

A regulação da terceirização no Brasil: pontos críticos¹

Sidnei Machado

Professor de Direito do Trabalho
UFPR (Curitiba, Brasil)

SUMÁRIO:

1) INTRODUÇÃO; 2) O DIFÍCIL CONTEXTO POLÍTICO DO DEBATE DA TERCEIRIZAÇÃO NO BRASIL; 3) ELEMENTOS CRÍTICOS DO PROJETO DE LEI 4.330; 3.1) TRAÇOS FUNDAMENTAIS DO MODELO VIGENTE; ELEMENTOS ESTRUTURANTES DO PROJETO BRASILEIRO; 3.3) PROBLEMAS E RISCOS INSTITUCIONAIS PARA O DIREITO DO TRABALHO; 3.4) O DIFÍCIL EQUILÍBRIO CONSTITUCIONAL. 4) NOTAS FINAIS.

Resumo

Este trabalho apresenta o panorama do debate da regulação da terceirização no Brasil. A partir da proposta de regulação legislativa e do contexto que ela é debatida, são discutidos alguns impasses na construção de um desenho normativo, com destaque para alguns pontos críticos das soluções preconizadas pelo Projeto de Lei n. 4.330/2004. A questão da harmonização da proposta legislativa com o espírito da Constituição de 1988 é tematizada e relacionada aos desafios mais amplos de uma proposta de reconstrução teórica do Direito do Trabalho para enfrentar a regulação da terceirização.

Palavras-chave

Terceirização, Reforma Trabalhista, Direito do Trabalho, Direitos fundamentais, Isonomia.

¹ O presente texto que serviu de base da exposição oral apresentada por ocasião do Encontro de professores das Faculdades de Direito da Universidade Federal do Paraná (Brasil) e da Universidade da República (Uruguai), no dia 09.08.2013, sob o tema “Derecho del Trabajo y Terceirización: teoría y práctica en Brasil y Uruguay”, no painel “La Terceirización y la transformación del sujeto empleador en el derecho del trabajo”.

1. INTRODUÇÃO

A terceirização é um tema difícil do ponto de vista metodológico. Não se trata de um tipo contratual ou uma categoria jurídica, mas um difuso processo organizativo de natureza eminentemente econômico-financeira que pode corresponder a uma diversificada modelação jurídico-negocial. Como abordá-lo? Como conceituá-lo? Dentro desse fenômeno da descentralização produtiva, que tanto desafia o Direito do Trabalho, podemos sempre introduzir na análise elementos econômicos, sociológicos, como podemos também considerar elementos qualitativos e quantitativos e, ainda, considerar as práticas distintas em alguns setores econômicos as singularidades do setor público. Todas são perspectivas e fatores relevantes, que não podem ser desprezíveis ao olhar do jurista do trabalho para compreender o modelo de proteção e de regulação da relação de trabalho subcontratada e, claro, seus efeitos sobre a titularidade de direitos sociais.

Neste texto pretendo abordar especificamente os pontos críticos das propostas legislativas de regulação da terceirização no Brasil. De modo mais específico, minha abordagem tem como eixo central a perspectiva concreta de aprovação no Brasil, depois de 15 anos de várias iniciativas legislativas, de um Projeto de Lei iniciado no ano 2004, o Projeto de Lei n. 4.330, de 26.10.2004, para identificar, a partir dele alguns problemas, desafios e tendências atuais, dentro do que chamarei aqui de pontos críticos.²

É uma leitura crítica sobre os riscos à função protetora e homogenizadora do Direito do Trabalho, ante a ameaça produzida pela função degradadora da terceirização no Brasil. A análise pressupõe a possibilidade de um ponto de vista

² A primeira iniciativa importante de projeto legislativo se deu em 1998 (Projeto de Lei n. 4.302, de 1998), durante o governo do Presidente Fernando Henrique Cardoso. Depois disso, diversas iniciativas de regulação tiveram algum trâmite, sem, contudo, chegar a votação no parlamento.

jurídico e de construção de direitos, no horizonte dos desafios de uma pauta de igualdade democrática.³

2. O DIFÍCIL CONTEXTO POLÍTICO DO DEBATE DA TERCEIRIZAÇÃO NO BRASIL

Tem havido nos anos recentes intenso debate sobre o modelo de regulamentação a ser adotado em lei e do espaço da terceirização no Brasil, assim como um estendido debate sobre ajustes no seu quadro interpretativo pela Justiça Especializada do Trabalho. No entanto, o elemento de contextualização do tema da regulação se apresenta como primeiro ponto crítico, ou seja, a regulação como problema em si.

A prática de terceirização foi a partir da década de 90 o eixo central da precarização do trabalho no Brasil. É o que revelam inúmeros estudos e pesquisas consistentes sobre o mercado de trabalho brasileiro.⁴ Foi defendida como saída para o contexto macroeconômico de baixo crescimento do país para superar a suposta rigidez da legislação trabalhista brasileira.

Nos anos recentes, mesmo com a retomada do crescimento econômico, a redução do desemprego e da informalidade (entre 2003 e 2010 foram criados mais de 13 milhões de empregos formais), além de um conjunto amplo de políticas públicas favoráveis ao mercado de trabalho, contraditoriamente a prática da terceirização se mantém e, ainda, apresenta tendência de ampla generalização. Dados de instituições confiáveis estimam em 10.865,297 de trabalhadores em regime de trabalho terceirizado. Esse número representaria 31% dos 33,9 milhões de trabalhadores com

³ Referimo-nos a “terceirização” em um sentido amplo para designar a descentralização produtiva e a subcontratação, ou como tem classificado a doutrina a) intermediação de mão-de-obra; b) subcontratação; c) locação de mão-de-obra.

⁴ O Departamento Intersindical de Estatística e Estudo e Socioeconômico (DIEESE), entre 1999 e 2009, apontou um aumento de 61% na contratação de serviços terceirizados, mais do que o emprego direto, cujo aumento na formalização foi de 48%. De acordo com as pesquisas do DIEESE, no último ano pesquisado, o rendimento médio era de R\$ 799,00, o que equivale a 55% do rendimento médio mensal do salário protegido. A empresa Petrobras S.A, por exemplo, tem hoje 295.260 trabalhadores terceirizados contra 76.919 empregados contratados de acordo com a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT).

contrato formal.⁵ A tendência de generalização da prática se dá em vários setores privados econômicos (comércio, indústria e serviços) e no setor público e, o que é preocupante, tende a se instalar em atividades principais do processo produtivo.

Nesse ambiente de intensificação da terceirização e de tensões no quadro interpretativo, em meio a uma conjuntura econômica favorável, é que se acentua o debate em torno da necessidade e urgência de um marco regulatório para reduzir as incertezas da frágil regulação jurídica.

Diante da escassa normatização e do frágil quadro interpretativo da jurisprudência permitiu-se avançar no Congresso do Projeto de Lei (PL) 4.330, com previsão de ser submetido à votação na Câmara dos Deputados. Se aprovada nesse colegiado, poderá ir direto para apreciação do Senado (Casa revisora), salvo se houver recurso pedindo a votação do projeto no plenário da Câmara dos Deputados.⁶

O Projeto de Lei 4.330 é rejeitado pela totalidade dos atores sindicais, em razão basicamente de seu caráter de liberdade ampla para a subcontratação, uma completa desregulamentação, já que a tornaria lícita para todo o processo produtivo, ou seja, permite o uso em atividades principais e acessórias, sem grandes restrições.

Para os atores sindicais, uma normatização para conter e minimizar a precariedade da relação triangular de trabalho que afeta os trabalhadores terceirizados é fundamental para definir o que pode ser objeto de terceirização, identificar claramente quem são as empresas que podem subcontratar e definir as suas responsabilidades. Os representantes dos trabalhadores defendem: (a) imposição de limites para a terceirização (contra a terceirização da atividade-fim); (b)

⁵ Fontes: Rais, 2010. Elaboração DIEESE/CUT Nacional, 2011; e Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios, 2011, IBGE.

⁶ Por ato do Deputado Marco Maia, Presidente da Câmara dos Deputados, atendendo apelo das Centrais Sindicais, foi criada em 31.05.2011 a Comissão Especial destinada a promover estudos e proposições voltadas à regulamentação do trabalho terceirizado no Brasil. Em 01.07.2011 o Deputado *Sandro Mabel* foi eleito presidente da comissão e designou como relator o Deputado *Roberto Santiago*. A comissão realizou quatro audiências públicas com representantes da sociedade e realizou diversas reuniões para discutir a regulamentação. Foram inventariados pela comissão 28 projetos em trâmite na Câmara. O Relatório da Comissão optou por usar o Projeto de Lei 4.330/2004 como referência e incorporou o substitutivo do Deputado *Roberto Santiago* e foi aprovado na comissão por 14 votos a 2. A matéria foi aprovada nas comissões de Desenvolvimento Econômico, e de Trabalho. O texto segue para exame da Comissão de Constituição e Justiça, onde foi designado como relator o deputado Arthur Oliveira Maia (PMDB-BA).

responsabilidade solidária; (c) igualdade de direitos entre terceirizados e contratados pela empresa; (d) penalização da fraude e dos infratores.

Por outro lado, da perspectiva de setores empresariais, liderados pela Confederação Nacional da Indústria (CNI) e outras cinco entidades patronais, há uma irrestrita defesa do projeto de lei, tendo como argumento-chave representar o pressuposto para a definição de normas claras na contratação de trabalho terceirizado, com impactos na melhora da competitividade e no ambiente de negócios. Assim, a CNI assume como essencial e prioritária a aprovação do PL 4.330.⁷ O governo brasileiro tem assumido um papel de mediador pouco ativo do processo negocial construído no parlamento.

Devemos agregar alguma nota sobre a crise política instaurada no Brasil, que eclodiu a partir das manifestações de junho de 2013. A inserção dos trabalhadores nas reivindicações aparece em uma primeira manifestação do dia 11 de julho, em ato conjunto, convocado por sete centrais sindicais (CUT, CTB, Força, UGT, CSP/Conlutas, CGTB, CSB e NCST), que inseriram como uma de suas bandeiras o fim do Projeto de Lei 4.330, que, nas palavras do presidente da Central Única dos Trabalhadores (CUT), Vagner Freitas: “esse projeto de lei nefasto que acaba com as relações de trabalho no Brasil e é, na verdade, uma reforma trabalhista escondida atrás de uma proposta de regulamentação da terceirização”. Apesar de que essas bandeiras não tenham mobilizado os trabalhadores em grande número nas ruas, o ambiente político teve o efeito de provocar uma maior tensão política em torno do modelo de regulação da subcontratação.

Em linhas gerais, esse é o complexo contexto do debate público brasileiro, que desafia a regulamentação para a construção de um quadro normativo atualizado, para enfrentar uma realidade e uma prática estendida ainda muito associada ao trabalho precário.

Em razão das percepções distintas sobre a terceirização entre os diversos atores sociais, não é possível pensar na construção de uma plataforma democrática básica mínima. Nesse ponto é pertinente indagar sobre a salvaguarda do princípio

⁷ Estão em linha com a CNI, as Confederações da Agricultura (CNA), do Comércio (CNC), de Saúde (CNS), do Transporte (CNT) e do Sistema Financeiro (Consif).

democrático, como elemento central do Estado Constitucional. Se estivermos de acordo com uma visão realista do Direito do Trabalho, que ele tem função protetora e estabilizadora das relações de trabalho, temos que admitir que, no caso brasileiro, em que não há consenso sobre o direito pelos atingidos (no caso rejeitado pelos trabalhadores), o projeto já nasce com a marca desestabilizadora. Em suma, o projeto de regulação brasileiro tem como primeiro ponto crítico, sem dúvida, o próprio procedimento de regulação como problema de política do direito do trabalho de base democrática.

3. ELEMENTOS CRÍTICOS DO PROJETO DE LEI 4.330

3.1) Traços fundamentais do modelo vigente

Há que se considerar, primeiro, como traço fundamental do sistema brasileiro, a ausência um desenho normativo sobre o regime de terceirização.

Dessa escassa normatização há, basicamente, a regulação das empresas de trabalho temporário, que sobreveio em 1974 (Lei 6.019/74) e, depois, em 1983, a autorização para a subcontratação de serviços de vigilância bancária (Lei 7.102/83). Em 1994, alteração na CLT, passou a permitir a intermediação de mão-de-obra por meio de cooperativas de trabalho.

Esse quadro de escassa regulamentação permitiu um grande protagonismo jurisprudencial. Em 1986, o Tribunal Superior do Trabalho (TST) editou a Súmula n. 256 para restringir a terceirização às possibilidades já previstas em lei até aquele momento. Depois de num primeiro momento vedar a prática, a partir de 1993, a jurisprudência do TST passou a permiti-la também em atividades de limpeza e conservação e outras ligadas ao conceito de “atividade-meio” da empresa, na moldura da Súmula nº 331, de 17.12.1993.

3.2) Elementos estruturantes do projeto brasileiro

Os pontos fundamentais da proposta de reforma brasileira visam em essência: a) alterar o quadro jurisprudencial, para ampliar o objeto da terceirização; b) definir em lei o âmbito da responsabilidade das empresas envolvidas.

A proposta, na redação do substitutivo apresentado pelo Deputado *Artur Oliveira Maia*, permite amplamente a terceirização, através da figura da contratada que define como: “*I – contratada: a empresa prestadora de serviços especializada, que presta serviços terceirizados determinados e específicos, relacionados a quaisquer atividades do tomador de serviços*” (art. 2º).

Nos termos propostos, o que pode ser objeto de terceirização?

Responde o projeto amplamente a todas as atividades do tomador, ou seja, todo o processo produtivo, sem exceção.

O projeto não veda a subcontratação sucessiva e, assim, permite sucessivas terceirizações.

Para o setor público, o projeto veda apenas a contratação de prestação de serviços para a execução de atividades exclusivas de Estado em toda a Administração Pública.

A solução preconizada do terceiro equivalente à “empresa especializada”, que aparece pela primeira vez em um substitutivo do Deputado *Arthur Oliveria Maia*, a rigor tem inspiração interna no artigo 25, § 1º da Lei n. 8.987/95, que disciplina a atuação das empresas concessionárias e permissionárias de serviço público em geral.⁸

Portanto, há uma opção do projeto em utilizar-se do critério da especialização, em substituição ao modelo jurisprudencial vigente, que há vinte anos acolhe o critério que diferencia atividades-meio e atividades-fim, restringindo a terceirização nesta última.

A proposta brasileira fixa como limitador para a adoção do regime de subcontratação que ela se dê via “empresa especializada” a prestar serviços.

⁸ Lei n. 8.987/95: Art. 25. Incumbe à concessionária a execução do serviço concedido, cabendo-lhe responder por todos os prejuízos causados ao poder concedente, aos usuários ou a terceiros, sem que a fiscalização exercida pelo órgão competente exclua ou atenua essa responsabilidade. § 1º Sem prejuízo da responsabilidade a que se refere este artigo, a concessionária poderá contratar com terceiros o desenvolvimento de atividades inerentes, acessórias ou complementares ao serviço concedido, bem como a implementação de projetos associados.

Está afastada a possibilidade de terceirização por meio de empresas não especializadas, que não tenham objeto único. Ou seja, não podem atuar prestadoras de serviços genéricas. Outra limitação, que é decorrente da definição da empresa especializada como terceiro, é que está excluída a hipótese de contratação de trabalhadores autônomos, sob a figura de “empresa sem empregado” ou unipessoais.

A especialização da contratada será comprovada mediante documentos constantes do contrato de prestação de serviços terceirizados que atestem que a prestação anterior de serviços semelhantes ou por documentos que comprovem a existência de empregados qualificados no seu quadro de pessoal, que atendam os requisitos fixados no contrato.

3.3) Problemas e riscos institucionais para o Direito do Trabalho

Há uma série de questões, problemas e riscos encartados na proposta da subcontratação ampla por empresa especializada em serviços determinados.

A intenção declarada pelos defensores dessa proposta é eliminar imprecisões quanto a definições sobre atividades-fim e atividades-meio, critérios construídos pela jurisprudência para reconhecimento da licitude da subcontratação e fixar limites ao regime de subcontratação.

É fácil concluir que a liberdade da subcontratação é estipulada exclusivamente do ponto de vista da empresa, já que não a define a partir dos serviços realizados pelo empregado subordinado.

A) Ausência de um conceito da subcontratação

O Projeto de Lei 4.330 apenas define a terceirização como um contrato entre duas empresas, regido pelo Código Civil. Não apresenta qualquer definição precisa sobre o conceito de subcontratação, intermediação ou locação de mão-de-obra. Ao definir o âmbito da subcontratação sequer faz, como se fazia desejável, a distinção com a locação de mão-de-obra. Como tal, a proposta brasileira pode referir-se de modo amplo à subcontratação, ressalvado apenas locação de mão-de-obra por meio de empresa de trabalho temporário, que tem regulamentação específica.

Esse primeiro problema conceitual pode ser objeto de grande confusão, pois sequer a doutrina e a jurisprudência nacional têm tido um rigor nessa distinção. Seria fundamental alguma definição ao menos para indicar que na terceirização é a empresa contratada quem assume os riscos, os recursos humanos e exerce a potestade de mando; contrariamente ao modelo da locação de mão-de-obra.

A proposta, ao conter um regime menos rígido se comparado à lei de trabalho temporário, ante um conceito preciso, tende naturalmente promover o uso preferencial da subcontratação em substituição ao trabalho temporário.

B) Fragilização do conceito de empregador e risco de fraude

Do ponto de vista jurídico, a meu ver, essa proposta, ao admitir a terceirização de atividades essenciais, nucleares do empregador, sem limites a terceirização sucessiva, que terá naturalmente o efeito explosivo de ampliação da prática, cria riscos maiores às dificuldades de identificação da figura do empregador e, por outro lado, vulnera a própria noção clássica de empregador, que por definição é aquele que “contrata diretamente”, que, no caso brasileiro, tem previsão específica no art. 2º da CLT.

A definição da terceirização por meio de empresa especializada não permitirá qualquer valoração sobre o tema dos sujeitos da relação de emprego, sobretudo sobre a figura complexa do empregador. Pela proposta há apenas a preocupação de definir, em termos mercantis, a empresa prestadora de serviços especializados, seu funcionamento e o conteúdo do serviço contratado. É preciso assinalar que a doutrina brasileira pouco se desenvolveu na questão da identificação do empregador na relação complexa de subcontratação.

São preocupantes as possibilidades ampliadas de fraude e de simulação. O PL 4.330/2004 tende a promover a fraude, o trabalho encoberto, disfarçado, com vulneração à legislação nacional, pois dificultará ainda mais a revelação da dependência e da subordinação jurídica na terceirização de atividades internas ou atividades-fim, cuja relação impõe maiores dificuldades de revelar o verdadeiro empregador ou o poder de direção compartilhado ou superposto entre duas

empresas. Não há uma estratégia de enfrentamento do emprego encoberto ou disfarçado, ao menos na linha da Recomendação n. 198, da OIT.

Se há a possibilidade concreta de subcontratação em todas as atividades principais e em todo o processo produtivo, ficaria difícil imaginar que não haverá direção do trabalho pela tomadora de serviços. Embora por definição na terceirização a direção dos trabalhadores se dê pela contratada, a noção de empregador ficara esvaziada, além, é claro, de uma quase autorização legal para a fraude em relações de trabalho encobertas.

Apesar de haver um princípio da proteção que pode ser extraído de diversos dispositivos da CLT (arts. 2º, 10, 448 e 455), ao adotar o modelo de terceirização propugnado, coloca-se em risco o modelo institucional brasileiro.

A meu ver, o Brasil perde a oportunidade de avançar na redefinição da figura do empregador, timidamente tratado na doutrina brasileira, que é um enfrentamento difícil, mas necessário, frente à estendida prática da terceirização.

Em síntese, haverá nesse ponto uma ampla desjuridicização do modelo normativo, que se torna simbólico ante a amplitude de possibilidades de terceirização.

C) A responsabilidade subsidiária como princípio

Quanto ao tema da determinação dos sujeitos responsáveis pelo cumprimento dos direitos e obrigações do contrato de trabalho, o Projeto de Lei brasileiro preconiza a responsabilidade subsidiária como princípio.

Essa previsão aparece em dois pontos. Primeiro, para definir responsabilidade subsidiária em tema de saúde e segurança no trabalho, enquanto a serviço da contratada e em suas dependências. Segundo, a responsabilidade subsidiária em caso de inadimplemento das obrigações trabalhistas e com a previdência social.

No que tange a responsabilidade da administração pública, propõe o PL 4.330 o princípio da responsabilidade subsidiária, com a obrigação de que a contratante fiscalize o cumprimento das obrigações pela prestadora; caso a contratante não faça essa fiscalização, a responsabilidade deve tornar-se solidária.

O debate da responsabilidade da Administração Pública tem outro elemento que é a definição do âmbito da responsabilidade do Estado. É basicamente esse o conflito interpretativo instaurado entre o Tribunal Superior do Trabalho (TST) e o Supremo Tribunal do Federal (STF). De um lado a Súmula 331 do TST que, desde 2000, conferia responsabilidade subsidiária pelas obrigações trabalhistas não pagas, independentemente de comprovação de culpa e, de outro, a regra do art. 71, § 1º da Lei das Licitações (Lei n. 8.666/93). O acolhimento da tese do Estado na Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) n. 16 do STF, em decisão do Supremo de 24 de novembro de 2010, declarou constitucional o dispositivo isenta a Administração Pública de responsabilidade nos casos de inadimplência dos encargos trabalhistas das empresas terceirizadas. A Construção da Súmula 331, do ano de 1993, considerava lícita a terceirização, mas era omissa quanto à responsabilidade da Administração Pública. Assim, em 11.09.2000, a Súmula 331 foi alterada, passando a incluir a responsabilidade subsidiária dos órgãos da administração direta, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista, desde que hajam participado da relação processual e constem também do título executivo judicial.

Na proposta do PL 4.330, a responsabilidade solidária como exceção, se adotará, caso não haja fiscalização pela empresa tomadora. Somente em duas hipóteses, o projeto cria a possibilidade residual de adoção da responsabilidade solidária. A primeira, nos casos em que a empresa contratante não exerça a fiscalização pela contratante. A segunda, quando ocorrer fraude.

O modelo jurisprudencial de responsabilidade, que já é da subsidiariedade para o setor privado, tende ser isento no setor público.

De certa forma, esvazia-se o conteúdo do art. 2º, § 2º da CLT que, ao tratar do grupo econômico, adota como princípio a responsabilidade solidária. Para a locação de mão de obra por meio do trabalho temporário, o tomador responde solidariamente (art. 16 da Lei 6.019/74).

Assim, diferentemente de outros modelos jurídicos latino-americanos que adotam o princípio da solidariedade, com as exceções próprias, o Brasil caminha para a adoção da subsidiariedade como princípio de responsabilidade.

D) Restringida igualdade de tratamento

Não há no PL 4.330 garantias de igualdade de tratamento, a não ser uma precisão de igual serviço de transporte, alimentação e de atendimento médico ou ambulatorial existentes nas dependências da contratante ou local por ela designado.

O PL 4.330 não traz, portanto, nenhuma referência em igualdade de salário, saúde e segurança do trabalho entre terceirizados e funcionários contratados diretos das empresas.

Dados do DIESSE apontam que os trabalhadores terceirizados recebiam, em dezembro de 2010, 27,1% remuneração menor do que os trabalhadores contratados diretamente. A mesma pesquisa aponta que a jornada de trabalho dos terceirizados é de três horas superiores semanalmente. Assim, os temas salário e jornada, que revelam a grande diferenciação entre trabalho terceirizado comparado com os empregados próprio, pode se configurar num esquema institucional que, ao invés de combater a desigualdade, passaria a normatizá-la.

Uma primeira observação inevitável é que o contrato de trabalho dos terceirizados, sem garantias iguais de direitos, fortalece a dualidade de condições de trabalho, já verificada pela maneira intensa da relação de desigualdades produzida na prática abusiva da terceirização brasileira.

No âmbito da jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho (TST) já se admite a isonomia em caso de terceirização irregular e quando demonstrada a igualdade de funções entre trabalhadores terceirizados e empregados diretos. Esse é o conteúdo da Orientação Jurisprudencial (OJ) 383, pela Subseção I Especializada em Dissídios Individuais da OJ, de 26 de abril de 2010. O teor da OJ 383 é o seguinte:

OJ-SDI1-383 TERCEIRIZAÇÃO. EMPREGADOS DA EMPRESA PRESTADORA DE SERVIÇOS E DA TOMADORA. ISONOMIA. ART. 12, "A", DA LEI N.º 6.019, DE 03.01.1974 (DEJT divulgado em 19, 20 e 22.04.2010). 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 n.º 6.019, de 03.01.1974.

O tratamento isonômico defendido pela jurisprudência do TST visa afastar os efeitos perversos e discriminatórios tentados pela terceirização ilícita. Trata-se de mecanismo hábil a propiciar que o ilícito trabalhista não perpetre maiores benefícios a seu praticante, encontrando amparo nos artigos 5º, *caput*, e 7º, XXXII, da Constituição, que proíbe distinção entre trabalho manual, técnico e intelectual ou entre os profissionais respectivos.

O TST, nesse sentido, vem se manifestando pela igualdade de direitos, em caso de terceirização irregular da Caixa Econômica Federal, observado o exercício das mesmas funções, ao entender ser possível reconhecer aos empregados terceirizados os mesmos direitos dos trabalhadores contratados pela tomadora dos serviços. O fundamento da isonomia adotado pelo TST é extraído do art. 12, alínea a, da Lei nº 6.019/74, que efetivamente assegura igualdade de salários e, também faz referência ao princípio da isonomia visa, também, a evitar tratamento salarial diferenciado àqueles trabalhadores que exerçam trabalho igual para um mesmo empregador (art. 7º, XXXII, da Constituição).

Portanto, vê-se que o TST vem sufragando a tese de serem extensivas ao trabalhador irregularmente terceirizado as mesmas vantagens reconhecidas aos empregados diretos, valendo-se para tanto da aplicação analógica do artigo 12 da Lei 6.019/74.⁹

⁹ Processo: E-ED-RR-655028/2000.1, Relatora Ministra Rosa Maria Weber Candiota da Rosa, DJ-25/05/2007.

3.4) O difícil equilíbrio constitucional

Há uma inexorável relação entre democracia e direitos fundamentais que põe limitações ao legislador ao limitar direitos sociais fundamentais e põe em relevo o difícil e tênue equilíbrio constitucional da proposta de reforma brasileira.

A opção ampla pelo uso da terceirização, sem grandes limites, com restringida responsabilidade do tomador de mão-de-obra, tende a produzir uma maior mercantilização do trabalho, uma espécie de discreto retorno ao modelo de arrendamento de serviços.¹⁰

No caso brasileiro, é difícil a harmonização com o espírito da Constituição brasileira de 1988. Há na Constituição um rol de direitos dos trabalhadores (art. 7º). Temos uma Constituição, cuja ordem econômica, é voltada para a transformação das estruturas sociais. Precisamente, os artigos 170 e 192 da Constituição, fixam limites aos instrumentalismos jurídicos, pois os princípios fundamentais da ordem econômica brasileira são fundados na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tendo por objetivo “assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social” (artigo 170).

A ampliação da subcontratação, nessa perspectiva, tende a promover uma desconstitucionalização ou desjuridicização na proteção social do trabalho humano, contribuindo para a ampliação naquilo que ela já é bastante simbólica.

Outra questão constitucional fundamental é o conteúdo do princípio da tutela jurídica da igualdade substancial ou material. A igualdade, tomando como referência a noção de *Liugi Ferrajoli*, consiste em um direito fundamental e formal que é o sistema de referência a todos os demais direitos, um direito de todos os homens a igual consideração e respeito. Há juízo de igualdade que se pode extrair da Constituição, como direito fundamental, a qual assegura que para o mesmo trabalho ou profissão não pode haver tratamento jurídico distinto na lei. Aqui deveria operar-se a restrição ao conteúdo essencial desses direitos. Os direitos de igualdade, entendido no sentido material e substancial, como direito de não sofrer discriminação normativa e de gozar

¹⁰ Antonio. Martín Valverde, “El discreto retorno del arrendamiento de servicios”, en AA.VV., Cuestiones actuales de Derecho del Trabajo, Madrid, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1990, p. 225.

de igual regime jurídico, corresponde ao princípio de que nenhuma desigualdade pode ser justificada. A partir dele podem ser deduzidos todos os outros direitos humanos.

Em suma, em meio aos desafios de construção de um marco legal para a terceirização, que é tema de grande desafio do Direito do Trabalho, há que se responder também aos pressupostos da qualidade da democracia constitucional.

4. NOTAS FINAIS

A proposta de reforma brasileira segue sem apresentar soluções normativas para as patologias de terceirização, já que rigorosamente não está orientada a instituir limites ou freios à degradação das condições de trabalho. Nesse sentido, há o risco concreto de um forte retrocesso em relação ao quadro jurisprudencial que impõe alguns limites à terceirização. Não se visualizam, neste momento, alternativas para se reverter a direção do projeto e conduzi-lo a enfrentar o problema do enquadramento da terceirização na direção de uma estabilização das relações de trabalho.

O Projeto de Lei 4.330 em marcha ganha força, apesar de seus graves equívocos, pela combinação da fragilidade de contra poder das forças sociais com a ambição neoliberal de maior flexibilidade, que se mantém, e tenta aproveitar-se desses momentos de crise política e institucional do país.

Esse panorama contextual da reforma brasileira põe reflexões importantes à plataforma ideológica do Direito do Trabalho, ou a sua motivação política de base de ordenação do trabalho assalariado, que em última análise lhe dá legitimação política.

A primeira reflexão. A equação do Direito do Trabalho que tinha como objeto a troca de salário por trabalho, como conflito estrutural juridificado pelo contrato de trabalho e pelas relações coletivas de trabalho, parece que fará com que a explicação do Direito do Trabalho como disciplina, cada vez menos se dê por meio da explicação do contrato de trabalho. De fato, a terceirização, ao quebrar a estrutura do contrato de trabalho, abala a representação do Direito do Trabalho.

A segunda reflexão. A prática generalizada da terceirização, com os riscos de uma intensificação maior, no caso brasileiro, naturalmente fragiliza e ofusca o trabalho associado a direitos, o sistema de direitos sociais e a democracia. Assim, torna-se mais palatável e mais suave falar-se em trabalho sem direitos e sem garantias, de tal forma

que isso tem facilitado no ambiente brasileiro colocar o valor da flexibilidade e da precariedade no centro da construção da legislação do trabalho.¹¹

¹¹ Zygmunt Bauman, nos últimos anos tem nos ajudado a pensar sobre as mudanças nos modos de vida nas sociedades do pós-guerra, especialmente aquelas verificadas nas décadas finais do século XX e no início do XXI. A sociedade que moldava seus membros como produtores foi substituída por essa que os molda como consumidores. E "o consumidor em uma sociedade de consumo é uma criatura acentuadamente diferente dos consumidores de quaisquer outras sociedades até aqui". (BAUMAN, Zygmunt. *Vida para consumo. A transformação das pessoas em mercadorias*. Trad. Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2008, p.88).