálogos entre o direito do trabalho e o direito constitucional: estudos em homenagem a Rosa Maria Weber*. São Paulo: Saraiva, 2014. v. 1.

OLIVEIRA, Marco Antonio de. Tendências recentes das negociações coletivas no Brasil. In: RAMALHO, José Ricardo; SANTANA, Marco Aurélio (Org.). *Além da fábrica: trabalhadores, sindicatos e a nova questão social*. São Paulo: Boitempo, 2003.

PAIXÃO, Cristiano; LOURENÇO FILHO, Ricardo Machado. Entre a indisponibilidade e a negociação: as normas coletivas como fontes do direito do trabalho. *Caderno Jurídico*, Escola Judicial do TRT da 10ª Região, Brasília, ano 3, v. 3, n. 4, jul./ago. 2009.

POLANYI, Karl. *A grande transformação: as origens de nossa época*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2012.

TRINDADE, Pedro Mahin Araújo; LOPES, João Gabriel Pimentel. *O STF e a terceirização da política*. Disponível em: <<http://trabalho-constituicao-cidadania.blogspot.com.br/2014/06/o-stf-e-terceirizacao-da-politica.html>>. Acesso em: 29 jul. 2014, às 15h05min.