

CONTROLE CIVILIZATÓRIO DA TERCEIRIZAÇÃO À LUZ DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS E TRABALHISTAS

Fernando Henrique Galisteu¹

INTRODUÇÃO

A terceirização trabalhista é fenômeno cada vez mais freqüente no contexto empresarial pátrio. A relevância e a atualidade do tema denotam-se ao compulsar dados acerca do impacto da terceirização no Brasil e no mundo: estima-se que haja atualmente 7,1 milhões de trabalhadores terceirizados no Brasil² e 376,8 milhões em todo o planeta³.

O presente artigo tem por objeto o estudo dos principais aspectos referentes à terceirização no Direito do Trabalho brasileiro, avaliando o contexto em que esse instituto está inserido em nosso ordenamento jurídico, a fim de verificar se existe contradição de valores entre a flexibilização das relações trabalhistas e o arcabouço constitucional de proteção e melhoria das condições de trabalho no Brasil.

Nesse sentido, o epíteto “Controle civilizatório da terceirização” representa a expressão utilizada por Maurício Godinho Delgado para revelar a busca por instrumentos capazes de compatibilizar o fenômeno da terceirização trabalhista com os princípios e regras essenciais que regem a utilização da força de trabalho no Brasil⁴.

Vale ressaltar que não será abordada a terceirização na Administração Pública, submetida a regime jurídico distinto e que deve ser analisada ao lado de outros temas de Direito Administrativo, como privatização, desestatização, convênios e Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público (OSCIPs).

ORIGEM DA TERCEIRIZAÇÃO

O fato social desencadeador do fenômeno da terceirização teve sua origem no período da Segunda Guerra Mundial. Havia grande demanda de armamentos e a oferta não se mostrava capaz de suprir tamanha procura. As indústrias norte-americanas, principais fornecedoras de produtos bélicos, organizadas na forma que se encontravam, não tinham capacidade instalada para suprir a demanda europeia, especialmente dos países aliados na luta contra o nazismo.

Para aumentar a produtividade, a saída encontrada pelos industriais foi remodelar a forma de produção, contratando terceiros para a prestação de serviços que não estivessem estritamente afetos à consecução finalística da empresa armamentista, como serviços de portaria e de conservação. A maior canalização de recursos e trabalho para determinada atividade resultaria em aumento de produção.

No Brasil, embora não haja consenso entre os autores, pode-se afirmar que a tercei-

1. Fernando Henrique Galisteu é Analista Judiciário do TRT da 9ª Região (PR), Assistente de Gabinete do Juiz Titular da Vara do Trabalho de Bandeirantes/PR. Pós-graduado em Direito e Processo do Trabalho pela Universidade Anhanguera-Uniderp. Graduado em Direito pela Universidade Estadual de Londrina (UEL).

2. POCHMANN, Marcio. A transnacionalização da terceirização na contratação do trabalho. In: Terceirização: em busca de um consenso. São Paulo: Maxpress, 2008. p. 90.

3. SINDEPRESTEM. Pesquisa Setorial 2008/2009. Disponível em: <http://sindeprestem.com.br/v2/cms/UserFiles/file/Pesquisas/PesquisaSetorial2008_2009_site.pdf>. Acesso em: 28 mar 2010. Para mais dados estatísticos acerca do tema, consultar o capítulo 5 do presente trabalho.

4. DELGADO, Maurício Godinho. Curso de Direito do Trabalho. 8ª ed. São Paulo: LTr, 2009. p. 436.

rização surgiu na década de 1950⁵. Na iniciativa privada, conquanto tenha assumido notoriedade a partir dos anos 1980, desde o início do processo de industrialização brasileira, nos anos 1950, uma parcela da produção da indústria automobilística já era subcontratada.

Desse modo, ao redor das montadoras multinacionais que chegavam ao país, formava-se um complexo industrial integrado por uma rede de empresas fornecedoras de autopeças. Não obstante, tais produtores de autopeças, assim como as montadoras, possuíam uma estrutura industrial verticalizada⁶.

A partir dos anos 1980, diferentemente, o movimento terceirizante expandiu-se sistematicamente no país, como estratégia da flexibilização produtiva, sob o influxo das reformas neoliberais e no contexto da globalização econômica.

Segundo o pesquisador Marcio Pochmann, diversamente do que a teoria sugere, a terceirização desenvolvida pelas empresas no Brasil não visou, inicialmente, à qualificação do produto, mas, essencialmente, a assegurar a própria sobrevivência empresarial, num contexto de quase estagnação econômica na década de 1980 e de ampla competição internacional desregulada, vinculada à inserção subordinada e passiva da economia nacional à globalização.

Constata-se, portanto, que a terceirização no Brasil teve suas origens pautadas em objetivos diversos dos desejados no mundo, o que facilita a compreensão acerca da precariedade de que tal fenômeno foi revestido no cotidiano empresarial nacional.

IMPACTO DA TERCEIRIZAÇÃO NO BRASIL

Em pesquisa desenvolvida no biênio 2008/2009 pelo IPEMA – Instituto de Pesquisa Manager, realizada pelo SINDEPRESTEM, constatou-se que no Brasil há 7,1 milhões de trabalhadores terceirizados, o que representa 20,8% dos empregados com carteira assinada no país. O faturamento do setor alcança a impressionante cifra de R\$ 57,6 bilhões por ano⁷.

Já na Pesquisa Nacional sobre Terceirização, desenvolvida pelo CENAM – Centro Nacional de Modernização, de novembro de 2005 a março de 2006, apurou-se que, das 2.850 empresas pesquisadas, 92% entendem que a terceirização é uma tendência mundial no processo de modernização dos negócios, sendo que 86% das empresas entrevistadas já aplicaram ou aplicam algum tipo de serviço terceirizado⁸.

Ademais, em 96% dos casos, a empresa acredita que a contratação de serviços terceirizados continuará a ser utilizada na empresa nos próximos anos, o que demonstra a atualidade do tema e, conseqüentemente, a necessidade de se buscarem instrumentos de controle civilizatório para ajustar tal fenômeno ao sistema tuitivo do Direito do Trabalho brasileiro.

Dentre as principais vantagens apontadas para a terceirização, destacam-se o foco maior no core business (atividades essenciais) da companhia (91%) e a redução dos custos das operações (86%).

Enquanto ambos os percentuais se revelaram altíssimos, o aumento da qualidade dos serviços prestados (43%) e a transferência de tecnologia agregando valor ao negócio (34%) representaram baixas taxas, evidenciando os reais propósitos da maior parte dos empregadores brasileiros – descentralização das atividades e redução de custos.

5. MIRAGLIA, Livia Mendes Moreira. A viabilização da terceirização trabalhista no Brasil. Disponível em: <http://www.conpedi.org/manuel/arquivos/anais/bh/livia_mendes_moreira_miraglia.pdf>. Acesso em: 23 mar. 2010.

6. AMORIM, Helder Santos. Terceirização no Serviço Público: uma análise à luz da nova hermenêutica constitucional. São Paulo: LTr, 2009. p. 33-34.

7. SINDEPRESTEM. Op. cit. p. 18.

8. GIOSA, Lívio. Terceirização: uma abordagem estratégica. 8ª ed. São Paulo: Meca, 2007. p. 117-140.

TERCEIRIZAÇÃO E REESTRUTURAÇÃO PRODUTIVA

O fenômeno da terceirização é consequência direta do processo de reestruturação produtiva, experienciado em todo o mundo desde a Revolução Industrial e potencializado nos últimos quarenta anos.

Nos últimos dois séculos, o mundo vivenciou quatro principais formas de reestruturação produtiva: o taylorismo, o fordismo, o toyotismo e a fase atual, que pode ser denominada de pós-toyotismo.

O modelo taylorista de divisão do trabalho foi concebido pelo engenheiro norte-americano Frederick Taylor (1856-1915), concomitantemente à fase de transição do Estado Liberal para o Estado de Bem-Estar Social, e procurava controlar o tempo e o rendimento da produção, por meio da teoria dos tempos e movimentos⁹.

Esse modelo visava à obtenção da máxima produtividade do trabalho por meio da decomposição de cada processo de trabalho em movimentos rigidamente estudados e previstos, e da organização e execução das tarefas fragmentadas conforme rígidos padrões de tempo e movimento, separando-se o trabalho intelectual do trabalho manual e repetitivo.

O controle do tempo somente era possível mediante a separação e fragmentação das atividades de planejamento das de execução. Cada trabalhador era fixado em determinado posto de trabalho, sendo treinado para cumprir as tarefas impostas no tempo-padrão de produção, segundo sistematizado pela direção empresarial.

A mecanização do trabalho impunha a necessidade de os trabalhadores exercerem apenas um tipo específico de tarefa, o que limitava a capacidade de aperfeiçoamento das aptidões, além de precarizar o conhecimento.

Surgia no início do Século XX uma nova forma de estruturação produtiva e de organização do trabalho industrial, que iria preponderar hegemonicamente por quase três quartos daquele século: o sistema fordista de produção em massa.

Esse sistema foi inaugurado por Henry Ford em sua indústria automobilística, que temperava os métodos da Administração Científica do Trabalho, de Frederick Taylor (1911), com a engenhosidade tecnológica da linha de montagem contínua, em torno da qual os operários se concentravam, desenvolvendo específicos e sucessivos segmentos da atividade fabril, numa rotina fragmentada e cronometrada sob o ritmo imposto pela máquina.

A indústria cresceu de forma vertiginosa, especialmente nos países centrais. O modelo denominado fordista, combinado com a fórmula e método tayloristas de divisão do trabalho, passou a ser adotado em larga escala.

Dessa forma, o fordismo paulatinamente transformou-se no paradigma ocidental de organização empresarial: uma estrutura industrial gigantesca, verticalizada, que domina de alto a baixo todas as etapas do ciclo produtivo, controlando os riscos de escassez de insumos numa época de profunda turbulência nas relações internacionais¹⁰.

O binômio taylorismo/fordismo possibilitou, ainda, a máxima racionalização das operações realizadas pelos trabalhadores, combatendo o desperdício na produção. Reduziu-se o tempo e aumentou-se o ritmo de trabalho, visando à intensificação das formas de exploração.

Cada trabalhador fixava-se em uma parte da esteira rolante para exercer, mecânica e repetidamente, seu ofício em determinada etapa da produção. Tais empregados podiam, até mesmo, ser considerados segmentos das máquinas, já que a única função que desempenhavam era a de operá-las, estabelecendo um ritmo cada vez mais acelerado, em busca da maior produtividade possível.

Na década de 1980, o poder corporativo americano estava sendo desafiado por

9. DELGADO, Gabriela Neves. Terceirização: paradoxo do direito do trabalho contemporâneo. São Paulo: LTr, 2003. p. 44.

10. DELGADO, Gabriela Neves. Op. Cit. p. 44.

novos concorrentes globais, armados com uma estrutura organizacional muito diferente; flexível; mais bem equipada para tirar proveito das novas tecnologias da revolução da informação.

Essa nova forma de administração surgiu na indústria automobilística japonesa do pós-guerra e divergia tão radicalmente do modelo de produção americano que passou a ser reconhecido como método de produção enxuta, regime de acumulação flexível ou produção pós-fordismo.

O novo modelo, para atender aos anseios de recomposição de poder do capital, precisava também viabilizar o corte de custos de mão-de-obra e, ao mesmo tempo, vencer o poder corporativo do novo proletariado, organizado em torno do sindicato fortalecido da era fordista.

Para tanto, buscaram-se no modelo de organização desenvolvido pela Toyota, indústria automobilística japonesa – razão pela qual é denominado de toyotismo –, os componentes organizacionais que melhor atendessem a essas novas expectativas do capital em crise.

Nesse contexto, o sistema industrial japonês mostrou-se, para os países ocidentais do centro econômico, uma alternativa de superação da crise do capital, transformando-se no paradigma empresarial contemporâneo e desencadeando um gigantesco movimento de transformação em cadeia da organização empresarial em todo o mundo, com imenso impacto no capitalismo ocidental.

Trata-se de um modelo produtivo voltado ao atendimento das exigências individualizadas e oscilantes do novo mercado consumidor globalizado, em ambiente de rigorosa competitividade, destituído de protecionismos estatais, o que desafia uma produção bastante variada, heterogênea e de custo baixo, fundado no princípio do just in time: a produção é determinada pelos níveis de demanda, em tempo real¹¹.

O toyotismo utiliza algumas técnicas para fazer funcionar a nova lógica do capital, o que somente é possível em virtude do exercício de controles interno e externo da produção, além da imposição de mecanismos mais modernos de relações interempresariais.

O controle interno decorre dos mecanismos de “produção enxuta” (lean production) ou da “queima de gorduras” (downsizing) e do “pronto atendimento” (just in time), tendo por fim inserir a qualidade total em todo o processo produtivo.

O trabalho humano, por conseguinte, também é limitado ao estritamente necessário em cada tempo, conforme a demanda, o que pressupõe formas flexíveis de contratação, como o trabalho temporário e o trabalho part-time, determinando uma grande flutuação de mão-de-obra.

A empresa, que no fordismo era verticalizada – compreendendo todas as etapas do processo produtivo –, passou a ter estrutura horizontalizada, descentralizando e externalizando parte da produção a outras empresas, autônomas, organizadas numa rede de parceria interempresarial.

O instrumental teórico-científico necessário adveio da teoria do foco, consoante salienta Helder Santos Amorim¹²:

Esse novo modelo organizacional logo encontra assento científico na “teoria do foco”, preconizada pela Ciência da Administração, segundo a qual a empresa enxuta deve concentrar seus esforços e recursos no que constitui a especialidade do seu processo produtivo, transferindo (contratando) a terceiras empresas todas as demais atividades que lhe sejam instrumentais e periféricas, a fim de obter a máxima especialização produtiva, capaz de lhe assegurar melhor qualidade no produto e menor custo de produção.

11. AMORIM, Helder Santos. Op. Cit. p. 31.

12. Id.

No epicentro do novo modelo organizacional, encontra-se a figura da terceirização, processo também utilizado em cadeia pelas terceiras empresas subcontratadas, acarretando a expansão dos métodos e procedimentos a toda a rede de fornecedores, o que implica a ampliação e a imensa fragmentação do espaço do processo produtivo.

Dessa forma, a estrutura do mercado de trabalho toyotista é marcada pelo surgimento de dois grandes eixos de contratações e, portanto, de dois grandes tipos de trabalhadores.

O primeiro eixo – grupo central das empresas – é seletivo e bastante diminuto, já que composto por empregados altamente qualificados, multifuncionais, que gozam de maior segurança dentro da empresa, laboram em tempo integral, tendo maior possibilidade de angariar vantagens decorrentes de alterações do contrato de trabalho, como as promoções.

Já o segundo eixo – grupo periférico das empresas – abrange dois subgrupos bastante distintos. O primeiro deles é composto por empregados em tempo integral com habilidades financeiras disponíveis no mercado de trabalho, como pessoal do setor financeiro, secretárias, pessoal das áreas de trabalho rotineiro e de trabalho manual menos especificado. Com menos acesso a oportunidades de carreira, esse grupo tende a se caracterizar por uma alta taxa de rotatividade.

O segundo subgrupo oferece uma flexibilidade numérica ainda maior e inclui empregados em tempo parcial, empregados casuais, pessoal com contrato por tempo determinado, temporários, subcontratação e treinados com subsídio público, tendo ainda menos segurança de empregos do que o primeiro grupo periférico.

Cria-se, portanto, um quadro flutuante de trabalhadores temporários e se fomenta a substituição de grande número de empregos diretos por empregos terceirizados, internamente (quando as atividades terceirizadas são prestadas no interior da empresa matriz) e externamente (quando as atividades contratadas são prestadas no ambiente da empresa fornecedora).

Gabriela Neves Delgado ressalta as consequências negativas do modelo toyotista para o trabalhador¹³:

O empregado, imerso num mundo invisível de coação e premido pela necessidade de manter seu emprego, muda sua referência e percepção de identidade coletiva, diminuindo sua identificação com os sindicatos e aumentando-a com as empresas, cujos laços de dependência tornam-se mais sólidos que nunca.

Assim, a força coletiva emanada dos sindicatos, legítimos representantes dos trabalhadores, tende a dissolver-se. É exatamente durante o processo de crise conjuntural da década de 1970 que os sindicatos começaram a perder força e espaço político nos países centrais, deixando de reivindicar direitos, para, tão-somente, negociá-los. No Brasil, esse fenômeno ocorreu a partir da década de 1990.

As despedidas maciças ocorrem significativamente nas grandes empresas, que passam a concentrar suas atividades no núcleo central de produção, descentralizando as outras etapas procedimentais. Tal estratégia possibilita, inevitavelmente, a redução do número de seus empregados e dos custos e gastos advindos das contratações.

Concomitantemente ao processo de descentralização das etapas periféricas de produção, criado pelas grandes empresas, surgem as empresas de pequeno e médio portes, instituídas para subsidiar as de grande potencial, mediante a produção de atividades-meio, o que possibilita a complementação do ciclo do processo produtivo.

Dessa forma, muitos dos empregados das grandes empresas que tenham perdido seus empregos, por causa do processo de reengenharia da estrutura empresarial, são realocados nas pequenas e médias empresas – o denominado fenômeno de “empregos induzidos”. Alguns,

13. DELGADO, Gabriela Neves. Op. cit. p. 98.

inclusive, na tentativa de competirem no mercado, tornam-se autônomos, abrindo seus próprios negócios.

O controle interno da produção, por sua vez, também provoca uma série de mudanças na dinâmica contratual e de vinculação dos empregados à empresa, culminando em uma nova ótica do emprego, ao final do século XX e no início do XXI.

Hoje, a subordinação opera por outras vias que não só a direta e incisiva. Embora mais viva do que nunca, torna-se possível sem a necessidade de um ambiente empresarial para se legitimar. Consoante atesta Gabriela Neves Delgado¹⁴,

Com o nascimento das parcerias entre as empresas, especialmente em razão do incremento das práticas terceirizantes, os mecanismos de subordinação duplicam seu poder. Isto porque, na maioria dos casos, o empregado passa a subordinar-se tanto ao empregador direto (a empresa terceirizadora) como ao tomador de serviços; o que é facilitado, sobremaneira, pela estrutura trilateral de pactuação jurídica.

Dessa formulação teórica propaga-se atualmente a ideia da subordinação objetiva.

TERCEIRIZAÇÃO E FLEXIBILIZAÇÃO DAS RELAÇÕES DE TRABALHO

Por meio da reestruturação produtiva vivenciada com veemência nas últimas décadas, emergiram dois epítetos que representam a atual adaptação dos preceitos justralhistas às exigências econômicas do mundo globalizado, com a consequente precarização da relação formal de emprego. São eles a flexibilização e a desregulamentação.

Na esteira desse movimento, ganharam forças as teorias que visavam a flexibilizar ou a desregular o Direito do Trabalho brasileiro, sob o argumento de que a legislação trabalhista seria obsoleta e o empregado saberia dirigir os rumos de sua vida por si só.

A desregulamentação retira a proteção do Estado ao trabalhador, permitindo que a autonomia privada, individual ou coletiva, regule as condições de trabalho e os direitos e obrigações advindos da relação de emprego. Já a flexibilização pressupõe a intervenção estatal, ainda que básica, com normas gerais abaixo das quais não se pode conceber a vida do trabalhador com dignidade.

Percebe-se a influência dessa corrente neoliberalista em alguns diplomas normativos pátrios, criados na década de 1990. Também faz parte dessa mesma estratégia de desregulamentação a omissão normativa reiterada do Estado no tocante ao processo de terceirização trabalhista, que, aliás, reflete o contexto histórico do direito do trabalho brasileiro, vivido como um período de crise e transição.

No entanto, resta cristalino que tal argumentação vem em sentido teleológico inverso à construção do Direito do Trabalho, privilegiando, de certo modo, a ótica dos interesses empresariais, ao passo que o mencionado ramo jurídico especial foi construído privilegiando a ótica dos interesses dos trabalhadores.

Prova disso é que, ao se compulsar as alegadas vantagens da terceirização no cotidiano empresarial, demonstra-se que nem todos os mencionados benefícios efetivamente podem ser verificados.

À luz da teoria do foco, a terceirização legitimamente propicia à organização produtiva os seguintes resultados, segundo Helder Santos Amorim: a empresa tomadora de serviços volta a atenção para sua atividade central, chamada de atividade-fim; simplifica sua estrutura; reduz sensivelmente seus encargos trabalhistas e sociais, com eliminação de postos de trabalho;

14. DELGADO, Gabriela Neves. Op. Cit. p. 105.

reduz controles; reduz custos; aumenta a lucratividade; e fomenta a produtividade¹⁵.

Não se pode aceitar como razoável a redução de custos. Quando se contrata uma outra empresa para a realização de um serviço que ela própria realizava, ou poderia realizar, deve-se levar em conta que se pagará, além dos custos daquela atividade, o lucro da empresa contratada.

Consoante Rodrigo de Lacerda Carelli¹⁶,
[...] em condições normais e não havendo alguma extraordinariedade (como não pagamento de tributos, encargos sociais ou direitos trabalhistas por parte da contratada), não haveria solução mágica que pudesse fazer com que os custos diminuíssem para a realização da mesma atividade.

Constata-se, portanto, que todas as vantagens apontadas beneficiam o empregador, e não o empregado, ser hipossuficiente da relação de emprego que necessita de proteção legislativa heterônoma.

Ao revés, quando se analisam as consequências negativas da terceirização, verifica-se que todas elas atingem apenas o empregado. As principais são: decréscimo do número de empresas formais; ampliação do desemprego estrutural; fomento da alta rotatividade de mão-de-obra; dupla subordinação do empregado terceirizado; desintegração da identidade coletiva dos trabalhadores; enfraquecimento das entidades sindicais; e redução dos benefícios sociais dos obreiros.

Arremata Gabriela Neves Delgado: “Enfim, o rol de agressões que a sistemática terceirizante provoca no seio dos trabalhadores é tão profundo e diversificado, que não compensam, social e culturalmente, suas estritas vantagens econômicas”¹⁷.

Dessa forma, é inevitável a conclusão de que, se não houver um controle civilizatório da terceirização, por parte do Estado, a melhoria da condição social dos trabalhadores, prevista no art. 7º, caput, da Constituição Federal, restará fortemente comprometida. Tal controle deve dar-se por meio de instrumentos capazes de compatibilizar tal fenômeno com os princípios e regras essenciais que regem a utilização da força de trabalho no Brasil.

CONTROLE CIVILIZATÓRIO DA TERCEIRIZAÇÃO

Embora seja cristalina a necessidade de controlar o avanço desmedido da terceirização, ainda não existe, na ordem jurídico-trabalhista pátria, legislação heterônoma disciplinando as relações de trabalho oriundas de tal fenômeno. Ante essa lacuna normativa, o Tribunal Superior do Trabalho firmou jurisprudência na tentativa de sistematizar as práticas que seriam lícitas ou ilícitas, por meio de sua Súmula 331.

Pela leitura da referida Súmula, constata-se a existência de apenas quatro situações-tipo em que seria possível a terceirização de serviços na atividade privada brasileira: trabalho temporário (Lei 6.019/74), serviços de vigilância (Lei 7.102/83), serviços de conservação e limpeza e serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador de serviços.

Ressalte-se, contudo, que a dicotomia envolvendo atividade-fim e atividade-meio – erigida como divisor de águas entre terceirização ilícita e lícita – atualmente se revela insuficiente para a verificação de burla à teleologia da legislação trabalhista.

Nesse sentido, pelo parâmetro jurisprudencial, não seria atividade-fim o trabalho de uma costureira que, ao prestar serviços em sua própria residência, entrega a sua produção para uma empresa que se autodefine como simples fornecedora de roupas para lojistas; por outro

15. AMORIM, Helder Santos. Op. Cit. p. 42-43.

16. CARELLI, Rodrigo de Lacerda. Cooperativas de mão-de-obra: Manual contra a fraude. São Paulo: LTr, 2002. p. 24.

17. DELGADO, Gabriela Neves. Op. Cit. p. 173.

lado, ainda segundo as mesmas diretrizes, haveria atividade-fim se a aludida empresa passasse a se autodefinir como fabricante em seu estatuto social.

Ademais, se os atos complexos praticados por um trabalhador fossem decompostos em atos simples, chegar-se-ia à conclusão de que nem sempre é possível determinar-se a validade do critério distintivo entre meio e fim, já que tais atos, embora sejam diferentes, são igualmente necessários à produção.

Ilustre-se com o exemplo de uma indústria têxtil: o trabalho de um técnico que faz reparos no tear não seria, *prima facie*, uma atividade-fim. No entanto, a sua atividade constitui um antecedente lógico ao trabalho do operador, na medida em que, sem a manutenção, provavelmente o funcionamento do equipamento ficará comprometido e, por conseguinte, restará comprometido o trabalho do operador¹⁸.

Como arremate, colhe-se a conclusão de Zéu Palmeira Sobrinho¹⁹:

Existem, como se viu, exemplos de que a “atividade-meio”, conquanto não pareça se reportar à finalidade do serviço, torna-se indispensável à consecução da atividade do empregador. A insuficiência do “critério jurídico” cristalizado na jurisprudência trabalhista é incompatível com a plástica realidade do setor produtivo.

Resta evidente, pois, que o Direito do Trabalho brasileiro deve preocupar-se com as consequências que o trabalhador pode sofrer, quando submetido a um processo terceirizante que não assegure seus direitos trabalhistas devidos.

Ante a insuficiência da distinção jurisprudencial entre atividade-fim e atividade-meio, deve-se compatibilizar a terceirização com os princípios justralhistas e constitucionais que incidem sobre o aludido fenômeno.

Consoante o art. 5º, §1º, da Constituição Federal, “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”. Abrangem, portanto, todo o Título II, denominado “Direitos e Garantias Fundamentais”, previsto nos arts. 5º a 17 da Carta Política de 1988 – incluindo, evidentemente, o art. 7º, que elenca os direitos dos trabalhadores.

Além de os direitos trabalhistas emergirem como formalmente fundamentais, também são materialmente fundamentais, uma vez que são imanentes ao princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CF), que é o grande princípio fundante do Estado Democrático de Direito positivado pela Constituição Federal.

Luiz Alberto David Araújo e Vidal Serrano Nunes Júnior²⁰ salientam que

Os direitos sociais são atribuídos, em igualdade, aos trabalhadores rurais e urbanos, sendo certo, no entanto, que o rol de direitos constante do art. 7º do texto constitucional não é exauriente dos direitos trabalhistas, pois o *caput* do dispositivo é literal ao consignar a existência daqueles, ‘além de outros que visem à melhoria de sua condição social’. Logo, a normatização infraconstitucional pode ampliar esse rol de direitos, embora, de evidência, não tenha o condão de reduzi-los.

Nesse sentido, há normas veiculadas por diplomas infraconstitucionais que assumem estatura especial, por conta do princípio da força normativa da Constituição, pelo qual suas normas devem ser interpretadas de modo a lhes assegurar máxima eficácia e efetividade.

Por isso, espraia-se a noção de bloco aberto de constitucionalidade, que expande o exercício da interpretação constitucional para muito além de referências meramente literais que se contêm no texto da Lei Fundamental.

Após essa argumentação, é inevitável a conclusão de que o rol dos direitos

18. PALMEIRA SOBRINHO, Zéu. Op. cit. p. 90.

19. Id.

20. Apud FERRAZ, Fernando Basto. Op. Cit. p. 33.

trabalhistas, previsto no art. 7º da Constituição Federal, é cláusula pétrea do ordenamento jurídico brasileiro, e apresenta um elenco meramente exemplificativo de normas, ou seja, permite a incorporação de outros dispositivos infraconstitucionais que detenham importância essencial à manutenção da finalidade precípua do Direito do Trabalho – a melhoria da condição social dos trabalhadores.

Entre o núcleo central dos princípios trabalhistas, aqueles mais deturpados em razão da prática terceirizante são: o princípio da proteção, o princípio da continuidade da relação de emprego, o princípio da primazia da realidade sobre a forma, o princípio da indisponibilidade dos direitos trabalhistas e o princípio da determinação legal da identidade dos atores sociais²¹.

A finalidade persecutória do princípio da proteção - também denominado de princípio tutelar ou tuitivo - tem seu eixo de atuação deslocado da figura do empregado para a do empregador, já que a terceirização, por ser um modelo contratual gravemente precário, gera vantagens apenas para o segmento empresarial, enquanto traduz consequências deletérias para o obreiro.

O princípio da continuidade da relação de emprego também perde destaque, visto que a terceirização acarreta a tendência de incremento das contratações temporárias (por prazo determinado), o que impossibilita a efetiva integração do trabalhador na empresa.

O princípio da primazia da realidade sobre a forma também não produz todos os seus possíveis efeitos, uma vez que, em certa medida, a terceirização trabalhista, quando fraudulenta, obscurece a verdadeira relação socioeconômica entre as partes, existente entre o tomador de serviços e o trabalhador terceirizado²². Em verdade, o princípio da primazia da realidade funciona como uma via de mão dupla e também será um dos elementos que evidenciarão a verdadeira intermediação de mão-de-obra.

O princípio da indisponibilidade dos direitos trabalhistas, consoante Gabriela Neves Delgado²³,

[...] é desrespeitado de maneira imprecisa e fluida, em face do rebaixamento direto e indireto de direitos e proteções trabalhistas que a terceirização, regra geral, produz. Ainda que a empresa terceirizante não possa, formalmente, provocar renúncias e/ou transações trabalhistas lesivas a seus empregados terceirizados, o próprio mecanismo da terceirização já é, por si somente, um instrumento de redução de valor da força de trabalho. Nessa medida, afronta o princípio da indisponibilidade de direitos trabalhistas.

Um dos pilares do Direito do Trabalho é o princípio da determinação legal da identidade dos atores sociais, presente na caracterização de empregador e empregado - arts. 2º e 3º da CLT. Seria muito fácil eliminar o princípio protetor, caso não se dispusesse na legislação quem e quando se é empregador ou empregado.

Ressalte-se que todas as legislações trabalhistas derivadas do direito continental europeu aplicam o presente princípio, conceituando legalmente os sujeitos da relação trabalhista. Há, outrossim, o elenco dos requisitos indicadores da existência da relação empregatícia, e a previsão de impossibilidade de derrogação desses dispositivos por vontade das partes²⁴. No Brasil, a CLT disciplina o tema em seu art. 9º.

Na seara constitucional, a terceirização entra em confronto com os seguintes valores e princípios: dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CF), justiça social (art. 170, caput, e art. 193), existência digna (art. 170, caput), melhoria da condição social dos trabalhadores (art.

21. DELGADO, Gabriela Neves. Op. Cit. p. 173.

22. Id.

23. Id.

24. CARELLI, Rodrigo de Lacerda. Op. Cit. p. 28.

7º, caput) e valor social do trabalho (art. 1º, IV).

Nesse sentido, devem ser assegurados, aos trabalhadores terceirizados da empresa prestadora, os mesmos direitos que são cabíveis aos empregados da empresa tomadora, desde que presente a igualdade de funções, com o escopo de inibir a reiteração da conduta da empresa que terceiriza atividades apenas com o intuito de diminuir custos.

Nesse caso, deve-se aplicar a Constituição Federal, segundo a qual “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza” (caput do art. 5º), “homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações” (inciso I do art. 5º), além da “proibição de distinção entre trabalho manual, técnico e intelectual ou entre os profissionais respectivos” (inciso XXXII do art. 7º). Esse último dispositivo reitera o princípio da igualdade, o qual se aplica ao trabalho e às relações de emprego dele decorrentes.

Considerando, portanto, a falta de disposição legal, convém invocar a analogia, prevista no art. 8º da CLT, como um dos princípios de complementariedade da ordem jurídica, aplicando o art. 12, a, da Lei 6.019/74 (que disciplina o trabalho temporário) às situações envolvendo questões de isonomia.

Recentemente, a Subseção I da Seção Especializada em Dissídios Individuais do Tribunal Superior do Trabalho, consolidando jurisprudência vanguardista, perfilhou o entendimento que reconhece a comunicação remuneratória dos trabalhadores terceirizados com os empregados da empresa tomadora de serviços.

Tal reconhecimento, prestigiador de todos os princípios justralhistas e constitucionais acima ventilados, adveio por meio da Orientação Jurisprudencial nº 383 da SDI-I, editada em abril de 2010, cuja íntegra segue transcrita²⁵:

TERCEIRIZAÇÃO. EMPREGADOS DA EMPRESA PRESTADORA DE SERVIÇOS E DA TOMADORA. ISONOMIA. ART. 12, “A”, DA LEI Nº 6.019, DE 03.01.1974. A contratação irregular de trabalhador, mediante empresa interposta, não gera vínculo de emprego com ente da Administração Pública, não afastando, contudo, pelo princípio da isonomia, o direito dos empregados terceirizados às mesmas verbas trabalhistas legais e normativas asseguradas àqueles contratados pelo tomador dos serviços, desde que presente a igualdade de funções. Aplicação analógica do art. 12, “a”, da Lei nº 6.019, de 03.01.1974.

Deve-se atentar para o fato de que a isonomia não pode ser reduzida apenas às matérias salariais, como vêm decidindo nossos tribunais. Consoante lição de Ellen Mara Ferraz Hazan²⁶,

O Direito do Trabalho, como ramo autônomo da ordem jurídica pátria, é informado pelo princípio da proteção ao trabalhador. Tal princípio permeia toda a legislação laboral, culminando com as regras de proteção à segurança, saúde e higiene do obreiro e ao direito de organização sindical.

Com base no próprio conceito de terceirização, e nos elementos que propiciam a leitura da subordinação jurídica na relação trabalhista, o operador do direito pode valer-se da técnica denominada de “feixe de indícios”²⁷. Trata-se de uma série de elementos que, no caso

25. BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Orientação Jurisprudencial 383 da Subseção I da Seção Especializada em Dissídios Individuais do Tribunal Superior do Trabalho. In: Livro de Súmulas, Orientações Jurisprudenciais- SBDI-1, SBDI-2 e SDC - e Precedentes Normativos. Disponível em: < http://www.tst.jus.br/Cmjpn/livro_html_atual.html> Acesso em: 06 maio 2010.

26. HAZAN, Ellen Mara Ferraz. Saúde, segurança, medicina do trabalho e a terceirização: redução ou migração dos índices de acidente de trabalho e de doenças profissionais? In: HENRIQUE, Carlos Augusto Junqueira; DELGADO, Gabriela Neves (Coord.). Terceirização no Direito do Trabalho. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004. p. 289.

27. Expressão traduzida do epíteto francês *faisceau d'indices*.

concreto, permitem aferir se, daquela relação trabalhista, poderão advir consequências funestas para os trabalhadores.

Tais indícios, quando convergentes entre si, indicam, portanto, a existência de uma terceirização, ou de uma mera intermediação de mão-de-obra - nula segundo o nosso ordenamento jurídico trabalhista, com base na lição de Rodrigo de Lacerda Carelli²⁸. São eles:

- 1) Organização do trabalho pela contratante (gestão do trabalho);
- 2) Falta de especialidade da empresa contratada (know-how ou técnica específica);
- 3) Detenção, pelo tomador, de meios materiais para a realização dos serviços;
- 4) Realização da atividade permanente da tomadora, dentro de estabelecimento próprio da contratante;
- 5) Fiscalização e execução do contrato pela contratante;
- 6) Ordens e orientações procedimentais por parte da contratante;
- 7) Prevalência do elemento “trabalho humano” no contrato;
- 8) Remuneração do contrato baseada em número de trabalhadores;
- 9) Prestação de serviços para uma única tomadora;
- 10) Realização subsequente de um mesmo serviço por empresas distintas, permanecendo os mesmos trabalhadores.

A gestão do trabalho pode dar-se por várias formas. Uma delas é a indicação da quantidade de trabalhadores e quais funções deverão ser preenchidas pela empresa terceirizada. Ora, se fosse uma terceirização de serviço autônomo, a própria empresa contratada diria com quantos trabalhadores realizaria o serviço, e quais funções seriam exercidas por esses obreiros.

A indicação de função a ser exercida demonstra que os trabalhadores da contratada ocuparão posição de trabalho dentro da empresa contratante, inseridos em sua própria organização estrutural, descaracterizando o fenômeno da terceirização, e consubstanciando a moderna subordinação objetiva no Direito do Trabalho, uma vez que tais trabalhadores pertencem à esfera organizativa da empresa contratante.

É séria indicadora de gestão de trabalho a determinação do horário a ser cumprido por trabalhadores da contratada, demonstrando haver subordinação direta com a tomadora. Aqui, no entanto, cabe uma exceção: quando a indicação do horário de prestação de serviços corresponder ao horário de funcionamento normal da empresa, ou ao horário em que não haja empregados ou pessoas no local, em caso de serviço de vigilância.

A realização de horas extraordinárias pelos trabalhadores da contratada, ou a mera disposição desses trabalhadores à realização de serviço extraordinário, por determinação direta da contratante, também é indicativa de gestão de trabalho.

A previsão contratual de substituição de trabalhadores a pedido da contratante indica a gestão, por parte da empresa, na execução do contrato. Demonstra, outrossim, a existência de pessoalidade nos serviços, já que a empresa tem a possibilidade até mesmo de escolher os trabalhadores que vão trabalhar no contrato.

Do mesmo modo, fora de cogitação a legalidade de uma empresa de terceirização ou cooperativa de trabalho que “terceiriza-tudo”, ou fornece todo o tipo de profissional. Ora, a empresa que, *verbi gratia*, terceiriza serviços de limpeza, portaria, manutenção, telemarketing, departamento de pessoal etc., em verdade não é especializada em nada, uma vez que somente realiza a colocação de pessoal em outras empresas, lucrando com trabalho alheio. Nada mais é do que uma agência de colocação de pessoal, que obtém seu lucro alugando pessoas para a prestação de trabalho a outras empresas.

Por fim, é necessária a utilização, por parte da empresa contratada, de meios

28. CARELLI, Rodrigo de Lacerda. Op. cit. p. 39-40.

materiais próprios para a execução do serviço. Se, ao revés, a empresa contratada utilizar-se dos materiais fornecidos pela empresa contratante, haverá fortíssimo indício de mera intermediação de mão-de-obra.

Caso sejam verificadas, portanto, algumas dessas hipóteses de ingerência da empresa tomadora sobre os trabalhadores terceirizados, restará caracterizada a ilicitude da prática terceirizante.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A terceirização trabalhista é fenômeno cada vez mais ínsito no cotidiano empresarial brasileiro. As estatísticas evidenciam que, em 96% dos casos, a empresa acredita que continuará utilizando a contratação de serviços terceirizados nos próximos anos, o que demonstra a necessidade de estudo profundo do tema por parte dos operadores do Direito laboral.

Dessa forma, é inevitável a conclusão de que, se não houver um controle civilizatório da terceirização, por parte do Estado, a melhoria da condição social dos trabalhadores, prevista no art. 7º, caput, da Constituição Federal, restará fortemente comprometida. Tal controle deve dar-se por meio de instrumentos capazes de compatibilizar tal fenômeno com os princípios e regras essenciais que regem a utilização da força de trabalho no Brasil.

No entanto, como ainda não existe, na ordem jurídico-trabalhista pátria, legislação heterônoma disciplinando a terceirização, é mister invocar o arcabouço constitucional e trabalhista de proteção ao trabalhador, a fim de demonstrar a incompatibilidade da precarização das relações de trabalho com a melhoria da condição social dos trabalhadores – finalidade precípua do Direito do Trabalho brasileiro.

Há alguns princípios trabalhistas que são deturpados em razão da prática terceirizante: o princípio da proteção, o princípio da continuidade da relação de emprego, o princípio da primazia da realidade sobre a forma, o princípio da indisponibilidade dos direitos trabalhistas e o princípio da determinação legal da identidade dos atores sociais.

Também são ofendidos, a título ilustrativo, os artigos 1º, III (dignidade da pessoa humana), e IV (valor social do trabalho); 7º, caput (melhoria da condição social dos trabalhadores); 170, caput (existência digna) e 193 (justiça social), todos da Carta Política de 1988.

Como o processo de terceirização rompe com a estrutura cardeal desses diversos princípios acima aduzidos, ele se encontra na contramão da história do Direito contemporâneo, necessitando, pois, de limites e novas perspectivas.

Dessa forma, para verificar se a terceirização é lícita em um determinado caso concreto, é mister que o operador do direito analise tal prática sob dois aspectos distintos e complementares entre si: em primeiro lugar, deverá indagar se há conformidade do referido fenômeno com os princípios constitucionais e trabalhistas aplicáveis à espécie; passada essa primeira fase, o jurista deve verificar, mediante a análise do feixe de indícios caracterizadores da intermediação de mão-de-obra, se não houve fraude por parte do tomador de serviços.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMORIM, Helder Santos. Terceirização no Serviço Público: uma análise à luz da nova hermenêutica constitucional. São Paulo: LTr, 2009.

BRASIL. Constituição (1988). In: Vade Mecum RT. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. Orientação Jurisprudencial 383 da Subseção I da Seção Especializada em Dissídios Individuais do Tribunal Superior do Trabalho. Livro de Súmulas, Orientações Jurisprudenciais- SBDI-1, SBDI-2 e SDC - e Precedentes Normativos. Disponível em: < http://www.tst.jus.br/Cmjpn/livro_html_atual.html > Acesso em: 06 maio 2012.

- _____. Tribunal Superior do Trabalho. Súmula 331. In: *Livro de Súmulas, Orientações Jurisprudenciais, SBDI-1, SBDI-2 e SDC - e Precedentes Normativos*. Disponível em: <http://www.tst.jus.br/Cmjpn/livro_html_atual.html>. Acesso em: 06 maio 2012.
- CARELLI, Rodrigo de Lacerda. Cooperativas de mão-de-obra: Manual contra a fraude. São Paulo: LTr, 2002.
- DELGADO, Gabriela Neves. Terceirização: paradoxo do direito do trabalho contemporâneo. São Paulo: LTr, 2003.
- DELGADO, Mauricio Godinho. Curso de Direito do Trabalho. 8ª ed. São Paulo: LTr, 2009.
- FERRAZ, Fernando Basto. Terceirização e demais formas de flexibilização do trabalho. São Paulo: LTr, 2006.
- GIOSA, Lívio. Terceirização: uma abordagem estratégica. 8ª ed. São Paulo: Meca, 2007.
- HAZAN, Ellen Mara Ferraz. Saúde, segurança, medicina do trabalho e a terceirização: redução ou migração dos índices de acidente de trabalho e de doenças profissionais? In: HENRIQUE, Carlos Augusto Junqueira; DELGADO, Gabriela Neves (Coord.). Terceirização no Direito do Trabalho. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.
- JOSINO NETO, Miguel. O bloco de constitucionalidade como fator determinante para a expansão dos direitos fundamentais da pessoa humana. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3619>>. Acesso em: 10 maio 2012.
- MIRAGLIA, Livia Mendes Moreira. A viabilização da terceirização trabalhista no Brasil. Disponível em: <http://www.conpedi.org/manaus/arquivos/anais/bh/livia_mendes_moreira_miraglia.pdf>. Acesso em: 23 mar. 2012.
- PALMEIRA SOBRINHO, Zéu. Terceirização e reestruturação produtiva. São Paulo: LTr, 2008.
- POCHMANN, Marcio. A transnacionalização da terceirização na contratação do trabalho. Terceirização: em busca de um consenso. São Paulo: Maxpress, 2008.
- SILVA, Ciro Pereira da. A terceirização responsável: modernidade e modismo. São Paulo: LTr, 1997.
- SINDEPRESTEM. Pesquisa Setorial 2008/2009. Disponível em: <http://sindeprestem.com.br/v2/cms/UserFiles/file/Pesquisas/PesquisaSetorial2008_2009_site.pdf>. Acesso em: 28 mar 2012.