

**X ENCONTRO INTERNACIONAL DO
CONPEDI VALÊNCIA – ESPANHA**

**DIREITO DO TRABALHO E EFICÁCIA DOS
DIREITOS FUNDAMENTAIS NO MEIO AMBIENTE
DO TRABALHO**

MARIA AUREA BARONI CECATO

NORMA SUELI PADILHA

FERNANDO FITA ORTEGA

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG – Minas Gerais

Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS – Sergipe

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul

Secretário Executivo - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - Unimar/Uninove – São Paulo

Representante Discente – FEPODI

Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro

Prof. Dr. Aires José Rover - UFSC – Santa Catarina

Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP – São Paulo

Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF – Distrito Federal (suplente)

Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP – São Paulo (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM – Santa Catarina

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR – Ceará

Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM – Distrito Federal

Relações Internacionais para o Continente Americano

Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG – Goiás

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão

Relações Internacionais para os demais Continentes

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuitiba – Paraná

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo

Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB – Paraíba

Eventos:

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch – UFSM – Rio Grande do Sul

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho – Unifor – Ceará

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – Fumec – Minas Gerais

Comunicação:

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC – Santa Catarina

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF/Univali – Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara – ESDHC – Minas Gerais

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP – Pernambuco

D598

Direito do trabalho e eficácia dos direitos fundamentais no meio ambiente do trabalho [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/2020

Coordenadores: Fernando Fita Ortega; Maria Aurea Baroni Cecato; Norma Sueli Padilha – Florianópolis: CONPEDI, 2020 / Valência: Tirant lo blanch, 2020.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5648-011-4

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Crise do Estado Social

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Congressos Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. X Encontro Internacional do CONPEDI Valência – Espanha (10:2019 :Valência, Espanha).

CDU: 34

X ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI VALÊNCIA – ESPANHA

DIREITO DO TRABALHO E EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NO MEIO AMBIENTE DO TRABALHO

Apresentação

No âmbito de uma parceria estabelecida entre Espanha e Brasil, constando de um projeto desenvolvido no X Encontro Internacional do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito, realizado na Universidade de Valência, de 4 a 6 de setembro de 2019, os textos abaixo arrolados foram apresentados e debatidos junto ao Grupo de Trabalho (GT) intitulado “Direito do Trabalho e eficácia dos direitos fundamentais no meio ambiente do trabalho”.

As apresentações e os debates se colocam, assim, em considerações gerais sobre direitos fundamentais laborais e sua evolução, segundo o texto de apresentação, abaixo transcrito, elaborado pelos coordenadores do GT.

Os direitos fundamentais laborais e sua evolução: considerações gerais

1. A origem e o desenvolvimento dos direitos sociais nas Constituições.

A proclamação constitucional dos direitos sociais, como direitos fundamentais, surgiu sempre vinculada a fenômenos traumáticos, em um intento de “vertebração” das sociedades que deles foram vítimas. Assim aconteceu com o reconhecimento desses direitos no âmbito do que veio a ser denominado Constitucionalismo social¹, o que significa, nas palavras de MONEREO, a pretensão político-institucional de colocar a economia a serviço da sociedade, ao incorporar os direitos sociais nas constituições, garantindo, de forma efetiva, os direitos fundamentais mediante a realização de políticas redistributivas de riqueza e a democratização e “pluralização” da ordem política e socioeconômica.²

Igualmente aconteceu com a consolidação dos direitos sociais nos textos constitucionais, cuja expressão nas Constituições européias ocorreu nos anos imediatamente após a Segunda Guerra Mundial em áreas não sujeitas a ditaduras³, ou após a queda destas.⁴ Uma característica comum dessas constituições é a exaltação dos valores sociais como espinha dorsal do novo marco jurídico que deverá reger a sociedade, como resta compreendido de seus primeiros artigos⁵, com o objetivo de estabelecer sociedades que possam conviver em paz e harmonia através da estabilidade social.

Juntamente com os direitos sociais, as constituições também reconhecem os direitos econômicos, entre os quais, como referência, destaca-se o princípio da liberdade de empresa, que faz parte do desenho econômico constitucional, integrando a chamada constituição econômica que, normalmente (e, em todo o caso é assim que ocorre na Espanha) se configura como constituição aberta e não está sujeita a modelos econômicos fixos.⁶

2. A revisão dos direitos fundamentais à luz do princípio da liberdade de empresa: o caso espanhol no contexto europeu.

Pois bem, em que pesem as dificuldades que existem para reconhecer a liberdade de empresa como um direito fundamental, o certo é que a liberdade de empresa, como as demais liberdades de mercado, compartilham mecanismos processuais e garantias institucionais de máxima proteção jurídica outorgada aos direitos fundamentais nas jurisdições nacionais⁷. E se um direito vale juridicamente o que valem suas garantias⁸, vale assinalar que aquelas que estão sendo colocadas, nos últimos tempos, em defesa do princípio da liberdade de empresa, são maiores do que as que protegem os direitos fundamentais dos trabalhadores, como resultado dos momentos atuais caracterizados pela globalização econômica e pelo triunfo das políticas neoliberais (muito mais paleoliberais, nas palavras de JAVIER DE LUCAS).⁹

Como parte da constituição econômica, a liberdade de empresa se modula em virtude de um critério de caráter econômico – economia de mercado ¹⁰ – na qual a defesa da concorrência constitui um pressuposto e um limite necessário dessa liberdade (Sentença do Tribunal Constitucional 208/1999). A defesa da competência supõe, pois, um critério de ponderação a ser considerado na hora da avaliação do ordenamento jurídico, incluídos os limites aos direitos fundamentais dos trabalhadores. ¹¹

Nessa situação se apresenta um difícil equilíbrio entre a economia de mercado e a configuração dos países como estados sociais, uma vez que a intervenção econômica das autoridades públicas para defender os valores sociais poderia configurar um prejuízo para a defesa da concorrência. É, como VIERA ÁLVAREZ¹² aponta, uma questão de limites. Limites por excesso e por padrão. Por excesso, dado que a Constituição não permite um sistema de mercado puro, com uma economia altamente liberalizada, tanto porque a Espanha se constitui como um Estado social, como também em razão do reconhecimento de uma iniciativa econômica para o Estado.¹³

Por padrão, porque o mercado não pode ser alterado, tornando-se uma economia planejada e centralizada; há uma intervenção das autoridades públicas, embora o coração do modelo esteja na iniciativa privada.

No entanto, em um contexto de emergência de espaços político-econômicos regionais, que implicam a superação do Estado-Nação em virtude de parâmetros.

essencialmente econômicos¹⁴, e a forte presença de políticas neoliberais, a defesa dos direitos sociais fundamentais foi enfraquecida em razão da preeminência que foi dada aos parâmetros próprios da economia. Assim tem ocorrido na União Europeia, onde as quatro liberdades comunitárias instrumentais para a criação do mercado único - livre circulação de pessoas, bens, serviços e capital - exigem a criação de um sistema econômico que garanta, para seu funcionamento, livre concorrência real e eficaz.

Não é de surpreender, portanto, que, na tentativa de constitucionalizar uma série de direitos e princípios no nível da comunidade, juntamente com certos direitos sociais, seja coletada a liberdade da empresa¹⁵, que foi entendida como constitucionalização da «Economia social de mercado», que implica limitações importantes ao intervencionismo político-econômico típico do estado social contemporâneo¹⁶. O direito originário da União Européia estaria, portanto, integrando uma constituição material, forte, na qual os direitos sociais são integrados de maneira frágil, passando a ser considerados barreiras não-tarifárias ao mercado livre, assim como aconteceu com os direitos de greve e negociação coletiva em sentenças do Tribunal de Justiça da União Europeia em sentenças como as proferidas em Albany, Viking, Laval ou Ruffert.

Desse modo, aparece um modelo social europeu, definido em contraposição ao Estado social, começando a falar de um modelo de solidariedade competitiva que substituiria o da solidariedade distributiva, subtraindo da esfera da solidariedade do Estado as políticas de integração em matéria social ao impor-se a subordinação dos direitos sociais ao mercado.¹⁷

Em definitivo, a lógica seguida pela União Européia vem se situando na manutenção de uma economia saneada e competitiva, respeitando o princípio da livre concorrência, como instrumento para a melhoria das condições de vida e de trabalho seguindo o entendimento de que a melhoria social derivaria naturalmente do progresso social. Assim, um Estado de competição econômica que faria a lógica econômica prevalecer sobre a social, revendendo os direitos sociais, estaria substituindo a forma política do Estado social.¹⁸ Tudo isso levaria ao surgimento de um novo conceito de cidadania, a cidadania do consumo, fundada no mercado, que resultaria do entendimento de que o avanço social é alcançado a partir dos benefícios que os cidadãos europeus podem lograr como consumidores e como resultado de produção mais eficiente e concorrência mais intensa.¹⁹

Como resultado da globalização econômica e da submissão – e, em muitos casos, da conivência – do poder político ao poder econômico, os Estados limitaram suas possibilidades de intervenção na tutela dos direitos sociais.²⁰ Portanto, a defesa dos valores sociais deve ser impulsionada no plano internacional ou pelo desenvolvimento de novos mecanismos de proteção transnacional, ou seja, estabelecendo a resposta da defesa social na mesma esfera em que sua ameaça se move. ²¹

Nesse sentido, é importante reconhecer que, apesar do forte condicionamento da economia, em um espaço supranacional, como o da União Européia, houve alguns avanços importantes na garantia dos direitos fundamentais no sistema jurídico. Isso aconteceu em questões relacionadas à segurança e saúde no trabalho, nas quais a jurisprudência trabalhista do Tribunal de Justiça em termos de tempo de trabalho estendeu as garantias dos trabalhadores além do imaginável, atendendo a tradição jurídica dos diferentes Estados membros. O mesmo aconteceu em outras matérias, como com o reconhecimento e fortalecimento dos direitos à informação e consulta; a proibição de discriminação (apesar da hierarquia que pode ser encontrada na proteção de certos motivos discriminatórios e a falta, em muitos casos, de mecanismos eficazes de proteção) ou a proteção da privacidade derivada da proteção de dados.

E ainda, dadas as terríveis conseqüências das políticas econômicas na fase de crise iniciada em 2018 (distanciamento do cidadão do projeto europeu, traduzido no auge dos nacionalismos e na contestação à própria existência da União, que está se estendendo por todo o espaço geográfico) no ano de 2017, foi apresentada a proposta de criação de um pilar europeu dos direitos sociais ²², que busca servir de guia para alcançar resultados sociais e de emprego eficientes para responder aos desafios atuais e futuros, a fim de garantir uma melhor regulamentação e aplicação dos direitos sociais, satisfazendo as necessidades essenciais da população que expressando os princípios e direitos essenciais para o bom e justo funcionamento dos mercados de trabalho e sistemas de bem-estar na Europa do século XXI. ²¹.

No entanto, resta pendente a necessidade de promover a proteção de outros direitos trabalhistas consolidados, bem como de estender essa mesma tutela ao plano internacional. Para isso, é imprescindível fortalecer a eficácia jurídica dos tratados internacionais ratificados pelos distintos Estados, que vêm sendo ignorados nos últimos tempos de crise econômica, elevando esta última ao parâmetro de interpretação constitucional²⁴ assim como exceção ao cumprimento das obrigações impostas pelas normas internacionais. ²⁵

Nesse sentido, cobram especial significação as iniciativas para a criação de um direito transnacional, como no caso da lei francesa nº 2017-399, de 27 de março de 2017, sobre o dever de fiscalizar as principais empresas em relação ao cumprimento de certos padrões laborais, por parte das empresas de terceirização – ainda que estejam localizados no exterior, sob outra codificação legal –, o que significa uma medida de responsabilidade social corporativa, voluntária para as empresas, na tentativa de garantir direitos sociais de trabalhadores que não são cidadãos do país que adota a medida.

3. Considerações acerca do contexto brasileiro no que concerne aos direitos fundamentais e à liberdade de empresa.

Embora com alguma limitação de amadurecimento político em relação à Europa (e aqui fala-se da Europa da época do estabelecimento dos direitos sociais, portanto, a Europa tradicional e juridicamente não estruturada em um ordenamento supranacional), o Brasil seguiu, em parte, o modelo europeu de construção de um Estado social. E o fez, assim como o fizeram outros países da América Latina e até mesmo de outras partes do mundo. Mas, claro, esse quadro foi também influenciado por outros fatores, econômicos, culturais e políticos, locais e regionais.

Tratou-se, sem dúvida, de um momento histórico de nova compreensão de como a sociedade deveria ser estruturada. Ao menos em termos mais ideais (e menos concretos), tratava-se de edificar o espaço de todos, o que implicava em reduzir desigualdades, no intuito da inclusão social. Esse conceito não desapareceu, mas cedeu lugar à preeminência da liberdade de empresa, restando desequilibrado o cotejo.

Vale considerar que o Brasil foi signatário do Tratado de paz da Primeira Guerra Mundial (Tratado de Versailles) e, nessa condição tornou-se, desde então, membro da Organização Internacional do Trabalho (OIT). Essa foi uma das razões pelas quais ele esteve, desde o início, no contexto da criação de normas de proteção ao trabalhador e da compreensão de princípios que semeavam, desde então, o ideal do Constitucionalismo social.

Todavia, a primeira Constituição social brasileira data de 1934, quase vinte anos depois da Constituição social Mexicana, de 1917 e da Constituição de Weimer (1919). Isso, entretanto, não é o fato mais significativo porque, em períodos de autoritarismo, que foram muitos e relativamente longos, permaneceram os direitos laborais individuais, mas os coletivos – por óbvio, de cunho mais fortemente políticos e econômicos – foram extintos ou reduzidos, o que manteve os sindicatos em uma relativa inércia.

Na sequência, destaca-se a atual Constituição (de 1988) pós queda do regime civil-militar de 1964 a 1985. Esse texto constitucional é, sem dúvida, uma construção democrática “livre, justa e solidária, fraterna, pluralista e sem preconceitos”, destinada a “assegurar o exercício dos direitos sociais...” (Preâmbulo da Constituição Federal Brasileira) e a dignidade da pessoa humana (Artigo 1 da C.F.B.) Nela, um espaço considerável foi destinado aos direitos sociais e, no âmbito destes, notadamente, aos laborais. Como suporte desse intento, a Ordem Econômica (Artigo 170 da C.F.B.) foi “fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa” com o fito de garantir “a todos existência digna”. De outro lado, é sustentada por princípios, dos quais devem ser destacados a “função social da propriedade” (e, assim, também a da empresa), a busca do pleno emprego e a livre concorrência.(Artigo 170 da C.F. B.). São todos princípios que embasam direitos fundamentais que devem garantir a tutela do trabalhador e a liberdade das empresas de se estabelecerem, pela livre iniciativa, como entenderem apropriado, exceto no que respeita a limites estabelecidos por lei.

Nos últimos tempos, todavia, o cotejo entre a liberdade de empresa e a proteção aos direitos fundamentais laborais, resulta numa clara inclinação de ganho para a primeira. Este é o contexto brasileiro que hoje se coloca na vanguarda dos países latinoamericanos: há uma nítida propensão para a valorização da liberdade da empresa em detrimento da proteção dos direitos dos trabalhadores. E, conquanto se saiba da existência de uma tendência mundial no sentido de precarizar direitos laborais e sociais em geral, resta uma diferença relevante de correlação de forças nos diversos ordenamentos jurídicos.

Em termos substantivos, a concretização maior dessa tendência é a recente Reforma Trabalhista (Lei 13.467 de 2017). Esse novo estatuto reduz fortemente a tutela do trabalhador, visando permitir às empresas fácil adequação ao quadro concorrencial mundial (expandida pela mundialização econômica). Assim, restam atendidas as necessidades das empresas, mas, sobretudo, seus interesses.

Apenas a título exemplificativo, destaca-se, nessa nova regulamentação, a prevalência do negociado sobre o legislado, o que reduz o espaço dos sindicatos e leva à negociação direta entre patrão e empregado, representando grande risco para a efetividade dos direitos trabalhistas. Aliás, se contratos entre patrão e empregados fossem isentos da preeminência da vontade do primeiro sobre a do segundo, jamais se teria tido necessidade de estabelecer normas tutelares para a dignidade do trabalhador. E, como não poderia deixar de ser, esse quadro é agravado pelos efeitos negativos da globalização econômica que impacta as condições de trabalho em todo o mundo.

No que concerne ao procedimento adotado para aprovação da mencionada reforma, cabe ressaltar a ausência total de diálogo com os sindicatos e com a sociedade em geral, diálogo esse necessário e devido, já que a chamada “Reforma Trabalhista” não constitui, por óbvio, alterações pontuais no Direito do Trabalho brasileiro. Ao contrário, implica em mudanças estruturais nesse ramo do Direito.

O Brasil nunca pode ser realmente considerado um Estado social, conquanto tenha estabelecido direitos sociais do início do Século XX até a atualidade. E, de fato, faltavam-lhe elementos para tal, destacando-se a persistência de forte desigualdade econômica e social durante todo esse tempo. Mas, apesar de embargada por outros ideais, a depender do momento político, havia uma intenção de sê-lo.

O país se encontra, hoje, muito mais afastado dessa condição. Contribui para essa perda, o projeto, já quase toalmente aprovado, da Reforma da Previdência Social, mais um portador de fortes perdas para os trabalhadores. Relembre-se que, dentre os pilares que constituem o chamado trabalho digno (“trabalho decente” na nomenclatura da OIT) está a proteção social, forte aliada dos direitos laborais.

Esse é o quadro atual, ainda sem qualquer perspectiva de reaproximação do status anterior. Entre a liberdade da empresa e os direitos mínimos e essenciais dos trabalhadores (o que repercute na sociedade em geral), está-se diante de um quadro em que estes últimos vêm enfrentando nítidas e consideráveis perdas, situação agravada pela persistência da grande desigualdade que marca o país.

Fora dos limites geográficos de cada país – e até pelo fato de que as relações laborais são, cada vez mais, impactadas seja direta, seja indiretamente, pela intensificação da globalização econômica, – vale reiterar o que já foi mencionado acima: a defesa dos direitos sociais fundamentais deve ultrapassar as barreiras dos ordenamentos nacionais, de forma a ser impulsionada no nível internacional ou através de mecanismos de ordenamentos transnacionais. .

1. Com a primeira manifestação da Constituição Mexicana de 1917, depois da revolução iniciada em 1910 e sua continuidade com a Constituição de Weimar, de 1919, depois da sangrenta I Guerra Mundial.

2. MONEREO PÉREZ, J.L., “El constitucionalismo social europeo. Un marco jurídico-político insuficiente para la construcción de la ciudadanía social europea”. Revista Española de Derecho del Trabajo n.160/2013, p. 6 (versión electrónica).
3. É o caso, por exemplo, da Constituição Francesa de 1946 ou da Italiana de 1947.
4. Como aconteceu no caso da Constituição portuguesa de 1976 ou da Constituição espanhola de 1978. Da mesma forma, no caso das constituições latino-americanas, como a brasileira, promulgadas após a queda dos regimes ditatoriais - apoiados e promovidos a partir dos Estados Unidos da América do Norte - que impediram o avanço do reconhecimento dos direitos civis e sociais.
5. La France est une République indivisible, laïque, démocratique et sociale (art. 1); L'Italia è una Repubblica democratica, fondata sul lavoro (art. 1); España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho (art. 1)...
6. Não foi este, entretanto, o caso português, já que o texto original da Constituição de 1976 se encontrava fortemente marcado por uma ideologia socialista.
7. LLOBERA-VILA, M. “Aproximación al proceder hermenéutico del TJUE: Libertad de empresa, libre competencia y constitución del trabajo”, Lex Social, vol. 7, nº. 1 (2017) p. 219.
8. TORRES DEL MORAL, A. (1991), Estado de Derecho y democracia de partidos, Servicio de Publicaciones de la Universidad Complutense, Madrid, p. 230.
9. Conferência inaugural do CONPEDI, Valencia 4 de setembro de 2019.
10. Reconhece-se a liberdade de empresa no marco de uma economia de mercado, estabelece o artigo 38 da Constituição Espanhola.
11. Limitando-se direitos sociais fundamentais como o da negociação coletiva, ao, por exemplo, declarar-se contrárias à competência certas cláusulas das convenções coletivas limitativas do recurso à externalização produtiva. Sobre esse particular, veja-se AA.VV., “La aplicación de la Ley de defensa de la competencia a los convenios colectivos”, en AA.VV. (Dir. GOERLICH PESET, J.M., Libertades económicas, mercado de trabajo y derecho a la competencia. Consejo Económico y Social. Madrid, 2001, pp. 281-393.

12. VIERA ALVAREZ, C., “La libertad de empresa y algunos límites desde la perspectiva del Estado social” Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid, n. 21, 2010-I, p. 220.

13. O artigo 38 da Constituição Espanhola dispõe: Se reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado. Los poderes públicos garantizan y protegen su ejercicio y la defensa de la productividad, de acuerdo con las exigencias de la economía general y, en su caso, de la planificación.

14. Vale lembrar que a criação da União Europeia surge a partir da aspiração da criação de un Mercado Único.

15. Artículo 16 da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia: “se reconoce la libertad de empresa de conformidad con el Derecho comunitario y con las legislaciones y prácticas nacionales”.

16. MONEREO PÉREZ, J.L., “El constitucionalismo social europeo...”. cit, p. 13.

17. VIERA ALVAREZ, C., “La libertad de empresa y algunos límites desde la perspectiva del Estado social” cit., p. 212.

18. MONEREO PÉREZ, J.L., “El constitucionalismo social europeo...”. cit, p. 4.

19. LLOBERA-VILA, M. “Aproximación al proceder hermenéutico del TJUE: Libertad de empresa, libre competencia y constitución del trabajo”, cit., pp. 224-225.

20. Possibilidades que no caso espanhol estão incluídas, entre outros, nos artigos 9, 33, 40, 128, 131 da Constituição, onde está estabelecido: a obrigação do poder público de remover os obstáculos para que a igualdade dos indivíduos e dos grupos em que estão integrados sejam reais e eficazes, bem como promovam condições favoráveis ao progresso social e econômico e a uma distribuição mais equitativa da renda regional e pessoal; a função social da propriedade privada; a subordinação da riqueza do país, em suas diferentes formas e qualquer que seja sua propriedade, ao interesse geral, reconhecendo a intervenção pública na economia em defesa desse interesse; a possibilidade de planejar a atividade econômica geral para atender as necessidades coletivas, equilibrar e harmonizar o desenvolvimento regional e setorial e estimular o crescimento da renda e da riqueza e sua distribuição mais justa.

21. FITA ORTEGA, F. y NAHAS, T., “La necesidad de una nueva internacionalización, o supranacionalidad, para asegurar la efectividad de la gobernanza de las relaciones de trabajo”, en *El futuro del trabajo: cien años de la OIT*” Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social. Colección informes y estudios, Serie General, n.º. 23, 2019, pp. 1653-1667.

22. Que, no momento, se materializou na aprovação da Diretiva (UE) 2019/1152 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 20 de junho de 2019, relativa a condições de trabalho transparentes e previsíveis na União Europeia e na criação pelo Regulamento 2019/1149 de um novo órgão, a Autoridade Europeia do Trabalho, que garante que as disposições europeias sobre mobilidade laboral sejam aplicadas de forma justa, simples e eficaz.

23. Apartados 12 y 13 do Pilar europeo de direitos sociais.

24. Como aconteceu no caso das sentenças constitucionais espanhóis 119/2014 e 8/2015, que analisaram a constitucionalidade das reformas trabalhistas espanholas de 2012.²⁵ Como foi o caso, por exemplo, da denúncia apresentada a certas medidas do Governo grego perante o Comitê Europeu dos Direitos Sociais por violações de certas obrigações impostas pela Carta Social Europeia (Reclamação n.º 65/2011) e sobre as quais o Governo respondeu admitindo a não conformidade, indicando que se tratava de uma não conformidade temporária e que reverteria a situação assim que a situação econômica permitisse (GR-SOC (2012) CB5, 5 de novembro de 2012).

Valência (ES); João Pessoa (BR); Florianópolis (BR), 16 de setembro de 2019

Prof. Dr. Fernando Fita Ortega – Universidade de Valência (UV)

Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato – Universidade Federal da Paraíba (UFPB)

Profa. Dra. Norma Sueli Padilha – Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC)

AFINAL, O QUE SERÁ A TERCEIRIZAÇÃO? AS PERPLEXIDADES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

AFTER ALL, WHAT'S OUTSOURCING? FEDERAL SUPREME COURT PERPLEXITIES

Ricardo Antonio Lucas Camargo ¹
Maria Cristina Cereser Pezzella

Resumo

Pretende-se, no presente texto, examinar as questões concernentes ao alegado esmaecimento da distinção entre "atividade-fim" e "atividade-meio" da empresa, bem como ao alegado dever de a Administração Pública buscar soluções de mercado, sustentados como teses no julgado do Supremo Tribunal Federal sobre a terceirização. Trabalham-se os conceitos próprios da teoria weberiana dos sistemas econômicos e identifica-se qual dentre estes foi albergado na Constituição brasileira para discutir as teses do aresto. Emprega-se o método dedutivo.

Palavras-chave: Direito ao trabalho, Constituição, Terceirização, Atividade empresarial, Administração pública

Abstract/Resumen/Résumé

One intends, in this text, argue questions concerning the so-called fading of distinction amidst "essential activity" and "activity of support" of the firm, as well as the so-called duty of pursuing market solutions imposed to Public Administration in a case judged by Federal Supreme Court on outsourcing, Concepts of weberian theory of economic systems and identification of which of them was taken by Brazilian Constitution are the instrument to discuss this judgement. It is employed deductive method.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Right to work, Constitution, Outsourcing, Activity of enterprises, Public administration

¹ Professor da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul/Professor Visitante da Università degli Studi di Firenze

Introdução

A abrangência da possibilidade de terceirização é um dos temas que mais têm preocupado a doutrina trabalhista.

Decisão majoritária do Supremo Tribunal Federal concernente à admissibilidade plena da terceirização produziu ampla repercussão, sobretudo porque sobre a matéria, como se sabe, antes desse julgamento, o Tribunal Superior do Trabalho editou dois enunciados sobre o tema, o de número 256 e o que o substituiu, de número 331.

O objetivo do presente estudo é analisar duas das teses do julgado – a referente à superação da distinção entre “atividade-meio” e “atividade-fim” e o dever de a Administração Pública adotar soluções eficientes de mercado -, para o fim de se verificar em que as respectivas premissas dialogariam com o delineamento do sistema econômico albergado pela Constituição.

Isto impõe, claro, que se recorde a teoria dos sistemas econômicos, tomando como ponto de partida em especial o aparato conceitual weberiano, a relevância do Direito na respectiva configuração, com o estabelecimento das premissas que se empregarão para o confronto com as teses escolhidas no acórdão, que será transcrito na primeira parte do estudo.

Recordados os conceitos mais gerais, as conclusões a que se chegará decorrerão do confronto entre estes e as teses, com o que se está a empregar o método dedutivo.

Recordando a teoria dos sistemas econômicos

A discussão dos “sistemas econômicos” a partir das obras de Max Weber e Werner Sombart, em especial, impõe o exame do papel que se reserva, neles, a cada um dos fatores da produção.

Tal papel, por implicar a atribuição de prerrogativas e ônus aos seres humanos e regimes de apropriação aos objetos, pressupõe um ordenamento jurídico, necessariamente, uma vez que as “prerrogativas”, “ônus” e “regimes de apropriação” não existem na natureza, são qualificações que se dão aos dados de realidade, e tocam à conduta humana.

Recordando, de outra parte, que os dados exteriores ao ser humano são trazidos ao seu intelecto mediante proposições, algumas, buscando indicar qual a “identidade” desses dados, outras, qual o “sentido” a ser atribuído a esses dados, vale trazer a lume a distinção entre as ciências do “ser”, que examinam as proposições concernentes à “identidade” dos dados, e as ciências do “dever-ser”, que examinam as proposições referentes ao “sentido” a ser-lhes atribuídos, mais especificamente, aos “valores”.

As primeiras, voltadas ao exame de enunciados traduzindo relações de causalidade, tanto no âmbito das ciências naturais quanto no âmbito das ciências sociais, as segundas, voltadas ao exame de enunciados traduzindo relações de imputação.

Por outro lado, é sempre necessário advertir que os “sistemas econômicos” – tema estudado sob o ponto de vista das ciências do “ser” pela Economia Política, a despeito de o papel de cada um dos fatores de produção exigir uma prévia definição pelo ordenamento jurídico, atraindo, pois, o interesse das ciências do “dever-ser” – constituem, em si mesmos, “entes de razão”, na terminologia espinosiana, voltados a possibilitar o trazer uma realidade exterior ao ser humano para o respectivo intelecto.

Como “entes de razão” voltados a simplificar a compreensão de uma realidade complexa, as características de cada um deles, que os permite identificar, são inferidas a partir de elementos comuns a realidades aproximadas entre si, e, justamente porque eles buscam, antes, simplificar a compreensão, dificilmente terão uma correspondência exata com a realidade a que se reportam, conseguirão, no máximo, uma aproximação.

É precisamente em função disto que os “sistemas econômicos”, na terminologia weberiana, serão tratados, antes e acima de tudo, enquanto “tipos ideais”, e, dentre esses “tipos ideais”, tomar-se-á aquele que corresponde mais aproximadamente ao que se encontra consagrado no ordenamento jurídico brasileiro, voltado em especial aos elementos que configuram o “sistema da autonomia”, mais do que aos sistemas de “autoridade” e de “tradição” (SOUZA,

2002, p. 317; WEBER, 1992, p. 17; NUSDEO, 2015, p. 83-4; PEZZELLA, CAMARGO, 2017, p. 40-1).

Todas essas premissas vão ser estabelecidas para se realizar o debate de teses que foram postas no julgado do Supremo Tribunal Federal concernente à amplitude com que a denominada “terceirização” poderia ser admitida, julgado, este, resumido pela seguinte ementa:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA COM REPERCUSSÃO GERAL. DIREITO CONSTITUCIONAL. DIREITO DO TRABALHO. TERCEIRIZAÇÃO NO ÂMBITO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. SÚMULA 331, IV E V, DO TST. CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 71, § 1º, DA LEI Nº 8.666/93. TERCEIRIZAÇÃO COMO MECANISMO ESSENCIAL PARA A PRESERVAÇÃO DE POSTOS DE TRABALHO E ATENDIMENTO DAS DEMANDAS DOS CIDADÃOS. HISTÓRICO CIENTÍFICO. LITERATURA: ECONOMIA E ADMINISTRAÇÃO. INEXISTÊNCIA DE PRECARIZAÇÃO DO TRABALHO HUMANO. RESPEITO ÀS ESCOLHAS LEGÍTIMAS DO LEGISLADOR. PRECEDENTE: ADC 16. EFEITOS VINCULANTES. RECURSO PARCIALMENTE CONHECIDO E PROVIDO. FIXAÇÃO DE TESE PARA APLICAÇÃO EM CASOS SEMELHANTES. 1. A dicotomia entre “atividade-fim” e “atividade-meio” é imprecisa, artificial e ignora a dinâmica da economia moderna, caracterizada pela especialização e divisão de tarefas com vistas à maior eficiência possível, de modo que frequentemente o produto ou serviço final comercializado por uma entidade comercial é fabricado ou prestado por agente distinto, sendo também comum a mutação constante do objeto social das empresas para atender a necessidades da sociedade, como revelam as mais valiosas empresas do mundo. É que a doutrina no campo econômico é uníssona no sentido de que as “Firmas mudaram o escopo de suas atividades, tipicamente reconcentrando em seus negócios principais e terceirizando muitas das atividades que previamente consideravam como centrais” (ROBERTS, John. The Modern Firm: Organizational Design for

Performance and Growth. Oxford: Oxford University Press, 2007). 2. A cisão de atividades entre pessoas jurídicas distintas não revela qualquer intuito fraudulento, consubstanciando estratégia, garantida pelos artigos 1º, IV, e 170 da Constituição brasileira, de configuração das empresas, incorporada à Administração Pública por imperativo de eficiência (art. 37, caput, CRFB), para fazer frente às exigências dos consumidores e cidadãos em geral, justamente porque a perda de eficiência representa ameaça à sobrevivência da empresa e ao emprego dos trabalhadores. 3. Histórico científico: Ronald H. Coase, “The Nature of The Firm”, *Economica* (new series), Vol. 4, Issue 16, p. 386-405, 1937. O objetivo de uma organização empresarial é o de reproduzir a distribuição de fatores sob competição atomística dentro da firma, apenas fazendo sentido a produção de um bem ou serviço internamente em sua estrutura quando os custos disso não ultrapassarem os custos de obtenção perante terceiros no mercado, estes denominados “custos de transação”, método segundo o qual firma e sociedade desfrutam de maior produção e menor desperdício. 4. A Teoria da Administração qualifica a terceirização (outsourcing) como modelo organizacional de desintegração vertical, destinado ao alcance de ganhos de performance por meio da transferência para outros do fornecimento de bens e serviços anteriormente providos pela própria firma, a fim de que esta se concentre somente naquelas atividades em que pode gerar o maior valor, adotando a função de “arquiteto vertical” ou “organizador da cadeia de valor”. 5. A terceirização apresenta os seguintes benefícios: (i) aprimoramento de tarefas pelo aprendizado especializado; (ii) economias de escala e de escopo; (iii) redução da complexidade organizacional; (iv) redução de problemas de cálculo e atribuição, facilitando a provisão de incentivos mais fortes a empregados; (v) precificação mais precisa de custos e maior transparência; (vi) estímulo à competição de fornecedores externos; (vii) maior facilidade de adaptação a necessidades de modificações estruturais; (viii) eliminação de problemas de possíveis excessos de produção; (ix) maior eficiência pelo fim de subsídios cruzados entre departamentos com desempenhos diferentes; (x) redução dos custos iniciais de entrada no mercado, facilitando o surgimento de novos

concorrentes; (xi) superação de eventuais limitações de acesso a tecnologias ou matérias-primas; (xii) menor alavancagem operacional, diminuindo a exposição da companhia a riscos e oscilações de balanço, pela redução de seus custos fixos; (xiii) maior flexibilidade para adaptação ao mercado; (xiv) não comprometimento de recursos que poderiam ser utilizados em setores estratégicos; (xv) diminuição da possibilidade de falhas de um setor se comunicarem a outros; e (xvi) melhor adaptação a diferentes requerimentos de administração, know-how e estrutura, para setores e atividades distintas. 6. A Administração Pública, pautada pelo dever de eficiência (art. 37, caput, da Constituição), deve empregar as soluções de mercado adequadas à prestação de serviços de excelência à população com os recursos disponíveis, mormente quando demonstrado, pela teoria e pela prática internacional, que a terceirização não importa precarização às condições dos trabalhadores. 7. O art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93, ao definir que a inadimplência do contratado, com referência aos encargos trabalhistas, não transfere à Administração Pública a responsabilidade por seu pagamento, representa legítima escolha do legislador, máxime porque a Lei nº 9.032/95 incluiu no dispositivo exceção à regra de não responsabilização com referência a encargos trabalhistas. 8. Constitucionalidade do art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93 já reconhecida por esta Corte em caráter erga omnes e vinculante: ADC 16, Relator(a): Min. CEZAR PELUSO, Tribunal Pleno, julgado em 24/11/2010. 9. Recurso Extraordinário parcialmente conhecido e, na parte admitida, julgado procedente para fixar a seguinte tese para casos semelhantes: “O inadimplemento dos encargos trabalhistas dos empregados do contratado não transfere automaticamente ao Poder Público contratante a responsabilidade pelo seu pagamento, seja em caráter solidário ou subsidiário, nos termos do art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93”[BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso extraordinário 760931/DF. Relator: Min. Luiz Fux. DJ-e 11 set 2017.].

Dentre as teses do julgado, escolhem-se as seguintes:

“A dicotomia entre ‘atividade-fim’ e ‘atividade-meio’ é imprecisa, artificial e ignora a dinâmica da economia moderna, caracterizada pela especialização e divisão de tarefas com vistas à maior eficiência possível, de modo que frequentemente o produto ou serviço final comercializado por uma entidade comercial é fabricado ou prestado por agente distinto, sendo também comum a mutação constante do objeto social das empresas para atender a necessidades da sociedade, como revelam as mais valiosas empresas do mundo. É que a doutrina no campo econômico é uníssona no sentido de que as “Firmas mudaram o escopo de suas atividades, tipicamente reconcentrando em seus negócios principais e terceirizando muitas das atividades que previamente consideravam como centrais” (ROBERTS, John. *The Modern Firm: Organizational Design for Performance and Growth*. Oxford: Oxford University Press, 2007).”

“A Administração Pública, pautada pelo dever de eficiência (art. 37, caput, da Constituição), deve empregar as soluções de mercado adequadas à prestação de serviços de excelência à população com os recursos disponíveis, mormente quando demonstrado, pela teoria e pela prática internacional, que a terceirização não importa precarização às condições dos trabalhadores.”

A distinção entre atividade-fim e atividade-meio

Quanto à primeira tese, referente à “artificialidade” da distinção entre atividade-meio e atividade-fim, bem como à “unanimidade da doutrina econômica” como “fonte do Direito”, algumas questões, antes de se realizar a confrontação aos pressupostos estabelecidos na primeira parte do presente estudo.

Embora não seja de hoje a controvérsia acerca de a empresa assumir o caráter de “sujeito” ou “objeto” do Direito (SOUZA, 1980, p. 298-299; SILVA, 1986, p. 47-59; OLIVEIRA, 1979, p. 225; CRISTIANO, 1982, p. 74; JUSTEN FILHO, 1987, p. 31), não resta a menor dúvida de que, até o julgamento proferido pela Excelsa Corte, era comum falar-se no ramo de atividades a que cada empresa se voltava, para fins de distingui-la dentre as demais.

Sombart, em razão disto mesmo, realizou, em relação ao empresário, um ensaio de tipificação em que se distinguiriam o “técnico”, cuja principal preocupação está em organizar a produção, com o emprego adequado das forças de trabalho, o comerciante, cuja preocupação maior é a organização da venda dos produtos para o atendimento das demandas que, muitas vezes, ele mesmo cria, e o financista, cuja preocupação maior é com o aporte e acumulação de capitais (SOMBART, 1946, p. 32-3).

Essas atividades, inclusive, qualificavam o “investimento” nelas enquanto “capital produtivo”, que seria o voltado a oferecer utilidades ao mercado, e o “capital especulativo”, que seria o voltado exclusivamente a propiciar remuneração ao investidor.

Há empresas cujo objeto pode ser múltiplo e há outras que, por força de lei, somente se podem dedicar a um ramo de atividades, como é o caso, no Brasil, dos bancos e seguradoras: eles se sujeitam, inclusive, a regimes especiais para que alguém se venha a dedicar às atividades correspondentes: exigência de autorização (Lei 4.595, de 31 de dezembro de 1964, artigo 18; Decreto-lei 73, de 21 de novembro de 1966, artigo 36, “a”).

Os bancos e seguradoras, do exemplo dado, somente podem ter como “atividades fins” aquelas para as quais estão autorizados por força de lei (Lei 4.595, de 31 de dezembro de 1964, artigos 18 e 30; Decreto-lei 73, de 1966, artigo 79), mas nem por isto dispensam a necessidade de atividades-meio, como, por exemplo, as de limpeza, de manutenção da rede elétrica nos respectivos estabelecimentos, as de vigilância.

Outras há que, nas respectivas “atividades-fins”, somente podem ter como controlador nacionais do próprio país, como é o caso das empresas de mineração, no Brasil (Constituição Federal de 1988, artigo 176, § 1º; Decreto-lei 227, de 28 de fevereiro de 1967, artigo 15) ou são executoras de monopólios públicos, a exemplo da PETROBRÁS (Constituição Federal de 1988, artigo 177 e Lei 2.004, de 3 de outubro de 1953, artigos 1º, 5º e 6º, atualmente, Lei 9.478, de 6 de agosto de 1997, artigo 4º, I a IV, e artigo 61) e da NUCLEBRÁS (Constituição Federal de 1988, artigo 177, § 1º, V, e Leis 4.118, de 27 de agosto de 1962, artigo 1º, I, e 6.189, de 16 de dezembro de 1974, artigo 1º, II), e que também não dispensam atividades-meio, como as anteriormente referidas.

A distinção, pois, não se mostra, ao contrário do que supôs a corrente vencedora no Supremo Tribunal Federal, “cerebrina”, porquanto ela dialoga com o próprio regime a que se submetem as empresas em face do Direito Positivo.

Por outro lado, salvo no que tange ao caso das *holdings*, cujo objeto é apenas a participação no capital de outras empresas, a execução material das atividades da empresa cabe àqueles que sob as ordens dela trabalham, mediante a paga de salários, e este é um dos dados por que Thomas Piketty contradiz alguns modelos econômicos que afirmam que o capital gera o mesmo rendimento médio para todos os detentores, independente do seu porte. Ele afirma que esta hipótese não é garantida, pois é possível que os patrimônios maiores tenham rendimentos maiores:

“Existem mais meios de para empregar os intermediários financeiros e outros gestores de patrimônio quando se possuem 10 milhões de euros do que quando possuem 100.000 euros, ou então 1 bilhão de euros em vez de 10 milhões de euros. Na medida em que os intermediários permitem, em média, identificar os melhores investimentos, esses efeitos de tamanho associados à gestão de carteiras levam automaticamente a um rendimento médio mais alto para os maiores patrimônios.” (PIKETTY, 2014, p.419-420).

Quando se fala, pois, no desempenho, pelo empregado, de tarefas relacionadas às “atividades-fins” da empresa e não das “atividades-meio”, o que se tem em mente são as atividades que são inerentes ao existir da empresa, as atividades sem as quais ela não teria como atuar no mundo.

A alegada superação da distinção partiu de uma premissa voltada a dar como desatualizada qualquer ideia de condicionamento da criatividade empresarial no tocante à redução de custos, sobretudo diante dos alegados benefícios apresentados no item 5 da ementa. Neste particular, parece o aresto ter olvidado que nem todas as fontes de recursos para a empresa decorrem da efetiva afetação do patrimônio desta à atividade que traduziria o respectivo objeto, e esta foi uma das principais razões para que se realizasse, ainda, a emancipação da “organização” como fator de produção e para que se reconhecesse, outrossim, a inexistência de qualquer equilíbrio na relação empregador-empregado que justificasse a eliminação das restrições heterônomas sobre ela incidentes. Percentualmente, os rendimentos podem ser os mesmos, em termos absolutos. Contudo, em questão de patrimônio e de capital, aquele que possui mais avançará mais rápido que aquele que tem menos, alavancando uma desigualdade da riqueza que tende a se ampliar sem limites. A desigualdade dos rendimentos do capital é uma força de divergência que amplia e agrava os efeitos da desigualdade preexistente na sociedade. Para o capitalista

que dispõe de maiores reservas, maior capital, torna-se mais fácil correr certos riscos e ser paciente para obter retornos maiores do que aquele que não possui tais reservas. Como ocorre com o trabalhador que só possui a sua força de trabalho.

José Felipe Ledur (1998, p. 143) ao descrever os pressupostos materiais para a realização do Direito ao Trabalho defende:

“Os problemas sociais econômicos que os povos vêm enfrentando, nas últimas décadas, derivam em grande parte das opções econômicas que estão sendo feitas. Os investimentos das grandes empresas são orientados no sentido da obtenção de resultados a curto prazo, para satisfazer as exigências dos investidores. O capital é utilizado para a especulação, circunstâncias que contribui para o comprometimento da segurança dos trabalhadores, que se vêem na contingência de perderem seus postos de trabalho a qualquer hora em vista da mudança de atividade, da transferência ou simples desaparecimento, da noite para o dia, das empresas.”

A própria possibilidade da prestação de serviços a outra organização, em si mesma, não deixa de ser uma forma de ofertar postos de trabalho. Não deixa, em si mesma, de ser um contrato celebrado validamente, entre particulares. A grande questão está em que mesmo um contrato lícito pode ser empregado com o fito de elidir direitos como a isonomia nas condições de trabalho e na remuneração, ladear o enquadramento sindical, em suma, a situação de fraude a que o artigo 8º da Consolidação das Leis do Trabalho, que foi a base dos precedentes que, no Tribunal Superior do Trabalho, deram origem ao Enunciado 256, mais tarde substituído pelo Enunciado 331. Embora se aponte para o que se tem de pagar ao empregado como um componente do custo para o empregador, em relação ao empregado constitui direito subjetivo. Assim como o aluguel que o empregador paga a quem lhe cede a posse do imóvel para obter a base física para o seu estabelecimento constitui um custo para ele e um direito subjetivo do locador, como o juro que paga em razão do financiamento que recebe da instituição financeira é para esta um direito subjetivo e integra o custo para ele. Esta correspondência entre ônus e direitos subjetivos é presente no sistema de autonomia, e a busca de um equilíbrio entre polos que, à saída, estão em posições de desigualdade – porque há uma relação de hierarquia, subordinação – procura estabelecer tal equilíbrio.

Criar postos de trabalho que garantam segurança aos trabalhadores foi exigência destacada pela literatura jurídica internacional, no final do século passado. Cotidianamente se experencia a chamada uberização ou precariedade das relações envolvendo os trabalhadores que vendem sua força de trabalho. Nos dias de hoje, os trabalhadores uberizados são detentores dos meios para executar seus serviços e seguem subordinados a uma rotina de trabalho controlada pelos aplicativos e transferem dados e informações, além de assumir responsabilidades tanto nos cuidados com seus equipamentos de trabalho quando nos acidentes pelos serviços prestados.

Embora o julgado tenha dito, com todas as letras, que ficam ressalvadas as fraudes, após a edição da Medida Provisória 881, de 30 de abril de 2019 – sobre cuja constitucionalidade não se discutirá neste texto -, que estabelece a presunção de boa fé em prol de quem desempenhe a atividade empresarial, a própria reconstituição das situações fraudulentas se vem a tornar mais difícil, já que, tradicionalmente, as fraudes se descobrem por indícios. A pesquisa dos conceitos de “atividade-meio” e “atividade-fim”, pois, ainda permitiria precisar os limites em que a terceirização constituiria uma estratégia empresarial lícita ou um expediente fraudulento.

A unanimidade da doutrina econômica quanto à modificação constante do objeto da empresa como imperativo de eficiência

A invocação a uma suposta “unanimidade da doutrina econômica” – doutrina, esta, que, no âmbito da cultura ocidental, não pode ter a pretensão de se constituir em fonte formal do Direito, justamente porque seu objetivo não é a composição dos conflitos de interesses, mas esclarecer em que consistem os fatos econômicos e informar aos poderes políticos as soluções a serem adotadas – para dar a constante modificação do objeto social da empresa como uma imposição da eficiência, para que pudesse toda a sociedade fruir dos benefícios decorrentes da lucratividade, conduzindo, pois, à conclusão de que não haveria naquele ramo especializado do conhecimento quem sustentasse não ser imperativa a desregulamentação comporta uma refutação específica.

Na obra escrita por Piketty “O Capital no século XXI” publicada pela primeira vez na França, em 2013, é estudada a dinâmica da repartição dos rendimentos e da riqueza nos países desenvolvidos desde o século XVIII. As desigualdades observadas no início do século XXI são comparáveis aos níveis de desigualdade do século XIX e do início do

século XX. Piketty, sem ser marxista, confirma o diagnóstico de Marx quanto ao caráter tendencialmente concentrador do capitalismo, e afirma que este, se não for regulado, gera desigualdades crescentes, e que apenas o ponto de vista restrito de cada país sobre a dinâmica das desigualdades patrimoniais não é suficiente para explicarmos a dinâmica da desigualdade da riqueza no contexto mundial. Questiona: “Será que as forças da globalização financeira não correm o risco de conduzir a uma concentração do capital ainda maior do que todas as observadas no passado, se já não é o caso?” (PIKETTY, 2014, p.419).

Quer dizer, os resultados virtuosos da gestão empresarial apoiada exclusivamente na autonomia da vontade empresarial não constituem uma percepção da unanimidade da doutrina do campo econômico.

Administração Pública e as “soluções eficientes de mercado”

Quanto à segunda tese, há uma prática parificação às premissas concernentes à gestão pública e à gestão privada que entra em choque, inclusive, com os clássicos do pensamento liberal (ou “liberista”, segundo a doutrina italiana).

Com efeito, se a Administração Pública empregasse “soluções de mercado”, teria de buscar, por definição, aquela que se mostrasse mais rentável, de tal sorte que, na prestação dos serviços públicos, seriam beneficiados aqueles que pudessem pagar o preço mais elevado. Por outro lado, teria ela que atuar em busca do benefício pessoal, porque é próprio da atividade que se desenvolve no mercado a busca do réditio, como contraprestação necessária ao risco incorrido (SPINOZA, 2013, p. 79; SMITH, 1998, v. 1, p. 74), algo inconcebível quando se tenha presente o dado de que se trata da estrutura a que se conferiu o monopólio do exercício da coação precisamente para que se pudesse, dentre outras finalidades, assegurar maior previsibilidade ao cálculo econômico dos particulares (SPINOZA, 2013, p. 68; GRAU, 2000, p. 114), sem contar com o dado de que há alguns serviços, como a segurança, que não têm como ser precificados em termos de utilidade individual (SAY, 1983, p. 192-3; EINAUDI, 1956, p. 90-1; HICKS, 1972, p. 172). Isto, se pudesse qualquer doutrina econômica constituir – o que, no sistema de direito legislado, não se admite – fonte formal do direito.

É de se ter presente, ainda, que, diferentemente do que ocorre com o particular, que tem a liberdade de se lançar ou não ao exercício de atividade econômica – não é

casual que se fala, nas Constituições ocidentais, ao se qualificar a iniciativa econômica privada, em “liberdade” -, ao Poder Público não é possível deixar de desempenhar as tarefas que lhe incumbam, diretamente ou por delegação (ORLANDO, 1954, p. 383; FONROUGE, 1970, p. 3-4; JARACH, 1978, p. 60-1; BARRETO, 1977, p. 6; NUSDEO, 2015, p. 258-9).

Os regimes da iniciativa privada – livre, nos termos dos artigos 1º, IV, 170, caput e parágrafo único, da Constituição brasileira de 1988 – e do serviço público – de prestação compulsória, nos termos do caput do artigo 175 da Constituição brasileira de 1988 – são totalmente distintos em face do direito positivo brasileiro.

Aparentemente, com a terceirização, haveria a poupança dos recursos que seriam gastos com o pessoal permanente, tornando desnecessário o aumento de vagas, realização de concursos e, *ipso facto*, permitindo ao Poder Público resolver o problema de suas finanças sem ter de sobrecarregar o contribuinte, dando concreção aos comandos postos no artigo 169 da Constituição brasileira de 1988 e na Lei de Responsabilidade Fiscal. Entretanto, exatamente porque as finanças públicas estão disciplinadas com rigidez pela Constituição brasileira de 1988, submetidas à legalidade estrita, como o exige o inciso I do artigo 167, é de se recordar que o quanto se gasta com servidores constitui despesa presente já na lei orçamentária, e que a criação de cargos e respectiva remuneração somente pode ser estabelecida por lei de iniciativa exclusiva do Chefe da Administração a que estejam os servidores vinculados (Constituição brasileira de 1988, artigos 48, X, 61, § 1º, II, “a” e “c”, 73, caput, 96, II, “b”, 127, § 2º), e que, mesmo que tenham assegurada, pelo inciso XV do artigo 37 da Constituição brasileira de 1988, a irredutibilidade de vencimentos, esta não é suficiente para assegurar o montante que percebam contra a perda do poder aquisitivo da moeda, de acordo com o entendimento pacífico no Supremo Tribunal Federal:

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO.
SERVIDORES PÚBLICOS DO ESTADO DE SÃO PAULO. INFLAÇÃO.
IRREDUTIBILIDADE DE VENCIMENTOS. GARANTIA
CONSTITUCIONAL DA QUAL NÃO DECORRE O DIREITO À REVISÃO
GERAL DE QUE TRATA O INCISO X DO ART. 37 DA CARTA DE
OUTUBRO (REDAÇÃO ORIGINÁRIA). NECESSIDADE DE LEI
ESPECÍFICA. IMPOSSIBILIDADE DE O PODER JUDICIÁRIO FIXAR O

ÍNDICE OU DETERMINAR QUE O EXECUTIVO O FAÇA. JURISPRUDÊNCIA DO STF. A garantia constitucional da irredutibilidade de vencimentos não autoriza o Poder Judiciário a fixar índice de revisão geral, na forma do inciso X do art. 37 da Magna Carta (redação originária), dada a necessidade de lei específica, cujo processo legislativo é de iniciativa privativa do Chefe do Poder Executivo. Não altera esse entendimento o suposto fato de as leis específicas editadas pelo ente federado terem concedido aumentos inferiores aos índices inflacionários apurados no período. Mesmo que reconheça mora do Chefe do Poder Executivo, o Judiciário não pode obrigá-lo a apresentar projeto de lei que trate da revisão geral anual da remuneração dos servidores, prevista no inciso X do art. 37 da Lei Maior. Ressalva do entendimento pessoal do Relator. Precedentes: ADI 2.061, Relator Ministro Ilmar Galvão; MS 22.439, Relator Ministro Maurício Corrêa; MS 22.663, Relator Ministro Néri da Silveira; AO 192, Relator Ministro Sydney Sanches; e RE 140.768, Relator Ministro Celso de Mello. Agravo regimental desprovido [BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo regimental no recurso extraordinário 327621/SP. Relator: Min. Carlos Britto. Diário de Justiça da União. Brasília, 27 out 2006].

Já no que tange à prestação de serviços por terceiros à Administração Pública, em que pese também as despesas desta correspondentes ao contrato devam ter a indispensável cobertura orçamentária, é de bom alvitre recordar que a atratividade ao particular depende de que se lhe acene com o caráter vantajoso do desempenho dessa atividade (SOUZA, 2002, p. 285; BALEEIRO, 1972, p.83; BATISTA, 2005, p. 46; JUSTEN FILHO, 2003, p. 332; MASAGÃO, 1933, p. 25-6), razão por que a Lei 8.666, de 1993, assegura a revisão do contrato quando os custos incorridos pelo particular puderem comprometer a continuidade da prestação do serviço público:

RECURSOS EXTRAORDINÁRIOS. RESPONSABILIDADE DA UNIÃO POR DANOS CAUSADOS À CONCESSIONÁRIA DE SERVIÇO DE TRANSPORTE AÉREO (VARIG S/A). RUPTURA DO EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO DO CONTRATO DECORRENTE DOS EFEITOS DOS PLANOS “FUNARO” E “CRUZADO”. DEVER DE INDENIZAR. RESPONSABILIDADE POR ATOS LÍCITOS QUANDO DELES DECORREREM PREJUÍZOS PARA OS PARTICULARES EM

CONDIÇÕES DE DESIGUALDADE COM OS DEMAIS. OBSERVÂNCIA DO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE, DO DIREITO ADQUIRIDO E DO ATO JURÍDICO PERFEITO. 1. Recurso extraordinário da União contra acórdão em embargos infringentes. Intervenção do Ministério Público na ação. Legitimidade do Ministério Público para interpor recurso extraordinário, como custos legis (§ 2º do art. 499 do Código de Processo Civil), harmoniza-se com as funções institucionais previstas nos arts. 127 e 129 da Constituição da República. 2. Recurso do Ministério Público não conhecido na parte relativa aos arts. 21, inc. XII, alínea e, 170, parágrafo único, 173 e 174 da Constituição da República. Ausência de prequestionamento. 3. Recurso da União não conhecido quanto à alegada carência de elementos para a comprovação da quebra do equilíbrio econômico-financeiro do contrato. Impossibilidade de reexame do conjunto fático-probatório em recurso extraordinário (Súmula n. 279 do Supremo Tribunal Federal). 4. Responsabilidade da União em indenizar prejuízos sofridos pela concessionária de serviço público, decorrentes de política econômica implementada pelo Governo, comprovados nos termos do acórdão recorrido. Precedentes: RE 183.180, Relator o Ministro Octavio Gallotti, Primeira Turma, DJ 1.8.1997. 5. A estabilidade econômico-financeira do contrato administrativo é expressão jurídica do princípio da segurança jurídica, pelo qual se busca conferir estabilidade àquele ajuste, inerente ao contrato de concessão, no qual se garante à concessionária viabilidade para a execução dos serviços, nos moldes licitados. 6. A manutenção da qualidade na prestação dos serviços concedidos (exploração de transporte aéreo) impõe a adoção de medidas garantidoras do reequilíbrio da equação econômico-financeira do contrato administrativo, seja pela repactuação, reajuste, revisão ou indenização dos prejuízos. 7. Instituição de nova moeda (Cruzado) e implementação, pelo Poder Público, dos planos de combate à inflação denominados 'Plano Funaro' ou 'Plano Cruzado', que congelaram os preços e as tarifas aéreas nos valores preexistentes em 27.2.1986 (art. 5º do Decreto n. 91.149, de 15.3.1985). 8. Comprovação nos autos de que os reajustes efetivados, no período do controle de preços, foram insuficientes para cobrir a variação dos custos suportados pela concessionária. 9. Indenização que se impõe: teoria da responsabilidade objetiva do Estado com base no risco administrativo. Dano e nexo de causalidade comprovados, nos termos do acórdão recorrido. 10. O Estado

responde juridicamente também pela prática de atos lícitos, quando deles decorrerem prejuízos para os particulares em condições de desigualdade com os demais. Impossibilidade de a concessionária cumprir as exigências contratuais com o público, sem prejuízos extensivos aos seus funcionários, aposentados e pensionistas, cujos direitos não puderam ser honrados. 11. Apesar de toda a sociedade ter sido submetida aos planos econômicos, impuseram-se à concessionária prejuízos especiais, pela sua condição de concessionária de serviço, vinculada às inovações contratuais ditadas pelo poder concedente, sem poder atuar para evitar o colapso econômico-financeiro. Não é juridicamente aceitável sujeitar-se determinado grupo de pessoas – funcionários, aposentados, pensionistas e a própria concessionária – às específicas condições com ônus insuportáveis e desiguais dos demais, decorrentes das políticas adotadas, sem contrapartida indenizatória objetiva, para minimizar os prejuízos sofridos, segundo determina a Constituição. Precedente: RE 422.941, Relator o Ministro Carlos Velloso, Segunda Turma, DJ 24.3.2006. 12. Não conhecimento do recurso extraordinário da União interposto contra o acórdão proferido no julgamento dos embargos infringentes. 13. Conhecimento parcial do recurso extraordinário da União, e na parte conhecida, provimento negado. 14. Conhecimento parcial do recurso extraordinário do Ministério Público Federal e, na parte conhecida, desprovido, mantendo-se a decisão do Superior Tribunal de Justiça, conclusivo quanto à responsabilidade da União pelos prejuízos suportados pela Recorrida, decorrentes dos planos econômicos [BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso extraordinário 571969/DF. Relatora: Min. Carmen Lúcia. Diário de Justiça eletrônico. Brasília, 18 set 2014].

De outra parte, há políticas econômicas cuja responsabilidade é atribuída ao Poder Público, e quando o artigo 6º da Constituição brasileira de 1988 elenca dentre os direitos sociais o “trabalho”, determina à União a criação e manutenção de um Sistema Nacional de Emprego no artigo 22, XVI, dá como competência comum a todas as esferas da Federação, no artigo 23, X, o combate às causas da pobreza e da marginalização, traz como fundamento da ordem econômica, no caput do artigo 170, a valorização do trabalho, no inciso VIII do mesmo artigo 170 refere a realização do pleno emprego, aponta para objetivos que devem ser buscados, não autorizando, pois, omissão, ainda que aberta uma ampla margem de criatividade ao legislador para a formulação das políticas em questão.

Para a execução respectiva, dos atos materiais correspondentes, há necessidade da atuação dos servidores públicos. Esta é uma tarefa que não poderia ser executada por terceirizados, porque, a rigor, trata-se de ato próprio do Estado. E a prestação deste serviço, por óbvio, não teria como ser desempenhada a partir de “soluções de mercado”, porque exige, a rigor, uma atuação sobre o mercado.

Ledur enfrenta a responsabilidade do Estado pela busca de soluções para a falta de trabalho. Em síntese, diz: “Sabe-se que prevalece, desde a década de oitenta, a tendência ao retorno a concepções liberais clássicas. Seus defensores pugnam pela substancial redução da presença do Estado na economia e o seu afastamento da atividade regulamentadora, nas relações sociais e jurídicas.” (1998, p. 147)

Saliente-se que é algo mais radical do que o retorno a concepções liberais clássicas, porquanto estas, como dito, ainda reservam um espaço público, distinto do privado, justamente para que se possam ser desenvolvidas as atividades dos particulares sem a perturbação dos demais: é o denominado fundamentalismo de mercado, que praticamente substituiria as Constituições pela *lex mercatoria*.

A uberização transformou-se em sinônimo de precariedade das relações anteriormente enquadradas como relações laborais. Ocorre, que a chamada uberização expandiu-se para além dos limites das relações precárias administradas por aplicativos e passou a influenciar o sentir e as mentes que compraram a ideia que tudo de certa forma pode ser terceirizado. A nova lógica desobriga o Estado de suas funções de fomento e propulsão ao desenvolvimento e redução das desigualdades econômicas e regionais, num país como o Brasil com dimensões continentais.

Nas três funções que o Estado se constitui, legislativa, executiva e judiciária se verifica uma sedução a uma argumentação ultraliberal nem mesmo vivenciada no apogeu do liberalismo econômico.

Os antigos teares automatizados japoneses transformaram-se na hoje renomada indústria automobilística. A transformação só foi possível frente a uma ação direta no Estado que de todas as formas possibilitou migração de atividade que permitiu surgir os processos de chão de fábrica e uma cultura próprias intitulada toyotista para afastar as obsoletas formas de produção. Alterou-se a forma de produção: o objeto chega ao trabalhador por uma esteira. E atualmente se quer utilizar um conjunto de mecanismos

desenvolvidos pela inteligência artificial que projeta terceirizar qualquer atividade sendo desnecessário aferir a atividade fim. Ora, neste mesmo artigo se compreende que algumas atividades exercidas pelas empresas privadas são delegações e só podem desenvolver um conjunto de ações nos limites do ato jurídico que as tenha materializado – concessão ou permissão - sob pena de extrapolar o âmbito em que autorizado a agir pelo poder público.

Conclusão

Nos aspectos examinados – o do esmaecimento da distinção entre “atividade-fim” e “atividade-meio” e o do dever de a Administração Pública observar “soluções de mercado” -, vê-se que a tese que prevaleceu no julgado que se comentou não aplicou, em realidade, os conceitos inerentes à feição jurídico-econômica do sistema de autonomia, na sua roupagem liberal.

Criou, a bem de ver, perplexidades acerca do que entender como “objeto da atividade empresarial”, de tal sorte que o tomador de serviços passa a ser, mesmo no âmbito industrial, um financista, que não tem qualquer relação com quem, em tese, executaria as atividades materiais correspondentes aos produtos e serviços ofertados por ele, tomador, no mercado.

Quanto à Administração Pública, rompeu com a concepção própria do sistema de autonomia, que distingue os critérios de gestão a serem empregados por ela dos critérios próprios dos agentes de mercado, criando perplexidades no que tange à própria razão de ser de se lhe atribuírem certas tarefas para desempenho direto.

O que ficou claro foi a inspiração ideológica do julgado: a abertura do caminho para que a disciplina heterônoma das relações econômicas se reduza a um limite tendente a zero. A questão é o quanto poderia avançar neste escopo sem inviabilizar a concreção de direitos que pressupõem a ação estatal.

BALEEIRO, Aliomar. *Uma introdução à ciência das finanças*. Rio de Janeiro: Forense, 1972.

BARRETO, Alberto Deodato Maia. *Manual de ciência das finanças*. São Paulo: Saraiva, 1977, p.

BATISTA, Joana Paula. *Remuneração dos serviços públicos*. São Paulo: Malheiros, 2005.

- CRISTIANO, Romano. *Personificação da empresa*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982.
- EINAUDI, Luigi. *Principi della scienza della finanza*. Torino: Einaudi, 1956.
- FONROUGE, Giuliani. *Derecho Financiero*. Buenos Aires: Depalma, 1970.
- GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. São Paulo: Malheiros, 2000.
- HICKS, John R. *Uma introdução à economia*. Trad. Sérgio Góes de Paula. Rio de Janeiro: Zahar, 1972.
- JARACH, Dino. *Finanzas públicas – esbozo de una teoria general*. Buenos Aires: Cangallo, 1978.
- JUSTEN FILHO, Marçal. *Desconsideração da personalidade societária no Direito brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.
- JUSTEN FILHO, Marçal. *Teoria geral das concessões de serviços públicos*. São Paulo: Dialética, 2003.
- LEDUR, José Felipe. *A realização do Direito ao Trabalho*. Sergio Antonio Fabris: Porto Alegre, 1998.
- MASAGÃO, Mário. *Natureza jurídica da concessão*. São Paulo: Saraiva, 1933.
- NUSDEO, Fábio. *Curso de economia – introdução ao Direito Econômico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.
- OLIVEIRA, José Lamartine Correa de. *A dupla crise da pessoa jurídica*. São Paulo: Saraiva, 1979.
- ORLANDO, Vittorio Emanuele. *Diritto Pubblico generale*. Milano: Giuffrè, 1954.
- PEZZELLA, Maria Cristina Cereser, CAMARGO, Ricardo Antonio Lucas. *Sociedade de informação e não incidência tributária*. In: CONPEDI – Conselho Nacional de Pesquisa e Pós Graduação em Direito. *Direito, governança e novas tecnologias [recurso eletrônico on-line]*. Coordenadores: Francisco Antonio Carneiro Pacheco de Andrade; José Renato Gaziero Cella; Pedro Miguel Fernandes Freitas. Florianópolis/Braga: CONPEDI/Universidade do Minho, 2017, pp. 39-61. In: <

<http://conpedi.daniloir.info/publicacoes/pi88duoz/6uys2w1p/nGAegWk6xYX43yn2.pdf>

>, acessado em 8 jun 2019.

PIKETTY, Thomas. *O capital no século XXI*. Trad. Mônica de Bolle. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2014.

SAY, Jean-Baptiste. *Tratado de economia política*. Trad. Balthazar Barbosa Filho. São Paulo: Abril Cultural, 1983.

SILVA, Clovis do Couto e. *O conceito de empresa no Direito brasileiro*. *Ajuris*. Porto Alegre, v. 13, n. 37, p. 47-59, jul 1986

SMITH, Adam. *A riqueza das nações*. Trad. Luís João Baraúna. São Paulo: Nova Cultural, 1998, v. 1.

SOMBART, Werner. *El apogeo del capitalismo*. Trad. Vicente Caridad. México: Fondo de Cultura Económica, 1946, v. 1.

SOUZA, Washington Peluso Albino de. *Direito Econômico*. São Paulo: Saraiva, 1980.

SOUZA, Washington Peluso Albino de. *Teoria da Constituição Econômica*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

SPINOZA, Baruch. *Tratado político*. Trad. José Pérez. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2013.