

**UNIVERSIDADE METODISTA DE PIRACICABA – UNIMEP**

**MARCELO CHAIM CHOEFI**

**A REPRESENTAÇÃO SINDICAL NA TERCEIRIZAÇÃO DE SERVIÇOS NÃO  
ESPECIALIZADOS, SOB A ÓPTICA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS**

**PIRACICABA, SP**

**2013**

**MARCELO CHAIM CHOHI**

**A REPRESENTAÇÃO SINDICAL NA TERCEIRIZAÇÃO DE SERVIÇOS NÃO  
ESPECIALIZADOS, SOB A ÓPTICA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS**

**Dissertação submetida à Universidade  
Metodista de Piracicaba, para a  
obtenção do título de Mestre em  
Direito.**

**Orientador: Professor Doutor Henrique  
Macedo Hinz.**

**PIRACICABA, SP**

**2013**

Ficha Catalográfica elaborada pelo Sistema de Bibliotecas da UNIMEP  
Bibliotecária: Luciene Cristina Correa Ferreira CRB-8/ 8235

Chohfi, Marcelo Chaim

C545r

A representação sindical na terceirização de serviços não especializados, sob a óptica dos direitos fundamentais. / Marcelo Chaim Chohfi. – Piracicaba, SP: [s.n.], 2013.  
85 f.

Trabalho de Graduação – Universidade Metodista de Piracicaba, Faculdade de Direito. Curso de Direito, Piracicaba, 2013.  
Orientador: Dr. Henrique Macedo Hinz  
Inclui Bibliografia

1. Tutela de direitos fundamentais. 2. Representação sindical. 3. Terceirização. I. Hinz, Henrique Macedo. II. Universidade Metodista de Piracicaba. III. Título.

CDU 342.7

**MARCELO CHAIM CHOHI**

**A REPRESENTAÇÃO SINDICAL NA TERCEIRIZAÇÃO DE SERVIÇOS NÃO ESPECIALIZADOS, SOB A ÓPTICA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS**

Esta dissertação foi julgada adequada para a obtenção do título de Mestre em Direito e aprovada em sua forma final pela Coordenação do Curso de Pós-Graduação em Direito da Universidade Metodista de Piracicaba, na área de direitos fundamentais, coletivos e difusos.

**Banca Examinadora:**

---

**Presidente: Professor Doutor Henrique Macedo Hinz; UNIMEP**

---

**Membro: Professor Doutor Alexandre Augusto Gualazzi; UNIMEP**

---

**Membro: Professora Doutora Tereza Aparecida Asta Gemignani; UNISAL**

**Dedico este trabalho aos meus pais, José Maria e Nancy, minha esposa  
Isadora e minha filha Isabela.**

## RESUMO

O estudo ora proposto insere-se no contexto dos direitos fundamentais sociais, tão caros à nossa sociedade e à efetivação de um verdadeiro Estado Social e Democrático de Direito. Diante das novas práticas do capitalismo e da dinâmica modificação provocada nas relações de trabalho, é necessário o resgate do estudo jurídico baseado em direitos fundamentais, estes que devem permear qualquer análise, interpretação ou aplicação dos institutos econômicos, políticos e sociais. A contratação de trabalhadores através de empresa terceira (a chamada terceirização de serviços) é uma destas tendências do capitalismo que se sedimentou à revelia de direitos fundamentais sociais, temática que será analisada e desenvolvida, em todos os seus detalhes de relevância, no decorrer do presente trabalho. A terceirização de serviços é prática crescente no mundo do trabalho. Contudo, tais contratações não encontram, hoje, limites legais bem definidos e, por vezes, têm sido vetor de prejuízos sociais de diversas ordens, inclusive a direitos e garantias fundamentais dos trabalhadores envolvidos. É neste contexto que ganha relevância a análise da representação sindical desta categoria profissional, tendo em vista o papel essencial das entidades de classe, fixado no artigo 8º, III da Constituição Federal, para a tutela dos interesses da coletividade representada, principalmente no que tange à preservação de seus direitos fundamentais e ao combate a práticas precarizadoras e atentatórias à valorização social do contrato. A presente dissertação fará pesquisa crítica acerca da legitimidade e da própria constitucionalidade da representação dos sindicatos de prestação de serviços em geral. Num primeiro momento, traçaremos a evolução e realizaremos a contextualização histórica das relações de trabalho, principalmente no atual estágio do capitalismo. Em seguida, abordaremos a tutela dos direitos fundamentais na atualidade e, de forma específica, a importância das entidades de classe em tal mister. Como centro da problemática, estudaremos a legitimidade e a constitucionalidade da representação sindical obreira dos trabalhadores em serviços terceirizados não especializados. Por fim, apontaremos qual o correto enquadramento sindical a ser dado, em detrimento da atual representação criticada, justificando sua pertinência e compatibilidade com os preceitos constitucionais vigentes.

**Palavras-chave:** Tutela de direitos fundamentais. Representação sindical. Terceirização.

## ABSTRACT

The study proposed here is within the context of fundamental social rights, so dear to our society and the realization of a truly Democratic and Social State of Law. Faced with the new practices of capitalism and dynamic modification caused in labor relations, it is necessary to rescue the legal study based on fundamental rights, these that should permeate any analysis, interpretation or application of the institutes economic, political and social. Hiring workers through third company (the so-called outsourcing services) is one of the trends of capitalism that is cemented in default of fundamental social rights, a topic that will be discussed and developed in all relevant details in the course of this work.

The intermediation of labor is growing practice in the workplace. However, such contracts are not, today, well-defined legal limits and sometimes have been vector social damage from various sources, including the fundamental rights and guarantees of the workers involved. It is in this context that becomes relevant analysis of union representation in this occupational category in view of the essential role of professional associations, set out in Article 8, III of the Federal Constitution, to the protection of the interest of the community represented, especially in regard to preservation of their fundamental rights and to combat practices of precarious and prejudicial to the valorization of the social contract. This dissertation research will critically about the legitimacy and constitutionality of the representation of unions to provide services in general. At first, draw the evolution and will hold the historical context of labor relations, especially in the current stage of capitalism. Then we discuss the protection of fundamental rights and today, specifically, the importance of associations in this task. As the center of the problem, we will study the legitimacy and constitutionality of worker union representation of workers in outsourced unspecialized. Finally, we will point the correct union classification to be given, instead criticized the current representation, justifying its relevance and compatibility with existing constitutional provisions.

**Keywords:** Protection of fundamental rights. Union representation. Intermediation of labor.

## SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO DO TEMA .....	09
2 TUTELA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	13
2.1 Evolução dos direitos fundamentais.....	13
2.2 Direitos fundamentais sociais.....	15
2.3 Máxima efetividade e eficácia dos direitos fundamentais.....	16
3 A TERCEIRIZAÇÃO DE MÃO DE OBRA NO BRASIL.....	20
3.1 Evolução histórica do instituto da terceirização e sua caracterização no atual estágio do capitalismo.....	20
3.2 A terceirização e sua regulamentação.....	29
3.3 Prejuízos sociais decorrentes da contratação da forma como hoje é realizada.....	31
4 A REPRESENTAÇÃO SINDICAL COMO CERNE DAS OFENSAS AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DOS TRABALHADORES TERCEIRIZADOS.....	36
4.1 Relação da representação sindical com a precarização das condições de trabalho na terceirização de mão de obra não especializada.....	36
4.2 Fundamentalidade do instituto da representação sindical por categoria.....	38
4.3 Conceito de categoria para os trabalhadores terceirizados não especializados.....	41
4.4 Crítica ao reconhecimento, pelo Estado, da legitimidade dos sindicatos profissionais de trabalhadores em serviços terceirizados não especializados.....	48

5. FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO E A TERCEIRIZAÇÃO DE MÃO DE OBRA.....	53
5.1 Interferência dos direitos fundamentais nas relações privadas.....	53
5.2 O artigo 421 do Novo Código Civil e sua aplicabilidade no âmbito dos contratos de terceirização.....	55
6 DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS ENVOLVIDOS NA PROBLEMÁTICA ESTUDADA.....	60
6.1 Colisão de direitos fundamentais.....	60
6.2 Princípios da valorização social do trabalho e da livre iniciativa.....	62
6.3 Relevância da tutela coletiva para preservação de danos difusos decorrentes das contratações terceirizadas precarizadoras.....	67
7 UMA PROPOSTA DE MUDANÇA DE PARADIGMA NA REPRESENTAÇÃO SINDICAL DOS TRABALHADORES TERCEIRIZADOS.....	70
7.1 O parâmetro da isonomia com os empregados da empresa tomadora dos serviços.....	70
7.2 Uma retomada dos propósitos próprios do instituto da terceirização e o problema da multiplicidade de tomadores de serviços.....	72
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	76
REFERÊNCIAS.....	82

## I) INTRODUÇÃO DO TEMA

A terceirização de serviços é uma tendência própria da evolução do capitalismo. À míngua de regulamentação mínima da terceirização permanente, foi consolidada prática que, para os trabalhadores terceirizados não especializados – parcela social de interesse no presente estudo – revelou-se bastante nociva, tanto no aspecto salarial, quanto de benefícios negociados por seu sindicato de classe.

É oportuno esclarecer que não abordaremos, aqui, a intermediação de mão de obra avulsa, providenciada através de Órgãos Gestores de Mão de Obra, no setor portuário (Lei 12.023/09) e através de sindicatos de classe, no de movimentação de mercadorias (Lei 9.719/98).

Também não nos interessa a análise específica da terceirização de mão de obra especializada – como ocorre com a vigilância privada (Lei 7.102/83) – até porque, nestes setores regulamentados e fiscalizados de forma diferenciada, a representação sindical atende, de forma satisfatória, seu papel diante dos direitos fundamentais dos trabalhadores.

Assim, o cerne do presente trabalho está na análise da terceirização de serviços não especializados, ou seja, a chamada terceirização de mão de obra “em geral”, consubstanciada naqueles que desempenham atividades diversas, sem capacitação específica, em ramos variados da sociedade empresarial. Quanto a estes, a violação a direitos fundamentais sociais é flagrante, principalmente em razão da representação sindical que hoje lhes é reconhecida.

Pois bem. Fixado o objeto específico do presente trabalho – a representação sindical dos trabalhadores terceirizados não especializados, sob o prisma dos direitos fundamentais – cumpre retomar a análise do quadro social que se sedimentou, em meio à falta de regulamentação já citada.

Somente com baixa remuneração é possível vender a mão de obra terceirizada, diante da necessária presença do lucro da empresa que intermedia a prestação de serviços. Se fosse mais caro do que a contratação direta tradicional, não haveria, por certo, tamanho interesse na terceirização.

E, neste quadro, o barateamento dos custos foi o grande atrativo para a crescente contratação de mão de obra terceirizada.

Assim, as empresas, valendo-se da livre iniciativa que lhes é garantida, passaram a firmar contratos que ignoram a desvalorização social do trabalho ou os prejuízos sociais normalmente causados aos trabalhadores envolvidos.

O valor social do trabalho e a livre iniciativa, que são fundamentos da República (artigo 8º, III da Lei Maior), no caso da terceirização de serviços não especializados, não são respeitados com a mesma intensidade.

Não se trata de exigir que um ou outro seja privilegiado ou exacerbado, mas sim fazer com que sejam – ambos – respeitados de forma harmônica e proporcional, de maneira a se extrair a máxima eficácia e efetividade na aplicação de tais preceitos fundamentais.

Enfim, a terceirização de mão de obra não precisa ser algo banalizado quanto aos custos. Não pode ser opção de mera transferência de responsabilidade ou um meio de economia imediata ao tomador e beneficiário final dos serviços.

E é neste contexto que estudaremos, através do método dialético e da crítica fundamentada, a atuação dos sindicatos de classe que estão incumbidos, por força de comando constitucional expresso, da tutela dos direitos fundamentais desta coletividade de trabalhadores terceirizados.

Num primeiro momento, providenciaremos a retomada histórica das relações de trabalho e da evolução dos direitos fundamentais sociais respectivos.

O estudo da evolução do capitalismo e da globalização, com os naturais reflexos no mundo do trabalho, servirá para justificar o que hoje vemos em relação às condições precárias do trabalho terceirizado.

A contextualização da representação sindical, junto ao rol de proteção dos direitos fundamentais sociais, será um dos pilares centrais de desenvolvimento da problemática proposta.

Daí será viável travar a relevante discussão sobre o papel do Direito do Trabalho e de seus interlocutores sociais diante destas novas tendências. Não se trata, como se verá, de colocar o direito como óbice ao crescimento econômico ou mesmo como freio às novas práticas do capitalismo.

O que se buscará demonstrar, principalmente sob o prisma da tutela de direitos fundamentais, é o necessário resgate do papel do Direito do Trabalho no mundo contemporâneo, evitando-se o desrespeito a preceitos fundamentais tão caros a toda e qualquer sociedade, como a dignidade da pessoa humana, o tratamento isonômico e a proibição do retrocesso social.

Caberá, neste trilhar de pesquisa, a análise do próprio conceito de categoria e a sua compatibilidade com a representação, hoje conferida pelo Estado, ao sindicato representativo dos trabalhadores em serviços terceirizados não especializados.

Não é demais pontuar que o instituto da representação sindical pelo critério de categoria ganhou relevância tal, que foi galgado pelo constituinte ao patamar de direito fundamental no âmbito social (artigo 8º e incisos da Constituição Federal).

Será oportuno, ainda, o estudo da terceirização e das peculiaridades do respectivo contrato firmado entre as empresas, considerando o instituto da função social do contrato, hoje positivado no artigo 421 do Código Civil Brasileiro.

É natural, também, que uma problemática tão controvertida como a proposta enfrente a necessidade de compatibilização de princípios fundamentais que, aparentemente, estarão em rota de colisão.

Basta imaginar a delicada missão de se harmonizar a valorização social do trabalho com a livre iniciativa, ambos fundamentos da República já mencionados alhures. No entanto, com base na moderna teoria da norma, espelhada no direito comparado, abordaremos os critérios mais adequados para o desate desta aparente situação conflituosa de princípios.

Esperamos, após o desenvolvimento do tema, conseguir demonstrar que esta banalização do instituto da terceirização tem como pano de fundo uma

inadequada representação sindical obreira que, apesar de hoje admitida oficialmente, ofende a princípios fundamentais do âmbito social.

## 2 TUTELA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

### 2.1 Conceito e evolução dos direitos fundamentais

A discussão acerca da terceirização de mão de obra, sua regulamentação e limites, invade necessariamente a sua contextualização no campo dos chamados direitos fundamentais.

Como já observado no contexto fático introdutório traçado alhures, a terceirização de mão de obra, da forma como hoje é tolerada, implica em afronta direta à valorização social do trabalho, ao princípio da isonomia (diante da discriminação salarial que proporciona) e, também, à própria dignidade da pessoa humana dos trabalhadores envolvidos.

Usamos, aqui, a expressão “direitos fundamentais”, sem olvidarmos da discussão doutrinária da utilização de terminologias diversas – “direitos humanos”, “direitos dos homens”, dentre outras – por parte da doutrina.

A opção acima retratada apenas reflete a mesma preferência positivada em nosso ordenamento constitucional vigente, já que o título II da Constituição Federal trata exatamente dos direitos e garantias fundamentais.

A controvérsia terminológica referida foi bem explorada por Ingo Wolfgang Sarlet (2012, p. 248), que assim lecionou:

Uma breve mirada sobre a evolução constitucional brasileira mostra que a CF foi a primeira a utilizar as expressões *Direitos e Garantias Fundamentais* como abrangendo as diversas espécies de direitos, que, de acordo com a terminologia e classificação consagrada no direito constitucional positivo brasileiro vigente, são os assim chamados direitos (e deveres) individuais e coletivos, os direitos sociais (incluindo os direitos dos trabalhadores), os direitos de nacionalidade e os direitos políticos, os quais abarcam o estatuto constitucional dos partidos políticos e a liberdade de associação partidária. Com isso, considerando os *direitos e garantias fundamentais como gênero e as demais categorias referidas como espécies*, o direito constitucional brasileiro acabou aderindo ao que se pode reconhecer como tendência dominante no âmbito do direito comparado especialmente a partir da Lei Fundamental da Alemanha de 1949.

Por outro lado, embora a terminologia adotada (em sintonia com o teto constitucional) também é verdade que seguem sendo utilizadas outras expressões, tais como “direitos humanos”, “direitos do homem”, “direitos subjetivos públicos”, “liberdades públicas”, “direitos individuais”, “liberdades fundamentais”, e “direitos humanos fundamentais”, apenas para referir algumas das mais importantes, mas que correspondente (salvo no caso da expressão direitos humanos) a categorias em geral mais limitadas do que o complexo mais amplo representado pelos direitos fundamentais.

Não é, portanto, por acaso, que a doutrina tem alertado para a heterogeneidade, ambiguidade e ausência de um consenso na esfera conceitual e terminológica, inclusive no que diz com o significado e conteúdo de cada termo utilizado, o que apenas reforça a *necessidade de se adotar uma terminologia (e de um correspondente conceito) única e, além disso, constitucionalmente adequada, no caso, a de direitos (e garantias) fundamentais.*

Feitos tais necessários esclarecimentos sobre as discussões terminológicas, já é possível traçarmos, de forma mais direta, a evolução dos direitos fundamentais.

Manoel Gonçalves Ferreira Filho (2010, p. 32-33), após apontar os precedentes históricos dos direitos fundamentais – forais e cartas de franquia, a partir da segunda metade da idade média; a Magna Carta Inglesa de 1215; e o *rule of law* – traçou a evolução da versão clássica dos direitos fundamentais, sintetizando, inclusive, as suas respectivas gerações:

A doutrina dos direitos do Homem, como se viu acima, já estava conformada no século XVII. Entretanto, ela se expandiu no século seguinte, quando se tornou elemento básico da reformulação das instituições políticas.

Foi incorporada pelo liberalismo, do qual é capítulo essencial. Não se olvide, porém, que é uma doutrina bem mais antiga que esta filosofia política, a qual não a construiu, mas a adotou e certamente enfatizou. Com efeito, no cerne está o jusnaturalismo a que já aderiram os estoicos. Mas é verdade que, do século das luzes em diante, se tornou um dos princípios sagrados do liberalismo, sendo às vezes apresentado como princípio liberal por excelência.

Tinha ela no passado, e tem hoje mais ainda, uma grande força sobre os espíritos. Basta ver a importância que documentos internacionais e constituições, organizações internacionais e instituições nacionais lhe dão no dia a dia.

É verdade que, no diálogo político, não mais se fala em direitos do Homem, embora textos constitucionais ainda empreguem a expressão. O feminismo conseguiu o repúdio da mesma, acusando-a de “machista”. Logo, impor, em substituição, a politicamente correta terminologia de direitos humanos, direitos humanos fundamentais, de que direitos fundamentais são uma abreviação.

Por outro lado, a doutrina dos direitos fundamentais revelou uma grande capacidade de incorporar desafios. Sua primeira geração enfrentou o problema do arbítrio governamental, com as *liberdades públicas*, a segunda, o dos extremos desníveis sociais, com os *direitos econômicos e sociais*, a terceira, hoje, luta contra a deteriorização da qualidade de vida humana e outras mazelas, com os *direitos de solidariedade*.

É nesta segunda dimensão de direitos fundamentais que se concentra grande parte da problemática aqui estudada, principalmente no que se refere ao direito à uma adequada representação sindical dos trabalhadores terceirizados.

## **2.2 Direitos fundamentais sociais**

Quando estamos a tratar de direitos fundamentais sociais, é importante visualizar uma absoluta relação e dependência com os direitos fundamentais individuais.

Afinal, não há como se dissociar, no aspecto do direito do trabalho, a pessoa natural do trabalhador, do contexto social em que ele está inserido (família e categoria profissional, por exemplo).

Maurício Godinho Delgado e Gabriela Neves Delgado (2012, p. 49) bem esclareceram esta dupla dimensão os direitos trabalhistas, fazendo, inclusive, oportuna correlação com a preservação da dignidade da pessoa humana:

Os direitos trabalhistas têm uma dimensão dupla e combinada, que está bem reconhecida na estrutura normativa da Constituição. São direitos e garantias individuais e seus titulares, os trabalhadores, e, ao mesmo tempo, são direitos sociais.

Sob a ótica da pessoa humana que vive do trabalho, especialmente o trabalho empregatício, tais direitos são o principal instrumento de concretização dos princípios, valores e regras constitucionais de prevalência da dignidade da pessoa humana, da valorização do trabalho e, particularmente, do empregado, a subordinação da propriedade à função

social, da efetivação da justiça social e da democratização da sociedade civil.

Sob a ótica dessa mesma pessoa humana individual, mas também da comunidade de trabalhadores, de parte majoritária da sociedade e das famílias brasileiras, sob a ótica ainda do Estado e suas decisivas políticas públicas, são direitos sociais, ou seja, um universo fundamental de realização, no plano mais amplo da economia e da sociedade, daqueles princípios, valores e regras tão bem acentuados pela Constituição.

Esses direitos e garantias individuais e sociais, por isso mesmo, integram o Título II do Texto Máximo, "Dos Direitos e Garantias Fundamentais".

São dessa maneira parte componente do núcleo inexpugnável da Constituição, na qualidade de direitos e garantias fundamentais.

Devemos ficar atentos, então, à análise de toda a problemática trabalhista atrelada aos direitos sociais fundamentais, com os olhos voltados, também, para a realização dos direitos individuais fundamentais que naturalmente lhe são atrelados.

Não há dúvida, portanto, que, ao discutirmos a representação sindical dos trabalhadores terceirizados, estaremos tratando, de maneira necessária e direta, de direitos fundamentais dotados de especial envergadura e relevância em nosso ordenamento jurídico.

Não é por outro motivo que tais direitos fundamentais têm características próprias e, também, tratamento diferenciado, hoje já sedimentado pela doutrina especializada, conforme se verá adiante.

### **2.3 Máxima efetividade e eficácia dos direitos fundamentais**

Consoante o já abordado, os direitos fundamentais possuem características próprias, que os distinguem e enaltecem no contexto do ordenamento jurídico pátrio.

José Afonso da Silva (2006, p. 180-181), ao traçar os caracteres próprios dos direitos fundamentais, faz um distanciamento em relação à concepção jusnaturalista sobre o tema, assim nos ensinando:

Esse tema desenvolveu-se à sombra das concepções jusnaturalistas dos direitos fundamentais do homem, de onde promana a tese de que tais direitos são *inatos, absolutos, invioláveis (intransferíveis) e imprescritíveis*. Expurgando-se a conotação jusnaturalista que informara a matéria, ainda é possível reconhecer certos caracteres desses direitos. É o que discutiremos sinteticamente em seguida, para denotar neles os seguintes:

(1) *Historicidade*. São históricos como qualquer direito. Nasceram, modificam-se e desaparecem. Eles apareceram com a revolução burguesa e evoluem, ampliam-se, com o correr dos tempos. Sua historicidade rechaça toda fundamentação baseada no direito natural, na essência do homem ou na natureza das coisas;

(2) *Inalienabilidade*. São direitos intransferíveis, inegociáveis, porque não são de conteúdo econômico-patrimonial. Se a ordem constitucional os confere a todos, deles não pode se desfazer, porque são indisponíveis;

(3) *Imprescritibilidade*. O exercício de boa parte dos direitos fundamentais ocorre só no fato de existirem reconhecidos na ordem jurídica. Em relação a eles não se verificam requisitos que importem em sua prescrição. Vale dizer, nunca deixam de ser exigíveis. Pois prescrição é um instituto jurídico que somente atinge, coarctando, a *exigibilidade* de direitos de caráter patrimonial, não a exigibilidade de direitos personalíssimos, ainda que não individualistas, como é o caso. Se são sempre exercíveis e exercidos, não há intercorrência temporal de não exercício que fundamente a perda da exigibilidade pela prescrição;

(4) *Irrenunciabilidade*. Não se renunciam direitos fundamentais. Alguns deles podem até não ser exercidos, pode-se deixar de exercê-los, mas não se admite sejam renunciados.

Além das características próprias apontadas na doutrina, os direitos fundamentais clamam por uma especial técnica de interpretação e aplicação, a ser engendrada pelo operador do direito.

Não se pode esquecer, também, que o fenômeno da constitucionalização dos direitos fundamentais sociais também atraiu a necessária aplicação da hermenêutica própria, adequada aos preceitos escolhidos para integrar o rol da Constituição Federal.

Ao lecionar sobre os princípios da interpretação constitucional, Ingo Wolfgang Sarlet (2012, p. 215) aborda com maestria o “*princípio da máxima eficácia e efetividade da Constituição*”:

O tema da eficácia e efetividade da Constituição relaciona-se com o plano da concretização constitucional, no sentido de busca da aproximação tão íntima quanto possível entre o *dever-ser* normativo e o *ser* da realidade

social. Nessa perspectiva, o princípio da máxima eficácia e efetividade (também chamado de princípio da eficiência) implica o dever do intérprete e aplicador de atribuir o sentido que assegure maior eficácia às normas constitucionais. Assim, verifica-se que a interpretação pode servir de instrumento para assegurar a otimização da eficácia e da efetividade, e, portanto, também da constituição.

J. J. Gomes Canotilho (2003, p. 1224), também nos oferece preciosa lição acerca do princípio da “*máxima efectividade*”:

Esse princípio, também designado por **princípio da eficiência** ou princípio da interpretação efectiva, pode ser formulado da seguinte maneira: a uma norma constitucional deve ser atribuído o sentido que maior eficácia lhe dê. É um princípio operativo em relação a todas e quaisquer normas constitucionais, e embora a sua origem esteja ligada à tese da actualidade das normas programáticas (Thoma), é hoje sobretudo invocado no âmbito dos direitos fundamentais (no caso de dúvidas deve preferir-se a interpretação que reconheça maior eficácia aos direitos fundamentais).

Este deverá ser o foco da discussão acerca da representação sindical dos trabalhadores. Ao visualizarmos o conceito constitucional de “categoria”, como elemento de identificação e ligação entre os trabalhadores protegidos pelo mesmo sindicato de classe, devemos sempre indagar se estamos outorgando, em sua interpretação prática, a máxima efetividade e eficácia que as normas constitucionais e de direitos fundamentais merecem receber.

Ainda tratando da eficácia dos direitos fundamentais, é relevante lembrar que a lição doutrinária de Guilherme Guimarães Feliciano (2013, p. 69), que sustenta ser imediata a eficácia dos direitos fundamentais sociais, conforme abordagem abaixo reproduzida:

Entendemos, no entanto, que essa eficácia horizontal é na verdade *imediate* (e não meramente mediata). Hoje se reconhece amplamente que os direitos fundamentais têm operatividade imediata no campo das relações jurídico-privadas, por aplicação *direta* das regras e princípios constitucionais, dispensando-se a mediação concretizadora de órgãos estatais diversos do Poder Judiciário (embora não a proíbam). A norma constitucional – regra ou princípio – pode ser evocada como razão primeira e justificadora para a solução de conflitos privados concretos, em juízo ou fora dele. Essa eficácia direta e imediata dos princípios constitucionais tornou-se, aliás,, o principal espólio do denominado *pós-positivismo* (cfr. O tópico 6.1, *infra*). Foram superadas – inclusive no Brasil, e com vantagens –

as teorias da eficácia horizontal *indireta* ou *mediata* (*mittelbare Drittwirkung*), pelas quais a operatividade do direitos fundamentais no campo das relações privadas dependeria da mediação de órgãos de Estado, seja ditando leis concretizadoras que regulamentariam, no trato privado, os mecanismos aptos a restituir o direito em casos de violação jusfundamental (J. SCHWABE), seja abrindo menos frestas hermenêuticas na Constituição ou na lei formal (K. HESSE), por meio de cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados (“função social”, “legitimidade constitucional”, “boa-fé objetiva” etc. – *teoria do efeito irradiante*, empregada no caso Lüth), a partir dos quais o Poder Judiciário poderia dar concreção àqueles direitos fundamentais nas relações entre os particulares (cfr. e.g., VALDÉS DALLRÉ, 2003; GARCIAL TORRES, JIMÉNEZ BLANCO : 36 e ss.; ARIAS RUELAS, 2002 e ss.).

A partir deste prisma da melhor hermenêutica constitucional – utilização da máxima efetividade dos direitos fundamentais, bem como da eficácia direta e imediata dos direitos fundamentais – é que buscaremos debater o instituto da representação sindical (por categoria, principalmente) e a sua identificação como o centro das ofensas aos direitos fundamentais dos trabalhadores terceirizados.

### 3 A TERCEIRIZAÇÃO DE MÃO DE OBRA NO BRASIL

#### 3.1 Evolução histórica do instituto da terceirização e sua caracterização no atual estágio do capitalismo

Quando falamos na relação de trabalho, interessa-nos ultrapassar a fase da escravidão da antiguidade e, também, o vínculo servil característico da idade média, até porque, nas palavras de Segadas Vianna (1999, p. 31) “a servidão foi um tipo muito generalizado de trabalho em que o indivíduo, sem ter a condição jurídica do escravo, na realidade não dispunha de sua liberdade”.

Após tal fase, verificamos o surgimento de duas vertentes básicas de trabalho, a *locatio operis* e a *locatio operarum*, sendo que esta última deu origem à relação de emprego tradicional. Oportuno, neste contexto, trazer à colação os ensinamentos de Maurício Marangoni e Mirta Lerena Misailidis (2008, p. 2):

Com o desaparecimento do regime de trabalho escravo da antiguidade e do servil da idade média, surgem duas modalidades de execução do trabalho: a primeira, na prestação de serviços, que subordina o trabalhador ao comando de outro sujeito – o empregador; na segunda, o trabalhador determina de forma autônoma a execução da prestação de trabalho, ou seja, trata-se do trabalhador autônomo.

Essas duas modalidades jurídicas foram adotadas, na doutrina pandectista alemã por intermédio da *locatio operarum*, o que remete ao trabalhador subordinado (empregado), e pela *locatio operis*, referindo-se ao trabalhador autônomo.

Como se pode notar, tais concepções de trabalho visualizavam a prestação direta mantida com o tomador da mão de obra, não se cogitando, nesta primeira fase do trabalho realmente livre, na figura de um terceiro intermediário da mão de obra.

No entanto, a evolução do Estado Liberal, o desenvolvimento tecnológico e as próprias demandas do capitalismo em desenvolvimento, trouxeram

novas formas de prestação de serviços e gestão do trabalho, diferentes das duas vertentes originárias já referidas.

Dentre tais novidades, veio a terceirização de mão de obra, encampada e desenvolvida com velocidade tal, que deixou o direito do trabalho deficitário da regulamentação dos institutos.

Não obstante, estas novas formas de gestão do trabalho não afastam a incidência do chamado Estado Social de Direito, oriundo da segunda dimensão de direitos fundamentais, cujo papel foi bem traçado por Maurício Godinho Delgado e Gabriela Neves Delgado (2012, p. 25), nos seguintes termos:

Além de ampliar os *direitos de segunda dimensão* – sociais, coletivos, culturais e econômicos – o Estado Social redefiniu o papel dos de primeira (estes, individuais e políticos, como já salientado), concedendo-lhes certo cunho social como, por exemplo, ao vincular a propriedade privada à função social.

Neste contexto, o Estado tornou-se um Estado Administrador, intervencionista e assistencialista, e o cidadão, um “*cidadão-cliente*”.

A prática intervencionista na economia foi considerada, pois, a melhor estratégia para regular os graves desequilíbrios proporcionados pela ação liberal, caracterizada pelo abstencionismo do Estado. Na nova ordem, o Estado passaria a assumir políticas públicas, de planejamento e assistência social, embora não assegurasse a plena inclusão dos trabalhadores na riqueza social.

No Estado Social de Direito, o valor preponderante passou a ser o a *igualdade*, correspondente não apenas à igualdade formal, mas, sobretudo, à igualdade material, ou seja, as leis deveriam reconhecer materialmente as diferenças, propondo alternativas jurídicas em face da diversidade apresentada. Em função dessa diretriz, os intérpretes passaram a incorporar a interpretação finalística ou teleológica às suas decisões.

A propriedade passou a estar condicionada à função social, sendo considerada um dos fatores condicionantes da ruptura do tradicional esquema do Estado burguês, no qual as Constituições asseguravam restritivamente direitos civis e políticos.

Nessa fase, o Direito do Trabalho encontrou plena ascensão e maturação e o movimento sindical expandiu-se sob vários matizes, desde o social democrata até o movimento sob a forma de *sindicalismo de resultados*. Também a economia capitalista ocidental conheceu um de seus períodos de maior avanço e riqueza.

É sob estes parâmetros traçados pelo Estado Social de Direito, que a análise da representação dos trabalhadores terceirizados, na atualidade, deve ser desenvolvida e fundamentada.

O papel do Direito do Trabalho, assim, será o de acompanhar e regular esta evolução veloz e incessante do capitalismo. Neste contexto multidisciplinar em que está inserido (jurídico, econômico, social, político), o ramo justralhista – necessariamente potencializado por uma tendência de constitucionalização – buscará retomar seus propósitos de promoção de um Estado Social e Democrático de Direito.

Neste trilhar, destacamos a importante lição doutrinária de Tereza Aparecida Asta Gemignani (2010. p. 31-32), que eleva a “questão trabalhista” ao patamar de supralegalidade que é próprio dos direitos fundamentais, destacando o papel do Direito do Trabalho e do Poder Judiciário, nesta realidade multidisciplinar, permeada por teorias e tendências de vários ramos, por vezes não amparados numa legalidade substantiva. Vejamos:

Podemos considerar boa e razoável uma determinada regra filosófica, sociológica, psicológica ou econômica e ressaltar a sua importância para a análise da realidade fática e para a formulação do diagnóstico do conflito posto. Entretanto, a abordagem multidisciplinar tem um papel coadjuvante, pois não temos instrumentos para obrigar alguém a cumprir tais regras, já que nenhuma delas detém coatividade normativa, condição ostentada pela norma jurídica num Estado de Direito.

A Constituição Federal de 1988 deixou tal configuração explícita.

Ao constitucionalizar o direito trabalhista e valorizar a natureza propositiva da norma jurídica, libertou-a do rótulo fatalista/reducionista que atualmente insiste em permear as ciências sociais. Priorizou o norte jurídico que deve balizar a busca de soluções, evitando que se perca em digressões sociológicas, filosóficas e econômicas, quando se trata de solucionar um conflito concreto, pela simples e boa razão de que nesta situação não basta o juiz achar que uma teoria é melhor do que a outra, sem não conseguir escorá-la numa norma jurídica e assim exigir o cumprimento de uma obrigação, garantindo a efetividade da prestação jurisdicional.

Por outro lado, ao trazer para seu corpo a questão trabalhista, conferindo-lhe, como direito fundamental, uma condição de supralegalidade, deixou claro a Constituição Federal de 1988 que essa normatividade não pode ser reduzida à perspectiva da legalidade formal, devendo ser estruturada no conceito de legalidade substantiva, de modo que não pode restringir-se ao que está positivado apenas nos códigos e leis.

Assim, a Carta Política de 1988 resgata a importância do enfoque jurídico, exponenciando na arena institucional o valor do Direito do Trabalho como balizador de conduta, marcando o ingresso do Brasil no movimento mundial de neoconstitucionalismo, centrado na atuação propositiva do Poder Judiciário.

Neste mesmo sentido, Sérgio Pinto Martins (2000, p. 15) já alertava que “este é um ramo do Direito bastante dinâmico, que deve verificar os avanços na estrutura da empresa e compatibilizá-los de acordo com a legislação vigente”. Com razão, sem dúvida, o i. jurista, pois o maior papel do direito do trabalho – e talvez o mais difícil – seja tentar acompanhar o dinamismo social potencializado pela globalização.

Compreensível, portanto, toda a problemática social gerada em razão da precariedade da regulamentação do instituto, que cresceu em velocidade e proporção absolutamente maiores do que a tímida resposta legislativa e jurisprudencial trabalhista.

A origem e a evolução da chamada terceirização de mão de obra foi bem retratada por Alice Monteiro de Barros (2007, p. 441), que destacou a inovação tecnológica, a competitividade, as novas formas de organização da produção e de gestão de pessoas, como fatores de incentivo à contratação de trabalhadores através de empresa terceira. Referida doutrinadora assim lecionou:

As relações individuais de trabalho sofreram várias modificações nos últimos anos, em face de uma conjugação de fatores, que podem ser sintetizados na inovação tecnológica, nas alterações na organização da produção, nos métodos utilizados na gestão da mão-de-obra, e, em consequência, nas necessidades dos trabalhadores.

Essas mudanças deram origem ao conhecido debate sobre a flexibilidade do empregado, em contraposição à relação de emprego “típica”, gerada por um contrato de trabalho indeterminado, com um empregador único e protegida contra a dispensa injusta. Sustenta-se que essa relação de trabalho “típica” é incompatível com a necessidade da empresa moderna de adaptar-se a um processo econômico competitivo. Passou-se, então, a sugerir um modelo contraposto, cujo traço distintivo era o recurso a diversas modalidades de emprego chamadas flexíveis, entre as quais inclui-se a terceirização.

É importante que se entenda – neste mesmo contexto de evolução da prática da terceirização – as fases tradicionais do capitalismo, apontadas na doutrina tradicional. Neste ponto, Guilherme Guimarães Feliciano (2013, p. 65), após lecionar sobre as três fases históricas do capitalismo (o capitalismo comercial ou pré-capitalismo; o capitalismo industrial; e o capitalismo monopolista-financeiro) discorre de forma elucidativa sobre esta terceira e atual fase:

Por fim, hoje se reconhece uma *terceira fase* no modo capitalista de produção, a saber, o *capitalismo financeiro*, que toma por pilares o sistema bancário, as grandes instituições financeiras e o próprio mercado globalizado. O capital desmaterializa-se, impessoaliza-se e passa a circular velozmente pelo mundo, trafegando sem barreiras (ou quase) pelo sistema financeiro global, sempre em busca da redução de seus custos. Sob os ventos do *Consenso de Washington* – cartilha ideológica ajustada entre o FMI, o Banco Mundial e o Departamento do Tesouro dos Estados Unidos para definir as “políticas certas” em prol dos países em desenvolvimento, sobretudo a partir do paradigma econômico latino-americano no último quartel do século XX (STIGLITZ, 2002:43) –, o modelo financista aprofunda-se ainda mais, notadamente a partir da década de 1980, agora impulsionado pela globalização e pelo chamado “neoliberalismo”, com o resgate histórico dos principais valores inerentes ao liberalismo econômico oitocentista (e.g., livres mercados – inclusive o de capitais –, diminuição do Estado e exaltação do contrato, i.e., do “negociado”). Implementam-se, nessa terceira fase do sistema capitalista, as condições ideais para a prática internacional do *dumping* social: a baixa condição social a que os trabalhadores de um certo país estão submetidos conduz ao aumento da competitividade de seus produtos no comércio internacional, baseado todavia em um critério de *ineficiência econômica*, desde que tome por objetivo da eficiência econômica o próprio bem-estar social (BARROS, A. R., 1995: 31). Buscando esse ganho marginal, o capital financeiro especulativo – e não raro o próprio capital industrial – tende a migrar para países nos quais os níveis de proteção social são menores, reduzindo suas obrigações com despesas ou investimentos que não revertam imediatamente em maior acúmulo de capital.

Assim, no mundo globalizado de hoje, o capitalismo financeiro impõe à sociedade seus novos e agressivos modos de produção, ignorando e suplantando, para tanto, direitos sociais fundamentais. Não há, por certo, uma resposta eficaz e ágil do Estado (e dos demais órgãos legitimados), voltada à garantir e tutelar ofensas desta ordem.

Países com baixa rede de proteção social acabam, infelizmente, sendo terreno fértil para a implantação de tais desmandos do capitalismo financeiro. Imbuídos da intenção de reduzir drasticamente os custos da produção, grandes estruturas financeiras e empresariais apoiam-se na livre iniciativa (isolada e dissociada de outros princípios sociais), bem como na justificativa da globalização dos mercados, para impor uma verdadeira situação de *dumping* social, de consequências danosas a uma grande parcela da sociedade.

Luc Boltanski e Ève Chiapello (2009, p. 101-102), em análise detida acerca da evolução do capitalismo (ou “o novo espírito do capitalismo”, conceito que deu nome à obra), apontam para uma tendência, originária nos anos 1990, de um

novo paradigma, pautado em empresas enxutas, que trabalham em rede, com uma multidão de participantes. A estrutura empresarial desfez-se de um grande número de funções e tarefas, terceirizando tudo aquilo que não fizesse parte do cerne de sua atividade, muitas das vezes com ex-funcionários assumindo tais tarefas através de empresas próprias que constituíram. Vejamos suas oportunas constatações:

Os dispositivos propostos pelos autores dos anos 90 para fazer face às questões identificadas forma um impressionante amontoado de inovações administrativas, que podemos tentar articular em torno de algumas ideias-chave: empresas *enxutas* a trabalharem *em rede* com uma multidão de participantes, uma organização de trabalho em equipe, ou *por projetos*, orientada para a satisfação do cliente, e uma mobilização geral dos trabalhadores, graças às visões de seus líderes.

A expressão francesa *entreprise maigre* [empresa magra] foi calcada na expressão *lean production* [produção enxuta], inventada no início dos anos 90 para reunir o conjunto dos novos métodos de produção, em parte extraídos da observação das empresas japonesas, a Toyota em especial (Womack *et alli* 1992), entre os quais podem ser citados princípios organizadores como *just-in-time*, qualidade total, processo de melhoramento contínuo (*Kaizen*), equipes autônomas de produção e uma série de instrumentos destinados a implementá-los, como os círculos de controle de qualidade, que constituem o mais antigo dos instrumentos popularizados no Ocidente, a garantia de qualidade dos fornecedores, SMED, TPM, KanBan, 5S, propostas de melhoria etc. A empresa enxuta, “leve”, “sem adiposidades”, perdeu a maioria dos escalões hierárquicos, ficando com apenas três a cinco e desempregando camadas hierárquicas inteiras. Ela também se desfez de grande número de funções e tarefas, terceirizando tudo o que não fizesse parte do cerne de sua atividade; às vezes essa terceirização foi assumida por ex-assalariados que montaram sua própria empresa (*spin-off*).

O quadro social e econômico não é outro, senão o do declínio do modelo batizado como fordismo, bem explorado por Luciano Martinez (2001, p. 120), que assim leciona:

O padrão fordista de organização do trabalho, entretanto, entrou em declínio por conta da emergência de um novo modelo capitalista, caracterizado pela **acumulação flexível**. Essa concepção se apoiou na flexibilidade dos processos de trabalho, os produtos e padrões de consumo. Caracterizou-se, conforme bem destacado pela professora Marília Salles Falci Medeiros, ‘pelo surgimento de setores de produção inteiramente novos, novas maneiras de fornecimento de serviços financeiros, novos mercados e, sobretudo, taxas altamente intensificadas de inovação comercial e tecnologia organizacional’. Implantaram-se a reengenharia de setores industriais e fórmulas de gestão baseadas na qualidade total e na terceirização. Surgiu um novo modelo de produção, intitulado **toyotismo**, pensado por Taiichi Ohno (por isso também conhecido como sistema

**ohnista**), que implementou novas técnicas de administração, principalmente a supressão da burocracia corporativista desnecessária (*downsizing*), o salário individualizado por produtividade, a manutenção de um fluxo contínuo de estoques (*kan-ban*) e a produção em tempo real (*just-in-time*). A subordinação jurídica, antes tão claramente comandada pelo empregador, começou a esmaecer. Os capitalistas priorizaram a redução de custos, a produtividade, a competitividade, a flexibilização, a neutralização dos conflitos, e isso fez o mundo laboral mudar profundamente.

E, neste contexto de reengenharia dos setores industriais, *downsizing*, preocupação com produtividade e competitividade, a terceirização encontrou terreno fértil e, também, não regulamentado.

Richard Sennet (2011, p. 51), também estudando a cultura do novo capitalismo, trouxe um retrato fiel da despreocupação destas novas fórmulas com a valorização social do trabalho. Cita a chamada “dessedimentação institucional”, que parte da premissa de atração e descarte fácil de trabalhadores, de acordo com as necessidades empresariais:

Esta nova formula de trabalhar permite aquilo que no jargão gerencial é conhecido como desdimentação institucional. Confiando certas funções a terceiros em outras firmas ou outros lugares, o gerente pode livrar-se de certas camadas na organização. A organização incha e se contrai, empregados são atraídos ou descartados à medida em que a empresa transita de uma tarefa à outra.

A “casualização” da força de trabalho não diz respeito apenas ao empregado de trabalhadores temporários ou subempreiteiros externos; aplica-se também à estrutura interna da empresa. Os empregados podem estar vinculados a contratos de três ou seis meses, frequentemente renovados ao longo dos anos; com isto, o empregador pode eximir-se de pagar-lhes benefícios como seguro de saúde e pensões. Além disso, os trabalhadores vinculados por contratos de curta duração também podem ser facilmente transferidos de uma tarefa a outra, alterando-se os contratos para adaptá-los à evolução das atividades da empresa. A empresa pode contrair-se e expandir-se rapidamente, dispensando ou contratando pessoal.

Como se viu, a valorização social do trabalho foi dilapidada paulatinamente. A precarização das condições dos trabalhadores terceirizados foi inevitável.

Criou-se uma verdadeira subclasse de empregados, com menores salários, benefícios de classe extremamente reduzidos diante dos contratados em

quadro próprio pelo tomador dos serviços e, também com representatividade sindical deficitária, dificultada pela pulverização dos trabalhadores nos diversos ramos do comércio e indústria, sem que possuam sequer identidade de interesses suficiente para reuni-los no conceito constitucional de categoria.

Aqui chegamos ao ponto central de desprezo e desrespeito aos direitos fundamentais dos trabalhadores terceirizados: a tutela sindical inadequada, pautada pela incorreta interpretação do instituto jurídico da representação por categoria.

A professora Mirta Lerena de Misailidis (2001, p. 84), ao tratar dos desafios do sindicalismo brasileiro diante das atuais tendências, incluiu o processo de terceirização como um dos principais embates de necessário enfrentamento pelas entidades de classe:

À luz do exposto, podemos inferir que o sindicalismo se encontra em uma encruzilhada no que diz respeito a uma série de questões que pareciam resolvidas no período constitutivo, mas que hoje se encontram novamente em discussão. Entre essas questões, estão aquelas que se relacionam com a capacidade de representação dos trabalhadores que se encontram no mercado informal de trabalho: trabalho temporário, enxugamento da mão-de-obra, aumento da produtividade, depreciação dos salários, etc. Entretanto, além dessa política orientada para a flexibilização dos direitos trabalhistas, o sindicato deve enfrentar outro desafio não menos importante, que consiste nas mudanças no processo de produção, por meio da reestruturação industrial, do processo de terceirização e das novas técnicas gerenciais. E, finalmente, a formulação de um novo discurso ideológico que permita articular as demandas muito dispersas e que, por sua vez, incorpore uma visão de futuro à ação sindical.

A “encruzilhada” do sindicalismo, no caso da terceirização de mão de obra, ganha contornos mais complexos e de difícil superação. Não há como se reunir, sob a mesma tutela sindical, trabalhadores espalhados pelos mais diversos setores da economia.

Não é difícil imaginar que um único trabalhador terceirizado possa, no curso de seu contrato, passar pelo comércio, por vários segmentos da indústria, pelo ramo hoteleiro, ou mesmo de condomínios residenciais.

Não nos parece adequado reunir no conceito de categoria, trabalhadores de realidades tão diversas, inclusive porque suas pretensões são naturalmente díspares.

É fácil a percepção de que as pretensões e necessidades tutelares dos trabalhadores terceirizados são muito próximas daquelas inerentes aos trabalhadores contratados em quadro próprio pela tomadora dos serviços. Trata-se de providenciar a valorização social do trabalho, pautado na representação sindicato por critérios de isonomia material.

Sobre as consequências negativas da terceirização de mão de obra na estrutura de representação sindical, Carlos Alberto Chiarelli (2005, p. 277-288) faz precisas ponderações:

Em termos sindicais, sua consequência é a de *fraturar* a estrutura associativa. Os trabalhadores, levados à empresa-mãe pela terceirizadora e que, muitas vezes, perambulam por diferentes postos de trabalho de organizações diferenciadas (ajudantes na metalúrgica, serventes na construção civil, garis na limpeza) são integrantes de qual setor ou ramo de produção? Onde se iriam encaixar, com propriedade, na hora de identificar-se com uma profissão? Esse deambular do operário, remetido de um lado para outro, sem vínculo fixo e sem relação efetiva, desnatura sua atividade, impedindo que se possa visualizá-la de forma a identificá-lo profissionalmente. Ora, na medida em que o trabalhador deixa de ser alguém *profissionalmente* (não importa em que nível hierárquico e mesmo quando circunstancialmente desempregado), a categoria perde consistência, a profissão enfraquece e o sindicato vê reduzida a sua capacidade de mobilizar e agir, posto que falta o núcleo de seu processo vital, que é o *profissional*. A terceirização enfumaçando a profissionalidade, vítima o associativismo, quebrando o potencial de unidade (não de unicidade) da categoria, que, para existir, requer identidade profissional e vínculo legítimo com a empresa-mãe onde se processa o trabalho.

O que se deduz, da lição de Chiarelli, acima transcrita, é não só uma crítica ao efeito nefasto da terceirização no âmbito da representação sindical, mas também uma sugestão de resgate de tal situação, através da retomada da vinculação sindical com a “empresa-mãe” ou a empresa tomadora dos serviços.

Tal argumento, que será melhor explorado adiante, servirá de base para o restabelecimento de direitos fundamentais básicos dos trabalhadores terceirizados, inclusive no que se refere à valorização social do trabalho e à garantia

de um tratamento isonômico e não discriminatório em relação aos salários e benefícios de classe.

De qualquer forma, traçado o contexto histórico das relações de trabalho terceirizadas e da evolução respectiva no atual estágio do capitalismo, é possível o estudo de como o Direito buscou acompanhar as mudanças de paradigmas no mundo do trabalho.

### **3.2 A terceirização e sua regulamentação**

A legislação pátria muito pouco trata das intermediações de mão de obra. A CLT prevê a figura da empreitada e da subempreitada<sup>1</sup>, figura que se distancia da prática hoje disseminada da terceirização empresarial.

O Decreto-lei 200/67<sup>2</sup>, voltado ao setor público, tratou, em seu artigo 10, da descentralização administrativa, inclusive através de contratos e concessões envolvendo a órbita privada.

Nas décadas de 1970 e 1980 destacam-se as legislações relativas ao trabalho temporário intermediado por empresas especializadas (Lei 6.019/74), e aos serviços terceirizados dos vigilantes bancários (Lei 7.102/83).

É importante reiterar que a precarização das condições de trabalho, criticada neste trabalho, não é verificada com a mesma intensidade nas hipóteses de terceirização de mão de obra regulamentada por lei específica (temporários ou vigilantes).

---

<sup>1</sup> Art. 455. *Nos contratos de subempreitada responderá o subempreiteiro pelas obrigações derivadas do contrato de trabalho que celebrar, cabendo, todavia, aos empregados, o direito de reclamação contra o empreiteiro principal pelo inadimplemento daquelas obrigações por parte do primeiro. Parágrafo único. Ao empreiteiro principal fica ressalvada, nos termos da Lei civil, ação regressiva contra o subempreiteiro e a retenção de importância a este devidas, para a garantia das obrigações previstas neste artigo.*

<sup>2</sup> Art. 10. *A execução das atividades da Administração Federal deverá ser amplamente descentralizada. § 1º A descentralização será posta em prática em três planos principais: (...) c) da Administração Federal para a órbita privada, mediante contratos ou concessões.*

Nestes casos, a intermediação contratada exige a presença de uma mão de obra especializada, captada de maneira diferenciada, observando, ainda, limites e garantias legais expressas.

Não obstante, na terceirização de serviços não especializados e não regulamentados, a desvalorização social do trabalho é evidente, sendo que esta parcela de trabalhadores será o foco do presente estudo.

Apesar da ausência de regulamentação vigente acerca da terceirização permanente de serviços em geral, a jurisprudência trabalhista tratou de sedimentar o que seria lícito e ilícito na terceirização de mão de obra.

Neste sentido, a súmula 331 do c. TST<sup>3</sup> fixou como lícita a contratação de trabalhadores terceirizados para o desempenho de atividades de apoio à empresa (atividade-meio) e, de outro lado, taxou de ilícita a contratação de serviços terceirizados atrelados às atividades essenciais da empresa (atividade-fim).

A fixação dos parâmetros de licitude e ilicitude não solucionou, contudo, o grande problema que é próprio da contratação de empresas terceirizadas na atualidade, qual seja, a desvalorização do trabalho dos respectivos prestadores de serviço.

Passemos, então, ao estudo dos prejuízos sociais específicos que a terceirização, da forma como hoje admitida, proporciona no mundo do trabalho.

---

<sup>3</sup> Súmula Nº 331 do TST. CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LEGALIDADE (nova redação do item IV e inseridos os itens V e VI à redação) - Res. 174/2011, DEJT divulgado em 27, 30 e 31.05.2011

I - A contratação de trabalhadores por empresa interposta é ilegal, formando-se o vínculo diretamente com o tomador dos serviços, salvo no caso de trabalho temporário (Lei nº 6.019, de 03.01.1974). II - A contratação irregular de trabalhador, mediante empresa interposta, não gera vínculo de emprego com os órgãos da Administração Pública direta, indireta ou fundacional (art. 37, II, da CF/1988). III - Não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância (Lei nº 7.102, de 20.06.1983) 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 n.º 8.666, de 21.06.1993, 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.

### **3.3 Prejuízos sociais decorrentes da contratação da forma como hoje é realizada**

A opção pelo trabalho terceirizado, de início, servia para suprir necessidades não atreladas à atividade central das empresas, através de contratação de empresas especializadas em serviços de apoio (como vigilância e limpeza).

Não obstante, tal intermediação contratual passou a ser uma opção crescente de barateamento de mão de obra, com a transferência das responsabilidades que seriam próprias do empregador (atividades essenciais à sua destinação empresarial central), para um terceiro.

Um dos motivos que indicam o baixo custo da mão de obra terceirizada está no deslocamento do enquadramento sindical, conforme será adiante detalhado.

As empresas gastam menos com o trabalhador terceirizado, em comparação com os valores que seriam gastos com o mesmo empregado contratado em quadro próprio.

É noção corrente que o enquadramento sindical que hoje vigora define-se, hoje, pela categoria correspondente à atividade preponderante do empregador. Assim, como regra, um porteiro de uma indústria química será necessariamente representado pelo sindicato dos empregados em indústrias químicas daquela localidade.

A partir do momento que tal porteiro passa a trabalhar por empresa terceirizada, seu enquadramento sindical muda, pois mudou também seu empregador (agora, uma empresa de prestação de serviços).

E, como já dito alhures, não é difícil visualizar que este novo enquadramento sindical acaba por prejudicar o trabalhador. A terceirização é atrativa somente em razão deste baixo custo da mão de obra. Não há, neste contexto, tratamento isonômico. A mão de obra terceirizada, que traz em seu custo

o lucro da empresa de prestação de serviços, ainda assim é mais barata para o tomador contratante.

Não é por outro motivo que as negociações coletivas realizadas no âmbito dos sindicatos da categoria de prestação de serviços – sindicatos patronais e profissionais – trazem poucas conquistas aos trabalhadores. Normalmente o piso é um pouco maior que o salário mínimo, existindo outros pequenos benefícios sociais.

A negociação coletiva sem grandes avanços sociais é, infelizmente, uma necessidade de sobrevivência desta nova “categoria”, por mais paradoxal que esta conclusão possa parecer.

Enfim, a mão de obra terceirizada é mais barata e, ao contrário do que se pretendia inicialmente, está cada vez mais distante de uma especialização.

O grande atrativo da terceirização não é a otimização do resultado, ou a concentração dos esforços empresariais em sua atividade central, mas sim o barateamento da mão de obra e uma tentativa de isenção de responsabilidade, ao menos de forma direta, pelo beneficiário final dos serviços.

Normalmente os trabalhadores terceirizados são os que não têm instrução, que não conseguem uma colocação especializada e, portanto, sujeitam-se a receber valores ínfimos, se comparados com outros empregados contratados diretamente por seu tomador.

A discriminação salarial dos empregados terceirizados salta aos olhos. Para elucidar o que aqui se constata, retomemos o exemplo da portaria da indústria química. Se a empresa adota a terceirização paulatina (em duas etapas, por exemplo) teremos, em determinado momento, metade dos porteiros recebendo o piso maior da categoria da tomadora dos serviços e, a outra metade, recebendo salário menor próprio da “categoria” dos terceirizados. Não obstante, o serviço seria o mesmo, cumprido no mesmo local e, certamente, com as mesmas exigências e responsabilidades. O trabalho de igual valor, na hipótese cogitada, estaria remunerado de forma absolutamente discrepante e discriminatória em relação ao terceirizado.

Oportuno citar, aqui, a lição de Jorge Luiz Souto Maior (2008. p. 145), sobre a precarização proporcionada pelas terceirizações admitidas pela jurisprudência do E. TST:

Vários são os exemplos dessa precarização. As experiências de formação das empresas de prestação de serviços, no Brasil, demonstram que aquela pessoa que antes se identificava como o “gato”, aquele que angariava trabalhadores para outras empresas (tática que inviabilizava o adimplemento dos créditos trabalhistas, pela dificuldade de identificação do real empregador, reforçado pela ausência de idoneidade econômica do “gato”), foi, como um passe de mágica, transformada em “empresário”, titular de empresas de prestação de serviços. Legalizou-se a prática, mas não se alterou o seu efeito principal: o desmantelamento da ordem jurídica protetiva do trabalhador.

Em concreto, a terceirização, essa tão aclamada “técnica moderna de produção”, nos termos em que foi regulada pelo En. n. 331, do TST, significou uma espécie de “legalização” da redução dos salários e da piora das condições de trabalho dos empregados, pois os trabalhadores deixaram de ser considerados empregados das empresas onde há a efetiva execução dos serviços e passam a ser tratados como empregados da empresa que fornece a mão-de-obra, com óbvia redução dos salários que lhes eram pagos, o que permite, também, nova redução cada vez que se altera a empresa prestadora dos serviços, sem que haja, concretamente, solução de continuidade dos serviços executados pelos trabalhadores.

O feixe de fornecimento de mão-de-obra entre empresas, aliás, parece não ter fim: o fenômeno da terceirização já se transformou em quarteirização e algumas vezes já começam a sustentar a necessidade de se extrair o limite fixado na Súmula n. 3331, para fins de permitir o oferecimento de mão-de-obra em todo tipo de atividade. Neste sentido, aliás, é que muitos com boa intenção, e com base na idéia de que tudo pode ficar pior, defendem a Súmula n. 331, dizendo que ela, pelo menos, impõe certo limite à terceirização e atribui uma responsabilidade, ainda que subsidiária, ao tomador dos serviços. Aduzem, portanto, que diante da onda avassaladora neoliberal, a Súmula n. 331 tem o mérito de ser o “mal menor” e que propugnar o seu fim seria um grande risco.

Sob o prisma da realidade judiciária, no entanto, fácil perceber que não há com ser pior. A terceirização tem contribuído para dificultar, na prática, a identificação do real empregador daquele que procura a Justiça para resgatar um pouco da dignidade perdida ao perceber que prestou serviços e não sabe sequer de quem cobrar os seus direitos. A Justiça do Trabalho que tradicionalmente já se podia identificar como Justiça do ex-empregado, dada a razoável incidência desta situação, passou a ser a Justiça do “ex-empregado de alguém, só não se sabe quem”.

E, neste contexto, especial atenção deve ser direcionada à Lei 6.019/74 (que regulamentou o trabalho temporário), pois efetivamente traçou diretrizes e parâmetros mínimos de garantia de tal espécie de intermediação de mão de obra.

Sobre a contextualização histórica da lei 6.019/74, Luciano Martinez (2011, p. 240-241) teceu as seguintes e oportunas referências:

No ano de 1974 o Congresso Nacional aprovou mais um projeto de lei de caráter flexibilizador, visando, desta vez, ampliar as hipóteses de contratação por tempo determinado previstas no § 2º do artigo 443 da CLT. Note-se que não existia no mencionado dispositivo celetista autorização clara no sentido de que o empresário poderia contratar por tempo determinado para atender a **necessidade transitória de substituição de seu pessoal regular e permanente ou a acréscimo extraordinário de serviços**. Criou-se, então, a Lei n. 6.019, de 3 de janeiro de 1974 (DOU 4-1-1974) para que se tornassem claras essas possibilidades que, até então, em extraídas nem sempre de modo uniforme, do conceito de “serviço transitório”. Assim, para afastar o arbítrio da interpretação jurisprudencial, o legislador tornou invidiosa a possibilidade de contratação de trabalhadores por tempo determinado nas situações em que a necessidade transitória dissesse respeito, como dito, **substituição de pessoal regular e permanente ou ao acréscimo extraordinário de serviços**. Entretanto, o legislador, em ato claramente inovador, permitiu que um terceiro intermediasse esse ajuste, inspirador, certamente, na organização produtiva japonesa, que, na própria década de 70, inaugurou o modelo conhecido como toyotismo ou ohnismo.

Merece destaque, neste estudo, a louvável previsão do artigo 12, “a” da referida lei<sup>4</sup>, que fez garantir aos empregados temporários terceirizados a recebimento do mesmo piso salarial devido aos trabalhadores da empresa tomadora contratante.

Tal isonomia salarial legal do trabalhador temporário – que infelizmente não está regulamentada para a terceirização de serviços permanentes – fomentou corrente jurisprudencial voltada à aplicação analógica do artigo 12, “a” da Lei 6.019/74, para todos os casos de terceirização de mão de obra, o que ganhou corpo, atualmente, na jurisprudência trabalhista, através da Orientação Jurisprudencial 383 da Seção de Dissídios Individuais I do c. TST<sup>5</sup>.

---

<sup>4</sup> Art. 12 - Ficam assegurados ao trabalhador temporário os seguintes direitos: a) remuneração equivalente à percebida pelos empregados de mesma categoria da empresa tomadora ou cliente calculados à base horária, garantida, em qualquer hipótese, a percepção do salário mínimo regional;

<sup>5</sup> OJ 383, SDI-1, TST. 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.

A tese é realmente digna de elogios. A regra de integração trabalhista, no contexto do direito material do trabalho – artigo 8º da CLT – foi precisamente utilizada, na medida em que há lacuna na legislação trabalhista e, de outra parte, a isonomia salarial própria dos temporários é adequada à preservação dos mais relevantes princípios sociais aplicáveis nas relações laborais.

O Ministro do TST Maurício Godinho Delgado (2008, p. 464-466), em seu Curso de Direito do Trabalho, cita vários argumentos favoráveis à tese de não-discriminação remuneratória e de salário equitativo, alguns deles a seguir destacados:

A omissão legislativa acerca de fenômeno tão abrangente no contexto econômico-social brasileiro tem levado a jurisprudência e a doutrina à busca de instrumentos de controle civilizatório desse processo, de modo a compatibilizá-lo com os princípios e regras essenciais que regem a utilização da força do trabalho no mundo civilizado e no próprio Brasil. [...]

A resposta jurídica que se tem encontrado reside na garantia da observância da isonomia remuneratória no núcleo da relação jurídica terceirizada, mesmo que permaneça assente o não-reconhecimento da relação de emprego com a entidade tomadora de serviços.

Este conceito de salário isonômico é um parâmetro mínimo de valorização social do trabalho que deve balizar e limitar os contratos firmados entre empresas e a atuação dos legitimados a tutela dos direitos da categoria.

Não é esta, contudo, a realidade vivenciada, como já observamos. A discriminação salarial e a precarização das condições laborais são efeitos concretos verificados nos vários contratos de intermediação de mão de obra firmados a cada dia, todos que parecem privilegiar a livre iniciativa constitucional, em detrimento de um mínimo de respeito à valorização social do trabalho. Tais princípios, contudo, deveriam guardar harmoniosa convivência no âmbito destas relações privadas.

## **4 A REPRESENTAÇÃO SINDICAL COMO CERNE DAS OFENSAS AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DOS TRABALHADORES TERCEIRIZADOS**

### **4.1 Relação da representação sindical com a precarização das condições de trabalho na terceirização de mão de obra não especializada**

Como já observado alhures, a terceirização, da forma como hoje admitida e praticada, representa vetor de precarização das condições de trabalho. A representação sindical por categoria tem um grande papel neste lamentável quadro de retrocesso social, pois não autoriza com que a tutela sindical pregada pelo artigo 8º, III da CRFB seja efetiva.

O problema central de tal representação sindical obreira está no deslocamento do enquadramento sindical. Contratado em quadro próprio, o empregado seria representado pelo mesmo sindicato de seus pares de labuta, qual seja, o representativo da categoria econômica da empresa empregadora e tomadora dos serviços.

Porém, a partir do momento que esta tomadora terceiriza parte de sua mão de obra, os trabalhadores que não mais estão em quadro próprio ganham nova representação sindical, desta vez atrelada à empresa intermediadora da mão de obra (regra da categoria preponderante do empregador, extraída da análise do artigo 511, § 2º da CLT).

Esta representação sindical vinculada às empresas de terceirização não está adequada ao que a constituição prega, seja em relação ao próprio conceito de categoria, seja quanto à tutela respectiva que foi outorgada aos sindicatos profissionais.

Maurício Godinho Delgado (2008, p. 44-45), em obra que analisa a relação entre o capitalismo, trabalho e emprego, bem destaca esta problemática:

Embora a *terceirização trabalhista* não seja, necessariamente, redutora de postos de trabalho, ela é, essencialmente, desorganizadora do sistema de

garantias e direitos pelo clássico Direito do Trabalho. Nesta medida ela propicia, ao menos em um momento inicial, significativa redução dos custos empresariais.

A desorganização do sistema de garantias e direitos estipulados pelo Direito do Trabalho, propiciada pela terceirização, ocorre em face de múltiplos: de um lado ela diminui, artificialmente, o número de trabalhadores estatisticamente alocados em certos segmentos empresariais (como indústria e setor financeiro, por exemplo). É que os trabalhadores terceirizados enquadram-se, do ponto de vista técnico-jurídico, como integrantes do setor terciário da economia, por serem vinculados a empresas de prestação de serviço.

De outro lado, a fórmula terceirizante pulveriza a classe trabalhadora, criando dificuldades práticas quase intransponíveis para a efetiva aplicação do direito do trabalho, em face das inúmeras peculiaridades que passa a criar, em função dos tipos de segmento econômico, de empresa e de trabalhadores envolvidos. Tais peculiaridades provocam dispersões da própria compreensão e regulação do fenômeno da ordem jurídica, assim como pelos operadores desta ordem, como o sistema judicial e o de fiscalização trabalhista.

Finalmente, o artifício da terceirização, em virtude de todos os fatores citados, dispersa a atuação sindical pelos trabalhadores, dificultando o intercâmbio entre o trabalhador terceirizado e o empregado efetivo da entidade tomadora dos serviços.

Trata-se, portanto, de fórmula de gestão social, de gerenciamento da força de trabalho, que tem tido grande impacto da redução dos ganhos do trabalho no mundo capitalista.

Urge destacar, da importante posição doutrinária acima, a confirmação de que a terceirização não reduz, necessariamente, postos de trabalho, apenas desorganiza o sistema de garantias trabalhistas conquistadas ao longo dos tempos.

Mais ainda, a prática da terceirização pulveriza a classe trabalhadora em diversos segmentos da economia (indústria, comércio, construção civil, alimentação, dentre outros), tornando fraca a respectiva representação sindical obreira.

E, em relação a este último aspecto, qual seja, o da representação sindical dos trabalhadores terceirizados, é importante situá-lo no âmbito dos direitos fundamentais dos trabalhadores, conforme se demonstrará adiante.

## **4.2 Fundamentalidade do instituto da representação sindical por categoria**

Partindo dos conceitos já abordados anteriormente, podemos tranquilamente, hoje, situar o direito à representação sindical – no qual se inclui o conceito de categoria – dentre os direitos sociais fundamentais abarcados pelo nosso ordenamento jurídico.

Segadas Vianna (SÜSSEKIND, et al., 1999, 1097), citando relatório que fez, no Congresso Brasileiro para a Definição das Reformas de Base, realização em São Paulo em 1963, bem salientou a relevância da representação sindical para a preservação dos mais relevantes valores da sociedade:

Problema que apaixonou pela importância que adquiriu no mundo contemporâneo, pouco conhecido por muitos e temido por alguns, na verdade o sindicalismo, dentro de suas finalidades reais, pode e deve ser um movimento capaz de, cuidando da melhoria das condições de vida do proletariado, assegurar a paz social e a harmonia do trabalho e do capital visando aos interesses mais altos da coletividade.

Ingo Wolfgang Sarlet (2012, p. 600/601), ao tratar do direito fundamental ao trabalho, posiciona, em seu leque de abrangência, o sistema de liberdade sindical (que inclui a representação da categoria em seu bojo):

O direito fundamental ao trabalho, como direito social básico e formulado em termos amplos, está sediado no Capítulo II (Dos Direitos Sociais) da CF, no *caput* do art. 6º. A esse enunciado geral soma-se um rol significativo de disposições constitucionais, igualmente sediado no Título dos Direitos Fundamentais, versando sobre aspectos mais ou menos específicos da proteção ao trabalhador e de direitos dos trabalhadores, com destaque para o art. 7º, contemplando um extenso elenco de direitos e garantias dos trabalhadores urbanos e rurais, e que, em combinação com os arts. 8º a 11º (liberdade sindical, direito de greve, e participação dos trabalhadores na gestão da empresa) formam, no seu conjunto, as linhas mestras do regime constitucional do direito fundamental ao trabalho.

Não é outra a posição de Maria Áurea Baroni Cecato (LEAL, org., 2008, p.45), que considera como direitos fundamentais laborais todos aqueles necessários à promoção da dignidade do trabalhador:

São direitos fundamentais laborais aqueles que se apresentam como necessários à promoção da dignidade do trabalhador. Eles têm, portanto, a mesma natureza dos direitos humanos. A distinção entre as duas categorias costuma ser apontada pela doutrina como se segue: os direitos humanos são os reconhecidos pelas Declarações Internacionais de direitos e os fundamentais são os positivados nos textos constitucionais dos Estados, fazendo parte, portanto, de um ordenamento jurídico interno.

E não se trata apenas de classificar teoricamente a representação sindical como direito fundamental do trabalhador, mas sim de partir de tal premissa para providenciar a interpretação de toda a normatização atrelada ao instituto, inclusive a regra de enquadramento sindical fixada na CLT.

Esta necessidade de conscientização da comunidade jurídica em relação à importância e à força da Constituição, foi bem destacada por Ricardo José Macedo de Brito Pereira (2011, p. 31), ao tratar das condições para efetividade da autonomia sindical:

Sendo assim, não são suficientes as garantias previstas no texto normativo, mas principalmente o ambiente e o processo em que são implementadas.

Ressaltou-se, também, que os princípios constituem a categoria normativa propícia a esse processo, pois são abertos e inclusivos para a conciliação de tendências variadas. Os princípios aproximam direito e realidade, na medida em que o conteúdo da norma depende das circunstâncias de cada caso.

É o paradigma do Estado Constitucional de Direito em que se encontra em forte expansão no plano das ideias, mas sua afirmação pressupõe a efetividade dos direitos fundamentais, para não figurar como mero instrumento de retórica.

A localização dos direitos nas Constituições rígidas e com previsão de mecanismos de controle para a prevalência de suas normas são condições estruturais para a existência de um processo de constitucionalização do direito, como afirmação do constitucionalismo. A maioria dos sistemas jurídicos já as implantou. Elas são necessárias, mas não suficientes. O avanço do processo de constitucionalização do direito depende de condições complementares, que se referem à comunidade dos intérpretes, ou seja, à conscientização da sociedade e da comunidade jurídica sobre a importância e a força da Constituição como base para a determinação das condutas relevantes na sociedade.

José Afonso da Silva (2005, p. 465) também leciona acerca da importância do direito à representação sindical como instrumento de efetividade dos direitos sociais dos trabalhadores:

É, no entanto, na possibilidade de instituir sindicatos autônomos e livres e no reconhecimento constitucional do direito de greve (arts. 8º e 9ª) que encontramos os dois instrumentos mais eficazes para a efetividade dos direitos sociais dos trabalhadores. Vimos já que a sindicalização é um tipo de associação profissional cujo objetivo fundamental consiste na defesa dos direitos e interesses dos trabalhadores (art. 8º, III). Vimos também que o direito de greve é um direito-garantia, na medida em que ele não é uma vantagem, um bem auferível em si pelos grevistas, mas um meio utilizado pelos trabalhadores para conseguir a efetivação de seus direitos e melhores condições de trabalho.

Na mesma linha, Jonabio Barbosa dos Santos (LEAL, org., 2008, p. 283), em artigo sobre “o trabalho como valor social no Brasil”, destaca a importância da representação sindical na promoção dos direitos sociais:

É essencial que os sistemas internacionais de proteção dos direitos fundamentais orientem e prestem cooperação técnica para o desenvolvimento de políticas públicas, em países como o Brasil, voltadas para a concretização da valorização do trabalho humano, na busca da redução das desigualdades sociais, produzidas, em parte, pela globalização econômica e pelas formas de produção.

Essas políticas públicas devem ser implementadas para reduzir o quantitativo de trabalhadores que prestam os seus serviços em condições indignas, bem como aqueles que estão na informalidade, ou ainda, os desamparados de qualquer instrumento de proteção por parte do Estado.

Percebe-se, também, que a efetivação do direito fundamental ao trabalho depende da vontade política dos gestores públicos, principalmente os de cúpula, como também da necessidade de participação do movimento sindical.

Nesse sentido, a Constituição Federal Brasileira apresenta um forte conteúdo voltado para a proteção do trabalhador e para a promoção do trabalho como um valor social, deixando a cargo dos poderes constituídos e das entidades representativas assumirem seus papéis promotores da dignidade do trabalhador, cumprindo as suas funções constitucionais.

Entretanto, falta a aplicação efetiva dos princípios e dispositivos constitucionais, podendo ser afirmado que o problema da valorização do trabalho no Brasil não é apenas normativa, apesar que, talvez, seja o menor problema. O importante mesmo é a concretização dos dispositivos para que o trabalhador sinta as mudanças institucionais, e, sobretudo, em sua via, a partir da percepção, de uma maior proteção por parte do Estado, de seus representantes, sem contar no respeito aos seus direitos por parte dos empregadores.

Não é demais lembrar da importância dada, pela OIT, para a liberdade sindical e a respectiva proteção coletiva a ser garantida aos trabalhadores. Não é outro o propósito, por exemplo, das Convenções 87 (não ratificada pelo Brasil), 98, 135 e 154 (estas ratificadas pelo Brasil) do referido órgão.

São fortes, portanto, os fundamentos doutrinários voltados à inserção da representação sindical no âmbito dos direitos fundamentais sociais, o que nos remete à análise de toda a sistemática infraconstitucional que define as regras de enquadramento sindical e o conceito de categoria, a uma interpretação que atenda aos princípios fundamentais constitucionais que lhe são correspondentes.

Neste contexto é que devemos analisar a situação dos trabalhadores terceirizados e sua representação sindical, diante da regra fixada pelo artigo 511, § 2º da CLT, excluindo-se qualquer interpretação do dispositivo que retire a efetividade do direito fundamental à adequada representação sindical e a tutela dos direitos no âmbito da categoria.

#### **4.3 Conceito de categoria para os trabalhadores terceirizados não especializados**

Cumprido lembrar, de início, que não interessa para efeito deste estudo, o enquadramento sindical dos trabalhadores terceirizados em serviços especializados (por exemplo, temporários e vigilância privada, regulamentados pelas leis 6.019/74 e 7.102/83). Em relação a estes, não se verifica a mesma precarização de direitos trabalhistas, a mão de obra é mais cara, a regulamentação legal é diferenciada, e também o é a representação sindical, definida pelo critério excepcional da profissão ou categoria diferenciada (e não da atividade preponderante do empregador), tal como determina o artigo 511, § 3º da CLT.

Porém, em relação à terceirização de mão de obra não especializada, que representa a parcela de trabalhadores prejudicada em seus

direitos sociais fundamentais, a discussão acerca de seu correto enquadramento sindical ganha relevância.

E, conforme se buscará comprovar, a representação hoje admitida oficialmente em relação aos empregados terceirizados não atende ao que dispõe o artigo 511, § 2º da CLT, principalmente diante de sua necessária interpretação em consonância com o conceito de “categoria” trazido pelo artigo 8º, em seu inciso II da CRFB.

Pois bem. Partimos, então, da definição de “categoria” e, também das regras aplicáveis para a definição do enquadramento sindical.

A doutrina, de maneira uniforme, aponta a categoria como fator de reunião de empregados ou empregadores com identidade ou similitude de interesses.

O professor Henrique Macedo Hinz (2012, p. 33) bem esclarece os critérios definidores da categoria e o respectivo enquadramento sindical:

A categoria não é uma realidade ontológica, visto que ela não existe no mundo das coisas, mas é criação do direito coletivo do trabalho, fundado no modelo corporativista, segundo o qual os empregados ou empregadores, exercentes de atividades idênticas, similares ou conexas, fazem parte, cada qual, de uma dada categoria, surgida, a princípio, da atividade desenvolvida pelo empregador. Assim, todo empregado e todo empregador pertencem a determinado ramo de produção, a que se atribui a noção de categoria. A CLT, em seu artigo 511, prevê e define as categorias econômica (§ 1º), profissional (§ 2º) e diferenciada (§ 3º).

A ideia de categoria, no modelo corporativo decorre da noção de identidade de interesses e parte do princípio de que os integrantes do mesmo grupo de empregados ou empregadores têm interesses comuns.

Ocorre que, na realidade do trabalho terceirizado, há uma pulverização de trabalhadores em diversos ramos da atividade econômica e empresarial. Os diversos trabalhadores terceirizados de uma mesma base territorial (cidade, estado ou mesmo no âmbito nacional), não integram uma categoria.

Maurício Godinho Delgado (2011, p. 75), em fundamentação direta e precisa diz que os trabalhadores terceirizados não constituem uma categoria profissional efetiva:

O fenômeno da terceirização, entre as inúmeras dificuldades que traz à sua regulação civilizatória pelo Direito do Trabalho, apresenta ainda manifesto desajuste à estrutura do sistema sindical do país, fundado na ideia matriz da categoria. É que os trabalhadores terceirizados não constituem, do ponto de vista real e sob a ótica jurídica, uma categoria profissional efetiva, uma vez que não apresentam, regra geral, *similitude de condições de vida oriunda da profissão ou trabalho em comum em situação de emprego na mesma atividade econômica ou em atividades econômicas similares ou conexas*, (compondo) *a expressão social elementar compreendida como categoria profissional* (art. 511, § 2º, CLT).

Não é demais dar destaque à conclusão do i. Ministro citado, de que os trabalhadores terceirizados, na prática, não formam uma “categoria”.

O Direito não poderia apartar os olhos da realidade para aceitar conclusão em sentido contrário. Infelizmente não foi esta a conclusão jurídica adotada, até hoje, pelo Ministério do Trabalho e Emprego.

Os trabalhos desenvolvem-se em realidades muito distintas, já que as atividades de seus tomadores de serviços também são díspares. Não é possível, neste contexto, identificar uma solidariedade de interesses econômicos, ou mesmo uma identidade de pretensões de classe pelos trabalhadores.

É utópica a visualização de que a figura da atividade empresarial do empregador formal (empresa de prestação de serviços) autorizaria a reunião de trabalhadores sob a representação de uma mesma entidade sindical.

Não há interesses comuns, por exemplo, entre um porteiro terceirizado que trabalhe em um condomínio residencial e outro porteiro, também terceirizado, que trabalhe em uma grande indústria automobilística.

A identidade de interesses será encontrada, por certo, diante dos respectivos pares, que também trabalham junto àquele tomador dos serviços (e não junto ao empregador formal – empresa de intermediação de mão de obra). Não obstante, pelos critérios clássicos, ambos pertencem à mesma categoria.

É este o cerne da questão. Os sindicatos que ganharam, hoje, a legitimidade da representação da categoria profissional dos trabalhadores terceirizados não representam uma “categoria” específica. Representam –

indevidamente, diga-se – um grupo de trabalhadores que têm interesses absolutamente divergentes, já que se ativam em locais diferentes e atividades econômicas das mais variáveis possíveis.

José Carlos Monteiro de Brito Filho (2000, p. 107) apresenta acertada crítica acerca da representação por categoria que se providencia hodiernamente, indicando a necessária adoção de critérios de homogeneidade:

É preciso, pois, abandonar, na noção de categoria, esta amarra que a liga a sistema econômico produtivo, dando-se definição mais ampla, que leve em conta critérios de homogeneidade.

*Categoria deve ser definida, então, como conjunto de pessoas que, por força de seu trabalho ou de sua atividade, possuem interesses comuns, formando um vínculo social básico.*

Sobre o processo jurídico de reconhecimento da representatividade de um sindicato, é necessário fugir às amarras da figura do empregador (categoria correspondente á atividade econômica preponderante deste), para que se privilegie a melhor interpretação constitucional do artigo 511, § 2º da CLT.

Aliás, o dispositivo acima citado, em momento algum cita o enquadramento obrigatório vinculado à figura do empregador. Em verdade, ao definir “categoria profissional”, menciona critérios de “*similitude de condições de vida oriunda da profissão ou trabalho em comum*”, e ainda complementa “*em situação de emprego na mesma atividade econômica ou em atividades econômicas similares ou conexas*”.

Cristiana Lapa Wanderley Sarcedo (2011, p. 46), em relação ao reconhecimento da representatividade de um sindicato, destaca a necessidade de se refletir sobre a situação de fato, para que se possa aferir uma representatividade legítima:

Dessa forma, o processo jurídico de reconhecimento da representatividade de um sindicato deve refletir uma situação de fato e não criar uma situação artificial. Daí a grande dificuldade de escolher critérios que mensurem a representatividade sindical e que reflitam, da forma mais real possível, a efetiva legitimidade dos sindicatos para representarem os trabalhadores e, em algumas situações, também os empregadores.

Pois bem. Se no caso da terceirização de serviços não especializados, a representação sindical segundo a categoria econômica do empregador proporciona um desatendimento das funções representativas fundamentais dos sindicatos, qual então seria o correto enquadramento sindical a ser dado?

A resposta está exatamente na outorga de uma adequada interpretação do disposto no artigo 511, § 2º da CLT. Os interesses dos empregados terceirizados são os mesmos daqueles que atuam junto ao mesmo tomador dos serviços, independentemente de quem figure como empregador formal.

Não foi por outro motivo que a isonomia entre o terceirizado e o empregado em quadro próprio foi observada no artigo 12, a da Lei 6.019/74 (no caso dos trabalhadores temporários) e também pela da Orientação Jurisprudencial 383 da Seção de Dissídios Individuais I do c. TST (também para os terceirizados permanentes).

Não é demais lembrar que a interpretação do artigo 511, § 2º da CLT deve também estar atenta ao que preceitua o artigo 5º da LINDB, com preocupação específica voltada ao atendimento dos fins sociais a que a lei se dirige, bem como às exigências do bem comum.

Neste contexto, ensina Maria Helena Diniz (2012, p. 189):

O fim social é o objetivo de uma sociedade, encerrado na somatória de atos que constituirão a razão de sua composição; é, portanto, o bem social, que pode abranger o útil, a necessidade social e o equilíbrio de interesses etc. O intérprete-aplicador poderá: a) concluir que um caso que se enquadra na lei não deverá ser por ela regido porque não está dentro de sua razão, não atendendo à finalidade social; e b) aplicar a norma a hipóteses fáticas não contempladas pela letra da lei, mas nela incluídas, por atender a seus fins. Consequentemente, fácil será perceber que o comando legal não deverá ser interpretado fora do meio social presente; imprescindível será adaptá-lo às necessidades sociais existentes no momento de sua aplicação. Essa diversa apreciação e projeção no meio social, em razão da ação do tempo, não está a adulterar a lei, que continua a mesma.

Não há dúvida, neste contexto, que a atribuição da representação dos trabalhadores terceirizados, a um único sindicato de trabalhadores em empresas

de prestação de serviços em geral, pauta-se por interpretação equivocada do conceito de categoria trazido pelo artigo 511, § 2º da CLT, que ignora o relevante papel social das entidades de classe na representação de trabalhadores com interesses comuns e identidade de condições de vida e trabalho. Não houve atendimento ao fim social da norma, nem mesmo às exigências do bem comum.

Mas não é só. Devemos ainda nos socorrer da necessária compatibilidade da interpretação do texto celetista com a Constituição Federal e, de forma específica, com as relevantes finalidades da representação sindical trazidas no artigo 8º, e respectivos incisos, da CRFB.

Sobre a interpretação normativa em conformidade com a Constituição Federal, oportuno trazer à colação a lição de Luís Roberto Barroso (2009, p. 193-194):

A interpretação conforme a Constituição compreende sutilezas que se escondem por trás da designação truística do princípio. Cuida-se, por certo, da escolha de uma linha de interpretação de uma norma legal, em meio a outras que o Texto comportaria. Mas, se fosse isso, ela não se distinguiria da mera presunção de constitucionalidade dos atos legislativos, que também impõe o aproveitamento da norma sempre que possível. O conceito sugere mais: a necessidade de buscar uma interpretação que não seja a que decorre da leitura mais óbvia do dispositivo. É, ainda, da sua natureza excluir a interpretação ou as interpretações que contravenham a Constituição. À vista das dimensões diversas que sua formulação composta, é possível e conveniente decompor didaticamente o processo de interpretação conforme a Constituição nos elementos seguintes:

- 1) Trata-se da escolha de uma interpretação da norma legal que a mantenha em harmonia com a Constituição, em meio a outra ou outras possibilidades interpretativas que o preceito admita.
- 2) Tal interpretação busca encontrar um sentido possível para a norma que não é o que mais evidentemente resulta da leitura de seu texto.
- 3) Além da eleição de uma linha de interpretação, procede-se à exclusão expressa de outra ou outras interpretações possíveis, que conduziriam a resultado contrastante com a Constituição.
- 4) Por via de consequência, a interpretação conforme a Constituição não é mero preceito hermenêutico, mas, também, um mecanismo de controle de constitucionalidade pelo qual se declara ilegítima uma determinada leitura da norma legal.

Também por este prisma, da interpretação conforme a Constituição, verificamos uma incoerência em se reconhecer como “categoria” os trabalhadores

terceirizados. Estes – os trabalhadores terceirizados – devem, é claro, ser representados por sindicatos profissionais, mas por aqueles inerentes à categoria econômica preponderante da tomadora dos serviços respectivos, pois são as únicas entidades de classe que têm legitimidade para a melhor e adequada defesa dos direitos de tal parcela de trabalhadores.

Assim, uma categoria dos trabalhadores na indústria deverá abranger, pela melhor aplicação das regras de hermenêutica já citadas, não só os empregados nas indústrias daquela região, mas sim todos os trabalhadores nas indústrias respectivas – sejam eles empregados diretos ou não – inclusive os contratados formalmente por empresas terceirizadas.

A interpretação que hoje é adotada ao conceito de categoria celetista, à revelia dos propósitos constitucionais específicos do artigo 8º da CRFB, vem proporcionando a utilização do instituto da terceirização como meio de precarização e barateamento da mão de obra, em afronta direta ao fundamento da república da valorização social do trabalho (artigo 1º, IV da CRFB), suplantado, neste específico, pela ferocidade da evolução da livre iniciativa, impulsionada pelas novas tendências do capitalismo.

Paulo Roberto Lemgruber Ebert (2007, p. 49) destaca a importância do sindicato, justamente por manejar os interesses da categoria, na promoção dos princípios fundamentais do artigo 1º da CRFB:

Justamente por manejarem poderes no interesse de uma determinada coletividade – a categoria – exercendo, pois, ‘prerrogativas de potestade pública’, nas palavras de *Eduardo Gabriel Saad*, os sindicatos vinculam-se diretamente aos direitos fundamentais e aos princípios constitucionais insculpidos no art. 1º, da Carta Magna.

Há, em verdade, um inegável retrocesso social, pautado pelo descumprimento de preceitos fundamentais caros à sociedade.

Aliás, em interessante artigo sobre “os limites do poder de reforma constitucional e princípio da proibição de retrocesso social como mecanismo de

proteção dos direitos sociais”, Claudine Freire Rodembusch (LEAL, org., 2008, p. 204) fez considerações oportunas para a discussão aqui enfrentada:

A efetividade dos direitos fundamentais torna o princípio da proibição de retrocesso de grande importância, pois é necessário que ocorra a proteção do núcleo essencial de tais direitos, e decorre, inclusive da própria cláusula do Estado Democrático de Direito, que tem por finalidade principal proteger e dar eficácia para a dignidade do Homem. Dessa forma, percebe-se que o princípio da vedação, transmite a ideia de que o legislador infraconstitucional ao efetivar os direitos fundamentais sociais não pode voltar atrás, ou seja, não pode violar a vontade do Constituinte Originário. Sendo que o limite para o legislador infraconstitucional encontra-se justamente no núcleo essencial dos direitos fundamentais, o qual não pode ser desviado.

É necessário que sejam estabelecidos limites ao poder de reforma constitucional, tendo em vista que os detentores do poder público parecem esquecer sua missão originária, qual seja, a de agirem como instrumentos de efetivação real da vontade do constituinte originário, isto é, da vontade do povo, centrada em um ideal de justiça que busca proteger a dignidade de todos os cidadãos.

Em suma, deve o Poder Judiciário atuar como guardião da Constituição, possibilitando a prevalência das escolhas feitas pelo rol dos detentores do poder, o povo, opções estas perenes com o ideal constitucional, e, não meramente ocasionais, fundadas em suposta discricionariedade, jamais podem contrariar ou desatender à Lei Fundamental.

Por tais motivos, o Executivo e o Judiciário devem a máxima efetividade na preservação da vontade do constituinte originário em relação ao disposto no artigo 8º e incisos da Constituição Federal, inclusive para garantia de intangibilidade do núcleo essencial do direito fundamental à adequada representação sindical pelos empregados terceirizados.

#### **4.4 Crítica ao reconhecimento, pelo Estado, da legitimidade dos sindicatos profissionais de trabalhadores em serviços terceirizados não especializados**

A CLT, em seus artigos 515 e seguintes, trata do reconhecimento e da investidura sindical. O texto celetista traz, sem dúvida, um resquício do

intervencionismo, hoje incompatível com a Constituição Federal, que atribuía ao Estado não só o papel do “registro”, mas também de “reconhecimento” de quais seriam as entidades sindicais passíveis de serem legitimadas.

Não obstante, em relação ao registro sindical, prevalece hoje a competência do Ministério do Trabalho para a respectiva concessão, inclusive diante de seu papel de controle da unicidade sindical, tal como preconiza o artigo 8º, I da CRFB.

Neste sentido, ensina José Carlos Arouca (2012, p. 79) que, “por força do entendimento firmado no Supremo Tribunal Federal, assentou-se que órgão competente para o registro das entidades sindicais continua sendo o Ministério do Trabalho e Emprego.”

E, no âmbito de sua competência, o Ministério do Trabalho e Emprego, não tem mais o papel de providenciar uma análise discricionária sobre quem pode ou não receber a legitimidade sindical.

No entanto, ainda persiste o dever do Órgão de aferir critérios mínimos que viabilizem a concessão do registro citado, dentre os quais a verificação do respeito á unicidade sindical e, também, se a representação pretendida corresponde a uma categoria.

É o que ensina Amauri Mascaro Nascimento (2005, p. 246), referindo-se a análise do pedido de registro sindical, feito pela Secretaria de Relações do Trabalho, vinculada ao Ministério do Trabalho e Emprego:

Na análise do pedido, a secretaria examinará, preliminarmente, se o requerente atende, quanto à representatividade, o disposto nos arts. 511, 534 e 535 da Consolidação das Leis do Trabalho, sob pena de arquivamento. O art. 511 da CLT conceitua categoria econômica, categoria profissional e categoria diferenciada. O art. 534 dispõe sobre condições para criação de federações e o art. 536 sobre a fundação de confederações.

Não examina o Ministério o mérito do pedido. Limita-se á verificação do cumprimento das exigências formais, que se desatendidas, implicarão o arquivamento do pedido, e se cumpridas habilitação o Ministério a prosseguir com o procedimento administrativo com a publicação do pedido no Diário Oficial.

No mesmo sentido, a lição de Arnaldo Süssekind (1999, p. 1136):

Como já tivemos a oportunidade de escrever, juntamente com *Délio Maranhão*, 'o registro referido na Constituição constitui, inquestionavelmente, a garantia da unicidade sindical, sem o que não teria sentido. Garantia que supõe, logicamente, o preenchimento de condições preestabelecidas para a efetivação do próprio registro. Claro está que tal não poderia verificar-se através de um registro, simplesmente, como pessoa jurídica, em cartório em que tal ato é de natureza puramente formal e independe do exame das aludidas condições'. Tais condições estão previstas na CLT, seja quando define os tipos de 'categoria' (art. 511) e dispõe sobre a formação do sindicato por categoria específica (art. 570) ou por categorias similares ou conexas (parágrafo único do artigo 570); seja quando trata do desmembramento de categoria (art. 570) e da dissociação de categorias concentradas (art. 571); seja quando regula a formação de federações (art. 534) e confederações (art. 535).

Assim, quando estamos tratando de um pretense sindicato representativo de trabalhadores terceirizados (não especializados), caberia ao Ministério do Trabalho e Emprego o arquivamento do respectivo pedido, já que o grupo de trabalhadores cuja representação é reclamada não constitui uma categoria profissional, ao menos nos moldes preconizados no artigo 511, § 2º da CLT e artigo 8º e incisos da Constituição Federal.

Contudo, não é este o posicionamento atualmente adotado pelo Ministério do Trabalho, já que vários sindicatos representativos de empregados em empresas de prestação de serviços em geral conseguiram, por regular tramitação administrativa de pedido de registro sindical, a concessão da respectiva certidão e consequente legitimidade sindical.

Entendemos que, neste específico, o Ministério do Trabalho não vem cumprindo com o seu papel de tutela dos direitos fundamentais sociais dos trabalhadores terceirizados, valendo lembrar a lição de Manoel Gonçalves Ferreira Filho (2010, p. 126), que situa como sujeito passivo na tutela dos direitos sociais:

Quanto ao sujeito passivo, pode-se dizer que o Estado ocupa essa posição em todos os casos. De fato é ele quem deve, principalmente, respeitar as liberdades, prestar os serviços correspondentes aos direitos sociais, igualmente prestar a proteção judicial, assim como zelar pelas situações objeto dos direitos de solidariedade.

Ultrapassado este filtro de preservação dos direitos fundamentais, o Judiciário Trabalhista não pode furtar-se à realização supletiva desta tutela, conforme bem destacado por Marthius Sávio Cavalcante Lobato (2006, p. 240):

Não basta, com efeito, a inserção de direitos na Constituição para a sua efetivação. O Poder Judicial tem um papel fundamental para que a sociedade obtenha a concretização dos direitos humanos fundamentais dos trabalhadores.

Na judicialização, a interpretação constitucional é fundamental para garantir o valor constitucional e a efetividade dos direitos sociais nas relações de trabalho.

A aplicação efetiva do princípio da proporcionalidade e da razoabilidade na relações de trabalho é fundamental para a interpretação dos direitos sociais, na medida em que tais direitos são interpretados e aplicados em casos concretos, trazendo de fato o equilíbrio necessários na relação entre o capital e o trabalho, efetivando os direitos sociais na proporção adequada para a preservação da dignidade do cidadão trabalhador.

Aliás, não é nova a teoria da flexibilização que, levada à cabo de maneira desenfreada, ganha características que se aproximam de uma clara precarização de direitos fundamentais no âmbito social. Neste ponto, oportuno citar a crítica formulada por Alexandre Ibiraci Marrocos Almeida, em artigo intitulado “Flexibilização das normas trabalhistas e novos valores no direito do trabalho” (LEAL, org. 2008, p. 113):

A finalidade da teoria da flexibilização, ao contrário do que se divulga, não é uma forma de resolver ou amenizar problemas econômicos atuais, pois, na verdade, ela não passa de mais uma tentativa de *dumping* social, visando transferir os direitos garantidos pela legislação laboral, para o mercado de consumo.

Para a realização desses objetivos, os defensores desta teoria atuam difundindo ideologias, na tentativa de convencer setores da sociedade, dentre eles os próprios trabalhadores, de que a flexibilização é a única solução para problemas como o desemprego, por exemplo. Na verdade, essa ideologia não passa da antiga e conhecida máxima segundo a qual, caso o trabalho seja de graça, haverá emprego para todos.

Além disso, a teoria da flexibilização nos revela uma verdadeira inversão de valores, de éticos para utilitários, que certamente produzirá efeitos catastróficos em um futuro próprio e representa, portanto, uma proposta e uma atitude não jurídica e, muito menos, justa.

É evidente que a flexibilização não é a solução para problemas econômicos como o desemprego e que seu verdadeiro objetivo não é esse, mas sim a precarização de direitos trabalhistas, transferindo as vantagens dela

decorrentes para o mercado de consumo, onde, como se sabe, quem detém o poder econômico são o setor empresarial e as classes mais elevadas da população, em detrimento da classe trabalhadora.

A terceirização, como já estudado, ganhou ênfase exatamente em razão da evolução do capitalismo e das novas formas de gestão que dele advieram.

No entanto, sob o pretexto de se viabilizar uma flexibilização saudável das tradicionais relações de emprego, acabou-se por tolerar uma vertente precarizadora de direitos trabalhistas e, também, uma séria debilidade na representação sindical garantida na Constituição Federal.

É exatamente nesta parcela de abuso flexibilizatório que o direito do trabalho deve atuar. É nesta medida que se defende o respeito a uma adequada e efetiva representação sindical dos trabalhadores terceirizados, para que se corrija a desproporção hoje verificada entre a livre iniciativa, em detrimento da precarização das condições sociais desta parcela de empregados.

Lembre-se que estamos a buscar a preservação de direitos fundamentais dos trabalhadores, de modo a ceifar única e exclusivamente aquilo que extrapola a devida harmonização da valorização social do trabalho, diante da livre iniciativa.

É preciso afastar a crítica generalizada e, por vezes infundada, de que o direito do trabalho faz interpretações e digressões jurídicas que superam e suplantam a livre iniciativa, sufocando o empresariado e inibindo o desenvolvimento econômico.

Em verdade, o viés é outro. É de harmonização prática. É de crescimento sustentável, baseado também no pilar de respeito à dignidade do trabalhador e de sua fonte de subsistência pessoa e familiar. O pleno emprego, permeado pela valorização social do trabalho, aliás, é ponto de suma importância ao desenvolvimento econômico.

## **5 FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO E A TERCEIRIZAÇÃO DE MÃO DE OBRA**

### **5.1 Interferência dos direitos fundamentais nas relações privadas**

A adoção da correta representatividade sindical, nas relações de trabalho contratadas através de empresa terceirizada, geram efeitos não só aos trabalhadores envolvidos e às esferas governamentais responsáveis pelo controle concessão dos respectivos registros, mas também para os particulares (empresas e demais tomadores de serviços).

Tais particulares, neste contexto, têm sua livre iniciativa contratual limitada, em razão da observância de preceitos de ordem pública, de critérios básicos de valorização social do trabalho e de respeito aos direitos fundamentais dos trabalhadores.

Tal consequência é natural, faz parte da irradiação dos direitos sociais sobre todos os ramos e vertentes do direito.

Não entendemos razoável a crítica – comumente ouvida – de que a preocupação social deve ser objeto de políticas públicas apenas, já que reflete posição individualista antiga, já superada, indesejável no âmbito das relações humanas.

Tratando do estudo específico da incorporação dos direitos fundamentais pelo ordenamento brasileiro, Gustavo Tepedino (2009, p. 102) leciona sobre sua eficácia nas relações privadas:

O dirigismo contratual, de um lado, e a formulação de novos meios – processuais e substanciais – de controle e de participação social corroboram este fenômeno de superposição dos espaços público e privado, suscitando a redefinição dos limites e uma profunda revitalização conceitual.

Acrescente-se que, na democracia capitalista globalizada, de pouca serventia mostram-se os refinados instrumentos de proteção dos direitos humanos, postos à disposição pelo direito público, se as políticas públicas e a atividade econômica privada escaparem aos mecanismos de controle jurídico, incrementando a exclusão social e o desrespeito à dignidade da pessoa humana. Com efeito, as conquistas seculares do direito público, que produziram sucessivas gerações de direitos e garantias fundamentais do cidadão perante o Estado, tornar-se-iam inoperantes, para as transformações sociais pretendidas, não fosse a incidência da norma constitucional nas relações privadas.

Esta preocupação com os direitos fundamentais, mesmo nas relações privadas, é realidade a ser aplicada e fiscalizada na terceirização de mão de obra entre empresas.

Tais contratos não podem ser encarados como exercício ilimitado da autonomia privada, nem mesmo podem acobertar um crescente e nocivo retrocesso social, com a desvalorização do valor do trabalho em relação a esta parcela específica de trabalhadores terceirizados.

Antônio Rulli Neto (2001, p. 65), sobre os direitos fundamentais e sua interferência no direito privado, pondera que *“tanto o poder público como os particulares estão vinculados à observância dos direitos fundamentais. Estando a eficácia intimamente ligada à vinculação, podemos concluir que a eficácia dos direitos fundamentais será dirigida também aos particulares.”*

No mesmo sentido, Ingo Wolfgang Sarlet (2012, p. 323) discute o problema da eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas, asseverando o que se rotulou de constitucionalização do direito privado:

Além dos órgãos estatais (na acepção ampla aqui utilizada) também os particulares, na condição de destinatários, estão sujeitos á força vinculante dos direitos fundamentais, temática habitualmente versada sob o rótulo de constitucionalização do direito privado ou, de modo mais preciso, da eficácia dos direitos fundamentais na esfera das relações privadas. Diversamente do direito constitucional português, onde existe referência expressa á vinculação das entidades privadas aos direitos fundamentais, na CF de 1988, a exemplo do que ocorreu com o Poder Público, o texto constitucional nada dispôs sobre os particulares como destinatários dos direitos fundamentais. Mesmo assim, tanto na doutrina quando na jurisprudência, tal possibilidade – de os particulares serem também destinatários dos direitos – nunca foi, como tal, seriamente questionada.

É pacífico na doutrina, portanto, a interferência dos direitos fundamentais – aí incluída a valorização social do trabalho – nas relações jurídicas privadas, inclusive nas contratações providenciadas pelas empresas com objeto de intermediação de mão de obra.

A função social do contrato, positivada no artigo 421 do Novo Código Civil<sup>6</sup>, concretizou, de forma mais recente, esta valorização dos direitos fundamentais também nas relações privadas, conforme será explorado adiante.

## **5.2 Do artigo 421 do Novo Código Civil e sua aplicabilidade no âmbito dos contratos de terceirização**

O Código Civil de 2002 refletiu exatamente a preocupação do legislador em preservar os valores sociais fundamentais nas relações particulares, rompendo com a tradição privatística do Código anterior.

Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho (2006, p. 51), discorreram com perfeição acerca dos princípios norteadores do Código Civil de 2002 – eticidade, socialidade e operabilidade – merecendo destaque a abordagem sobre a socialidade:

Um dos temas mais fascinantes sobre o novo Código Civil brasileiro é a sua principiologia.

De fato, tem ele uma concepção bem diferente da encampada pelo seu antecessor.

Embora talvez n, com o primor redacional da codificação e 1916, o vigente diploma está fundado em três princípios norteadores que lhe permitem sonhar com um vida ainda mais longa do que a do código revogado.

São eles os princípios da eticidade, socialidade e operabilidade.

Consiste o *Princípio da Eticidade* na busca de compatibilização dos valores técnicos conquistados na vigência do Código anterior, com a participação de valores éticos no ordenamento jurídico.

Nessa linha, um dos exemplos mais visíveis é a previsão do seu art. 113, segundo o qual “os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua interpretação”. Também a boa-fé objetiva, prevista no art. 422, é exemplo de sua aplicação.

---

<sup>6</sup> Art. 421. A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato.

Já o *Princípio da Socialidade* surge em contraposição à ideologia individualista e patrimonialista do sistema de 1916. Por ele, busca-se preservar o sentido de coletividade, muitas vezes em detrimento de interesses individuais.

Por isso, valores foram positivados no prestígio à *função social do contrato* (art. 421) e à *natureza social da posse* (art. 1.239 e s.).

Por fim, o *Princípio da Operabilidade* importa na concessão de maiores poderes hermenêuticos ao magistrado, verificando, no caso concreto, as efetivas necessidades a exigir a tutela jurisdicional.

É a partir deste paradigma principiológico que a função social do contrato, imiscuída no artigo 421 do Novo Código Civil é de suma relevância para o estudo específico ora proposto. Com efeito, os contratos que têm como objeto a terceirização de mão de obra devem atender sua função social.

Sobre a conceituação de “função social”, Rachel Sztajn (2009, p. 102) ensina:

Associada à liberdade de contratar, a função social poderia ser entendida como exigência para que os contratos, a parte de harmonizarem os interesses das partes, perseguissem interesses externos, numa espécie de distribuição de benefícios, sem os correspectivos riscos.

O legislador de 2002 tenta compatibilizar, nas ações individuais, interesses coletivos – o que, no limite, implica desenhar novo modelo de responsabilidade individual, em que será dever de cada um cuidar para que suas ações gerem efeitos favoráveis a terceiros. Abandonou-se o princípio de que o contrato produz efeitos entre contratantes, facilitando-se o controle social externo sobre os negócios entre particulares.

Entendemos imprópria a posição jurídica sustentada por Haroldo Malheiros Duclerc Verçosa (2010, p. 108), que busca esvaziar o progresso trazido com a positivação da função social do contrato nas relações privadas empresariais. Referido doutrinador afirma que *“deve-se considerar que os contratos lícitos por si mesmos já desempenhariam uma função social inerente à circulação da riqueza.”*

O único prisma relevado, como se observa, foi o patrimonialista. O aspecto social foi relegado à mera consequência jurídica secundária, um segundo plano diante dos interesses financeiros.

Note-se que a interpretação acima referida, dada a tão relevante inovação do Código Civil, acaba por esvaziar o instituto da função social do contrato e tenta, através de louvável (do ponto de vista acadêmico) esforço hermenêutico, fazer prevalecer o mesmo ranço patrimonialista e individualista do Código Civil anterior, em detrimento da socialidade que, por princípio, norteou no Novo Código.

É de se lembrar que a noção de função social dos contratos, privilegiada no Estatuto Material Civil, está intimamente ligada à atual fase do constitucionalismo pátrio.

A doutrina constitucional pátria enfatiza o chamado *neoconstitucionalismo*, ou constitucionalismo pós-moderno, ou ainda em pós-positivismo, em superação da dicotomia “público-privado” e numa evolução do Estado liberal para um Estado social de direito.

Neste sentido, Pedro Lenza (2011, p. 52) pondera de forma bastante precisa e oportuna a evolução constitucional direcionada, cada vez mais, ao aspecto social:

Avançando, por outro lado, modernamente, sobretudo em razão da evidenciação de novos direitos e das transformações do Estado (de autoritário/absolutista para liberal e de liberal para social, podendo-se, inclusive, falar em Estado pós-social de direito), cada vez mais se percebe uma forte influência do direito constitucional sobre o direito privado.

Sob essa perspectiva, especialmente diante do princípio da dignidade da pessoa humana, fundamento da República Federativa do Brasil e princípio-matriz de todos os direitos fundamentais (art. 1º, III, da CF/88), parece mais adequado, então, falar em um direito civil-constitucional, estudando o direito privado à luz das regras constitucionais e podendo, inclusive, em muitos casos, reconhecer a aplicação direta dos direitos fundamentais nas relações privadas, tema que será mais em estudado no item 14.8 deste trabalho (eficácia horizontal dos direitos fundamentais).

Em verdade, estamos falando de uma evolução da própria teoria do direito, que deixou de lado a abordagem tradicional, positivista (teoria estruturalista do direito), para privilegiar o direito como forma de controle e direção social, ou seja, analisando-o em seu viés funcionalista (teoria funcionalista do direito).

Norberto Bobbio (2007, p. 53), em precioso estudo sobre a teoria do direito, discorreu exatamente sobre esta transição da teoria estruturalista para a teoria funcionalista do direito:

Se aplicarmos à teoria do direito a distinção entre abordagem estruturalista e abordagem funcionalista, da qual os cientistas sociais fazem grande uso para diferenciar e classificar as suas teorias, não resta dúvida de que, no estudo do direito em geral (de que se ocupa a teoria geral do direito), nesses últimos cinquenta anos, a primeira abordagem prevaleceu sobre a segunda. Sem fazer concessões a rótulos, sempre perigosos por mais úteis que sejam, acredito ser possível afirmar que certa tranquilidade que, no seu desenvolvimento posterior à guinada kelseniana, a teoria do direito tenha obedecido muito mais a sugestões estruturalistas do que funcionalistas. Em poucas palavras, aqueles que se dedicaram à teoria geral do direito se preocuparam muito mais em saber “como o direito é feito” do que “para que o direito serve”. A consequência disso foi que a análise estrutural foi levada muito mais a fundo do que a análise funcional.

Seguindo a mesma linha de raciocínio dos novos rumos da teoria da norma e, de forma mais específica, com o enfoque de constitucionalização das relações privadas, Antônio Rulli Neto (2011, p. 82), em seu estudo exatamente sobre o tema específico da função social do contrato, tece os seguintes ensinamentos:

Há um paralelo entre o fim do liberalismo e a socialização das relações, dentro de um quadro de mudança ideológica, sentido em todo o ordenamento jurídico.

Entendemos que a Constituição consagrou dispositivos socializadores. A função social dos contratos, contudo, não gerou uma direta positividade desses institutos, mas toda uma série de acontecimentos históricos (revolução industrial, duas guerras mundiais e, mais recentemente, a massificação da sociedade e sua globalização), que, em conjunto com a consciência da proteção da pessoa, demonstrou a necessidade de se protegerem a pessoa e a sociedade.

Por isso, como veremos, o contrato em si, como instituto de direito civil, praticamente não mudou ao longo dos séculos, mas incorporou mecanismos de proteção à pessoa e à coletividade. Daí não se tratar de uma criação, mas de um aperfeiçoamento do contrato, levando mais em conta a pessoa que o negócio propriamente.

E, transportando tais premissas para a intermediação de mão de obra, é tranquila a conclusão de que alguns parâmetros mínimos de respeitabilidade social merecem ser fixados.

Dentre tais parâmetros, destacamos a garantia de um piso social isonômico, o perfeito adimplemento de conquistas sociais próprias da categoria profissional que aquele trabalhador realmente está inserido e, também, uma vedação à transferência simples e descompromissada de responsabilidades pela tomadora dos serviços à empresa terceirizada contratada.

O fato é que, por esta dicotomia de interesses públicos e privados, em termos práticos, envolve a colisão de direitos fundamentais, normalmente atrelados à livre iniciativa e a valorização social do trabalho. A solução deste conflito é matéria também a ser estudada adiante.

## 6 DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS ENVOLVIDOS NA PROBLEMÁTICA ESTUDADA

### 6.1 Colisão de direitos fundamentais

Não é difícil perceber, em qualquer discussão sobre a interferência do interesse público na esfera dos particulares a invocação, de um lado a outro, de princípios fundamentais ora voltados à proteção dos interesses empresariais, ora voltados à preservação de direitos individuais e sociais indisponíveis.

E, neste específico, vale ser lembrada a doutrina alemã atrelada aos direitos fundamentais, entre nós difundida através das lições de Rober Alexy (2008. p. 118/119), mormente sobre sua teoria da norma e a colisão de direitos fundamentais.

Referido autor situa os princípios como mandados de otimização e, para solucionar a colisão entre princípios antagônicos, propõe o sopesamento da situação prática, segundo as máximas da proporcionalidade em sentido estrito, necessidade e adequação:

Princípios são mandamentos de otimização em face das possibilidades jurídicas e fáticas. A *máxima da proporcionalidade em sentido estrito*, ou seja, exigência de sopesamento, decorre da relativização em face das possibilidades *jurídicas*. Quando uma norma de direito fundamental com caráter de princípio colide com um princípio antagônico, a possibilidade jurídica para a realização dessa norma depende do princípio antagônico. Para se chegar a uma decisão é necessário um sopesamento nos termos da lei de colisão. Visto que a aplicação de princípios válidos – caso sejam aplicáveis – é obrigatória, e visto que essa aplicação, nos casos de colisão, é necessário um sopesamento, o caráter principiológico das normas de direito fundamental implica a necessidade de um sopesamento quando elas colidem com princípios antagônicos. Isso significa, por sua vez, que a máxima da proporcionalidade em sentido estrito é deduzível do caráter principiológico das normas de direitos fundamentais.

A máxima da proporcionalidade em sentido estrito decorre do fato de princípios serem mandamentos de otimização em face das possibilidades jurídicas. Já as máximas da necessidade e da adequação decorrem da natureza dos princípios como mandamentos de otimização em face das possibilidades fáticas.

Há de se ponderar, portanto, os princípios atrelados à livre iniciativa e os decorrentes da valorização social do trabalho e dignidade da pessoa humana, para se tentar uma harmonia prática na aplicação dos contratos de prestação de serviços.

Não é outra a lição passada por Sérgio Botrel (2009. p. 52/53), que chega a considerar como desejável – e também “cogente” – a conciliação de interesses ligados a direitos fundamentais que gravitam no entorno relações empresariais:

Insista-se que essa conciliação de “interesses se torna não só desejável, mas cogente, quando se conclui que o que está em jogo são verdadeiros direitos fundamentais, em relação aos quais não se pode admitir qualquer tipo de prevalência *prima facie*.

Neste diapasão, é de se consignar ser atribuição do legislador compatibilizar e harmonizar a concretização desses direitos concorrentes. (...)

A exploração do trabalho pelo capital já foi objeto de inúmeras investigações científicas, destacando-se, dentre elas, os textos que adotam uma linha marxista e revelam o efeito ilusório provocado pela liberdade burguesa, no sentido de que o contrato de trabalho seria fruto da liberdade (formal) e da igualdade (formal) outorgadas a todos os membros de uma determinada comunidade.

Em razão do reconhecimento dessa vulnerabilidade em relação ao empresário é que foram outorgados inúmeros direitos fundamentais aos trabalhadores (arts. 7º a 11 da CF/88), os quais variam desde a proteção contra a despedida arbitrária ou sem justa causa até a liberdade de associação profissional ou sindical e a garantia do direito de greve.

Some-se a isso o fato de que a valorização do trabalho figura como um dos fundamentos da República federativa do Brasil (art. 1º, inc. IV, da CF/88), assim como o trabalho consiste na base sobre a qual se funda a ordem social prescrita constitucionalmente (art. 193).

Hoje, temos uma valorização extremada da liberdade contratual, que se sobrepõe à própria dignidade da pessoa humana, proporcionando retrocesso social e desrespeito à direitos basilares dos trabalhadores.

Importante, portanto, o estudo dos princípios fundamentais positivados em nossa Constituição Federal, de interesse à problemática ora trazida à discussão.

## **6.2 Princípios da valorização social do trabalho e da livre iniciativa**

A valorização social do trabalho e a livre iniciativa não são meras regras integrantes do nosso ordenamento jurídico. São princípios positivados em nossa Constituição Federal (artigo 1º, III) e, também, potencializados pela qualidade de fundamentos da República Federativa do Brasil.

Celso Ribeiro Bastos (1998. p. 157-159), ao tratar dos fundamentos da República Federativa do Brasil, destaca sua importância como embasamento do próprio Estado. Suas lições doutrinárias sobre o tema, a seguir transcritas, principalmente quanto à relevância da preservação conjunta de ambos os fundamentos da República, também são relevantes para fundamentar o estudo aqui proposto:

A Constituição traz como fundamentos do Estado brasileiro a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, a crença nos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e o pluralismo político. Esses fundamentos devem ser entendidos como o embasamento do Estado; seus valores primordiais, imediatos, que em momento algum podem ser colocados de lado.

(...)

Quanto aos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, destaca-se, em primeiro lugar, que o trabalho deve obrigatoriamente ter seu valor reconhecido; e de que forma? Através da justa remuneração e de condições razoáveis de seu desenvolvimento. Por outro lado, o livre empreendedor, aquele que se arriscou lançando-se no duro jogo do mercado, também tem que ter seu valor reconhecido, não podendo ser massacrado pelas mãos quase sempre pesadas do Estado.

Oportuno, também, pontuar a importante distinção conceitual entre regras e princípios, muito bem articulada por Humberto Ávila (2013. p. 85), nos seguintes termos:

A essa altura, pode-se concluir, apresentando um conceito de regras e um de princípios.

*As regras são normas imediatamente descritivas, primariamente retrospectivas e com pretensão de decidibilidade e abrangência, para cuja aplicação se exige a avaliação da correspondência, sempre centrada na finalidade que lhes dá suporte ou nos princípios que lhe são axiologicamente sobrejacentes, entre a construção conceitual da descrição normativa e a construção conceitual dos fatos.*

*Os princípios são normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementariedade e de parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção.*

Como se vê, os princípios são normas imediatamente finalísticas. Eles estabelecem um fim a ser atingido.

É neste âmbito de conceituação doutrinária – inclusão dos princípios como normas – que o estudo dos direitos fundamentais sociais deve ser trilhado. Não se pode apartar os olhos que a valorização social do trabalho traz, em seu bojo, o princípio da dignidade da pessoa humana, que não pode ser alijado de qualquer relação jurídica estabelecida na sociedade.

Neste contexto de resgate do verdadeiro sentido da valorização social do trabalho, Jorge Luiz Souto Maior (2011. p. 42) pontua sérias preocupações acerca da alienação da sociedade quanto à preservação do trabalho como valor fundamental para o ser humano. Vejamos:

O que parece incontestável é que o trabalho representa, por si, um valor fundamental para o ser humano, mas o trabalho inserido nas relações capitalistas, servindo a reprodução do capital e ao mesmo tempo ao sentimento de pertencimento a esta mesma sociedade por parte do trabalhador, que perde, assim, a noção de sua exploração ou a aceita como forma de gratidão à oportunidade oferecida, tende a transformar o trabalho em mercadoria e o homem na coisa, a máquina motriz, que o expõe. Valorizar socialmente o trabalho não é fixar o valor que o trabalho possui nas relações de troca que se estabelecem no regime capitalista, mas estabelecer um padrão de análise que priorize o ser humano em detrimento do interesse econômico, ainda que para tanto o próprio interesse do homem, mercantilizado, seja contrariado. Equivale a reafirmar que o pressuposto de que o trabalho humano não é mercadoria de comércio que se desvincule do ser que o exerce. O trabalho é um valor relevante na justa medida – em quantidade e qualidade – em que sirva à preservação à elevação da condição humana e não como fator de destruição da dignidade.

O enfrentamento dos diversos princípios como normas imediatamente finalísticas, também nos leva à ponderação de que a livre iniciativa e

a valorização social do trabalho são, de forma conjunta e indissociável, finalidades a serem atingidas pelo Estado. A tutela de um e de outro – sem que um prevaleça ou faça sucumbir o outro – é missão de todos os atores sociais imbuídos do intuito de preservação dos direitos fundamentais.

Luiz Antonio Ramalho Zanoti (2009. p. 77), ao tratar da empresa na ordem econômica social, leciona:

Há, pois, um hibridismo próprio de um Estado sócio-liberal, entre os interesses capitalistas, previstos na valorização da livre-iniciativa, com os interesses sociais, valorização do trabalho e garantia da existência digna.

Em resumo, o exercício da livre-iniciativa depende da garantia de que os detentores deste direito proporcionam à valorização do trabalho e à efetiva existência digna ao homem. Este é, portanto, um dos fundamentos, a pedra angular da ordem econômica prevista na Constituição Federal de 1988, “*uma Constituição social, dirigente e compromissária*”. Com efeito, se deduz que não há liberdade econômica absoluta.

E, realmente, não há como se dissociar a análise da valorização social do trabalho da livre iniciativa. Lançados de forma conjunta como fundamentos da República Federativa do Brasil<sup>7</sup>, são conceitos interligados, dois lados de uma mesma moeda.

Aliás, como já pontuado, a ordem econômica na nossa Constituição Federal colocou, dentre seus princípios específicos<sup>8</sup>, lado a lado, a livre iniciativa e a valorização do trabalho humano, ratificando a íntima ligação entre tais preceitos e, também, a necessária ponderação prática da melhor maneira de respeitá-los, outorgando-lhes, ainda, interpretação com a máxima efetividade, em cada situação concreta de aparente colisão.

---

<sup>7</sup> Art. 1º - A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: (...) IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

<sup>8</sup> Art. 170 - A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: I - soberania nacional; II - propriedade privada; III - função social da propriedade; IV - livre concorrência; V - defesa do consumidor; VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação; VII - redução das desigualdades regionais e sociais; VIII - busca do pleno emprego; IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País.

J. Cretella Junior (1995. p. 221/222) tece os seguintes comentários sobre o tema da livre iniciativa e a sua função de realização do desenvolvimento nacional e da justiça social:

*A liberdade de iniciativa, expressão do Direito Constitucional anterior, corresponde à expressão livre iniciativa do Direito Constitucional vigente. (...) Manoel Gonçalves Ferreira Filho (cf., Comentários, 3ª ed., S. Paulo, Saraiva, 1986, p. 657) enfrentou com maior profundidade o problema, assinalando que a liberdade de iniciativa ou livre iniciativa é o primeiro dos princípios que devem reger a Ordem Econômica e Social, para a realização do desenvolvimento nacional e da justiça social, pois decorre de direitos individuais consagrados no art. 5º, da Constituição vigente, que corresponde ao art. 153 da EC 1/69, relacionando-se de modo estreito com a liberdade de associação e com a liberdade de profissão e trabalho.*

Importante também destacar a doutrina de José Afonso da Silva (2006. p. 794) que também afasta a interpretação isolada e irrestrita da livre iniciativa constitucional, privilegiando sua análise em um contexto social mais amplo, de efetiva justiça social:

*Assim, a liberdade de iniciativa econômica privada, num contexto de uma Constituição preocupada com a realização da justiça social (o fim condiciona os meios), não pode significar mais do que "liberdade de desenvolvimento da empresa no quadro estabelecido pelo poder público, e, portanto, possibilidade de gozar das facilidades e necessidade de submeter-se às limitações postas pelo mesmo". É legítima, enquanto exercida no interesse da justiça social. Será ilegítima, quando exercida com o objetivo de puro e realização social do empresário. Daí porque a iniciativa econômica pública, embora sujeita a outros tantos condicionamentos constitucionais, se torna legítima, por mais ampla que seja, quando destinada a assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social.*

E, nos termos do já demonstrado alhures, a terceirização de mão de obra, tal como vem sendo hoje praticada, serve para atender de forma única e exclusiva os interesses da classe empresária, precarizando gradativa e progressivamente as condições de trabalho, além de criar uma classe de trabalhadores menos valorizada, em detrimento da isonomia com outros trabalhadores que desempenham atividades de igual valor.

O freio da não discriminação e do salário isonômico é medida que se impõe à livre iniciativa, por força da função social do contrato, interpretada segundo o prisma de outros princípios constitucionais fundamentais.

Sobre a discriminação inerente à fórmula tercerizante, bem como a necessária imposição de uma política de implantação do “salário equitativo”, destacamos as ponderadas razões de Maurício Godinho Delgado (2008. p. 467) do TST, em seu Curso de Direito do Trabalho:

É que se constata inegável a criação, pela fórmula tercerizante, de um padrão de contratação de força de trabalho sumamente inferior àquele que caracteriza o trabalho submetido a contrato empregatício clássico. E esse contraponto de situações socioeconômicas e jurídicas não é tolerado pela ordem constitucional vigorante no país.

Examinem-se alguns preceitos constitucionais convergentes. O art. 7º, XXXII, da Carta de 1988, por exemplo, reelaborou antigo preceito antidiscriminatório existente na ordem jurídica: *“proibição de distinção entre trabalho manual, técnico e intelectual ou entre os profissionais respectivos”*. A idéia básica incorporada nessa regra constitucional já estava expressa até mesmo no velho texto celetista (o art. 3º, parágrafo único, da CLT estipulava que “não haverá distinções relativas à espécie de emprego e à condição do trabalhador, nem entre o trabalho intelectual, técnico e manual”) e no anterior texto constitucional (art. 165, XVII, CF/69). Contudo, a Carta de 1988 fez combinar o tradicional preceito às suas regras antidiscriminatórias gerais – que são regras fortemente enfáticas e precisas – inseridas no art. 5º, *caput*, e inciso I, da mesma Constituição (*“Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza...”*; e , também, *“homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta constituição”*).

A combinação de todos esses significativos preceitos constitucionais confere suporte à interpretação isonômica mais avançada no sentido de que *a contratação tercerizada não poderia, juridicamente, propiciar tratamento discriminatório entre o trabalhador tercerizado e o trabalhador inserido em categoria ou função equivalentes na empresa tomadora de serviços*. Em virtude do parâmetro constitucional analisado, seria devido, em tais situações, o chamado salário equitativo, hábil a assegurar a correspondência isonômica entre os respectivos profissionais.

Assim, não há dúvidas que a livre iniciativa empresarial, inclusive quando exercida nos contratos de terceirização de mão de obra, tem limites necessários, atrelados a direitos fundamentais de ordem social de necessária preservação.

### **6.3 Relevância da tutela coletiva para preservação de danos difusos decorrentes das contratações terceirizadas precarizadoras**

Os contratos de terceirização de serviços firmados entre empresas, como já abordado, acabam por promover gradativa banalização do valor da mão de obra.

A livre iniciativa não pode ser utilizada como princípio absoluto, que promova, em termos práticos, a desvalorização social do trabalho. Em verdade, todos os princípios são passíveis de restrição, principalmente na medida em que estejam em colisão com outros princípios igualmente fundamentais, hipótese em que, no caso concreto, um deles irá prevalecer, restringindo-se a eficácia do outro, sem, contudo, afetar seu conteúdo essencial.

Aliás, em brilhante estudo sobre o conteúdo essencial, restrições e eficácia dos direitos fundamentais, Virgílio Afonso da Silva (2011, p. 142-143) critica a ideia de direitos fundamentais de conteúdo absoluto ou irrestringível. Em verdade, sustenta a possibilidade e a necessidade natural de restrições através de fundamentação constitucional, baseada na solução prática e casuística da colisão de princípios, providenciada através de decisões judiciais. Vejamos seus argumentos:

*Materialmente* falando, as restrições a direitos fundamentais são sempre baseadas em princípios. Como foi visto acima e já foi diversas vezes repetido neste trabalho, as restrições a direitos fundamentais ocorrem porque dois ou mais princípios – com suporte fático amplo – se chocam. A solução dessa colisão sempre implica uma restrição a pelo menos um dos princípios envolvidos. *Formalmente*, no entanto, a restrição poderá ocorrer de diversas formas. Acima já se viu que, em geral, as restrições a direitos fundamentais são expressadas por meio de regras presentes na legislação infraconstitucional. Mas pode ser que não haja regra alguma que discipline a colisão entre dois princípios. Em outras palavras: pode ser que uma dada situação de colisão ainda não tenha sido objeto de ponderação por parte do legislador.

Nesses casos, cabe ao juiz, no caso concreto, decidir qual princípio deverá prevalecer. Quando isso ocorre, há também uma restrição ao direito fundamental que é garantido pelo princípio que teve de ceder em favor do princípio considerado mais importante. Essa restrição, no entanto, não encontra fundamento em uma regra da legislação infraconstitucional, mas apenas na competência do juiz em tomar a decisão naquele caso concreto. Essas restrições, portanto, são baseadas em princípios e realizadas por meio de decisões judiciais.

Autorizar que as tratativas contratuais banalizem patamares salariais, promovam a discriminação de benefícios trabalhistas entre os que prestam serviço de igual valor, implica em verdadeiro retrocesso social, prejudicial não só aos empregados, mas também às respectivas famílias e, também, à toda a sociedade.

O interesse público que decorre da problemática aqui estudada, emerge da própria função do trabalho como meio de subsistência pessoal e familiar, bem como das repercussões econômicas e sociais que o trabalho digno e valorizado proporciona.

E, neste aspecto, não é razoável que tais distorções contratuais sejam reparadas individualmente, através da provação judicial de cada empregado terceirizado. Seria uma remediação inócua diante do enorme prejuízo causado em vários espectros sociais.

Não há dúvida que as medidas judiciais coletivas, acessíveis aos respectivos legitimados, são as mais adequadas, a serem implementadas pelos diversos legitimados pela nossa Constituição.

Rodrigo de Lacerda Carelli (2006, p. 218), em seu artigo denominado “As ações coletivas e o combate às terceirizações ilícitas”, leciona:

À guisa de conclusão, é de extrema importância o combate às terceirizações ilícitas, em todas as suas formas, a fim de evitar os seus danos potenciais aos direitos sociais dos trabalhadores. E as ações coletivas, sejam elas utilizadas pelos sindicatos ou pelo Ministério Público do Trabalho, são o instrumento adequado para tal mister. E a Justiça do Trabalho tem o poder de dar pronta resposta aos anseios e angústias dos trabalhadores com os sofrimentos causados pela burla aos direitos laborais, e mesmo que não ponha fim, ao menos atenua a odiosa injustiça da fraude.

Também defendendo a tutela coletiva da terceirização tal como hoje é praticada, Raimundo Simão de Melo (2006, p. 266) exemplifica os danos difusos respectivos:

Teoricamente a terceirização tem como objetivo diminuir custos e melhorar a qualidade do produto ou dos serviços, razão porque dizem alguns que se trata de uma excelência patronal. Enquanto isso, a experiência sedimentada pelo tempo demonstra que a terceirização, na esmagadora maioria dos casos, tem trazido consequências anti-sociais para os trabalhadores. São exemplos dessas consequências, entre outras, a perda da possibilidade de acesso na carreira, a perda do salário e demais benefícios da categoria profissional preponderante, a inexistência de organização sindical efetiva, aumento dos acidentes de trabalho etc.

É plenamente possível, portanto, que sejam impostos limites aos contratos firmados entre empresas tomadoras e prestadoras de serviços terceirizados, através de ações coletivas movidas por sindicatos profissionais, ou mesmo pelo Ministério Público, promovendo a isonomia salarial, evitando a discriminação de direitos de classe, bem como promovendo a valorização adequada do trabalho dos empregados terceirizados.

Aliás, é exatamente este o caminho mais importante a ser percorrido para promoção da perfeita harmonia entre a autonomia coletiva privada e a valorização social do trabalho, no âmbito dos contratos em comento.

## 7 UMA PROPOSTA DE MUDANÇA DE PARADIGMA NA REPRESENTAÇÃO SINDICAL DOS TRABALHADORES TERCEIRIZADOS

### 7.1 O parâmetro da isonomia com os empregados da empresa tomadora dos serviços

A isonomia é preceito fundamental positivado no artigo 5º, *caput* da Constituição Federal. Não se pode, contudo, limitar sua influência e relevância ao âmbito das chamadas liberdades individuais. Basta notar, por exemplo, que a isonomia ganhou outras vertentes, igualmente relevantes, no próprio texto constitucional, como a igualdade remuneratória (artigo 7º, XXX da Constituição Federal).

A realidade social dos trabalhadores terceirizados, absolutamente contrária à parâmetros mínimos de isonomia, foi bem retratada por Jorge Luiz Souto Maior (2011. p. 651), em sua análise doutrinária acerca da teoria geral do direito do trabalho. A transcrição de suas lições é oportuna:

A pergunta que o jurista deve se fazer quando posto diante de realidades como esta é: qual o efeito que essa situação provoca na vida dos trabalhadores, no que se refere, sobretudo, à eficácia de seus direitos?

Então, a realidade deve ser, necessariamente, examinada com os olhos do trabalhador, não sendo isso uma tomada de posição em favor do trabalhador individualmente considerado, mas o respeito ao método teórico próprio do Direito do Trabalho. Aliás, não se perca de vista que a postura antes mencionada, que legitima a terceirização, mesmo se apresentada como imparcial, é claramente uma tomada de posição em favor do interesse econômico em detrimento dos trabalhadores, ainda que, como troco, entregue, ao final, a estes, a “garantia” da responsabilidade “subsidiária” do tomador dos serviços com relação às dívidas trabalhistas constituídas pelo prestador, considerado o empregador.

Em concreto, nesta “técnica moderna de produção” há o impedimento de uma vinculação social do trabalhador com o meio ambiente de trabalho, onde passa a maior parte de seu dia. Esta vinculação inclui pessoas e coisas. Os “terceirizados” são deslocados do convívio dos demais empregados, chamados “efetivos”; usam elevadores específicos; almoçam em refeitório separado ou em horários diversos; não são alvo de qualquer tipo de subordinação, para, como se diz, “não gerar vínculo”.

Além disso, os terceirizados prestam serviços em várias tomadoras de serviços ao longo de sua vinculação jurídica com a empresa de prestação de serviços, gerando a plena impossibilidade de sua socialização pelo trabalho e tornando muito mais improvável sua obtenção, pela via judicial, dos direitos que lhe venham a ser suprimidos. Ou seja, são tratados como coisa ou simplesmente não são vistos. Estão por ali, mas deve ser como se não estivessem.

E, numa análise crítica sobre a realidade dos trabalhadores terceirizados, é imperiosa a conclusão de que são realmente tratados de maneira discriminatória, em relação aos contratados em quadro próprio. A discriminação no trato, que serve exatamente para dificultar a visualização do trabalho de igual valor (do terceirizado e do empregado diretamente contratado).

Cabe, ao Direito do Trabalho, promover a aplicação do princípio da isonomia material, para esta classe de trabalhadores alijada de grande parcela de sua dignidade.

Discorrendo sobre “o tratamento igual e o tratamento desigual”, Rober Alexy (2008. p. 407/408) nos oferece valiosa lição acerca dos parâmetros para identificação de uma diferenciação arbitrária, de necessária proibição, tal como entendemos ocorrer no caso da intermediação de mão de obra:

Segundo a jurisprudência reiterada do Tribunal Constitucional Federal, uma diferenciação arbitrária ocorre “se não é possível encontrar um fundamento razoável, que decorra da natureza das coisas, ou uma razão objetivamente evidente para a diferenciação ou para o tratamento igual feitos pela lei. Nesse sentido, uma diferenciação é arbitrária, e, por isso, proibida, se não for possível encontrar um fundamento qualificado para ela. A qualificação desse fundamento pode ser descrita nas diversas maneiras. Na citação acima exige-se que se trate de um fundamento razoável ou que decorra da natureza das coisas ou que seja objetivamente evidente. Em outras formulações exige-se que a falta de objetividade da diferenciação não seja “evidente”, em outras, ainda, é apenas exigido que o fundamento para a diferenciação seja “justificado”. O pano de fundo para estas fórmulas é constituído pela exigência de ‘uma perspectiva orientada pela idéia de justiça’”.

Não há, portanto, sob esta perspectiva, qualquer justificativa fática razoável e evidente que justifique o tratamento salarial diferenciado dado hoje aos empregados contratados por empresas de terceirização.

O enquadramento sindical distinto dado aos empregados da tomadora dos serviços, em comparação com os terceirizados, configura, sem dúvida, uma distinção proibida, discriminatória, inaceitável.

## **7.2 Uma retomada dos propósitos próprios da terceirização e o problema da multiplicidade de tomadores de serviços**

A terceirização surgiu com o propósito claro de autorizar que as empresas possam centrar esforços no direcionamento de sua atividade comercial ou industrial prioritária.

Segundo tal propósito, é razoável imaginar que os serviços de apoio não seriam pautados por uma subordinação diretamente exercida pelos tomadores de serviços.

Por tal motivo, fica corroborada a correção da tese de que a contratação de empresas terceiras é possível, desde de que os serviços objeto da contratação sejam especializados.

Sérgio Pinto Martins (2000, p. 23-24) em estudo específico sobre a terceirização e o direito do trabalho, já alertava para a utilização desvirtuada do instituto, enquanto meio de reduzir os custos com a mão de obra e encargos trabalhistas:

Envolve a terceirização uma forma de contratação que vai agregar a atividade-fim de uma empresa, normalmente a que presta os serviços, à atividade-meio de outra. É também uma forma de parceria, de objetivo comum, implicando mútua e complementariedade. O objetivo comum diz respeito à qualidade dos serviços para coloca-los no mercado. A complementariedade significa a ajuda do terceiro para aperfeiçoar determinada situação que o teceirizador não tem condições ou não quer fazer.

O objetivo principal da terceirização não é apenas a redução de custo, mas também trazer agilidade, flexibilidade e competitividade à empresa. Esta pretensão de, com a terceirização, a transformação de seus custos fixos em variáveis, possibilitando o melhor aproveitamento do processo produtivo,

com a transferência de numerário para aplicação em tecnologia ou no seu desenvolvimento, e também em novos produtos.

Na verdade, os empresários pretendem, na maioria dos casos, a diminuição de encargos trabalhistas e previdenciários, com a utilização da terceirização, podendo ocasionar desemprego no setor, mas não é essa a causa preponderante do desemprego. Existem notícias que para cada emprego perdido na empresa há criação de três novos na atividade terceirizada.”

Não há, pois, como se admitir a terceirização precarizadora, motivada exclusivamente pela redução de custos com a mão de obra.

Como já observado, tal espécie de contratação deve sempre contar com empresas especializadas e, também, pautada pelo trabalho de pessoas igualmente especializadas, capacitadas e paramentadas tecnologicamente para os serviços buscados.

Com tais características, a terceirização não será opção de barateamento de custos e, tampouco, implicará na desvalorização do trabalho das pessoas envolvidas.

Apenas as empresas realmente interessadas em focar nas suas atividades centrais e auferir efetividade e tranquilidade nos serviços acessórios, buscarão a terceirização de mão de obra, com resultados positivos para toda a sociedade.

Na mesma esteira de raciocínio, considerando principalmente a necessária observância do princípio fundamental da isonomia, temos que o primeiro passo para esta moralização no mercado da terceirização será a correção do enquadramento sindical.

Ao se vincular tal enquadramento à atividade principal da empresa tomadora dos serviços, estar-se-á privilegiando o real propósito do instituto da representação sindical por categoria (preceito fundamental também positivado em nosso ordenamento jurídico constitucional).

Como consequência lógica da correção de enquadramento sindical, será possível também garantir o tão almejado e necessário tratamento salarial

isonômico – e também dos direitos de classe – entre os empregados terceirizados e contratados em quadro próprio, que desempenham trabalho de igual valor.

Neste contexto de retomada dos reais propósitos da terceirização, não haverá espaço, também, para a mudança constante e a multiplicidade de postos de trabalhos, em relação a um mesmo funcionário.

Hoje, como o custo da mão de obra terceirizada é baixo, sem que se exija qualquer especialização da empresa interposta, os trabalhadores são jogados de lado a lado, para diversas tomadoras de serviços, de diversos ramos da atividade econômica ou empresarial.

Há, sem dúvida, uma perniciosa desvalorização social do trabalho, já que os trabalhadores são tratados como números, deslocados como peças para este ou aquele tomador de serviços, já que não importa a sua instrução para aquela atividade ou a sua competência diferenciada.

O que se busca é preencher aquele espaço de trabalho com qualquer pessoa que se sujeite a receber menos que os funcionários contratados em quadro próprio.

É necessário que as empresas envolvidas passem a prezar pela continuidade da relação de emprego (princípio próprio do direito do trabalho) e pela manutenção do trabalhador em empresas do mesmo ramo de atividade econômica, tal como já ocorre, hoje, com o trabalhador temporário (Lei 6.019/74).

Apenas assim poder-se-á respeitar o direito fundamental social dos trabalhadores quanto à isonomia salarial e de enquadramento sindical, diante do ramo principal da empresa tomadora de serviços.

Por outro prisma, a opção empresarial de mudança constante do ramo da tomadora dos serviços não será economicamente viável, já que implicará, naturalmente, na preservação das condições mais benéficas já garantidas ao trabalhador.

Como se pode perceber, o correto enquadramento jurídico à situação fática da terceirização fará com que, naturalmente, a fraude e a precarização não sejam vantajosas, de modo que os bons objetivos empresariais da

terceirização (frise-se, de serviços especializados e de apoio) restarão sempre resguardados e bem admitidos em toda a sociedade.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Observados os argumentos e fundamentos já pontuados anteriormente, podemos sintetizar que a contratação de mão de obra terceirizada, não especializada, vem sendo utilizada como vetor de graves ofensas a direitos fundamentais dos trabalhadores envolvidos.

O problema, como dito, é grave e crescente, já que o barateamento da contratação terceirizada atrai cada vez mais o empresariado a simplesmente trocar empregados contratados em quadro próprio, pela contratação através de empresa terceira, prestadora de serviços “em geral”.

A precarização das condições ocorre sob a falsa proteção da livre iniciativa, como se esta pudesse, de forma isolada, suplantar e sepultar a valorização social do trabalho, que também é fundamento da república inserido, como “outro lado da moeda”, exatamente no inciso IV do artigo 1º da Constituição Federal.

A velocidade com que evolui e se modifica o capitalismo faz com que, numa economia globalizada, novas formas de trabalho sejam desenvolvidas e implementadas, sem que o direito do trabalho tenha fôlego para acompanhar e regulamentar as situações sociais respectivas.

No caso da terceirização o quadro não foi outro. A legislação é absolutamente escassa e dá margem a abusos. Frise-se, não há regulamentação da prestação de serviços em geral.

A Lei 6.019/74, que regulamenta o trabalho temporário (especializado e inerente à atividade fim do tomador), abarca parcela ínfima de trabalhadores terceirizados e, mesmo assim, preocupou-se em sedimentar a necessidade de tratamento salarial isonômico (artigo 12, “a”).

Referido tratamento salarial não discriminatório, à míngua de regulamentação específica para a terceirização de serviços permanentes e não especializados, vem sendo aplicada de forma analógica pela atual jurisprudência do

TST (Orientação Jurisprudencial 383 da Seção de Dissídios Individuais I), em louvável posicionamento recente, apesar de ainda tímido.

O centro da problemática que envolve a desvalorização dos trabalhadores terceirizados não especializados está na tutela sindical inadequada reconhecida pelos órgãos oficiais, pautada pela incorreta interpretação do instituto jurídico da “representação por categoria”.

A parcela de trabalhadores terceirizados estudada é representada, hoje, por sindicatos de “trabalhadores em empresas de prestação de serviços em geral” ou com nomenclatura que o valha.

Não é difícil, porém, visualizar que tais trabalhadores não formam uma “categoria”, já que não têm qualquer identidade de interesses ou necessidades de classe.

Não há similitude de condições de trabalho e de vida entre os diversos trabalhadores terceirizados, espalhados pelos diversos ramos de atividade da sociedade (comércio, indústria, construção civil, apenas para citar alguns).

Dentre os vários efeitos da inadequada representação sindical dos trabalhadores terceirizados podemos destacar: a) a pulverização dos membros da categoria, dificultando a atuação sindical; b) a negociação uniforme de baixos salários, independentemente do ramo em que o trabalhador terceirizado estará inserido e sem preocupação com a isonomia com o piso da tomadora dos serviços; c) a natural baixa combatividade negocial destes sindicatos, já que a mão de obra de baixo custo é exatamente o que atrai contratações desta ordem e fomenta o crescimento desta “categoria”.

Não estamos, contudo, a discutir apenas a interpretação e aplicação de preceitos legais ordinários, ou mesmo os rumos adequados ou não da jurisprudência trabalhista especializada. A problemática é mais séria, está atrelada à ofensa de direitos fundamentais caros à nossa sociedade e que necessitam de prontas providências de reversão deste quadro de retrocesso social.

Aliás, não basta que lancemos à discussão no âmbito dos direitos fundamentais. É necessário visualizar que a representação sindical por categoria

(prevista no artigo 8º da Constituição Federal) abarca uma dupla dimensão de direitos fundamentais. Assim, ao mesmo tempo em que verificamos direitos de âmbito social, vinculado à melhoria das condições sociais da coletividade através de representações legítimas e efetivas, verificamos necessariamente a necessidade de preservação de direitos fundamentais individuais, atrelados à figura do trabalhador, à valorização do seu trabalho, ao direito à não discriminação salarial e, em última análise, à dignidade da pessoa humana.

Não é demais lembrar que os direitos fundamentais, ainda mais quando positivados na Constituição Federal, merecem tratamento hermenêutico diferenciado e cauteloso, pautado inclusive pela máxima eficácia e efetividade de seus preceitos.

É assim que o conceito de “categoria” deve ser analisado, sendo sua máxima eficácia e efetividade. Qualquer categoria tem direito à adequada representação e tutela sindical. Não é o que verificamos no caso da terceirização, já que a representação profissional hoje autorizada é absolutamente nociva aos direitos fundamentais de seus próprios representados.

Pois bem. Se a base do conceito de categoria está na reunião de trabalhadores com identidade ou similitude de interesses, é natural a conclusão de que o trabalhador terceirizado deva receber o mesmo tratamento trabalhista – não só salarial, mas também de benefícios negociais – de seus pares da tomadora dos serviços.

Trata-se de afastar o tratamento salarial discriminatório que hoje os empregados terceirizados recebem, fazendo com que estes, uma vez inseridos na categoria a que efetivamente pertencem (a mesma dos trabalhadores da tomadora dos serviços), tenham valorizado seu trabalho e, também, consigam, à exemplo de seus pares, condições dignas de vida e subsistência.

Nestes termos, estaríamos outorgando uma interpretação harmônica do conceito de categoria, com outros preceitos fundamentais da Constituição Federal, com a valorização social do trabalho, a isonomia e a própria dignidade da pessoa do trabalhador.

Quiçá a terceirização, a partir de tal correto enquadramento sindical obreiro, não mais seja utilizada como forma de barateamento da mão de obra, mas sim como contratação empresas especializadas, para prestação de serviços por profissionais muito bem capacitados no ramo específico solicitado.

Cumprido lembrar, também, que não se está, aqui, pregando o esvaziamento completo da livre iniciativa, mediante imposição de amarras ao crescimento natural do capitalismo.

Em verdade, há uma tendência de harmonização das relações privadas com os interesses da sociedade em geral. O artigo 511, § 2º da CLT, por exemplo, ao fixar a representação sindical por categoria, deve ser interpretado segundo a óptica do artigo 5º da LINDB, ou seja, de modo a atingir os fins sociais a que a lei se dirige.

De igual modo, a interpretação do referido dispositivo legal deve guardar coerência e conformidade com a Constituição Federal, não se autorizando qualquer interpretação que fira direitos fundamentais individuais e sociais, como os já citados alhures.

A correção da representação sindical dos trabalhadores terceirizados, inserindo-os em sua correta categoria, qual seja, a dos trabalhadores das respectivas empresas tomadoras de serviços, acarretará, também, reflexos importantes nas relações privadas, de forma específica nos contratos firmados entre as empresas terceirizadas e suas clientes.

Neste ponto, o artigo 421 do atual Código Civil também nos socorre ao fixar a função social dos contratos, em nítido reflexo da tendência de incorporação de preocupações de ordem social nas relações privadas.

Assim, entendemos há limites de ordem social à liberdade de contratação de trabalhadores terceirizados, sendo que os respectivos contratos devem contemplar, no mínimo, a obrigação de tratamento salarial isonômico e, também, a equiparação de direitos de classe em relação aos trabalhadores contratados em quadro próprio.

Entendimento em sentido contrário seria inadmissível, já que promoveria a discriminação remuneratória, a desvalorização social do trabalho dos terceirizados e, sem dúvida, o desrespeito à dignidade de tais trabalhadores.

Como já dito, a livre iniciativa e a valorização social do trabalho são fundamentos da república que devem ser preservados, sempre de forma harmoniosa e de maneira a que um não prepondere ou exclua o âmbito de atuação do outro.

Aqui, diante da colisão e princípios fundamentais, torna-se oportuna a realização de uma harmonização prática.

Em outras palavras, diante da situação social prática da terceirização de serviços não especializados, devemos sopesar e harmonizar os princípios da livre iniciativa e da valorização social do trabalho, segundo as máximas da proporcionalidade em sentido estrito, necessidade e adequação.

Se imaginarmos que hoje, neste quadro fático, a livre iniciativa não encontra limites legais ou jurisprudenciais, o que autoriza o sufocamento da valorização social do trabalho, é natural a conclusão de que as contratações privadas, na terceirização de mão de obra, apesar de livres, são limitadas por parâmetros sociais mínimos, dentre os quais o da isonomia.

Enfim, diante do contexto jurídico atual das relações de trabalho terceirizadas, reiteramos a crítica aos órgãos oficiais que concederam (e concedem) a representação sindical oficial a sindicatos que não representam efetivamente uma categoria de trabalhadores. Reiteramos, também, a necessidade de mobilização no âmbito da tutela dos direitos difusos, para correção das sérias distorções sociais hoje toleradas.

Há de se resgatar o papel do Direito como promotor de garantias fundamentais, tão caras a sociedade, mas que, por vezes, são vilipendiadas às escâncaras, aos olhos das instituições oficiais.

A valorização social do trabalho é, sem dúvida, elemento suma relevância ao desenvolvimento social de qualquer país. O trabalho tem estreita

ligação com a saúde, com a educação, com o lazer e, principalmente, com a dignidade da pessoa do trabalhador e de sua família.

## REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert (tradução de Virgílio Afonso da Silva). **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Editora Malheiros, 2008.
- AROUCA, José Carlos. **Curso básico de direito sindical**. São Paulo: LTr, 2012.
- ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: Da definição à aplicação os princípios jurídicos**. São Paulo: Editora Malheiros, 2013.
- BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 2007.
- BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição**. São Paulo: Saraiva, 2009.
- BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1998.
- BOBIO, Norberto. **Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito**. Barueri: Manole, 2007.
- BOLTANSKI, Luc. CHIAPELLO, Ève. **O novo espírito do capitalismo**. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.
- BOTREL, Sérgio. **Direito societário constitucional**. São Paulo: Editora Atlas, 2009.
- BRITO FILHO, José Cláudio Monteiro de. **Direito sindical. Análise do modelo brasileiro nas relações coletivas de trabalho à luz do direito comparado e da doutrina da OIT: proposta de inserção da comissão de empresa**. São Paulo: LTr, 2000.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomers. **Direito constitucional e teoria da constituição**. Coimbra: Editora Almedina, 2003.
- CHIARELLI, Carlos Alberto. **O trabalho e o sindicato. Evolução e desafios**. São Paulo: LTr, 2005.
- DELGADO, Maurício Godinho. **Capitalismo, trabalho e emprego. Entre o paradigma da destruição e os caminhos da reconstrução**. São Paulo: LTr, 2008.
- DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 2008.

DELGADO, Maurício 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, Maurício Godinho. **Direito coletivo do trabalho.** São Paulo: LTr, 2011.

DINIZ, Maria Helena. **Lei de introdução às normas do direito brasileiro interpretada.** São Paulo: Saraiva, 2012.

EBERT, Paulo Roberto Lemgruber. **Sindicato mais representativo e mutação constitucional. Uma proposta de releitura do art. 8º, II, da Constituição Federal.** São Paulo: LTr, 2007.

FELICIANO, Guilherme Guimarães. **Curso crítico de direito do trabalho: Teoria geral do direito do trabalho.** São Paulo: Saraiva, 2013.

FILHO, Manoel Gonçalves Ferreira. **Direitos humanos fundamentais.** São Paulo: Saraiva, 2010.

GAGLIANO, Pablo Stolze. PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil, vol. I.** São Paulo: Saraiva, 2006.

GEMIGNANI, Tereza Aparecida Asta. **Direitos fundamentais e sua aplicação no mundo do trabalho: Questões controversas.** São Paulo: LTr, 2010.

HINZ, Henrique Macedo. **Direito Coletivo do Trabalho.** São Paulo: Saraiva, 2012.

JUNIOR, J. Cretella. **Elementos de direito constitucional.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995.

JÚNIOR, José Hortêncio Ribeiro (et. al), organizadores. **Ação coletiva na visão de juízes e procuradores do trabalho.** São Paulo: LTr, 2006.

LEAL, Mônia Clarissa Hennig (et. al), organizadoras. **Constitucionalismo social: o papel dos sindicatos e da jurisdição na realização dos direitos sociais em tempos de globalização.** Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2008.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado.** 15ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

LOBATO, Marthius Sávio Cavalcante. **O valor constitucional para a efetividade dos direitos sociais nas relações de trabalho.** São Paulo: LTr, 2006.

MAIOR, Jorge Luiz Souto. **Curso de direito do trabalho: Teoria geral do direito do trabalho, volume I.** São Paulo: LTr, 2011.

MAIOR, Jorge Luiz Souto. **Curso de direito do trabalho: A relação de emprego, volume II.** São Paulo: LTr, 2008.

MARANGONI, Maurício. MISAILIDIS, Mirta Lereña. **As relações de trabalho na economia globalizada.** Campinas, SP: Editora Millennium, 2008.

MARTINEZ, Luciano. **Curso de direito do trabalho.** São Paulo: Saraiva, 2011.

MARTINS, Sérgio Pinto. **A terceirização e o direito do trabalho.** São Paulo: Editora Atlas, 2000.

MELO, Raimundo Simão de. **Ação civil pública na justiça do trabalho.** São Paulo: LTr, 2006.

MISAILIDIS, Mirta Lereña de. **Os desafios do sindicalismo brasileiro diante das atuais tendências.** São Paulo: LTr, 2001.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Compêndio de direito sindical.** São Paulo: LTr, 2005.

NETO, Antônio Rulli. **Função social do contrato.** São Paulo: Editora Saraiva, 2011.

PEREIRA, Ricardo José Macedo de Britto. **Temas de direito sindical: homenagem a José Cláudio Monteiro de Brito Filho.** São Paulo: LTr, 2011.

SARCEDO, Cristiana Lapa Wanderley. **Representatividade sindical e negociação coletiva.** São Paulo: LTr, 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang. MARINONI, Luiz Guilherme. MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

SENNETT, Richard. **A cultura do novo capitalismo.** Rio de Janeiro: Record, 2011.

SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo.** São Paulo: Editora Malheiros, 2006.

SILVA, Virgílio Afonso. **Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia.** São Paulo: Editora Malheiros, 2011.

SÜSSEKIND, Arnaldo. MARANHÃO, Délio. VIANNA, Segadas. TEXEIRA, Lima. **Instituições de direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 1999.

SZTAJN, Rachel. **Função social do contrato e direito de Empresa**. Revista de Direito Mercantil - 139, 2009.

TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil**. São Paulo: Editora Renovar, 2009.

VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. **Contratos mercantis e a teoria geral dos contratos**. São Paulo: Editora Quartier Latin do Brasil, 2010.

ZANOTI, Luiz Antonio Ramalho. **Empresa na ordem econômica. Princípios e função social**. Curitiba: Juruá Editora, 2009.