

# A terceirização do trabalho no Brasil: perspectivas e possibilidades para uma revisão da jurisprudência

## **Wilson Ramos Filho**

Doutor em Direito (UFPR, 1998, Curitiba). Pós-Doutor (EHESS, 2009, Paris). Professor Catedrático de Direito do Trabalho nas Faculdades Integradas do Brasil (UNIBRASIL, mestrado) e Adjunto na UFPR (graduação, mestrado e doutorado). *E-mail:* <Adv.xixo@onda.com.br>.

---

**Sumário:** Introdução – **1** O direito capitalista do trabalho e os processos de luta social pela dignidade: uma tentativa de periodização – **2** Os novos métodos de gestão do capitalismo descomplexado e a terceirização – **3** A terceirização, a precarização e a perda da capacidade sedutora do direito do trabalho – **4** Uma nova percepção jurisprudencial a respeito da terceirização – Referências

---

## Introdução

O Direito Capitalista do Trabalho progressivamente vem deixando de ser utilizado como um dos principais instrumentos de sedução do modo de produção para obter a aceitação da maneira de viver que propõe, eis que viver de modo subordinado não se constitui na única possibilidade que se apresenta às populações dos países desenvolvidos e dos países em desenvolvimento. O conteúdo deste ramo do Direito, que sempre se configurou como sendo mais protetivo da ordem capitalista quanto menor a capacidade desestabilizadora dos movimentos populares e sindical depende das lutas sociais concretas e das relações estabelecidas entre as classes sociais fundamentais, materializando esta correlação existente em cada sociedade.

No Brasil, por força das precarizações jurisprudenciais e legislativas, havidas na virada do século, o conteúdo do Direito Capitalista do Trabalho terminou por debilitar sua função de legitimação do modo de produção e da maneira de existir a ele associada. Entretanto, tal conteúdo não permanecerá necessariamente com suas características atuais, como se pretende argumentar no presente artigo, a partir da análise do processo de revisão da jurisprudência consolidada pelas súmulas trabalhistas em andamento.

## 1 O direito capitalista do trabalho e os processos de luta social pela dignidade: uma tentativa de periodização

Este ramo do Direito, em seu desenvolvimento histórico no Brasil, experimentou diversas fases, sempre em decorrência das referidas correlações de força estabelecidas na sociedade. Nos períodos em que as classes trabalhadoras conseguiram mais intensa mobilização, gradativamente, constatam-se alterações na regulação estatal incidente sobre as relações de trabalho, com reconhecimento de direitos. Desta mesma forma, nos períodos em que esta regulação estava à mercê da reação dos setores conservadores, a correlação de forças entre as classes sociais fundamentais passou a ser mais favorável aos interesses dos empregadores, e a tutela estatal incidente sobre o trabalho prestado em condições de subordinação restou subdimensionada, possibilitando a visualização de quatro distintas fases de desenvolvimento do Direito Capitalista do Trabalho no Brasil.

### 1.1 A pré-história do Direito do Trabalho: o intervencionismo estatal repressivo

Assim como a “primeira reforma trabalhista” brasileira, a abolição da escravidão, só pode ser compreendida como resultado de um amplo processo de luta social que, por décadas, foi minando a ordem escravocrata, as primeiras leis brasileiras que disciplinaram a compra e venda da força de trabalho, no início dos anos trinta do século passado. Tais leis também devem ser compreendidas como a necessidade do capitalismo reconhecer a existência objetiva, concreta, de movimentos reivindicatórios tendentes a possibilitar a melhoria das condições da compra e venda da força de trabalho humana na fase da pré-história do Direito Capitalista do Trabalho.

Durante os quarenta primeiros anos da República, operou-se a transição da utilização intensiva da força de trabalho escrava para a utilização prioritária do trabalho humano considerado como *objeto de um negócio* pelo qual uma pessoa *livre*, no mercado de trabalho, vende parte de seu tempo vital, cedendo o controle de várias horas diárias de sua vida para utilização alheia, reconfigurando as relações entre as classes sociais, até se chegar às primeiras manifestações de intervenção estatal limitadoras da “livre disposição contratual”. Isto demandou um conturbado processo de adaptação social, até que, “naturalmente” o trabalho humano pudesse ser percebido como mero *fator de produção*, ao lado dos demais.

Na dinâmica da *naturalização* da subordinação dos detentores da força de trabalho aos empregadores foram construídas Doutrinas visando *organizar* as relações laborais rotinizando, medindo, cadenciando e controlando este fator de produção

(*taylorismo*) sob o estatuto do salariado,<sup>1</sup> com a promessa de instituição de uma nova estrutura social que, do ponto de vista macroeconômico possibilitasse a ampliação da capacidade de consumo para os bens e serviços produzidos com a apropriação da mais-valia (*fordismo*). Por intermédio destas duas doutrinas, estigmatizando-se o ócio (KOVARICK, 1987) gradativamente foi sendo implantado o *espírito do capitalismo* em nosso país, segundo o qual o trabalho subordinado deveria ser apreendido como um preceito moral.<sup>2</sup>

Ausentes mecanismos de contrapartida pela exploração do trabalho subordinado para além do salário, ainda durante a Primeira República, os resultados do intervencionismo estatal liberal<sup>3</sup> possibilitaram (i) uma paulatina inflexão ideológica no movimento obreiro brasileiro em direção ao *sindicalismo vermelho* (FOOT; LEONARDI, 1982); (ii) a realização das primeiras greves por melhores condições de trabalho e de remuneração (DAL ROSSO, 1998); (iii) o surgimento das primeiras divergências dentro deste setor do sindicalismo que opunham os que defendiam a edição de leis estatais para minorar a exploração àqueles que consideravam toda intervenção estatal apenas uma forma de iludir os trabalhadores e retardar o processo revolucionário que certamente viria, acabando com a propriedade privada e com a exploração capitalista (KAREPOVS, 2006, p. 20-26); (iv) o acirramento das lutas sociais no final da segunda década e, em consequência destas, das primeiras intervenções estatais nas relações de trabalho relativas ao direito a férias e à limitação na jornada de trabalho das crianças e adolescentes (RAMOS FILHO; FONSECA, 2011, p. 239) e (v) o surgimento da classe trabalhadora como ator social relevante em torno de um dos projetos revolucionários que disputavam hegemonia, colocando para as classes dominantes a urgência na “resolução da questão social” (DECCA, 2004).

<sup>1</sup> Diferentemente do que ocorrera nos EUA e na Europa no início do século XX, em face da tardia integração da economia brasileira ao capitalismo, foi necessário um prévio processo de adestramento daqueles cuja única mercadoria era sua força de trabalho para convencê-los a laborar “voluntariamente” de modo subordinado, submetendo-se às diretrizes dos compradores daquela mercadoria. Paralelamente, fruto de preconceitos diversos em relação à capacidade laborativa dos indígenas nativos (inadaptados tanto ao trabalho escravo quanto ao trabalho subordinado), dos negros libertos ou dos descendentes de escravos (acostumados a outros tipos de relação social), e da imensa população mestiça que se constituiu durante o século XIX (que reuniria os “defeitos” daquelas raças consideradas “inferiores”), estimulou-se a imigração de trabalhadores que já haviam se conformado com a condição degradada decorrente do estatuto do salariado.

<sup>2</sup> Enquanto nas fábricas e no comércio se buscava adestrar os trabalhadores aos métodos tayloristas de produção, na sociedade se desenvolvia a estigmatização daqueles que, negando-se a aceitar aquela maneira de existir, subordinada, teimavam em rejeitar aquela proposta de sociedade. A necessidade de trabalhar passa a ser identificada com a necessidade de ter acesso a bens, de modo que, a necessidade de vender a força de trabalho para poder sobreviver passa a ser confundida com o dever moral de trabalhar, de modo subordinado (GORZ, 1998, p. 81-84), instituindo-se uma ética do trabalho (WEBER, 2004) que, gradativamente seria imposta, mediante mecanismos coercitivos diversos pelo fordismo, dentro e fora dos locais de trabalho.

<sup>3</sup> A referência a um “intervencionismo estatal liberal” se prende à constatação de que o Estado sempre interveio na dinâmica dos contratos de trabalho durante a Primeira República, seja para manter a ordem pública, reprimindo movimentos contestatórios, seja para assegurar o direito de propriedade dos meios de produção, seja para ordenar o funcionamento da sociedade segundo uma determinada ordem e um determinado sentido (GRAU, 1994).

Contrariando o *mito da outorga* apregoado por boa parte da Doutrina laboral brasileira conservadora, a década de vinte foi efetivamente marcada pela polarização política entre diversas propostas de “revolução” para transformar as relações sociais e políticas materializadas no Estado. De um lado, os empresários se organizaram para melhor resistir às reivindicações dos trabalhadores e implantar mecanismos de *racionalização do trabalho* (taylorismo), pelos quais pretendiam “civilizar ou, nos dizeres anarquistas, ‘domesticar’ o proletariado para uma maior disciplina e produtividade no trabalho e uma aceitação conformista da ordem social vigente” (DECCA, M., 1990, p. 49); de outro lado, a organização da classe trabalhadora em partidos políticos de esquerda (inicialmente pelo Partido Comunista do Brasil – PCB e, quando este foi ilegalizado, pelo Bloco Operário e Camponês – BOC); entre ambos, diversos movimentos contestatórios da ordem liberal e do sistema de democracia restrita, dentre os quais o mais significativo se configurou no *tenentismo*, podendo ser vislumbrados, no final da década, três distintos projetos de revolução.

Exatamente neste contexto de confronto ideológico termina a pré-história do Direito Capitalista do Trabalho no Brasil. De fato, a polarização ideológica havida nos anos finais da década de vinte conduziu o empresariado a apoiar uma das propostas revolucionárias que disputavam hegemonia na sociedade. A partir de então o capitalismo brasileiro, a exemplo do que se vislumbrava em outros países, perceberá a importância de *ceder alguns anéis para preservar os dedos*, ao mesmo tempo que, como sempre, se utilizará da repressão estatal para preservar seus interesses.

## 1.2 A primeira etapa do Direito Capitalista do Trabalho no Brasil (1930-1945)

A chegada ao poder político de uma das propostas revolucionárias que estavam em gestação nos anos vinte, no contexto da crise capitalista de 1929, permitiu a implantação de uma específica modalidade de intervencionismo estatal capitalista,<sup>4</sup> a um só tempo corporativista e fordista. Diferentemente do que ocorria na Europa continental, onde o intervencionismo estatal capitalista dos anos trinta foi caracterizado pelo fascismo e pelo nazismo (com as exceções de Portugal e Espanha, também

<sup>4</sup> Resumidamente, a crise capitalista de 1929 possibilitou o surgimento de distintos modelos de intervencionismo estatal capitalista, que rivalizavam com o modelo intervencionista socialista implantado na União Soviética. Nos EUA, a partir do new deal, com a construção do “intervencionismo bélico-assistencial”, combinando fortes aspectos repressivos, com investimento estatal na indústria da guerra e com o aprofundamento da doutrina fordista que, por intermédio de promessas de prosperidade, conformou o *american way of life*. Na Europa, aprofundando processos iniciados ainda durante a década anterior, institucionalizou-se o intervencionismo capitalista nazifascista. No Brasil, e em vários países ibero-americanos, com a implantação de outro intervencionismo capitalista, que combinando aspectos repressivos e ideológicos, caracterizou-se por ser corporativista e fordista a um só tempo, com grande influência da Doutrina Social da Igreja (RAMOS FILHO, ALLAN, 2011). Ao final da Segunda Guerra, nos países que abandonaram o intervencionismo nazifascista surgirá outro tipo de intervencionismo capitalista, fundado no bem-estar da população (*Welfare State*).

corporativistas e anticomunistas), no Brasil foi concebido um sistema de relações de trabalho fortemente autoritário que, em resposta à mobilização dos trabalhadores, desconstruiu o movimento sindical para reconstruí-lo em outras bases, simultaneamente passando a estabelecer limites à autonomia e à liberdade contratual (RAMOS FILHO, 2011, p. 301).

Deste peculiar modelo de intervencionismo estatal nasce um Direito Capitalista do Trabalho com características peculiares, sempre fundado nos mitos da *conciliação entre as classes sociais*, da *índole pacífica e ordeira da classe trabalhadora* e da *outorga de direitos* por parte do Poder Executivo, direitos estes que não estariam entre as principais preocupações da classe trabalhadora, segundo a memorização conservadora.<sup>5</sup>

Contrariando o apregoado por aqueles mitos, a classe trabalhadora continuou mobilizada e participou em alguma medida da tentativa de relegitimação do regime que havia chegado ao poder através de um Golpe de Estado em 1930, logrando fazer inserir na Constituição de 1934 diversos direitos sociais e, no plano do Direito Coletivo de Trabalho, direitos como a negociação coletiva e a autonomia e liberdade sindicais. A resposta capitalista, autoritária, foi imediata: primeiro, inviabilizando por manobras legislativas a aplicação de alguns daqueles direitos consagrados na Constituição; depois, com a edição de uma Lei de Segurança Nacional para reprimir os movimentos contestatórios da ordem vigente; por fim, com a imposição de outra Carta Constitucional, outorgada, em 1937, ainda mais repressiva e corporativista, para preservar os interesses dos empregadores.

O nascimento do Direito Capitalista do Trabalho brasileiro, assim, de modo similar ao que ocorria em outros países, se insere neste contexto de construção de uma “solução capitalista” para a “questão social”, tendo por contraponto ideológico a existência de outro modo de produção e de organização da sociedade.

Materializando correlações de força entre as classes sociais fundamentais, trata-se de evidente mistificação considerá-lo como algo “outorgado” pelo Estado, pois a “solução capitalista” efetivada pela regulação estatal incidente sobre as relações laborais brasileiras foi, como nos outros modelos intervencionistas, também fruto de conquistas sociais concretas ou de derrotas impostas pela força, mas sempre se configurando como *pacificador* e *conservador*, cumprindo sua *funcionalidade* (JEAMMAUD, 1980). Nesta ambiência, o Direito Capitalista do Trabalho brasileiro na

<sup>5</sup> Reinventando o passado, foi imposto o silêncio aos vencidos (DECCA, 2004), para se construir a narrativa segundo a qual haveria um artificialismo no sistema imposto autoritariamente pelo Governo Vargas nos anos iniciais da década de trinta, que teria “outorgado” direitos aos trabalhadores sem que houvesse reivindicações nesse sentido, a começar com a regulamentação da jornada de trabalho para inúmeras categorias profissionais, artificialismo de matriz corporativista que dividia a classe trabalhadora segundo a atividade econômica preponderante dos empregadores, em distintas entidades representativas “reconhecidas” pelo Estado, aprimorando os mecanismos de controle para a manutenção das relações sociais capitalistas.

primeira fase de seu desenvolvimento, já se caracterizava por ser *ambivalentemente tutelar*, no sentido de que (i) garantia direitos tanto aos empregadores — dentre os quais o principal obviamente é o direito a subordinar os empregados —, como também aos trabalhadores, como contrapartida pela aceitação do modo de produção e do regime do salariado e (ii) *tutelou a própria relação de emprego* no interesse da manutenção do sistema capitalista, estabilizando-o.

A *funcionalidade do Direito do Trabalho* na sociedade brasileira à época já não era “proteger o lado mais fraco da relação salarial”, outro de seus mitos fundantes, mas servir ao projeto de *juridificação* do conflito entre o trabalho assalariado e o capital com sua canalização ou institucionalização pelo Estado, como uma solução defensiva do empresariado para, mediante a promulgação de normas que assegurassem direitos aos trabalhadores, atender à necessidade de integrar no Estado os inevitáveis conflitos entre as classes sociais fundamentais.

Restringindo-se a democracia, a partir de 1937, foi possível a complementação da *obra corporativa* com a institucionalização da Justiça do Trabalho (bem como de diversos órgãos com a mesma composição tripartite concebida para outras instituições corporativas), com a Consolidação em 1943 da legislação trabalhista e com a estruturação do modelo de relações de trabalho, concebido para não funcionar, visto que engendrado de tal forma a não permitir um efetivo exercício do contrapoder sindical em face do poder dos empregadores, legalizado e instituído pelo Direito Capitalista do Trabalho. Essas características da primeira etapa de desenvolvimento deste ramo do Direito no Brasil serão mantidas nas etapas seguintes, com pequenas alterações, mas sempre, frise-se, como decorrência da correlação de forças entre as classes sociais.

### 1.3 A segunda etapa do Direito do Trabalho no Brasil (1946-1965)

Ao final da Segunda Guerra as relações entre as classes sociais nos países capitalistas oportunizaram o surgimento de três outros tipos principais de intervencionismo estatal capitalista: (i) surgirá na Europa continental, depois do término da ocupação nazista e do fascismo, um intervencionismo dedicado à construção de um “Estado Provedor”; (ii) adquirirá nos EUA contornos mais nítidos o intervencionismo bélico-assistencial, profundamente marcado pelo “compromisso fordista” de melhoria constante e controlada das condições de vida da população para construção de um mercado de consumo; e (iii) na periferia capitalista serão redesenhadas as relações entre as classes sociais brasileiras por intermédio da manutenção dos fundamentos do corporativismo e da introdução, controlada, de novos elementos fordistas de justificação do modo de vida capitalista, como no Brasil.

Nesta segunda etapa de desenvolvimento do Direito Capitalista do Trabalho, em uma pequena síntese, (i) foram mantidos os fundamentos corporativistas concebidos na segunda metade dos anos trinta, em resposta à mobilização vislumbrada durante os trabalhos constituintes que resultaram na Carta de 1946 (RAMOS FILHO, 2011); (ii) restringiu-se o direito de greve assegurado constitucionalmente, considerando-se “recepcionada” pela ordem constitucional a legislação que havia sido editada durante a ditadura Vargas; (iii) foram implantadas novas contrapartidas fordistas na legislação (merecendo destaque a regulamentação do descanso semanal remunerado e a criação do décimo-terceiro salário; e (iv) potencializou-se a ampliação de outras contrapartidas fordistas pela aceitação da maneira de existir capitalista com a utilização do Poder Normativo da Justiça do Trabalho, vez que o empresariado brasileiro sempre resistiu de forma decidida à construção de mecanismos institucionais que pudesse, em alguma medida, ampliar o âmbito de atuação do contrapoder sindical, por intermédio das negociações coletivas de trabalho.

Todavia, como em outros momentos da história da relação conflituosa entre as classes no Brasil, a agudização das contradições havidas nos anos sessenta, ao contrário de ter possibilitado uma “renovação do capitalismo” como a experimentada na Europa e nos EUA ao final daquela década, fomentou o golpismo do empresariado, da Igreja católica e dos militares, para assegurar mediante uma *contrarrevolução* a continuidade do modo de produção capitalista e os privilégios às elites.

Se durante a segunda fase a indução da aceitação da maneira de existir preconizada pelo capitalismo era feita pelas contrapartidas ambivalentes asseguradas pelo Direito Capitalista do Trabalho (na lei, nas sentenças normativas, e, de modo residual, nos contratos coletivos) e pelos métodos de gestão tayloristas e fordistas; na próxima fase, com a implantação da ditadura militar, altamente restritiva e regressiva, este ramo do Direito se tornará ainda mais protetivo dos interesses dos empregadores.

## 1.4 A terceira etapa do Direito Capitalista do Trabalho brasileiro (1965-1988)

Para evitar que o capitalismo fosse instado a *ceder mais alguns anéis*, visando *preservar os dedos*, o intervencionismo estatal brasileiro inaugurado nos anos trinta e relegitimado em 1946 desvelou seus aspectos mais autoritários com o Golpe de Estado de 1964.

A resposta do Estado e do empresariado às críticas anticapitalistas do início dos anos sessenta constituiu-se pela supressão dos direitos civis e políticos e pela restrição aos direitos sociais em três fases sequenciais.

Na primeira, a *ditadura envergonhada* (GASPARI, 2002a) promoveu três grandes alterações paradigmáticas no modelo de relações laborais disciplinado pelo Direito

Capitalista do Trabalho: (i) praticamente extinguiu a possibilidade dos trabalhadores alcançarem a estabilidade no emprego, com a criação do FGTS; (ii) restringiu drasticamente a possibilidade dos Tribunais Trabalhistas concederem ou ampliarem contrapartidas fordistas pela aceitação do direito a subordinar; (iii) fortaleceu os aspectos corporativistas do modelo anterior, mediante a restrição ao direito de greve, da intervenção nas diretorias dos sindicatos nomeando pessoas de confiança do novo regime para geri-las; e (iv) impôs a estagnação de conteúdos no Direito do Trabalho, nas leis e nas normas coletivas de trabalho com a restrição ao poder normativo negocial.

Essas alterações paradigmáticas depuraram o modelo brasileiro de relações entre as classes sociais de seus principais elementos justificadores, de natureza fordista, potencializando os elementos corporativistas já existentes nas etapas anteriores. Imposto pela força das armas e da repressão durante a fase da *ditadura escancarada* (GASPARI, 2002b) no início dos anos setenta, o capitalismo brasileiro não se sentiu obrigado a se relegitimar por intermédio de um *segundo espírito capitalista*<sup>6</sup> como nos outros intervencionismos estatais capitalistas, tendo experimentado um surto de crescimento econômico, com concentração de renda no empresariado.

Entre as medidas *flexibilizadoras* incidentes sobre a regulação da compra e venda da força de trabalho promovidas pela ditadura, além da instituição do FGTS, figuram as leis que permitiram a locação de mão de obra, atingindo outro dos pilares do Direito Capitalista do Trabalho da fase anterior, pois se flexibilizavam os contratos de emprego tanto na saída (pelo fim da estabilidade), quanto em seu início, por permitir a ampliação da contratação por prazo determinado e por interposta pessoa jurídica<sup>7</sup>, prática que será enormemente utilizada na virada do século, através de vários processos identificados sob o significativo *terceirização*.

Neste sentido, se nos países de capitalismo central as reformas trabalhistas orientadas à diminuição da alegada rigidez do Direito do Trabalho foram realizadas a partir dos anos oitenta, no Brasil, submetido à ditadura militar, a quebra de uma rigidez inexistente se deu antecipadamente, aproveitando-se da impossibilidade de reação por parte dos trabalhadores e de suas entidades.

<sup>6</sup> Em resposta às críticas intrassistêmicas (formuladas pelos setores integrados ao modo de produção) e antissistêmicas (articuladas pelos movimentos da juventude) do final dos anos sessenta, o capitalismo se viu obrigado a se relegitimar por intermédio de um segundo espírito do capitalismo (BOLTANSKI, CHIAPELLO, 2002), cedendo mais alguns anéis, principalmente nos países europeus.

<sup>7</sup> Durante as fases anteriores de desenvolvimento do Direito Capitalista do Trabalho no Brasil a terceirização não tinha relevância. Efetivamente, nos períodos anteriores as únicas hipóteses de subcontratação eram a empreitada e a subempreitada. BRASIL. Consolidação das Leis do Trabalho. 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 importâncias a este devidas, para a garantia das obrigações previstas neste artigo.

Nesta terceira fase de desenvolvimento, para beneficiar ainda mais os empregadores — depois de rompida a causalidade para o rompimento dos contratos de trabalho, pela admissão do poder potestativo do empregador de decidir unilateralmente a terminação dos contratos de trabalho — o regime militar promoveu a aprovação de leis autorizando a intermediação e a terceirização de mão de obra, desde que atendidos alguns pressupostos.

A terceirização de mão de obra, inicialmente concebida para o setor público no contexto de ampla reforma administrativa<sup>8</sup> e para atendimento de algumas funções,<sup>9</sup> foi estendida para o setor privado em 1974, com a edição da conhecida “lei do trabalho temporário”,<sup>10</sup> servindo de base legal para a proliferação da utilização da intermediação do trabalho em todos os setores da economia.

Engendrada tendo por foco o atendimento de necessidades excepcionais de mão de obra, pelo prazo máximo de três meses para atender à necessidade transitória de substituição de seu pessoal regular e permanente ou ao acréscimo extraordinário de serviços, paulatinamente a prática da intermediação se introduziu em diversas atividades produtivas brasileiras, antecipando a universalização desta prática nos anos seguintes.

Já no início da década subsequente, com efeito, a legislação passou a admitir também a intermediação *permanente* de pessoal nas atividades de vigilância bancária,<sup>11</sup> antecipando no Brasil elementos pós-fordistas que caracterizarão o *novo*

<sup>8</sup> BRASIL. Decreto-Lei nº 200/67. Dispõe sobre a organização da Administração Federal, estabelece diretrizes para a Reforma Administrativa e dá outras providências [...] Art. 10. A execução das atividades da Administração Federal deverá ser amplamente descentralizada [...] §7º Para melhor desincumbir-se das tarefas de planejamento, coordenação, supervisão e controle e com o objetivo de impedir o crescimento desmesurado da máquina administrativa, a Administração procurará desobrigar-se da realização material de tarefas executivas, recorrendo, sempre que possível, à execução indireta, mediante contrato, desde que exista, na área, iniciativa privada suficientemente desenvolvida e capacitada a desempenhar os encargos de execução [...].

<sup>9</sup> BRASIL. Lei nº 5645, de 10 de dezembro de 1970. Estabelece diretrizes para a classificação de cargos do Serviço Civil da União e das autarquias federais, e dá outras providências. Art. 3º Segundo a correlação e afinidade, a natureza dos trabalhos, ou o nível de conhecimentos aplicados, cada Grupo, abrangendo várias atividades, compreenderá: [...] Parágrafo único. As atividades relacionadas com transporte, conservação, custódia, operação de elevadores, limpeza e outras assemelhadas serão, de preferência, objeto de execução indireta, mediante contrato, de acordo com o artigo 10, §7º, do Decreto-lei número 200, de 25 de fevereiro de 1967.

<sup>10</sup> BRASIL. Lei nº 6.019, de 3 de janeiro de 1974. Dispõe sobre o Trabalho Temporário nas Empresas Urbanas, e dá outras Providências. Art. 1º - É instituído o regime de trabalho temporário, nas condições estabelecidas na presente Lei. Art. 2º - Trabalho temporário é aquele prestado por pessoa física a uma empresa, para atender à necessidade transitória de substituição de seu pessoal regular e permanente ou ao acréscimo extraordinário de serviços. Art. 3º - É reconhecida a atividade da empresa de trabalho temporário que passa a integrar o plano básico do enquadramento sindical a que se refere o art. 577, da Consolidação das Leis do Trabalho. Art. 4º - Compreende-se como empresa de trabalho temporário a pessoa física ou jurídica urbana, cuja atividade consiste em colocar à disposição de outras empresas, temporariamente, trabalhadores, devidamente qualificados, por elas remunerados e assistidos. [...] Art. 10 - O contrato entre a empresa de trabalho temporário e a empresa tomadora ou cliente, com relação a um mesmo empregado, não poderá exceder de três meses, salvo autorização conferida pelo órgão local do Ministério do Trabalho e Previdência Social, segundo instruções a serem baixadas pelo Departamento Nacional de Mão-de-Obra.

<sup>11</sup> BRASIL. Lei nº 7.102, de 20 de junho de 1983. Dispõe sobre segurança para estabelecimentos financeiros, estabelece normas para constituição e funcionamento das empresas particulares que exploram serviços de vigilância e de transporte de valores, e dá outras providências. [...] Art. 3º - A vigilância ostensiva

*espírito do capitalismo*, do *capitalismo descomplexado*, entendido como aquele em que este modo de produção, injusto por suas próprias características, considera desnecessário se legitimar e se relegitimar.

Todavia, ao contrário do que supunha, apesar da repressão, da censura, da supressão dos direitos democráticos, ao longo da década de setenta o regime militar experimentou crescente perda da pouca legitimidade adquirida no contexto do *milagre econômico brasileiro* passando a ser contestado por movimentos populares, por setores médios da sociedade e por parte do empresariado dependente dos níveis de consumo da população. Assim teve início o processo que foi memorizado como o da *abertura política, lenta, gradual e segura*, terceira etapa do regime iniciado em 1964, aquela da *ditadura derrotada* (GASPARI, 2002c).

Neste processo ressurgiu a classe trabalhadora como protagonista político e, como consequência das mobilizações que promoveu durante toda a década de oitenta, se chegou à Constituição de 1988 materializando novas relações sociais que, na contraposição de duas éticas distintas,<sup>12</sup> sintetizou e condensou as correlações de força entre as distintas classes e frações de classe, constituindo um novo marco institucional para o intervencionismo estatal capitalista nas relações de trabalho.

## 1.5 A quarta etapa do Direito Capitalista do Trabalho no Brasil (iniciada em 1988)

A constitucionalização de diversos direitos trabalhistas ao lado de promessas de políticas públicas se insere no conjunto de ideias conformador do *segundo* espírito do capitalismo, que na Europa havia relegitimado o modo de produção, durante a década de setenta, como resposta às críticas sociais experimentadas no final da década anterior. Todavia, no hibridismo constitucional de 1988, estas convivem com

---

e o transporte de valores serão executados: I - por empresa especializada contratada; ou II - pelo próprio estabelecimento financeiro, desde que organizado e preparado para tal fim, e com pessoal próprio. Parágrafo único - Nos estabelecimentos financeiros federais ou estaduais, o serviço de vigilância ostensiva poderá ser desempenhado pelas Polícias Militares, a critério do Governo do respectivo Estado, Território ou Distrito Federal [...] Art. 15 - Vigilante, para os efeitos desta Lei, é o empregado contratado por estabelecimentos financeiros ou por empresa especializada em prestação de serviço de vigilância ou de transporte de valores, para impedir ou inibir ação criminosa. Art. 18 - O vigilante usará uniforme somente quando em efetivo serviço. Art. 19 - É assegurado ao vigilante: I - uniforme especial às expensas da empresa a que se vincular; II - porte de arma, quando em serviço; III - prisão especial por ato decorrente do serviço; IV - seguro de vida em grupo, feito pela empresa empregadora.

<sup>12</sup> No mesmo período se assistiu nas relações laborais concretas brasileiras à progressiva implantação do pós-fordismo e do pós-taylorismo na gestão das empresas, de modo coevo à disputa hegemônica entre o segundo e o terceiro espíritos do capitalismo (BOLTANSKI, CHIAPELLO, 2002) que se contrapunham nos debates constituintes. Por um lado, a exemplo do que havia ocorrido nos países centrais na década anterior, o capitalismo brasileiro também se via forçado a se renovar, a se reinventar, para melhor resistir às críticas a si dirigidas. De outro lado, parte do empresariado que havia sido beneficiado pelas flexibilizações precoces promovidas nesta terceira etapa de desenvolvimento do Direito Capitalista do Trabalho, influenciado por uma nova Doutrina ideológica, não apenas resistia àquelas propostas relegitimadoras, mas sustentava a “necessidade” de se outorgar à “mão invisível do mercado” ampliados âmbitos de regulação.

uma nova ética e uma nova doutrina mais adaptada ao *terceiro* espírito do capitalismo, contemporâneo da derrocada dos regimes soviéticos e de importantes alterações experimentadas pelo mundo do trabalho, algumas das quais serão enfocadas ainda neste artigo.

Esse hibridismo da Constituição de 1988 se configurou pela disputa entre dois projetos para a sociedade brasileira. O primeiro se inscreve entre as diversas tentativas ideológicas de se construir nos países que saíam de regimes autoritários novos sistemas de justificação que pudessem de modo mais eficiente resistir à crítica anticapitalista vetorizada por inúmeros movimentos sociais, configurando-se em um *segundo espírito do capitalismo*. Outras tentativas de respostas às críticas sociais, contudo, também estavam em andamento, presentes nas formulações dos setores que pretendiam suprimir a fase legitimadora típica dos anos setenta nos países de capitalismo central, “queimando esta etapa”, passando diretamente para o *novo* espírito capitalista, que se implantava na Europa e nos EUA, a partir do final dos anos oitenta.<sup>13</sup>

Essa disputa hegemônica entre projetos políticos distintos na Constituição de 1988 se manifestou em distintas dimensões: nos planos ideológico, normativo e doutrinário.<sup>14</sup>

No plano político-ideológico a disputa hegemônica entre os dois espíritos do capitalismo se apresentou como uma oposição entre *regulação* e *flexibilização*, sendo que na última década do século passado já não se discutia a amplitude dos direitos e garantias (quantidade de *anéis a serem cedidos para salvar os dedos*, na referida metáfora) passando-se a discutir a própria necessidade de se manter os atuais patamares de regulação.

No plano normativo assistiu-se a dois momentos na quarta fase de desenvolvimento do Direito Capitalista do Trabalho brasileiro: até 2002, durante os governos mais influenciados pelo neoliberalismo, com inúmeras inovações legislativas favoráveis aos interesses dos empregadores (banco de horas, contratos provisórios, contratos a tempo parcial, entre outras); e o período subsequente, durante o qual tais

<sup>13</sup> Enquanto nos países de capitalismo central se assistiu à implantação de um segundo espírito do capitalismo na década de setenta e à sua substituição progressiva, nas décadas seguintes, por um terceiro espírito do capitalismo, no Brasil, verdadeiramente, as relações entre as classes sociais foram presididas pelo primeiro espírito do capitalismo até o final da ditadura militar, oportunidade em que, na Constituinte, se assistiu à contraposição entre dois projetos capitalistas, um vinculado ao segundo, outro ao terceiro espírito do capitalismo.

<sup>14</sup> Esta disputa entre projetos distintos que se estabeleceu no plano político-ideológico, no plano normativo e no plano doutrinário, não se repete verdadeiramente no plano da jurisprudência trabalhista, de maneira coeva. De fato, a jurisprudência consolidada pelo TST não foi contaminada por aquela disputa, eis que majoritariamente aquela Corte, na tentativa de funcionalizar o Direito do Trabalho para os objetivos macroeconômicos dos governos, se orientou nos primeiros quinze ou vinte anos da atual Ordem Constitucional pelo mencionado terceiro espírito capitalista. Na verdade, como a maioria dos Ministros do TST e dos Desembargadores nos Tribunais Regionais do Trabalho foi nomeada durante a “década perdida” que coincidiu com a adoção do neoliberalismo como ideologia governamental, a disputa entre os dois espíritos do capitalismo começa a se estabelecer somente no início da segunda década deste século em face das recentes nomeações de julgadores não comprometidos ideologicamente com o ideário prevalente no TST até então.

iniciativas encontram maiores resistências por parte do Governo que, por haver se diferenciado do anterior em relação à distribuição de renda e de mudança no vetor privatista e precarizador de direitos, conseguiu eleger sua sucessora.

No plano da Doutrina jurídica a maioria dos autores, no mesmo período, oscila entre a defesa de uma hermenêutica conforme ao terceiro espírito do capitalismo, nem sempre de modo consciente; e uma hermenêutica humanista, por vezes jusnaturalista, que pretende condicionar a interpretação das inovações legislativas precarizadoras aos princípios ou aos fundamentos constitucionais informadores do Direito do Trabalho, de alguma maneira vinculada aos postulados do segundo espírito do capitalismo objetivando *manter* ou *restabelecer* as contrapartidas estatais pela aceitação do direito a subordinar, legalizado pelo Direito Capitalista do Trabalho, e da maneira de existir inerente ao estatuto do salariado que haviam caracterizado o Direito do Trabalho brasileiro durante sua segunda fase de desenvolvimento (de 1945 a 1964). Uma pequena parcela da doutrina trabalhista, contudo, passa a vislumbrar no fracasso do neoliberalismo e no contexto da mais recente crise capitalista a possibilidade de, também se vinculando ao segundo espírito do capitalismo, *ampliar* direitos à classe que vive do trabalho, mediante processos de acirramento das contradições sociais e de convencimento social no sentido de extirpar da normatividade real (nas leis e na jurisprudência) os elementos neoliberais introduzidos durante a *década perdida*, que terminou em 2003.

## 2 Os novos métodos de gestão do capitalismo descomplexado e a terceirização

Na virada do século as relações *de* produção capitalistas sofreram significativas mudanças, inclusive quanto aos seus modos de legitimação, mas, como se sabe, as alterações no mundo do trabalho, *na* produção, foram bem mais profundas. As próprias técnicas de gestão típicas do primeiro e do segundo espírito do capitalismo acabaram sendo alteradas, com a implantação do pós-fordismo e do pós-taylorismo.

Com o desaparecimento da concorrência ideológica, ou seja, com o fim dos regimes de socialismo real na Europa, de certa forma o capitalismo sentiu-se à vontade para “resgatar os anéis cedidos” anteriormente: desde o início do intervencionismo estatal, passando pela própria construção do Direito do Trabalho como ramo autônomo da ciência jurídica, até as concessões a que se viu obrigado em face da crítica social dos anos sessenta do século passado. O capitalismo gestor do final do século XX já não temia a “perda dos dedos”, teríamos chegado ao “fim da história” (FUKUYAMA, 1992), representada pela definitiva vitória — ideológica — do mercado e da democracia liberal sobre os ideais igualitaristas. Surgia o *terceiro espírito do capitalismo*, anteriormente mencionado.

Neste contexto, adquire predominância uma nova Doutrina *normativa*<sup>15</sup> do bem-administrar, visando ensinar como as empresas *deveriam ser administradas*, ao mesmo tempo que pregava a “necessidade” de um redimensionamento do Direito Capitalista do Trabalho para propiciar melhores condições de competitividade dos produtos fabricados em cada país, no mercado globalizado.

Entre as inúmeras tentativas de “redimensionar” o Direito do Trabalho figura a legalização da terceirização de algumas das atividades empresariais, associadas ao conceito da “desejada” flexibilidade pregada pela nova Doutrina normativa, mediante processos de deslocalização da atividade produtiva, da externalização de algumas de suas atividades e da flexibilização da regulação estatal.

## 2.1 A deslocalização empresarial para a redução dos custos de produção

O que a Doutrina do pós-fordismo denomina como *deslocalização empresarial* consiste, em um primeiro sentido, na estratégia de algumas empresas em fechar fábricas ou plantas industriais inteiras em um determinado país para localizá-las em outros países nos quais os custos de produção sejam mais interessantes para os donos do capital investido naquela indústria. Esse processo é referenciado pelo movimento sindical internacional como política de “exportação de empregos”, já que os Estados acabariam promovendo ou estimulando as empresas a produzirem em outros países, aumentando o desemprego nos países de origem. Do ponto de vista dos acionistas ou dos proprietários dos meios de produção, este movimento seria consequência “natural” do “anacrônico” intervencionismo estatal nos países mais institucionalizados (concedendo direitos e garantias “excessivas” aos trabalhadores durante os dois espíritos capitalistas anteriores) que teria tornado “inevitável” a transferência da produção para outro país, para poder fazer frente à “concorrência internacional”. Por este processo, “para se preservar”, as empresas haveriam de migrar, de se *deslocalizar* sempre e quando houvesse condições de produção mais vantajosas em outro país.

<sup>15</sup> Diferentemente das doutrinas científicas de outros ramos do conhecimento, que procuram analisar a realidade para descrevê-la, para compreendê-la, e, eventualmente, para transformá-la, a doutrina normativa do bem-administrar não descreve o que é, mas como deveria ser; não explica como as empresas são organizadas, mas como deveriam ser estruturadas, e assim por diante. Daí resulta a primeira dificuldade encontrada pelos operadores do Direito para extrair da interpretação das novas doutrinas da “ciência da administração” o seu real significado. Acostumados com a aproximação progressiva do objeto de análise para melhor compreendê-lo, os juristas leem os livros de administração sem se perceber que não são descrições vinculadas a uma realidade, mas são textos normativos, dizendo como as empresas e as relações sociais deveriam ser. A segunda dificuldade se refere ao jargão utilizado naquelas obras, fornidas de anglicismos e de neologismos, de tal modo que terminam por ocultar os contextos de onde são originárias aquelas formulações teóricas e, muitas vezes, os interesses subjacentes às propostas normativas que são apresentadas sob a aparente neutralidade científica.

O que se queria evitar, em 1919, com a criação da OIT, agora passa a ser estimulado pelos teóricos da Nova Doutrina: o *dumping social* é redesignado como *deslocalização empresarial*,<sup>16</sup> de modo que, em sentido metafórico, passa a significar o processo pelo qual parte do trabalho antes executado dentro do ambiente empresarial é realizado em outros espaços físicos — como a casa do empregado ou no próprio local de instalação do bem produzido parcialmente na fábrica — e ultimado no local indicado pelo consumidor final, algumas vezes inclusive por empregados de outras empresas (terceirizadas) ou pelo próprio consumidor. Sob a aparência de racionalidade empresarial e econômica restam agudizados os processos de precarização das condições de trabalho, em um primeiro momento, e, a seguir, resulta precarizada a regulação estatal incidente sobre o trabalho prestado em tais condições.

Com a sofisticação dos discursos desta “moderna ciência da Administração de Empresas”, outros neologismos, além deste, foram se agregando ao léxico da literatura normativa produzida para adestrar empresas, trabalhadores e consumidores ao terceiro espírito do capitalismo, e também ao léxico da doutrina juslaboralista em processo contínuo; até que, finalmente, passa a ser *naturalizado*, como se fosse normal e até desejável uma distinta regulação estatal do trabalho prestado em condições de subordinação, externalizado parcialmente pelos novos métodos de gestão.

## 2.2 A externalização e a dualização do mercado de trabalho

Centrado na vocação prioritária do negócio, na sua especialização, naquilo que o singulariza em face da concorrência, o modelo de empresa proposto pela doutrina é o da “empresa esbelta” conectada a outras empresas organizadas em rede. Todavia, ao lado desta segmentação que visava a utilização otimizada das novas tecnologias produtivas, surge a externalização danosa para o funcionamento das sociedades, pela qual, com a redução dos custos de produção (no fator trabalho) e com alta produtividade, todas as organizações empresariais poderiam, segundo a nova doutrina, ter seus lucros ampliados mediante a externalização de parte de suas atividades, com óbvios reflexos no mercado de trabalho.

<sup>16</sup> A deslocalização empresarial pode ser total ou parcial. No primeiro caso ocorre a transferência da fábrica toda para outro país ou para outra região dentro do mesmo país, onde o Estado oferece isenções fiscais, tributárias ou outros “incentivos” e onde a mão de obra seja mais barata, pela existência de um mais amplo exército industrial de reserva; no segundo caso, ocorre a transferência de parte da produção que é realocada em outro local. Por força das possibilidades ampliadas de deslocalização empresarial, a própria concepção teórica que alude a países de capitalismo central e a países capitalistas periféricos passa a entrar em crise, já que não é raro se encontrar regiões altamente industrializadas tanto em países ricos como em países em desenvolvimento, cada uma das quais se transformando em centros de periferias regionais, sem a necessária correspondência com as fronteiras nacionais. Apesar disso, e com essas ressalvas, a distinção teórica entre centro e periferia continua funcional para explicar os distintos níveis de tutela aos interesses empresariais promovidos pelo Direito Capitalista do Trabalho.

Dentre os inúmeros processos de *externalização danosa* três deles merecem destaque: (i) a *pejotização*, substantivização da sigla composta pelas duas letras iniciais da expressão *Pessoa Jurídica*, para referenciar a contratação de pessoas físicas para prestar trabalho em condições análogas às dos empregados, geralmente em fraude ao disposto pelo Direito Capitalista do Trabalho; (ii) a pouco estudada externalização pela *subordinação do consumidor*, processo complexo segundo o qual parte do trabalho anteriormente executada por um empregado da empresa é externalizado para que o próprio consumidor final do bem ou do serviço trabalhe de forma não remunerada para o negócio, aumentando suas margens de lucro e a sua produtividade empresarial; e, finalmente, o mais conhecido por intermédio da (iii) *terceirização* de parte das atividades anteriormente desenvolvidas para que empregados de outras empresas “terceirizadas” realizem aquele trabalho, a um custo menor para a empresa contratante (tomadora de serviços). Estes distintos processos de externalização atuam, em conjunto ou separadamente, possibilitando que dentro de uma mesma unidade produtiva possam ser encontrados diversos níveis de subcontratação, com diversos níveis de proteção sindical e de remuneração, rompendo com a *isonomia salarial* que caracterizava o segundo espírito do capitalismo.

O que seria impensável e inadmissível no segundo espírito do capitalismo e mesmo na doutrina fordista-taylorista aparece *naturalizado* nos métodos de gestão pós-fordistas, permitindo a existência de, em um mesmo ambiente laboral, trabalhando lado a lado, desempenhando tarefas similares e coimplicadas, pessoas empregadas por empresas distintas, algumas subcontratadas de outras e com níveis de remuneração diferenciados.

Este processo de precarização das relações de trabalho a nova *doutrina* do bem-administrar denomina como *dualização salarial*,<sup>17</sup> vislumbrada em boa parte das empresas pós-fordistas. Nestas há um núcleo de trabalhadores melhor remunerados, considerados essenciais para a continuidade do negócio, aos quais é assegurada uma série de vantagens e benefícios no sentido de tentar vinculá-los o maior tempo possível à empresa; segregando o resto dos trabalhadores, geralmente mal remunerados, contratados por interpostas pessoas jurídicas, para o desenvolvimento de tarefas rotineiras, repetitivas ou não, sem necessidade de elevado grau de especialização, aos quais é assegurado apenas o mínimo garantido pelas normas aplicáveis, configurando mecanismos de discriminações diversos e sequenciais.<sup>18</sup>

<sup>17</sup> A dualização do mercado de trabalho, contudo, também tem outros significados. Esta prática de dividir o conjunto de empregados em dois grupos, um essencial e bem remunerado, outro acessório e mal remunerado, também é referida como dualização laboral, para guardar relação com a distinção entre o “mercado laboral primário”, constituído por empregos com melhor remuneração, mais estáveis, com melhores condições de trabalho, e o “mercado laboral secundário” com características inversas: instabilidade, baixos níveis remuneratórios e de proteção normativa. Neste segundo mercado os índices salariais, de produtividade e de estabilidade tendem a ser muito baixos determinando que “no interior de cada subgrupo a mobilidade seja elevada e os salários tendam para a convergência, ao passo que entre cada um deles a mobilidade é reduzida e o gap salarial acentuado” (REDINHA, 1995, p. 43).

<sup>18</sup> Na doutrina estadunidense, a expressão dualização salarial aparece associada à prática empresarial de pagar salários inferiores aos negros e aos latinos, em comparação com os salários pagos aos brancos, à prática

Esses processos sequenciais de discriminação de *status* salarial e de garantias são referidos como sendo parte de um amplo processo de *dualização do mercado laboral*, característico do terceiro espírito do capitalismo. Cada uma de suas camadas de discriminação é superposta à anterior, de maneira que entre os varões jovens, bem educados e bem formados, oriundos das camadas superiores da sociedade e o conjunto de mulheres com certa idade, com baixa escolaridade, casadas, com filhos, de determinada minoria racial e com determinadas características físicas estigmatizadas, haveria diversos níveis de remuneração, geralmente coincidentes com vários níveis de subcontratação ou de externalização.

Esta subdivisão em distintos níveis de subcontratação com discriminação salarial e de benefícios aos trabalhadores era algo totalmente repudiado no segundo espírito do capitalismo, pela doutrina fordista e pelo Direito Capitalista do Trabalho vigente na maioria dos países e pela jurisprudência trabalhista brasileira.<sup>19</sup> Todavia, com o desaparecimento do modo de produção concorrente, o capitalismo considerou que não necessitava mais se justificar para obter legitimidade e, à “rigidez” fordista, opôs a “flexibilidade” pós-fordista.

### 2.3 Flexibilidade e flexibilização: ambiguidades e eufemismos

Nos livros da nova administração científica os termos flexibilidade e flexibilização aparecem confundidos, mesclados, e algumas vezes até como sinônimos. De fato, não faltam diferentes acepções a estes conceitos. Podem ser encontradas referências a diferentes tipos de *flexibilidade* (DOMBOIS; PRIES, 1993, p. 56).

Em um primeiro sentido pode se referir a determinadas tecnologias vinculadas à produção informatizada que permitem “flexibilizar” o desenho, o modelo ou mesmo a inclusão ou retirada de alguns itens de determinado produto com utilização da robótica e da microeletrônica, com pequena participação de trabalho humano nas alterações produzidas. Em um segundo sentido, algumas vezes adjetivada como *flexibilidade interna* ou *funcional*, a expressão guarda relação com o tipo de empregado desejado pelas empresas pós-fordistas, caracterizado pela *polivalência*

---

de algumas empresas de substituir empregados varões por mão de obra feminina, tradicionalmente menos reivindicativa naquele país, ou, finalmente, às práticas de substituição de trabalhadores braçais com mais idade pelo trabalho braçal de jovens, não apenas por conta da maior produtividade destes, mas também pela possibilidade de com isso reduzir-se os valores da folha de pagamentos. Na doutrina sobre as relações de trabalho no Japão, a dualização aparece referida à preferência por trabalhadores jovens do sexo masculino nas empresas principais, relegando para o trabalho nas empresas subcontratadas por aquela, para prestar serviços no ambiente do próprio contratante, os trabalhadores mais idosos ou menos preparados e, sequencialmente, destinando às mulheres, jovens ou maduras, os empregos mais precários e pior remunerados.

<sup>19</sup> BRASIL. TST. Enunciado nº 256: Salvo os casos de trabalho temporário e de serviços de vigilância, previstos nas Leis nº 6.019, de 03 de janeiro de 1974, e nº 7.102, de 20 de junho de 1983, é ilegal a contratação de trabalhadores por empresa interposta, formando-se o vínculo empregatício diretamente com o tomador dos serviços.

dos trabalhadores treinados e qualificados para desempenhar distintas tarefas e funções dentro do processo produtivo, em oposição ao operário fordista-taylorista típico, superespecializado para o desenvolvimento repetitivo das mesmas tarefas, no menor tempo possível. Outra acepção, adjetivada como *flexibilidade externa*, alude ao desejo empresarial de poder quantificar não apenas o número de horas a serem laborados pelos empregados, mas também o número de empregados ao longo do ano, sempre na proporção das necessidades de produção, maximizando os lucros<sup>20</sup> (MATTOSO, 1998, p. 45).

Por fim, de modo a justificar a terceirização, se alude também à *flexibilidade salarial* para se fazer referência à quantificação do montante de dinheiro devido ao empregado (direto ou terceirizado) como contrapartida por haver se sujeitado ao poder patronal, ou seja, ao direito atribuído pela legislação trabalhista aos empregadores de subordinar os empregados. O objetivo deste tipo de flexibilidade é atacar o princípio da não discriminação inserido em várias legislações, para permitir ao empregador regular a questão salarial sem condicionantes intervencionistas, naturalizando a intermediação de mão de obra, segundo parâmetros precarizados.

Em todas as aplicações das expressões, seja como substantivo, seja como adjetivo, a oposição binária se estabelece com o antipático conceito de *rigidez*, associado negativamente ao “anacronismo” da regulação anterior, vale dizer, às relações de produção (fordismo-taylorismo) e às relações *na* produção (regulada pelo Direito Capitalista do Trabalho) relacionadas com os modelos de intervencionismo adotados ao final da Segunda Guerra e sofisticados nos anos setenta em resposta às críticas intra e antissistêmicas havidas ao final da década anterior, referidas anteriormente como configuradoras do segundo espírito do capitalismo.

A força simbólica da ideologia derivada desta oposição binária é tamanha que mesmo em países nos quais o Direito Capitalista do Trabalho já tinha sido “depurado” da rigidez fordista, seja pelos regimes militares como no Brasil, seja por reformas trabalhistas de cunho neoliberal, como na Argentina ou na Espanha, ainda se insiste na necessidade de mais flexibilidade e de mais flexibilização, sempre utilizando como argumento o fato de que a “rigidez” seria prejudicial aos próprios trabalhadores, por dificultar a criação de novos empregos. A *flexibilidade*, assim, tem sido utilizada nos discursos de alguns juslaboralistas, parte dos quais magistrados, como *eufemismo* para significar *precariedade*. Do mesmo modo, eufemisticamente, a doutrina prefere

<sup>20</sup> Com este sentido é que foram procedidas em vários países “reformas trabalhistas” permitindo a modulação horária mediante mecanismos de compensação que isentariam as empresas da obrigação no pagamento de horas extras, pela implantação de uma gama de instrumentos. Destes, o mais conhecido é o “banco de horas” eficiente instrumento de transferência de renda dos trabalhadores para as empresas, legalizado pelo Direito Capitalista do Trabalho. Do mesmo modo, se refere à introdução nas legislações de alguns países intervencionistas de mecanismos que facilitarão a despedida de empregados e a contratação temporária de outros, com menos direitos, menos garantias e, inclusive, com salários menores.

aludir à *flexibilização* quando efetivamente se refere à *precarização* do Direito do Trabalho (RAMOS FILHO, 2009b), mas quase sempre tendo por argumento central a “necessidade” de se criar mais empregos, ainda que precários.

### 3 A terceirização, a precarização e a perda da capacidade sedutora do direito do trabalho

Aquelas intervenções legislativas da década de setenta, durante a terceira fase de desenvolvimento do Direito do Trabalho brasileiro que permitiram a locação de mão de obra, efetivamente subverteram a doutrina trabalhista construída nas fases anteriores, uma vez que, com elas, se passou a admitir a formação de um modelo trilateral de prestação de trabalho subordinado, em contraposição ao modelo bilateral clássico (um vende a força de trabalho e outro a compra, mediante algumas contrapartidas, como salários, benefícios, promessas para o futuro, compromissos diversos de natureza fordista, entre outras). A partir de então se admite que um comprador de força de trabalho a revenda com lucro, estabelecendo-se um duplo regime de apropriação de mais-valia.

Muito embora a lei do trabalho temporário de 1974 limitasse a interposição de pessoa jurídica apenas para suprir necessidade transitória de pessoal regular e permanente ou para atender a acréscimo extraordinário dos serviços da empresa tomadora dos serviços, na prática, e de maneira crescente, este marco normativo foi sendo utilizado à margem da legalidade para contratação de pessoal com custos menos elevados para os empresários, antecipando a precarização laboral e a dualização salarial que se tornará frequente na virada do século.

Na concretude das relações trabalhistas a garantia de tratamento isonômico (entre os trabalhadores permanentes e os terceirizados) presente na legislação<sup>21</sup> frequentemente passa a ser desconsiderada e, paulatinamente, foi se impondo outra ética nas relações entre as classes sociais fundamentais, um novo espírito capitalista, que aceitava a *merchandage*: como mercadoria a força de trabalho poderia ser comprada por uma pessoa jurídica (intermediária) e revendida, com lucro, a outra

<sup>21</sup> BRASIL. Lei nº 6019/74. 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; b) jornada de oito horas, remuneradas as horas extraordinárias não excedentes de duas, com acréscimo de 20% (vinte por cento); c) férias proporcionais, nos termos do artigo 25 da Lei nº 5107, de 13 de setembro de 1966; d) repouso semanal remunerado; e) adicional por trabalho noturno; f) indenização por dispensa sem justa causa ou término normal do contrato, correspondente a 1/12 (um doze avos) do pagamento recebido; g) seguro contra acidente do trabalho; h) proteção previdenciária nos termos do disposto na Lei Orgânica da Previdência Social, com as alterações introduzidas pela Lei nº 5.890, de 8 de junho de 1973 (art. 5º, item III, letra “c” do Decreto nº 72.771, de 6 de setembro de 1973).

pessoa jurídica (tomadora dos serviços) que subordina o trabalho vivo, mediante contraprestações precarizadas para os empregados.<sup>22</sup>

Seguindo a mesma lógica flexibilizadora, a legislação que autorizava a contratação por interposta pessoa jurídica para as atividades de vigilância bancária passa a ser utilizada por empregadores, para a contratação de profissionais de segurança em outras atividades econômicas, em flagrante fraude trabalhista. Tais práticas de delinquência patronal só foram “juridificadas” no início do governo neoliberal, vinte anos mais tarde, para se permitir a terceirização da vigilância patrimonial em qualquer instituição e estabelecimento público ou privado, além do transporte ou garantia do transporte de qualquer tipo de carga.<sup>23</sup>

A frequência das violações aos direitos destes trabalhadores terceirizados ensejou, em meados da década de oitenta, a edição da mencionada Súmula nº 256 consolidando a jurisprudência que, apesar das leis flexibilizadoras, seguia repudiando a simples intermediação na contratação de mão de obra considerando ilícita a comercialização da força de trabalho em que uma pessoa jurídica intermediária se apropria de parte da remuneração do empregado, fora das hipóteses fixadas nas duas leis que regulavam a matéria.<sup>24</sup> O espírito do capitalismo era outro.

<sup>22</sup> O âmbito normativo do Direito do Trabalho, verdadeiramente, sempre esteve restrito às relações nas quais o trabalho é prestado sob condições de subordinação. Por esta razão muitos doutrinadores clássicos argumentam, com razão, pela impropriedade técnica em se aludir a “contrato de trabalho”, pois se trata de “contrato de emprego” forma jurídica pela qual uma pessoa cede parte de sua vida (quantificada em horas, dias, semanas, meses e anos) para exploração alheia mediante contrapartidas e compensações. Entre estas figuram (i) compensações asseguradas pelo Direito Capitalista do Trabalho, como um conteúdo mínimo para todos os contratos de emprego, cujos efeitos patrimoniais devem ser suportados pelos empregadores (como contrapartida pelo direito a subordinar) e (ii) compensações gerais asseguradas pelos demais ramos do Direito Capitalista, pela adesão ao conjunto de valores e à maneira de existir subordinadamente neste modo de produção.

<sup>23</sup> BRASIL. Lei nº 8.863, de 28 de março de 1994. Instituições financeiras/Serviços de vigilância e transporte de valores – Sistema de segurança – Alterações. Altera a Lei nº 7.102, de 20 de junho de 1983.

Art. 1º - O art. 10 da Lei nº 7.102, de 20 de junho de 1983, passa a vigorar com a seguinte redação: “Art. 10 - São consideradas como segurança privada as atividades desenvolvidas em prestação de serviços com à finalidade de: I - proceder a vigilância patrimonial das instituições financeiras e de outros estabelecimentos, públicos ou privados, bem como à segurança de pessoas físicas; II - realizar o transporte de valores ou garantir o transporte de qualquer outro tipo de carga”.

Art. 2º - Acrescente-se ao art. 10 da Lei nº 7.102, de 20 de junho de 1983, os seguintes parágrafos [...]

§2º - As empresas especializadas em prestação de serviços de segurança, vigilância e transporte de valores, constituídas sob a forma de empresas privadas, além das hipóteses previstas nos incisos do caput deste artigo, poderão se prestar ao exercício das atividades de segurança privada a pessoas; a estabelecimentos comerciais, indústrias, de prestação de serviços e residenciais; a entidades sem fins lucrativos; e órgãos e empresas públicas. §3º - Serão regidas por esta Lei, pelos regulamentos dela decorrentes e pelas disposições da legislação civil, comercial, trabalhista, previdenciária de penal, as empresas definidas no parágrafo anterior. §4º - As empresas que tenham objeto econômico diverso da vigilância ostensiva e do transporte de valores, que utilizem pessoal de quadro funcional próprio, para execução dessas atividades, ficam obrigadas ao cumprimento do disposto nesta Lei e demais legislações pertinentes.

<sup>24</sup> A jurisprudência então consolidada, quando a jurisprudência da Justiça do Trabalho ainda não havia sido capturada pela Doutrina neoliberal que caracterizará a última década do século XX, fixava apenas duas hipóteses nas quais seria permitida a contratação terceirizada de trabalho, constituídas em exceção ao padrão empregatício clássico estabelecido na CLT.

Assim, durante a ditadura militar e até que a ética do terceiro espírito do capitalismo sequestrasse a subjetividade da maioria dos magistrados do TST, todas as demais formas de contratação de trabalhadores por empresa interposta, que não se enquadrassem nos casos de trabalho temporário e serviço de vigilância, eram consideradas ilícitas.

Já na quarta etapa de desenvolvimento do Direito Capitalista do Trabalho brasileiro, em 17 de dezembro de 1993, ao argumento de enfrentar o desemprego, o TST reviu o entendimento sumulado para ampliar as hipóteses em que se admitia a terceirização,<sup>25</sup> de forma coerente com a nova ética do capitalismo descomplexado (por prescindir de instrumentos de legitimação e que se assume como verdadeiramente é) e dos métodos de gestão propugnados pela teoria normativa da “moderna ciência da administração de empresas” sob a influência do pós-fordismo e do neoliberalismo, legalizando em parte a delinquência patronal (RAMOS FILHO, 2009a).

De modo coerente com essa nova ética do capitalismo descomplexado, o entendimento sumulado em 1993 será novamente revisto para se chegar à formulação atual,<sup>26</sup> que continua legitimando a terceirização de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistentes a pessoalidade e a subordinação direta.

A atual redação da súmula do TST explicita quatro situações nas quais a terceirização pode ser considerada lícita. A *primeira* situação refere-se ao trabalho que respeite as hipóteses de sua aplicação (necessidades transitórias de pessoal regular

<sup>25</sup> BRASIL. TST. Enunciado nº 331 (redação original, de 1993). Contrato de prestação de serviços – Legalidade – Revisão do Enunciado nº 256. I – A contratação de trabalhadores por empresa interposta é ilegal, formando-se o vínculo de emprego diretamente com o tomador de serviços, salvo no caso de trabalho temporário (Lei nº 6.019, de 3.1.1974); II – A contratação irregular de trabalhador, através de empresa interposta, não gera vínculo de emprego como os órgãos da Administração Pública Direta, Indireta ou Fundacional (art. 37, II, da Constituição da República); III – Não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância (Lei nº 7.102, de 20.6.1983), de conservação e limpeza, bem como a de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistentes 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 este tenha participado da relação processual e conste também do título executivo judicial.

<sup>26</sup> BRASIL. TST. TST Enunciado nº 331 - Revisão da Súmula nº 256 - Res. 23/1993, DJ 21, 28.12.1993 e 04.01.1994 - Alterada (Inciso IV) - Res. 96/2000, DJ 18, 19 e 20.09.2000 - Mantida - Res. 121/2003, DJ 19, 20 e 21.11.2003. Contrato de Prestação de Serviços – Legalidade. 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). (Revisão do Enunciado nº 256 - TST); III - Não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância (Lei nº 7.102, de 20-06-1983), 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, inclusive quanto aos órgãos da administração direta, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista, desde que hajam participado da relação processual e constem também do título executivo judicial (art. 71 da Lei nº 8.666, de 21.06.1993). (Alterado pela Res. 96/2000, DJ 18.09.2000)

e permanente da empresa tomadora ou necessidade resultante de acréscimo extraordinário de serviços pela empresa). A *segunda* legaliza a terceirização em atividades de vigilância, tanto no setor público quanto no setor privado. A *terceira* situação diz respeito às atividades de conservação e de limpeza. A *quarta* e última está relacionada com serviços especializados ligados a atividade-meio do tomador, sendo exigido, para que se considere lícita a terceirização, obviamente, a inexistência de pessoalidade e subordinação direta do trabalhador terceirizado em relação ao tomador de serviços (DELGADO, 2006, p. 435-437).

Esta inflexão precarizadora do Direito do Trabalho, consubstanciada na atual redação da Súmula nº 331, como mencionado, tinha como fundamento ideológico a alegada criação de novos empregos, submetidos a um estatuto salarial diferenciado, muito embora tivesse como efeito concreto a transferência de renda da classe trabalhadora para os empregadores, diretos e indiretos. Efetivamente, o “combate ao desemprego”, tido como “crônico” e “inevitável em face das novas tecnologias” serviu de álibi e de coação para as *reformas trabalhistas* ocorridas em vários países, e para as inovações legislativas contemporâneas da edição da Súmula nº 331 no Brasil, mas com um componente adicional: entre nós não foram necessárias grandes alterações nas normas vigentes (pois estas já haviam sido precarizadas durante o regime militar), bastou alterar a maneira de julgar, de maneira que, no Brasil, a precarização laboral foi muito mais jurisprudencial do que legislativa, como resta evidente quando se analisa este tema.

Como em outros países, também no Brasil as precarizações, ao contrário do que apregoava a doutrina neoliberal, não tiveram impacto relevante nos níveis de emprego e, pior, contribuíram para ampliação do mal-estar laboral que caracteriza atualmente as relações de trabalho brasileiras (RAMOS FILHO, 2009c).

Em face do fracasso do neoliberalismo como doutrina, para além das propostas constantes da agenda empresarial (que gravitam em torno da revalorização da individualização dos contratos na regulação dos negócios jurídicos de índole laboral e das formulações que recolocam o Direito do Trabalho no contexto do Mercado), existem propostas que, também partindo da constatação de alterações substanciais na composição da classe trabalhadora e nos métodos de produção e de gestão, defendem a redefinição do Direito Capitalista do Trabalho<sup>27</sup> em três vertentes (i) para que este

<sup>27</sup> Na perspectiva de Manoel Carlos Palomeque López, existiriam três espécies principais de propostas para que o Direito Capitalista do Trabalho pudesse fazer frente a tais modificações ocorridas no âmbito da produção, cada uma das quais com fundamentações e racionalidades distintas: a primeira englobaria as proposições que propugnam pelo regresso das relações de trabalho assalariado para o âmbito do direito comum de bens e de contratos; a segunda seria a que propõe a transformação do Direito Capitalista do Trabalho em algo como um “direito do mercado de trabalho”; e na terceira seriam incluídas as propostas de criação de um direito comum do trabalho apto a incorporar a regulação “das diversas formas e situações de prestação laboral, com independência do negócio jurídico que proporciona sua articulação jurídica: o tradicional trabalho subordinado através do contrato de trabalho, o trabalho parassubordinado economicamente dependente e o trabalho independente e autônomo” (PALOMEQUE LÓPEZ, 2002, p. 39).

ramo do Direito possa disciplinar também outras relações laborais para além do trabalho subordinado, ou seja, para as relações de trabalho parassubordinado e mesmo em relação ao trabalho de autônomos sob dependência econômica; (ii) para que as tutelas estatais incidentes sobre as relações de trabalho subordinado, qualquer que seja o estatuto a que estejam vinculados, sejam *ampliadas*, em termos semelhantes àquelas preconizadas pelo *segundo espírito do capitalismo*; e (iii) para que reveja criticamente o conjunto da jurisprudência consolidada em súmulas produzidas durante a “década perdida”, depurando-a de seus fundamentos ideológicos. As três vertentes, que muitas vezes se apresentam de modo concorrente, orientam-se no sentido de diminuir o mal-estar laboral instaurado pela ética social do *terceiro espírito do capitalismo*, quando este modo de produção, descomplexado, considera prescindível a legitimação, tendo por fundamento a ineficácia na realidade brasileira do sistema de álibis e coações que permitiu as precarizações normativas experimentadas nos países de capitalismo central.

Naqueles países de capitalismo central, como já mencionado, quando o modo de produção se considerou vencedor da *guerra fria* ideológica que travou ao longo do século XX com o modo de produção alternativo, sentiu-se à vontade para *resgatar os anéis cedidos* para obter a adesão à maneira de existir que preconizava. Parte daquelas contrapartidas a que se viu obrigado *ceder* nos anos setenta em resposta à crítica social da década anterior, que redimensionaram o intervencionismo estatal na liberdade contratual nas relações de trabalho, foi “removida” nos países de capitalismo central por intermédio de sequenciais *reformas trabalhistas*, promovidas nos anos oitenta e noventa, sob o argumento de que seriam necessárias para ampliar a competitividade dos produtos nacionais, reduzindo-se os custos de produção, e para combater o desemprego.

Na América Latina, todavia, no início do século XXI, aquele sistema de álibis e coações fundado no alegado combate ao desemprego configurou-se como ineficaz depois da retomada do crescimento econômico experimentado por vários países na última década, com a chegada aos governos de coalizões de partidos e movimentos sociais mais vinculados aos postulados da esquerda democrática,<sup>28</sup> com a implantação de programas de distribuição de renda que produziram uma retomada

<sup>28</sup> De fato, em vários países latino-americanos, na última década foram implementados programas sociais de distribuição de renda, por intermédio de (i) mecanismos asseguradores de renda mínima – algumas vezes condicionados à manutenção dos filhos na escola, à adesão a programas de vacinação ou a outros similares relacionados à saúde e à educação – estabelecendo outros laços de solidariedade social e de legitimidade estatal; (ii) recuperação do poder aquisitivo dos salários pela elevação dos instrumentos de salário-mínimo, ampliando as possibilidades de consumo da população; e, entre outros, (iii) pelo redirecionamento do papel do Estado, com o oferecimento de serviços públicos a populações até então marginalizadas da possibilidade de acesso aos mesmos, na contracorrente dos postulados neoliberais que haviam caracterizado as políticas públicas na década anterior, em todo o continente.

do crescimento econômico e, conseqüentemente, a uma situação de quase pleno emprego em diversos deles.<sup>29</sup>

Esses programas obviamente por se vincularem ao *segundo espírito do capitalismo* acabaram ampliando a legitimidade do Estado e a adesão às plataformas dos Partidos e coalisões que as implantaram, possibilitando em alguns desses países a elaboração de novas Constituições que refundaram a democracia em outras bases, não sem grande oposição (i) dos setores sociais conservadores e de grande parte do empresariado e, ao mesmo tempo, (ii) dos setores à esquerda destas coalisões governamentais que, considerando muito tímidas e restritas tais políticas, experimentaram frustrações com a materialização concreta que as correlações de força naquelas sociedades produziram nas Constituições e nas Leis promulgadas no período.

De modo ambivalente no Brasil, este giro copernicano nas políticas públicas distributivistas, muito embora algumas delas possam ser sujeitas de críticas — seja quanto ao método, seja quanto às condicionalidades que impõem, seja quanto ao seu controle por parte dos órgãos fiscalizadores —, produziu um aumento no padrão de vida da população e, ao mesmo tempo, ampliou o mercado consumidor, atendendo aos interesses dos setores empresariais dependentes do mercado interno, legitimando essas políticas e, conseqüentemente, o modo de produção capitalista.

Nos últimos anos a realidade brasileira demonstra que o país passou de uma situação de constante ampliação da exclusão social (tida como inevitável segundo a doutrina que embasava as políticas governamentais e judiciais durante a década perdida) a uma crise de falta de mão de obra, atestada por diversos pronunciamentos empresariais. Deste modo, se a existência do desemprego servia de fundamento para o sistema de alibis e coações que presidiram as precarizações (nas leis e na jurisprudência trabalhista, como no caso da Súmula nº 331), a nova realidade de escassez de mão de obra haverá de fundamentar uma distinta orientação jurisprudencial em inúmeros aspectos, inclusive no que pertine à terceirização.

As novas oportunidades de sobrevivência àqueles setores sociais que estavam excluídos das possibilidades de consumo, de acesso ao mercado de trabalho e, conseqüentemente, de acesso às demais tutelas jurídico-políticas dependentes das anteriores, acabaram debilitando a capacidade sedutora do estatuto do salarizado que

<sup>29</sup> No Brasil a chegada da esquerda ao governo, do mesmo modo, possibilitou uma reorientação das políticas públicas, invertendo prioridades, o estabelecimento de políticas sociais redistributivistas de que são exemplos programas como Renda Mínima e Fome Zero, que em paralelo a um processo de recuperação gradativa do Salário Mínimo, elevaram a capacidade de consumo de grande parcela da população. Demais disso, no mesmo período, alguns Estados brasileiros, instituíram o Piso Salarial Regional, modalidade de salário mínimo de abrangência estadual, aplicável a todos os trabalhadores vinculados a relações de emprego não albergadas por contratos coletivos de trabalho, em níveis superiores ao Salário Mínimo nacionalmente unificado, segundo previsão Constitucional. Estas e outras políticas distributivistas, objetivamente, ampliaram a participação da população na renda nacional, pela diminuição dos níveis de pobreza extrema e dos pobres em geral, com o crescimento proporcional da chamada “classe média” e com a redução do desemprego aos menores níveis nos últimos vinte anos.

havia sido precarizado na década anterior (em virtude da flexibilização introduzida por algumas leis e pela jurisprudência trabalhista), mas, por outro lado, ampliaram os espaços políticos para o surgimento de novas reivindicações, de novos processos de luta social e também para um redimensionamento da jurisprudência trabalhista construída ao tempo em que o neoliberalismo era hegemônico.

#### 4 Uma nova percepção jurisprudencial a respeito da terceirização

Na virada do século passado para o atual, no Brasil, a correlação de forças entre as classes sociais fundamentais, de uma maneira ou de outra, restou alterada, seja no Poder Executivo, seja no Poder Legislativo, seja no Poder Judiciário.

Muito embora esta nova correlação de forças tenha sido mais visível nas políticas públicas encetadas pelo Poder Executivo, também no Poder Legislativo, com lamentáveis episódios em sentido contrário, nos últimos dois lustros assistiu-se a uma diminuição no ímpeto liberalizante característico do parlamento brasileiro nos primeiros quinze anos de vigência da atual Constituição Federal.

No Poder Judiciário, todavia, apesar da alteração na correlação de forças entre as classes sociais fundamentais, a jurisprudência experimentou poucas alterações significativas, mesmo naquela parcela da jurisdição mais próxima dos inevitáveis conflitos e contraposições de interesse entre classes sociais antagônicas, como no caso da jurisprudência trabalhista.

Mas este quadro, pouco a pouco, vai experimentando alterações. Nos limites da temática central deste artigo, ou seja, quanto à terceirização, vislumbram-se duas inflexões dignas de registro. A primeira verifica-se no vigoroso movimento por parte da magistratura de primeiro grau, coordenada pela Associação Nacional dos Magistrados do Trabalho (ANAMATRA). A segunda refere-se à revisão da jurisprudência por parte do TST, quatro anos mais tarde.

No final de 2007, culminando processo de discussão iniciado nos anos anteriores, a ANAMATRA realizou a Primeira Jornada de Direito Material e Processual, para discutir a jurisprudência trabalhista e apresentar proposições para uma eventual consolidação em súmulas, seja criando novas, seja alterando a redação das já existentes. Embora sem qualquer efeito vinculante das decisões judiciais futuras, os participantes daquele movimento lograram aprovar um conjunto de “enunciados” indicando aos demais magistrados trabalhistas o pensamento majoritário dos juízes do trabalho de primeiro grau representados por aquela entidade. As proposições então aprovadas contêm elementos críticos em relação à ética do terceiro espírito do capitalismo, como fica evidenciado pela análise dos enunciados que tratam da flexibilização trabalhista<sup>30</sup>

<sup>30</sup> ANAMATRA. Resoluções da 1ª Jornada de Direito Material e Processual. “9. FLEXIBILIZAÇÃO. I – FLEXIBILIZAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS. Impossibilidade de desregulamentação dos direitos sociais fundamentais, por se

e da terceirização,<sup>31</sup> elementos constitutivos dos novos métodos de gestão pós-fordistas e pós-tayloristas do capitalismo descomplexado. Efetivamente, se tais entendimentos passassem a prevalecer na jurisprudência sumulada pelo TST e pelos TRTs, se poderia imaginar uma alteração da periodização do Direito Capitalista do Trabalho, para vislumbrar o início de uma quinta etapa de seu desenvolvimento. De toda sorte, efetivamente aqueles entendimentos condensados pela ANAMATRA já vêm modificando paulatinamente a jurisprudência das instâncias iniciais da Justiça do Trabalho e, de modo mediato, motivando propostas de revisão no conteúdo das súmulas aprovadas ou reformuladas durante a “década perdida”.

Nesta linha, em maio de 2011, iniciou-se o processo de revisão da jurisprudência no âmbito do próprio TST, por seu Órgão Especial, composto pela totalidade dos vinte e sete ministros, resultando no cancelamento de cinco Orientações Jurisprudenciais (OJ), com alteração de nove súmulas e com a criação de duas súmulas novas. Muito embora o resultado possa ser considerado frustrante para quem nutria esperanças de alterações mais impactantes para diminuição do mal-estar laboral criado pelas novas técnicas de gestão pós-fordistas e pelas precarizações havidas durante a última década do século passado, esta modificação no “direito sumular do trabalho” apresenta destaques positivos e destaques negativos.

Entre os destaques positivos decorrentes desta modesta revisão jurisprudencial figuram (i) o cancelamento da OJ precarizante que retirava dos operadores de telemarketing o direito à jornada reduzida; (ii) o cancelamento da súmula que considerava desnecessária a prévia fiscalização para fins de validação de jornadas extraordinárias de trabalhadores em ambientes insalubres; (iii) a alteração na súmula relativa à possibilidade de pagamento proporcional do adicional de periculosidade; e (iv) a explicitação de que os acordos de compensação conhecidos como “banco de horas” somente serão válidos se chancelados pelos sindicatos de trabalhadores, embora

---

tratar de normas contidas na cláusula de intangibilidade prevista no art. 60, §4º, inc. IV, da Constituição da República. II – DIREITO DO TRABALHO. PRINCÍPIOS. EFICÁCIA. A negociação coletiva que reduz garantias dos trabalhadores asseguradas em normas constitucionais e legais ofende princípios do Direito do Trabalho. A quebra da hierarquia das fontes é válida na hipótese de o instrumento inferior ser mais vantajoso para o trabalhador”, conforme noticiado pelo sítio da ABRAT: <[http://www.fazer.com.br/layouts/abrat/default2.asp?cod\\_materia=2445](http://www.fazer.com.br/layouts/abrat/default2.asp?cod_materia=2445)>, consultado em 15 ago. 2011.

<sup>31</sup> ANAMATRA. Resoluções da 1ª Jornada de Direito Material e Processual. “10. TERCEIRIZAÇÃO. LIMITES. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. A terceirização somente será admitida na prestação de serviços especializados, de caráter transitório, desvinculados das necessidades permanentes da empresa, mantendo-se, de todo modo, a responsabilidade solidária entre as empresas. 11. TERCEIRIZAÇÃO. SERVIÇOS PÚBLICOS. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. A terceirização de serviços típicos da dinâmica permanente da Administração Pública, não se considerando como tal a prestação de serviço público à comunidade por meio de concessão, autorização e permissão, fere a Constituição da República, que estabeleceu a regra de que os serviços públicos são exercidos por servidores aprovados mediante concurso público. Quanto aos efeitos da terceirização ilegal, preservam-se os direitos trabalhistas integralmente, com responsabilidade solidária do ente público”, conforme noticiado pelo sítio da ABRAT: <[http://www.fazer.com.br/layouts/abrat/default2.asp?cod\\_materia=2445](http://www.fazer.com.br/layouts/abrat/default2.asp?cod_materia=2445)>, consultado em 15 ago. 2011.

tenham sido mantidos os demais elementos precarizantes contidos na súmula 85, coerentes com o terceiro espírito do capitalismo.

Como destaques negativos podem ser lembrados (i) a manutenção do entendimento jurisprudencial que restringe o direito à estabilidade sindical a apenas sete diretores e sete suplentes, contrariamente ao que estabelece a Constituição Federal; (ii) a conversão em Súmula do conteúdo da antiga OJ 49 que, produzindo transferência de renda da classe trabalhadora para os empresários, legitima a utilização do tempo de vida dos trabalhadores sem qualquer pagamento, no período em que permanecem à disposição do empregador, podendo ser contatados por intermédio de dispositivos eletrônicos de comunicação, e, principalmente, (iii) a manutenção do espírito precarizante da Súmula nº 331, através da distinção entre atividade-meio e atividade-fim.

Apesar de tais aspectos negativos, uma leitura honesta da realidade haverá de reconhecer que já está em andamento um processo de inexorável alteração na jurisprudência sumulada ao tempo em que o neoliberalismo era hegemônico. No início do próximo ano já está prevista nova rodada de revisão das súmulas, oportunidade em que novamente aquelas proposições aprovadas na Primeira Jornada de Direito Material e Processual promovida pela ANAMATRA serão levadas em consideração.

Esse processo já está em andamento, como bem evidencia a realização da primeira audiência pública realizada no TST, para tratar do mesmo tema, oportunidade em que vários setores sociais foram chamados a apresentar propostas concretas para disciplinar a terceirização em outras bases. A meia centena de especialistas que foram convocados para participar do evento,<sup>32</sup> representando um amplo espectro ideológico, seguramente contribuirá para a esperada revisão da Súmula nº 331 do TST, mais de acordo com o segundo espírito do capitalismo e com a tradição da Justiça do Trabalho no período anterior hibridismo constitucional de 1988, em que a classe trabalhadora ressurgiu como ator social relevante.

Para finalizar, tendo em vista as características deste conclave,<sup>33</sup> duas palavras sobre a questão da *disciplina judiciária*.<sup>34</sup> É absolutamente inadmissível o grau

<sup>32</sup> Conforme <[http://www.tst.jus.br/ASCS/audiencia\\_publica/edital-convocacao-audiencia.pdf](http://www.tst.jus.br/ASCS/audiencia_publica/edital-convocacao-audiencia.pdf)>.

<sup>33</sup> Texto preparado para subsidiar a intervenção do autor no 25º Encontro dos Magistrados do Trabalho da 1ª Região (Rio de Janeiro), sob o tema “Trabalho Decente e Desenvolvimento Econômico: uma agenda possível?” realizado no Hotel Vila Galé Eco Resort - Angra dos Reis, de 29 de setembro a 02 de outubro de 2011. Justificativa do Tema: Em um mundo capitaneado por mudanças tecnológicas, onde a produção econômica se isola e, ao custo da superexploração de mão de obra, espalha-se por todo o globo, o Judiciário Fluminense é chamado a arbitrar conflitos cujos elementos causais podem estar determinados a quilômetros de distância. Daí surgem os dilemas: Como enfrentá-los? Até que ponto a Justiça é capaz de estimular o aperfeiçoamento das relações de trabalho locais? Como argumentar em favor da dignidade da pessoa humana e do valor social do trabalho, sem perder de vista essa perspectiva econômica e a acirrada competitividade do mercado global? No evento, especialistas irão debater e colocar suas visões sobre o assunto, na esperança de contribuir para a melhoria das condições de trabalho regionais. Painel: Terceirização – Estratégia de Negócio ou Precarização das Relações de Trabalho? Conferencistas: Eduardo Noronha, professor de Ciências Políticas da Universidade Federal de São Carlos; Wilson Ramos Filho, professor adjunto na UFPR e professor catedrático na UNIBRASIL e Márcio Pochmann, presidente IPEA.

<sup>34</sup> Consultar <<http://www.direitonet.com.br/noticias/exibir/7040/TST-defende-disciplina-judiciaria-dos-juizes>> e <[http://ww1.anamatra.org.br/003/00301015.asp?ttCD\\_CHAVE=72362](http://ww1.anamatra.org.br/003/00301015.asp?ttCD_CHAVE=72362)>. Acesso em: 28 set. 2011.

de descumprimento do Direito do Trabalho no Brasil, como atestam os quase dois milhões de ações que ingressam a cada ano na Justiça do Trabalho. Em face desta realidade, sob o argumento de que seria desaconselhável “vender falsas ilusões” aos reclamantes, nas últimas duas décadas, em graus diferenciados, se assistiu a processo de convencimento dos magistrados das instâncias iniciais da Justiça do Trabalho — principalmente em relação aos vitaliciandos — no sentido de que deveriam, tanto quanto possível, julgar de acordo com as súmulas editadas pelo TST.

Salvo equívoco, este argumento não mais se sustenta, por duas razões principais. Primeiro, porque as súmulas estão mudando, em geral para melhor, aproximando-se dos entendimentos preferidos pelos magistrados de primeiro grau, mais próximos das agruras do mundo real. Depois, porque se é verdade que se configura como legítimo que os Ministros do TST orientem o conjunto da magistratura no sentido de sua visão de mundo; não é menos verdade que, na dialética democrática, os magistrados das instâncias iniciais também têm todo o direito de, em defesa da dignidade humana, indicar ao TST que aqueles fundamentos que presidiram a edição das súmulas em revisão talvez já não sejam mais válidos ou eficazes para que o Direito Capitalista do Trabalho cumpra as funções para as quais foi concebido. Assim na disputa entre visões de mundo as correlações de forças se reconfiguram e, para que se materializem em novos entendimentos sumulados, é fundamental que os magistrados, nas sentenças e nos Acórdãos Regionais, se assumam como partícipes deste processo de reconstrução jurisprudencial, a começar pela tormentosa questão da terceirização.

## Referências

- ARRIGHI, Giovanni. *El largo siglo XX*. Madrid: Akal, 1999.
- BOLTANSKI, Luc; CHIAPELLO, Ève. *El nuevo espíritu del capitalismo*. Madri: Akal, 2002.
- CASTEL, Robert. *As metamorfoses da questão social: uma crônica do salário*. Rio de Janeiro: Vozes, 1998.
- DAL ROSSO, Sadi. *O debate sobre a redução da jornada de trabalho*. São Paulo: Associação Brasileira de Estudos do Trabalho – ABET, 1998.
- DECCA, Edgar Salvadori de. *1930 – o silêncio dos vencidos: memória, história e revolução*. 6. ed. São Paulo: Brasiliense, 2004.
- DECCA, Maria Auxiliadora Guzzo de. *Cotidiano de trabalhadores na República: São Paulo – 1889-1940*. São Paulo: Brasiliense, 1990.
- DELGADO. Maurício Godinho. *Curso de direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2006.
- DOMBOIS, Raner; PRIES, Ludger. *Trabajo industrial en la transición: experiencias de América Latina y Europa*. Caracas: Fundación Friedrich Ebert; Nueva Sociedad, 1993.
- FOOT, Francisco; LEONARDI, Victor. *História da indústria e do trabalho no Brasil: das origens aos anos vinte*. São Paulo: Global, 1982.
- FUKUYAMA, Francis. *O fim da história e o último homem*. Rio de janeiro: Rocco, 1992.

- GASPARI, Elio. *A ditadura derrotada*. São Paulo: Companhia das Letras, 2002c.
- GASPARI, Elio. *A ditadura envergonhada*. São Paulo: Companhia das Letras, 2002a.
- GASPARI, Elio. *A ditadura escancarada*. São Paulo: Companhia das Letras, 2002b.
- GRAU, Eros Roberto. O discurso neoliberal: reflexos jurídicos. *Crítica Jurídica: Revista Latino-americana de Política, Filosofia y Derecho*, México, Instituto de Investigações Jurídicas, UNAM, n. 15, 1994.
- JEAMMAUD, Antoine. Les fonctions du droit du travail. In: *Droit capitaliste du travail*. Grenoble, 1980.
- KAREPOVS, Dainis. *A classe operária vai ao parlamento: o bloco operário e camponês do Brasil, 1924-1930*. São Paulo: Alameda, 2006.
- KOVARICK, Lucio. *Trabalho e vadiagem*. A origem do trabalho livre no Brasil. São Paulo: Brasiliense, 1987.
- MATTOSO, Jorge. Globalização, neoliberalismo e flexibilização. In: ARRUDA JR.; RAMOS (Org.). *Globalização, neoliberalismo e o mundo do trabalho*. Curitiba: Edibej, 1998.
- PALOMEQUE LÓPEZ, Manoel-Carlos. *Derecho del trabajo y ideología*. 6. ed. Madrid, 2002.
- RAMOS FILHO, Wilson. Constituição e regulação da organização sindical: a liberdade e a pluralidade em perspectiva. *Trabalho e Regulação no Estado Constitucional*, Curitiba, v. 32, p. 233-264, 2011.
- RAMOS FILHO, Wilson. Delinquência patronal, repressão e reparação. *Revista da Associação dos Magistrados do Trabalho da 15ª Região*, São Paulo, n. 2, p. 47-69, 2009a.
- RAMOS FILHO, Wilson. Direito, economia, democracia e o seqüestro da subjetividade dos juslaboralistas. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região*, Curitiba, p. 147-166, 2001.
- RAMOS FILHO, Wilson; ALLAN, Nasser Ahmad. *A doutrina social da igreja e o corporativismo*. A Encíclica *Rerum Novarum* e a regulação do trabalho no Brasil. 2011.
- RAMOS FILHO, Wilson; FONSECA, Maíra Marques da. Capitalismo descomplexado e duração do trabalho. *Trabalho e Regulação no Estado Constitucional*, Curitiba, v. 3, p. 233-264, 2011.
- RAMOS FILHO, Wilson. Bem-estar das empresas e mal-estar laboral: o assédio moral empresarial como modo de gestão de recursos humanos. *Revista eletrônica Praedicatio*, Faculdades São Luis (MA), v. 1, 2009c.
- RAMOS FILHO, Wilson. Crise capitalista, duração do trabalho e gestão empresarial. *Revista Direitos Fundamentais et Justiça*, Programa de mestrado e doutorado em Direito da PUCRS, ano 3, n. 6, p. 177-205, jan.-mar. 2009b.
- REDINHA, Maria Regina Gomes. *A relação laboral fragmentada*. Estudo sobre o trabalho temporário. Coimbra: Coimbra Ed., 1995.
- WEBER, Max. *A ética protestante e o espírito do capitalismo*. São Paulo: Companhia das Letras, 2004.

## Textos legais citados

- BRASIL. *CLT (redação original)*. Decreto-lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943. Porto Alegre: Livraria Continente, 1943.
- BRASIL. Decreto-Lei nº 200/67. Dispõe sobre a organização da Administração Federal, estabelece diretrizes para a Reforma Administrativa e dá outras providências. Disponível em: <<http://legislacao.planalto.gov.br/legisla/legislacao.nsf/b110756561cd26fd03256ff500612662/d92d4725e801077403256a030047da45?OpenDocument>>.

BRASIL. Lei nº 5645, de 10 de dezembro de 1970. Estabelece diretrizes para a classificação de cargos do Serviço Civil da União e das autarquias federais, e dá outras providências. Disponível em: <<http://www010.dataprev.gov.br/sislex/paginas/42/1970/5645.htm>>.

BRASIL. Lei nº 6.019, de 3 de janeiro de 1974. Dispõe sobre o Trabalho Temporário nas Empresas Urbanas, e dá outras Providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L6019.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6019.htm)>.

BRASIL. Lei nº 6.019/74. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/legislacao/109751/lei-6019-74>>.

BRASIL. Lei nº 7.102, de 20 de junho de 1983. Dispõe sobre segurança para estabelecimentos financeiros, estabelece normas para constituição e funcionamento das empresas particulares que exploram serviços de vigilância e de transporte de valores, e dá outras providências. Disponível em: <<http://www010.dataprev.gov.br/sislex/paginas/42/1983/7102.htm>>.

BRASIL. Lei nº 8.863, de 28 de março de 1994. Disponível em: <<http://www010.dataprev.gov.br/sislex/paginas/42/1994/8863.htm>>.

BRASIL. TST. Enunciado nº 256. Disponível em: <[http://www.dji.com.br/normas\\_inferiores/enunciado\\_tst/tst\\_0241a0270.htm](http://www.dji.com.br/normas_inferiores/enunciado_tst/tst_0241a0270.htm)>.

BRASIL. TST. Enunciado nº 331 (redação original, de 1993). Disponível em: <[http://www.dji.com.br/normas\\_inferiores/enunciado\\_tst/tst\\_0331a0360.htm](http://www.dji.com.br/normas_inferiores/enunciado_tst/tst_0331a0360.htm)>.

BRASIL. TST. Súmula nº 349 – Cancelada. Disponível em: <[http://www.dji.com.br/normas\\_inferiores/enunciado\\_tst/tst\\_0331a0360.htm](http://www.dji.com.br/normas_inferiores/enunciado_tst/tst_0331a0360.htm)>.

BRASIL. TST. Súmula nº 364-Alterada. Disponível em: <[http://www.dji.com.br/normas\\_inferiores/enunciado\\_tst/tst\\_0361a0390.htm#sumula-364](http://www.dji.com.br/normas_inferiores/enunciado_tst/tst_0361a0390.htm#sumula-364)>.

BRASIL. TST. Súmula nº 85. Disponível em: <[http://www.dji.com.br/normas\\_inferiores/enunciado\\_tst/tst\\_0085.htm](http://www.dji.com.br/normas_inferiores/enunciado_tst/tst_0085.htm)>.

## Páginas consultadas

ABRAT – Associação Brasileira de Advogados Trabalhistas. Disponível em: <[http://www.fazer.com.br/layouts/abrat/default2.asp?cod\\_materia=2445](http://www.fazer.com.br/layouts/abrat/default2.asp?cod_materia=2445)>.

ANAMATRA – Associação Nacional dos Magistrados do Trabalho. Disponível em: <[http://www.tst.jus.br/ASCS/audiencia\\_publica/edital-convocacao-audiencia.pdf](http://www.tst.jus.br/ASCS/audiencia_publica/edital-convocacao-audiencia.pdf)>.

TST – Tribunal Superior do Trabalho. Disponível em: <[http://www.tst.jus.br/ASCS/audiencia\\_publica/edital-convocacao-audiencia.pdf](http://www.tst.jus.br/ASCS/audiencia_publica/edital-convocacao-audiencia.pdf)>.

---

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

RAMOS FILHO, Wilson. A terceirização do trabalho no Brasil: perspectivas e possibilidades para uma revisão da jurisprudência. *Revista Fórum Trabalhista – RFT*, Belo Horizonte, ano 3, n. 15, p. 157-185, nov./dez. 2014.

---