XXV CONGRESSO DO CONPEDI - CURITIBA

EFICÁCIA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES DO TRABALHO, SOCIAIS E EMPRESARIAIS I

LUIZ EDUARDO GUNTHER

CANDY FLORENCIO THOME

SANDRO LUNARD NICOLADELI

Copyright © 2016 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos.
Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN
Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP
Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC
Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:
Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH
Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR
Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini Sanches – UNINOVE
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)
Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:
Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF
Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDi
Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC
Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG
Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA
Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

E27

Eficácia de direitos fundamentais nas relações do trabalho, sociais e empresariais I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UNICURITIBA;

Coordenadores: Candy Florencio Thome, Luiz Eduardo Gunther, Sandro Lunard Nicoladeli – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-365-8
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: CIDADANIA E DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL: o papel dos atores sociais no Estado Democrático de Direito.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Congressos. 2. Direitos Fundamentais. 3. Relações do Trabalho. I. Congresso Nacional do CONPEDI (25. : 2016 : Curitiba, PR).

CDU: 34

CONPEDI
Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Florianópolis – Santa Catarina – SC
www.conpedi.org.br

XXV CONGRESSO DO CONPEDI - CURITIBA

EFICÁCIA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES DO TRABALHO, SOCIAIS E EMPRESARIAIS I

Apresentação

A Coordenação do Grupo de Trabalho EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES DE TRABALHO, SOCIAIS E EMPRESARIAIS I, do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito - CONPEDI, sente-se honrada por apresentar essa coletânea de artigos, fruto das pesquisas e dos debates que serão realizados no âmbito do XXV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI, cujo tema é CIDADANIA E DESENVOLVIMENTO: O PAPEL DOS ATORES NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO.

O evento ocorreu no Centro Universitário Curitiba - UNICURITIBA, entre os dias 7 e 10 de dezembro de 2016, na capital do Estado do Paraná.

Dentre os inúmeros trabalhos encaminhados, provenientes de todas as regiões do País, dezesseis artigos foram aprovados e selecionados para a nossa Coordenação, com temas ligados ao Direito Econômico, ao Direito Empresarial, ao Direito do Trabalho e ao Direito Ambiental.

O CONPEDI, desde 2005, fomenta o debate nas áreas do Direito Econômico em grupos de trabalho específicos, como aqueles voltados às relações de consumo e desenvolvimento. Além disso, investiga a relação entre Direito Econômico, modernidade e análise econômica do Direito, assim como temas correlatos.

Não remanescem dúvidas de que a contribuição acadêmica dos pesquisadores participantes do Grupo de Trabalho EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES DE TRABALHO, SOCIAIS E EMPRESARIAIS I é essencial para movimentar os debates social, econômico, ambiental, político e jurídico, revigorando a participação democrática.

Aproveitamos para, mais uma vez, tecer sinceros parabéns aos autores pelos impressionantes trabalhos e, ainda, registrar nosso propósito de instauração de enriquecedores debates no Congresso que se avizinha.

Prof. Dr. Luiz Eduardo Gunther - TRT

Profa. Dra. Candy Florencio Thome - USP

Prof. Dr. Sandro Lunard Nicoladelli - UFPR

FUNÇÃO SOCIAL E TERCEIRIZAÇÃO, INCOMPATIBILIDADE OU POSSIBILIDADE?

SOCIAL AND OUTSOURCING JOB, INCOMPATIBILITY OR POSSIBILITY?

Jefferson Grey Sant'anna
Marcos Alves Da Silva

Resumo

O presente artigo põe em questão a possibilidade ou a incompatibilidade da aplicação do princípio da função social nos contratos que dizem respeito à terceirização de prestação de serviços. Trata, portanto, do contrato e da empresa e das inter-relações destes institutos com a função social. Traça-se um paralelo com Responsabilidade Social Corporativa, a fim de avaliar a importância deste instituto quando se tem em consideração a interseção necessária entre o Direito e a Administração de Empresas. Postas as premissas iniciais, avaliar-se-á a possibilidade da aplicação da noção jurídica da função social aos processos de terceirização ou subcontratação.

Palavras-chave: Função social, Terceirização, Incompatibilidade possibilidade

Abstract/Resumen/Résumé

This article has the scope to examine the possibility or the incompatibility of the principle of social function in outsourcing service delivery. So that they address the institutes of the contract and the company and its relations with the social function before facing the theme. Still , a parallel between the Corporate Social Responsibility will be treated in order to assess the importance of the institute in interdiscipline Law with Business Administration. Finally, it will evaluate to question the social function in outsourcing .

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Social function, Outsourcing, Incompatibility, Possibility

INTRODUÇÃO

A despeito das inúmeras obras e artigos delineados sobre a subcontratação ou terceirização, sob o enfoque do direito contratual laborativo, indaga-se a possibilidade de considerar a aplicabilidade da função social sobre este modelo, uma vez que, de igual sorte, existem vários estudos sobre a função social e sua aplicabilidade (ou da sua não aplicabilidade) nos contratos.

Desse modo, a presente reflexão visa estabelecer uma análise crítica e jurídica acerca da função social e da terceirização, assim como perquirir e adentrar em um campo controvertido para vislumbrar, perquirindo se cogitar da função social seria incompatível nas subcontratações e/ou se haveria a possibilidade de uma aplicabilidade desse instituto nas subcontratações e em que medida.

O problema neste texto suscitado é deveras controvertido, dado que a terceirização sofre inúmeras críticas no Direito brasileiro. Por conseguinte, não é uníssona a plenitude da aplicação da função social na esfera contratual, dado que limita e contra põe a autonomia da vontade privada (COELHO, p. 49).

Contudo, também há quem defenda a aplicabilidade da função social nos negócios jurídicos, nos contratos (SILVA, p. 169), bem como há quem entenda haver benefícios na subcontratação ou terceirização de mão de obra.

Diante destas controvérsias e polaridades de entendimentos, apresenta-se promissor o debate acerca da possibilidade ou não da aplicabilidade da função social na subcontratação, para enriquecer as discussões acerca dos institutos jurídicos dos quais se propõe a abordagem.

Para o recorte de tratamento do tema, o texto é dividido em três partes, a função social conceituação e sua aplicabilidade contratual, a função social e responsabilidade social nas empresas, para, então submeter a um banco de provas, o cerne da questão posta: a incompatibilidade ou possibilidade de verificação ou aplicabilidade da função social na subcontratação.

1. FUNÇÃO SOCIAL E SUA APLICABILIDADE CONTRATUAL

O Direito Civil, no Brasil, tem sido influenciado e remoldado, no decorrer da vigência da Constituição da República de 1988, pela inclusão de inúmeros preceitos, princípios e

orientações formais ou materiais, insculpidas na Carta Constitucional. Sobre o tema da constitucionalização do Direito Civil, imprescindíveis alguns textos tornaram-se referenciais. [1]

Nesse panorama atual civilista, passa-se a analisar o enfoque da Função Social, suas origens, conceituação e por fim sua aplicabilidade na seara contratual.

Cumpre salientar que com a edição dos Códigos Civis Francês (1804) e Alemão (1900) valorizavam-se a autonomia da vontade, a individualização e proteção da propriedade, alicerce da igualdade (VENOSA, 2006, P.361).

Todavia, o modelo liberal pós Revolução Francesa e o não intervencionismo do estado motivaram insurgências relativas às questões e condições sociais da época, desde o Manifesto Comunista de Karl Marx, em 1948, as quais culminaram com a intervenção da Igreja Católica, com a Encíclica *Rerum Novarum* do Papa Leão XIII (CAVALCANTE, JORGE NETO, p. 20 e 22), até a promulgação da Constituição de Weimar, em 1919, na qual se insere a Função Social da propriedade:

> O Capítulo V da Constituição de Weimar, por sua vez, ao tratar sobre "A vida econômica",estabeleceu, ao lado de prescrições como a pertinente à função social da propriedade (art. 153) e à criação de um regime previdenciário (art. 161), um sistema de participação de empregados ("de todos os grupos profissionais importantes") na condução das políticas de "desenvolvimento econômico das forças produtivas". (art. 165). (PINHEIRO, 2006).

A conjuntura política da época favoreceu a implantação da função social da propriedade na Constituição de Weimar, principalmente devido aos incidentes idealizadores, os quais tinham uma orientação socialista e de esquerda, desde novembro de 1918, quando da reforma constitucional para implantação de um parlamento na Alemanha, além de proclamada uma República "Democrática e Socialista" (COMPARATO, apud PINHEIRO 2006).

Após incidentes como greves gerais e até a formação de um governo provisório (Conselho dos Delegados do Povo), em 20/01/1919 convocou-se a assembleia constituinte, em Weimar, não em Berlim, por razões de estar fora do local de conflitos (PINHEIRO, 2006).

---

[1] PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil**: introdução ao direito civil constitucional. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. Sobre o tema ver também: MORAES, Maria Celina Bodin de. **A caminho de um Direito Civil Constitucional**. Revista de Direito Civil, São Paulo, v. 65, p. 21-32, jul./set. 1993. E ainda: TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil**. 2ª ed., Rio de Janeiro: Renovar. 2001.

> O projeto da Constituição de Weimar foi redigido por Hugo Preuss, professor de origem judaica adepto do comunitarismo, até então alijado do centro acadêmico alemão, discípulo de Otto v. Gierke e influenciado por Weber, que era considerado um dos poucos juristas de tendências de esquerda.

Ante as influências do período, a Constituição de Weimar, em 1919 inaugura uma contraposição ao individualismo da propriedade dos diplomas civilistas da França e Alemanha, criando um novo paradigma, a Função Social.

Passando-se ao contexto nacional, verifica-se que a Constituição Federal de 1988 estabeleceu em seu artigo 170 o princípio da função social da propriedade, logo abaixo do princípio protetor da propriedade privada:

> Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:
>
> II - propriedade privada;
>
> III - função social da propriedade;

A nova ordem constitucional vai de encontro com as bases formadoras mais conservadoras do Código Civil Brasileiro de 1916, as quais se lastreavam nos Códigos Civis Francês e Alemão, respectivamente (VENOSA, p. 362 e 363).

Com o advento do Código Civil de 2002, a influência da Constituição da República Federativa do Brasil se fez presente no campo dos negócios jurídicos, mais precisamente no tocante aos contratos, "abrindo uma nova perspectiva no universo contratual" (VENOSA, p. 363).

A conclusão referida supra se coaduna com a expressividade do contexto legal ao analisar-se o teor do artigo 421 do Código Civil[2].

Percebe-se que a função social, inicialmente disposta à propriedade, se projeta também para os contratos e negócios jurídicos.

Muito embora o texto constitucional não faça referência expressa da aplicabilidade da função social aos contratos, a Lei Civil insere o princípio, restringindo a liberdade de contratar.

[2] Art. 421. A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato.

Desse modo, percebe-se uma limitação ao *pacta sunt servanda*[3], bem como o da autonomia da vontade das partes.

No tocante ao Princípio da Função social, Luis Renato Ferreira da Silva, traça um paralelo com a doutrina *solidarista* de Durkheim, sendo que nas sociedades mais simples há uma integração mecânica e quase natural, diante da dependência recíproca que se estabelece. Por seu turno em agrupamentos sociais sofisticados *há a tendência cada vez maior de se acreditar na autossuficiência da especialização* (SILVA, 2006, p. 150), configurando-se, então, uma solidariedade de forma orgânica.

Assim de acordo com o autor referido, afim de que o todo funcione adequadamente, uma vez que é composto por diversas individualidades, faz-se necessário um sistema nervoso central que comande todas as funções individuais, sendo que este papel deve ser desempenhado pelo direito.

Continuando o raciocínio entre a solidariedade e as relações contratuais o direito privado deve se sujeitar aos interesses orgânicos sociais que são muito maiores, abandonando-se a visão oitocentista e a ideia de autonomia absoluta do direito privado e passa-se a perceber a relevância social dos contratos, de modo que a sua análise extrapola a esfera individual. (SILVA, 2006, p. 151).

No entanto, a função social dos contratos também pode ser definida, na visão de Clóvis Beviláqua *apud* Fabio Ulhôa Coelho:

> No final do século XIX, Clóvis Bevilaqua lecionava que o contrato possuía duas funções sociais. A primeira consistia na "pacificação dos egoísmos em luta. Quer dizer, o contrato, ao viabilizar a conciliação de interesses conflitantes, cumpriria uma nobre função civilizadora, amainando os ímpetos de tomar, pela força, a coisa alheia. Na imagem empregada por Bevilaqua, o contrato ajudaria a bem enjaular a fera que os homens trazem dentro de si, contribuindo para civilização. A segunda função social do contrato, era a de afirmar a individualidade das pessoas. Quanto maior o número de contratos em que se envolve o sujeito, mais forte e extensa é sua personalidade. (COELHO, p. 49)

Novamente, são válidos os apontamentos de Luis Renato Ferreira da Silva acerca da circulação de riquezas como função social do contrato. Uma vez a economia se estruturando em meio às relações contratuais, tem-se que:

[3] Expressão latina na qual *Um contrato válido e eficaz deve ser cumprido pelas partes* (VENOSA, 372)

> (...) o contrato cumprirá a sua função social na medida em que permita a manutenção das trocas econômicas. Como instrumento de circulação de riquezas, ele estará atendendo às razões de seu reconhecimento jurídico na medida em que estiver mantendo esta circulação. (SILVA, 2006, p. 157).

É possível se estabelecer uma consonância entre a função social de pacificação de conflitos que o contrato promove, instalando-se uma função social civilizadora, e de que essa permissão das trocas econômicas pelo direito atende a função social do desenvolvimento da civilização.

Para Fábio Ulhoa Coelho, a função social dos contratos é uma cláusula geral que visa expandir a relatividade para interesses coletivos e públicos não serem afetados de forma negativa. (COELHO, p. 49)

O Autor referido se utiliza da expressão "interesses metaindividuais", os quais seriam tutelados pela função social dos contratos, caso esses interesses fossem lesados ou ameaçados em determinadas avenças. (COELHO, p. 49)

Nesse diapasão, a função social transcenderia a ideia do relativismo contratual, o qual reside na premissa de que aquele que não declarou sua vontade não pode ser atingido pelos efeitos contratuais, tratando-se, pois, do princípio da relatividade dos contratos. (VENOSA, p. 373)

Assim, com a função social dos contratos, haveria uma minoração desta ideia de relativização, posto que o "contrato é um elo da cadeia econômica e que transcende, desta forma, os interesses exclusivos dos contratantes". (SILVA, 2006, p. 158).

Pode-se visualizar a possibilidade de aplicação do princípio da função social naqueles contratos cuja extensão dos efeitos jurídicos contratuais ultrapasse a esfera entre partes e atinja de forma maléfica, nefasta ou prejudicial a terceiros direta ou indiretamente.

Exemplificativamente, contratos que possam gerar algum dano ao meio ambiente, tais como construções em mananciais. (COELHO, p. 49)

2. FUNÇÃO SOCIAL DAS EMPRESAS

Conforme já referido supra, a Encíclica *Rerum Novarum* segundo a doutrina, aborda a questão social dos trabalhadores, em relação aos empregadores no ano de 1891, sendo que o referido diploma eclesiástico seria o precursor, *um marco teórico* da ideia de aplicabilidade da

função social nas empresas e organizações que visam o lucro (BERTONCINI e CORRÊA, p. 96).

Consoante já aludido, após o marco da Constituição de Weimar em 1919 (PINHEIRO, 2006), bem como em razão da influência do princípio da função social da propriedade elencado no artigo 170, III da Constituição Federal do Brasil, a função social passou a permear os estudos no âmbito do direito empresarial e de mesma sorte, na possibilidade de aplicação do princípio na empresa.

Nesse sentido da veiculação do princípio da função social nas organizações corporativas, a qual pode ser conceituada por Maria Christina Almeida:

> Nesse contexto, a empresa – concebida antes de tudo como um poder – deve ampliar suas responsabilidades sociais, redefinir seu papel e missão na sociedade, ou seja, deve o empreendimento possuir uma função social. A empresa, para sua própria subsistência, precisa realizar atividades distintas daquelas que até pouco tempo eram consideradas suficientes para sua manutenção, ou seja, as diretamente ligadas à produção de riquezas e obtenção do lucro (ALMEIDA, 2003).

A autora referida cita em seu artigo, como parâmetro de contextualização, a definição de função social da propriedade dos meios de produção de Fábio Konder Comparato:

> (...) a função social da propriedade não se confunde com as restrições legais ao uso e gozo dos bens próprios; em se tratando de bens de produção, o poder-dever do proprietário de dar à coisa uma destinação compatível com o interesse da coletividade transmuda-se, quando tais bens são incorporados a uma exploração empresarial, em poder-dever do titular do controle de dirigir a empresa para a realização dos interesses coletivos. (COMPARATO *apud* ALMEIDA, 2003)

Diante dessas assertivas, visualiza-se a mudança de um paradigma anterior das empresas apenas voltado para o lucro, ou ainda para o interesse do empresário unitariamente, ou através de determinados tipos de participação societária.

Ocorre uma mudança de diretiva e de ótica, sendo que há uma guinada para o envolvimento e preocupação com interesses de uma pluralidade de indivíduos, de terceiros e até mesmo do meio ambiente.

É o que preleciona Flávio Tartuce, no tocante à questão principiológica da socialidade estar enraizada no direito privado, a saber:

> Princípio da Socialidade – significa o rompimento com o individualismo anterior. Pelo que está inserido no código tudo tem função social, característica de todos os institutos privados.(TARTUCE, p.111)

Assim, não somente no artigo 421 do Código Civil, mas também na Lei das Sociedades Anônimas, Lei 6.404 de1976 há menção expressa da função social, agora no âmbito das empresas, precisamente no Parágrafo Único do Artigo 116:

> O acionista controlador deve usar o poder com o fim de fazer a companhia realizar o seu objeto e cumprir sua função social, e tem deveres e responsabilidades para com os demais acionistas da empresa, os que nela trabalham e para com a comunidade em que atua, cujos direitos e interesses deve lealmente respeitar e atender.

Além do dispositivo referido, há menção no *caput* do artigo 154 da mesma Lei das S/A, na qual o Administrador deverá *exercer suas atribuições* visando, além dos interesses da empresa, satisfazer *as exigências do bem público e da função social da empresa.*

Observa-se, conforme referido supra, que a legislação brasileira abarcou de forma expressa a questão da função social, tanto na esfera constitucional, quanto na legislação regulamentadora contratual e empresarial, mormente a diplomas específicos preverem sua aplicabilidade, ainda que na forma de princípio formador ou orientador do direito.

Estabelecendo-se um liame de ligação com a função social, cabe neste momento criar o elo contextual com o conceito de *responsabilidade social corporativa* da ciência da Administração de Empresas.

Nessa seara interdisciplinar, tem-se que a Responsabilidade Social Corporativa:

> A responsabilidade social abrange as expectativas de natureza ética, econômicas e legais que são colocadas pela sociedade sobre a organização, e a preocupação desta com os impactos de suas atividades sobre o meio social e ambiental (Haberberg *et al.*, 2010 *apud* MARTINS, CABRAL, PESSOA, SANTOS e ROLDAN, 2013).

O fio condutor capaz de interligar os conceitos de função social da empresa e o da responsabilidade social corporativa é nítido ao que se refere na tutela do meio social e ambiental.

Concernente a Responsabilidade Social Corporativa, apenas no fim do século passado é que sua abordagem *macrossocial* passou para uma maior efetividade nas organizações empresariais. Diante dessa realidade, os estudos acerca da Responsabilidade Social Corporativa passaram a ter uma visão mais orientada aos estudos de desempenho, do que uma abordagem normativa voltada para a ética. (MARTINS, CABRAL, PESSOA, SANTOS e ROLDAN, 2013). Ou seja, as empresas, no tocante a responsabilidade social, passaram a empregar de forma empírica, ao invés de ficar na retórica.

Nesse sentido, as organizações empresariais passaram a aplicar os conceitos e orientações da Responsabilidade Social Corporativa, cujas bases se assemelham com as da função social no âmbito empresarial.

Exemplificativamente, artigo "Responsabilidade social empresarial: O processo de institucionalização em uma empresa ganhadora do prêmio SESI de qualidade no trabalho", a conclusão é a de que a implementação da Responsabilidade Social Corporativa na empresa Marisol Nordeste, empresa pertencente ao grupo Marisol S/A[4], teve resultados satisfatórios a ponto de render o prêmio do SERVIÇO SOCIAL DA INDÚSTRIA – SESI, título do artigo, conforme o seguinte trecho das Considerações Finais:

> As mudanças realizadas na empresa foram consideradas de grande porte, com impactos marcantes para o público interno e externo. Citado como exemplo o programa CECAL de inserção de jovens para o primeiro emprego. Outro ponto destacado foi a satisfação elevada do público interno e externo em relação à transparência na prestação de contas para a sociedade, no caso, retratado na divulgação do balanço social. (MARTINS, CABRAL, PESSOA, SANTOS e ROLDAN, 2013)

O paralelo entre a função social empresarial e as breves noções acerca da Responsabilidade Social Corporativa servirá de pano de fundo para a próxima abordagem que será relativa à função social e a possibilidade ou não na Terceirização.

3. FUNÇÃO SOCIAL NA TERCEIRIZAÇÃO, INCOMPATIBILIDADE OU POSSIBILIDADE?

O subcapítulo que dá origem ao título do artigo encampa uma ideia de verificação e análise do princípio Função Social na subcontratação de serviços, ou simplesmente terceirização.

---

[4] A Marisol S.A. é uma das maiores empresas nacionais no segmento de vestuário, como gestora de marcas e canais de distribuição, por meio de redes de *franchising* e credenciamento. Criada há mais de 40 anos em Jaraguá do Sul, em Santa Catarina, o grupo é líder nos segmentos de confeção infantil e franquias monomarcas, e tem capacidade para produzir 12 milhões de peças de roupas e 2 milhões de pares de calçados infantis por ano. (MARTINS, CABRAL, PESSOA, SANTOS e ROLDAN, 2013)

A terceirização pode ser definida como o *processo de descentralização das atividades da empresa e valorização do setor terciário da economia*. (CAVALCANTE, JORGE NETO, p. 412). O conceito de terceirização também pode ser definido no direito laboral :

> (...) a terceirização é o fenômeno pelo qual se dissocia a relação econômica do trabalho da relação justrabalhista que lhe seria conveniente. Por tal fenômeno insere-se o trabalhador no processo de produtivo do tomador de serviços sem que se estendam a este os laços justrabalhistas, que se preservam fixados com uma entidade interveniente.(DELGADO, p. 428)

Tema extremamente controvertido, a terceirização tem sido muito criticada no Brasil desde os idos dos anos 1990, principalmente por autores de formação sociológica, em razão da associação da *precarização do trabalho* com a crítica às técnicas e novas tecnologias de produção, atribuídas ao neoliberalismo e ao capitalismo. (ALVES, 246)

Segundo Giovani Alves, A precarização do trabalho não se deu apenas pelas dificuldades econômicas pós governo Collor, mas *ao novo crescimento capitalista sob a era da mundialização do Capital*. A reestruturação produtiva, se deu nas principais indústrias, gerando o *jobless growth, que significa o* crescimento da economia sem a respectiva repercussão na evolução da empregabilidade (ALVES, p. 248)

Por conseguinte, para a questão da ciência da administração de empresas, a terceirização é uma realidade necessária ao desenvolvimento e foco de suas atividades essenciais, nesse diapasão a terceirização:

> (...) consiste na aquisição de bens e/ou serviços especializados, de forma sistemática e intensiva, para serem integrados na condição de atividade meio à atividade fim da empresa compradora, permitindo a concentração de energia em sua real vocação, com o intuito de potencializar ganhos em qualidade e produtividade. (Fontanela et AL, apud GIRARDI, p.10).
>
> A terceirização está inserida na ideia de mudança organizacional, pois esperado que após combiná-la com algumas destas técnicas de administração, a empresa terá possibilidade de lograr maior qualidade, flexibilização, desverticalização, dentre outras. (GIRARDI, p.9).

Feitas essas considerações iniciais, passa-se ao cerne da problematização, qual seja a aplicabilidade ou incompatibilidade da função social na terceirização, ou subcontratação de mão de obra.

Primeiramente, tendo em vista que o princípio da função social está inserido no direito privado, nos artigos 113 e 421 do Código Civil, orientando e embasando os contratos

particulares em geral, nada obstaria a aplicabilidade da função social na terceirização, uma vez que se trata de uma operação complexa, mas contratual.

Contudo, embora a terceirização seja uma relação contratual, ela envolve outros direitos além do Direito Civil. A relação contratual da terceirização envolve direito do trabalho, bem como direito tributário e previdenciário, mormente as hipóteses de incidências na percepção e pagamento das verbas salariais.

Desse modo, se está diante de uma relação complexa que envolve outros direitos e legislações, além do direito contratual. Tendo em vista a complexidade da relação terceirizada, a função social poderia ser aplicada, como instrumento de interpretação para a lacuna existente naquela relação, ou ainda na legislação?

Exercendo a alternativa de possibilidade de aplicação do instituto da função social nas relações de terceirização, haveria alguma mudança na atual configuração dessas relações?
Em outras palavras a terceirização atenderia a sua função social? No âmbito do direito do trabalho, autores dão sua contribuição em sentido negativo, por entenderem que a terceirização é uma forma de flexibilização dos direitos do trabalhador e do próprio contrato de trabalho.

> Esse procedimento, todavia, implica consequências mais amplas e profundas do que a propalada vantagem econômica e administrativa apontada pelas empresas. Por meio dele, há formação de novo exército de reserva que as empresas convocam e desconvocam segundo a necessidade da produção ou mesmo do serviço. Como o procedimento não ficou restrito à indústria e se estendeu às mais diferentes atividades, a mudança e alteração de trabalhadores se intensifica, aumentando esse exército de reserva.
>
> Como estrutura prática funcional, a flexibilidade laboral pode adotar o modelo da flexibilidade interna ou da flexibilidade externa. Na Flexibilidade externa, inserem-se os procedimentos que afetam diretamente a configuração da relação de emprego, mediante a adoção de contratos comerciais e civis e de subcontratos, dentre outros. Como explica Barroso, a flexibilização, nesses contratos leva à descaracterização do modelo-padrão de relação de trabalho e instaura relações indiretas de trabalho, mediante as subcontratações e a intermediação de empresas. Na flexibilidade interna, são contados trabalhadores terceirizados que, sendo empregados de outras empresas, as empresas de prestação de serviços ou as empresas de trabalho temporário, passam a trabalhar dentro da empresa contratante, na terceirizada.(CASTRO, p. 111)

No tocante a precarização do trabalho, como já mencionado supra, atenta-se ainda para o posicionamento de que a subcontratação de mão de obra (terceirização), como método de produção cujo condão é o de descentralização metodológica de redução de custos, precariza os salários, assim como o próprio trabalho. (ALVES, p. 265)

Na subcontratação haveria uma polarização do trabalho, de um lado os elitizados, contratados pelas tomadoras e outra precária e segmentada pelas prestadoras de serviços. Haveria uma fragmentação do coletivo, na terceirização, diminuindo-se os direitos de classe,

bem como uma fragilidade nas questões sindicais pelo enfraquecimento da representatividade, inclusive em questões de gênero. (ALVES, p. 266)

Diante dos posicionamentos mencionados supra, a resposta para a aplicabilidade, na atualidade, da função social nas terceirizações seria negativa, ou seja a terceirização não atenderia sua função social.

Conquanto, há quem entenda que a terceirização não seria o grande causador de malefício para a classe trabalhadora. Antônio Álvares da Silva, no artigo, Terceirização: Um Tigre de Papel preleciona:

> Em vez de a empresa contratante e exercer ela própria determinadas atividades, prefere, por razões econômicas, financeiras, técnicas, mercadológicas, etc, delegá-las a outra, contratada para este fim. Está exercendo o direito de livre iniciativa que a Constituição lhe garante.
> Se estivéssemos num país desenvolvido, este contrato seria um simples contrato de prestação de serviços, como muito outros. A empresa prestadora cederia os empregados necessários à prestação do serviço previsto contratualmente à empresa contratante e ambas estabeleceriam as condições livremente.
> Os direitos trabalhistas dos empregados da prestadora, que já estão previstos na CLT, se complementariam na negociação coletiva. Como exercem atividade em outra empresa, esta também se torna responsável pelo pagamento dos salários e direitos, de maneira direta e solidária com a prestadora ou fornecedora da mão de obra. (DA SILVA, 2016)

Do lado da administração pública também se verifica, no cotidiano, a utilização da terceirização nos órgãos e repartições das mais variadas entidades de direito público ou privado (administração publica indireta). Tanto que há inciso próprio na Súmula 331 do TST para tratar, especificamente, a terceirização na administração pública, a saber:

> V - Os entes integrantes da Administração Pública direta e indireta respondem subsidiariamente, nas mesmas condições do item IV, caso evidenciada a sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei n.º 8.666, de 21.06.1993, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora. A aludida responsabilidade não decorre de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada.

Diante dessas questões exemplificativas sobre a terceirização amplamente utilizada, inclusive na seara da administração pública direta e indireta, outro exercício de indagação e proposição pode ser realizado. A função social da terceirização não estaria presente na difusão e criação de novos postos trabalho; constituição de novas empresas prestadoras de serviços; consequentes aumentos na arrecadação de tributos, consumo e renda?

Desse modo, a função social não estaria apenas permeando os contratos entre as empresas tomadoras e prestadoras como forma de circulação de riquezas (SILVA, 2006, p. 157), mas também atingindo o espectro mais amplo da subcontratação, no que concernem incrementos de benefícios sociais, inclusive contributivo fiscal, do empreendedorismo.

Com a possibilidade de edição de uma norma acerca da terceirização, há uma oportunidade para inserção da função social como princípio e cláusula geral nas terceirizações.

Como soluções na denominada *dispersão* dos trabalhadores, no que se refere à dificuldade de associação, organização e, de mesmo modo dificuldades na reivindicação de eventuais direitos suprimidos na terceirização, poderia ser solucionada com uma quebra de paradigma na constituição dos sindicatos brasileiros.

Em breves linhas, os sindicatos brasileiros são constituídos sobre uma norma constitucional principiológica ultrapassada de unidade sindical e base territorial:

> Art. 8º É livre a associação profissional ou sindical, observado o seguinte:
>
> II - é vedada a criação de mais de uma organização sindical, em qualquer grau, representativa de categoria profissional ou econômica, na mesma base territorial, que será definida pelos trabalhadores ou empregadores interessados, não podendo ser inferior à área de um Município;

Segundo Leonardo Rabelo de Matos, o referido inciso nega a liberdade sindical, contradizendo o *caput*, dado que veda a criação de várias entidades *distritais*, por exemplo num Município ou base territorial (MATOS, p.105 e 106).

O Autor indica as desvantagens desse sistema de unicidade sindical, as quais também prejudicam a terceirização, “dificultando e algumas vezes impossibilitando a solução de conflitos em bases menores”. (MATOS, p.106).

O outro problema é o do enquadramento sindical por categoria profissional, “independentemente do grau referindo-se ao sistema confederativo organizado em estrutura piramidal de: sindicatos, federações e confederações, com o propósito de coordenar a atuação das entidades de grau imediatamente inferior”. (MATOS, p.107). Esta sistematização de associações sindicais hierárquicas leva a um controle estatal, que traça parâmetros e impede a mobilização das classes e categorias (MATOS, p.107).

Desse modo, as críticas direcionadas a terceirização pela marginalização dos trabalhadores e eventual obstaculização de associação e reivindicação de direitos pode e deve ser atribuída ao sistema sindical adotado pelo Brasil, conforme apontado supra.

Mais uma situação que poderia ser alterada com a uma eventual nova legislação, e por que não, com uma emenda constitucional para se alterar a sistemática de entidades de representação coletiva no Brasil.

Diante das assertivas supra, verificou-se que embora haja uma enorme tendência da doutrina em rechaçar a terceirização e, por conseguinte, negar sua função social, há outra vertente na qual se vislumbra não só malefícios na subcontratação, sendo que a função social poderia servir de alternativa para os problemas e distorções da terceirização de mão de obra.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Inicialmente, cuidou o presente texto de uma breve abordagem acerca da função social no ordenamento jurídico brasileiro, no tocante ao princípio constitucional com referência à propriedade.

De igual sorte traçou-se um panorama sobre a inserção do princípio da função social no direito contratual, realizando-se um apanhado de sua possibilidade jurídica de inserção dos negócios jurídicos e contratos, com amparo expresso na legislação civilista, ante a influência constitucional.

Para fechar o contexto da função social, analisou-se a questão da funcionalidade social empresarial, suas previsões legislativas e amparos doutrinários, a fim de criar um elo com o tema proposto no presente estudo.

Fomentado e preparado o terreno, inclusive com um pequeno recorte sobre a responsabilidade social da empresa no âmbito interdisciplinar da administração de empresas, com lastro em artigo sobre um caso concreto, o artigo vai à problematização da possibilidade ou incompatibilidade do instituto da função social na terceirização.

Muito embora os métodos pelos quais a terceirização foi estruturada e implementada no Brasil, ensejem uma diversidade de críticas àquela, a subcontratação não irá desaparecer, uma vez que até mesmo o estado se utiliza da subcontratação de mão de obra.

Tendo em vista esse instituto estar cada vez mais presente, não se podem apontar apenas os problemas sem se pelo menos tentar criar alternativas para melhorar as mazelas, como

por exemplo, fomentar a inclusão de medidas na legislação que impeçam distorções e perdas para as partes envolvidas.

Embora haja negativa de presença de função social na terceirização no atual modelo por grande parte de estudiosos e defensores da classe operária, na outra ponta há o empreendedorismo captador de tributos e criador de postos de trabalho, além da circulação de valores no âmbito contratual entre tomador e prestador.

Uma questão que permanece, pode assim ser formulada: Com a notável tendência de concentração do capital, de conformação de empresas transnacionais, que dominam de forma quase absoluta determinadas áreas da economia, não haveria um desequilíbrio na relação contratual, visto que a grande massa de trabalhadores não teria nenhum vinculo jurídico trabalhista com os detentores de gigantesco poder de decisão e operação do mercado? A dinamização da economia que é esperada com a terceirização beneficiaria, por si só, os trabalhadores?

Diante das controvérsias, a proposição que se faz, a título também de questionamento, pode ser assim equacionada: a inserção da cláusula geral ou princípio da função social nos complexos processos de terceirização de mão de obra, criando-se um novo alicerce para a subcontratação, por um lado e, por outro, o estabelecimento da plena liberdade sindical (fim da unicidade e base territorial) para que os trabalhadores possam ser melhores representados, bem como o incremento de incentivos às empresas terceirizadas, não seria uma solução plausível e realizável para resolver um problema para o qual só têm sido apresentadas respostas polarizadas e antagônicas?

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Maria Christina, **A Função Social Da Empresa Na Sociedade Contemporânea:** Perspectivas E Prospectivas, in ARGUMENTUM - Revista de Direito n.3 - 2003 – UNIMAR, disponível em: www.unimar.br/biblioteca/publicacoes/pos/Direito_vol_03.pdf, acesso em agosto de 2016

BERTONCINI, Mateus Eduardo Siqueira Nunes; CORRÊA, Felipe Abu-Jamra, **Responsabilidade social da empresa e as ações afirmativas: implicações do estatuto da igualdade racial,** 1ª Ed., Curitiba, JM, 2012;

CASTRO, Maria do Perpétuo Socorro Wanderley de, Terceirização: Uma Expressão Do Direito Flexível Do Trabalho Na Sociedade Contemporânea, Dissertação de Mestrado, Orientador

Fabio Tulio Barroso, Disponível em http://www.unicap.br/tede/tde_arquivos/4/TDE-2012-04-25T160607Z-482/Publico/dissertacao_maria_do_perpetuo.pdf, acesso em agosto 2016;

CAVALCANTE, Jouberto de Quadros Pessoa; JORGE NETO, Francisco Ferreira. Direito do Trabalho, Tomo I e II. 4ª Edição Rio de Janeiro, Lumen Iuris, 2008;

COELHO, Fábio Ulhoa**, Curso de Direito Civil, Contratos,** Volume 3, RT Thomson Reuters, São Paulo, 8ª Edição, 2016;

DELGADO; Mauricio Godinho**. Curso de Direito Do Trabalho,** 5ª Edição, São Paulo, Editora LTr, 2006;

MARTINS, Otiliana, Augusto Cabral, Maria Naiula Pessoa, Sandra Santos e Vivianne Roldan, **Responsabilidade social empresarial.** O processo de institucionalização em uma empresa ganhadora do prêmio SESI de qualidade no trabalho, Revista Portuguesa e Brasileira de Gestão, Jun 2013, Volume 12 Nº 2 Páginas 75 – 87, disponível em www.scielo.org. Acesso em agosto 2016.

MORAES, Maria Celina Bodin de. **A caminho de um Direito Civil Constitucional.** Revista de Direito Civil, São Paulo, v. 65, p. 21-32, jul./set. 1993.

MATOS, Leonardo Rebelo **De, Vida e Morte do Sindicato no Brasil,** 1ª Ed., Juiz de Fora, Editar, 2015.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil:** introdução ao direito civil constitucional. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

PINHEIRO, Maria Cláudia Bucchianeri. **A Constituição de Weimar e os direitos fundamentais sociais:**. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 11, n. 1192, 6 out. 2006. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/9014>. Acesso em ago. 2016.

SILVA, Antônio Álvares, **Terceirização:** Um Tigre de Papel, https://www.trt3.jus.br/download/acs/artigos/terceirizacao_200415.pdf, acesso em agosto de 2016.

SILVA, Luis Renato Ferreira da. A função social do contrato no novo Código civil e sua conexão com a solidariedade social, In: **O Novo Código Civil e a Constituição**. Org. Ingo Wolfgang Sarlet, 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

TARTUCE, Flávio, Direito Civil, **Lei de Introdução e Parte Geral**, 2ª Ed. São Paulo Ed. Método, 2006.

TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil**. 2ª ed., Rio de Janeiro: Renovar. 2001.

VENOSA, Silvio de Salvio, **Direito Civil**, Volume 2, 6ª Edição, Atlas, 2006, São Paulo.