



**DEPARTAMENTO DE DIREITO
MESTRADO EM DIREITO
ESPECIALIDADE EM CIÊNCIAS JURÍDICAS
UNIVERSIDADE AUTÓNOMA DE LISBOA
“LUÍS DE CAMÕES”**

**A PRECARIZAÇÃO DA RELAÇÃO FORMAL DE EMPREGO NO BRASIL E EM
PORTUGAL: DO OUTSOURCING (TERCEIRIZAÇÃO/SUBCONTRATAÇÃO)**

Dissertação para obtenção do grau de Mestre em Direito,
Especialidade em Ciências Jurídicas

Autora: Sorean Mendes da Silva Thomé

Orientador: Professor Doutor Alex Sander Xavier Pires

Número do aluno: 20150272

Maio de 2019

Lisboa

AGRADECIMENTOS

Inicialmente, agradeço a Deus pelas benções concedidas, pois me sustentaram, fortaleceram e inspiraram, durante toda a minha jornada acadêmica.

Ao meu esposo Luiz Augusto e a nossa amada filha Milena pela incansável demonstração de amor, carinho, incentivo e, principalmente, compreensão nos momentos em que estive ausente do convívio familiar, em face da elaboração desta investigação científica.

Aos meus colegas de Mestrado pelo apoio que me receberam em sua turma, fazendo-me sentir parte deste conjunto desde o início da nossa convivência. Destes lembrarei belos momentos e que estarão guardados no meu coração.

Aos meus amigos da Universidade Cândido Mendes pelo companheirismo durante toda a jornada para a conclusão do Mestrado e, especialmente, ao meu amigo Stefânio Nehmy Xavier por ter me impulsionado a adquirir mais esta titulação.

Aos meus caros professores pelo zelo e profissionalismo na condução das disciplinas lecionadas.

À Doutora Andrea Navarro pelo empenho em me ajudar na fase mais difícil desta jornada.

Aos funcionários da UAL e do Instituto Universitário, notadamente a Sra. Roberta, pelas suas atenciosas ações para solução nas questões administrativas ocorridas ao longo curso.

Ao Professor Doutor Alex Sander Xavier, que através do seu conhecimento acadêmico orientou-me de forma paciente e impecável na elaboração e conclusão deste trabalho.

A todos os cidadãos portugueses que sempre me trataram com cordialidade e respeito durante toda a minha estadia.

“Deus não está tão interessado em mudar as
circunstâncias, como em transformar as pessoas”

Tim Lahaye

RESUMO

O tema central da presente dissertação de mestrado foi analisar o panorama social e laboral da terceirização de serviços, também sendo denominada como subcontratação ou *outsourcing*. O estudo buscou apontar os pontos negativos e positivos da externalização das atividades empresariais, objetivando a eficiência e a competitividade de mercado, através das cadeias produtivas organizacionais. A pesquisa apresentou enfoque jurídico e social a respeito dos novos modelos de organização produtiva e tendências do mercado de trabalho utilizados no Brasil e em Portugal e o seu impacto na relação formal de emprego, demonstrando a necessidade de mecanismos internacionais inovadores, com a finalidade de garantir a proteção jurídica da relação formal de emprego.

PALAVRAS-CHAVE: *Outsourcing*; precarização; trabalho decente; contratos coletivos de trabalho.

ABSTRACT

The main theme of this master's dissertation was to analyze the social and labor panorama of outsourcing services, also being called subcontracting or outsourcing. The study aimed to point out the negative and positive points of externalizing business activities, aiming at the efficiency and competitiveness of the market, through the organizational productive chains. The research presented Legal and social focus on the new models of productive organization and labor market trends used in Brazil and Portugal and its impact on the formal employment relationship, demonstrating the need for international organizations mechanisms, in order to ensure the legal protection of the formal employment relationship

KEYWORDS: Outsourcing; precariousness; decent work; collective labor agreements.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
1 TERCEIRIZAÇÃO NO BRASIL E EM PORTUGAL: EVOLUÇÃO HISTÓRICA	11
1.1 Conceito na Gestão Empresarial.....	11
1.2 Deslocação do trabalho.....	14
1.3 Direito do Trabalho e a competitividade empresarial.....	18
1.3.1 Flexibilização do Direito do Trabalho.....	19
1.3.2 Conceito Jurídico de Terceirização	23
2 NORMATIZAÇÃO DA TERCEIRIZAÇÃO NO BRASIL E EM PORTUGAL.....	35
2.1 No âmbito do Direito Privado brasileiro	35
2.1.1 Efeitos jurídicos da terceirização no âmbito privado brasileiro	39
2.2 No âmbito público brasileiro	42
2.2.1 Efeitos jurídicos da terceirização no âmbito público brasileiro.....	44
2.3 No âmbito jurídico português	50
3 CRIAÇÃO DE <i>HARD LAW</i> E <i>SOFT LAW</i> PARA ADEQUAÇÃO DOS INTERESSES DO CAPITAL E DO TRABALHO: AUTONOMIA NEGOCIAL PRIVADA E PÚBLICA.....	58
3.1 Autonomia da vontade e liberdade de contratar	63
3.1.1 Autonomia privada como medida da autonomia da vontade.....	64
3.1.2 Autonomia privada coletiva.	69
3.1.3 Autonomia de vontade da Administração Pública: liberdade de contratar, princípios e pressupostos do ato administrativo público.....	81
4 SUBCONTRATAÇÃO: PRECARIZAÇÃO DAS RELAÇÕES FORMAIS DE TRABALHO	85
4.1 A despersonificação do empregador.....	90
4.2 Compatibilidade com os princípios e normas gerais do trabalho civilizado.....	97
4.3 Atuação Sindical no Brasil na terceirização	99
4.4 Atuação Sindical em Portugal	102
4.5 Atuação da OIT	106
CONCLUSÃO	110
REFERÊNCIAS	113

ABREVIATURAS

Ac. – Acórdão

ANAMATRA – Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho

Anot. – Anotado

APO - Associação Portugal Outsourcing

APOL - Associação Portuguesa de Operadores Logísticos

CCP - Código de Contratos Públicos

CE - Comunidade Europeia

CEE - Comunidade Económica Europeia

CES – Conselho Económico e Social

CPCS – Comissão Permanente de Concertação Social

CINTERFOR - Centro Interamericano para o Desenvolvimento do Conhecimento na Formação Profissional

CMVM - Comissão do Mercado de Valores Mobiliários

CRP - Constituição da República Portuguesa

CRFB – Constituição da República Federativa do Brasil

CT – Código do Trabalho

ECO-92 - Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente e o Desenvolvimento

EJCL - Electronic Journal of Comparative Law

IDE - Investimento Direto Estrangeiro

IRC - Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Coletivas

IVA - Imposto sobre o Valor Agregado

ISO - International Organization for Standardization

LUSA – Agência de Notícias

NLRB - National Labor Relations Board

OIT - Organização Internacional do Trabalho

ONU – Organização das Nações Unidas

OCDE - Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Económico

PAEF - Programa de Assistência Económica e Financeira

SIMBRACS – Simpósio Brasileiro de Políticas Públicas para Comércio e Serviços

SEGET - Simpósio de Excelência em Gestão e Tecnologia

STF – Supremo Tribunal Federal

UE – União Europeia

TFUE - Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia

TRT – Tribunal Regional do Trabalho

TST – Tribunal Superior do Trabalho

TUE - Tratado da União Europeia

INTRODUÇÃO

A relação capital/trabalho sempre esteve em constante transformação e o fascínio pela novidade é a grande característica do mundo contemporâneo. Neste sentido, as inovações tecnológicas e transformações sociais impactam o mercado, pois melhoram a qualidade da produção e dos serviços, gerando a necessidade de crescimento na eficiência organizacional. Contudo, elas também influenciam a organização do trabalho e o estilo de vida do trabalhador.

A criação do modelo organizacional de produção descentralizada traz em si um ônus, pois exige da relação capital/trabalho uma revisão do seu modo de pensar, agir e inter-relacionar-se. Logo, o grande desafio dos Estados, brasileiro e português, é regular a inovação organizacional através de uma intervenção social planejada e direcionada à proteção do trabalho humano, que deve ser executado dignamente, conforme determina o princípio da dignidade da pessoa humana, consagrado como núcleo axiológico das respectivas Cartas Magnas.

A utilização da subcontratação para realização das atividades empresariais (outsourcing), através de empresas intermediárias, como ferramenta de gestão empresarial, e o seu impacto na relação formal de emprego vêm sendo constantemente analisados, à luz das normas jurídicas trabalhistas nacionais e internacionais, com a finalidade de combater a precarização da relação formal de emprego, perante uma concorrência intercapitalista de mercado no plano mundial.

Diante disto, procura-se refletir sobre o grau de responsabilidade da empresa contratante principal, sobre os direitos trabalhistas dos empregados da empresa subcontratada, executores do serviço subcontratado. Ainda neste contexto, é relevante analisar o impacto da subcontratação no movimento sindical brasileiro e português, no âmbito público e privado. Afinal, a transformação do modelo organizacional afeta diretamente o perfil da classe trabalhadora tornando-a fragmentada e, conseqüentemente, impacta no modelo tradicional de atuação sindical.

A arena jurídico-social de debate sobre este tema mantém-se acesa ao longo dos anos, em face da globalização econômica e a eterna busca de maiores lucros numa acirrada concorrência de mercado de capitais nacional e internacional, gerando, possivelmente, uma precarização da relação formal do emprego.

A maioria das produções científicas focaliza a natureza predatória do outsourcing, sob o enfoque da precarização da relação formal de emprego. Diante desta premissa, é interesse

da presente investigação científica debater sobre a relevância social do outsourcing, no contexto socioeconômico hodierno brasileiro e português. Pretende-se estudar a utilização desta forma de subcontratação interempresarial, como ferramenta estratégica de gestão, objetivando dinamizar a economia nacional. Este estudo abrangerá uma análise sobre o impacto da terceirização na estabilidade da relação formal de emprego e na estrutura sindical tradicional, agora focada na identificação e agregação dos trabalhadores prestadores do serviço subcontratado, para que estes possam usufruir das prerrogativas sindicais. O direito de organização sindical está abrangido pelo princípio da dignidade da pessoa humana, por isso, consagrado como direito fundamental nas Constituições, brasileira e portuguesa, bem como expresso nos tratados internacionais de direitos humanos e considerado como essencial ao desenvolvimento e adequação dos direitos trabalhistas, frente ao novo modelo organizacional de produção descentralizada, implementado através da subcontratação.

Portanto, as considerações acima abordadas são suficientes para comprovar a relevância desta investigação científica, sobre a utilização da subcontratação e seu impacto nas relações individual e coletiva de trabalho, com foco na dignidade da pessoa humana. Comprova-se a existência do paradoxo social de almejar riqueza material, bem como consumismo, e, simultaneamente, proclamar a humanidade e o trabalho decente, digno, como *status* social.

É imperioso considerar todas as mudanças sociais, dispostas mundialmente, para reforçar, adequar e, se necessário for reconstruir o Direito do Trabalho, para manter a sobrevivência digna do trabalhador, perante as constantes transformações das organizações.

1 TERCEIRIZAÇÃO NO BRASIL E EM PORTUGAL: EVOLUÇÃO HISTÓRICA

1.1 Conceito na Gestão Empresarial

Entende Giosa que: “A terceirização é uma técnica moderna de administração e que se baseia num processo de gestão [...] com um objetivo único [...]: atingir melhores resultados, concentrando todos os esforços e energia da empresa para a sua atividade principal”¹. Neste sentido, compreende a terceirização como sendo um “processo de gestão pelo qual se repassa alguma atividade para terceiros como os quais se estabelecem uma relação de parceria ficando a empresa concentrada apenas em tarefas essencialmente ligadas em negócio que atua.”²

Para os gestores, que se utilizam desta ferramenta de gestão, a transferência de atividades empresariais permite a realização destas de forma mais eficiente, possibilitando uma maior concentração no foco principal da missão empresarial, com a perspectiva de estratégia competitiva, que especifica quais ações empresariais deverão ser utilizadas para obtenção de maior lucratividade e vantagem competitiva no setor negocial da atividade empresarial. Destarte, podemos constatar que a terceirização, à luz da gestão empresarial, é utilizada como estratégia competitiva baseada numa relação de parceria empresarial, através de delegação de atividades para outras empresas.

A denominação terceirização (Brasil) ou subcontratação (Portugal), trata-se de neologismo aplicado para designar um conceito oriundo da utilização de uma das ferramentas de gestão empresarial para reestruturação produtiva, através da descentralização de atividades empresariais. Logo, é importante frisar que há diferentes ferramentas de gestão que uma empresa pode utilizar com intuito de reduzir custos, aperfeiçoar sua qualidade e competitividade. A terceirização é apenas uma destas ferramentas gerenciais para a reengenharia empresarial, onde o titular da atividade empresarial delibera por uma reforma dos processos de trabalho da sua organização empresarial, para fins de redução de custos, tempo e de aumento de qualidade³.

¹ GIOSA *apud* DEIMLING, Francisco Moacir; GEHNO, Jamile - **Avaliação das Práticas de Terceirização em Empresas Industriais na Cidade de Chapecó/Sc** [Em linha]. Chapecó: Universidade Comunitária Regional de Chapecó – Unochapecó. [Consult. 12 Out. 2015]. Disponível em http://www.aedb.br/seget/arquivos/artigos07/881_Artigo%20Terceirizacao%20SEGET.pdf.

² GIOSA *apud* COLODETTI, John Kennedy; SANTOS, Juliano Vieira dos; DALFIOR, Simoni Da Ros - **TERCEIRIZAÇÃO DA DISTRIBUIÇÃO NO COMÉRCIO VAREJISTA OUTSOURCING OF DISTRIBUTION IN RETAIL** [Em linha]. Vitória: Estácio, 2012. [Consult. 10 Out. 2015]. Disponível em <http://revistas.es.estacio.br/index.php/destarte/article/download/109/126>

³ Através de suas vivências Hammer e Champy demonstram no seu livro “Reengineering the corporation: a manifesto for business revolution”, como aplicar os princípios da reengenharia no intuito aperfeiçoar e reduzir custos dos processos de produção empresarial. HAMMER, M; CHAMPY, J - **Reengenharia: revolucionando a**

Hammer e Champy definem reengenharia da seguinte forma: “é o repensar fundamental e a reestruturação radical dos processos empresariais que visam alcançar drásticas melhorias em indicadores críticos e atuais de desempenho, tais como custos, qualidade, atendimento e velocidade”⁴.

Neste panorama, Maurício Godinho Delgado afirma que:

“A terceirização provoca uma relação trilateral em face da contratação de força de trabalho no mercado capitalista: o obreiro, prestador de serviços, que realiza suas atividades materiais e intelectuais junto à empresa tomadora de serviços; a empresa terceirizante, que contrata este obreiro, firmando com ele os vínculos jurídicos trabalhistas pertinentes; a empresa tomadora de serviços, que recebe a prestação de labor, mas não assume a posição clássica de empregadora desse trabalhador envolvido.”⁵

Verifica-se, portanto, que a subcontratação de mão de obra através de empresa intermediária, terceirização no Brasil, é a delegação de determinadas atividades empresariais ou processos de trabalhos à empresa terceira especializada.

Em Portugal, como na maioria dos países europeus, a subcontratação (terceirização) é conhecida como *outsourcing*. Pedro Romano Martinez se manifesta sobre o tema afirmando que o subcontrato é “o negócio jurídico bilateral subordinado a outro contrato (designado por contrato base ou contrato principal) e celebrado por uma das partes nesta última convenção com base nos direitos que da mesma lhe advêm”⁶.

A União Europeia define a subcontratação como a situação resultante de um contrato celebrado entre uma empresa chamada "contratante principal" e uma empresa denominada "subcontratante". Através da Diretiva 2014/24/UE do parlamento europeu e do conselho da união europeia, verifica-se a regulamentação das regras de contratação pública, notadamente para os contratos de prestação de serviços, focada no cumprimento aos princípios da livre circulação de mercadorias, da liberdade de estabelecimento e da livre prestação de serviços, e

empresa em função dos clientes, da concorrência e das grandes mudanças da gerência. 17ª ed. Rio de Janeiro: Campus, 1999. ISBN 978-85-700-1848-9

⁴ HAMMER, M; CHAMPY, J. Reengenharia: revolucionando a empresa em função dos clientes, da concorrência e das grandes mudanças da gerência. Rio de Janeiro: Campus, 1999, p. 35.

⁵ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho.** 10ª ed. São Paulo: Ltr, 2011, ISBN 978-85-361-1665-5. p. 426.

⁶ MATOS, Sara Younis Augusto de. **Da admissibilidade da cessão da posição contratual e da subcontratação e sua autorização pelo contraente público no contexto das relações jurídico-contratuais administrativas** [Em linha]. Lisboa: Universidade Católica de Lisboa, 2012. 75 f. Dissertação de Mestrado em Direito. [Consult. 03 Nov. 2015]. Disponível em <http://repositorio.ucp.pt/bitstream/10400.14/10922/1/Disserta%C3%A7%C3%A3o%20Sara%20Augusto%20de%20Matos.pdf>

dos princípios consecutórios, quais sejam: da igualdade de tratamento, da não discriminação, do reconhecimento mútuo, da proporcionalidade e da transparência.⁷

Logo, através deste contrato derivado, a empresa contratante delega, sem perder essa qualidade, a outra empresa (subcontratante) a execução de algumas de suas atividades empresariais. Este processo negocial visa a construção de um relacionamento bilateral vantajoso para a execução de atividades que a subcontratante possui expertise.

Ainda, no que diz respeito à subcontratação, o autor português Maria Manuel⁸ esclarece que: “Nas economias de mercado, a subcontratação ocupa hoje um lugar importante nas relações entre as empresas, tanto no plano nacional como internacional. Atestam-no a existência de inúmeros estudos teóricos sobre o tema, o interesse de diversas organizações internacionais pela sua investigação e a crescente atenção que as associações industriais lhe dedicam”.

Observa-se, portanto, que a partir da nova forma de gestão empresarial, cujo objetivo primordial é a descentralização dos processos de produção, podemos observar a criação de um novo tipo de empresa capitalista, que, embora seja de grande porte, é mais enxuta e limitada as suas atividades essenciais.

Assim, as empresas têm passado por uma reestruturação organizacional com a finalidade precípua de manterem-se competitivas dentro do ambiente econômico globalizado. Para tanto, elas começam a se adaptar ao modelo de competitividade sistêmica, apresentado por Ferraz, Kupfer e Haguenauer como “a capacidade da empresa formular e implementar estratégias concorrenciais que lhe permitam ampliar ou conservar, de forma duradoura, uma posição sustentável no mercado”.⁹ Diferente do modelo tradicional de competitividade de empresas individuais centrado num ambiente microeconômico, onde o foco está posicionado para os recursos e competências internas acessíveis.

O modelo de gestão empresarial denominado competitividade sistêmica pressupõe a incorporação de relacionamentos interempresariais, criando um vínculo entre os focos micro e macroeconômicos. Logo, ela apresenta uma perspectiva empresarial de cadeia produtiva (conjunto de empresas e instituições que abrangem a produção bem ou serviço), onde a competitividade não é mais avaliada levando em conta apenas a empresa individualmente,

⁷ DIRETIVA 2014/24/UE DO PARLAMENTO EUROPEU E DO CONSELHO, capítulo IV, artigo 71º. Jornal Oficial da União Europeia. (28 Março 2014), p. 71-72. Disponível em: http://www.contratacapublica.com.pt/xms/files/Legislacao/Comunitaria/Diretiva_Classica_2014_24.pdf

⁸ MARQUES, Maria Manuel Leitão - **Subcontratação e autonomia empresarial: o caso português** [Em linha]. Coimbra: FEUC, 1989. Tese de Doutoramento em Economia. [Consult. 03 Nov. 2015]. Disponível em <https://estudogeral.sib.uc.pt/handle/10316/458>

⁹ FERRAZ, J.C.; KUPFER, D.; HAGUENAUER, L. - **Made in Brazil: Desafios competitivos para a indústria**. Rio de Janeiro: Campus, 1997.p. 3.

mas considerando a sua relação com as demais empresas que participam da cadeia e contribuem significativamente para o êxito na preservação da posição competitiva prolongada das organizações.

Para Zylbersztajn as cadeias produtivas são operações estruturadas verticalmente por onde o produto transita a partir da sua produção até a sua distribuição. As cadeias produtivas podem ser sistematizadas pelo mercado ou por intermédio dos participantes das mesmas.¹⁰

Diante destes postulados, verifica-se a terceirização (subcontratação ou *outsourcing*) como alternativa de reestruturação organizacional. Sendo importante analisar se a escolha de utilização desta ferramenta de gestão empresarial, hodiernamente, contribui efetivamente para a competitividade sistêmica da empresa.

1.2 Deslocação do trabalho

No contexto histórico-social da relação capital/trabalho, é observado que na transposição da modernidade para contemporaneidade foi sendo gerado um novo paradigma social, contraditório ao modelo das sociedades disciplinares então vigente. Nos séculos XVIII e XIX as sociedades industriais foram institucionalizadas pelo modelo de confinamento, onde o espaço fechado era fundamental para o exercício do poder disciplinar, alcançando o seu esplendor no início do século XX.

Neste paradigma social, denominado por Foucault em sua obra “Vigiar e Punir” como sociedade “disciplinar”, o disciplinamento individual do trabalhador, através de sua reclusão no estabelecimento empresarial, como exemplo restrição de horários de entrada e saída, contribuía para a formação do núcleo axiológico do capitalismo industrial, dando sentido ao conceito de força de trabalho através do domínio sobre o corpo dos indivíduos.

Para Foucault, “O par vigiar-punir se instaura como relação de poder indispensável para a fixação dos indivíduos no aparelho de produção, para a constituição das forças produtivas, e caracteriza a sociedade que pode ser chamada disciplinar”¹¹.

¹⁰ Zanella, Cleunice; et. al. - **COMPETITIVIDADE EM CADEIAS PRODUTIVAS: UMA ANÁLISE BIBLIOMÉTRICA A PARTIR DOS PERIÓDICOS CAPES**. Qualitas Revista Eletrônica [Em linha]. V.17, nº 1 (2016), p.63. [Consult. 3 set. 2018]. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/301639209_COMPETITIVIDADE_EM_CADEIAS_PRODUTIVAS_UMA_ANALISE_BIBLIOMETRICA_A_PARTIR_DOS_PERIODICOS_CAPES.

¹¹ “Le couple surveiller-punir s’instaure comme rapport de pouvoir indispensable à la fixation des individus sur l’appareil de production, à la constitution des forces productives et caractérise la société qu’on peut appeler disciplinaire”. FOUCAULT, M. **La société punitive** [Em linha]. Paris: EHESS, Gallimard, Seuil, 2013. [Consult. 20 Set. 2018], p. 201. Disponível em: <https://www.archeologiafilosofica.it/wp-content/uploads/2017/12/michel-foucault-la-societe-punitive-cours-au-college-de-france-19721973-2013.pdf>

Em resumo, o capitalismo moderno é caracterizado pela concentração dos processos de produção, onde o estabelecimento comercial é a forma de confinamento e domínio dos mesmos.

Por sua vez, a sociedade contemporânea supera o conceito de sociedade disciplinar e apresenta um modelo social reconhecido por Gilles Deleuze como sociedade de “controle”, onde descarta-se a forma enclausurada caracterizadora da sociedade disciplinar e cristaliza-se um modelo social de controle aberto e contínuo. Explicou Gilles Deleuze:

“ É certo que entramos em sociedades de “controle”, que já não são exatamente disciplinares. Foucault é com frequência considerado como o pensador das sociedades de disciplina, e de sua técnica principal, o confinamento (não só o hospital e a prisão, mas a escola, a fábrica, a caserna). Porém, de fato, ele é um dos primeiros a dizer que as sociedades disciplinares são aquilo que estamos deixando para trás, o que já não somos. Estamos entrando nas sociedades de controle, que não mais funcionam por confinamento, mas por controle contínuo e comunicação instantânea”.¹²

Destarte, neste novo paradigma social, o capitalismo industrial deixou de focar no disciplinamento individual do trabalhador, passando para um empreendimento de “produção em rede”, onde o foco está direcionado ao controle coletivo e estatístico dos trabalhadores, com a finalidade de harmonizar o controle à exigência do mercado competitivo.

Devido a inovação tecnológica e a criação de novos paradigmas contratuais, com foco na competitividade eficiente (menor tempo e menor custo), as empresas têm buscado a externalização dos seus processos de trabalho, como estratégia de aumentar a efetividade e eficácia em diversas atividades operacionais, cujo papel, atualmente, não vem sendo qualificado como fundamental no negócio empresarial.

Logo, o capitalismo contemporâneo deixou de focar no controle interno dos processos de trabalho para confecção do seu produto, passando a delegar os insumos e manufaturas a outras organizações nacionais ou mesmo internacionais, tidas como parceiras. A sua visão nuclear passa a ser a qualidade do produto e a sua comercialização de forma competitiva. A empresa¹³ sucedeu a fábrica (local centralizador do, desenvolvimento e finalização do

¹¹ DELEUZE, G. Conversações (1972-1990). Tradutor Peter Pal Pelbart. São Paulo: Editora 34, 1992, p. 2015-2016. ISBN:9788585490041. Disponível em:

<https://grupodeestudosdeleuze.files.wordpress.com/2016/05/deleuze-g-conversac3a7c3b5es.pdf>

¹² DELEUZE, G. Conversações (1972-1990). Tradutor Peter Pal Pelbart. São Paulo: Editora 34, 1992, p. 2015-2016. ISBN: 9788585490041. Disponível em:

<https://grupodeestudosdeleuze.files.wordpress.com/2016/05/deleuze-g-conversac3a7c3b5es.pdf>

¹³ Para Raimar Chers empresa “(...) é uma organização que se propõe a, regularmente, transformar insumos e/ou transacionar bens que considera úteis para a sociedade, sejam eles matérias-primas, produtos semifabricados, bens industriais, bens de consumo ou serviços. Pelo esforço de ser útil, a empresa espera ser remunerada (...). Ademais (...) espera auferir um diferencial entre custos totais e o seu preço de venda, ou seja, um lucro que lhe permita remunerar os riscos dos seus investidores e a reinvestir uma parte destes lucros para poder crescer”.

produto) através da fragmentação da produção, criando uma rede de interações empresariais para obtenção de vantagens competitivas¹⁴.

José Crespo de Carvalho define por vantagem competitiva “o resultado conseguido por uma combinação de competências e recursos (tangíveis ou intangíveis, raros, difíceis de imitar, insubstituíveis, dinâmicos) ou o resultado conseguido pela capacidade estratégica posta em ação”¹⁵. Portanto, na busca de vantagens competitivas, o capitalismo industrial contemporâneo vem traçando estratégias concorrenciais com a utilização de diversas ferramentas de gestão, inclusive a terceirização (subcontratação).

Neste novo cenário do capitalismo industrial, o *outsourcing* (subcontratação, terceirização), é compreendido como uma ferramenta de gestão empresarial, que pode ou não ser utilizada levando em consideração a necessidade de ampliar a qualidade competitiva da empresa dentro do mercado social de consumo. A organização produtiva expande-se e fragmenta-se, através do agrupamento de áreas econômicas próximas, visando a promoção do aperfeiçoamento operativo caracterizador da eficácia e eficiência organizacional.

Recentemente, os gestores têm em vista estabelecer o teor da eficácia organizacional. Para Bilhim, “[...] medir a eficácia e a eficiência é uma obrigatoriedade criada pelas necessidades de se saber se a organização está, realmente, de forma activa, a procurar atingir seus objetivos”. Esclarece ainda a diferença entre estes dois conceitos, dizendo resumidamente que “a eficiência se preocupa com fazer as coisas de forma certa, enquanto a eficácia se preocupa com o fazer as coisas certas para satisfazer as carências da organização e as do seu meio envolvente.”¹⁶

Em face do dinamismo tecnológico e a criação de novos modelos contratuais, as empresas estão reformulando o papel dos processos de trabalho, retirando-os do status de parte fundamental para a competitividade eficaz dos seus negócios. Os gestores procuram racionalizar o processo operacional, através da eficácia organizacional, para atingir o sucesso e a competitividade do seu negócio principal.

CHERS *apud* LISBOA, Adison de Jesus et al. - A VIDA DA EMPRESA E A CONTABILIDADE FISCAL. **II CONGRESSO INTERNACIONAL SOBRE DESENVOLVIMENTO SOCIAL** [Em linha]. (2013), p. 2-15. [Consult. 22 nov. 2018]. Disponível em: <http://www.sisgeenco.com.br/sistema/fama/anais/ARQUIVOS/GT2-1-75-20131030230712.pdf>

¹⁴ COSTA, R. L.; BARREIROS, L - O “outsourcing” dos serviços como recurso estratégico de competitividade internacional da economia portuguesa. **Revista Gestão & Planejamento** [Em linha], v. 14, n. 2 (2013), p. 215-231. [Consult. 22 nov. 2018]. Disponível em: <http://www.revistas.unifacs.br/index.php/rgb>

¹⁵ CARVALHO, José Crespo de; José Cruz Filipe (2006) - **Manual de Estratégia: Conceitos, Prática e Roteiro**. Lisboa: Edições Sílabo, 2006, p. 121

¹⁶ BILHIM, João Abreu de Faria - **Teoria Organizacional: Estrutura e Pessoas**. 7ª ed. Lisboa: Instituto Superior de Ciências Sociais e Políticas, 2013. ISBN: 978-989-646-086-0, p. 365.

Desta forma, as empresas têm externalizado parte dos seus processos operativos, para direcionar seu foco em atividades nucleares geradoras de benefícios, na concorrência do mercado consumidor.

Destarte, a terceirização surge como um importante componente do novo modelo de gestão empresarial, concentrado em ampliar a eficiência e qualidade nas diversas atividades empresariais e no imediatismo em reduzir custos e ampliar simultaneamente as vantagens competitivas. Através da transferência pelas grandes organizações de processos de trabalho e/ou serviços para organizações de menor porte, a terceirização transforma-se em uma poderosa ferramenta de mudança na estrutura organizacional das empresas, pois assevera uma redução nos custos não essenciais ao negócio, o aumento de qualidade operativa e, fundamentalmente, a liberação de recursos ligados diretamente as atribuições estruturais do negócio principal.

Interessante observar a arena de debate hodierna sobre a utilização da terceirização com vistas a alcançar uma competitividade eficaz¹⁷. Nela é analisado se apenas a aplicação da terceirização é suficiente para o sucesso do negócio principal, ou se a relação entre as empresas componentes da cadeia produtiva é determinante para a eficiência da gestão empresarial dentro da competitividade sistêmica.

A deslocação do trabalho para empresas “terceirizadas” ou “subcontratantes” caracteriza uma cadeia produtiva, cuja interação merece ser analisada e associada ao conceito de competitividade. Uma gama de organizações tem refletido sobre a interação dos elos do sistema e a obtenção de vantagens competitivas para todos. A respeito desta questão, João e Lourenzani ressaltam que “é necessária a interação entre todos os elos do sistema, a fim de buscarem vantagens competitivas que proporcionem competitividade a todos, tanto no mercado nacional quanto internacional”¹⁸.

Neste diapasão, o artigo científico, apresentado por Alvarenga e Garcia no IV Simpósio de Excelência em Gestão e Tecnologia, cita os três modelos de parceria interempresarial apresentados por Pagnoncelli, quais sejam, o incentivo à criação de empresas formadas por ex-empregados; à subcontratação de empresas firmadas no mercado pela sua

¹⁷ Idalberto esclarece que “[...] eficácia é uma medida normativa do alcance dos resultados, enquanto eficiência é uma medida normativa da utilização dos recursos nesse processo. [...] A eficiência é uma relação entre custos e benefícios. Assim, a eficiência está voltada para a melhor maneira pela qual as coisas devem ser feitas ou executadas (métodos), a fim de que os recursos sejam aplicados da forma mais racional possível [...]”. CHIAVENATO, Idalberto - **Recursos humanos na Empresa: pessoas, organizações e sistemas**. 3.ed. São Paulo: Atlas, 1994, p.70

¹⁸ JOÃO, I. S.; LOURENZANI, W. L. - Análise SWOT do sistema agroindustrial do amendoim na região de Tupã e Marília – SP. **Revista Organizações Rurais e Agroindustriais** [Em linha]. Lavras, v. 13, n.2 (2011), p. 245. [Consult. 25 nov. 2018]. Disponível em: <http://www.redalyc.org/html/878/87819763007/>

especialização do produto fornecido e a reunião de empresas já existentes com a assunção dos seus empregados qualificados, que iriam assumir as atividades empresariais terceirizadas¹⁹. Porém, fazendo uma análise crítica sobre a terceirização, enfatiza que todas as modalidades de subcontratação de serviços impactam na relação de trabalho, transformando-a, e, por isso, viabiliza a criação de contendas e resistências, uma vez que os trabalhadores terceirizados estão distanciados da missão empresarial da contratante, dificultando a integração dos mesmos com os empregados efetivos da organização contratante.²⁰

Verifica-se, portanto, que a eficiência almejada pelo novo modelo de gestão parte da análise da competitividade. Através da competitividade sistêmica, onde se estuda os relacionamentos entre as empresas (elos da cadeia produtiva), observa-se a construção da ideia de rede, uma cadeia produtiva que possui várias e diferentes conexões.

Por fim, é importante considerar que a utilização da terceirização, como ferramenta de gestão na competitividade sistêmica, ocasiona reflexos diretamente na relação jurídica de emprego tanto no Brasil quanto em Portugal, uma vez que o serviço terceirizado é prestado por empregados da empresa subcontratada, sob a égide da legislação laboral brasileira e portuguesa. Diante deste fundamento, é necessária a análise da interação entre o Direito do Trabalho e a competitividade empresarial sistêmica, emergente do capitalismo pós-moderno.

1.3 Direito do Trabalho e a competitividade empresarial

Através da premissa de que a globalização²¹ é característica fundamental da sociedade contemporânea, é esclarecedor analisar o novo papel da empresa e a sua interação com o

¹⁹ PAGNONCELLI, Dernizo. Terceirização e parcerização: estratégias para sucesso empresarial. *Apud* ALVARENGA, P. A. de; GARCIA, F. C. - Relações de Poder nos Processos de Terceirização: estudo de caso. In: **SIMPÓSIO DE EXCELÊNCIA EM GESTÃO E TECNOLOGIA – SEGeT** [Em linha], IV (2007). [Consult. 25 Nov. 2018]. Disponível em: https://www.aedb.br/seget/arquivos/artigos07/1250_Artigo%20SEGeT.pdf. Acesso em: 03/10/2018

²⁰ No dizer de Alvarenga e Garcia: “É preciso, pois, criar novas soluções na estrutura e gestão da empresa. Os funcionários terceirizados, entretanto, não se sentem parte das equipes formadas pelos efetivos. Isso porque, a qualquer momento, essas pessoas podem ser dispensadas, a despeito da qualidade do seu trabalho. [...] Para gerenciar funcionários com múltiplos vínculos trabalhistas, Ulrich (1997) sinaliza que as mudanças devem se fundamentar nos conceitos de habilidades próprias, para a gestão de pessoas, que trabalham em organizações em rede. Os autores alertam para o fato de a terceirização demandar uma nova fusão de talentos. Os gerentes devem concentrar-se nas negociações de resultados, substituindo a habilidade de mandar, pela distribuição das atividades do trabalho fora dos limites empresariais”. ALVARENGA, P. A. de; GARCIA, F. C. - Relações de Poder nos Processos de Terceirização: estudo de caso. In: **SIMPÓSIO DE EXCELÊNCIA EM GESTÃO E TECNOLOGIA – SEGeT** [Em linha], IV (2007). [Consult. 25 Nov. 2018]. Disponível em: https://www.aedb.br/seget/arquivos/artigos07/1250_Artigo%20SEGeT.pdf. Acesso em: 03/10/2018.

²¹ Vale consagrar a visão de Jorge Luiz Souto Maior quando diz que a “globalização se apresenta como uma realidade que ainda não se completou, mas que se concretizará, inevitavelmente. Trata-se de um fenômeno econômico, resultante do reconhecimento das diversas partes do mundo, devido a uma crise generalizada, de que

ordenamento jurídico nacional e internacional do trabalho. Neste contexto, surge a concepção da flexibilização das normas trabalhistas, cujo objetivo de acompanhar as inovações ocorridas na gestão empresarial pós-moderna.

Como acima já evidenciado, a existência de uma competitividade sistêmica para o sucesso do negócio, promove um estudo aprimorado sobre a busca de harmonia entre a dinâmica da ordem econômica e os limites normativos do Direito do Trabalho, na era da sociedade globalizada. Razão pela qual é imprescindível traçar uma discussão científica sustentada não só por fundamentos jurídicos, sobre o conceito de terceirização e seus reflexos na ordem jurídica trabalhista existente em Portugal e no Brasil, mas também enriquecida com o conhecimento interdisciplinar de gestão e administração empresarial.

Apenas desta forma, será possível analisar a fronteira da flexibilização das normas laborais, para descobrir o ponto de equilíbrio entre os interesses do capital e do trabalho, sem descuidar ou mesmo menosprezar os princípios e direitos fundamentais dispostos nas Constituições brasileira e portuguesa, que primam pelo desenvolvimento industrial e pela dignidade do trabalho humano.

Neste diapasão, a descentralização das atividades empresariais, através da subcontratação de empresa intermediária, apresenta o novo paradigma da relação capital/trabalho, onde, com a ajuda da informática e da comunicação por satélite, vê-se possível a coordenação de um grande número de fornecedores independentes, sem que haja a necessidade de um comando centralizador.

1.3.1 Flexibilização do Direito do Trabalho

A presença de um mercado global e dinâmico impulsionou as empresas a criarem modelos de organização. Logo, dentro desta volatilidade de mercado, questiona-se a importância sobre conceitos de atividade fim ou meio, para a utilização da ferramenta de gestão denominada como terceirização no Brasil e subcontratação em Portugal.

Ressalta-se que dentro do ordenamento trabalhista brasileiro não havia qualquer legislação que restringisse o emprego da terceirização, mas apenas uma jurisprudência a Súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho (TST), que restringia a utilização desta

seria preciso unir esforços para supressão de deficiências locais. Com as facilidades proporcionadas pela agilização da comunicação, especialmente no que se refere à informática, o fenômeno adquire uma feição também cultural, a ponto de Octavio Ianni referir-se a ele como “novo surto de universalização do capitalismo, como modo de produção e processo civilizatório”. MAIOR, Jorge Luiz Souto *apud* LEITE, Carlos Henrique Bezerra - **Curso de DIREITO do TRABALHO**. 8ª ed. SÃO PAULO: SARAIVA, 2017, p. 326. ISBN978-85-472-1370-1.

ferramenta de gestão apenas nas atividades empresariais tidas como meio (secundárias). Este entendimento uniformizado da Jurisprudência do Trabalho brasileira será foco de estudo mais a diante, pois neste momento, deve ser observado apenas que a logística das atividades empresariais sofreu fortes mudanças perante o capitalismo contemporâneo. As grandes empresas alteraram seus processos de trabalho, inclusive de local, para tornar seu produto competitivo e alcançar o mercado global com mais vantagem competitiva. Portanto, a globalização da economia é fato irreversível, que não deve mais ser analisado como “bom” ou “ruim”, mas apenas como presente na sociedade contemporânea.

Conforme Arion Sayão Romita destaca:

“ocorreu, nos últimos 25 anos, uma verdadeira revolução científico-tecnológica, que deflagrou um processo de globalização em escala e em intensidade sem precedentes. Esse processo é irreversível, permite o deslocamento rápido, barato e maciço de mercadorias, serviços, capitais e trabalhadores. Grandes mercados regionais tornaram possíveis e pode-se pensar, num futuro próximo, no surgimento de um único mercado planetário de bens e trabalho”²².

Neste contexto, é importante ressaltar que a globalização não é um processo que evolua de forma individualizada, sem que sua existência não venha impactar significativamente a relação jurídica entre o capital e o trabalho, no âmbito nacional e internacional. Assim, muitos setores produtivos evoluíram na sua estrutura organizacional de trabalho, para segmentar seu processo produtivo e dispersá-lo até por diversos países.

Numa visão internacional, a gestão empresarial contemporânea procura, em regra geral, concentrar suas atividades de investigação e criação do negócio nos países denominados como “desenvolvidos”, onde a qualificação profissional é maior, mesmo que os salários de tais profissionais sejam elevados. Em contrapartida, tende a reunir suas atividades de produção, montagem e preparação do produto nos países classificados como “em desenvolvimento”, onde certamente o nível salarial é bastante reduzido. Este novo paradigma de gestão e administração empresarial também é visto na esfera dos setores produtivos da sociedade brasileira, onde empresas de grande porte segmentam seus processos produtivos, deslocando as atividades operacionais para empresas cujo objeto é a produção em massa e com um custo salarial menor.

Verifica-se, portanto, que a divisão internacional de trabalho ocasiona desigualdades, haja vista que os países desenvolvidos se caracterizam por uma produção fortalecida em capital e trabalho, agregando-lhe valor; enquanto, nos países em desenvolvimento, a produção

²² ROMITA, Arion Sayão - **Globalização da economia e direito do trabalho**. São Paulo: Ltr, 1997, p.28

é definida pela intensidade voltada apenas ao trabalho, com pouco valor agregado. Tais desigualdades podem vir a gerar conflitos perante as normas nacionais e internacionais do trabalho, em torno da possibilidade de flexibilização das relações laborais. Este fenômeno diz respeito a um processo de rompimento com a rigidez da legislação trabalhista, em prol da conciliação entre as fontes formais autônomas (acordos individuais, acordos e convenções coletivas do trabalho) e as fontes heterônomas do Direito do Trabalho (Leis, Decretos, Portarias, Medidas Provisórias, etc.). No entender de Maurício Pizarro Drummond:

“Não há mais espaço para regras cogentes e imperativas em todos os setores do Direito do Trabalho. Salvo nas situações relativas a proteção a saúde, a segurança, a dignidade e a liberdade do trabalhador, a ideia é que a lei vale no silêncio das partes, mas se houver negociação equilibrada, o "negociado" prevaleça sob o legislado”.²³

No que concerne à terceirização é cristalina a necessidade de adequação das normas jurídicas trabalhistas à nova gestão empresarial, exercida através de uma relação trilateral (empresa contratada, empregado prestador do serviço contratado e empresa contratante). Porém, este paradigma trilateral de relação socioeconômica, não pode afrontar a estrutura teórica e normativa do Direito do Trabalho. Sobre o tema manifestam-se Paulo Antonio Brizzi Andreotti e Lourival José de Oliveira²⁴:

1.3.1.1 Flexibilização não é desregulamentação

Arnaldo Süssekind esclareceu que na desregulamentação:

“[...] o Estado se omite tanto quanto possível (*laissez faire*) a fim de que as condições de emprego sejam ditadas, preponderantemente, pela autonomia privada, segundo as leis do mercado; na flexibilização, o Estado impõe algumas normas de ordem pública, admitindo,

²³ DRUMMOND, Maurício Pizarro *apud* Renato Stancatti - **A Flexibilização do direito do trabalho e a descaracterização da figura do empregado** [Em linha]. Brasil: meuadvogado.com.br, 2012. Disponível em: <https://www.meuadvogado.com.br/entenda/a-flexibilizacao-do-direito-do-trabalho-e-a-descaracterizacao-da-figura-do-empregado-1020.html>

²⁴“Dessa forma, é possível afirmar que o Art. 170 da Constituição Federal, ao albergar o princípio do valor social do trabalho em conjunto com o princípio da livre iniciativa, mostrou-se um verdadeiro instrumento de conexão entre os interesses comuns ao capital e ao trabalho. Com isso, albergou a possibilidade de flexibilização dos direitos trabalhistas apenas quando estiver motivada na diretriz constitucional de proteção do trabalhador, conectando a atividade empresarial a outros valores, como: (i) aumento do nível de emprego; (ii) inclusão dos informais; (iii) estímulo ao investimento e desenvolvimento econômico; (iv) favorecimento da governabilidade. Somente assim será possível amplificar a unidade do direito, garantindo uma nova forma de compatibilizar o exercício da atividade empresarial com a valorização do trabalho humano, ao ser consagrado um valor compartilhado para o atendimento de interesses divergentes, mas que, no fundo, possuem o mesmo objetivo: garantir o desenvolvimento nacional”. ANDREOTTI, Paulo Antonio Brizzi; OLIVEIRA, Lourival José de - **Dignidade no trabalho e competitividade empresarial: necessidade de construir um sistema de valores compartilhados**. [Em linha]. [Consult. 29 nov. 2018]. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=30c0a496a57bcc2c>

em relação a diversas regras, sua adaptação ou complementação pela autonomia privada, especialmente por meio da negociação coletiva”²⁵.

Partindo desta premissa, Jean-Claude Javillier²⁶ afirma que a flexibilização pode ser classificada em três tipos específicos, quais sejam: 1) *de produção*, onde é pretendido combinar normas heterônomas e autônomas, sob o crivo do princípio trabalhista da norma mais favorável ao trabalhador, quando na existência simultânea de duas ou mais normas trabalhistas, aplica-se a norma que mais favoreça o trabalhador; 2) *de adaptação*, quando a entidade sindical ajusta cláusula normativa, que a primeira vista pode parecer ser prejudicial ao trabalhador (cláusula *in pejus* ao trabalhador), mas que na realidade se apresenta protetora do bem maior do trabalhador, o seu emprego, pois, estando a saúde da atividade empresarial crítica, o primeiro ato de gestão realizado é a redução do contingente de trabalhadores para equilibrar o orçamento organizacional (exemplo a flexibilização do salário mediante norma coletiva, permissão disposta no inciso VI, artigo 7º, da CRFB/88, para evitar a dispensa em massa de trabalhadores); e 3) *de desregramento*, que se fundamenta no rompimento da rigidez da norma trabalhista através de uma fonte formal heterônoma, sem a intervenção dos sujeitos coletivos do trabalho (empresas e sindicatos), o desregramento pode ocasionar a desregulamentação de um dispositivo legal, como ocorrido no Brasil, da substituição da estabilidade decenal disposta no artigo 492 da CLT (Consolidação das Leis do Trabalho) pelo regime do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS); ou a regulamentação, que trata da concepção de diferente forma de relação jurídica de trabalho, através de uma nova lei ou mesmo da alteração de lei já existente.

Observa-se, então, que a flexibilização, classificada como desregramento por meio da regulamentação foi o meio pelo qual, no Brasil, foi institucionalizada a terceirização, como será demonstrado no curso do presente estudo. Em sentido semelhante, Portugal incrementou o outsourcing através de diversas alterações no ordenamento jurídico português, com a finalidade precípua de externalizar a prestação dos serviços públicos, abrindo, inclusive caminho para o fomento da subcontratação no setor privado. As alterações trazidas no Código de Trabalho, no Código de Contratos Públicos e nas legislações que regulam o outsourcing no território português, serão objeto de análise da presente investigação científica. Contudo, faz-se importante esclarecer que, no caso português, a flexibilização da legislação trabalhista por desregramento ocorreu com a participação das organizações sindicais, empresariais e do

²⁵ SÜSSEKIND, Arnaldo - Flexibilização do direito do trabalho: alcance e objeto. **Revista Síntese Trabalhista**. Porto Alegre: Síntese. n. 126 (dezembro 1999), p. 6.

²⁶ JAVILLIER, Jean-Claude. Manual de direito do trabalho. Tradução de Rita Asdine Bozacian. São Paulo: Ltr, 1988, p. 55-58.

governo, integrantes da Comissão de Concertação Social (CPCS), que compõe o órgão constitucional denominado por Conselho Econômico e Social (CES) e possui competência para apreciar os projetos de lei relacionados à relação sócio laborativa, notadamente o ordenamento jurídico trabalhista. Assim, o outsourcing foi integrado na ordem jurídica portuguesa após a análise dos sujeitos da relação de trabalho e do governo, diferentemente do Brasil, cuja criação legislativa laboral nos moldes da Constituição brasileira não permite análise prévia das organizações sindicais e empresariais²⁷.

1.3.2 Conceito Jurídico de Terceirização

A terceirização é um fenômeno muito controvertido e preocupante, em face do seu impacto no Direito do Trabalho, posto que busca reduzir custos e encargos empresariais com a mão-de-obra trabalhadora, que possui vínculo de emprego (contrato de trabalho subordinado). Faz-se necessário esclarecer que a relação de emprego²⁸ é apenas uma das espécies do gênero relação capital e trabalho. Nela a prestação do serviço é subordinada (o empregado é juridicamente subordinado ao empregador, através do contrato de trabalho), diferenciando-a das demais modalidades de prestação de trabalho, cujo elemento essencial é a plena autonomia da vontade de contratar.

Destarte, é preocupação dos juristas analisar e conceituar a terceirização, na qualidade de fenômeno jurídico trabalhista, por ser um fato socioeconômico externo que produz efeitos jurídicos na relação de emprego.

1.3.2.1 Terceirização no Brasil

Conceitua Maurício Godinho Delgado²⁹ a terceirização como sendo:

“[...]fenômeno pelo qual se dissocia a relação econômica de trabalho da relação justtrabalhista (relação jurídica de trabalho) que lhe seria correspondente. Por tal fenômeno

²⁷ CONSELHO ECONÔMICO E SOCIAL [Em linha]. [Consult. 03 jun. 2019]. Disponível em: <http://www.ces.pt/>

²⁸ Hirosê Pimpão, citado por Carlos Henrique Bezerra Leite, elegeu no Brasil a expressão “relação de emprego” para caracterizar a relação de trabalho subordinado, onde a pessoa (jurídica ou física) do empregador dirige e comanda a prestação pessoal do empregado. PIMPÃO, Hirosê *apud* LEITE, Carlos Henrique Bezerra - **Curso de Direito do Trabalho**. 8ª ed., São Paulo: Saraiva, 2017, p.156.

²⁹ DELGADO, Maurício Godinho – **Curso de direito do trabalho**. 10ª ed. São Paulo: LTr, 2011. ISBN 978-85-361-1665-5, p. 426.

insere-se o trabalhador no processo produtivo do tomador de serviços sem que se estendam a este os laços justralhistas, que se preservam fixados com uma entidade interveniente”.

Por sua vez, Carlos Henrique Bezerra Leite, não se preocupa em focar no distanciamento entre as relações econômica e jurídicas englobadas na relação social capital/trabalho. Para este doutrinador, o enfoque primordial para conceituar a terceirização é a gestão empresarial e seu comprometimento com a competitividade do mercado. Destarte, Carlos Henrique Bezerra Leite conceitua terceirização como:

“[...] um procedimento adotado por uma empresa que, no intuito de reduzir seus custos, aumentar a sua lucratividade e, em consequência, sua competitividade no mercado, contrata outra empresa que, possuindo pessoal próprio, passará a prestar aqueles serviços que seriam realizados normalmente pelos seus empregados”³⁰

Ainda há autores que sustentam, simplificadamente, ser a terceirização apenas a execução de atividades empresariais específicas através de terceiros, que compõem o quadro funcional de outras empresas ditas como parceiras. E outros, que interpretam a terceirização como a descentralização do rol de suas atividades empresariais, com a finalidade restringi-lo.

Verifica-se, portanto, que no Brasil esta modalidade de flexibilização da relação de trabalho gira em torno dos interesses conflitantes dos sujeitos da relação de emprego (espécie de relação de trabalho normatizada pelo Direito do Trabalho), pois o empregador, na qualidade de titular da atividade empresarial, visa a competitividade no mercado, enquanto que o empregado busca melhores condições de trabalho. Neste contexto, o Estado Brasileiro possui um caráter interventivo e fundamental para instituir um tratamento isonômico entre empregador e empregado, através da regulamentação detalhada das condições de trabalho.

O tema “terceirização” tem sido, a partir da década de 90, muito controvertido para os juristas do trabalho e para economistas, administradores, empresários, sindicalistas e trabalhadores, em face do processo de globalização da economia baseado na competitividade de mercado e, conseqüentemente, focado na redução de custos empresariais, ocasionando um grande impacto na relação de emprego e sua normatização protetiva, no âmbito individual e coletivo de trabalho, desafiando a fórmula clássica bilateral da relação de emprego, disposta nos artigos 2º, caput, e 3º, caput, da CLT.

Devido ao choque com o ordenamento jurídico trabalhista brasileiro, esse novo paradigma de relação socioeconômica e jurídica sofreu restrições da doutrina e da

³⁰ LEITE, Carlos Henrique Bezerra - **Curso de Direito do Trabalho**. 8ª ed., São Paulo: Saraiva, 2017, p. 338

jurisprudência do Direito do Trabalho, até a recente renovação normativa permissiva à terceirização disposta na atual redação da Lei nº 6.019/1974, como analisaremos mais adiante.

1.3.2.2 Subcontrato e Subcontratação de serviços em Portugal

Sem a intenção de exaurir o tema, deve ser realizado um exame sobre alguns aspectos semântico, legal e histórico relacionados ao subcontrato e à subcontratação, objetivando verificar as suas funções jurídicas e socioeconômicas no Estado Português.

A começar pelo conteúdo semântico do substantivo “subcontrato”, é relevante diferenciá-lo do nome “subcontratação”. A doutrina portuguesa define subcontrato como sendo “[...] um negócio jurídico bilateral subordinado a um contrato, dito base ou principal, e celebrado por uma das partes nesta última convenção, com base nos direitos que desta lhe advém.”³¹

No subcontrato permanece o vínculo inicial e o intermediário mantém às suas obrigações em relação ao contratante principal (primeiro), e, devido ao novo contrato, adquire outro direito (relação jurídica nova, mas de forma subordinada). Logo, “não há substituição, mas sobreposição de sujeitos”.³² Destarte, estando o subcontrato subordinado ao contrato principal, este exerce uma grande ascendência sobre aquele, razão pela qual, o contrato derivado deve respeitar as regras, os limites e o fim para que se destina o contrato base (principal).

Faz-se importante ressaltar que as vicissitudes do contrato principal repercutem no subcontrato, em face da sua vinculação, mas o contrário já não acontece, assim, é certo dizer que existem alterações e/ou incidentes, tais como, vícios de resolução (descumprimento das obrigações contratuais) ou distrato (resilição por acordo) do contrato base, que acarretam a impossibilidade da execução do subcontrato. Contudo, doutrinadores como Carresi³³ e Gasperoni³⁴ têm admitido que, na excepcionalidade, as vicissitudes do subcontrato podem repercutir no contrato principal.

A subcontratação, na qualidade de processo de formação do subcontrato, caracteriza uma sobreposição de negócios jurídicos, através de uma relação vertical, onde o subcontrato

³¹ MARTINEZ, Pedro Romano - “O Subcontrato”. Coimbra: Editora Almedina, 2006. ISBN 972-40-0542-9, p.20.

³² Cfr. Tobeñas, Jose Castan - **Derecho Civil Español, Comum y Foral, tomo IV, Derecho de Obligaciones. Las Particulares Relaciones Obligatorias**. 13ª ed. Madri: Reus S.A., 1986.

³³ CARRESI, Franco. *Apud* MARTINEZ, Pedro Romano. *Op. Cit.*, p. 108.

³⁴ GASPERONI, Nicola. *Apud* MARTINEZ, Pedro Romano. *Ibidem*.

estará subordinado ao contrato principal, cristalizando uma relação obrigacional trilateral entre primeiro contraente/intermediário/subcontratante). Para Martinez:

“Numa perspectiva diversa, poder-se-á dizer que, com a celebração de um subcontrato, surgem três relações bilaterais. Contudo, entre o primeiro contraente e o subcontratante não se estabelece uma verdadeira relação jurídica, mas tão só vínculos que emergem principalmente da dependência do segundo contrato em relação ao primeiro”³⁵.

Portanto, a razão de ser do subcontrato são as vantagens obtidas pela colaboração entre os sujeitos de diversas relações jurídicas, notadamente, quando há uma parceria interempresarial, cujo foco está direcionado à melhoria na execução dos processos de trabalho e à redução de custos do produto final da empresa principal, através da especialização e qualificação técnica das empresas subcontraentes. Por isso, o objeto do subcontrato pode ser uma das atividades-fim da contraente ou apenas atividades acessórias ou complementares da mesma, denominadas como atividades empresarias de meio.

Através do subcontrato é permitido que as organizações tirem proveitos mútuos, pela cooperação nos negócios jurídicos realizados. Este negócio jurídico, existente há várias décadas, ainda desponta como um paradigma jurídico apto para regular a nova demanda econômica globalizada na seara do aperfeiçoamento técnico, bem como no aproveitamento dos bens³⁶. Estudos destacam o desenvolvimento do *outsourcing* (subcontratação) em Portugal hodiernamente.³⁷

Por fim, faz-se interessante ainda ressaltar que, no tocante as características do contrato base e do subcontrato, há um consenso doutrinário de que o contrato base possui como objeto uma prestação permanente, que perdure no tempo, e que tal prestação possa ser realizada por terceiro (inexistência da figura jurídica *intuitu personae*), a fim de que possa dar suporte jurídico para a existência de um subcontrato.

A doutrina hodierna majoritária entende haver, necessariamente, a identidade de conteúdo em ambos os contratos, porém, há doutrinadores, como Inocêncio Galvão Telles³⁸, que admitem ter o subcontrato conteúdo diverso do contrato principal (base), como no caso

³⁵MARTINEZ, Pedro Romano. *Op. Cit.*, p. 121-122.

³⁶DRAETTA, Ugo. *Apud* MARTINEZ, Pedro Romano. *Op. Cit.*, p. 13.

³⁷“Realça-se igualmente, o crescimento do outsourcing em Portugal, enquanto conceito propriamente dito, nomeadamente, em termos do papel da nossa indústria como possível third-party a contratar, e que, consoante dados da Associação Portugal Outsourcing (APO), Portugal, pelo 4º ano consecutivo, foi considerado um dos 14 países desenvolvidos, líderes para a prestação de serviços offshore de Tecnologia de Informação (TI) e Business Process Outsourcing (BPO). Segundo Ellram (1990:1), “o termo third-party refere-se a parceiros externos que providenciam funções não desempenhadas pela empresa”. COSTA, Tiago _ **Outsourcing: Proposta de Modelo de Decisão**. Lisboa: Instituto Superior de Gestão. 160 f., p. 3. Dissertação de Mestrado em Gestão.

³⁸TELLES, Inocêncio Galvão - **Manual dos Contratos em Geral**. 3ª ed., Lisboa, 1965, p. 372.

do contrato de locação, quando o locatário dá em comodato a coisa locada³⁹, neste caso, estaria sendo gerado um tipo negocial de subcontrato qualificado como “impróprio”, em face da ausência de identidade. Contudo, Pedro Romano Martinez diverge do entendimento acima, afirmando que “a diferente finalidade ou a função económica que os dois negócios prosseguem não é motivo para qualificar o subcontrato como impróprio”⁴⁰. Ele ainda afirma que tanto a diferença na natureza, civil ou comercial, pública ou privada, dos negócios no processo de subcontratação, tampouco a ocorrência de prestações complementares de natureza diferente “não obsta à existência de um verdadeiro subcontrato”⁴¹.

A partir das premissas acima expostas, verifica-se que o “subcontrato” é apenas o segundo contrato vinculado a um contrato dito como “primeiro”. Por sua vez, a “subcontratação” diz respeito ao “processo de formação do subcontrato”. Logo, a subcontratação é definida como sendo um processo de transmissão de bens, processos de trabalho para a criação do produto ou serviços de apoio (asseio e conservação/ segurança/etc.) da empresa base para a empresas subcontratada.

Após uma reflexão sobre as distinções terminológicas do subcontrato e da subcontratação, bem como as características e especificidades de ambos, é importante apresentar, mesmo que em breve síntese, o desenvolvimento da economia portuguesa a partir do século XX, para a contextualização da subcontratação, como mecanismo de modernização da estrutura organizacional portuguesa na atualidade.

A industrialização de Portugal iniciou-se nos meados da década de 20 e 30 do século XX, institucionalizando uma política de substituição de importações para uma vinculada à exportação. Após a Segunda Guerra mundial, o mercado português pode desenvolver relações produtivas inovadoras, caracterizando um processo de industrialização voltado à hidroeletricidade e às indústrias de base, tais como, química, siderurgia e cimentos, desta forma, observa-se que a concepção de que Portugal possuía uma economia basicamente “agrícola” foi gradativamente desvanecida, dando espaço a consolidação do mercado interno português com um padrão industrial.

Contudo, a internalização do mercado português trouxe resultados que intensificaram o fechamento da economia, ocasionando uma significativa perda de modernização

³⁹ MARTINEZ, Pedro Romano. *Op. Cit.*, p. 98.

⁴⁰ MARTINEZ, Pedro Romano. *Op. Cit.* p. 99.

⁴¹ MARTINEZ, Pedro Romano. *Ibidem*.

socioeconômica do Estado Português⁴², que é explicado pelo contexto histórico de Portugal nesta época, quando foi implantado o chamado “Estado Novo”, regime político autoritário e isolacionista iniciado com a constituição de 1933 e finalizado apenas em 1974.

Após a queda do regime ditatorial acima mencionado, ocorreram diversas transformações na economia portuguesa, principalmente, em face do regresso de cidadãos portugueses (motivado pela independência das colônias portuguesas de Cabo Verde, Guiné-Bissau, São Tomé, Angola e Moçambique) e do seu engajamento na CEE (Comunidade Económica Europeia) em 1986. Destarte, foi criado um novo desenho de economia, a economia de serviços.

Embora a economia portuguesa já não fosse tida como “agrícola” desde os anos 20, mas uma economia industrializada, a sua incorporação na globalização não produziu o efeito de impulsionar a economia de forma competitiva no mercado europeu, uma vez que se manteve na classificação de economia periférica, conforme entendimento de José Reis, quando afirma ser a economia portuguesa: “uma economia “duradouramente periférica”, sujeita a uma “regulação condicionada”, cujo traço mais saliente foi um crescimento sem qualificação”⁴³. Ou mesmo semiperiférica, para alguns economistas, como exemplo Immanuel Wallerstein (1974).⁴⁴

Neste diapasão, para um melhor esclarecimento, uma economia classificada como periférica é aquela em que sua atividade está limitada a produção primária (exemplos: agricultura, mineração, etc.) e, ainda, a produção industrial de bens de consumo não duráveis, em face de uma industrialização tardia, a contrário da economia central, que é característica dos países desenvolvidos, esta traduz riqueza econômica que envolve o desenvolvimento e a acumulação de capital. Há também a definição de economia semiperiférica, construída por Immanuel Wallerstein, para caracterizar os países que estariam numa posição intermediária de industrialização, com é o caso do Brasil.

A respeito da definição de sociedade semiperiférica, Ana Cordeiro e José Reis, se pronunciaram recentemente para afirmar que:

⁴² Reis, José - A Economia Portuguesa: Entre Espanha e as Finanças Transnacionais Economia portuguesa. **Boletim de Ciências Económicas**, Coimbra: Centro de Estudos Sociais, 2002. Vol. 45-A. Disponível em: <https://www.ces.uc.pt/publicacoes/oficina/ficheiros/176.pdf>

⁴³ REIS, José. **A Economia Portuguesa: Entre Espanha e as Finanças Transnacionais. Texto publicado em Boletim de Ciências Económicas. Op. Cit.**

⁴⁴ REIS, José. Estado, Mercado e Comunidade: A economia portuguesa e a governação contemporânea. **Revista Crítica de Ciências Sociais** [Em linha], 70 (2004), p. 83. [Consult. 5 Jan. 2019]. Disponível em: <http://www.ces.uc.pt/publicacoes/rccs/artigos/70/RCCS70-Jose%20Reis-081-100.pdf>

“[...] as sociedades semiperiféricas eram consideradas sociedades intermédias num duplo sentido; por um lado, apresentavam estádios intermédios de desenvolvimento e, por outro, cumpriam funções de intermediação na gestão dos conflitos entre sociedades centrais e sociedades periféricas, os quais seriam suscitados pelas desigualdades na apropriação do excedente produzido à escala mundial. E supunha-se que as duas coisas estavam relacionadas”.⁴⁵

A inserção da globalização na economia portuguesa não propiciou um aumento de serviços económicos e tampouco uma ampliação do mercado, pois, em Portugal o processo de outsourcing (subcontratação de serviços) predominou, inicialmente, na administração Pública, permitindo a terciarização, restrita pela profunda regulamentação da externalização dos serviços públicos que o Estado Português fornece. Neste sentido, Reis analisando as novas dinâmicas da economia portuguesa afirmou que:

“[...] o mercado internacional em que a economia portuguesa se envolve é geograficamente estreito, que a transformação da especialização produtiva é o resultado de relações internacionais limitadas, que a emergência de uma economia terciária deve mais ao Estado do que às dinâmicas do mercado, que a produção interna é insuficiente para financiar a economia nacional e que a presença mais impressiva nas relações internacionais é o resultado de processos inesperados”.⁴⁶

Destarte, a industrialização periférica de Portugal, incorporada no mercado internacional com prevalência na exportação de mão-de-obra e não na exportação de serviços, geraram uma busca constante pelo equilíbrio organizacional no âmbito privado, dificultando a implementação do outsourcing neste segmento da economia portuguesa.

Em prol de uma maior eficiência e eficácia na prestação do serviço público, Portugal iniciou, no final dos anos 70, um processo de reforma na gestão pública, proporcionando uma flexibilidade da regulamentação ou mesmo uma desregulamentação, que sempre visou à produção monopolista dos serviços públicos, com o intuito de tornar o setor público mais competitivo e, com isso, mais lucrativo. Constata-se, através da leitura do artigo 81º, alínea “c”, da Constituição da República Portuguesa, onde determina que é missão do Estado “Assegurar a plena utilização das forças produtivas, designadamente zelando pela eficiência do sector público”, que o fomento da eficiência é um dos motivos legais para a ingerência do Estado Português na economia.

Para fins de melhores esclarecimentos, faz-se necessário ratificar que eficiência e eficácia possuem definições distintas. Bilhim apresenta esta distinção quando afirma que: “A

⁴⁵ SANTOS, Ana Cordeiro; REIS, José - **Portugal: uma semiperiferia reconfigurada** [Em linha]. e-cadernos CES, 2018. [Consult. 17 mar. 2019]. Disponível em: <http://journals.openedition.org/eces/3163>; DOI: 10.4000/eces.3163

⁴⁶ REIS, José. Estado, Mercado e Comunidade: A economia portuguesa e a governação contemporânea. *Op. Cit.*, p. 88-89.

eficiência preocupa-se com os meios, com os procedimentos e com os métodos utilizados, os quais precisam de ser planeados e organizados a fim de concorrerem para a optimização dos recursos disponíveis, não sendo dada relevância aos fins”⁴⁷ e apresenta a eficácia como sendo “o alcance dos objectivos visados (...) é um assunto da esfera da eficácia”⁴⁸. Portanto, observa-se que a eficiência visa utilizar mecanismos para qualificação produção de *ouputs*, enquanto a eficácia está direcionada para resultado obtido com o produto (*output*).

Deste modo, observa-se que o setor público português fica movido por um sentimento empreendedor, proporcionando incentivos e descentralização da gestão central do serviço público (Governo Central) para entidades públicas municipais e intermunicipais (Governo Local), com foco na sua eficiência. Assim, pode-se afirmar que passa a existir um negócio público local, abarcando um conjunto de instituições municipais e/ou intermunicipais, que são responsáveis pela prestação dos serviços públicos locais, podendo, inclusive, descentralizar os serviços públicos a que se destinam, através da subcontratação de entidades externas do mercado privado, na qualidade de mecanismo utilizado para redução de custos e aumento da qualidade dos serviços públicos.

Ademais, o terceiro setor é vital para o atual cenário da gestão pública, que vem se adequando ao novo modelo organizacional público, mantendo o seu importante papel social focado às novas necessidades da sociedade portuguesa, chegando aonde o Estado não alcança. Essas associações sem fins lucrativos, autônomas e de natureza não governamental, possuem uma relação de parceria na prestação de serviços públicos básicos de qualidade, realizados através da subcontratação.⁴⁹ A relação entre o terceiro setor e o Estado português pode ser vista como primordial para o desenvolvimento e fortalecimento das políticas públicas, para geração de empregos, bem como “para o incremento de cidadania, de democracia e de inovação social, capacitando populações excluídas”⁵⁰.

Neste diapasão, é possível afirmar que a ideia reformista se baseou, dentre outros vetores, na modernização das unidades econômicas, na reestruturação setorial e empresarial da economia, e redução do peso do Estado português. Para tanto, foi primordial a

⁴⁷ BILHIM, Joao Abreu de Faria – A, *Teoria Organizacional – 3.a Edicao*. Lisboa: ISCSP, 2004, pag. 319

⁴⁸ BILHIM, Joao Abreu de Faria. *Ibidem*.

⁴⁹ LOPES, Alexandra; PARENTE, Cristina; MARCOS, Vanessa (2014) – Entre o Estado e o Terceiro Setor: modos de regulação. O Terceiro Setor português em foco. In PARENTE, Cristina - **EMPREENDEADORISMO SOCIAL EM PORTUGAL** [Em linha]. Porto: Faculdade de Letras da Universidade do Porto. [Consult. 03 jun. 2019]. Disponível em: <https://ler.letras.up.pt/uploads/ficheiros/12386.pdf>

⁵⁰ GUERRA, Paula; SANTOS, Mónica (2013) – **Relações entre o Estado e a sociedade: uma diacronia pelo terceiro setor em Portugal** [Em linha]. Porto: Faculdade de Letras da Universidade do Porto. [Consult. 03 jun. 2019]. Disponível em: <https://repositorio-aberto.up.pt/bitstream/10216/81591/2/44995.pdf>

implementação de uma economia de serviços focada na descentralização produtiva e externalização de atividades não centrais das organizações públicas, com a finalidade de reestruturação dos sistemas de produção inicialmente dos serviços públicos e posteriormente dos serviços privados, como observaremos em breve.

Desta forma, verifica-se a utilização do outsourcing de processos de negócios públicos (subcontratação de serviços) de forma parcial ou total, com a finalidade de configurar um Estado cada vez menor. Logo, pode a Administração Pública escolher repassar ao setor privado parte de suas atividades, mas a sua atividade principal continua sendo produzida pela organização pública (outsourcing parcial), ou transferir integralmente os processos de produção e/ou fornecimento de bens e serviços públicos às organizações privadas (outsourcing total ou puro), restringindo-se a financiar tais serviços.

Entretanto, como já foi dito anteriormente, existem barreiras legais e sociais, que restringem a utilização do outsourcing na Administração pública portuguesa. Sobre o tema, em 2014, a Associação Portugal Outsourcing (APO) se pronuncia dizendo que: “O valor atual do Outsourcing em Portugal cifra-se em cerca de 1.000 M€ (0,66% do PIB), consideravelmente abaixo da média europeia e muito abaixo de países que efetivamente apostaram neste setor.”⁵¹ Diz ainda que:

“Apesar das oportunidades que o Outsourcing encerra, em Portugal algumas questões de foro laboral, fiscal, legal e até cultural afiguram-se como condicionantes ao desenvolvimento das práticas de Outsourcing. A nível da flexibilidade do mercado laboral, destacam-se a dificuldade em contratar trabalhadores a termo, o que dificulta os modelos de reforço provisional das equipas, a rigidez dos horários de trabalho, em especial no trabalho extraordinário, e a dificuldade em rescindir contratos, com indenizações por despedimento das mais altas da Europa. Além disto, o regime laboral público é consideravelmente mais limitativo do que o regime laboral privado. A nível dos impostos e contribuições sociais, destacam-se o IVA e o IRC, que se encontram entre os mais elevados dos países europeus. Além disto, o Código dos Contratos Públicos (CCP) dificulta, nalgumas situações, a flexibilidade inerente à contratação de Outsourcing e também limita a possibilidade de renegociação dos contratos. Adicionalmente, a percepção cultural do Outsourcing é também limitativa, com a opinião pública negativa sobre o Outsourcing a nível da proteção do emprego e dos direitos laborais, e preocupações a nível da segurança da informação tratada pelos outsourcers.”⁵²

Destarte, é importante uma abordagem sobre os vetores apresentados, que ainda dificultam a adoção mais generalizada do outsourcing na Administração Pública portuguesa,

⁵¹ GONÇALVES, Carlos José - Outsourcing na Administração Pública, Uma Alavanca de Racionalização de Custos e Impulso do Emprego. In CONFERÊNCIA ANUAL DE SERVIÇOS PARTILHADOS E COMPRAS PÚBLICAS, Lisboa, 2014 – Anais. Lisboa: eSPap, 2014, p. 3. Disponível em: https://www.espap.gov.pt/Documents/espap_lab/Aud1-14h00_4_Jose_Carlos_Goncalves.pdf

⁵² *Idem* - *Op. Cit.*, p. 14.

em face do papel do Estado Português nas relações estabelecidas pelos atores sociais. Mesmo no momento democrático vigente em Portugal a após a sua adesão à CEE em 1986, o Estado continua no epicentro da economia portuguesa, possuindo, assim, um papel relevante no ordenamento da conduta dos atores sociais e as relações estipuladas entre si.

Nesse sentido, foram intensas as práticas de urbanização, de planeamento e de financiamento indispensáveis para alavancar e estabilizar a economia. Portanto, constata-se o desenvolvimento dos transportes, dos serviços públicos, visando uma melhor qualidade de vida na sociedade portuguesa. Contudo, essa modernização social determina a atuação do Estado na produção de normas, consensos e opções, no caso a utilização do mecanismo de terciarização dos serviços e atividades públicos.

Neste contexto, Portugal passou a incentivar a competitividade, aproveitando-se da racionalidade e eficiência do setor privado, para qualificar o serviço público e reduzir a participação do Estado, num espaço controlado por empresas públicas. Assim, a lógica privada começou a prevalecer e a desafiar o próprio Estado.

O outsourcing foi um dos mecanismos de subcontratação utilizado pelo Estado Português para a externalização dos serviços públicos, notadamente, através de parcerias público-privadas (cooperação entre os atores públicos e privados para alcançar a eficiência na prestação do serviço público). Estudos atuais sobre a economia portuguesa traduzem a intenção de incrementação da economia de serviços, através da adoção mais generalizada do outsourcing na Administração Pública Portuguesa, para redução do custo com o serviço público, agregado ao valor de satisfação do cidadão português.

A eSPap (Entidade de Serviços Partilhados da Administração Pública, I.P.) foi criada, através do Decreto-Lei n.º 117-A/2012, visando dar suporte ao desenvolvimento e a prestação dos serviços partilhados no campo da administração pública. Tem como missão “Assegurar a obtenção de ganhos de eficácia e eficiência, através da utilização racional de recursos públicos comuns e da prestação de serviços partilhados, contribuindo para um Estado mais ágil e direcionado para o desenvolvimento sustentável do país”.⁵³

Mesmo possuindo limitação no controle e estabelecimento de políticas, a eSPap busca ampliar os Serviços Partilhados para atingir a eficiência exigida na prestação dos serviços públicos. Contudo, ela apresenta uma visão sobre a estruturação dos Serviços Partilhados, afirmando que tem sido gradativa e não tão célere como almejado, porém já conseguiu atingir

⁵³ ESPAP - Entidade de Serviços Partilhados da Administração Pública, I.P. Disponível em: <https://www.espap.gov.pt/quemsomos/Paginas/missao.aspx>

níveis satisfatórios, concretizando marcos importantes⁵⁴. Este sentimento também é apresentado pela Associação Portugal Outsourcing (APO), entidade que concentra as grandes empresas em outsourcing de Tecnologia da Informática (TI) em Portugal, quando na Conferência Anual de Serviços Partilhados e Compras Públicas (Lisboa, 26 de novembro de 2014)⁵⁵, foi informado que o valor atual do Outsourcing em Portugal atinge cerca de 1.000 M€ (0,66% do PIB), o que é abaixo da média europeia e também de outros países engajados neste sistema. “A nível da divisão entre Outsourcing de TI e de Processos não há uma predominância clara de nenhum setor, com, respetivamente, 49 e 51%.” Neste sentido, é a análise trazida por José Cruz, Head of Business Management na Aubay⁵⁶.

Embora Portugal, na visão do mercado de outsourcing, seja um país com grande potencial e capacidade para “prestação de serviços de outsourcing de base tecnológica tanto internamente como no panorama internacional”⁵⁷, o desenvolvimento deste mecanismo de gestão não se encontra num nível satisfatório em Portugal, pois a externalização dos serviços públicos e/ou privados para fins de redução de custos, evolução da eficiência e a promoção do *core business* (parte central do negócio ou de uma área de negócios), esbarra em condicionantes restritivas de alçada trabalhista, fiscal, e até cultural, como a seguir passa-se a demonstrar.

É fato que os motivos para a externalização são basicamente a redução de custos, o incremento da eficiência e aumento do foco no *core business*⁵⁸. Porém, não basta uma análise dos motivos positivos acima expostos, sendo necessário o estudo sobre os motivos que impedem um maior desenvolvimento do outsourcing em Portugal.

⁵⁴ ESPAP - Entidade de Serviços Partilhados da Administração Pública, I.P [Em linha]. [Consult. 21 nov. 2018]. Disponível em: <https://www.espap.gov.pt/quemsomos/Paginas/missao.aspx>

⁵⁵ GONÇALVES, Carlos José (2014) - Outsourcing na Administração Pública, Uma Alavanca de Racionalização de Custos e Impulso do Emprego: Conferência Anual de Serviços Partilhados e Compras Públicas [Em linha]. Lisboa, 2014. Lisboa: eSPap, 2014, p. 3. [Consult. 21 nov. 2018]. Disponível em: https://www.espap.gov.pt/Documents/espap_lab/Aud1-14h00_4_Jose_Carlos_Goncalves.pdf.

⁵⁶ “O mercado de outsourcing em Portugal, e mais globalmente o mercado das tecnologias de informação, continua em fase crescimento. Com um mercado cada vez mais globalizado os desafios em relação aos tempos de resposta, dos custos e da qualidade tornam-se cada vez mais complexos de gerir. Nesse sentido, o outsourcing continua a ser uma resposta extremamente eficaz a estes desafios pois permitem que as organizações se foquem no seu “core business”, permitindo forte flexibilidade na estrutura de custos bem como uma importante partilha de risco.” RIFER, Manuel (2017) - Outsourcing: como os gestores vêem o momento do sector. **JE JORNAL ECONÓMICO** [Em linha]. [Consult. 21 nov. 2018]. Disponível em: <https://jornaleconomico.sapo.pt/noticias/outsourcing-como-os-gestores-vem-o-momento-do-sector-211930>

⁵⁷ GONÇALVES, Carlos José - Outsourcing na Administração Pública, Uma Alavanca de Racionalização de Custos e Impulso do Emprego. In CONFERÊNCIA ANUAL DE SERVIÇOS PARTILHADOS E COMPRAS PÚBLICAS, Lisboa, 2014 – Anais. Lisboa: eSPap, 2014, p. 5. Disponível em: https://www.espap.gov.pt/Documents/espap_lab/Aud1-14h00_4_Jose_Carlos_Goncalves.pdf.

⁵⁸ “*Core Business* é o negócio central da empresa. É a atividade primária, aquela em que a companhia é especialista e sobre a qual deverá centrar seus esforços, do ponto de vista estratégico”. Dicionário Financeiro (2017-2019) [Em linha]. [Consult. 01 jun. 2019]. Disponível em: <https://www.dicionariofinanceiro.com/core-business/>

Conforme foi observado por José Carlos Gonçalves⁵⁹, há entraves culturais e legais para melhor implementação do outsourcing na Administração Pública portuguesa, tais como, a legislação trabalhista, já que possui mais restrição na relação jurídica do emprego público do que na do emprego privado e a legislação tributária (fiscal), onde os impostos e contribuições sociais são muito elevados, notadamente o IVA e o IRC. Ademais, ainda tem os entraves dispostos no Código dos Contratos Públicos (CCP), para regulamentação do mecanismo do outsourcing na contratação dos serviços públicos.

Por sua vez, a sociedade portuguesa tem ainda uma visão negativa do impacto do outsourcing na relação jurídica laboral (trabalhista), em relação a proteção ao empregado consagrada pelo Direito do Trabalho português e pela Organização Internacional do Trabalho (OIT). Razão pela qual, é imprescindível uma análise mais cautelosa a respeito de tais entraves, o que acontecerá nos capítulos seguintes.

⁵⁹ GONÇALVES, Carlos José. *Ibidem*.

2 NORMATIZAÇÃO DA TERCEIRIZAÇÃO NO BRASIL E EM PORTUGAL

2.1 No âmbito do Direito Privado brasileiro

A Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) instituída pelo Decreto-Lei N. 5.452/1943 delimitava apenas duas formas de subcontratação de mão-de-obra: a relação jurídica entre a empreitada e subempreitada, disposta no artigo 455, CLT, e a do pequeno empreiteiro, disposta no artigo 652, “a”, inciso III, CLT. Posteriormente, mas já no término dos anos 60 e início da década de 70, o ordenamento jurídico brasileiro instituiu referência normativa, sobre uma permissividade na terceirização para utilização no seguimento público do mercado de trabalho e, em seguida, estendê-la ao segmento privado. Contudo, é importante esclarecer que, mesmo nesta época, a terceirização não representava o fenômeno com a abrangência e complexidade adquirida a partir da década de 90.

Efetivamente, o fenômeno da terceirização teve como primeiro diploma legal no âmbito da administração pública, o Decreto-Lei nº 200/1967 - art. 10⁶⁰, que permitia a contratação de trabalhadores assalariados por interpostas empresas para realização de serviços de apoio, instrumentais, meramente de execução. Observa-se, entretanto, que a permissão legislativa à terceirização na esfera administrativa dos entes públicos sempre foi restrita, exclusivamente, a atividades-meio, de mera execução, atividades tidas como secundárias no processo de gestão pública.

A regulação normativa da terceirização no mercado privado ocorreu, inicialmente, para permitir sua utilização em dois modelos de contratação, quais sejam, o trabalho temporário (Lei nº 6.019/74) e o trabalho de vigilância bancária (Lei nº 7.102/1983). Posteriormente, esta legislação, que restringia a utilização da terceirização apenas ao segmento bancário da economia, foi alterada pela Lei nº 8.863/94 para expandir esta modalidade de terceirização da vigilância patrimonial, a todo o segmento público ou privado

⁶⁰ ARTIGO 10, § 7º - “Para melhor desincumbir-se das tarefas de planejamento, coordenação, supervisão e controle e com o objetivo de impedir o crescimento desmesurado da máquina administrativa, a Administração procurará desobrigar-se da realização material de tarefas executivas, recorrendo, sempre que possível, à execução indireta, mediante contrato, desde que exista, na área, iniciativa privada suficientemente desenvolvida e capacitada a desempenhar os encargos de execução”. DECRETO-LEI nº 200/1967. Diário Oficial da União - Seção 1 - Suplemento (27-02-1967), p. 4. [Consult. 25 Jan. 2019]. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1960-1969/decreto-lei-200-25-fevereiro-1967-376033-norma-pe.html>

da economia, inclusive, no caso da segurança de pessoas físicas, transporte ou garantia do transporte de carregamentos diversos.

Contudo, o próprio segmento privado da economia agregou práticas de terceirização da mão-de-obra, sem qualquer respaldo legislativo. Dentro deste contexto, a jurisprudência trabalhista passou a elaborar diversas interpretações a respeito da legalidade ou não destas práticas terceirizantes, levando o Tribunal Superior do Trabalho - TST a editar as Súmulas 256 (1983) e 331(revisão da Súmula 256 em 1993), que incorporaram hipóteses restritivas à contratação de trabalhadores por empresa interposta, reforçando a fórmula bilateral celetista da relação empregatícia (empregador e empregado).

Já em meados de 2000, o inciso IV da Súmula 331 do TST teve sua redação alterada a respeito da responsabilidade subsidiária dos “órgãos da administração direta, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista” (Resolução 96, de 11/09/2000)⁶¹. Desta forma, a Súmula 331 do TST acolheu a proibição constitucional de contratação de servidores e empregados públicos sem o preenchimento do requisito essencial de aprovação em concurso público.

Ademais, duas outras alterações ocorridas na Súmula 331 do TST foram de grande importância jurídica, quais sejam: 1) a distinção entre atividades empresariais de meio e de fim do tomador do serviço a ser contratado, para análise da licitude ou ilicitude da prática terceirizante; 2) a definição e a responsabilidade decorrente da terceirização e sua abrangência na relação jurídica instituída. Portanto, a uniformização da jurisprudência trabalhista sobre o tema e as alterações nela realizadas configuram o esforço hermenêutico da Justiça do

⁶¹ O Pleno do Tribunal Superior do Trabalho (TST), em sessão extraordinária no dia 11 de setembro de 2000, decidiu o incidente de uniformização de Jurisprudência suscitado no processo n. TST-IUJRR 297.751-96, por unanimidade alterar o inciso IV, do Enunciado 331 da Súmula do TST, passando a Súmula vigorar com a seguinte redação: “Enunciado nº 331. CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LEGALIDADE. I - A contratação de trabalhadores por empresa interposta é ilegal, formando-se o vínculo diretamente com o tomador dos serviços, salvo no caso de trabalho temporário (Lei nº 6.019, de 03.01.1974).

II - A contratação irregular de trabalhador, mediante empresa interposta, não gera vínculo de emprego com os órgãos da Administração Pública direta, indireta ou fundacional (art. 37, II, da CF/1988).

III - Não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância (Lei nº 7.102, de 20.06.1983) e de conservação e limpeza, bem como a de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistente a pessoalidade e a subordinação direta.

IV - O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços quanto àquelas obrigações, desde que haja participado da relação processual e conste também do título executivo judicial.

IV - O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica na responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços, quanto àquelas obrigações, inclusive quanto aos órgãos da administração direta, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista, desde que hajam participado da relação processual e constem também do título executivo judicial (artigo 71 da Lei nº 8.666/93)”. RESOLUÇÃO nº 96/2000. **Diário da Justiça da República Federativa do Brasil Seção I**, Ano 75, Nº 182-E (20-09-2000), p. 258

Trabalho, para compreensão do fenômeno da terceirização e sua adequação à normatização do Direito do trabalho brasileiro.

Com vistas a uma melhor análise sobre a licitude da terceirização, em face das atividades-fim e atividades-meio do tomador dos serviços terceirizados à luz da Súmula 331 do TST, esclarecemos que Maurício Godinho afirma que as atividades-fim da atividade empresarial são as que pertencem ao processo produtivo, sendo classificadas como nucleares e definitórias da missão organizacional, compondo, assim, o fundamento da dinâmica empresarial da empresa contratante do serviço terceirizado⁶². Em contrapartida, este doutrinador define como atividades-meio aquelas periféricas ao desenvolvimento da produção, que não contribuem para qualidade do produto e sua competitividade no mercado econômico. Não são, portanto, serviços vinculados a dinâmica empresarial da empresa contratante.⁶³

Atualmente, inexistente omissão legislativa sobre a terceirização no Brasil, que está regida pela lei nº 6.019/74, alterada pela Lei nº 13.429/2017, de 13 de março, e novamente alterada pela reforma trabalhista (Lei nº 13.467/2017, de julho). Assim, passa haver um instrumento legal para a utilização da força de trabalho terceirizada pelos tomadores dos serviços, porém, ainda muito debatido e criticado.

Ao invés de criar uma norma jurídica específica que regulamentasse a terceirização de serviços, optou-se por alterar a Lei n. 6.019/1974, que sempre regulamentou exclusivamente a terceirização de mão-de-obra. Há grande diferença entre estas duas modalidades de terceirização, pois a *primeira* trata da intermediação de mão-de-obra somente permitida no trabalho temporário com requisitos próprios e específicos para sua licitude, dispostos nos artigos 1º a 4º e 6º a 12 da lei n. 6.019/74, inexistindo vínculo de emprego entre trabalhador temporário e a empresa de trabalho temporário, empresa específica que possui permissão legal para terceirizar mão-de-obra para a empresa tomadora do serviço; e a *segunda* trata da contratação de serviços de qualquer empresa de direito privado (contratada) por outra empresa de direito privado ou público (contratante). Assim, a alteração da Lei n. 6.019/1974 para a inclusão da regulamentação da terceirização de serviços gerou uma série de dúvidas e insegurança jurídica, como a seguir passamos a analisar.

Atualmente, com a inserção do artigo 4º-A, §1º, na Lei n. 6019/74, através da Lei n. 13.429/2017, posteriormente alterada pela Lei n. 13.467/2017, foi regulamentada a prestação de serviços a terceiros, transferindo à empresa contratada a realização de atividades-meio e

⁶² DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 10ª ed. São Paulo: LTr, 2011, p. 438.

⁶³ *Idem - Ibidem*

atividades-fim da contratante, inclusive, cristalizando a sua licitude da subcontratação das atividades tidas como principais no processo de produção empresarial. Contudo, a licitude da terceirização de serviços ainda deverá ser objeto de estudo no momento da contratação no tocante ao preenchimento dos requisitos de validade expresso no diploma legal abaixo descrito, bem como, caberá à Justiça do Trabalho garantir o cumprimento do novo ordenamento legal trabalhista. Diz o artigo 4º-A, caput e §1º, da Lei n. 6.019/74, alterada pela Lei nº 13.429/2017:

“Art. 4º-A. Considera-se prestação de serviços a terceiros a transferência feita pela contratante da execução de quaisquer de suas atividades, inclusive sua atividade principal, à pessoa jurídica de direito privado prestadora de serviços que possua capacidade econômica compatível com a sua execução. § 1º A empresa prestadora de serviços contrata, remunera e dirige o trabalho realizado por seus trabalhadores, ou subcontrata outras empresas para realização desses serviços”⁶⁴.

A respeito da alteração legislativa, o Ministro do Tribunal Superior do Trabalho Augusto César Leite de Carvalho pronunciou-se dizendo que:

*“É certo que a Lei n. 13.467/2017 (conhecida como “reforma trabalhista”) alterou dispositivos da lei do trabalho temporário (a mencionada Lei n. 6.019/1974) para permitir que a subcontratação de serviços ocorra na atividade-fim, ou “atividade principal” da empresa, desde que a empresa interposta, ou “empresa prestadora de serviços”, contrate, remunere e dirija o trabalho realizado pelos trabalhadores terceirizados (art. 4º-A, §1º). Caberá aos empresários e à Justiça do Trabalho garantir a eficácia dessa nova ordem legal, valendo anotar que o TST somente não adaptou sua Súmula n. 331 ao texto da nova lei porque o novo art. 702 da CLT, paradoxalmente, impede que a jurisprudência trabalhista seja ajustada à nova CLT.”*⁶⁵

Diante disso, observa-se que o controle da legalidade da utilização desta ferramenta de gestão empresarial, denominada no Brasil como terceirização, existirá, já que nenhuma empresa está imune a proteção da tutela jurisdicional do Estado, em face de qualquer tentativa de precarizar ou descumprir o regramento do Direito fundamental ao trabalho digno.

⁶⁴ SCALÉRCIO, Marcos; MINTO, Túlio Martinez, anot. – **CLT: comparada conforme a reforma trabalhista: atualizado conforme MP 808/2017 com os 125 enunciados da jornada da reforma trabalhista organizados por temas**. 2ª ed. São Paulo: LTr, 2018. ISBN 978-85-361-9557-5. p. 235-239.

⁶⁵ CARVALHO, Augusto César Leite de - **A terceirização nos limites da tutela legal e constitucional** [Em linha]. Brasil: JOTA.info, 2018. [Consult. 20 Fev. 2019]. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/a-terceirizacao-nos-limites-da-tutela-legal-e-constitucional-27082018>

2.1.1 Efeitos jurídicos da terceirização no âmbito privado brasileiro

A licitude ou não da ferramenta de gestão denominada terceirização apresenta efeitos jurídicos distintos, quando utilizada no âmbito privado e no âmbito público. É incontroverso que, no âmbito privado, uma vez comprovada a ilegalidade da terceirização, visualizando no caso concreto que os requisitos legais da relação empregatícia (artigos 2º e 3º, da CLT) foram preenchidos pela empresa contratante, será reconhecido o vínculo de emprego do trabalhador terceirizado com esta “empregadora oculta”.

Por sua vez, quando a terceirização for aplicada no âmbito da gestão pública, o efeito jurídico na relação de emprego do trabalhador terceirizado é totalmente oposto, sendo impossível juridicamente, o reconhecimento desta relação de emprego com o ente público. A respeito da ilicitude no processo de terceirização e seu efeito jurídico no âmbito privado, Carlos Henrique Bezerra Leite manifesta-se para afirmar que:

“De tal arte, comprovada a hipótese de terceirização ilícita, desfaz-se, judicialmente, o vínculo entre o trabalhador e o *empregador aparente*, reconhecendo-se, para todos os efeitos, a relação de emprego do obreiro com o *empregador dissimulado*, efetivo tomador dos serviços”.⁶⁶

É importante destacar, que a atual ordem jurídica de terceirização de serviços para qualquer atividade empresarial (meio ou fim), mesmo quando aplicada licitamente, é preocupante sob o enfoque da possível precarização dos direitos trabalhistas, consagrados pelas regras e princípios fundamentais que ordenam o Direito do Trabalho brasileiro, notadamente, através da adoção de diversas Convenções Internacionais da OIT.

Neste diapasão, pode-se diagnosticar a possível disparidade entre os direitos trabalhistas adquiridos pelos empregados da empresa contratante e aqueles adquiridos pelos empregados terceirizados, por exemplo, a questão da isonomia remuneratória destes empregados, quando exercem a mesma função no estabelecimento da contratante. Pois, existente o vínculo de emprego com as suas respectivas empregadoras, haverá certamente diferenças remuneratórias entre eles, principalmente, em face de pisos salariais firmados por entidades sindicais distintas. Assim, é nítida a distinção dos direitos dos empregados terceirizados e dos empregados da empresa contratante, que pode ser interpretada como afronta à vedação constitucional de discriminação entre trabalho manual, técnico e intelectual

⁶⁶ LEITE, Carlos Henrique bezerra. Curso de direito do trabalho. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 344. ISBN 978-85-472-1370-1

ou entre profissionais respectivos, disposta no art. 7º, XXXII, CRFB/88, e até mesmo ao princípio da igualdade expresso no artigo 5º, caput, da CRFB/88.

Observa-se que, através da redação dada ao parágrafo primeiro do artigo 4º-C, da Lei n. 6.019/74, houve uma tentativa singela de conceder esta isonomia remuneratória (denominada como salário equitativo ou equivalente), que ao longo dos anos vem gerando diversas controvérsias doutrinárias e jurisprudenciais. Contudo, a norma jurídica em tela apenas concedeu a faculdade das empresas de exercerem a sua autonomia privada negocial, para decidirem aplicar ou não o salário equitativo àqueles empregados, que exerçam a mesma função no ambiente de trabalho da contratante. Logo, é cediço que a arena de debate jurídico, sobre a afronta aos princípios constitucionais e trabalhistas de igualdade e da não discriminação dentro da relação de emprego, ainda está ativa.

É certo afirmar que a regulamentação da terceirização assegurou aos empregados terceirizados uma parcial equivalência de Direitos Trabalhistas, através do art. 4º-C, Lei n. 6.019/74. Porém, o rol taxativo de direitos extensivos aos empregados terceirizados está longe de pacificar o estudo aguerrido sobre a precarização dos direitos trabalhistas, em relação aos empregados da contratada, que prestam serviços à contratante em funções idênticas aos seus empregados.

Neste sentido, outro ponto polêmico, tão importante quanto à igualdade de direitos trabalhistas dos empregados terceirizados, é a responsabilização empresarial em situações de terceirização, nos moldes da Lei n. 6.019/74. Estabelece o texto legislativo, no seu artigo 5º-A, §5º, que a empresa contratante será a responsável subsidiária pelas obrigações trabalhistas dos empregados terceirizados, durante o período em que prestaram serviços à contratante, bem como o recolhimento das contribuições previdenciárias. Embora esta responsabilização já constasse na Súmula 331, inciso IV, do TST, sempre foi foco de debate e insatisfação pela sua parca efetividade (não alcançando o objetivo primordial da legislação em proteger direitos trabalhistas violados), já que prioriza a responsabilização principal, característica do real empregador (empresa contratada) e que, geralmente, não possui uma atividade financeira saudável no momento da cobrança judicial dos direitos trabalhistas violados, antes de responsabilizar a empresa contratante, que verdadeiramente se beneficiou com o serviço prestado pelo empregado terceirizado.

Por sua vez, não se pode negar que a regulamentação da terceirização não visou proteger a ilicitude na subcontratação, como sofisticamente é afirmado. Ao contrário, verifica-se uma aproximação da lei brasileira, mesmo que não muito satisfatória em face da distinta regulamentação trabalhista entre as duas Nações, com a *joint employer doctrine*

existente nos Estados Unidos da América, que caracteriza a figura do empregado conjunto, regulamentada pelo Conselho Nacional de Relações de Trabalho Americano (*National Labor Relations Board* – NLRB), como a seguir passamos a esclarecer.

A *National Labor Relations Board* – NLRB é uma agência federal independente que protege empregadores e empregados de práticas trabalhistas injustas e protege o direito de empregados do setor privado de se unirem, com ou sem um sindicato, para melhorar salários, benefícios e condições de trabalho⁶⁷. Assim, ela vem ao longo dos anos analisando e regulamentando a *joint employer doctrine* e, inclusive, em 14 de setembro de 2018, o NLRB propôs uma nova regra sobre a figura do empregador conjunto de empregados de um empregador separado (semelhança a terceirização brasileira), já que há uma grande diversidade de relacionamentos entre empregadores e seus parceiros no mercado americano.

Nesta nova proposta, a NLRB caracteriza a figura do empregador conjunto de empregados de um empregador separado, quando duas empresas separadas repartirem os termos e condições essenciais de emprego, como exemplo, o direito de direção, comando e punição, em relação a um grupo de empregados, e, ainda, seja comprovada a existência de um controle direto e imediato substancial sobre tais empregados.

Ressalta-se que a NLRB tem o poder de responsabilizar solidariamente os empregadores conjuntos que apenas um deles pratique ilicitudes trabalhistas. Atualmente, este é um dos temas mais debatidos pela NLRB, pois a caracterização do empregador conjunto, referente ao grupo de empregados, ocasiona grande impacto na relação negocial, nos direitos trabalhistas dos empregados e, ainda na relação sindical dentro da Nação Americana.

Portanto, é importante registrar que entre o fenômeno brasileiro da terceirização e a figura do empregador conjunto existente nos Estados Unidos da América há realmente uma semelhança, mas com impactos jurídicos totalmente diversos na relação de emprego.

No Brasil, a comprovação da ilicitude na contratação de empresa interposta para prestação de serviços implica a responsabilidade direta para a empresa contratante e não a responsabilidade solidária entre as sociedades empresárias e, no caso das empresas utilizarem licitamente a ferramenta de gestão denominada terceirização, a empresa contratante será responsável subsidiariamente pelo descumprimento dos direitos trabalhistas dos empregados terceirizados.

⁶⁷ National Labor Relations Board – NLRB. “*The National Labor Relations Board is an independent federal agency vested with the power to safeguard employees’ rights to organize and to determine whether to have unions as their bargaining representative. The agency also acts to prevent and remedy unfair labor practices committed by private-sector employers and unions*”. Disponível em: <https://www.nlr.gov/news-outreach/news-story/board-proposes-rule-change-its-joint-employer-standard>

Diante disso, o controle de legalidade da nova redação da Lei n. 6.019/74, a respeito da subcontratação de serviços (terceirização) é soberanamente da Justiça do Trabalho em face da sua competência própria, nos moldes do artigo 114, I, CRFB/88). É competente a Justiça do Trabalho brasileira para, através da hermenêutica, aplicar os dispositivos da lei trabalhista, sob o manto dos princípios que regem o Direito Fundamental do Trabalho. Direito este que orbita no princípio nuclear da Carta Magna de 1988, o da dignidade humana. No território brasileiro, é direito de todo trabalhador, brasileiro ou estrangeiro, a um trabalho em condições dignas de sobrevivência social. Neste sentido, é o entendimento do Ministro Augusto César, abaixo transcrito.⁶⁸

2.2 No âmbito público brasileiro

Em face da reforma administrativa realizada na década de 60, que buscava uma descentralização administrativa, o segmento estatal, através do Decreto-Lei n. 200, de 1967, foi o precursor da sistemática da terceirização no Brasil. Em seguida, foi publicado mais um diploma legal (Lei n. 5.645/70) estimulador da contratação de empresas privadas interpostas com a finalidade de prestação dos serviços cuja natureza era meramente executiva ou operacional. Assim, iniciou na Administração Pública a fase da terceirização dos serviços qualificados como atividades-meio da gestão pública.

Através do artigo 175, da Carta Magna de 1988⁶⁹, onde é disposto que: “Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos” e da lei n. 8.666/93⁷⁰, que institui regras para contratação e licitação dos serviços público, foi permitido à Administração Pública, exercer o seu poder discricionário para impulsionar a utilização da terceirização com fins de

⁶⁸ A intervenção judicial em tema regulado por lei, quando expande a semântica do texto legal para render-se à influência de ideologia puramente libertária, ignora o caráter formal do princípio da liberdade, aspecto que inspirou em Kant a correlação entre ela, a liberdade, e máxima universal desprovida de conteúdo moral preestabelecido, a ser contingencialmente desvendado por nós, seres racionais e autônomos. A ética primária, a contemplar em último suspiro, reside na dignidade da pessoa humana – que é a um só tempo fundamento, objetivo e princípio da república –, tem base filosófica na declaração de que todas as pessoas (dir-se-ia que somente as pessoas naturais) são “iguais em dignidade” e destoa, sem falsas mesuras, da autorização, apenas jurisprudencial, para que se amplie, sem apreço aos limites gradualmente albergados em lei, a prática de atribuir a outra empresa a responsabilidade de gerir e remunerar o trabalho humano que confere identidade à atividade empresarial. CARVALHO, Augusto César Leite de - **A terceirização nos limites da tutela legal e constitucional** [Em linha]. Brasil: JOTA.info, 2018. [Consult. 20 Fev. 2019]. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/a-terceirizacao-nos-limites-da-tutela-legal-e-constitucional-27082018>

⁶⁹ **CONSTITUIÇÃO da República Federativa do Brasil**: texto constitucional promulgado em 5 de outubro de 1988, com as alterações determinadas pelas Emendas Constitucionais de Revisão nos 1 a 6/94, pelas Emendas Constitucionais nos 1/92 a 91/2016 e pelo Decreto Legislativo no 186/2008. Brasília: Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2016. ISBN: 978-85-7018-698-0.

⁷⁰ LEI n. 8.666/93. **Diário Oficial da União Seção I** (06-07-1994), p. 10149.

aprimoramento da eficiência da prestação dos serviços públicos e, conseqüentemente, dar maior satisfação à sociedade brasileira. Em seguida, foi editado o Decreto nº 2.271/97⁷¹, que teve como finalidade definir e delimitar a utilização da terceirização para a prestação serviços e não para a intermediação de mão-de-obra, já que a contratação de mão-de-obra pelo gestor público sem o devido concurso público é ilegal, pois afronta o artigo 40º da CRFB/88. Esta é a inteligência do artigo art. 4º, deste diploma legal, transcrito abaixo:

“Art. 4º É vedada a inclusão de disposições nos instrumentos contratuais que permitam:

- I - indexação de preços por índices gerais, setoriais ou que reflitam a variação de custos;
- II - caracterização exclusiva do objeto como fornecimento de mão-de-obra;
- III - previsão de reembolso de salários pela contratante;
- IV - subordinação dos empregados da contratada à administração da contratante; [...].”

Por sua vez, o Decreto 9.507/18⁷², do dia 21 de setembro de 2018, revoga o Decreto 2.271/97, até então vigente e que regulamentava apenas a contratação de serviços pela Administração Pública Federal direta, autárquica e fundacional. Diante disto, a norma que se encontra vigente traz algumas novidades que devem ser analisadas, em face do seu impacto na relação jurídica criada através do fenômeno da terceirização no âmbito público.

Verifica-se, primeiramente, que houve uma extensão do regramento para atingir as empresas públicas federais e complementar a regulamentação da contratação e licitação celebrada por empresas públicas, sociedades e economia mista, bem como suas subsidiárias, dando seguimento normativo ao disposto na Lei n. 13.303/16⁷³ e alterando, inclusive, as regras que dizem respeito à vigência dos contratos celebrados pela Administração Pública direta.

Em 24/09/2018, o Ministério da Economia noticiou que a ampliação da normatização trazida pelo Decreto 9.507/18, para o âmbito da Administração Pública indireta (empresas públicas, sociedades de economia mista e subsidiárias), objetivou a uniformização das normas de conduta para a contratação de serviços terceirizados na Administração Pública Federal Direta e Indireta. Neste momento, esclareceu que:

⁷¹ DECRETO nº. 2.271/97. **Diário Oficial da União Seção 1** (08-07-1997), p. 14293.

⁷² DECRETO nº. 9.507/2018. **Diário Oficial da União Seção I**, (24-09-2018), p. 3.

⁷³ “Art. 1º Esta Lei dispõe sobre o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias, abrangendo toda e qualquer empresa pública e sociedade de economia mista da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios que explore atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, ainda que a atividade econômica esteja sujeita ao regime de monopólio da União ou seja de prestação de serviços públicos”. LEI nº. 13.303/2016. **Diário Oficial da União Seção 1**, (01-07-2016), p. 12.

“O Decreto 9.507/2018 determina quais atividades não poderão ser passíveis de execução indireta (terceirizada), ficando a cargo do Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão ato que estabelecerá os serviços que serão preferencialmente objeto de execução indireta mediante contratação. A norma coíbe o nepotismo nas contratações públicas e estabelece, ainda, padrões de qualidade esperada na prestação dos serviços, de modo que o pagamento da fatura mensal somente seja autorizado após comprovação do cumprimento das obrigações contratuais. Da mesma maneira, férias, 13º e verbas rescisórias dos trabalhadores somente serão quitados quando de fato ocorrerem.”⁷⁴

Logo, é possível verificar que nova regra jurídica apresenta procedimentos mais severos na fiscalização das obrigações legais trabalhistas e previdenciários da empresa contratada, em relação aos seus empregados, em perfeita harmonia com a atual redação da Súmula 331 do Colendo TST (Tribunal Superior do Trabalho), combinada com o Tema 725 da repercussão geral do STF⁷⁵, que ampliou a terceirização nos serviços públicos inclusive, conforme demonstra a sua redação: "É lícita a terceirização ou qualquer outra forma de divisão do trabalho entre pessoas jurídicas distintas, independentemente do objeto social das empresas envolvidas, mantida a responsabilidade subsidiária da empresa contratante".

Contudo, no processo de terceirização no âmbito da Administração Pública, em relação ao impacto jurídico na relação empregatícia dos empregados terceirizados, em face da possível violação dos seus direitos trabalhistas agasalhados não só pela legislação laboral infraconstitucional, mas também pela CRFB/88 no seu artigo 6º (posiciona o trabalho no status de direito humano fundamental para a sociedade), o respaldo jurídico ainda é parco e perfunctório, continuando a ser imprescindível o exercício da tutela jurisdicional trabalhista, para solucionar os conflitos laborativos existentes, quando da utilização da ferramenta de gestão denominada juridicamente terceirização, como a seguir passamos a discorrer.

2.2.1 Efeitos jurídicos da terceirização no âmbito público brasileiro

Quando o contratante for um dos órgãos da Administração Pública direta ou indireta (Fundações Públicas, Empresas Públicas, Sociedades de Economia Mista ou Autarquias), a

⁷⁴ MINISTÉRIO DA ECONOMIA. PLANEJAMENTO, DESENVOLVIMENTO E GESTÃO. **Decreto uniformiza procedimentos na contratação de terceirizados no executivo federal** [Em linha]. Brasil: Ministério da Economia, 2018. [Consult. 4 Abr. 2019]. Disponível em: <http://www.planejamento.gov.br/noticias/ultimas-noticias/decreto-uniformiza-procedimentos-na-contratacao-de-terceirizados-no-executivo-federal>.

⁷⁵ FUX, LUIZ - 725 - **Terceirização de serviços para a consecução da atividade-fim da empresa: Leading Case: RE 958252** [Em linha]. Brasília: STF, 2018. [Consult. 25 Abril 2019]. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciarepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4952236&numeroProcesso=958252&classeProcesso=RE&numeroTema=725>

ilicitude da terceirização gira em torno da vedação constitucional disposta no artigo 37, II, §2º, da CRFB/88, em configurar vínculo de emprego com a entidade pública contratante sem ter sido o trabalhador aprovado previamente em concurso público. Logo, o reconhecimento de vínculo de emprego do empregado terceirizado, com o ente público contratante do serviço, sofre um óbice intransponível pelo preceito constitucional.

Portanto, a eliminação do vínculo original com a empresa contratada e o reconhecimento do vínculo de emprego com o ente estatal, quando configurada a ilegalidade na terceirização, perante o quadro constitucional torna-se impossível. Inclusive, tal vedação constitucional foi assimilada pela Súmula 331, II, do TST: “A contratação irregular de trabalhador, mediante empresa interposta, não gera vínculo de emprego com os órgãos da Administração Pública direta, indireta ou fundacional (art. 37, II, da CF/1988)”.

Contudo, a arena de debates, sobre a extensão dos efeitos jurídicos da terceirização ilícita praticada pelos entes da Administração pública, está aberta e em ebulição doutrinária e jurisprudencial.

Observa-se que a nova redação da Lei n. 6.019/74 acrescentou os artigos 4º-A, 4º-B, 4º-C, 5º-A, 5º-B, 5º-C e 5º-D, para normatizar a terceirização no âmbito privado, inclusive a sua responsabilidade perante os direitos trabalhistas dos empregados terceirizados. Logo, ainda permanece inexistente a normatização trabalhista em relação a responsabilidade do ente público, sobre os direitos trabalhistas do empregado terceirizado na prática ilícita da terceirização. Destarte, merece respeito e atenção o esforço interpretativo da jurisprudência trabalhista, em uniformizar o entendimento exposto no inciso VI da Súmula 331, TST, de que: “A responsabilidade subsidiária do tomador de serviços abrange todas as verbas decorrentes da condenação referentes ao período da prestação laboral”. Assim, na ocorrência de inadimplemento trabalhista por parte da empresa privada contratada para prestação do serviço público, ao ente estatal contratante incidirá a responsabilidade trabalhista subsidiariamente.

Contudo, ao longo dos anos houve um crescente e fervoroso debate, sobre a exclusão de qualquer tipo de responsabilidade trabalhista no ato administrativo de contratação, aparentemente trazida no §1º, do artigo 71, da Lei n. 8.666/93 (Lei de Licitações), pois afirma que a inadimplência da empresa contratada sobre os direitos trabalhistas dos seus empregados terceirizados “[...] não transfere à Administração Pública a responsabilidade por seu pagamento [...]”. Assim, numa interpretação gramatical legislativa, o diploma legal acima exclui qualquer responsabilidade do ente público contratante sobre os resultados trabalhistas

de uma terceirização ilícita. Desta forma, manteve-se por décadas a discussão sobre o preceito constitucional impositor da terceirização ilícita no âmbito público.

Em fevereiro de 2010, o Supremo Tribunal Federal⁷⁶, reconheceu a existência de repercussão geral para decidir sobre a constitucionalidade do §1º do artigo 71, da Lei n. 8.666/93. Ato contínuo, no mês de novembro, por maioria, o Plenário do STF, julgando a Ação Declaratória de Constitucionalidade n.16⁷⁷ (ADC com os seguintes requerimentos: declaração de constitucionalidade do artigo 71, §1º, da Lei 8.666/93 e exame da legalidade da responsabilidade subsidiária da Administração Pública expressa na Súmula 331 do TST), declarou a constitucionalidade deste artigo e manteve a culpa *in vigilando* do Estado, em relação aos direitos trabalhistas dos empregados terceirizados, que prestam serviços nos contratos firmados com a Administração pública.

Consagra, portanto, o STF a responsabilidade subjetiva do Estado na terceirização realizada de forma ilícita, como derivada da culpa do ente público no ato administrativo de fiscalização contratual. Logo, depreende-se da interpretação sistêmica do atual contexto legislativo, que a exclusão, pelo STF, da responsabilidade objetiva do Estado na prestação terceirizada dos serviços públicos, não isenta a Administração Pública da responsabilidade subjetiva na seara do Direito do Trabalho. Destarte, o entendimento cristalizado na Súmula 331, V, do C.TST⁷⁸ está em plena consonância com o entendimento consolidado pelo STF.

Pelos postulados acima, no que se refere a terceirização ilícita, realizada pelos entes públicos, a resposta jurídica está inserida no exame sistêmico do ordenamento jurídico brasileiro. Ressalta Maurício Godinho Delgado⁷⁹ a existência de uma harmonia entre o princípio isonômico (todos são iguais perante a lei sem distinção de qualquer natureza...) esculpido no artigo 5º, caput e inciso I, da Constituição brasileira; o princípio da valorização do trabalho humano e a vedação constitucional de reconhecimento de vínculo de emprego

⁷⁶ WEBER, Rosa - **246 - Responsabilidade subsidiária da Administração Pública por encargos trabalhistas gerados pelo inadimplemento de empresa prestadora de serviço: Recurso Extraordinário nº 603.397** [Em linha]. Brasília: STF, 2010. [Consult. 25 Abril 2019]. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=3764960&numeroProcesso=603397&classeProcesso=RE&numeroTema=246#>

⁷⁷ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - **TST deve analisar caso a caso ações contra União que tratem de responsabilidade subsidiária, decide STF** [Em linha]. Brasília: STF, 2010. [Consult. 20 Out. 2018]. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=166785>

⁷⁸ Inciso V da Súmula 331: 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. FILHO, Armando Casimiro Filho; et. al. – **CLT-LTr: de acordo com a reforma trabalhista**. 48ª ed. São Paulo: LTr, 2017. ISBN 853619431.

⁷⁹ DELGADO, Maurício Godinho. Curso de Direito do Trabalho. *Op. Cit.*, p. 459.

com os entes públicos sem concurso público trazida no artigo 37, II e § 2º, CRFB/88. Trata-se do tratamento igualitário entre homens e mulheres que desejem se candidatar ao concurso público para compor o quadro funcional da Administração Pública sem qualquer privilégio e tampouco exploração do trabalho humano. A prática ilícita da terceirização não será ofuscada nem abrandada pela vedação constitucional do reconhecimento do vínculo direto com o ente público. Ao contrário, na ocorrência de terceirização ilícita, a responsabilidade subjetiva da entidade estatal sobre os créditos trabalhistas dos empregados terceirizados.

Destarte, a premissa mantida no Decreto N. 9.507/18, de que a Administração Pública contrata serviços e não mão de obra, impede a pretensão de vínculo laboral com a mesma. Ainda, esta norma apresenta uma nova premissa, de que em face do impedimento de consagração de relação jurídica de emprego com o ente público contratante, está impedido o pleito de ressarcimento salarial, o que deixa margem a várias indagações.

Há diversas contradições trazidas no bojo do Decreto n. 9507/18. A primeira delas, diz respeito aos incisos III e IV, do artigo 4º⁸⁰, que, por terem uma redação genérica, fornecem um amplo poder discricionário ao gestor público, inclusive, permitindo a construção de diversas interpretações sobre os princípios da eficiência, economicidade na Administração Pública e, conseqüentemente, a ampliação demasiada da terceirização, fragilizando ou flexibilizando as restrições legais impostas, que visam obstar a terceirização ilícita.

Por conseguinte, também é viabilizada, paulatinamente, a substituição do trabalhador concursado pela mão-de-obra terceirizada, principalmente no caso de cargo extinto ou em processo de extinção, nos moldes do §3º, do artigo, 4º, deste diploma legal. Para isto acontecer, bastaria a criação de um novo Plano de Cargos e Salários ou alteração daquele que

⁸⁰ “Art. 4º Nas empresas públicas e nas sociedades de economia mista controladas pela União, não serão objeto de execução indireta os serviços que demandem a utilização, pela contratada, de profissionais com atribuições inerentes às dos cargos integrantes de seus Planos de Cargos e Salários, exceto se contrariar os princípios administrativos da eficiência, da economicidade e da razoabilidade, tais como na ocorrência de, ao menos, uma das seguintes hipóteses:

I - caráter temporário do serviço;

II - incremento temporário do volume de serviços;

III - atualização de tecnologia ou especialização de serviço, quando for mais atual e segura, que reduzem o custo ou for menos prejudicial ao meio ambiente; ou

IV - impossibilidade de competir no mercado concorrencial em que se insere.

§ 1º As situações de exceção a que se referem os incisos I e II do **caput** poderão estar relacionadas às especificidades da localidade ou à necessidade de maior abrangência territorial.

§ 2º Os empregados da contratada com atribuições semelhantes ou não com as atribuições da contratante atuarão somente no desenvolvimento dos serviços contratados.

§ 3º Não se aplica a vedação do **caput** quando se tratar de cargo extinto ou em processo de extinção.

§ 4º O Conselho de Administração ou órgão equivalente das empresas públicas e das sociedades de economia mista controladas pela União estabelecerá o conjunto de atividades que serão passíveis de execução indireta, mediante contratação de serviços”. DECRETO nº. 9.507/2018. **Diário Oficial da União Seção I**, (24-09-2018), p. 3.

já existe. Ademais, a definição do que venha a ser uma “impossibilidade de competição no mercado concorrencial” é ilimitada e sua avaliação utópica, impedindo ou mesmo dificultando, o controle externo do TCU (Tribunal de Contas da União) sobre a terceirização ilícita.

Observa-se que no artigo 7º, inciso IV, que é vedado “a pessoalidade e a subordinação direta dos empregados da contratada aos gestores da contratante”. Logo, o empregado da empresa privada contratada fica impedido de integrar a estrutura organizacional do ente público contratante e, por isso, fica impossibilitado de realizar atribuições de encargo administrativo público. Desta feita, está explícita a contradição no Decreto n. 9507/18, quando permite uma terceirização ampla de funções públicas sujeitas a hierarquia da Administração Pública Indireta.

Ainda, apesar de haver vedação expressa para contratação de pessoal através da terceirização, contraditoriamente, o artigo 9º⁸¹ dispõe sobre a “disponibilização de pessoal da contratada”, configurando a contratação terceirizada de pessoal e não de serviços. Além disso, a exigência legal de apresentação, pela empresa contratada, de listagem nominal e identificada do contingente de empregados, que estarão vinculados ao objeto do contrato público, também cristaliza a pessoalidade vedada no inciso 4º, do artigo 7º do Decreto 9.507/18.

Ademais, no tocante aos direitos trabalhistas do pessoal terceirizado, o artigo 9º é claro em excluir tais trabalhadores da isonomia de tratamento. Contudo, tal dispositivo legal, na interpretação sistêmica do ordenamento just trabalhista brasileiro que trata da equiparação salarial, aplicado à Administração Pública Indireta, por força do artigo 173, § 1º, inciso II da Carta Magna de 1988, que determina “a sujeição ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários”⁸², pode vir a ser questionado quanto a sua legalidade por afronta à Constituição Federal e, também, quanto à sua contradição em relação ao prescrito no artigo 14, onde é previsto que: “As empresas públicas e as sociedades de economia mista controladas pela União adotarão os mesmos parâmetros das sociedades privadas naquilo que não contrariar seu regime jurídico e o disposto neste Decreto”⁸³.

Pelos postulados acima, constata-se que as diversas contradições e inconstitucionalidades demonstradas no Decreto n. 9.507/18, que visa a ampliação da

⁸¹ DECRETO nº. 9.507/2018. Diário Oficial da União Seção I, (24-09-2018), p. 3.

⁸² CONSTITUIÇÃO da República Federativa do Brasil: texto constitucional promulgado em 5 de outubro de 1988, com as alterações determinadas pelas Emendas Constitucionais de Revisão nos 1 a 6/94, pelas Emendas Constitucionais nos 1/92 a 91/2016 e pelo Decreto Legislativo no 186/2008. Brasília: Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2016. ISBN: 978-85-7018-698-0.

⁸³DECRETO 9507/18 – *Ibidem*.

terceirização e uma maior flexibilização na sua utilização, para a melhoria da eficiência da administração Pública, levam a preocupação no aumento da ilicitude no ato administrativo público de contratar empresas privadas para prestação dos serviços públicos. Neste contexto, será imprescindível a atuação dos sindicatos de classe, na qualidade de atores coletivos fiscalizadores dos direitos trabalhistas dos empregados terceirizados, bem como o exercício da atividade jurisdicional trabalhista pelo magistrado, quando se deparar com abusos e ilegalidades cometidas pelo gestor público durante a terceirização da prestação do serviço público.

Neste diapasão, a Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho (ANAMATRA), em nota publicada no dia 26/09/2018, antes mesmo de encaminhar o inteiro teor do Decreto N. 9.507/18 a sua Comissão Legislativa, para o devido estudo sobre a legalidade desta norma jurídica, divulgou o entendimento jurídico abaixo transcrito:

1. A pretexto de regulamentar a terceirização - eufemisticamente chamada de “execução indireta” de serviços - no âmbito da Administração Pública Federal direta, autárquica e fundacional, das empresas públicas e das sociedades de economia mista da União, o Decreto n. 9.507/2018 abriu caminho para que as mais usuais práticas de terceirização possam virtualmente se dar em qualquer setor ou órgão dos serviços públicos federais. Ao fazê-lo, ameaça a profissionalização e a qualidade desses serviços, esgarça o patrimônio jurídico conquistado por seus servidores e compromete a própria impessoalidade administrativa que deve reger a gestão da coisa pública, vez que o trepasse de serviços a interpostas empresas poderá concretamente atentar contra o teor do art. 37, II, da Constituição Federal, quando vincula expressa e rigorosamente a investidura em cargos, funções ou empregos públicos à prévia aprovação em concurso público de provas ou de provas e títulos, ressalvadas somente as nomeações para cargo em comissão de livre nomeação e exoneração, assim declarado em lei.⁸⁴

Posteriormente, o jornal Folha de São Paulo publicou texto de autoria do Presidente da ANAMATRA e de um Juiz do Trabalho do TRT da 4ª Região (Rio Grande do Sul), a respeito da preocupação sobre a proliferação de ilicitudes na utilização da ferramenta de gestão denominada como terceirização a partir da edição do Decreto 9.507/18. Nele é apresentado o inconformismo jurídico, não só dos autores, mas também de grande parte da magistratura trabalhista, com a premissa trazida, subliminarmente, no Decreto em tela que “os fins justificam os meios”. Assim, com o intuito de baratear o custo com a prestação do serviço público, amplia-se a terceirização e flexibiliza-se os princípios constitucionais norteadores da Administração Pública, notadamente, o da moralidade administrativa. Neste sentido, Guilherme Guimarães Feliciano e Rodrigo Trindade observam que a nova legislação para terceirização no setor público permite sua utilização de forma irrestrita, gerando retrocesso

⁸⁴ DECRETO nº. 9.507/2018. Diário Oficial da União Seção I, (24-09-2018), p. 3.

legal e possibilitando a predominância dos interesses pessoais de gestores públicos no momento da celebração de contratos administrativos que externalizam os serviços públicos, assessoriais ou essenciais. Entendem que o Decreto 9.507/2018 viabiliza a extinção gradativa dos concursos públicos, o enfraquecimento do princípio da isonomia de tratamento e do princípio da moralidade administrativa que norteiam a gestão pública e, na busca por um menor preço, ainda fomenta a precarização da relação de emprego. Para estes autores, apenas os agentes públicos concursados, experientes e comprometidos com a manutenção do serviço público, estão qualificados para assegurar a qualidade reivindicada pela sociedade brasileira. Na realidade brasileira a terceirização no setor público é vinculada “à ineficiência, à corrupção e ao distanciamento da população”.⁸⁵

Pelas diretrizes e entendimentos acima sopesados, é possível constatar que a arena de debate, a respeito da legalidade do Decreto n. 9.507/2018, em face da principiologia que rege a Administração Pública, e sobre os efeitos da terceirização irrestrita dos serviços públicos está pulsante, permitindo a continuidade da pesquisa após a conclusão do presente trabalho acadêmico, que não tem a pretensão de resolver todas as problemáticas.

Entretanto, buscou-se apresentar, de forma relevante e pontual, contributos para a manutenção do debate social com a percepção da Justiça do Trabalho, a respeito da utilização irrestrita da terceirização no âmbito da Administração Pública, permitindo-se analisar a atuação dos Sindicatos neste contexto no próximo capítulo.

2.3 No âmbito jurídico português

A utilização da subcontratação, como ferramenta da economia portuguesa para a reestruturação social de Portugal, frente aos efeitos da globalização e mudanças organizativas no capitalismo contemporâneo, ocasionou uma necessária adequação normativa do ordenamento jurídico português, que em breve síntese será abordada no presente tópico.

⁸⁵ “[...] No mito de Pandora, a curiosidade motivou a liberação dos males até então contidos no artefato de Zeus. Na Pandora brasileira, as estatísticas já revelam à saciedade o que se pode esperar da terceirização irrestrita. A questão, portanto, já não é de curiosidade, mas de moralidade. Moralidade administrativa”. FELICIANO, Guilherme Guimarães; TRINDADE, Rodrigo - **Terceirização no serviço público: Risco é reabrir caixa de Pandora de interesses pessoais** [Em linha]. Brasília: ANAMATRA, 2018. [Consult. 5 Abr. 2019]. Disponível em: <https://www.anamatra.org.br/imprensa/noticias/27159-folha-destaca-artigo-do-presidente-da-anamatra-sobre-terceirizacao-no-servico-publico>

É fato o avanço e a importância da subcontratação nas economias de mercado nacional e internacional, bem como nas relações empresariais, razão pela qual, verifica-se um progressivo esforço de normatização pelo legislador português, dos efeitos deste mecanismo na relação entre as organizações, e estas com o regramento pátrio e internacional do trabalho, notadamente, em razão das responsabilidades do contraente e dos co-contratantes.

Destarte, no quadro das inovações socioeconômicas em Portugal, o subcontrato, na esfera da prestação de serviços, ocupa um papel jurídico simultâneo a um papel econômico-social e possui grande importância na distribuição de riquezas. Contudo, a subcontratação, mesmo ocupando um lugar importante na economia de mercado, não foi objeto, inicialmente, de intervenção estatal direta e restritiva, sendo, portanto, inclinada a regulação privada com foco em uma maior flexibilidade. Situação esta que vem sendo alterada progressivamente, como a seguir demonstra-se.

Observa-se que a normatização da subcontratação de serviços em Portugal teve início, mesmo que de forma indireta, no Código Civil de 1867, através do artigo 1.405⁸⁶, que poderia ser aplicado por analogia à subempreitada. Já no atual Código Civil de 1966 está consagrada a definição da subempreitada e outros subcontratos tais como: sublocação (1060º), submandato (arts. 1165º e 264º) e o subdepósito (arts. 1189º e 1197º).

Contudo, é importante esclarecer que, nos moldes do princípio da liberdade contratual e o incremento das relações negociais, surgiram diversas formas de subcontratação, destacando-se o sistema *partenariat* (empareiramento industrial), onde verifica-se um vínculo de parceria entre a empresa contratante e as subcontratadas. Em Portugal, este sistema consagrou a utilização da subcontratação tanto na parceria entre organizações privadas, mas também na *partenariat public-privé* (parceria entre entes públicos e privados), tendo sua promoção que considerar a ausência de autonomia jurídica do subcontrato, razão pela qual, no ato da contratação devem ser serem respeitadas as regras gerais dos negócios jurídicos, dispostas nos artigos 236º a 238º do Código Civil português, bem como a normatização dos contratos públicos apresentada no Código de Contratos Públicos⁸⁷.

⁸⁶ “Os que trabalharem por conta do empreiteiro, ou lhe subministrarem materiaes para obra, não terão acção contra o dono dela, senão até à quantia de que este for devedor ao empreiteiro. Se dono da obra antecipar, a favor do empreiteiro, as epochas do pagamento estipuladas no contracto, tanto os vendedores de materiaes, como os operários terão acção contra o dono da obra pelo que se lhes dever, até a quantia cujo pagamento este antecipou”. PAUL, Gaspar Lourenço D’Almeida Cardoso, anot. - **Código civil portuguez anotado** [Em linha]. Portugal: Livraria Internacional, 1879. [Consult. 29 abril 2019]. Disponível em: <http://www.fd.ulisboa.pt/wp-content/uploads/2014/12/Codigo-Civil-Portugues-de-1867.pdf>

⁸⁷ Com este enfoque, Maria Manuel afirmou que: No que diz respeito, especificadamente, à subcontratação não existe em Portugal qualquer legislação que se refira diretamente a esta prática industrial. No aspecto institucional, é de referir o financiamento (e incentivo) dado pelo IAPMEI à criação de bolsas de subcontratação nas associações industriais de Coimbra, Porto e AIP (para além de o ICEP tentar funcionar como bolsa

Destaca-se, ainda, que o Estado português delega a entidades industriais poderes de regulação das atividades industriais, inclusive no tocante ao processo de subcontratação, como é o caso da CMVM (Comissão do Mercado de Valores Mobiliários), pessoa de direito público, cuja missão é “supervisionar e regular os mercados de instrumentos financeiros, assim como os agentes que neles atuam, promovendo a proteção dos investidores”⁸⁸. Em reunião, datada de 13/12/1999, o Conselho Diretivo da CMVM sancionou os princípios e orientações gerais basilares para a subcontratação de serviços de gestão de investimentos ou administrativas, com base na redação dada ao artigo 6º, nº 3, do Decreto Lei nº 276/94 pelo Decreto Lei nº 323/99.⁸⁹

Por este exemplo, verifica-se a descentralização do poder legislativo do Estado Português, quando se trata da regulação do processo de subcontratação. Porém, é importante ressaltar que o quadro negocial da subcontratação é limitado pelas regras gerais do negócio jurídico apresentadas no Código Civil português, que abrange, inclusive, as relações interempresariais.

Sobre a pouca importância dada às cláusulas contratuais na subcontratação, Maria Manuel enfatiza que a Comissão das Comunidades Europeias concorda sobre parca atenção dada pelos empresários subcontratados às formalidades legais dos contratos, que privilegiam os aspectos técnicos e comerciais dos mesmos, bem como ao fato de que ser o subcontratado a parte mais fraca do negócio jurídico denominado por subcontratação. Desta forma, a Comissão preocupa-se em prevenir as empresas subcontratadas, a respeito do risco de firmar uma negociação contratual, sem uma análise cautelosa sobre os seus efeitos jurídicos e comerciais, principalmente, se o acordo contratual abranger empresas de diversos Estados Membros da UE.⁹⁰

relativamente à subcontratação internacional). Embora existam diferenças no funcionamento destas bolsas (a que funciona com base em relações pessoais será talvez a que alguns resultados obtém), parece poder afirmar-se que até agora a sua eficácia é muito reduzida. Num inquérito em curso, feito a empresas subcontratadas de várias zonas do país, verifica-se que nenhuma das empresas declara ter recorrido a uma bolsa de subcontratação. MARQUES, Maria Manuel Leitão - A Empresa, o Espaço e o Direito. **Revista Crítica de Ciências Sociais** [Em linha]. Nº 22 (abril 1987), p. 78. [Consult. 25 Abril 2019]. ISSN eletrónico 2182-7435. Disponível em: <https://ces.uc.pt/rccs/index.php?id=307>

⁸⁸ CMVM - Comissão do Mercado de Valores Mobiliários [Em linha]. [Consult. 27 Abril 2019]. Disponível em: <https://www.cmvm.pt/pt/CMVM/Apresentacao/Pages/Apresentacao-o-que-e-a-CMVM.aspx>

⁸⁹ Artigo 6º, nº 3: “As entidades gestoras não podem transferir global ou parcialmente para terceiros os poderes de administração dos fundos que lhe são conferidos pela lei, sem prejuízo da possibilidade de recorrerem a serviços de terceiros que se mostrem convenientes para o exercício da sua actividade, designadamente os de prestação de conselhos especializados sobre investimentos e de execução, sob sua orientação e responsabilidade, das operações que não estejam reservadas pela lei aos depositários”. DECRETO-LEI nº 276/94. **Diário da República I-A Série**, Nº 253 (02-11-1994), p. 6556 - 6569.

⁹⁰ MARQUES, Maria Manuel Leitão. A Subcontratação na Comunidade Económica Europeia [Em linha]. Coimbra: Oficina do CES- Centro de Estudos Sociais, 1990. [Consult. 25 nov. 2018], p. 7-8. Disponível em:

Destarte, a política de subcontratação no âmbito privado das relações contratuais vem progressivamente sendo construída em Portugal, através de diretrizes da legislação portuguesa, mesmo que esparsa, mitigada com as diretivas da CEE (Comunidade Económica Europeia), dispostas atualmente na diretiva europeia 2014/24, que no seu artigo 71 dispõe sobre a subcontratação e a responsabilidade advinda da sua utilização⁹¹.

Observa-se que no Código de Trabalho português há limitação para a utilização da subcontratação, sendo possível a terciarização apenas nos contratos temporários, conforme dispõe o artigo 140º, nº 2, alínea g), combinado com o artigo 175º, nº 1, alínea d) do Código do Trabalho. Em agosto de 2016 foi publicada a Lei nº 28/2016, cuja vigência deu-se a partir de 22/09/2016, com objetivo de proteger o trabalhador contra as formas hodiernas de trabalho forçado, pois fortaleceu a relação de solidariedade e punições, para o descumprimento das obrigações trabalhistas no caso da subcontratação de serviços (relação jurídica triangular).

O artigo 174º, nº 2, do código de Trabalho foi alterado para fazer constar que a responsabilidade subsidiária da empresa de trabalho temporário não licenciada pelos créditos trabalhistas não terá limitação temporal. Ademais, a responsabilidade solidária pelos créditos laborais, encargos sociais e coimas entre empresa de trabalho temporário não licenciada e o utilizador dos serviços prestados, a partir de setembro/2016, foi extensiva aos gerentes, administradores ou diretores, bem como às sociedades que com a empresa de trabalho temporário ou com o utilizador se encontrem em relação de participações recíprocas, de domínio ou de grupo.⁹²

Ainda, a responsabilidade solidária contra-ordenacional disposta no artigo 551º do Código do Trabalho⁹³ também foi ampliada, para fazer constar no nº 4 deste diploma legal que:

“O contratante e o dono da obra, empresa ou exploração agrícola, bem como os respetivos gerentes, administradores ou diretores, assim como as sociedades que com o contratante, dono da obra, empresa ou exploração agrícola se encontrem em relação de participações recíprocas, de domínio ou de grupo, são solidariamente responsáveis pelo cumprimento das disposições legais e por eventuais violações cometidas pelo subcontratante que executa todo ou parte do contrato nas instalações daquele ou sob responsabilidade do mesmo, assim como pelo pagamento das respetivas coimas”.

<https://estudogeral.uc.pt/bitstream/10316/10927/1/A%20Subcontrata%C3%A7%C3%A3o%20na%20Comunidade%20Econ%C3%B3mica%20Europeia.pdf>

⁹¹ DIRETIVA 2014/24/EU do PARLAMENTO EUROPEU e do CONSELHO. **Jornal Oficial da União Europeia**. OJ L 94, (28-3-2014), p. 65–242.

⁹² Artigo 13º, nº5, do Decreto 260/2009, alterado pelo Artigo 4.º da Lei n.º 28/2016, tendo a seguinte redação: “O utilizador, bem como os respetivos gerentes, administradores ou diretores, assim como as sociedades que com aquele se encontrem em relação de participações recíprocas, de domínio ou de grupo, são solidariamente responsáveis pelo incumprimento, por parte da empresa de trabalho temporário, dos encargos e obrigações legais relativas aos trabalhadores, bem como pelo pagamento das respetivas coimas.” DECRETO nº 260/09. **Diário da República I Série**, Nº 187 (25-09-2009).

⁹³ **CÓDIGO DO TRABALHO**. 8ª ed. Coimbra: Almedina, 2015. ISBN 978-972-40-6136-8.

Evidencia-se, portanto, que a nova legislação ampliou a responsabilidade já existente sobre os créditos trabalhistas, como medida protetora do direito fundamental ao trabalho exercido dignamente, concretizado pelo cumprimento da norma laboral.

Visando a proteção dos direitos dos trabalhadores prestadores de serviços transfronteiriços, a Lei nº 29/2017 transfere a Diretiva 2014/67/EU para o ordenamento jurídico português, que diz respeito ao destacamento dos trabalhadores em território português. Desta forma, a Assembleia da República decretou no artigo 12 deste diploma legal que:

Artigo 12.º Responsabilidade na subcontratação

1 — Nas situações de destacamento abrangidas pelo artigo 6.º do Código do Trabalho e para efeitos das condições de trabalho previstas no artigo 7.º do mesmo Código, o contratante a quem o serviço é prestado é solidariamente responsável por qualquer retribuição líquida em atraso correspondente à retribuição mínima legal, convencional ou garantida por contrato de trabalho, devida ao trabalhador destacado pelo prestador de serviços, enquanto subcontratante direto.

2 — A responsabilidade referida no número anterior é limitada aos direitos do trabalhador adquiridos no âmbito da relação contratual entre o contratante e o prestador de serviços, enquanto subcontratante direto⁹⁴.

Por sua vez, no âmbito público, a subcontratação possui uma maior normatização através do Código de Contratos Públicos (CCP)⁹⁵. No capítulo VI deste diploma legal, o legislador prevê os limites à subcontratação, bem como a responsabilização entre os atores negociais. É disposto no artigo 321º que: “[...] nos casos de subcontratação, o co-contratante permanece integralmente responsável perante o contraente público pelo exacto e pontual cumprimento de todas as obrigações contratuais”.

Inclusive, cuidou o legislador em dispor no artigo 321º-A *que*: “O subcontratado pode reclamar, junto do contraente público, os pagamentos em atraso que lhe sejam devidos pelo cocontratante, exercendo o contraente público o direito de retenção sobre as quantias do mesmo montante devidas ao cocontratante por força do contrato principal”.

Compreende-se na leitura dos artigos supracitados, que há uma maior preocupação no âmbito público de normatizar as relações contratuais existentes entre contratante, cocontratante e subcontratado. Esta harmonização, entre o ordenamento jurídico e processo licitatório para prestação do serviço público, tem como missão evitar a corrupção e outros desvios de conduta do gestor público, que configuram a ilicitude na subcontratação e a

⁹⁴ Lei nº 29/17. **Diário da República I Série**, Nº 104 (30-05-2017), p. 2631-2637.

⁹⁵ DECRETO-LEI nº 18/08. **Diário da República I Série**, Nº 20 (29-01-2008).

ineficácia da administração Pública no cumprimento das necessidades sociais, ocasionando uma insatisfação dos cidadãos.

A Diretiva 2014/24 da União Europeia enfatizou a importância do papel socioeconômico da subcontratação para o desenvolvimento dos Estados Membros, através do seu artigo 71 que autoriza a subcontratação dos processos produtivos das organizações de forma irrestrita. Neste diploma legal não há limitação para a criação de uma rede de subcontratação, onde ao primeiro subcontratado é permitido subcontratar outras entidades e assim sucessivamente. Esta é a diretriz da União Europeia aos seus Estados Membros, porém, deixa a critério e faculdade dos mesmos a criação do ordenamento jurídico pátrio, que regulamente a utilização do mecanismo de subcontratação, visando proteger as normas sociais, ambientais e trabalhistas.

Verifica-se que a Diretiva 2014/24/UE fomenta a subcontratação, mas aconselha cautela e razoabilidade na execução desta ferramenta de gestão, ratificando a soberania nacional dos Estados Membros de limitar sua aplicação, e ressaltando a necessidade da criação de medidas legais, que impeçam ou dificultem a ilegalidade na execução dos serviços subcontratados, determinando, inclusive, a responsabilidade solidária do contraente principal com o subcontratado nas matérias ambientais, sociais e laborativas (trabalhistas).⁹⁶

Este é o caso do ordenamento jurídico português sobre a utilização, pela Administração Pública, da subcontratação consubstanciada no Código dos Contratos

⁹⁶ A DIRETIVA 2014/24/EU, no seu artigo 71º, transcrito parcialmente, dispõe que: “1. A observância pelos subcontratantes das obrigações a que se refere o artigo 18.o, nº 2, é assegurada pela adoção de medidas adequadas por parte das autoridades nacionais competentes, no âmbito das respetivas responsabilidades e competências. 2. Nos documentos do concurso, a autoridade adjudicante pode solicitar ou ser obrigada por um Estado-Membro a solicitar ao proponente que indique, na sua proposta, a parte do contrato que tenciona subcontratar a terceiros, bem como os subcontratantes propostos. 3. Os Estados-Membros podem estipular que, a pedido do subcontratante e caso a natureza do contrato o permita, a autoridade adjudicante transfira os pagamentos devidos diretamente para o subcontratante pelos serviços, fornecimentos ou obras prestadas ao operador económico a quem o contrato público foi adjudicado (o adjudicatário principal). Essas medidas podem incluir mecanismos adequados que permitam que o contratante principal se oponha a pagamentos indevidos. As disposições relativas a esse modo de pagamento devem constar da documentação relativa ao concurso. 4. Os nº 1 a 3 são aplicáveis sem prejuízo da responsabilidade do contratante principal. [...]6. A fim de evitar o incumprimento das obrigações a que se refere o artigo 18.o, nº 2, podem ser tomadas medidas adequadas, tais como: a) Caso a legislação nacional de um Estado-Membro preveja um mecanismo de responsabilidade solidária entre os subcontratantes e o adjudicatário principal, o Estado-Membro em causa deve assegurar que as regras relevantes sejam aplicadas em conformidade com as condições estabelecidas no artigo 18.o, nº 2[...]; 7. Os Estados-Membros podem estabelecer regras de responsabilidade mais rigorosas na legislação nacional ou podem ir mais longe na legislação nacional no tocante aos pagamentos diretos aos subcontratantes, por exemplo prevendo os pagamentos diretos aos subcontratantes sem que estes tenham de o solicitar. 8. Os Estados-Membros que optem por prever medidas em conformidade com os n. os 3, 4, 5 ou 6 devem especificar as condições de execução dessas medidas, mediante disposições legislativas, regulamentares ou administrativas, e tendo em conta o direito da União. Ao fazê-lo, os Estados-Membros podem limitar a sua aplicação, por exemplo em relação a determinados tipos de contratos, determinadas categorias de autoridades adjudicantes ou operadores económicos ou determinados montantes”. **DIRETIVA 2014/24/EU** do PARLAMENTO EUROPEU e do CONSELHO. **Jornal Oficial da União Europeia**. OJ L 94, (28-3-2014), p. 65–242.

Públicos, que exige, exemplificadamente, autorização do primeiro contraente para a eficácia do negócio subcontratado. Registre-se que a autorização disposta no artigo 318º do CCP⁹⁷ é genérica, mas depende de consentimento in concreto do contraente principal sobre cada subcontrato. Em relação a natureza jurídica da autorização é importante informar, mesmo que de forma singela, sobre a divergência doutrinária a respeito da matéria. Como exemplo Pedro Romano Martinez⁹⁸, que entende que “a falta de autorização não implica necessariamente a invalidade do subcontrato, mas só a ineficácia deste em relação ao primeiro contraente”. Discordante sobre o tema está Jean Néret⁹⁹, quando entende que a autorização é requisito de validade do subcontrato, sendo o seu descumprimento gerador da nulidade contratual.

Diante destes postulados, verifica-se a preocupação do Estado português em normatizar a subcontratação e a fiscalização na execução dos serviços subcontratados, buscando alcançar uma gestão pública eficaz e eficiente na aplicação dos recursos públicos, estruturada na preservação dos direitos sociais, ambientais e notadamente nos direitos trabalhistas, que é o núcleo central da presente investigação.

Contudo, o ordenamento nacional, apresentado aqui de forma resumida, acrescido de uma política tributária onerosa na prestação de serviços no território português, impacta significativamente o crescimento do outsourcing (subcontratação) em Portugal, pois limita a prática da subcontratação no âmbito da Administração Pública, que possui um papel importante no desenvolvimento da economia portuguesa pelos motivos já expostos anteriormente. Esta análise baseia-se nos apontamentos apresentados na Conferência Anual de Serviços Partilhados e Compras Públicas, onde José Carlos Gonçalves, fazendo uma análise comparativa entre impostos e contribuições sociais cobrados em cada Estado Membro da UE e da OCDE, destaca que o valor cobrado de IVA e de IRC em Portugal é um dos mais elevados de todos os demais países europeus, principalmente a taxa de IRC, quando comparada à Irlanda ou à Polónia, países qualificados como atraentes para o Investimento Direto Estrangeiro (IDE). Situação idêntica ocorre com as contribuições sociais, que possuem, em Portugal, níveis superiores àsquelas dos países pesquisados. José Carlos Gonçalves ainda afirma que: “Esta situação não ocorre apenas nos países selecionados, sendo também a realidade no universo de países da OCDE”.¹⁰⁰

⁹⁷ DECRETO-LEI nº 18/08. **Diário da República I Série**, Nº 20 (29-01-2008).

⁹⁸ MARTINEZ, Pedro Romano. **O Subcontrato**. *Op. Cit.*, p. 114.

⁹⁹ NÉRET, Jean - Les Sous-contrat. Apud MARTINEZ, Pedro Romano. **O Subcontrato**. *Op. Cit.*, p. 114.

¹⁰⁰ GONÇALVES, Carlos José - Outsourcing na Administração Pública: Uma Alavanca de Racionalização de Custos e Impulso do Emprego [Em linha]. In CONFERÊNCIA ANUAL DE SERVIÇOS PARTILHADOS E COMPRAS PÚBLICAS, Lisboa, 2014 – Anais. Lisboa: eSPap, 2014, p. 14 e 19-20. [Consult. 13 Mar. 2019]. Disponível em: https://www.espap.gov.pt/Documents/espap_lab/Aud1-14h00_4_Jose_Carlos_Goncalves.pdf

Embora existam entraves para o incremento do outsourcing em Portugal, observa-se que em alguns setores da economia tem havido um crescimento significativo, como é o caso do setor de Tecnologia da Informática (ou *Information Technology*)¹⁰¹ e o setor logístico, onde a subcontratação tem tido um desenvolvimento satisfatório, conforme afirmou o Presidente da APOL (Associação Portuguesa de Operadores Logísticos), Nuno Rangel, em entrevista à revista LOGÍSTICAMODERNA:

“o forte investimento registado por parte de algumas multinacionais em Portugal permitiu a criação de oportunidades aos operadores e que, sendo estas grandes empresas mais sensíveis ao valor acrescentado do outsourcing logístico, acabou por sustentar o crescimento do sector”.¹⁰²

Partindo-se da premissa de que a subcontratação ou outsourcing é o mecanismo, na atualidade, que possui maior capacidade de desenvolvimento na economia nacional e internacional, verifica-se a importância da análise dos “prós” e “contras” existentes na formação desta cadeia negocial, no que diz respeito aos seus efeitos na relação laboral e à autonomia em negociar, trazida nos capítulos a seguir.

¹⁰¹ GONÇALVES, Carlos José. *Idem*, p. 5.

¹⁰² RANGEL, Nuno. Subcontratação logística em Portugal regista aumento. **LOGÍSTICA MODERNA** [Em linha]. Pero Pinheiro- Portugal (26 Dez. 2017). [Consult. 20 Mar. 2019]. Disponível em: <https://logisticamoderna.com/subcontratacao-logistica-em-portugal-regista-aumento>

3 CRIAÇÃO DE *HARD LAW* E *SOFT LAW* PARA ADEQUAÇÃO DOS INTERESSES DO CAPITAL E DO TRABALHO: AUTONOMIA NEGOCIAL PRIVADA E PÚBLICA.

É cediço que a subcontratação produz efeitos positivos e negativos para a sociedade capitalista, em face da natureza acessória do subcontrato, onde as regras e irregularidades do contrato principal repercutem no contrato derivado, e, ainda, das relações jurídicas emergentes entre os sujeitos dos negócios jurídicos formalizados, criando uma cadeia negocial e, conseqüentemente, uma amplificação de direitos e deveres, inclusive, podendo atingir a terceiros que não são partes diretamente do negócio jurídico, mas possuem um reflexo jurídico, como é a situação dos trabalhadores da contraente secundária, que efetivamente exercem as atividades subcontratadas.

Destarte, verifica-se a necessidade de abertura de arena de debate, sobre a importância do *soft law* e do *hard law*, para o incremento da subcontratação (terceirização no Brasil ou outsourcing). Porém, antes dessa discussão, faz-se imperioso traçar breves esclarecimentos sobre o conceito de *soft law* e *hard law*, para em seguida aprofundar a análise sobre a relevância destas modalidades normativas, na tentativa de solucionar ou reduzir os efeitos negativos da subcontratação.

Inicialmente, verifica-se as possíveis vantagens da elaboração de uma *hard law*, definida como sendo normas cogentes internacionais de natureza jurídica vinculativa, como exemplo, tratados, princípios gerais, diretivas e regulamentos. Através delas é delegado o poder de interpretar e aplicar a lei ao caso concreto. A aplicação do instrumento normativo com força cogente, a fim de organizar as relações internacionais, tem como ponto positivo a redução de custos negociais, o fortalecimento dos compromissos firmados entre os atores internacionais e, conseqüentemente, a viabilidade de resolução de problemas contratuais através de estratégias políticas dispostas na *hard law*. Contudo, o ponto negativo na criação da norma cogente é a restrição da atuação dos autores internacionais, podendo impactar as respectivas soberanias nacionais.¹⁰³

Linda Senden define *soft law* como sendo "normas de conduta enunciadas em instrumentos desprovidos de força jurídica obrigatória per si, mas que podem, todavia, produzir alguns efeitos jurídicos – indirectos – e cujo objectivo consiste potencialmente na

¹⁰³ ABBOTT, K. W.; SNIDAL, D. "Hard and Soft Law in International Governance". *International Organization* 54 [Em linha]. N° 3 (2000), p. 421–456. [Consult. 02 Mar. 2019]. Disponível em: <http://www.jstor.org/stable/2601340>.

produção de efeitos práticos”.¹⁰⁴ Assim, este instrumento de regulação é tido como um novo paradigma de governança, mesmo que sua origem esteja no Direito Internacional desde a década de 80.

Através da *soft law*, busca-se uma inovação e adequação legislativa dos Estados à nova ordem jurídica internacional, traduzida por uma regulação flexibilizada e atrativa aos atores internacionais que dela são beneficiários, notadamente na relação negocial. Neste contexto, verifica-se a *soft law* como instrumento centralizador dos interesses dos atores internacionais no âmbito do relacionamento coletivo, em face da geração de obrigações recíprocas, mesmo sem possuir natureza jurídica vinculativa característica da *hard law* (lei dura, imperativa).

Para Kenneth W. Abbott e Duncan Snidal os instrumentos de *soft law* são importantes em diversos processos negociais em face da sua maleabilidade, porém não sendo permitido afrontar a soberania do ordenamento jurídico nacional,¹⁰⁵ razão pela qual, explica-se o porquê da *hard law* não ser o paradigma legislativo predominante nas relações internacionais. Em contrapartida, a *soft law* é o modelo legislativo fortemente inserido nas relações multilaterais regidas pelo direito internacional público e o privado. Esta afirmação pode ser facilmente comprovada, através da repercussão da Declaração Universal dos Direitos do Homem nas atuações entre os Estados-Membros da ONU, bem como na adequação dos seus ordenamentos jurídicos pátrios em razão do novo regramento. Outro exemplo da *soft law* e seus efeitos práticos são os compromissos assumidos pelos Estados em relação à preservação do meio ambiente na Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente e o Desenvolvimento (ECO-92).¹⁰⁶ Neste momento, foi ratificada a Agenda 21, que seria um montante de resoluções destinadas à preservação do meio ambiente, possibilitando o crescimento sustentável das Nações subscritoras.¹⁰⁷

¹⁰⁴ SENDEN, Linda - SOFT LAW, SELF-REGULATION AND CO-REGULATION IN EUROPEAN LAW: Where Do They Meet? **Electronic Journal of Comparative Law – EJCL** [Em linha]. V. 9 (2005). ISSN 1387-3091. [Consult 29 Abril 2019]. Disponível em: <https://www.ejcl.org/91/art91-3.PDF>

¹⁰⁵ ABBOTT, K. W.; SNIDAL, D. *Op. Cit.*

¹⁰⁶ BARRETO, Pedro - História - Rio-92. **Revista Desafios do Desenvolvimento – SBS** [Em linha]. Brasília-DF. Ano 7, nº 56 (Dez. 2009). [Consult. 02 Mai 2019]. Disponível em: http://www.ipea.gov.br/desafios/index.php?option=com_content&view=article&id=2303:catid=28&Itemid=23

¹⁰⁷ A respeito da Agenda 21, Pedro Barreto ressaltou que: “O principal documento ratificado pelo encontro foi a Agenda 21. Ela colocou no papel uma série de políticas e ações que tinham como eixo o compromisso com a responsabilidade ambiental. Enfocava, basicamente, as mudanças necessárias aos padrões de consumo, a proteção dos recursos naturais e o desenvolvimento de tecnologias capazes de reforçar a gestão ambiental dos países. Além disso, outros importantes tratados foram firmados, como as convenções da Biodiversidade, das Mudanças Climáticas e da Desertificação, a Carta da Terra, a Declaração sobre Florestas. BARRETO, Pedro - História - Rio-92. **Revista Desafios do Desenvolvimento – SBS** [Em linha]. Brasília-DF. Ano 7, nº 56 (Dez. 2009). [Consult. 02 Mai 2019]. Disponível em: http://www.ipea.gov.br/desafios/index.php?option=com_content&view=article&id=2303:catid=28&Itemid=23

Destarte, é cediço que os efeitos da *soft law* são profundamente reconhecidos tanto no âmbito público quanto no privado, uma vez que é inquestionável, na esfera das relações internacionais privadas, a imperiosidade na adoção dos padrões estipulados pela *International Organization for Standardization* (ISO). Ela é “uma organização internacional não governamental independente com uma adesão de 164 órgãos nacionais de normalização”.¹⁰⁸ Sua missão é “[...]compartilhar conhecimento e desenvolver Normas Internacionais relevantes, voluntárias, baseadas em consenso e relevantes para o mercado, que apoiem a inovação e forneçam soluções para os desafios globais.”¹⁰⁹

Por fim, Matusalém¹¹⁰, apresenta o atual perfil da *soft law* nas relações internacionais, quando afirma que:

“[...] a *soft law* não é tratado internacional, na concepção posta pela Convenção de Viena, e tampouco se harmoniza ao conceito de costume. Mas, por outro lado, o novo desenho feito pela comunidade internacional para as relações entre Estados e sociedades transnacionais não mais permite que tais normas sejam enquadradas como de menor importância ou que delas não se espere obediência.”

Diante destes postulados, nota-se que devido ao fenômeno da globalização da economia e do crescimento dos negócios subcontratados, tanto no âmbito da gestão pública quanto no da privada, houve a necessidade de uma revisão legislativa internacional, que fornecesse maior flexibilidade, permitindo o desenvolvimento da terceirização do *core business* no mercado nacional e internacional.

A *soft law* traz uma nova metodologia obrigacional, para a relação contratual na esfera nacional e internacional, quando da utilização do mecanismo da subcontratação de serviços, que requer uma negociação criteriosa com intuito de impedir a afronta a princípios internacionais contidos na *soft law* e já inseridos no ordenamento jurídico pátrio brasileiro e português. Como exemplo, os princípios que norteiam o Direito do Trabalho de ambos os países, consagrados pelas convenções e recomendações da Organização Internacional do Trabalho (OIT) e que visam impedir a precarização do trabalho humano durante a prestação do serviço, em respeito ao princípio da Dignidade Humana.

¹⁰⁸ **International Organization for Standardization** (ISO) [Em linha]. [Consult. 02 Mai. 2019]. Disponível em: <https://www.iso.org/home.html>

¹⁰⁹ **International Organization for Standardization**. *Ibidem*.

¹¹⁰ PIMENTA, Matusalém G - Uma visão contemporânea da *soft law*. **Revista Jus Navegandi** [Em linha]. Brasil (2018). [Consult. 03 Mai. 2019]. ISSN 1518-4862. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/64141/uma-visao-contemporanea-da-soft-law>

Neste diapasão, Guido Soares afirma que a *soft law* apresenta dois objetivos, quais sejam: “a) fixar metas para futuras ações políticas nas relações internacionais; b) recomendar aos Estados adequarem as normas de seu ordenamento jurídico interno às regras internacionais contidas na *soft law*”.¹¹¹ Porém, a atuação da OIT na regulação do outsourcing para seus Estados-Membros é questão a ser analisada ainda neste capítulo.

Destaca-se que os pontos negativos da subcontratação mais discutidos na atualidade e que geram maior insatisfação e impacto social são aqueles diagnosticados na relação de trabalho, uma vez que a relação capital e trabalho é a matriz do desenvolvimento de qualquer sociedade democrática de direito. A realidade vivenciada pelos atores sociais dentro da relação laboral vai abalizar o direito fundamental do trabalho digno, construído tanto na Carta Magna Brasileira quanto na Constituição da República de Portugal.

O Direito ao trabalho está diretamente ligado à cidadania e a dignidade das pessoas e, sendo ferramenta mestra para a evolução social, possui disposição destacada nas cartas constitucionais brasileira¹¹² e portuguesa.¹¹³ A partir dessa premissa, verifica-se a necessidade de uma atuação expressiva do direito internacional público e privado, bem como dos ordenamentos jurídicos pátrios para disporem de diretrizes mínimas regulamentadoras do negócio jurídico, realizado através do mecanismo denominado como subcontratação, terceirização, ou mesmo outsourcing (a nomenclatura passa a ser irrelevante), no sentido de salvaguardar a qualidade de vida social do trabalhador, prestador efetivo do serviço contratado, respeitando-se o compromisso firmado quando da ratificação do princípio da dignidade humana. Neste caso, verifica-se o reconhecimento e o respeito da *hard law* (princípios gerais do direito, convenções internacionais, costumes internacionais, tratados

¹¹¹ SOARES, Guido Fernando Silva - **A proteção internacional do meio ambiente**. Barueri: Manole, 2003, p. 92. ISBN: 8520417760.

¹¹² O Direito do Trabalho é um dos fundamentos constitucionais: “Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...] IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa [...]”. “Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição. CONSTITUIÇÃO da República Federativa do Brasil: texto constitucional promulgado em 5 de outubro de 1988, com as alterações determinadas pelas Emendas Constitucionais de Revisão nos 1 a 6/94, pelas Emendas Constitucionais nos 1/92 a 91/2016 e pelo Decreto Legislativo no 186/2008. Brasília: Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2016. ISBN: 978-85-7018-698-0.

¹¹³ A Constituição portuguesa afirma no seu artigo 58º, 1), que “Todos têm direito ao trabalho”. Ainda dispõe no artigo 59º, nº 1, b), que todos os trabalhadores têm direito: “A organização do trabalho em condições socialmente dignificantes, de forma a facultar a realização pessoal e a permitir a conciliação da atividade profissional com a vida familiar”. CONSTITUIÇÃO da República portuguesa: de acordo com a revisão de 2005. 18ª ed. Lisboa: Quid Juris Sociedade Editora, 2014. ISBN 978-972-724-690-8.

etc.) e da *soft law* (Declaração Universal dos Direitos Humanos -1948), todas estabelecidas pela ONU e aplicáveis à subcontratação (outsourcing, terceirização).¹¹⁴

O Estado brasileiro assinou a Declaração Universal dos Direitos Humanos em 10.12.1948, na data da sua proclamação (Resolução n. 217A, da III Assembleia Geral das Nações Unidas) e em 1992 ratificou a Convenção Americana de Direitos Humanos (Conferência Especializada Interamericana Sobre Direitos Humanos, San José da Costa Rica, 22.11.1969). Ressaltando a recepção da Carta da ONU na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988(CRFB/88), principalmente no §2º, do artigo 5º, que dispõe: “[...] Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.¹¹⁵

É notório que a União Europeia possui ordem jurídica própria, diferente do ordenamento internacional apresentado pela OIT, e cujos efeitos repercutem direta ou indiretamente no sistema jurídico dos seus Estados-Membros. A ordem jurídica da UE criada com foco na concretização dos ideais dispostos nas suas fontes (Tratado da União Europeia (TUE); Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE); Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, Princípios gerais do direito da União, dentre outras). Contudo, a distinção entre a ordem jurídica da UE e a do direito internacional não caracterizam qualquer incompatibilidade; ao contrário, ambas se destinam a apoiar ou complementar os compromissos adotados na Carta das Nações Unidas. O Tratado de Lisboa, assinado em 2007 e vigente a partir de 2009, além de trazer mudanças no funcionamento da União Europeia, vinculou a Carta dos Direitos Humanos.

Diante dos argumentos acima apresentado, verifica-se que tanto Brasil quanto Portugal vinculam-se à ordenamentos legais, cujo núcleo axiológico é o princípio da dignidade da pessoa humana e, por isso, devem respeitar as obrigações assumidas em relação aos direitos

¹¹⁴ “Considerando que os povos das Nações Unidas reafirmaram, na Carta da ONU, sua fé nos direitos humanos fundamentais, na dignidade e no valor do ser humano e na igualdade de direitos entre homens e mulheres, e que decidiram promover o progresso social e melhores condições de vida em uma liberdade mais ampla, ... a Assembleia Geral proclama a presente Declaração Universal dos Direitos Humanos como o ideal comum a ser atingido por todos os povos e todas as nações...”. BEAS, Edson; JUNIOR, Rodrigues, organizador - **Convenções da OIT e outros instrumentos de direito internacional público e privado relevante ao direito do trabalho**. 3ª ed. São Paulo: Ltr, 2017, p. 59-64. ISBN978-85-361-9219-2

¹¹⁵ CONSTITUIÇÃO da República Federativa do Brasil: texto constitucional promulgado em 5 de outubro de 1988, com as alterações determinadas pelas Emendas Constitucionais de Revisão nos 1 a 6/94, pelas Emendas Constitucionais nos 1/92 a 91/2016 e pelo Decreto Legislativo no 186/2008. Brasília: Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2016. ISBN: 978-85-7018-698-0.

humanos, neles incluído o direito ao trabalho digno, nos moldes das Declarações dispostas na Constituição da Organização Internacional do Trabalho e Declaração da Filadélfia.¹¹⁶

Neste contexto, ressalta-se que o respeito e o comprometimento com as normas internacionais, no tocante ao trabalho digno, não é empecilho para o incremento da terceirização (subcontratação) de serviços. Ambos os Estados devem construir diretrizes para políticas públicas capazes de impedir o descumprimento dos direitos trabalhistas durante a prestação dos serviços subcontratados, considerando os princípios e diretrizes dispostas nas normas das Nações Unidas qualificadas como *soft law*, cumprindo com as normativas da OIT já ratificadas (*hard law*), bem como manter a eficiência no desenvolvimento econômico das sociedades. Em síntese, buscar-se-á uma compatibilidade legislativa entre direitos humanos, direitos fundamentais e globalização.

3.1 Autonomia da vontade e liberdade de contratar

Entende-se como negociação o meio pelo qual as partes intentam reduzir ou eliminar suas diferenças. É através da negociação que o indivíduo ou um grupo renuncia de parte de suas pretensões, em busca de um bem comum.

Para Francisco da Costa Oliveira, “a negociação coincide invariavelmente com a fase prévia à celebração de um negócio, correspondendo ao conjunto de actuações relativas à formação de um contrato, que este se venha a submeter a forma específica ou não”.¹¹⁷

Contudo, o ordenamento jurídico laboral, em regra geral, apresenta limites à autonomia privada negocial para firmar cláusulas contratuais no âmbito da relação individual

¹¹⁶ A Declaração da Filadélfia consagra no seu preâmbulo as seguintes considerações: “Considerando que a paz para ser universal e duradoura deve assentar sobre a justiça social; Considerando que existem condições de trabalho que implicam, para grande número de indivíduos, miséria e privações, e que o descontentamento que daí decorre põe em perigo a paz e a harmonia universais, e considerando que é urgente melhorar essas condições no que se refere, por exemplo, à regulamentação das horas de trabalho, à fixação de uma duração máxima do dia e da semana de trabalho, ao recrutamento da mão-de-obra, à luta contra o desemprego, à garantia de um salário que assegure condições de existência convenientes, à proteção dos trabalhadores contra as moléstias graves ou profissionais e os acidentes do trabalho, à proteção das crianças, dos adolescentes e das mulheres, às pensões de velhice e de invalidez, à defesa dos interesses dos trabalhadores empregados no estrangeiro, à afirmação do princípio “para igual trabalho, mesmo salário”, à afirmação do princípio de liberdade sindical, à organização do ensino profissional e técnico, e outras medidas análogas;

Considerando que a não adoção por qualquer nação de um regime de trabalho realmente humano cria obstáculos aos esforços das outras nações desejosas de melhorar a sorte dos trabalhadores nos seus próprios territórios. AS ALTAS PARTES CONTRATANTES, movidas por sentimentos de justiça e humanidade e pelo desejo de assegurar uma paz mundial duradoura, visando os fins enunciados neste preâmbulo, aprovam a presente Constituição da Organização Internacional do Trabalho [...]”. SÜSSEKIND, Arnaldo Lopes – **Constituição da Organização Internacional do Trabalho** [Em linha]. São Paulo: LTr. [Consult. 18 abril 2019], p. 2-3. Disponível em: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/---ilo-brasil/documents/genericdocument/wcms_336957.pdf

¹¹⁷ OLIVEIRA, Francisco da Costa. **Negociação sua prática na advocacia**. Coimbra: Almedina, 2008. p.17.

ou coletiva de emprego, diferentemente das demais relações negociais, razão pela qual, faz necessária uma análise comparativa sobre os aspectos jurídicos da autonomia da vontade e da liberdade de contratar no Brasil e em Portugal, notadamente dentro da relação individual e coletiva de trabalho.

3.1.1 Autonomia privada como medida da autonomia da vontade

A primazia da livre vontade de contratar ficou em evidência no século XIX como consequência do iluminismo, momento em que diversos ordenamentos jurídicos, notadamente os Códigos Civis brasileiro (1916) e português (1867), foram influenciados pelas premissas de liberdade e igualdade trazidas no Código Civil napoleônico (1804), cujo elemento essencial para a existência e validade do contrato era a vontade. Renova-se neste contexto como regra jurídica o princípio da *pacta sunt servanda* (“os pactos devem ser cumpridos”), que possui natureza vinculatória da ação volitiva dos contratantes. Orlando Gomes pronunciou-se sobre o tema para ressaltar que o contrato “deve ser executado pelas partes como se suas cláusulas fossem preceitos legais imperativos”.¹¹⁸

O Código Civil português de 1867 já dispunha no seu artigo 641º que: “O contracto é o acordo, porque duas ou mais pessoas transferem entre si algum direito, ou se sujeitam a alguma obrigação”, e ainda no artigo 702º que: “Os contractos, legalmente celebrados, devem ser pontualmente cumpridos; nem podem ser revogados ou alterados, senão por mutuo consentimento dos contraentes, salvas as excepções especificadas na lei.”¹¹⁹

No mesmo sentido era o Código Civil brasileiro, criado pela Lei nº 3.071/1916 (Código Bevilacqua), que em seu artigo 1.079 dispunha: “A manifestação da vontade, nos contratos, pode ser tácita, quando a lei não exigir que seja expressa”. Verifica-se, portanto, que o Código Civil brasileiro foi estruturado nos moldes do liberalismo jurídico apresentado no Código Napoleônico de 1804 e no princípio da autonomia da vontade, pois não dispõe de obstáculos legislativos para o exercício da liberdade contratual.

Destaca-se que a autonomia da vontade, cuja noção reporta-se à teoria da determinação racional da vontade esboçada por Rosseau no livro IV de *Émile*¹²⁰, foi o

¹¹⁸ GOMES, Orlando - **Contratos**. 18ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1998, p. 36. ISBN: 8530906101

¹¹⁹ PAUL, Gaspar Lourenço D’Almeida Cardoso, anot. - **Código civil português anotado** [Em linha]. Portugal: Livraria Internacional, 1879. [Consult. 29 abril 2019]. Disponível em: <http://www.fd.ulisboa.pt/wp-content/uploads/2014/12/Codigo-Civil-Portugues-de-1867.pdf>

¹²⁰ DALBOSCO, Cláudio Almir - DIÁLOGO CONSIGO MESMO, VOZ INTERNA DA CONSCIÊNCIA E AÇÃO SIMBÓLICA NO CONTEXTO PEDAGÓGICO. **Conexão – Comunicação e Cultura** [Em linha]. V. 5,

referencial do liberalismo jurídico francês dos séculos XVIII e XIX, onde a ideologia era a intervenção mínima do Estado nas relações particulares, que possuíam plena liberdade de contratar. Neste contexto do Estado liberal, nasce a noção de autonomia privada, sendo aplicada inicialmente no âmbito individual e, posteriormente, estendida ao campo coletivo do Direito do trabalho, através da criação de fontes formais autônomas (acordo e convenção coletiva de trabalho construídas pelos sujeitos coletivos).

Autonomia privada pode ser definida como o poder delegado pelo ordenamento jurídico estatal (poder originário), na esfera do direito privado, aos sujeitos que desejam (vontade subjetiva) elaborar suas próprias regras jurídicas (concretização da vontade através do negócio jurídico). Assim, a autonomia privada é o poder derivado instrumentalizado no negócio jurídico e reconhecido pela ordem jurídica estatal ou internacional.¹²¹

Desta forma, observa-se que, embora parte da doutrina hodierna entenda que ambas expressões são sinônimas, há que se considerar as diferenças apontadas pela doutrina divergente. Francisco dos Santos Amaral Neto destaca que “a autonomia da vontade tem uma conotação mais subjetiva, psicológica, enquanto a autonomia privada marca o poder da vontade de um modo objetivo, concreto e real”¹²². Permanecendo com o seu entendimento, Francisco Amaral esclarece que:

“A autonomia privada constitui-se, portanto, no âmbito do direito privado, numa esfera de atuação jurídica do sujeito, mais propriamente um espaço de atuação que lhe é concedido pelo imperativo, o ordenamento estatal, que permite, assim, aos particulares a auto-regulamentação de sua atividade jurídica. Os particulares tornam-se, desse modo, e nessas condições, legisladores sobre sua matéria jurídica, criando normas jurídicas vinculadas, de eficácia reconhecida pelo Estado.”¹²³

Como já observado o princípio da autonomia privada foi construído no século XVIII e alcançou o seu apogeu no término do século XIX, uma vez que estava vinculado diretamente ao Estado Liberal. Contudo, a concepção de liberdade contratual, focada apenas nos interesses

n. 9 (2006), p. 108-109. [Consult. 30 Abril 2019]. ISSN Online:2178-2687. Disponível em: <http://ucs.br/etc/revistas/index.php/conexao/article/download/207/198>

¹²¹A respeito do conceito de negócio jurídico, Francisco Amaral afirma que: “A categoria do negócio jurídico surge, assim, como produto de uma filosofia político-jurídica que, a partir de uma teoria do sujeito, com base na sua liberdade e igualdade formal, constrói uma figura unitária capaz de englobar, reunir, todos os fenômenos jurídicos decorrentes das manifestações de vontade dos sujeitos no campo da sua atividade jurídico-patrimonial”. NETO, Francisco dos Santos Amaral - Direito Civil: introdução. 6ed. rev. atual. e aum. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 389. ISBN: 8571475539.

¹²² NETO, Francisco dos Santos Amaral - A autonomia privada como princípio fundamental da ordem jurídica. Perspectivas estrutural e funcional. **Revista de Informação Legislativa** [Em linha]. V. 26, nº 102 (1989), p. 213. [Consult. 30 Abril 2019]. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/181930/000444811.pdf?sequence=1>

¹²³ NETO, Francisco dos Santos Amaral - Direito Civil: introdução. 6ed. rev. atual. e aum. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 213. ISBN: 8571475539

burgueses, cristalizou o contrato como mecanismo legal de sujeição de uma das partes contratuais pela outra. É cediço que na sociedade liberal-burguesa, cuja normatização do negócio jurídico estava envolta no pensamento liberal extremado, sem observar a imperfeição humana e a desigualdade econômica social, em face da concentração da riqueza nas mãos de uma pequena parte da sociedade moderna, poderia ocasionar, no caso concreto, a deterioração da manifestação da vontade de um dos contratantes¹²⁴.

Este panorama jurídico-social só foi alterado após a grande depressão econômica, ocasionada pela insolvência da bolsa de valores de Nova York, também conhecida por “Crise de 1929” e pela recuperação da economia europeia após a 1ª guerra mundial. Assim, o pensamento liberal ortodoxo perdeu sua força, abrindo caminho para uma teoria econômica intervencionista defendida e consolidada pelo novo modelo de Estado, o Estado Social de Direito, que apresenta um novo paradigma contratual, alterando a teoria clássica contratual voltada para a mínima regulação das obrigações contratuais, em prol da intervenção do Estado na relação negocial, visando os efeitos da autonomia privada de contratar perante a sociedade e aos direitos fundamentais. Trata-se da função social do contrato, onde o Estado passa a ter uma atuação direta para qualificar as relações contratuais na sociedade. Neste novo cenário jurídico e político é percebido que “a intangibilidade da vontade individual cede frente à exigência de justiça social”¹²⁵.

A igualdade formal das partes contratantes, consagrada pela teoria clássica do contrato, passou a ter severas críticas, pois na realidade contratual a desigualdade das partes passou a constar e não seria mais possível deixá-la à margem da análise dos contratos. Logo, a condição de desigualdade das partes no âmbito negocial levou à intervenção estatal, com a criação de normas cogentes (imperativas) para restringir a autonomia privada de contratar ou mesmo subcontratar, em face da supremacia do bem-estar social, cujo conceito foi concretizado na Europa Ocidental pelo Estado Social (modelo jurídico e político intermediário para a chegada do Estado Democrático de Direito).

A transitoriedade de paradigmas constitucionais desta época é traduzida nas palavras de Paulo Bonavides quando afirma que “de princípio, um estado de independência,

¹²⁴ “O ideal revolucionário burguês de “garantir propriedade a todos” era realizado por meio do contrato. Dessa forma, toda dogmática contratual foi concebida, naquele período, tendo como premissa a liberdade de contratar”. MELO, Diogo Leonardo Machado de - Princípios do direito contratual: autonomia privada, relatividade, força obrigatória, consensualismo. In: **Teoria Geral dos Contratos**. LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore. São Paulo: Atlas, 2011. p. 76. ISBN 978-85-224-6519-4

¹²⁵ BIANCA, Cesare Massimo apud Jussara Seleguini Gomes e Laio Portes Stihel - **Derecho civil: El Contrato**. Tradução Fernando Hinestroza e Édgar Cortés [Em linha]. Bogotá: Universidad Externado de Colombia (2007), p. 56. [Consult. 31 Abril 2019]. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=e2eabaf96372e20a>.

transitoriedade e compromisso”. Ainda este autor apresenta como exemplo de transitoriedade a Constituição Alemã de 1919, afirmando que “A Constituição de Weimar foi fruto dessa agonia: o Estado Liberal estava morto, mas o Estado social ainda não havia nascido.”¹²⁶

Através da promulgação da Constituição, em 1988, é que o paradigma do Estado Democrático de Direito, no Brasil, foi consagrado expressamente e construído sobre uma tríade conceitual: pessoa humana, com sua dignidade; sociedade política, concebida como democrática e inclusiva; sociedade civil, também concebida como democrática e inclusiva.¹²⁷

Em Portugal, o constitucionalismo contemporâneo teve seu marco na Constituição de 1976 que, no conjunto dos seus artigos 1º, 2º, 6º, 1, 133º e 187º,1, expressa ser a República Portuguesa um Estado de Direito Democrático ¹²⁸ e unitário, elegendo o semi-presidencialismo como modelo de governo, e descrito pela agregação de princípios, tais como: da legalidade, da igualdade, da dignidade humana, da liberdade, do acesso ao Direito, da proporcionalidade, da separação de poderes, do sufrágio universal, bem como outros cuja finalidade está focada em garantir a integridade intelectual, política, social e económica do cidadão.

É importante ressaltar que a autonomia privada sempre foi um princípio do Direito Privado, estrutural do negócio jurídico denominado “contrato”, estando presente em diversos ramos do Direito, inclusive no Direito do Trabalho (contrato de trabalho). Observa-se que o princípio da autonomia privada é formado por três liberdades, quais sejam: liberdade contratual (decidir com quem contratar); liberdade de contratar (desejar contratar ou não); e a liberdade de definir o conteúdo do contrato que as partes desejam realizar. Assim, através deste poder jurídico, as partes são capazes de normatizar as suas relações jurídicas contratuais, porém, sempre nos limites dispostos pela ordem jurídica constitucional e infraconstitucional contemporânea.

¹²⁶ BONAVIDES, PAULO. Apud DELGADO, Maurício Godinho; DELGADO, Gabriela Neves - **Constituição da República e direitos fundamentais: dignidade da pessoa humana, justiça social e direito do trabalho**. 3 ed. São Paulo: Ltr, 2015, p. 41. ISBN 978-85-361-8380-0

¹²⁷ DELGADO, Maurício Godinho; DELGADO, Gabriela Neves - **Constituição da República e direitos fundamentais: dignidade da pessoa humana, justiça social e direito do trabalho**. Op. Cit., p. 46.

¹²⁸ “Estado de Direito Democrático resulta da confluência do estado de Direito e da democracia política, económica, social e cultural. Envolve supremacia da Constituição, assente não apenas na legalidade, mas sobretudo na legitimidade democrática; exige respeito dos direitos, liberdades e garantias dos cidadãos e dos trabalhadores; traduz empenho em agir sobre a vida económica; determina exercício democrático do poder e autoridade da lei formada e executada democraticamente, embora recuse a absolutivação da vontade popular, porque, se historicamente o Estado de Direito terá aparecido sem democracia, haver democracia – na concepção ocidental, que é a da Constituição de 1976 – sem Estado de Direito”. MIRANDA, Jorge apud Alex Sander Xavier; Carla Dolezel Trindade e Simão Aznar Filho - **Constitucionalismo Luso-Brasileiro – leitura normativa no âmbito do domínio da lei e da humanização das relações**. Rio de Janeiro, 2017, p.128. ISBN 978-85-909488-4-1

Portugal e Brasil têm imposto restrições à liberdade contratual com base nos princípios, valores e regras fundamentais do Estado Democrático de Direito, que sujeita a autonomia privada de contratar à função social do contrato. Hodiernamente, a extensão da autonomia privada contratual foi reduzida em face da função social do contrato (artigo 421 do Código Civil brasileiro¹²⁹ e artigo 405º do Código Civil português¹³⁰, onde a vontade das partes de contratar é restrita pelo interesse da sociedade. Logo, o acordo de vontade das partes contratantes não deve reinar em detrimento da coletividade.¹³¹

Neste diapasão, o princípio da autonomia privada, consectário da autonomia da vontade, permite aos contraentes transferir para terceiros parte ou integralidade da execução dos serviços, a que ficaram obrigados no negócio jurídico. Trata-se do direito de subcontratar que pode ser limitado por normas legais ou convencionais, como no caso de necessidade de autorização do contratante principal para que o subcontrato seja eficaz e produza efeitos em face ao primeiro contraente.¹³² Conforme afirma Baccigalupi, citado por Pedro Romano Martinez dizendo que “[...] a faculdade de subcontratar consiste no poder constitutivo de criação de uma nova posição contratual”¹³³.

Destarte, em relação à autonomia da vontade, observa-se que esta pode ser pública ou privada, singular ou coletiva. A autonomia privada singular, como demonstrado, objetiva a satisfação do interesse do indivíduo, ao contrário da coletiva que busca a realização dos interesses coletivos de grupos sociais. Logo, cada uma possui diferenças em relação aos fins (individualidade e coletividade) e à estrutura que comportam¹³⁴.

¹²⁹ Artigo 421: “A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato”. CÓDIGO CIVIL brasileiro e legislação correlata. 2ª ed. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2008.

¹³⁰ Artigo 405º, CCP (Liberdade contratual): “Dentro dos limites da lei, as partes têm a faculdade de fixar livremente o conteúdo dos contratos, celebrar contratos diferentes dos previstos neste código ou incluir nestes as cláusulas que lhes aprouver”. DECRETO-LEI nº 18/08. **Diário da República I Série**, Nº 20 (29-01-2008).

¹³¹ Conforme afirma Miguel Reale: “O que o imperativo da “função social do contrato” estatui é que este não pode ser transformado em um instrumento para atividades abusivas, causando dano à parte contrária ou a terceiros, uma vez que, nos termos do Art. 187, “também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”. Não há razão alguma para se sustentar que o contrato deva atender tão somente aos interesses das partes que o estipulam, porque ele, por sua própria finalidade, exerce uma função social inerente ao *poder negocial* que é uma das fontes do direito, ao lado da legal, da jurisprudencial e da consuetudinária. O ato de contratar corresponde ao valor da *livre iniciativa*, erigida pela Constituição de 1988 a um dos fundamentos do Estado Democrático do Direito, logo no Inciso IV do Art. 1º, de caráter manifestamente preambular. Assim sendo, é natural que se atribua ao contrato uma função social, a fim de que ele seja concluído em benefício dos contratantes sem conflito com o interesse público”. REALE, Miguel. **Função Social do Contrato** [Em linha]. 2003. [Consult. 28 Abril 2019]. Disponível em: <http://www.miguelreale.com.br>

¹³² MARTINEZ, Pedro Romano. **O Subcontrato**. Ed. Almedina, 1989, p. 113. ISBN 972-40-0542-9, p.20

¹³³ MARTINEZ, Pedro Romano. *Ibidem*.

¹³⁴ SANTORO-PASSARELLI, Francesco. Autonomia collettiva. In **Saggi di diritto civile**. Napoli: Eugenio Jovene, 1961. v. 1, p. 261-262.

3.1.2 Autonomia privada coletiva.

Expressão de poder dos grupos sociais para criarem suas próprias normas, a autonomia privada coletiva, tanto no Brasil quanto em Portugal, possui uma normatização subordinada a ordem jurídica estatal. Maurício Godinho Delgado¹³⁵ se manifesta sobre o tema, quando esclarece a diferença dos dois modelos normativos de organização do mercado do trabalho democrático existentes na sociedade hodiernamente, denominando-os como modelo de normatização autônoma e privatística ou modelo de normatização privatística subordinada.

No primeiro, a norma é negociada e criada exclusivamente pela sociedade civil, representada no ato pelos sindicatos, associações profissionais e empregadores, exemplo desta modalidade é o sistema inglês e norte-americano, pois a normatização trabalhista, em regra geral, deriva das convenções e acordos coletivos de trabalho. Por sua vez, a normatização privatística, mas subordinada, é o paradigma do sistema jurídico trabalhista brasileiro e português, onde o Estado restringe, mas não impede, a autonomia privada dos seres coletivos, na construção das normas coletivas de trabalho.¹³⁶

Portanto, é possível afirmar sem medo de errar que a autonomia privada coletiva sempre estará sujeita à supremacia da justiça social, traduzida pela função social do negócio jurídico coletivo, pelo princípio da boa-fé, ambos originários do princípio da dignidade humana, núcleo axiológico da democracia.

3.1.2.1 Autonomia privada coletiva no Brasil: Liberdade de contratar.

É cediço que existem diferentes diplomas negociais coletivos no mundo ocidental, em face das especificidades sociojurídicas de cada país. No Brasil, foi legitimado como documentos negociais o contrato coletivo, a convenção coletiva de trabalho e o acordo coletivo de trabalho. Sendo que o contrato coletivo apenas se encontra reconhecido na esfera do Direito do Consumidor, através do artigo 107, caput e §§ do Código de Defesa do Consumidor¹³⁷, que o denomina como convenção coletiva, mas possui natureza e função

¹³⁵ DELGADO, Maurício Godinho. *Ob. cit.*, p. 1304.

¹³⁶ Neste sentido, Maurício Godinho Delgado ressalta que: “[...] o intervencionismo estatal que caracteriza o padrão de normatização privatística, mas subordinada não é substituto ou impeditivo da criatividade e dinamismo privados, mas condicionador dessa criatividade. Nesse quadro, o intervencionismo, embora inquestionável, admite claramente a franca e real participação da sociedade civil na elaboração do Direito do Trabalho. Em função dessa combinação de esferas de atuação, o modelo tende a gerar uma legislação que reflete, com grande aproximação, as necessidades efetivas dessa sociedade.” DELGADO, Maurício Godinho. *Ob. cit.*, p. 1305.

¹³⁷ Art. 107. “As entidades civis de consumidores e as associações de fornecedores ou sindicatos de categoria econômica podem regular, por convenção escrita, relações de consumo que tenham por objeto estabelecer

contratual, uma vez que permite a certos grupos sociais estabelecerem preceitos que servirão de base para os contratos futuramente estipulados entre eles ou com outrem. Tais entidades, associações ou sindicatos, neste momento, não estão produzindo regras jurídicas, mas apenas criando através do negócio jurídico coletivo conteúdo obrigatório pré-estabelecido, para a concretização da autonomia contratual privada singular dos filiados às Entidades signatárias do contrato coletivo.

O princípio da autonomia privada coletiva, sancionado pela Carta Magna brasileira no inciso XXVI do seu artigo 7º, no âmbito do Direito Coletivo do Trabalho, permite aos seres coletivos representantes das categorias econômicas (classe empresarial) e profissionais (classe trabalhadora) criarem suas próprias normas coletivas, qualificadas como acordo coletivo de trabalho e Convenção Coletiva de Trabalho.

Houve, portanto, uma exclusão tácita do contrato coletivo de trabalho, uma vez que a legislação laboral pátria até a presente data não o tipificou, tampouco regulamentou-o, inexistindo, inclusive, qualquer costume desta prática negocial pelos sujeitos da relação coletiva do trabalho. Diante desses postulados, confirma-se que no cenário justrabalhista brasileiro o contrato coletivo do trabalho não foi reconhecido como negócio coletivo a ser realizado pelos seres coletivos de trabalho. Razão pela qual, apenas a convenção coletiva do trabalho e o acordo coletivo do trabalho compõem, no dizer de Maurício Godinho Delgado o conjunto de “diplomas negociais coletivos”.¹³⁸

Do ponto de vista científico, há necessidade de apresentar a divergência doutrinária a respeito da natureza jurídica das convenções e acordos coletivos de trabalho no ordenamento jurídico pátrio. Contudo, torna-se imperioso analisar a definição de contratos coletivos de trabalho, à luz do entendimento apresentado pela Organização Internacional do Trabalho (OIT).

A Recomendação nº 91 da OIT (1951), ao definir contratos coletivos de trabalho, esclarece que o termo acordo coletivo possui interpretação extensiva, abrangendo no seu conceito a noção de negócio jurídico.

condições relativas ao preço, à qualidade, à quantidade, à garantia e características de produtos e serviços, bem como à reclamação e composição do conflito de consumo. § 1º A convenção tornar-se-á obrigatória a partir do registro do instrumento no cartório de títulos e documentos. § 2º A convenção somente obrigará os filiados às entidades signatárias. § 3º Não se exime de cumprir a convenção o fornecedor que se desligar da entidade em data posterior ao registro do instrumento”. CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. 5ª ed. Edipro: 2017. ISBN 978-858-998-856-8

¹³⁸ DELGADO, Maurício Godinho - **Direito Coletivo do Trabalho**. 5ª ed. São Paulo: Ltr, 2014, p. 158. ISBN 978-85-361-2963-1.

“[...] qualquer acordo escrito relativo a condições de trabalho e emprego, celebrado entre um empregador, um grupo de empregadores ou uma ou mais organizações de empregadores, por um lado, e, por outro lado, uma ou mais organizações representativas de trabalhadores ou, na ausência de tais organizações, representantes dos trabalhadores envolvidos, devidamente eleitos e autorizados por estes, de acordo com a legislação nacional”.¹³⁹

No Brasil, pela Legislação laboral, o termo contrato coletivo é classificado como sinônimo para o acordo coletivo de trabalho (norma coletiva firmada entre empregador ou grupo de empregadores e sindicato dos trabalhadores) e, também, para a convenção coletiva de trabalho (norma coletiva celebrada entre sindicato empresarial e sindicato dos trabalhadores).

Nota-se que a Convenção 154 da OIT trata no seu artigo 2º do conceito de negociação coletiva para abranger todas as negociações que “tenham lugar entre, de uma parte, um empregador, um grupo de empregadores ou uma organização ou várias organizações de empregadores, e, de outra parte, uma ou várias organizações de trabalhadores [...]”.¹⁴⁰

Logo, a divergência existente na doutrina brasileira sobre a natureza jurídica das normas coletivas (acordo e convenção coletiva do trabalho) é pertinente, pois na esfera do Direito Coletivo Internacional a natureza contratual de qualquer diploma coletivo, negociado em face da relação de trabalho existente entre os sujeitos coletivos do trabalho, é inconteste, contudo, o mesmo não acontece no ordenamento jurídico pátrio brasileiro. Mesmo ratificando a Convenção 154 da OIT, o Brasil, utilizando-se da sua soberania nacional, restringiu como documentos coletivos o acordo coletivo de trabalho (negociado entre sindicato dos trabalhadores e empresa ou empresas da correspondente categoria econômica) e a convenção coletiva do trabalho (negociações realizadas por entidades sindicais e que abrangem a categoria profissional/trabalhadores e econômica/empregadores), consagrando a natureza normativa destes diplomas através da redação dada ao artigo 611, caput e §1º, da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) e posicionando-os como fontes formais do Direito do Trabalho brasileiro.¹⁴¹

¹³⁹ OIT - **Recomendação 91** (1951) [Em linha]. [Consult. 05 Mai. 2019]. Disponível em: https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO:12100:P12100_INSTRUMENT_ID:312429:NO

¹⁴⁰ BEAS, Edson; JUNIOR, Rodrigues, organizador - **Convenções da OIT e outros instrumentos de direito internacional público e privado relevante ao direito do trabalho**. 3ª ed. São Paulo: Ltr, 2017, p. 165. ISBN978-85-361-9219-2

¹⁴¹ “Art. 611 - Convenção Coletiva de Trabalho é o acordo de caráter normativo, pelo qual dois ou mais Sindicatos representativos de categorias econômicas e profissionais estipulam condições de trabalho aplicáveis, no âmbito das respectivas representações, às relações individuais de trabalho. (Redação dada pelo Decreto-lei nº 229, de 28.2.1967). § 1º É facultado aos Sindicatos representativos de categorias profissionais celebrar Acordos Coletivos com uma ou mais empresas da correspondente categoria econômica, que estipulem condições de trabalho, aplicáveis no âmbito da empresa ou das acordantes respectivas relações de trabalho. (Redação

Entretanto, Orlando Gomes sempre divergiu desse entendimento, afirmado que a natureza normativa dos diplomas coletivos não supera a natureza dos negócios jurídicos privados, sendo a convenção coletiva de trabalho na sua concepção um contrato normativo. Sustenta que: “normativo sim, mas contrato, e não lei” e, ainda: “Contrato não é fonte normativa”.¹⁴²

Em contrapartida, Mauricio Godinho Delgado ressalta que tanto as convenções coletivas de trabalho quanto os acordos coletivos de trabalho (conforme interpretação dada ao § 1º do artigo 611, da CLT) são normas jurídicas autônomas inseridas nas fontes formais do Direito do Trabalho, uma vez que “criam preceitos gerais, abstratos e impessoais, dirigidos a normatizar situações ad futurum”¹⁴³. Este autor ainda afirma que as convenções coletivas de trabalho:

“Correspondem, via de consequência, à noção de lei em *sentido material*, traduzindo ato-regra (Duguit) ou comando abstrato. São, desse modo, do ponto de vista substantivo (ou seja, de seu conteúdo) diplomas reveladores de inquestionáveis regras jurídicas (embora existam também no seu interior cláusulas obrigacionais)”.¹⁴⁴ Inclusive, para ele, esta noção de regramento jurídico deve ser aplicada aos acordos coletivos de trabalho, uma vez que a eles é dada, pela legislação laboral coletiva, a mesma força normativa¹⁴⁵.

Carlos Henrique Bezerra¹⁴⁶ ressalta que a definição de contrato coletivo trazida na legislação laboral brasileira sempre esteve vinculada a ideia dele ser sinônimo de convenção coletiva de trabalho como ainda pode ser observado na redação dada ao enunciado do artigo 462 da CLT, onde dispõe que: “Ao empregador é vedado efetuar qualquer desconto nos salários do empregado, salvo quando este resultar de adiantamentos, de dispositivos de lei ou de contrato coletivo”.

Porém, citando José Francisco Siqueira Neto, esclarece este autor que, hodiernamente, tem-se buscado dar à expressão “contrato coletivo” um “significado de negociação de âmbito nacional e supracategorial que visa estabelecer regras básicas para os demais instrumentos

dada pelo Decreto-lei nº 229, de 28.2.1967)”. SCALÉRCIO, Marco; MINTO, Túlio Martinez - **CLT: comparada conforme a reforma trabalhista: atualizado conforme MP 808/2017 com os 125 enunciados da jornada da reforma trabalhista organizado por temas**. 2ª ed. São Paulo: LTr, 2018. ISBN 978-85-361-9557-5

¹⁴² GOMES, Orlando - Da Convenção ao Contrato Coletivo de Trabalho. **Revista LTr**. São Paulo: LTr. V. 51, nº 3, (Maio 1987), p. 272-275.

¹⁴³ DELGADO, Maurício Godinho. *Op. Cit.*, p. 158

¹⁴⁴ *Idem. Op. Cit.*, p. 159.

¹⁴⁵ Mauricio Godinho Delgado interpretando o artigo 611, caput e § 1º da CLT, afirma que: “Por meio do próprio texto da Consolidação, poder-se-ia definir acordo coletivo de trabalho como o *pacto de caráter normativo pelo qual um sindicato representativo de certa categoria profissional e uma ou mais empresas da correspondente categoria econômica estipulam condições de trabalho aplicáveis, no âmbito das respectivas empresas às relações individuais de trabalho*”. *Ibidem*.

¹⁴⁶ LEITE, Carlos Henrique Bezerra - **Curso de direito do trabalho**. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p.746. ISBN 978-85-472-1370-1

coletivos,¹⁴⁷ como forma de privilegiar a autonomia privada coletiva na seara do direito coletivo do trabalho, outorgando poder as centrais sindicais (que possuem abrangência nacional) para negociar o contrato coletivo.

Ademais, ele acredita nos benefícios advindos da inserção do contrato coletivo na legislação pátria¹⁴⁸ possibilitando a existência de um “sistema de integração de negociação coletiva articulada”, mas reitera o dizer de Maurício Godinho Delgado, sobre a inexistência legislativa brasileira para implantação do contrato coletivo, e justifica esta situação pelos obstáculos legais existentes, como a unicidade sindical constitucionalizada no artigo 8º, incisos II e VII, da CRFB/88 e, ainda, os seguintes entraves: “a) as matérias objeto do contrato coletivo: trabalhistas apenas ou políticas (de saúde, previdência, etc.); b) a prevalência, no nosso direito do princípio da norma mais favorável; c) a possibilidade de supressão de direito adquirido”.¹⁴⁹

Partindo da premissa de que há empecilhos para a institucionalização do contrato coletivo como diploma coletivo do trabalho, é importante esclarecer que na organização sindical brasileira, disposta nos artigos 533 a 539 da CLT, a associação sindical de grau superior denominada Confederação possui abrangência nacional dentro da sua respectiva categoria econômica (empregadores) e profissional (empregados), inclusive, extraordinariamente, a Federação também pode ser criada no âmbito nacional. Destarte, verifica-se que o princípio da unicidade sindical pode não ser um obstáculo à institucionalização do contrato coletivo, pois este poderia ser efetivado por uma das associações sindicais de grau superior para reger situações cotidianas das respectivas categorias que representam, o que, certamente, reduziria a dimensão dos conflitos coletivos de trabalho.

A respeito dos demais “entraves” acima apresentados, também é possível discordar de sua natureza impeditiva para concretização do contrato coletivo de trabalho, em face da missão sindical disposta no inciso III, do artigo 8º, da CRFB/88: “III - ao sindicato cabe a defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria, inclusive em questões judiciais ou administrativas”¹⁵⁰. Logo, cabe ao sindicato ou a qualquer associação de grau

¹⁴⁷ LEITE, Carlos Henrique Bezerra - **Curso de direito do trabalho**. *Ibidem*.

¹⁴⁸ Afirma Carlos Henrique Bezerra Leite que: “*A grande vantagem do contrato coletivo é que ele poderia prever situações mais genéricas, comuns à várias categorias diferentes. E mais, como não estaria restrita à categoria, poderia ultrapassar os limites da base territorial concernente à categoria, alcançando trabalhadores de vários Estados, podendo inclusive se dar em âmbito nacional*”. *Op. Cit.*, p. 747.

¹⁴⁹ LEITE, Carlos Henrique Bezerra - **Curso de direito do trabalho**. *Ibidem*.

¹⁵⁰ **CONSTITUIÇÃO da República Federativa do Brasil**: texto constitucional promulgado em 5 de outubro de 1988, com as alterações determinadas pelas Emendas Constitucionais de Revisão nos 1 a 6/94, pelas Emendas

superior criar diplomas coletivos de trabalho, que visem a atender de forma uníssona as necessidades das respectivas categorias econômicas e profissional. Desta forma, estar-se-ia configurado um sindicalismo representativo e atuante.

Constata-se, portanto, a dissensão teórica ainda existente a respeito da natureza jurídica das convenções coletivas e dos acordos coletivos do trabalho, bem como da possibilidade jurídica da implantação do contrato coletivo de trabalho, que certamente impacta na liberdade coletiva de construir diplomas coletivos do trabalho eficazes e adequados à realidade socioeconômica brasileira.¹⁵¹

A análise da atuação sindical e da liberdade de contratar frente ao fenômeno da terceirização, em face da sua importância, será realizada no capítulo seguinte.

3.1.2.2 Autonomia privada coletiva em Portugal

Diferentemente da legislação trabalhista brasileira, o Código de Trabalho português no seu artigo 2º¹⁵², apresenta como diplomas negociais de regulamentação coletiva de trabalho coletivos: 1) a convenção coletiva de trabalho tipificada como contrato coletivo (*a convenção celebrada entre associação sindical e associação de empregadores*). Há possibilidade de existir um contrato coletivo realizado entre diversas associações sindicais de trabalhadores e uma associação de empregadores, dentro do mesmo ramo de atividade econômica); acordo coletivo (“a convenção celebrada entre associação sindical e uma pluralidade de empregadores para diferentes empresas”, como exemplo, convenção coletiva firmada entre um grupo de associações sindicais e um grupo de empregadores ou um grupo de empresas); e acordo de empresa (“a convenção celebrada entre associação sindical e um empregador para uma empresa ou estabelecimento”, exemplo, convenção coletiva firmada entre uma ou grupo de associações sindicais e um empregador, empresa ou estabelecimento); 2) o acordo de adesão (diploma negocial celebrado por uma entidade que não faz parte de uma convenção coletiva, mas quer fazê-lo supervenientemente, aplicando à sua realidade este regulamento coletivo) e 3) a decisão arbitral em processo de arbitragem.

Constitucionais nos 1/92 a 91/2016 e pelo Decreto Legislativo no 186/2008. Brasília: Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2016. ISBN: 978-85-7018-698-0.

¹⁵¹ Por fim, conforme resume Maurício Godinho Delgado: “[...] o que importa, por além da expressão, é compreender-se que os diplomas negociais coletivos distinguem-se e se justificam, socialmente, caso o caráter contratual esteja tão bem preservado quanto o caráter normativo que deflui do seu interior. Isso quer dizer que o sindicalismo sem força e representatividade, que não seja resultado e reproduzidor dos princípios do Direito Coletivo, compromete o polo contratual verdadeiro desses contratos sociais normativos.” DELGADO, Maurício Godinho. *Op. Cit.*, p. 1334.

¹⁵² **CÓDIGO DO TRABALHO**. 8ª ed. Coimbra: Almedina, 2015. ISBN 978-972-40-6136-8

É cediço que na União Europeia a contratação coletiva, a partir do século XX, vem adquirindo um ordenamento jurídico que não é uníssono, pois para alguns países ela ainda possui autonomia privada para regulamentação baseada no costume. Assim, é o caso da Inglaterra, cujo próprio sistema jurídico é consuetudinário, não sendo, portanto, diferente na esfera da contratação coletiva.

Em face do fortalecimento do movimento sindical e do desenvolvimento da normatização coletiva, constata-se que os diplomas negociais para a contratação coletiva de trabalho estão vinculados à liberdade sindical de contratar, na medida em que a atividade sindical é a garantia da preservação dos direitos econômicos e sociais.

Desta forma, a negociação coletiva é tida como a fórmula mais eficiente para a solução dos conflitos coletivos de trabalho, pois o dissídio é pacificado por decisão dos próprios sujeitos da relação capital e trabalho no âmbito coletivo (empregadores e sindicato dos empregados).¹⁵³ Trata-se, portanto, de um método autocompositivo de solução de conflitos coletivos de trabalho sobretudo democrático.¹⁵⁴

Logo, a liberdade sindical de negociar regulamentos coletivos é um importante instrumento para o progresso social e um direito fundamental declarado pela OIT na sua constituição e ratificado na Declaração de Filadélfia¹⁵⁵. Razão pela qual, em Portugal, os diplomas negociais coletivos sujeitam o contrato de trabalho regulamentado pelo Código do Trabalho português, nos moldes do seu artigo 1º, que dispõe: “O contrato de trabalho está sujeito, em especial, aos instrumentos de regulamentação coletiva do trabalho, assim como os usos laborais que não contrariem o princípio da boa-fé.”¹⁵⁶

Com base na premissa de que a negociação coletiva é direito comunitário fundamental para todos os Estados-Membros da OIT, há que ser analisada a limitação da atuação das

¹⁵³ Neste sentido, Maria da Paz Campos Lima afirma que: “Apesar das diferenças significativas entre os sistemas de relações laborais na Europa ocidental, a negociação coletiva de âmbito setorial, envolvendo associações de empregadores e sindicatos e abrangendo a maioria dos trabalhadores, constituiu-se como pedra angular na determinação das condições e relações de emprego na maioria dos países”. LIMA, Maria da Paz Campos - **A negociação coletiva e a deriva austeritária neoliberal na UE: entre a erosão e o dismantelamento** [Em linha]. Coimbra: Centro de Estudos Sociais, Universidade Coimbra, 2016, p. 7. [Consult. 05 Maio 2019]. Disponível em: <https://www.ces.uc.pt/observatorios/crisalt/?id=6522&pag=9331>

¹⁵⁴ A Convenção 98 da OIT afirma que a negociação temo como finalidade: “regulamentar, por meio de contratos coletivos, as condições de emprego” e ao postular “estimular e fomentar entre os empregadores e as organizações de empregadores, de um lado, e as organizações de trabalhadores, de outro, o pleno desenvolvimento e uso de procedimentos de negociação voluntária.” BEAS, Edson; JUNIOR, Rodrigues, organizador - **Convenções da OIT e outros instrumentos de direito internacional público e privado relevante ao direito do trabalho**. 3ª ed. São Paulo: Ltr, 2017, p. 98. ISBN978-85-361-9219-2.

¹⁵⁵ Sobre o tema afirma Maria da Paz Campos Lima: “O direito de negociação coletiva consagrado no artigo n.º 28 da Carta dos Direitos Fundamentais da UE constitui um verdadeiro direito fundamental em pé de igualdade com as disposições do direito primário, e o seu respeito vincula as instituições da UE tal como os estados membros”. LIMA, Maria da Paz Campos. *Op. Cit.*, p. 17

¹⁵⁶ CÓDIGO DO TRABALHO. 8ª ed. Edições Almedina, S.A./Coimbra. Julho/2015. ISBN 978-972-40-6136-8

partes no processo negocial, em face das restrições impostas pelos instrumentos da OIT, quais sejam: Convenções nº 98, nº 151 e nº 154 e Recomendação nº 91. Portanto, indaga-se se as partes possuem plena e irrestrita autonomia negocial ou existem parâmetros regulamentares da ação dos sujeitos coletivos. A este questionamento deve ser respondido que o princípio da autonomia coletiva não é absoluto, como nenhum princípio é, pois possuem uma dimensão de peso (*dimension of weight*)¹⁵⁷.

Destarte, este princípio deve estar vinculado aos princípios específicos das Normas Internacionais do Trabalho, notadamente o direito ao trabalho digno, que visam um aperfeiçoamento do sistema normativo heterônomo estatal, com vistas na melhoria das condições firmadas nas relações empregatícias no âmbito da ordem socioeconômica.

O “princípio do *favor laboratoris*” (princípio do tratamento mais favorável ao trabalhador) foi, até 2003, a base da autonomia negocial coletiva do Trabalho em Portugal; razão pela qual, também era um dos suportes fundamentais da autonomia privada coletiva no ordenamento laboral português. Através dele, a intervenção estatal, nas relações coletivas de trabalho, se fazia presente, instituindo disposições legais para a preservação da dignidade do trabalho e, conseqüentemente, limitando a liberdade dos sujeitos coletivos em negociar convenções coletivas em desfavor do trabalhador.

Em face da crise financeira global instituída a partir de 2008¹⁵⁸, os fundamentos jurídicos da negociação coletiva de trabalho foram alterados em diversos países da UE, notadamente, o princípio do tratamento mais favorável e, ainda, permitindo uma intervenção da União Europeia na autonomia negocial coletiva dos seus Estados-Membros, ao contrário do que é consagrado no artigo 153, nº 5, do Tratado sobre o funcionamento da União Europeia¹⁵⁹. Sobre o tema Maria da Paz Campos Lima analisa que:

Com efeito, o artigo 153(5) do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia exclui qualquer tipo de intervenção da UE com a intenção de harmonizar salários e negociação coletiva, princípio também constante do Tratado de Maastricht e do Tratado de Amsterdão. A rutura com este entendimento operou-se por duas vias: com a criação de um novo mecanismo de coordenação política, o Semestre Europeu, no âmbito do qual a Comissão Europeia passou a emitir, desde 2011, recomendações específicas aos estados membros da UE em matéria de política salarial e negociação coletiva; e, no âmbito da

¹⁵⁷ DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério. Tradução de Nelson Boeira. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. Título original: Taking rights seriously, p. 39-40. ISBN 85-336-1513-2

¹⁵⁸ Iniciada em 2007, através da crise de mercado de hipotecas *subprime* nos EUA, avançando para uma crise bancária internacional em 2008, devido ao perecimento do banco de investimento Lehman Brother, contribuiu para a crise da dívida europeia, que culminou na chamada crise das dívidas soberanas e afetou drasticamente o sistema bancário dos Estados-Membros da União Europeia e demais países da Europa.

¹⁵⁹ TRATADO SOBRE O FUNCIONAMENTO DA UNIÃO EUROPEIA (VERSÃO CONSOLIDADA). Disponível em: https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:9e8d52e1-2c70-11e6-b497-01aa75ed71a1.0019.01/DOC_3&format=PDF

troika (CE, BCE e FMI), através da imposição de medidas e reformas naqueles domínios, fixadas nos Memorandos de Entendimento (Memorandos), aos países sob resgate.¹⁶⁰

Contudo, mesmo antes da crise acima apresentada, já ocorria um processo de transformação nos sistemas da negociação coletiva perante a União Europeia. A crise, na realidade apenas intensificou a pressão já pré-existente por mudança na liberdade negocial coletiva, com a relativização do princípio do tratamento mais favorável ao trabalhador e com a criação de mecanismos que viabilizam a decadência das convenções coletivas¹⁶¹, em contrariedade ao princípio de proteção ao trabalhador, insito nas normas que regem a Organização Internacional do Trabalho.

Neste caso, constata-se em Portugal a transformação do princípio do *favor laboratoris* através da Lei nº 99/2003, que aprova o Código do Trabalho português de 2003¹⁶², onde no seu artigo 4º dispõe sobre este princípio para afirmar que:

- 1 - As normas deste Código podem, sem prejuízo do disposto no número seguinte, ser afastadas por instrumento de regulamentação colectiva de trabalho, salvo quando delas resultar o contrário.
- 2 - As normas deste Código não podem ser afastadas por regulamento de condições mínimas.
- 3 - As normas deste Código só podem ser afastadas por contrato de trabalho quando este estabeleça condições mais favoráveis para o trabalhador e se delas não resultar o contrário.

Portanto, percebe-se que o ordenamento jurídico estatal trabalhista foi renegado ao segundo plano, dando-se preferência aos instrumentos de regulamentação coletiva de trabalho negociáveis, quais sejam: contrato coletivo, acordo coletivo e acordo de empresa. Desta forma, as fontes formais heterônomas do Direito do Trabalho passaram a ter cunho eletivo, reduzindo a natureza protetiva da legislação estatal ao trabalhador, para enfatizar a supremacia da autonomia privada.

¹⁶⁰ LIMA, Maria da Paz Campos - **A negociação coletiva e a deriva austeritária neoliberal na UE: entre a erosão e o desmantelamento** [Em linha]. Coimbra: Centro de Estudos Sociais, Universidade Coimbra, 2016, p. 13. [Consult. 05 Maio 2019]. Disponível em: <https://www.ces.uc.pt/observatorios/crisalt/?id=6522&pag=9331>

¹⁶¹ Artigo 557º do Código do Trabalho de 2003. Sobrevigência. 1 — Decorrido o prazo de vigência previsto no n.º 1 do artigo anterior, a convenção colectiva renova-se nos termos nela previstos. 2 — No caso de a convenção colectiva não regular a matéria prevista no número anterior, aplica-se o seguinte regime: a) A convenção renova-se sucessivamente por períodos de um ano; b) Havendo denúncia, a convenção colectiva renova-se por um período de um ano e, estando as partes em negociação, por novo período de um ano; c) Decorridos os prazos previstos nas alíneas anteriores, a convenção colectiva mantém-se em vigor, desde que se tenha iniciado a conciliação ou a mediação, até à conclusão do respectivo procedimento, não podendo a sua vigência durar mais de seis meses. 3 — No caso de se ter iniciado a arbitragem durante o período fixado no número anterior, a convenção colectiva mantém os seus efeitos até à entrada em vigor da decisão arbitral. 4 — Decorrida a sobrevivência prevista nos números anteriores, a convenção cessa os seus efeitos. LEI nº 99/03. **Diário da República I Série**, Nº 197 (27-08-03), p. 5558-5656.

¹⁶² LEI nº 99/03. *Ibidem*.

O princípio da proteção ao trabalhador sempre foi fundamental à autonomia magistral do Direito do Trabalho. Neste sentido o doutrinador Raul Ventura¹⁶³, já em 1944, entendia ser o princípio da proteção o núcleo axiológico e o orientador do sistema normativo trabalhista, notadamente, no âmbito da interpretação e aplicação das fontes laborais, através do princípio do *favor laboratoris*. Fazendo coro, agora na atualidade, com o entendimento sobre a importância do princípio da norma mais favorável em relação ao princípio da proteção do trabalhador, parte hipossuficiente da relação laboral, Mariana Barros apresenta uma severa crítica ao disposto no nº 1, do artigo 4º, do CT/2003, que diz respeito à flexibilização, ou no seu entender a extinção, do princípio do *favor laboratoris*, enfatizando que:

“O número 1 deste artigo traduziu-se num atestado de óbito do *favor laboratoris* relativamente à contratação coletiva, dele se extraindo que, em princípio, o Direito do Trabalho legislado possui um caráter facultativo. Daqui resulta um Direito de Trabalho neutro, não protetor, em que o Estado recua e abandona a definição de trabalho à autonomia privada”.¹⁶⁴

Já em 2009, a alteração do Código do Trabalho português vem resgatar um pouco do princípio do tratamento mais favorável ao trabalhador na aplicação e interpretação das fontes do Direito do Trabalho. Porém, ressalta-se que este foi elaborado antes da intervenção da Troika em Portugal. Contudo, o intervencionismo orçamentário da União Europeia sobre Portugal entre 2011 a 2014, através do Memorando da *troika* (Memorando de Políticas Económicas e Financeiras), que originou o Programa de Assistência Económica e Financeira (PAEF), acabou por afetar significativamente a política sindical, em face da implementação de novas reformas na legislação laboral, cujo objetivo era a promoção do crescimento e competitividade do mercado financeiro português¹⁶⁵.

¹⁶³ VENTURA, Raúl Jorge Rodrigues - **Teoria da relação jurídica de trabalho: estudo de direito privado**, Porto: Imprensa Portuguesa, 1944, p. 195-198.

¹⁶⁴ BARROS, Mariana - **Direito do trabalho como direito fundamental** [Em linha]. Lisboa: Universidade de Lisboa, 2014, p. 29. Dissertação de mestrado. [Consult 05 Maio 2019]. Disponível em: <http://repositorio.ul.pt/handle/10451/11679>

¹⁶⁵ “Entre maio de 2011 e maio de 2014, Portugal esteve sob um Programa de Assistência Económica e Financeira (PAEF), acordado entre as autoridades portuguesas, a União Europeia, o Fundo Monetário Internacional e o Banco Central Europeu, que veio a assumir a forma de memorandos de entendimento com estas entidades que foram sendo atualizados na sequência de sucessivas avaliações externas(5). Com o objetivo de restabelecer a confiança dos mercados financeiros internacionais e promover a competitividade e o crescimento económico sustentável, o PAEF assentou em três pilares: (i) garantir a consolidação orçamental, (ii) assegurar a estabilidade do sistema financeiro e (iii) promover o crescimento e a competitividade através da transformação estrutural da economia portuguesa”. DRAY, Guilherme - **Livro Verde sobre as Relações Laborais** [Em linha]. Lisboa: Gabinete de Estratégia e Planeamento do Ministério do Trabalho, Solidariedade e Segurança Social, 2016. [Consult. 06 Maio 2019]. Disponível em: http://cite.gov.pt/pt/destaques/complementosDestqs2/LIVRO_VERDE_2016.pdf

Em 2011, com suporte da Comissão Permanente de Concertação Social, Portugal e grande parte dos atores sociais assinaram o acordo denominado como Compromisso para o Crescimento, Competitividade e Emprego, com a finalidade de dar continuidade as medidas austeras trazidas pelo Memorando da *troika*¹⁶⁶, inclusive sobre a autonomia coletiva privada. A respeito da desvalorização do papel dos sindicatos na contratação coletiva, Jorge Leite, Hermes Augusto Costa, Manuel Carvalho da Silva e João Ramos de Almeida se pronunciavam dizendo que:

[...] A desvalorização do papel dos sindicatos na contratação coletiva. Na verdade, na segunda atualização do MECPE (dezembro de 2011) foram feitas algumas alterações finas face à primeira atualização do MECPE (setembro de 2011). Assim (em especial no ponto 4.7 iii), podia ler-se que o governo deveria “definir critérios claros a serem seguidos no sentido da extensão dos acordos coletivos (...). A representatividade das organizações negociadoras será avaliada na base de indicadores quantitativos”: [note-se que na versão anterior do MECPE falava-se também em critérios qualitativos e não apenas quantitativos]. “Com esse objetivo, o governo dará os passos necessários para recolher dados sobre a representatividade dos parceiros sociais” [note-se que anteriormente a essa responsabilidade era da competência do Instituto Nacional de Estatística]. No ACS a tendência de redução do poder sindical é confirmada, por exemplo, ao prever que matérias como a mobilidade geográfica e funcional, a organização do tempo de trabalho e a retribuição possam ser reguladas não apenas por comissões sindicais, mas por comissões de trabalhadores¹⁶⁷.

O PAEF finalizou em 2014, estando Portugal na fase de supervisão “pós-programa”. Contudo, a reforma estrutural no âmbito da negociação coletiva está mantida pela última atualização do Código do Trabalho português em 2015. Tais reformas ocasionaram uma severa redução no número de convenções coletivas (mais especificamente o acordo coletivo e acordo de empresa), bem como de portarias de extensão (instrumento de regulamentação coletiva de trabalho não negocial que visa ampliar o contingente de empregados a serem cobertos por uma convenção coletiva de trabalho)¹⁶⁸, dando ênfase a contratos coletivos que

¹⁶⁶ Medidas laborais denominadas pelo doutrinador Antonio Casimiro Ferreira como Direito do Trabalho de Exceção. FERREIRA, António Casimiro – **Sociedade de Austeridade e Direito do Trabalho de Exceção** [Em linha]. Porto: Vida Económica, 2012. p. 75-77. [Consult. 05 Maio 2019]. ISBN: 978-972-788-502-2. Disponível em:

https://www.researchgate.net/publication/327401807_Sociedade_da_Austeridade_e_direito_do_trabalho_de_exc_ecao

¹⁶⁷ LEITE, JORGE; et al - Austeridade, Reformas Laborais e Desvalorização do Trabalho [Em linha]. Coimbra: Universidade de Coimbra, 2014. [Consult. 10 Maio 2019]. Disponível em: https://www.uc.pt/feuc/citcoimbra/Austeridade_reformas

¹⁶⁸ Diferente do Brasil, em Portugal existem as portarias de extensão, que são atos normativos ministerial de competência do ministro responsável pela área trabalhista, sendo regidas pelo artigo 516º do Código de Trabalho português e, ainda, subsidiariamente, pelo Código de Procedimento Administrativo. Há uma discussão doutrinária a respeito da sua compatibilidade constitucional, bem como a sua própria extensão. Ana Teresa Ribeiro apresenta esta divergência doutrinária citando Gonçalves da Silva e Júlio Gomes: “Gonçalves da Silva, sustentando-se no parágrafo 5-1 da Recomendação 91 da OIT – e que propugna a adoção de medidas para tornar

buscam a efetividade da competitividade de mercado, passando a qualificar os trabalhadores como mercadoria¹⁶⁹.

Por conseguinte, o predomínio do negociado sobre o legislado, para enfraquecimento da atividade sindical e precarização das condições dignas de trabalho, tem sido, ao longo desses anos, alvo de severas críticas da OIT, quando, através da negociação coletiva, nasce, por exemplo, um contrato coletivo que venha a estipular regras jurídicas redutoras dos direitos trabalhistas legislados em prol da competitividade do mercado, caracterizando uma afronta ao princípio da proteção ao trabalhador e ao trabalho digno, princípios nucleares da ideologia da OIT e dos seus princípios gerais¹⁷⁰.

Pelos postulados acima, é possível afirmar que a autonomia negocial coletiva não pode ser conclamada para descumprir os princípios gerais da Constituição da OIT, que Portugal e os demais Estados-Membros se obrigaram a cumprir, mas deve ser instrumento de incentivo

aplicáveis todas ou algumas das disposições de uma convenção a todos os empregadores e trabalhadores incluídos no seu campo de aplicação profissional e territorial – defende a aplicação da portaria a trabalhadores filiados noutros sindicatos. E entende ainda que esta solução não desrespeita a liberdade sindical por não avistar diferenças materiais entre esta situação e a da aplicação da portaria a trabalhadores que não se encontrem sindicalizados. Diferentemente, Júlio Gomes é da opinião de que a aplicação da portaria de extensão a trabalhadores filiados noutros sindicatos é violadora da liberdade sindical. Aliás, para o autor, a aplicação de portarias de extensão a trabalhadores que não se encontram filiados em quaisquer sindicatos, nos termos em que é feita, é duvidosa e demonstra o desprezo a que o legislador vota a liberdade sindical negativa. Com efeito, desconsidera-se a vontade do trabalhador que, por algum motivo, não se desejou filiar a nenhum sindicato, sendo-lhe potencialmente aplicável uma convenção celebrada por uma estrutura sindical de representatividade desconhecida, que pode carecer de verdadeiro poder negocial u até ser um sindicato de favor”. RIBEIRO, Ana Tereza - Portarias de extensão: um breve olhar. **Revista de Ciências Empresariais e Jurídicas** [Em linha]. N.º 25 (2014), p. 19. [Consult. 10 Maio 2019]. Disponível em: <https://repositorio.ucp.pt/bitstream/10400.14/20332/1/Portarias%20de%20extens%C3%A3o%20-%20Um%20breve%20olhar.pdf>

¹⁶⁹ Sobre o tema Antonio Casimiro Ferreira: “Trabalhadores e direitos são, neste momento, “desnacionalizados”, tratados como uma variável de ajustamento dos mercados (cf. Supiot, 2005), concebidos, principalmente, como elementos de um plano de austeridade com o objetivo de gerir as expectativas de investidores internacionais, mercados, agências de rating, por forma a criar um clima de confiança na economia portuguesa”. FERREIRA, António Casimiro – **Sociedade de Austeridade e Direito do Trabalho de Exceção** [Em linha]. Porto: Vida Económica, 2012. p. 75-77. [Consult. 05 Maio 2019]. ISBN: 978-972-788-502-2. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/327401807_Sociedade_da_Austeridade_e_direito_do_trabalho_de_excecao

¹⁷⁰ Princípios gerais da Constituição da OIT em 1919: 1 – O princípio director (...) de que o trabalho não pode ser considerado simplesmente como uma mercadoria ou um artigo de comércio. 2 – O direito de associação em tudo quanto não contradiga as leis, tanto para os assalariados como para os empregadores. 3 – O pagamento aos trabalhadores de um salário que lhes assegure um nível de vida conveniente, tal como considerado no seu tempo e no seu país. 4 – A adopção do dia de trabalho de oito horas ou da semana de quarenta e oito horas como um fim a atingir em toda a parte onde ainda não foi obtido. 5 – A adopção do descanso semanal de vinte e quatro horas no mínimo, que deverá ser ao domingo sempre que possível. 6 – A supressão do trabalho infantil e a obrigação de considerar no trabalho dos jovens de ambos os sexos as limitações necessárias a que continuem a sua educação e que seja assegurado o seu desenvolvimento físico. 7 – O princípio do salário igual, sem distinção de sexo, para um trabalho de valor igual. 8 – As regras publicadas em cada país sobre condições de trabalho deverão assegurar um tratamento económico equitativo a todos os trabalhadores residindo legalmente no país. 9 – Cada Estado deverá organizar um serviço de inspecção que incluirá mulheres, a fim de assegurar a aplicação das leis e regulamentos para a protecção dos trabalhadores. OIT - Constituição e Declaração da Filadélfia [Em linha]. [Consult. 10 Maio 2019]. Disponível em: https://www.ilo.org/brasil/centro-de-informacoes/documentos/WCMS_336957/lang--pt/index.htm

ao desenvolvimento social equilibrado, através da criação de convenções coletivas lapidadas nas necessidades e direitos dos parceiros sociais, quais sejam empregadores e empregados, incluindo nestes o direito à subcontratação de serviços para a otimização e eficiência da competitividade do mercado português.

3.1.3 Autonomia de vontade da Administração Pública: liberdade de contratar, princípios e pressupostos do ato administrativo público.

A Constituição brasileira, no caput do seu artigo 37, dispõe que: “a administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência”. Portanto, é notório que os todos os atos administrativos públicos deverão revestir-se de legalidade, sob pena de nulidade. Em face do princípio da legalidade, Hely Lopes Meirelles esclarece que o administrador público está subordinado a ordem jurídica, não podendo afrontá-la, pois, assim, caracterizar-se-á a invalidade do ato praticado e sua “responsabilidade disciplinar, civil e criminal, conforme o caso”.¹⁷¹

Neste cenário, é possível constatar que o gestor público não possui autonomia da vontade. Ele conduz a gestão pública nos parâmetros autorizados pela lei expressamente, nos moldes do princípio da indisponibilidade do interesse público, onde é dito que o administrador público não age com poder pertencente ao domínio individual, pois os interesses públicos são da coletividade e não se encontram à livre disposição da vontade do gestor público, que deverá agir sempre com subordinação à lei.

Assim, o contrato administrativo é diferenciado dos demais contratos, em face da restrição legal à liberdade contratual da Administração Pública. No Brasil, a liberdade do gestor público no ato de contratar está limitada pelos princípios da legalidade, moralidade e eficiência, expressos no *caput* do artigo 37 da Carta Magna brasileira, e, ainda, pelos pressupostos de validade do ato administrativo público.

Celso Antônio Bandeira de Mello¹⁷² informa como pressupostos de validade do ato administrativo: o sujeito (aquele que pratica o ato, ou seja, agente ou órgão administrativo competente); o motivo, fato gerador do ato administrativo norteado pelos princípios da legalidade, moralidade e eficiência da Administração Pública; a finalidade, objetivo do ato

¹⁷¹ MEIRELLES, Hely Lopes - **Direito Administrativo Brasileiro**. 23ª ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p.67. ISBN: 8574200794

¹⁷² BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio - **Curso de Direito Administrativo**. 27ª Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010. 978-857-420-994-4

administrativo, que não pode desviar-se dos fins a que se destina. Exemplo legislativo de desvio de finalidade está disposto no artigo 2º, parágrafo único, alínea “e”, da Lei n. 4.717/65, ao tratar do desvio de finalidade como ilegalidade do ato administrativo: “o desvio de finalidade se verifica quando o agente pratica o ato visando a fim diverso daquele previsto, explícita ou implicitamente, na regra de competência”¹⁷³; e, por fim, os requisitos procedimentais para a validade do ato, que são atos jurídicos que antecedem a prática do ato administrativo. Como exemplos dos requisitos procedimentais Celso Antônio Bandeira de Mello apresenta o ato de nomeação para cargo efetivo, que produzirá seus efeitos apenas quando realizados diversos atos anteriores expostos no edital do concurso público em que o trabalhador se classificou e, ainda, o ato de classificação do licitante em uma ocorrência, pois também produzirá efeitos somente após o ato de habilitação deste concorrente.¹⁷⁴

Portanto, constata-se que a autonomia da vontade de contratar na Administração Pública está sujeita ao princípio da supremacia do interesse público, ou seja, ao bem-estar coletivo e, conseqüentemente, bloqueia o “querer”. Assim, a regra geral para contratação e subcontratação (terceirização) é o procedimento obrigatório de licitação (fase preliminar imprescindível a formação do contrato administrativo), regido no Brasil pela Lei n. 8.666/93, que restringe o componente “vontade” na formação do contrato ou subcontrato administrativo.

Na União europeia há toda uma regulamentação para que as entidades públicas celebrem contratos, com fins à provisão de obras e prestação de serviços. O Parlamento Europeu, através das Diretivas 2005/51/CE, que altera o anexo XX da Diretiva 2004/17/CE e o anexo VIII da Diretiva 2004/18/CE do Parlamento Europeu e do Conselho sobre os contratos públicos¹⁷⁵; 2005/75/CE, que retifica a Diretiva 2004/18/CE relativa à coordenação dos processos de adjudicação dos contratos de empreitada de obras públicas, dos contratos públicos de fornecimento e dos contratos públicos de serviços¹⁷⁶; 2009/81/CE, relativa à coordenação dos processos de adjudicação de determinados contratos de empreitada, contratos de fornecimento e contratos de serviços por autoridades ou entidades adjudicantes nos domínios da defesa e da segurança, e que altera as Diretivas 2004/17/CE

¹⁷³ LEI nº. 4.717/65. **Diário Oficial da União Seção I** (05-07-1965), p. 6241. Republicada no **Diário Oficial da União Seção I** (08-04-1974), p. 3.

¹⁷⁴ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio - **Curso de Direito Administrativo**. *Op. Cit.*, p. 404-405.

¹⁷⁵ DIRETIVA 2005/51/CE DA COMISSÃO (2005). **Jornal Oficial da União Europeia** [Em linha]. [Consult. 05 Mai. 2019]. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32005L0051&from=LV>

¹⁷⁶ DIRETIVA 2005/75/CE DA COMISSÃO (2005). **Jornal Oficial da União Europeia** [Em linha]. [Consult. 05 Mai. 2019]. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32005L0075&from=EN>

e 2004/18/CE¹⁷⁷; 2014/23/EU, relativa à adjudicação de contratos de concessão¹⁷⁸; 2014/24/EU, relativa aos contratos públicos e que revoga a Diretiva 2004/18/CE¹⁷⁹ e 2014/25/UE, relativa aos contratos públicos celebrados pelas entidades que operam nos setores da água, da energia, dos transportes e dos serviços postais e que revoga a Diretiva 2004/17/CE¹⁸⁰, objetivando uma realidade uníssona, apresenta limitação à liberdade das Entidades Públicas, na elaboração de contratos públicos internacionais, focada em dois pontos nodais: a garantia de um verdadeiro e isonômico acesso ao mercado da União Europeia efetivo e aumentar a segurança jurídica ao ordenamento jurídico aplicável à espécie.

Destarte, Portugal, através do Decreto-Lei 18/2008, aprovou o Código dos contratos públicos transpondo e concretizando no plano nacional as regras internacionais dispostas nas Diretivas da União Europeia em 2005, além de dar continuidade a matriz legislativa dos contratos públicos, fazendo evoluir o regime da contratação e da execução dos contratos por ele regidos, ajustando a legislação às técnicas hodiernas de financiamentos.¹⁸¹ Ademais, ainda cria uma nova sistematização quanto à subcontratação em obra pública, até então regulamentada pelo Decreto-Lei nº 59/99¹⁸², para dinamizar e dar maior efetividade à subcontratação dos serviços e obras públicas, para o bem da coletividade, nos moldes dos princípios da boa-fé contratual e da proteção do trabalho na relação jurídica trabalhista.

¹⁷⁷ DIRETIVA 2009/81/CE DO PARLAMENTO EUROPEU E DO CONSELHO (2009). **Jornal Oficial da União Europeia** [Em linha]. [Consult. 05 Mai. 2019]. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32009L0081>

¹⁷⁸ DIRETIVA 2014/23/UE DO PARLAMENTO EUROPEU E DO CONSELHO (2009). **Jornal Oficial da União Europeia** [Em linha]. [Consult. 05 Mai. 2019]. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:02014L0023-20160101&qid=1507547502990&from=PT>

¹⁷⁹ DIRETIVA 2014/24/UE DO PARLAMENTO EUROPEU E DO CONSELHO (2009). **Jornal Oficial da União Europeia** [Em linha]. [Consult. 05 Mai. 2019]. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:02014L0024-20180101&from=EN>

¹⁸⁰ DIRETIVA 2014/25/UE DO PARLAMENTO EUROPEU E DO CONSELHO (2009). **Jornal Oficial da União Europeia** [Em linha]. [Consult. 05 Mai. 2019]. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:02014L0025-20160101&from=LV>

¹⁸¹ Diz o Decreto-Lei n.º 18/2008, publicado no Diário da República n.º 20/2008, Série I de 2008-01-29, que: “O presente decreto-lei aprova o Código dos Contratos Públicos (CCP), que estabelece a disciplina aplicável à contratação pública e o regime substantivo dos contratos públicos que revistam a natureza de contrato administrativo. Trata-se do primeiro diploma com um tal duplo objecto no ordenamento jurídico português, assumindo-se, por isso, como um importante marco histórico na evolução do direito administrativo nacional e, em especial, no domínio da actividade contratual da Administração. Para além do objectivo de alinhamento com as mais recentes directivas comunitárias, a cuja transposição aqui se procede, o CCP procede ainda a uma nova sistematização e a uma uniformização de regimes substantivos dos contratos administrativos atomizados até agora”. DECRETO-LEI nº 18/08. Diário da República I Série, N.º 20 (29-01-2008).

¹⁸² Decreto-Lei nº 59/99: “[...] Regula-se ex novo a subcontratação em obra pública, criando-se um regime para o contrato de empreitada de direito privado, derogatório daquele que está previsto no capítulo XII do título II do livro II do Código Civil, regime este que, para além das vantagens em termos de conhecimento da actividade, até para efeitos de classificação dos empreiteiros de obras públicas, cria condições de sã concorrência [...]”. DECRETO-LEI nº 59/99. Diário da República I Série, N.º 51 (02-03-1999), p. 1102 – 1156.

Conforme demonstrado, buscou-se neste capítulo analisar a liberdade de contratar, dentro do modelo econômico voltado para a externalização dos serviços e o trabalho digno, fundamento constitucional brasileiro e português.

4 SUBCONTRATAÇÃO: PRECARIZAÇÃO DAS RELAÇÕES FORMAIS DE TRABALHO

É cediço que a globalização fez surgir um novo paradigma na relação capital e trabalho, uma vez que o comprometimento dos empregadores em garantir a segurança, a estabilidade no emprego e a isonomia de tratamento, como base para a dignidade do trabalhador na prestação dos seus serviços, foi diluído pelo novo modelo de gestão descentralizador dos processos produtivos e focado na competitividade do mercado econômico, responsável pelas profundas alterações no paradigma trabalho, criando a qualidade do trabalhador como elo de integração da cadeia produtiva social (subcontratação de serviços), como já analisado no início do presente estudo.

Assim, para as grandes empresas, a descentralização das suas atividades, através da subcontratação de empresa intermediária, apresenta o novo paradigma da relação capital/trabalho, onde, com a ajuda da informática e da comunicação por satélite, vê-se possível a coordenação de diversos fornecedores independentes, sem que haja a necessidade de um comando centralizador. Este fundamento do processo produtivo, para Ricardo Antunes, “vem convertendo a concorrência e a busca de produtividade num processo destrutivo que tem gerado uma imensa precarização do trabalho e o aumento monumental do exército industrial de reserva, do número de desempregados”¹⁸³.

A sociedade brasileira e portuguesa, ao debater o tema, vêm se posicionando no sentido de corroborar o pensamento apresentado, formando um entendimento quase uníssono de que a nova gestão empresarial, centrada na distribuição das atividades produtivas em redes empresariais é nociva à relação de emprego, pois estaria afetando o mínimo existencial do direito do empregado ao trabalho digno. Por esta concepção, a subcontratação de serviços através de parceiros empresariais acaba por enfraquecer a estrutura do emprego direto e da força coletiva sindical, conferindo ao capital um super-privilégio. Ela transforma os trabalhadores em mercadorias, fragiliza o movimento sindical através da dificuldade de coalização, que é a matriz da formação e manutenção dos direitos sociais, possibilitando o ataque do capital sobre o direito do trabalho, com o mote de transformação organizacional para uma economia eficiente.¹⁸⁴

¹⁸³ ANTUNES, Ricardo – **Os sentidos do trabalho: Ensaio sobre a afirmação e a negação do trabalho**. 2ª ed. São Paulo: Boitempo, 2009, p. 17. ISBN 978-85-85934-43-9

¹⁸⁴ A respeito da realidade brasileira, quando da utilização da terceirização dos processos produtivos, Márcio Túlio enfatiza que: “... é verdade que a precariedade tende a aumentar na medida em que se avança pelas malhas da rede. E isso não só porque as parceiras costumam ser mais frágeis, como porque são menos visíveis – a tal ponte que às vezes se escondem num fundo de quintal. Neste caso, então, o que a grande empresa não pode

Neste patamar, é questionável o papel social da terceirização perante as Constituições dos Estados Democráticos de Direito, bem como a Organização Internacional do Trabalho (OIT), cujos núcleos axiológicos são formados pelo princípio da dignidade humana, traduzido no direito fundamental do cidadão ao trabalho digno. A Constituição brasileira vigente, no seu artigo 170, destaca que a ordem econômica “tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social”; logo, a economia capitalista brasileira está fundamentada na valorização do trabalho humano, conforme determina o princípio da dignidade da pessoa humana.

Neste plano, também se encontra a Constituição portuguesa de 1976, que possui como elemento nuclear o princípio da dignidade da pessoa humana, agregando este valor nos direitos fundamentais, especialmente nos direitos, liberdades e garantias dos trabalhadores apresentados nos artigos 53º à 59º, que tratam dos direitos individual e coletivo do trabalho.

Graça Druck apresenta componentes que vinculam a terceirização à precarização do trabalho no Brasil. Dentre os citados pela autora, merecem destaque a “mercantilização da força de trabalho, produzindo um mercado de trabalho heterogêneo e segmentado marcado pela vulnerabilidade estrutural e formas precárias de inserção e contratos, sem proteção social, onde a terceirização serve como um indicador desse processo”; e o “Enfraquecimento da organização sindical e da luta e representação dos trabalhadores, resultante da feroz competição entre trabalhadores, heterogeneidade e divisão, levando à fragmentação dos sindicatos, criada principalmente pela terceirização”.¹⁸⁵

Em relação à Portugal, Ricardo Paes traça comentários sobre o neoliberalismo como modelo de crescimento econômico e social, ressaltando o impacto negativo da intervenção mínima do Estado no desenvolvimento da economia, constatada pela “privatização das empresas e serviços públicos, desregulação dos mercados de trabalho e das actividades produtivas em geral e a liberação dos movimentos internacionais de mercadorias e capitais”.¹⁸⁶ Ele evidencia a ausência de eficácia deste procedimento, para a solução dos

fazer; a pequena faz por ela: paga pouco, sonega direitos, usa máquinas velhas, ignora as normas de prevenção. E assim, pode cobrar menos dinheiro pelas peças que fabrica, o que às vezes é condição de sua própria sobrevivência – Já que trava uma guerra moral com as suas concorrentes...”. VIANA, Márcio Túlio – A terceirização revisitada. **Revista do TST**. São Paulo LTr. Vol. 78, n. 4 (Outubro 2012), p. 3.

¹⁸⁵ DRUCK, Graça - **Unrestrained outsourcing in Brazil: more precarization and health risks for workers**. Cad. Saúde Pública [Em linha]. Scielo, 2016, vol.32, n.6 [Consult. 2019-05-03]. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-11X2016000600502&lng=en&nrm=iso>. Epub June 01, 2016. ISSN 0102-311X. <http://dx.doi.org/10.1590/0102-311X00146315>.

¹⁸⁶ MAMEDE, Ricardo Paes – A crise (adiada) do neoliberalismo). **JANUS: anuário de relações exteriores**. Lisboa: PÚBLICO e Universidade Autónoma de Lisboa. ISBN 978-989-619-221-1. Ano 2011-2012 (Setembro 2011), p. 112-113.

problemas socioeconômicos de Portugal existentes a partir dos anos 70, ressaltando que o traço característico do neoliberalismo é o crescimento das desigualdades sociais, ocasionado pela redução do poder negocial dos trabalhadores, bem como do próprio Estado português, frente ao incentivo e desbloqueio das negociações no âmbito internacional, focadas na competitividade e desenvolvimento do mercado financeiro europeu, sob o custo da precarização das relações laborais.

Neste diapasão, já no fim do século XX, as organizações passam a utilizar a força de trabalho através da cadeia produtiva abastecida por diversos vínculos e modalidades de trabalho, como exemplo a subcontratação, promovendo uma alteração do paradigma estrutural da relação direta de emprego, trazida pelo contrato formal de trabalho firmado entre empregado e empregador.

Sobre o tema da externalização organizacional, João Paulo Feijoo acrescenta que:

As organizações do futuro serão assim estruturadas cada vez mais abertas e difusas, constituídas por várias coroas concêntricas em que se movimentam “produtores” ligados à organização por vários tipos de vínculos e de modalidades de envolvimento: trabalhadores a tempo inteiro e em regime de exclusividade, temporários, reformados, prestadores de serviços, trabalhadores de organizações fornecedoras e subcontratadas, clientes, consultores, etc. Estes vários tipos de “produtores” podem movimentar-se entre umas coroas e outras à medida que o seu envolvimento se intensifica ou se atenua, e na maioria dos casos as suas contribuições não exigem a sua presença física continuada.¹⁸⁷

Desta forma, tanto no Brasil quanto em Portugal, parte da doutrina, como exemplo Maurício Godinho Delgado (Brasil), Ellen Mara Ferraz Hazan (Brasil), Ana Lambelho Costa (Portugal), entende que a subcontratação (terceirização) de serviços, em conformidade com a evolução das organizações e voltada para a externalização dos serviços, ou seja, uma economia terceirizada, gerou redução do conjunto dos direitos mínimos fundamentais dos trabalhadores e uma erosão na proteção, pelos Estados, ao trabalho decente. Este definido por Brito Filho como:

[...] conjunto mínimo de direitos do trabalhador que corresponde: ao direito do trabalho; à liberdade de trabalho; à igualdade no trabalho; ao trabalho com condições justas, incluindo a remuneração, e que preservem sua saúde e segurança; à proibição do trabalho infantil; à liberdade sindical; e à proteção contra os riscos sociais¹⁸⁸.

¹⁸⁷ FEIJOO, João Paulo - **JANUS: anuário de relações exteriores**. Lisboa: PÚBLICO e Universidade Autónoma de Lisboa. ISBN 978-989-619-221-1. Ano 2011-2012 (Setembro 2011), p. 107.

¹⁸⁸ BRITO FILHO, José Cláudio Monteiro de – **Trabalho decente: análise jurídica da exploração do trabalho: trabalho escravo e outras formas de trabalho indigno**. 4ª ed. São Paulo: LTr, 2016. ISBN 978-85-361-8752-5, p. 56.

Confrontando à visão negativa da subcontratação de serviços, parte da doutrina brasileira e portuguesa, como Luís Manuel Paredes (Portugal), Benedita Miranda (Portugal), Wagner Ribeiro D Assumpção (Brasil) e Haruo Ishikawa (Brasil) ressalta que a externalização dos processos produtivos das organizações pode ser vista como um catalisador para uma competitividade eficiente do mercado, uma vez que possibilita uma melhor qualificação do trabalhador contratado por uma empresa terceirizada especializada, bem como, amplia o mercado de trabalho.¹⁸⁹

No Simpósio Brasileiro de Políticas Públicas para Comércio e Serviços (SIMBRACS) realizado em 2013 foi ressaltado que:

“O setor terciário mostra importância fundamental para a dinâmica econômica brasileira por sua influência decisiva no crescimento, no emprego, na competitividade empresarial e no bem-estar da população. Não é coincidência que, de 2003 a 2013, houve elevação de quase cinco pontos percentuais na participação do setor no Produto Interno Bruto, atingindo quase 70%. Ao mesmo tempo, o comércio e os serviços privados têm gerado cerca de 73% dos empregos formais na economia. Assim, o setor mostra-se pujante, em contexto de desemprego em queda e crescimento da renda e da formalidade.”¹⁹⁰

Por seu turno, aqueles que defendem a externalização dos serviços, tais como Filipe Duarte e Vasco Cunha, frisam que Portugal é um país em franco desenvolvimento do outsourcing, cujo benefício social primordial é a geração de empregos e o enriquecimento da economia portuguesa, através da conquista de investidores internacionais, frente às empresas multinacionais concorrentes dentro do território europeu.

Os motivos que atraíram os investidores internacionais para a economia portuguesa são: mão-de-obra qualificada; ensino superior de qualidade; salários competitivos em relação aos demais países europeus concorrentes; ambiente de negócios favoráveis; legislação administrativa, tributária e laboral modernizada e, no caso da legislação do trabalho, mais flexibilizada; infraestrutura de qualidade; e apoio ao investimento¹⁹¹. Portanto, os serviços de

¹⁸⁹ Haruo Ishikawa ressalta a especialização do trabalhador no setor brasileiro da construção civil, e destaca as diversas especificações de pedreiros, dizendo: Hoje, por exemplo, há mais de dez especificações de pedreiros. O que assenta tijolo não faz revestimento. O que faz revestimento interno não faz revestimento externo. O azulejista não executa piso cerâmico. O que estamos mostrando é que o setor da construção civil é diferente, pois absorve mão de obra de todos os níveis, com treinamento específico [...]. Ishikawa, Haruo - Resistência à terceirização dificulta construção civil. **Cia. de Cimento Itambé** [Em linha]. São Paulo. (2013). Entrevista concedida a Altair Santos MTB 2330. [Consult. 10 Maio 2019]. Disponível em: <https://www.cimentoitambe.com.br/resistencia-a-terceirizacao-dificulta-construcao-civil/>

¹⁹⁰ SIMBRACS - Protagonismo do setor terciário no desenvolvimento nacional. **Revista SIMBRACS** [Em linha]. 2ª ed. (2014), p. 3. [Consult. 05 Maio 2019]. Disponível em: http://www.mdic.gov.br/arquivos/dwnl_1414688276.pdf

¹⁹¹ **Revista Portugalglobal** [Em linha]. Nº 64. (abril 2014), p. 12 [Consult Maio 2019]. Disponível em: <http://www.revista.portugalglobal.pt/AICEP/PortugalGlobal/Revista64/?page=12>

outsourcing são imprescindíveis para a disposição competitiva da economia portuguesa perante a economia global¹⁹².

Nessa perspectiva benéfica do setor terceirizado (outsourcing), Benedita Miranda afirmou que:

“[...] Portugal está bem posicionado para o desenvolvimento do sector, sendo claramente competitivo pelo pacote de vantagens que oferece a quem investe. “Além de dispor de uma boa infra-estrutura tecnológica e de estar geograficamente bem situado, Portugal tem colaboradores com boa formação académica e fluentes em línguas, as equipas de gestão portuguesas têm competências reconhecidas e uma enorme flexibilidade e adaptabilidade para dar resposta aos nossos clientes e à expansão do negócio”.¹⁹³

Por esse ângulo, a qualificação do trabalhador terceirizado é o novo paradigma organizacional. Assim, a política de gestão de pessoas sofreu alterações, para agregar o valor do conhecimento como fator de produção e riqueza econômica. Porém, como o conhecimento é profundamente dinâmico, ficando ultrapassado rapidamente, há a preocupação das organizações, dentro de um cenário globalizado e competitivo, em manter um aprimoramento contínuo do trabalhador. Daí a construção de uma mão-de-obra qualificada e intensivamente solicitada no momento da terceirização dos processos produtivos das organizações. Logo, para os defensores do crescimento do outsourcing este é um dos grandes benefícios oriundos da subcontratação, qual seja, o fomento ao emprego formal.

¹⁹² Sobre o papel dos serviços na competitividade da economia globalizada: “Os serviços são essenciais para o funcionamento eficiente de uma economia. Atualmente, nos países desenvolvidos, o sector de serviços representa mais de 70% da produção e do emprego e, por outro lado, desempenha um papel fundamental na inovação e na produção do conjunto da atividade económica. Estatisticamente é um facto que os países com sectores de serviços mais eficientes beneficiam de uma produtividade e de um potencial de crescimento mais elevado. Uma economia com um sector de serviços dinâmico, eficiente e sujeito à concorrência internacional beneficia de vantagens competitivas relevantes na produção de bens e serviços na economia global. Neste sentido, constituindo o sector dos serviços uma componente estratégica para a competitividade da economia no contexto da globalização, é essencial que as políticas públicas sejam orientadas no sentido de favorecer e fomentar a inovação, o crescimento e a criação de emprego nos serviços. O termo “serviços” abrange um conjunto muito diversificado de atividades. Como ponto de partida poderia dizer-se que os serviços são atividades que produzem valor, fornecendo soluções para os problemas dos clientes. Nesta perspetiva holística, o sector dos serviços inclui toda a criação de riqueza imaterial”. “[...] Como resultado, os serviços estão a evoluir no sentido de eles próprios se tornarem um “fator na produção” dos bens, ao nível do trabalho e do capital, e revelam-se essenciais para o funcionamento eficiente de uma economia. Nos países desenvolvidos, o sector dos serviços representa mais de 70% da produção e do emprego e desempenha um papel fundamental na inovação e na produção do conjunto da atividade económica [...]”. RIBEIRO, José Félix, et. al. - **O sector dos Serviços e a Competitividade da Economia**. [Em linha]. Portugal: Confederação do Comércio e Serviços de Portugal (CCP), 2012. [Consult. 05 Maio 2019]. Disponível em: <https://slidex.tips/download/o-sector-dos-servios-e-a-competitividade-da-economia>.

¹⁹³ MIRANDA, Benedita - “Estamos focados em marcas e clientes globais”. **Revista Portugalglobal** [Em linha]. Nº 64. (abril 2014), p. 28 [Consult. Maio 2019]. Disponível em: <http://www.revista.portugalglobal.pt/AICEP/PortugalGlobal/Revista64/?page=12>

Diante dos postulados acima, nota-se, que o enfoque negativo da subcontratação está centrado na responsabilidade social da gestão empresarial das pessoas, ou seja, a visão que as organizações devem ter sobre a realização pessoal do trabalho, no âmbito do Estado Democrático de Direito, cuja estrutura é sustentada pelo princípio da dignidade da pessoa humana, preconizado pela OIT “em todo lugar, e para todos, o trabalho decente é um meio de garantir a dignidade humana”¹⁹⁴. De modo geral, a gestão dos processos produtivos passa a ter um papel primordial para a organização externalizada em cadeias produtivas, pois esta pode ser agressiva e ofender a dignidade do trabalhador, transformando-o em “mercadoria”, ou ser responsável socialmente, consagrando o valor social do trabalho e motivando o respeito pela pessoa do trabalhador, traduzido pelo trabalho decente.

A concepção propagada pela OIT é que o trabalho decente não inviabiliza a eficiência da economia, ao contrário, promove um aumento de produtividade e estimula a demanda e o investimento, repercutindo positivamente no crescimento econômico. Portanto, o pacto social entre trabalhadores e empresas, sob o agasalho das respectivas Constituições democráticas, certamente é um bom caminho, para garantir o trabalho digno inserido neste novo modelo organizacional, traduzido pelas cadeias produtivas da economia.

Apenas sob o manto do mínimo existencial protegido pelo Estado, acrescido dos direitos trabalhistas negociados coletivamente é que se cristalizará a eficiência social. Em face da supremacia constitucional do princípio da dignidade da pessoa humana, o controle civilizatório da subcontratação pela ordem jurídica brasileira e portuguesa se faz presente e deve ser mantido para garantir a dignidade do trabalhador em todos os níveis das cadeias produtivas da economia terceirizada.

4.1 A despersonalização do empregador

Como já demonstrado anteriormente, atualmente existem duas concepções antagônicas sobre a subcontratação de serviços: a primeira exalta a subcontratação de serviços como fonte de riqueza e trabalho; enquanto a segunda entende que a subcontratação implica na precarização do trabalho formal, afrontando diretamente a dignidade do trabalhador e, por isso, representando um retrocesso na luta dos trabalhadores por um trabalho decente.

¹⁹⁴ “*en todas partes, y para todos, el trabajo decente es un medio para garantizar la dignidade humana*”. Reducir el déficit de trabajo decente: un desafío global. **Boletim CINTERFOR** [Em linha]. Nº 151 (2001). [Consult. 02 Maio 2019]. Disponível em: <https://www.oitcinterfor.org/art%C3%ADculo/reducir-d%C3%A9ficit-del-trabajo-decente-desaf%C3%ADo-global-promover-trabajo-decente-per%C3%ADodo-incerti> ou https://www.oitcinterfor.org/sites/default/files/file_articulo/oit34.pdf

Diante destas visões contraditórias, faz-se necessário trazer alguns esclarecimentos e conceitos estruturais dos sujeitos da relação de emprego, empregador e empregado, a fim de que seja possível analisar a evolução do contrato de trabalho, que foi norteado originariamente pela autoridade (subordinação), na seara psicológica das partes, bem como no ordenamento jurídico brasileiro e português.

A relação empregatícia de trabalho na origem é bilateral e vinculada ao sistema econômico produtivo da sociedade industrial contemporânea a partir da Revolução Industrial, onde a eficiência nos processos de produção foi marcante e traduzida, inicialmente pelos sistemas taylorista e fordista através do trabalho realizado pelos empregados de forma intensiva, com gestão implacável do tempo e deslocamento e, ainda, sem qualquer autonomia. Aos empregados era imposta a total subordinação às ordens emanadas por seus empregadores sem qualquer direito de resistência, equiparando-se a uma máquina utilizada para expandir a produção industrial de maneira silenciosa. Assim, a concepção fordista/taylorista¹⁹⁵ constrói um “contrato de trabalho psicológico”, baseado na divisão da vida profissional e privada do trabalhador, bem como na lealdade e sujeição deste à organização empregadora, nos moldes do ordenamento jurídico pertinente à relação jurídica de emprego.¹⁹⁶

Por sua vez, em face do desgaste dos sistemas acima apresentados, motivado pela redução do crescimento da economia e outros fatores sociais, que não são necessários ao presente estudo científico, surgiu o novo paradigma econômico, criado no Japão por Taiichi Ohno e, por isso, denominado como Toyotismo, onde o foco da produção é a necessidade do consumidor.

¹⁹⁵ “O sistema taylorista/fordista de organização expandiu-se nas economias capitalistas centrais durante as duas guerras mundiais, após o que foi difundido internacionalmente no longo ciclo de crescimento econômico, fundado na produção e no consumo de massa, que se seguiu. Nos países capitalistas, centrais e periféricos, o sistema de produção em larga escala de produtos standardizados fordista articulou-se aos Estados de bem-estar social e à constituição dos grandes sindicatos de trabalhadores. O equilíbrio desta articulação manteve-se até meados dos anos de 1970, quando sofreu o impacto de transformações de várias ordens [...]”. PINTO, Geraldo Augusto. **A organização do trabalho no século 20: Taylorismo, Fordismo e Toyotismo**. São Paulo: Expressão Popular, 2007. ISBN 978-85-7743-028-4, p. 37.

¹⁹⁶ Neste sentido, De Masi se pronunciou dizendo: “A linha de montagem evita que o trabalhador se desloque ou se movimente para pegar um componente, porque leva as peças ao lugar preciso onde ele deve utilizá-las. Desse modo, grande parte do tempo antes perdido pelos operários é incorporado na linha de montagem. O trabalho se parceliza posteriormente e perde qualidade; a produtividade cresce visivelmente. Onde enlouquecia a desordem das coisas, o perambular e o vozerio dos homens, agora reinam, soberanos, a precisão dos gestos, o silêncio das pessoas, a força da máquina. [...] Em poucos anos a linha de montagem – posta no ponto, finalmente – conseguiu quadruplicar o rendimento de cada operário”. De Masi, Domenico - **O futuro do trabalho: fadiga e ócio na sociedade pós-industrial**. 7. ed. Rio de Janeiro: José Olympio, 2003, p. 135, *apud* Tadeu Henrique Lopes da Cunha. O fordismo/taylorismo, o toyotismo e as implicações na terceirização. Boletim Científico ESMPU [Em linha], a. 15, n. 47 (jan./junho 2016), p. 187. [Consult. 5 Maio 2019]. Disponível em: https://escola.mpu.mp.br/publicacoes/boletim-cientifico/edicoes-do-boletim/boletim-cientifico-n-47-janeiro-junho-2016/o-fordismo-taylorismo-o-toyotismo-e-as-implicacoes-na-terceirizacao/at_download/file.

Logo a produção é proporcional a demanda do mercado consumidor. Desta forma, susta-se a produção em massa, robotizada, para dar espaço a qualidade e especialização dos produtos. A organização tem o foco voltado para a inovação através de produtos diversificados, com o objetivo de alcançar um consumidor diferenciado, específico (produção flexível). Neste momento, apresenta-se o conceito “*just in time*”, porque, antes de iniciar a produção, é realizada uma análise da demanda do público alvo consumidor do produto, gerando, inclusive, uma redução de custos pela otimização da produtividade, bem como o aumento da riqueza.

Por conseguinte, constata-se a necessidade de qualificação e especialização do trabalhador em todos os processos produtivos. O modelo de gestão organizacional Toyotista induz ao empregado o sentimento de união, agregação, onde ele deixa de ser visto como uma máquina substituível, adquirindo o sentido de equipe com responsabilidades e comprometimento perante a organização. Este sistema de produção organizacional direcionou o seu foco na externalização das etapas produtivas, almejando uma maior e mais eficiente competitividade no mercado globalizado.

Neste sentido, as organizações começaram a reduzir sua estrutura e a utilizar a subcontratação como mecanismo de gestão qualificador da produção e gerador de riquezas no âmbito da economia globalizada e determinada a “flexibilizar os mercados de trabalho, as relações de trabalho, os mercados de consumo, as barreiras comerciais e o controle da iniciativa privada pelo Estado”¹⁹⁷. Em razão disto, as organizações transnacionais passaram a deslocar, transferir parte dos seus processos produtivos para pequenas e médias empresas, pretendendo a otimização da produção com o menor custo possível.

Portanto, a subcontratação ou terceirização, como é comumente chamada no Brasil, é caracterizada pelo fracionamento da gestão empresarial sobre o capital humano. Assim, nota-se a separação da relação econômica do trabalho da relação jurídica de emprego, ou seja, o empregado é inserido no processo produtivo da empresa contratante (terceirizante), sendo que o vínculo de emprego e sua responsabilidade direta pertence a empresa subcontratada (empregadora formal), como esclarece Maurício Godinho Delgado,¹⁹⁸ cria-se uma “relação trilateral”, qual seja, empresa contraente (terceirizante) _ empresa subcontratada (terceirizada) _ empregado, integralmente diferenciada da relação socioeconômica e jurídica bilateral

¹⁹⁷ PINTO, Geraldo Augusto. **A organização do trabalho no século 20: Taylorismo, Fordismo e Toyotismo.** *Op. Cit.*, p. 40.

¹⁹⁸ DELGADO, Maurício Godinho. Curso de Direito do trabalho. *Op. Cit.*, p. 426.

existente nos modelos econômicos taylorista e fordista acima analisados, esclarece-se, superficialmente.¹⁹⁹

Fazendo um contraponto à preocupação sobre a precarização do trabalho realizado de forma intermediária, observou José Ajuricaba da Costa e Silva, que no Japão não há resistência por parte dos trabalhadores na utilização da subcontratação como ferramenta de gestão e sob o manto da legalidade²⁰⁰.

Ao contrário, o sentimento é de satisfação pelo desenvolvimento de uma economia fundada na responsabilidade social. Verifica-se, portanto, que é possível e imprescindível a adequação dos trabalhadores ao modelo econômico, através das transformações já ocorridas na gestão empresarial, notadamente na gestão das pessoas, onde o “talento” e a especialização da mão-de-obra, obtida pelo *know-how* (conhecimento), é o seu núcleo axiológico.

A predominância do conhecimento, no novo paradigma da gestão do capital humano, se dá, justamente, em face da busca por uma economia eficiente e competitiva. Logo, quanto mais distribuição do conhecimento maior será a produtividade e, conseqüentemente, a riqueza, razão pela qual, a subcontratação para a realização das etapas produtivas, criando uma cadeia produtiva, é essencial para o sucesso econômico das organizações do século XXI.

A partir dessas premissas, vislumbra-se que a relação trilateral construída pela subcontratação altera o que João Paulo Feijoo chama de contrato psicológico, “[...] ou seja, as crenças, as percepções, as expectativas e as obrigações informais recíprocas entre trabalhador e organização que o emprega [...]”²⁰¹, para dar lugar a um novo contrato psicológico, que substitui a fidelidade do empregado adquirida pela promessa de um emprego estável, para uma fidelidade contratual construída sobre a promessa de desenvolvimento profissional e de empregabilidade. Assim, vê-se desconstituída a bilateralidade (empregado-empregador),

¹⁹⁹ A respeito da relação trilateral construída pela subcontratação, Maurício Godinho se pronuncia para ressaltar que: “[...] Essa dissociação entre relação econômica de trabalho (firmada com a empresa tomadora) e a relação jurídica empregatícia (firmada com a empresa terceirizante) traz graves desajustes em contraponto aos clássicos objetivos tutelares e redistributivos que sempre caracterizavam o Direito do Trabalho ao longo de sua história. DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. *Ibidem*.

²⁰⁰ “a subcontratação e a terceirização são praticadas em larga escala. Os sindicatos japoneses não se opõem a isso, pois entendem que este sistema maximiza resultados para a empresa (e conseqüentemente para os empregados) e, por isso, é bom. No setor siderúrgico, a proporção de trabalhadores subcontratados em relação ao total do setor é de 45%. Em algumas usinas mais modernas, esse número chega a 60%. No setor naval, igualmente, a subcontratação atinge cerca de 33% dos trabalhadores. O mesmo ocorre nos setores químico e da construção. Os trabalhadores subcontratados do setor siderúrgico têm seu próprio sindicato, embora, em vários setores, eles não estejam organizados. Há muitos trabalhadores que se aposentam nas grandes empresas e vão trabalhar como subcontratados nas mesmas”. SILVA, José Ajuricaba da Costa e – Terceirização: a solução jurídica japonesa. **Revista LTr**. São Paulo: LTr. V. 58, n. 2 (Fevereiro 1994), p. 141 *apud* Carlos Henrique Bezerra Leite – Curso de direito do trabalho. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017. ISBN 978-85-472-1370-1.

²⁰¹ FEIJOO, João Paulo - **JANUS: anuário de relações exteriores**. Lisboa: PÚBLICO e Universidade Autónoma de Lisboa. ISBN 978-989-619-221-1. Ano 2011-2012 (Setembro 2011), p. 107.

característica do contrato de trabalho tradicional, e, conseqüentemente, alterada a responsabilidade das organizações sobre o empregado, agora inserido na cadeia produtiva.

No Brasil, a questão da responsabilidade sobre o contrato de trabalho dos empregados terceirizados sempre foi de suma importância, em face da tentativa constante de precarizar a relação de emprego, com o objetivo de reduzir custos, principalmente os tributários, pois a relação de emprego na sociedade brasileira é a que tem maior carga tributária para as organizações. Portanto, a subcontratação de serviços acaba por ser a maneira pela qual retira-se ou reduz-se a carga tributária da empresa contratante (terceirizante). Até novembro de 2017, não havia legislação específica que regulamentasse a terceirização para uma análise sobre a licitude na sua utilização.

Assim, a licitude ou não da prestação de serviços terceirizados era conferida pelos patamares dispostos da Súmula 331 do TST, cujo conteúdo já foi transcrito em capítulo anterior, e a responsabilidade da organização contratante sobre a mão-de-obra subcontratada licitamente foi entendida como subsidiária (responsabilidade secundária), permanecendo a responsabilidade direta do empregador (organização subcontratada) sobre o contrato de trabalho dos empregados que prestam serviços à empresa contratante. Após o advento da Lei n. 13.467/2017, foi consolidada a responsabilidade subsidiária da organização contratante, sobre os contratos de trabalho dos empregados da empresa intermediadora dos serviços contratados, bem como definidos os parâmetros legais para a subcontratação dos serviços realizados pela cadeia produtiva.

Diante disso, o poder de comando do empregador tradicional sobre o contrato de trabalho, traduzido pela concentração do conhecimento técnico “nas mãos” do empregador e pela sujeição econômica do empregado, disposta no artigo 3º da CLT²⁰², deixa de ser o centro do direito do trabalho, abrindo espaço à chamada subordinação estrutural²⁰³, mais adequada

²⁰² Artigo 3º da CLT: “Art. 3º - Considera-se empregado toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário”. FILHO, Armando Casimiro Filho; et. al. – **CLT-LTr: de acordo com a reforma trabalhista**. 48ª ed. São Paulo: LTr, 2017. ISBN 853619431

²⁰³ Carlos Henrique Bezerra Leite apresenta entendimento jurisprudencial sobre a subordinação estrutural disposto no acórdão proferido Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região, parcialmente transcrito, afirma-se que: “[...] Nesta virada de século, tudo tem um núcleo e uma periferia: cidadãos que estão no núcleo e que estão na periferia. Cidadãos incluídos e excluídos. Trabalhadores contratados diretamente e terceirizados. Sob esta ótica de inserção objetiva, que se afigura alargante (não alarmante), eis que amplia o conceito clássico da subordinação, o alimpamento dos pressupostos do contrato de emprego torna fácil a identificação do tipo just trabalhista. Com ou sem as marcas, as marchas e as manchas do comando tradicional, os trabalhadores inseridos na estrutura nuclear de produção são empregados. Na zona grise, em meio ao fogo jurídico, que cerca os casos limítrofes, esse critério permite a interpretação teleológica desaguadora na configuração do vínculo empregatício. Entendimento contrário, *data venia*, permite que a empresa deixe de atender a sua função social, passando em algumas situações, a ser uma empresa fantasma – atinge seus objetivos sem empregados. Da mesma forma que o tempo não apaga as características da não eventualidade; a ausência de comando não esconde a dependência, ou, se quiser, a subordinação, que modernamente, face à empresa flexível, adquire,

ao novo modelo das organizações do século XXI, principalmente, em relação à gestão das pessoas.

Segundo Carlos Henrique Bezerra Leite subordinação estrutural “é uma construção doutrinária que identifica a inserção do trabalhador na dinâmica e organização da atividade econômica do tomador de seus serviços, ou seja, na sua estrutura organizacional, independentemente de receber dele ordens diretas, como uma forma de caracterização da relação empregatícia”²⁰⁴.

Contudo, é importante esclarecer que atualmente é lícita a prestação de serviços terceirizados de todos os processos produtivos. Logo, a existência da subordinação estrutural, que traduz a ilicitude da subcontratação, deverá ser reconhecida no caso concreto, de outra forma, a responsabilidade do contrato de trabalho em relação à empresa contratante será apenas subsidiária (responsabilidade secundária).²⁰⁵

Em Portugal, as normas laborais têm sido modificadas para intensificar a responsabilidade jurídica nas relações trilaterais, onde o beneficiário da prestação do serviço não é o próprio empregador, aplicando punições para aqueles que buscarem a precarização do trabalho, descumprindo, assim, o princípio da boa-fé contratual (que será analisado em breve).

Neste sentido, a Lei 28/2016²⁰⁶ altera o nº 2 do artigo 174º do Código do Trabalho, para responsabilizar subsidiariamente a empresa tomadora do serviço, realizado através do contrato de utilização de trabalho temporário (aquele celebrado entre empresa de trabalho temporário e um utilizador nos moldes da alínea “c” do artigo 172º do CT), pelos créditos trabalhistas sem determinação de tempo e, ainda estendeu esta responsabilidade aos “respectivos gerentes, administradores ou diretores, assim como as sociedades que com aquele se encontrem em relação de participações recíprocas, de domínio ou de grupo”.

paralelamente, cada dia mais, os contornos mistos da clássica dependência econômica (TRT 3ª R. – RO 00942-2008-109-03-00-2 - 4ª T. – Rel. Des. Luiz Otávio Linhares Renault – DJ 13.12.2008). LEITE, Carlos Henrique Bezerra – **Curso de direito do trabalho**. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017. ISBN 978-85-472-1370-1, p. 170.

²⁰⁴ LEITE, Carlos Henrique Bezerra – **Curso de direito do trabalho**. *Op. Cit.*, p. 169.

²⁰⁵ Assim é o entendimento do Arion Sayão Romita: “[...] são lícitas as modalidades de contrato da quais não derivam prejuízos para o trabalhador nem fraude à legislação previdenciária. A mera exteriorização de serviços refletida em subcontratação de serviços e em interposição de empresas não pode ser acoimada de ilegal [...]”. ROMITA, Arion Sayão – **Política de emprego: intermediação do trabalho, trabalho temporário, prestação de serviços por Empresa**. Curitiba: Genesis, 1993. ISBN 1000209208138, *apud* Carlos Henrique Bezerra Leite – **Curso de direito do trabalho**. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017. ISBN 978-85-472-1370-1, p. 344.

²⁰⁶ Artigo 174º, nº 2, CT alterado pelo artigo 2º da Lei 28/2016: “A empresa de trabalho temporário e o utilizador de trabalho temporário, bem como os respetivos gerentes, administradores ou diretores, assim como as sociedades que com a empresa de trabalho temporário ou com o utilizador se encontrem em relação de participações recíprocas, de domínio ou de grupo, são subsidiariamente responsáveis pelos créditos do trabalhador e pelos encargos sociais correspondentes, assim como pelo pagamento das respetivas coimas”. LEI nº 28/16. **Diário da República I Série, Nº 161** (23-08-16), p. 2828-2829.

Anteriormente, a legislação trabalhista responsabilizava subsidiariamente o utilizador dos serviços temporários durante apenas os primeiros 12 meses de trabalho. Destarte, é importante informar que, em harmonia as alterações legislativas no trabalho temporários e a responsabilidade subsidiária sobre os créditos trabalhistas, foi também alterado o Regimento Jurídico do Exercício e Licenciamento das Agências Privadas de Colocação e das Empresas de Trabalho Temporário²⁰⁷, para inserir a responsabilidade solidária dos pelos créditos e encargos trabalhistas, bem como sobre a condenação nas sanções cabíveis à espécie.

A legislação em comento também alterou o artigo 551²⁰⁸ do Código do Trabalho, para estender a responsabilidade solidária do contratante principal aos “gerentes, administradores ou diretores, assim como as sociedades que com o contratante, dono da obra, empresa ou exploração agrícola se encontrem em relação de participações recíprocas, de domínio ou de grupo”, em face de qualquer ilicitude trabalhistas ocorrida durante a subcontratação. Ainda altera o regime jurídico da promoção de segurança e saúde no trabalho²⁰⁹ para abranger os respetivos gerentes, administradores ou diretores, assim como as sociedades que com o dono da obra, empresa ou exploração agrícola, empresa utilizadora ou adjudicatária de obra ou serviço se encontrem em relação de participações recíprocas, de domínio ou de grupo na responsabilidade solidária pelas ilicitudes cometidas durante a prestação do serviço subcontratado.

Por fim, verifica-se que a preocupação legislativa é coibir a ilicitude trabalhista advinda da subcontratação e não a própria subcontratação, posto que é notória a sua importância no cenário da economia globalizada.

²⁰⁷ Artigo 13º, nº 5, alterado pelo artigo 4º da Lei 28/2016: “O utilizador, bem como os respetivos gerentes, administradores ou diretores, assim como as sociedades que com aquele se encontrem em relação de participações recíprocas, de domínio ou de grupo, são solidariamente responsáveis pelo incumprimento, por parte da empresa de trabalho temporário, dos encargos e obrigações legais relativas aos trabalhadores, bem como pelo pagamento das respetivas coimas. LEI nº 28/16. *Idem.* - *Ibidem.*

²⁰⁸ Artigo 551º, nº 4, CT, alterado pelo artigo 2º da Lei 28/2016: “O contratante e o dono da obra, empresa ou exploração agrícola, bem como os respetivos gerentes, administradores ou diretores, assim como as sociedades que com o contratante, dono da obra, empresa ou exploração agrícola se encontrem em relação de participações recíprocas, de domínio ou de grupo, são solidariamente responsáveis pelo cumprimento das disposições legais e por eventuais violações cometidas pelo subcontratante que executa todo ou parte do contrato nas instalações daquele ou sob responsabilidade do mesmo, assim como pelo pagamento das respetivas coimas”. LEI nº 28/16. *Idem.* *Ibidem.*

²⁰⁹ Artigo 16º, nº 5, alterado pelo artigo 3º da Lei 28/2016: “O dono da obra, empresa ou exploração agrícola e a empresa utilizadora ou adjudicatária de obra ou serviço, bem como os respetivos gerentes, administradores ou diretores, assim como as sociedades que com o dono da obra, empresa ou exploração agrícola, empresa utilizadora ou adjudicatária de obra ou serviço se encontrem em relação de participações recíprocas, de domínio ou de grupo, são solidariamente responsáveis pelas violações das disposições legais relativas à segurança e saúde dos trabalhadores temporários, dos que lhe forem cedidos ocasionalmente ou dos trabalhadores ao serviço de empresas prestadoras de serviços, cometidas durante o exercício da atividade nas suas instalações, assim como pelo pagamento das respetivas coimas”. LEI nº 28/16. *Idem.* - *Ibidem.*

4.2 Compatibilidade com os princípios e normas gerais do trabalho civilizado

Em termos gerais, sendo a subcontratação realizada através de um contrato sinalagmático, as partes contraentes estão sujeitas as regras jurídicas relativas à responsabilidade sobre o inadimplemento de quaisquer obrigações contraídas. A partir da constitucionalização do direito civil na Carta Magna brasileira de 1988, as relações jurídicas contratuais estão agasalhadas nos princípios da dignidade da pessoa humana e boa-fé contratual, bem como na função social do contrato, contudo, foi no princípio da boa-fé que o direito contratual se estrutura.

No mesmo sentido Portugal que, já em 1966, inseriu o princípio da boa-fé objetiva no artigo 762º, nº 2, do Código (Decreto-Lei 47344/1966), que dispunha: “No cumprimento da obrigação, assim como no exercício do direito correspondente, devem as partes proceder de boa-fé”²¹⁰.

A mais recente atualização do código civil português, realizada através da Lei 13/2019, mantém o princípio fundamental da boa-fé contratual no seu artigo 227º, nº1, quando afirma: “Quem negocia com outrem para conclusão de um contrato deve, tanto nos preliminares como na formação dele, proceder segundo as regras da boa-fé, sob pena de responder pelos danos que culposamente causar à outra parte”²¹¹. Com efeito, a premissa de que a relação contratual deve ser pautada em lealdade e confiança também é consagrada na subcontratação e no contrato de trabalho.

Não se contesta na relação de emprego que a responsabilidade direta sobre o contrato de trabalho é do empregador, em face do princípio da assunção do risco empresarial disposto no artigo 2º, caput, da CLT e no artigo 551º do Código do Trabalho português. Porém, na subcontratação é visto a delegação dos débitos trabalhistas de responsabilidade direta da empresa contratada à empresa contratante dos serviços, visto que esta se beneficia da mão-de-obra trabalhadora e, por isso, a importância do princípio da boa-fé no negócio jurídico firmado na contração de serviços por empresa interposta.

É importante esclarecer que no Brasil a alteração da Lei 6.019/1974, ocorrida no ano de 2017 para normatizar a terceirização, consagrou a responsabilidade subsidiária²¹² da

²¹⁰ DECRETO-LEI Nº 47344/66. **Diário da República I Série**, Nº 274 (25-11-1966), p. 1883-2086.

²¹¹ LEI 13/2019. **Diário da República I Série**, Nº 30 (12-02-2019), p. 1173-1181

²¹² Também denominada como responsabilidade secundária sobre o contrato de trabalho dos empregados subcontratados, ela exige que a empresa contratante arque com os débitos laborais, caso a empresa contratada, que possui a responsabilidade primária de cumprir tempestivamente com as obrigações trabalhistas dos seus empregados, não o faça e não possua patrimônio para satisfação da dívida trabalhista. Portanto, caracteriza-se a figura dos devedores sucessivos das obrigações laborais inadimplidas.

organização contratante do serviço, pois na CLT não havia regulamentação, diferentemente do código laboral português, que, no artigo 549º combinado com o artigo 551º, dispõe sobre a responsabilidade solidária do contratante pelas sanções aplicadas ao subcontratante, na seara do direito material do trabalho e, na seara processual, através do regime processual aplicável às contra-ordenações laborais e de segurança social disposto na Lei nº 107/2009²¹³.

Desta forma, nota-se que a responsabilidade da empresa contratante, subsidiária ou solidária, está intrinsecamente vinculada ao princípio da boa-fé contratual nas suas duas concepções, quais sejam, objetiva (cumprimento das normas jurídicas aplicáveis à subcontratação de serviços) e subjetiva (relativa aos elementos psicológicos, o sentimento dos sujeitos negociais).

Assim, a organização contratante, antes de formalizar a subcontratação do serviço que deseja externalizar, deve se preocupar com a saúde financeira e com a idoneidade da pessoa jurídica que pretende subcontratar, notadamente, no que pertine aos direitos trabalhistas dos empregados que prestarão o serviço e, ainda, manter uma fiscalização sobre o modo de execução dos serviços e os créditos trabalhistas durante a vigência da terceirização.

Em observância aos direitos trabalhistas fundamentais, normatizados nacional e internacionalmente com base no princípio nuclear da dignidade da pessoa humana, o negócio jurídico firmado através da subcontratação não pode intentar descumprir ou permitir que sejam descumpridos os direitos dos empregados prestadores do serviço subcontratado, sob pena de ser o contrato configurado ilícito já que firmado com finalidade antissocial e distanciado do que se estende por trabalho dignificante.

No sentido de ser o princípio da dignidade da pessoa humana o núcleo de todo o ordenamento jurídico do Estado Democrático de Direito, ressalta Arion Sayão Romita:

“A dignidade da pessoa humana atua como fundamento do princípio estruturante do Estado democrático de direito e, em consequência, impregna a totalidade da ordem jurídica, espraia-se por todos os ramos do direito positivo e inspira não só a atividade legislativa como também a atuação do Poder Judiciário”.²¹⁴

Destarte, sendo realizada uma gestão de qualidade, focada na responsabilidade social dos contratos, certamente, a questão da precarização da relação de emprego seria debatida sob o enfoque da atuação do sindicalismo perante a transformação organizacional presente no século XXI.

²¹³ LEI nº 107/09. **Diário da República I Série**, Nº 178 (14-09-2009), p. 6255-6263.

²¹⁴ ROMITA, Arion Sayão – **Direitos Fundamentais nas relações de trabalho**. São Paulo: LTr, 2005. ISBN 978-85-361-2765-1, p. 251.

4.3 Atuação Sindical no Brasil na terceirização

A questão da representação sindical dos trabalhadores na subcontratação (terceirização) enfrenta, no Brasil, problemas mais sérios do que em Portugal, em face do sistema sindical brasileiro fundamentado no intervencionismo estatal predominante e que vem regulando unilateralmente a liberdade sindical, restringindo a sua atuação sindical. Para compreensão, faz-se necessário um breve histórico do sindicalismo brasileiro.

Registros históricos indicam que a partir da Constituição Imperial de 1824, através da extinção das corporações de ofício disposta no artigo 179, foi concedido ao trabalhador o direito de associação, originando algumas entidades, dentre elas a Liga Operária (datada de 1870) e a União Operária, criada na década de 1880, objetivando defender os trabalhadores nelas associados. Em 1903 foram instituídas algumas associações de classe, tais como a União dos Operários Estivadores e a Sociedade União dos Foguistas. Logo em 1917 foi criada a União dos Operários em Fábrica de Tecidos.

Tais entidades mesmo não possuindo natureza de sindicato, já indicavam um sentimento de coletividade e reconhecimento do impacto dos movimentos dos trabalhadores na sociedade brasileira do século XX. Assim, em 1907, através do Decreto nº 1637, foi facultado aos trabalhadores a criação de sindicatos, inclusive sindicatos de profissionais liberais.

Contudo, a tendência marxista, como marco para a atuação sindical, em franco crescimento entre os operários brasileiros a partir de 1917, não logrou o êxito esperado, em face da intensificação da industrialização, da imigração de trabalhadores para o Brasil e, ainda, a segregação do negro após o fim da escravidão. Assim, o ideal anarquista, como era chamado em face do movimento grevista dos trabalhadores por melhores condições de trabalho, foi reprimido logo em 1922, momento em que o governo federal da “República Velha”²¹⁵ declarou extinta a Confederação geral dos Trabalhadores, com a finalidade de impedir a reação operária e a promoção das ideologias socialista e comunista na construção

²¹⁵ Período da história do Brasil entre 1889 a 1930 que marcou a extinção do Estado Monárquico e o nascimento da República Brasileira, através do golpe militar liderado pelo Marechal Deodoro da Fonseca, que depôs o Imperador D. Pedro II. Em 15 de novembro de 1889, foi declarada a Proclamação da República Federativa do Brasil e instaurado o regime de governo presidencialista, resguardado pela Constituição de 1891. Foi extinto o Poder Moderador e o Estado foi caracterizado pela divisão de três Poderes: Legislativo, Executivo e Judiciário. Contudo, foi um período republicano orbitado por greves, sendo conhecido como República da Espada, onde o poder encontra-se nas mãos dos militares, porém, a base governamental era constituída pelas oligarquias agrárias. Este primeiro período da República brasileira terminou com o golpe de 1930, realizado por Getúlio Vargas, que instituiu o denominado “Estado Novo”, regime ditatorial de cunho autoritário.

do sindicalismo brasileiro. Havia nesta época muita perseguição política e dos empresários sobre os líderes do movimento sindical brasileiro.

Vale a pena ressaltar que a criação do sindicalismo brasileiro se deu sempre com o controle do Estado. O Estado Ditatorial, liderado por Getúlio Vargas a partir de 1930, instaurou um novo paradigma de desenvolvimento social pautado na industrialização, com a promoção de uma ideologia fundamentada no populismo, nacionalismo e trabalhismo, com intuito de trazer o sindicalismo para o âmbito do Direito Público, e, com isso, obter o controle sobre a criação e administração dos sindicatos, com a finalidade precípua de afastá-los dos ideais socialistas e comunistas. Nasce o corporativismo sindical, onde o sindicato passa a ser, então, parte indissociável do Estado, razão pela qual, justifica-se controle extremo sobre a criação e o ativismo sindical.

O Decreto n. 19.770/1931 foi o marco inicial da legislação sindical e nele era consagrado o princípio da unicidade sindical, posteriormente retirado em face ao artigo 120 da Constituição brasileira de 1934, que adotou o princípio da pluralidade. Contudo, através da promulgação da Constituição Federal de 1937, o princípio da unicidade sindical foi novamente implantado como regra geral na construção do sindicalismo brasileiro. Princípio este que se manteve nas futuras Constituições brasileiras (1946, 1967 e 1969), inclusive na atual Carta Magna de 1988, mesmo em um modelo de Estado Democrático de Direito. Fato este que impede o Brasil ratificar a Convenção n. 87 da OIT, que consagra o conceito de liberdade sindical.

A Carta Magna brasileira e o artigo 511 da CLT²¹⁶ determinam como requisito essencial para o enquadramento sindical representativo dos trabalhadores as categoriais profissionais e as categorias profissionais diferenciadas (conceitos dispostos no artigo 511 da

²¹⁶ Artigo 511 da CLT: “Art. 511. É lícita a associação para fins de estudo, defesa e coordenação dos seus interesses econômicos ou profissionais de todos os que, como empregadores, empregados, agentes ou trabalhadores autônomos ou profissionais liberais exerçam, respectivamente, a mesma atividade ou profissão ou atividades ou profissões similares ou conexas.

§ 1º A solidariedade de interesses econômicos dos que empreendem atividades idênticas, similares ou conexas, constitui o vínculo social básico que se denomina categoria econômica.

§ 2º A similitude de condições de vida oriunda da profissão ou trabalho em comum, em situação de emprego na mesma atividade econômica ou em atividades econômicas similares ou conexas, compõe a expressão social elementar compreendida como categoria profissional.

§ 3º Categoria profissional diferenciada é a que se forma dos empregados que exerçam profissões ou funções diferenciadas por força de estatuto profissional especial ou em consequência de condições de vida singulares.

§ 4º Os limites de identidade, similaridade ou conexão fixam as dimensões dentro das quais a categoria econômica ou profissional é homogênea e a associação é natural”. SCALÉRCIO, Marcos; MINTO, Túlio Martinez, anot. – **CLT: comparada conforme a reforma trabalhista: atualizado conforme MP 808/2017 com os 125 enunciados da jornada da reforma trabalhista organizados por temas**. 2ª ed. São Paulo: LTr, 2018.

CLT) e, em relação ao enquadramento sindical das organizações empresariais, pela sua atividade econômica preponderante.

Verifica-se, portanto, que a estrutura sindical brasileira, na atualidade, está dissociada da estrutura das organizações, transformada pela externalização das etapas produtivas para as diversas empresas parceiras, intermediárias da prestação do serviço. Desta forma, os trabalhadores subcontratados não compõem, na realidade fática e tampouco jurídica, uma categoria profissional concreta, já que não demonstram, geralmente, “similitude de condições de vida oriunda da profissão ou trabalho em comum, em situação de emprego na mesma atividade econômica ou em atividades econômicas similares ou conexas”²¹⁷. A terceirização ocasiona a dispersão da mão-de-obra trabalhadora entre diversas organizações (cadeias organizacionais produtivas) que, conseqüentemente, impacta negativamente no fortalecimento da estrutura sindical trabalhadora efetivamente representativa.

Ressalta-se que a proibição disposta na Constituição Federal da pluralidade sindical, bem como o estabelecimento da base territorial municipal como extensão mínima para a formação dos sindicatos, impede a criação de sindicatos por empresa (entidade sindical vinculativa aos trabalhadores de uma mesma organização empresarial), como vê-se no sistema sindical norte-americano; tampouco, é possível a organização de entidades sindicais por ramo ou bloco organizacional de atividades, como exemplo, sindicato representativo do setor agropecuário.

Porém, estas duas modalidades de agrupamento sindical são mais adequadas ao novo paradigma estrutural das organizações do século XXI e mais vantajosas para os trabalhadores terceirizados, pois possuem um poder negocial maior, principalmente a organização sindical em segmentos de atividades empresariais, pois terá uma forte atuação e poder de representação, em face da sua extensão territorial (regional ou nacional).

No modelo sindical representativo do ramo empresarial de atividades vê-se concretizada a proposta de redução dos efeitos negativos da subcontratação na relação de emprego, através da negociação de contratos coletivos de trabalho abrangendo as diversas organização de um segmento da economia, como por exemplo setor de tecnologia da informática, um dos grandes segmentos que utilizam frequentemente a terceirização dos serviços de informática para diversos outros segmentos organizacionais.

Diante disso, conclui-se que o controle do Estado brasileiro sobre a autonomia coletiva sindical ainda se faz intensamente presente, mesmo após o advento da reforma no direito

²¹⁷ *Idem. Ibidem.*

coletivo implantada pela Lei nº 13.467/2017. Portanto, a restrição da autonomia sindical brasileira, pelo intervencionismo do Estado nas relações coletivas de trabalho, é um grande óbice para adequação da atuação sindical perante a nova estrutura das organizações, fundada na externalização dos serviços, através da criação de cadeias produtivas, e com foco na competitividade da economia globalizada.

4.4 Atuação Sindical em Portugal

Inicialmente é imprescindível observar que o artigo 165º, 1, b, da Constituição portuguesa dispõe sobre a competência legislativa da Assembleia da República para legislar a respeito de direitos, liberdades e garantias. Contudo, esta competência está subordinada a uma autorização legislativa com balizamento de objeto, sentido, extensão e duração dessa autorização (artigo 165º, 2, CRP).

Ademais, o capítulo 3º da Constituição Portuguesa prevê direitos liberdades e garantias dos trabalhadores, inclusive inserindo a participação direta dos trabalhadores no processo legislativo justrabalhista e na elaboração de planos económicos-sociais, através de comissão de trabalhadores (vide art. 54º, 5, d) e das associações sindicais na elaboração de leis (art. 56º, 2, a).

Verifica-se, portanto, que é reconhecido constitucionalmente a intervenção exclusiva dos trabalhadores no processo criativo e de aplicação do Direito do Trabalho, mesmo em carácter consultivo, em respeito ao tratamento diferenciado dado a eles, em face da sua hipossuficiência perante a sua relação sócio jurídica com a força do capital. Frisa-se, ainda que a eficácia da consulta está vinculada diretamente ao parecer sindical devidamente fundamentado, das questões políticas e de uma avaliação dos cidadãos, viabilizando, assim, a concordância da sociedade.

O Tribunal Constitucional Português tem decidido ser inconstitucional uma norma justrabalhista que não foi gerada através da sua passagem pela Comissão de trabalhadores e, ainda, pelas associações sindicais.²¹⁸ Neste contexto, é importante apresentar a manifestação de Canotilho sobre o Direito do Trabalho e a Constituição Portuguesa:

²¹⁸ Na mesma linha de raciocínio lógico-jurídico se encontram o acórdão proferido pelo relator n. 64/91 da lavra do relator Conselheiro Ribeiro Mendes, do Tribunal Constitucional de Portugal, Data de Publicação:1991-04-11. Páginas:1978-(2) a 1978-(29). ELI:<http://data.dre.pt/eli/ac/64/1991/04/11/p/dre/pt/html> [Em linha]. [Consult. 28 Mai. 2017]. Disponível em: https://dre.pt/web/guest/pesquisa-avancada/-/asearch/414071/details/maximized?emissor=Tribunal+Constitucional&print_preview=print-preview&types=JURISPRUDENCIA&search=Pesquisar

“(1) dado os preceitos constitucionais do trabalho se reconduzirem a normas de garantia do direito ao trabalho, do direito de trabalho e dos direitos dos trabalhadores, a Constituição vincou a sua inequívoca dimensão subjectiva e o seu carácter de ‘direitos fundamentais’, deslocando esses preceitos para o capítulo referente a direitos fundamentais; (2) superando a tendência clássica (com justificação histórica) para caracterizar o direito de trabalho como simples direito de protecção (‘orientação protectiva’ no direito de trabalho), a Constituição erigiu o ‘trabalho’, o ‘emprego’, os ‘direitos dos trabalhadores’ e a ‘intervenção democrática dos trabalhadores’ em elemento constitutivo da própria ordem constitucional global e em instrumento privilegiado de realização do princípio da democracia económica e social (cfr. art. 2º) ”.²¹⁹

Contudo, a relação laboral portuguesa, como em vários países da Europa ocidental, sofreu abalos em face da austeridade económica imposta à Portugal pela crise europeia, como anteriormente foi analisado. O motivo gerador da crise na relação laboral portuguesa é sintetizado por Eugenio Rosa: “A situação do trabalho em Portugal e os efeitos da crise e de uma política de austeridade assente nos três credos do neoliberalismo (desregulamentar, liberalizar, privatizar)”²²⁰.

Entretanto, o diferencial entre Brasil e Portugal, no contexto laboral hodierno, é a forte resistência encontrada na Constituição da República Portuguesa, onde, na qualidade de Estado de direito democrático são mantidas garantias e direitos imprescindíveis à realização de um trabalho digno, notadamente a estabilidade no emprego como regra geral, nos moldes do núcleo axiológico constitucional de protecção à dignidade humana.²²¹

Dentro deste cenário, é salutar a transcrição parcial do entendimento de João Carlos Simões Reis, sobre o tema abordado.

“Os ventos do liberalismo vêm soprando fortemente em Portugal, estando a provocar, nalguns domínios, como a laboral e o financeiro, uma verdadeira tempestade. Mas ainda não conseguiram rebentar e varrer todos os seus obstáculos e resistências. É o que sucede no campo jurídico, onde a Constituição portuguesa, ainda que com uma acentuada perda de fulgor, continua a resistir, proclamando: a) Que «Portugal é uma República ... baseada na dignidade da pessoa humana e ... empenhada na construção de uma sociedade não só livre como «justa e solidária» (art.º 1º); b) Que é tarefa fundamental do Estado promover «o bem-estar e a qualidade de vida do povo e a igualdade real entre os portugueses, bem como a efectivação dos direitos económicos, sociais e culturais ...» (art.º 9).; c) Um importante

²¹⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 346-347.

²²⁰ ROSA, Eugénio. **Crise, políticas de austeridade e direitos sociais** [Em linha]. 2014. [Consult. 14 Abr. 2017]. Disponível em: <http://www.eugeniorosa.com/Sites/eugeniorosa.com/Documentos/2014/23-2014-Rlabor.pdf>

²²¹ A respeito do constitucionalismo português representado pela Constituição de 1976, afirma Alex Sander Xavier Pires “Assim, no âmbito da Constituição de 1976, à luz da Lei Constitucional nº 1/2005, Portugal é um Estado de direito democrático (Preâmbulo c/c art. 2º), que adota a República [soberana] como forma de governo (CP/1976, art. 1º), constitui-se quanto à forma, em Estado unitário (CP, art. 6º, 1), segue o regime democrático (Preâmbulo c/c art. 2º) e adota o semi-presidencialismo como sistema de governo (CP/1976, art. 133º, c/c art. 187º,1)”. PIRES, Alex Sander Xavier; TRINDADE, Carla Dolezel; FILHO, Simão Aznar. – **Constitucionalismo Luso-Brasileiro – leitura normativa no âmbito do domínio da lei e da humanização das relações**. Rio de Janeiro: Instituto Universitário, 2017, p. 128. ISBN 978-85-909488-4-1

catálogo de direitos laborais que goza do regime privilegiado dos direitos, liberdades e garantias fundamentais (arts. 53º a 57º). ”²²²

Contudo, ressalta-se que as mudanças na legislação trabalhista portuguesa foram realizadas com o apoio da “Comissão Permanente De Concertação Social”, órgão também composto por associações sindicais, tanto de trabalhadores quanto de empresários. Logo, as reformas justralhistas aprovadas estão revestidas de um cunho social legitimador. Partindo destas premissas, verifica-se que a problemática da precarização da relação de emprego em face da subcontratação está focada no enfraquecimento das entidades sindicais, mas por motivos diferenciados, como demonstra-se.

Foi constatado pela sociedade portuguesa²²³ que a troika impactou fortemente no movimento sindical, pois, através da adesão ao Programa de Ajustamento, Portugal alterou a legislação trabalhista codificada com a finalidade de reduzir salários, obter maior flexibilidade do emprego e viabilizar as rescisões do contrato de trabalho, fazendo com que os direitos dos trabalhadores fossem reduzidos e, ainda, retirando dos sindicatos a autonomia negocial sobre matérias objeto de negociação coletiva, tais como: flexibilidade da jornada de trabalho, redução de horas extras, negociação da criação e administração do banco de horas, etc. Tais medidas vêm a enfraquecer a própria atuação sindical para negociar contratos coletivos de trabalho.

Ademais, ressalta-se que o maior declínio da autonomia negocial coletiva foi provocado pelas modificações progressivas do Código do Trabalho, regulador da negociação coletiva, já que a restrição à emissão de portarias de extensão, a revisão dos requisitos necessários para a ampliação das vantagens consagradas nas convenções coletivas e a redução do prazo de caducidade das convenções coletivas para 03 (três) anos e de sua sobrevivência para 12 meses apenas, contribuem para o enfraquecimento da atuação sindical.

Contudo, ao contrário do desejado pelo movimento sindical, o Tribunal Constitucional manifestou-se através do acórdão nº 338/2010 de 22-09-2010 ²²⁴ para decidir pela

²²² REIS, João Carlos Simões. **O direito laboral português na crise atual** [Em linha]. Portal periódicos científicos do UNIPÊ – Direito e Desenvolvimento. v. 7, n. 2 (2016). p. 3. [Consult. 25 Mai. 2017]. Disponível em: <https://periodicos.unipe.br/index.php/direitoedesenvolvimento/article/view/739>

²²³ FONSECA, Dora; ESTANQUE, Elísio (2018) - Sindicalismo e lutas sociais em tempos de crise, **e-cadernos CES** [Em linha]. [Consult. 28 abril 2019]. Disponível em: <http://journals.openedition.org/eces/3483>; DOI: 10.4000/eces.3483

²²⁴ “[...] O legislador pode, pois, regular a eficácia temporal das convenções colectivas e pode estabelecer limites ou restrições a tal eficácia quando e na medida em que tal se justifique, sem que ponha em causa o núcleo essencial do direito, que se encontra salvaguardado pelo artigo 501.º, n.º 6, do Código do Trabalho. [...] Assim, se uma convenção colectiva caduca, o trabalhador que estava por ela abrangido continuará a beneficiar de todos os direitos que o contrato de trabalho, as leis e a Constituição lhe reconhecem. Beneficiará, ainda, dos direitos relativos à retribuição, categoria, tempos de trabalho e benefícios sociais que a convenção caducada lhe concedia

constitucionalidade da atual redação do artigo 501.º, n.º 6, do Código do Trabalho, que regulamenta a sobrevivência e caducidade da convenção coletiva.

Entendeu o Tribunal que este dispositivo do diploma legal traduz a autonomia negocial coletiva e não um enfraquecimento sindical, uma vez que permite a revisão das convenções coletivas, em face da concretização de alguma alteração nas condições em que foram firmadas, com intuito de impedir uma possível perpetuidade da norma coletiva dissociada da real condição dos sujeitos coletivos subscritores da mesma. Razão pela qual, a limitação temporal da sobrevivência e caducidade da convenção coletiva imposta pelo diploma legal trabalhista não afronta os ditames constitucionais cabíveis à espécie.

Entretanto, mesmo após a declaração de constitucionalidade das modificações legislativas laborais, Maria Eduarda Ribeiro²²⁵ manteve o entendimento de que estas contribuíram para o declínio da atuação sindical e redução da via negocial, ressaltando que houve uma significativa redução no número de convenções e portarias de extensão entre os anos de 2010 a 2014. Principalmente, porque ocorreram no momento de profunda crise económica e de aumento do desemprego, contribuindo para fomentar o desequilíbrio de forças na relação de emprego, aumentando a força do capital e, consequentemente, fragilizando a força do trabalho perante uma negociação coletiva de trabalho.

Disto isso, verifica-se que a problemática sobre o enfraquecimento da atuação sindical não passa somente pelo novo modelo de gestão empresarial implementado inicialmente através do Toyotismo. Porém, há que se ressaltar, como ponto negativo da subcontratação, o enfraquecimento sindical perante a subcontratação, pois dá-se maior relevo aos acordos de empresa do que aos contratos coletivos, em face da cadeia organizacional produtiva criada pelo outsourcing, já analisada em capítulos anteriores.

Contudo, acredita-se que tanto quanto a legislação trabalhista adequou-se ao novo rumo da economia globalizada e da transformação das organizações no século XXI, também o sindicalismo português deverá ser reinventado para otimizar a sua atuação sindical agregando

(artigo 501.º, n.º 6, do Código do Trabalho). Quanto ao resto, estará dependente daquilo que - dentro dos prazos de sobrevivência das convenções e, eventualmente, com recurso à mediação, conciliação ou arbitragem - venha a resultar de um novo contrato colectivo. Mas não poderá validamente invocar o direito de contratação colectiva (artigo 56.º, n.º 3, da Constituição) como direito a manter intactas todas as condições que de que beneficiaria se a convenção colectiva de que outrora beneficiou se mantivesse plenamente em vigor. O legislador pode validamente estabelecer limites ou restrições à eficácia temporal das convenções colectivas (artigo 56.º, n.º 4, da Constituição). Nestes termos, o artigo 501.º do Código do Trabalho e o artigo 10.º da Lei n.º 7/2009, não violam o direito de contratação colectiva (artigo 56.º, n.ºs 3 e 4, da Constituição) não padecendo, por isso, de qualquer vício de inconstitucionalidade”. ACÓRDÃO DO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Nº 338/2010. **Diário da República I Série** [Em linha], Nº 216 (08-11-2010). [Consult. Abril 2019]. Disponível em: <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20100338.html>

²²⁵ RIBEIRO, Maria Eduarda - Negociação colectiva. **Revista Crítica Económica e social** [Em linha]. Nº3 (2015). [Consult. 08 Maio 2019]. Disponível em: <https://criticaeconomica.net/tag/3/>

valores à proteção dos direitos dos trabalhadores, lutando contra qualquer tipo de precarização na relação de trabalho. O movimento sindical deverá impulsionar a realização de contratos coletivos protetores dos direitos laborais. Para tanto, já está havendo a mobilização das entidades sindicais reivindicando ao governo português alterações legislativas que promovam a contratação coletiva de forma garantidora do trabalho dignificante, como foi noticiado pelo Diário de Notícias.²²⁶

4.5 Atuação da OIT

O conceito de liberdade sindical, apresentado pela Organização Internacional do Trabalho – OIT, está intrinsecamente vinculado ao princípio da dignidade humana e da igualdade de tratamento entre os sujeitos da relação jurídico-social de trabalho, posto que a autonomia e a liberdade de associação e administração sindical fazem parte do processo de democratização das relações laborativas dentro do sistema socioeconômico brasileiro.

A partir do século XX as normas e diretrizes, que regem as relações laborais, ultrapassaram a extensão dos territórios nacionais, dando-se ênfase ao papel da OIT e do Código Internacional do Trabalho na elaboração dos ordenamentos jurídicos pátrios, no sentido de promover a legislação laboral protetora aos trabalhadores, com base no princípio da dignidade da pessoa humana, caracterizador do trabalho decente²²⁷.

Desta feita, a partir do ano de 1999, a OIT tem elaborado Agendas do Trabalho Decente, criadas para promoção do trabalho decente em todos os países membros da ONU, com a finalidade de firmar compromissos de elaboração de políticas públicas nacionais,

²²⁶ “Contratação coletiva é de novo o mote para alterações ao Código do Trabalho. A recorrência deste motivo parece indiciar que o objetivo não tem sido alcançado, pois os dados oficiais mostram que, desde a entrada em vigor do Código do Trabalho (CT), em 2013, a contratação coletiva registou fortes quebras, embora, mais recentemente, com alguns períodos de recuperação. Por isso, o Governo socialista colocou a dinamização da contratação coletiva, a par do combate à precariedade laboral, no seu Programa de Governo, o que implicará alterações legislativas. Essas alterações são o objetivo da discussão que está em curso na Comissão Permanente de Concertação Social, ainda em fase inicial. [...] Daí que os sindicatos tenham reativado a sua luta pela contratação coletiva e que as centrais sindicais defendam na Concertação Social a necessidade de revisão da legislação de forma a eliminar a possibilidade de caducidade dos contratos coletivos e a reposição do tratamento mais favorável, para impedir os empregadores de reduzirem as condições de trabalho.” LUSA - Contratação coletiva é de novo o mote para alterações ao Código do Trabalho. **Diário de Notícias**. Lisboa. (23 Fev. 2018). Disponível em: <https://www.dn.pt/lusa/interior/contratacao-coletiva-e-de-novo-o-mote-para-alteracoes-ao-codigo-do-trabalho-9139047.html>

²²⁷ “Formalizado pela OIT em 1999, o conceito de trabalho decente sintetiza a sua missão histórica de promover oportunidades para que homens e mulheres obtenham um trabalho produtivo e de qualidade, em condições de liberdade, equidade, segurança e dignidade humanas, sendo considerado condição fundamental para a superação da pobreza, a redução das desigualdades sociais, a garantia da governabilidade democrática e o desenvolvimento sustentável”. OIT – **Trabalho decente** [Em linha]. Brasília. [Consult. 10 Maio 2019]. Disponível em: <https://www.ilo.org/brasil/temas/trabalho-decente/lang--pt/index.htm>

direcionadas ao combate do trabalho precarizado no cenário econômico globalizado, norteadas pela concepção de flexibilizar as relações de trabalho para solucionar a crise global de emprego existente.²²⁸

Em relação à terceirização e seus efeitos nas relações de trabalho brasileiras, a OIT tem atuado intensamente promovendo Diálogos Nacionais Tripartites sobre o Futuro do Trabalho, no intuito de aquecer, no Brasil, a arena de debates, bem como diagnosticar a sua compreensão a respeito do tema.

A OIT resumiu os quatro Diálogos Nacionais Tripartites realizados no Brasil, durante os anos de 2016 e 2017, na obra intitulada “Futuro do Trabalho no Brasil: Perspectivas e Diálogos Tripartites”²²⁹, inclusive, sendo no primeiro diálogo abordada a questão do trabalho decente nas cadeias organizacionais produtivas, criadas pelo modelo econômico de externalização organizacional dos processos produtivos. Neste momento, ressalta Clóvis Scherer a importância da atuação da OIT para equalizar “governança, Estado e globalização”, dizendo:

“Idealmente, o papel do Estado costuma ser postulado como o de fiel da balança entre capital e trabalho, uma relação naturalmente desnivelada pela própria condição dos sujeitos nela envolvidos. Esse desnível mostra-se ainda mais exacerbado à medida em que as empresas atuam além das fronteiras nacionais e utilizam seu poder oligopolista através das cadeias produtivas que comandam, no sentido de extrair o máximo de excedente possível. Essa superexploração atinge níveis críticos, como se pode ver pelas situações de graves abusos aos direitos humanos, o trabalho forçado, o trabalho infantil, a informalidade generalizada e os conflitos armados em países em desenvolvimento. [...] A Organização Internacional do Trabalho é uma peça fundamental para enfrentar os desafios da globalização, pois ela fornece parâmetros internacionais uniformes, começando pelos direitos fundamentais no trabalho como parte integrante dos direitos humanos, por meio da Agenda do Trabalho Decente. Mas, vai além, e explicita as normas básicas desejáveis a todo o mundo ainda que adaptáveis aos diversos níveis de desenvolvimento. Cria normas globais de caráter público com o uso do tripartismo, o que confere legitimidade entre os atores sociais em nível internacional e nacional. Os desafios são preservar essas normas, alcançar a ratificação e, em especial, sua implementação. A preservação envolve resistir às tentativas de substituí-las por parâmetros privados ou que expressem apenas um grupo de interesses, normalmente o do capital.”²³⁰

²²⁸ Neste sentido, Marcelo Weishaupt Proni esclarece que: [...] a OIT lançou uma campanha internacional pela promoção do trabalho decente, reafirmando que o trabalho não pode ser entendido como mero fator de produção e que este mercado tão singular não pode ser autorregulado. Tendo como prerrogativa a afirmação do papel do Estado democrático na consolidação de um padrão civilizado de relações sociais, o discurso da OIT baseou-se no pressuposto de que o trabalho continua sendo a via fundamental para a superação da pobreza e a inclusão social, condição básica para uma vida digna e para o exercício da cidadania (ILO, 2002). PRONI, Marcelo Weishaupt - Trabalho decente e vulnerabilidade ocupacional no Brasil. **Economia e Sociedade** [Em linha]. Nº 3, vol. 22 (2013), p. 825-854. [Consult. 10 Maio 2019]. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/ecos/v22n3/09.pdf>.

²²⁹ OIT - Futuro do Trabalho no Brasil: Perspectivas e Diálogos Tripartites [Em linha]. Brasil: OIT, 2018. [Consult. 10 Maio 2019]. ISBN: 978-92-2-830943-0 (web pdf). Disponível em: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/---ilo-brasilia/documents/publication/wcms_626908.pdf

²³⁰ SCHERES, Clóvis - **O Trabalho Decente nas Cadeias Globais de Valor - considerações sobre implicações, possibilidades e desafios** [Em linha]. Brasil: OIT, 2018, p. 42-43. [Consult. 10 Maio 2019]. ISBN:

Por sua vez, a partir da década de 90, Portugal tem intensificado sua relação com a OIT, através de políticas públicas que apoiam a Agenda de Trabalho Digno e, consequentemente, propagam a obrigatoriedade da decência na relação entre os sujeitos laborais (empregado e empregador), inclusive, quando está presente a relação trilateral (empregado - prestador do serviço, empregador - empresa contratada e Empresa Contratante do serviço) existente na subcontratação de serviços. Para tanto, o Estado português ratificou as 83 Convenções internacionais tidas como fundamentais e preferenciais, bem como, em 2003, abriu um Escritório da OIT em Lisboa, que viabilizou a realização das 02 (duas) Conferências Internacionais também em Lisboa, cujo objeto central foi o fomento à Justiça Social efetivada pelo trabalho decente.

No cenário internacional, a OIT tem atuado intensamente no incentivo ao diálogo social, frente aos desafios da economia globalizada e da transformação organizacional advinda. No Relatório VI da Conferência Internacional do Trabalho _ 107.^a Sessão (2018) sobre o diálogo social e o tripartismo²³¹ _ foram analisadas tendências e desafios globais que instigam o diálogo social, bem como as políticas públicas e ações efetivas adotadas pelos Estados-Membros da OIT com a finalidade de promover o diálogo social; a apresentação das diligências realizadas pela OIT a respeito do tema e fundamentadas no Plano de ação para o diálogo social 2014-17²³² e, por fim, foram propostos temas para debate perante a Comissão da Conferência, dentre eles, “A pertinência contínua do diálogo social e os seus importantes contributos são cada vez mais evidentes no contexto da evolução mundial do emprego e das relações laborais” e “Os desafios colocados ao futuro do trabalho exigem o reforço do diálogo social”²³³.

978-92-2-830943-0 (web pdf). Disponível em: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/---ilo-brasil/documents/publication/wcms_626908.pdf

²³¹ “O Tesouro da OIT define tripartismo como a «interação entre o governo, os empregadores e os trabalhadores (através dos respetivos representantes) enquanto parceiros iguais e independentes que procuram soluções para problemas de comum interesse» Refere-se a instituições, mecanismos, processos de consulta, negociação e tomada conjunta de decisões, consoante os acordos celebrados entre as partes envolvidas. Estes acordos podem ser ad hoc ou institucionalizados. O diálogo social a nível de topo, com a participação de governos e organizações nacionais de empregadores e trabalhadores, pode contribuir para a formulação e adoção de políticas sociais, económicas e laborais e aplicar-se a qualquer tomada de decisão que afete o local de trabalho ou os interesses dos empregadores e trabalhadores”. CONFERÊNCIA INTERNACIONAL DO TRABALHO - **Diálogo social e tripartismo** [Em linha], p.3. Genebra: OIT, 2018. [Consult 10 Maio 2019]. Disponível em: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---europe/---ro-geneva/---ilo-lisbon/documents/genericdocument/wcms_665203.pdf

²³² OIT: *Follow-up to the discussion on social dialogue at the 102nd Session of the International Labour Conference (2013): Plan of action*, Conselho de Administração [Em linha]. Genebra: OIT, 2016. [Consult 10 Maio 2019]. Disponível em: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---relconf/documents/meetingdocument/wcms_222313.pdf

²³³ CONFERÊNCIA INTERNACIONAL DO TRABALHO - **Diálogo social e tripartismo** [Em linha]. Genebra: OIT, 2018. [Consult 10 Maio 2019]. Disponível em: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---europe/---ro-geneva/---ilo-lisbon/documents/genericdocument/wcms_665203.pdf

Portanto, é possível constatar a busca incessante da OIT em ratificar seus princípios e diretrizes sobre o trabalho digno, através de suas resoluções, declarações e demais normas internacionais flexíveis, mas com papel primordial para o alcance da paz entre os sujeitos da relação de trabalho, agora globalizada.

CONCLUSÃO

O objetivo principal desta dissertação foi apresentar um estudo sistematizado das ideias contemporâneas sobre a inovação do sistema produtivo organizacional através do implemento da subcontratação e o seu reflexo na organização do trabalho no Brasil e em Portugal. A intensidade da externalização do processo produtivo organizacional não traz alternativas, a não ser segui-la, adequando-se a mudança na organização do trabalho e da produção.

Desta forma, buscou-se analisar as vantagens e desvantagens da subcontratação de mão-de-obra, como nova tendência de mercado de trabalho, em relação à estabilidade da relação formal do emprego em Portugal e no Brasil. Esta investigação abordou a responsabilidade do Estado em garantir os direitos trabalhistas mínimos existentes na relação formal de emprego e observou as causas prováveis para precarização da relação formal de emprego na utilização da terceirização, como ferramenta de gestão empresarial na atualidade.

O trabalho científico utilizou-se o método de abordagem hipotético-dedutivo para o fornecimento de bases lógicas à investigação. Assim, com base na opção metodológica, norteou-se a investigação através da utilização dos procedimentos histórico e comparativo, trabalhando com hipóteses, que foram analisadas pela leitura axiológica da pesquisa bibliográfica e documental.

Iniciou-se a pesquisa comparativa através da evolução histórica e conceitual da terceirização, apresentando uma visão interdisciplinar deste mecanismo de gestão, que surge como ferramenta importante para o alcance da eficiência e qualidade da gestão empresarial, objetivando a redução de custos e a ampliação das vantagens competitivas no mercado global. Verificou-se, ainda, a hipótese de adequação das normas jurídicas trabalhistas ao novo modelo descentralizado de gestão das organizações, caracterizado pela relação trilateral (empresa contratada, empregado prestador do serviço contratado e empresa contratante). Sendo ressaltado, que o novo paradigma trilateral não pode contrariar a estrutura teórica e normativa do Direito Internacional do Trabalho, que Brasil e Portugal se comprometeram respeitar.

Em seguida, foi analisado o ordenamento jurídico existente no Brasil e em Portugal, a respeito do outsourcing/terceirização, com vistas a coibir as ilicitudes advindas da subcontratação no setor público ou privado, que visem precarizar a relação de emprego, afrontando o direito fundamental ao trabalho digno, decente.

No penúltimo capítulo, buscou-se avaliar os limites da autonomia negocial privada e pública, bem como a hipótese da criação de normas *hard law* e *soft law* para o fomento da subcontratação, sem impactar negativamente à relação de emprego, ou mesmo reduzir qualquer efeito nocivo à dignidade do trabalho humano.

No último capítulo da presente dissertação são diagnosticadas e discutidas as problemáticas quanto à precarização das relações formais de trabalho e à responsabilidade da empresa contratante, ambas oriundas da externalização dos processos produtivos das organizações, cuja gestão passou a ser descentralizada. Neste momento, foi debatido o mínimo existencial do direito do empregado da empresa subcontratada ao trabalho digno, no âmbito individual e coletivo. Analisou-se o possível enfraquecimento do movimento sindical, em face da dificuldade de coalização dos trabalhadores, ocasionada pela pulverização dos processos produtivos em diversas empresas subcontratadas.

O trabalho empírico verificou que a relação tripartida, oriunda da utilização da terceirização na gestão empresarial, apresenta consequências e impactos no ordenamento jurídico da relação de emprego em ambos os países, Brasil e Portugal. A estrutura normativa histórica, ainda hodierna na relação de emprego, se caracteriza pela sua bilateralidade, sendo partes desta relação o empregador e o empregado. Este alicerce normativo tende a colidir com o novo modelo de relação tripartida trazida pela terceirização. Este novo paradigma de relação socioeconômica e jurídica tem sofrido restrições, principalmente, pelas doutrinas e jurisprudência, brasileira e portuguesa, do Direito do Trabalho.

O tema vem sendo discutido nas arenas de estudo científico da Administração Empresarial e do Direito do Trabalho, porém com interpretações nitidamente diferenciadas, em face dos seus objetivos sociais característicos.

Na arena justralhista de debates, o foco principal a respeito dos efeitos da subcontratação na relação jurídica de emprego é a preocupação com a má utilização da terceirização pelo gestor empresarial, objetivando custos mais baixos, em depreciação aos direitos e garantias dos trabalhadores, precarizando os direitos trabalhistas adquiridos através da relação de emprego.

Na ciência do direito do trabalho constata-se que uma das vantagens da subcontratação é a diminuição dos custos do trabalho. Porém, esta redução de custo empresarial vem gerando a precarização da relação de emprego, uma vez que os empregados das empresas contratadas, geralmente, recebem salários inferiores àqueles recebidos pela empresa tomadora do serviço ou principal.

Ademais, os empregados “terceirizados”, por serem de empresas de menor poder econômico, não possuem normas coletivas que apresentem benefícios em patamares iguais, àqueles concedidos na norma coletiva da empresa principal. Na subcontratação, pode acontecer da empresa contratada (parceira) sequer ter norma coletiva, que conceda benefícios aos seus empregados mais favoráveis do que os já dispostos na legislação trabalhista brasileira e portuguesa.

Neste cenário globalizado e desafiador para o trabalhador terceirizado, é importante ressaltar a atuação da OIT perante os seus Estados-Membros, através da implementação de normas internacionais mais flexíveis (soft Law), buscando melhores perspectivas para o futuro da relação laboral comprometida com a dignidade da pessoa humana.

A investigação científica objetivou contribuir para uma maior compreensão do novo modelo trilateral de relação socioeconômica e jurídica, denominado como terceirização, subcontratação ou outsourcing. Dela podem ser destacados alguns resultados. Inicialmente, verificou-se que, satisfatoriamente ou não, a globalização da economia e a externalização dos processos produtivos organizacionais são fatos sociais definitivos. Logo, a contribuição da OIT para impulsionar a criação de políticas e práticas públicas e ordenamentos jurídicos laborais pátrios, que protejam e fortifiquem o trabalho decente (melhor qualidade de vida do empregado, condições de segurança e saúde no ambiente de trabalho), é por demais relevante. Foi também possível verificar que o movimento sindical deverá adequar-se a transformação organizacional, caracterizada pela fragmentação do processo produto, a fim que alcance uma efetiva e eficaz representatividade da classe trabalhadora.

Devido o tema escolhido encontrar-se hodiernamente numa arena aberta de debates, em Portugal e no Brasil, o presente estudo teve suas limitações no que diz respeito a aquisição de doutrina trabalhista portuguesa, ficando a pesquisa restrita a coleta de artigos e documentos eletrônicos na área da economia e do direito administrativo. Contudo, poderá ser utilizado como base para uma futura pesquisa científica.

Por fim, a presente investigação científica pretendeu contribuir para o conhecimento e debate dos efeitos negativos da subcontratação na relação de emprego, bem como buscar soluções que os extingam ou pelo menos os reduzam. Em face da importância do tema abordado para as sociedades brasileira e portuguesa, observa-se que há um ambiente investigativo amplo a ser desbravado por diversos investigadores.

REFERÊNCIAS

ABBOTT, K. W.; SNIDAL, D. “Hard and Soft Law in International Governance”. *International Organization* 54 [Em linha]. Nº 3 (2000), p. 421–456. [Consult. 02 Mar. 2019]. Disponível em: <http://www.jstor.org/stable/2601340>.

ACÓRDÃO DO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Nº 338/2010. **Diário da República I Série** [Em linha], Nº 216 (08-11-2010). [Consult. Abril 2019]. Disponível em: <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20100338.html>

ALVARENGA, P. A. de; GARCIA, F. C. - Relações de Poder nos Processos de Terceirização: estudo de caso. In: **SIMPÓSIO DE EXCELÊNCIA EM GESTÃO E TECNOLOGIA – SEGeT** [Em linha], IV (2007). [Consult. 25 Nov. 2018]. Disponível em: https://www.aedb.br/seget/arquivos/artigos07/1250_Artigo%20SEGeT.pdf. Acesso em: 03/10/2018.

AMARAL NETO, Francisco dos Santos - Direito Civil: introdução. 6ed. rev. atual. e aum. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 389. ISBN: 8571475539.

_____ A autonomia privada como princípio fundamental da ordem jurídica. Perspectivas estrutural e funcional. **Revista de Informação Legislativa** [Em linha]. V. 26, nº 102 (1989), p. 213. [Consult. 30 Abril 2019]. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/181930/000444811.pdf?sequence=1>

ANDREOTTI, Paulo Antonio Brizzi; OLIVEIRA, Lourival José de - **DIGNIDADE NO TRABALHO E COMPETITIVIDADE EMPRESARIAL: NECESSIDADE DE CONSTRUIR UM SISTEMA DE VALORES COMPARTILHADOS**. [Em linha]. [Consult. 29 nov. 2018]. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=30c0a496a57bcc2c>

ANTUNES, Ricardo – **Os sentidos do trabalho: Ensaio sobre a afirmação e a negação do trabalho**. 2ª ed. São Paulo: Boitempo, 2009, p. 17. ISBN 978-85-85934-43-9

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio - **Curso de Direito Administrativo**. 27ª Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010. 978-857-420-994-4

BARRETO, Pedro - História - Rio-92. **Revista Desafios do Desenvolvimento – SBS** [Em linha]. Brasília-DF. Ano 7, nº 56 (Dez. 2009). [Consult. 02 Mai 2019]. Disponível em: http://www.ipea.gov.br/desafios/index.php?option=com_content&view=article&id=2303:catid=28&Itemid=23

BARROS, Mariana - **Direito do trabalho como direito fundamental** [Em linha]. Lisboa: Universidade de Lisboa, 2014, p. 29. Dissertação de mestrado. [Consult 05 Maio 2019]. Disponível em: <http://repositorio.ul.pt/handle/10451/11679>

BIANCA, Cesare Massimo apud Jussara Seleguini Gomes e Laio Portes Stel - **Derecho civil: El Contrato**. Tradução Fernando Hinestrosa e Édgar Cortés [Em linha]. Bogotá: Universidad Externado de Colombia (2007), p. 56. [Consult. 31 Abril 2019]. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=e2eabaf96372e20a>.

BILHIM, João Abreu de Faria - **Teoria Organizacional: Estrutura e Pessoas**. 7ª ed. Lisboa: Instituto Superior de Ciências Sociais e Políticas, 2013. ISBN: 978-989-646-086-0, p. 365.

BOLETIM CINTERFOR [Em linha]. Nº 151 (2001). [Consult. 02 Maio 2019]. Disponível em: <https://www.oitcinterfor.org/art%C3%ADculo/reducir-d%C3%A9ficit-del-trabajo-decente-desaf%C3%ADo-global-promover-trabajo-decente-per%C3%ADodo-incerti> ou https://www.oitcinterfor.org/sites/default/files/file_articulo/oit34.pdf

BRITO FILHO, José Cláudio Monteiro de – **Trabalho decente: análise jurídica da exploração do trabalho: trabalho escravo e outras formas de trabalho indigno**. 4ª ed. São Paulo: LTr, 2016. ISBN 978-85-361-8752-5, p. 56.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 346-347

CARRESI, Franco - **Il Contrato, Tomo 2 in Tratado di Diritto Civile e Commerciale**. Milão: Giuffrè, 1987. P. 857. ISBN 8814010846.

CARVALHO, Augusto César Leite de - **A terceirização nos limites da tutela legal e constitucional** [Em linha]. Brasil: JOTA.info, 2018. [Consult. 20 Fev. 2019]. Disponível em:

<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/a-terceirizacao-nos-limites-da-tutela-legal-e-constitucional-27082018>

CARVALHO, José Crespo de; José Cruz Filipe (2006) - **Manual de Estratégia: Conceitos, Prática e Roteiro**. Lisboa: Edições Sílabo, 2006, p. 121

CASIMIRO FILHO, Armando; et. al. – **CLT-LTr: de acordo com a reforma trabalhista**. 48ª ed. São Paulo: LTr, 2017. ISBN 853619431.

CASTAN TOBEÑAS, Jose - **Derecho Civil Español, Comum y Foral, tomo IV, Derecho de Obligaciones. Las Particulares Relaciones Obligatorias**. 13ª ed. Madri: Reus S.A., 1986.

CHERS APUD LISBOA, Adison de Jesus et al. - A VIDA DA EMPRESA E A CONTABILIDADE FISCAL. **II CONGRESSO INTERNACIONAL SOBRE DESENVOLVIMENTO SOCIAL** [Em linha]. (2013), p. 2-15. [Consult. 22 nov. 2018]. Disponível em: <http://www.sisgeenco.com.br/sistema/fama/anais/ARQUIVOS/GT2-1-75-20131030230712.pdf>

CHIAVENATO, Idalberto - **Recursos humanos na Empresa: pessoas, organizações e sistemas**. 3.ed. São Paulo: Atlas, 1994, p.70

CMVM - Comissão do Mercado de Valores Mobiliários [Em linha]. [Consult. 27 Abril 2019]. Disponível em: <https://www.cmvm.pt/pt/CMVM/Apresentacao/Pages/Apresentacao-o-que-e-a-CMVM.aspx>

CÓDIGO CIVIL brasileiro e legislação correlata - 2ª ed. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2008.

CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR - 5ª ed. Edipro: 2017. ISBN 978-858-998-856-8

CÓDIGO DO TRABALHO - 8ª ed. Coimbra: Almedina, 2015. ISBN 978-972-40-6136-8

CONFERÊNCIA INTERNACIONAL DO TRABALHO - **Diálogo social e tripartismo** [Em linha], p.3. Genebra: OIT, 2018. [Consult 10 Maio 2019]. Disponível em:

https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---europe/---ro-geneva/---ilo-lisbon/documents/genericdocument/wcms_665203.pdf

CONSELHO ECONÔMICO E SOCIAL [Em linha]. [Consult. 03 jun. 2019]. Disponível em: <http://www.ces.pt/>

CONSTITUIÇÃO da República Federativa do Brasil: texto constitucional promulgado em 5 de outubro de 1988, com as alterações determinadas pelas Emendas Constitucionais de Revisão nos 1 a 6/94, pelas Emendas Constitucionais nos 1/92 a 91/2016 e pelo Decreto Legislativo no 186/2008. Brasília: Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2016. ISBN: 978-85-7018-698-0.

CONSTITUIÇÃO da República portuguesa [Em linha]. Portugal: Diário do Governo, 1933. [Consult. 22 Abril 2019]. Disponível em: <https://www.parlamento.pt/Parlamento/Documents/CRP-1933.pdf>.

CONSTITUIÇÃO da República portuguesa: de acordo com a revisão de 2005. 18ª ed. Lisboa: Quid Juris Sociedade Editora, 2014. ISBN 978-972-724-690-8.

COSTA, R. L.; BARREIROS, L - O “outsourcing” dos serviços como recurso estratégico de competitividade internacional da economia portuguesa. **Revista Gestão & Planejamento [Em linha]**, v. 14, n. 2 (2013), p. 215-231. [Consult. 22 nov. 2018]. Disponível em: <http://www.revistas.unifacs.br/index.php/rgb>

COSTA, Tiago _ **Outsourcing: Proposta de Modelo de Decisão**. Lisboa: Instituto Superior de Gestão. 160 f., p. 3. Dissertação de Mestrado em Gestão.

DALBOSCO, Cláudio Almir - DIÁLOGO CONSIGO MESMO, VOZ INTERNA DA CONSCIÊNCIA E AÇÃO SIMBÓLICA NO CONTEXTO PEDAGÓGICO. **Conexão – Comunicação e Cultura** [Em linha]. V. 5, n. 9 (2006), p. 108-109. [Consult. 30 Abril 2019]. ISSN Online:2178-2687. Disponível em: <http://ucs.br/etc/revistas/index.php/conexao/article/download/207/198>

DECRETO nº. 2.271/97. **Diário Oficial da União Seção 1**, (08-07-1997), p. 14293.

DECRETO nº. 9.507/2018. **Diário Oficial da União Seção I**, (24-09-2018), p. 3.

DECRETO-LEI nº 18/08. **Diário da República I Série**, Nº 20 (29-01-2008).

DECRETO-LEI nº 59/99. **Diário da República I Série**, Nº 51 (02-03-1999), p. 1102 – 1156.

DECRETO-LEI nº 200/1967. **Diário Oficial da União - Seção 1 - Suplemento** (27-02-1967), p. 4. [Consult. 25 Jan. 2019]. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1960-1969/decreto-lei-200-25-fevereiro-1967-376033-norma-pe.html>

DECRETO-LEI nº 276/94. **Diário da República I-A Série**, Nº 253 (02-11-1994), p. 6556 - 6569.

DECRETO-LEI nº 47344/66. **Diário da República I Série**, Nº 274 (25-11-1966), p. 1883-2086.

DECRETO nº 260/09. **Diário da República I Série**, Nº 187 (25-09-2009).

DELEUSE, G. *Conversações* (1972-1990). Tradutor Peter Pal Pelbart. São Paulo: Editora 34, 1992. P. 2015-2016. ISBN:9788585490041. Disponível em: <https://grupodeestudosdeleuze.files.wordpress.com/2016/05/deleuze-g-conversac3a7c3b5es.pdf>

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 10ª ed. São Paulo: Ltr, 2011, ISBN 978-85-361-1665-5. p. 426.

_____. **Constituição da República e direitos fundamentais: dignidade da pessoa humana, justiça social e direito do trabalho**. 3 ed. São Paulo: Ltr, 2015, p. 41. ISBN 978-85-361-8380-0

_____. **Direito Coletivo do Trabalho**. 5ª ed. São Paulo: Ltr, 2014, p. 158. ISBN 978-85-361-2963-1.

DE MASI, Domenico - ***O futuro do trabalho: fadiga e ócio na sociedade pós-industrial***. 7. ed. Rio de Janeiro: José Olympio, 2003, p. 135, apud Tadeu Henrique Lopes da Cunha. O

fordismo/taylorismo, o toyotismo e as implicações na terceirização. Boletim Científico ESMPU [Em linha], a. 15, n. 47 (jan./junho 2016), p. 187. [Consult. 5 Maio 2019]. Disponível em: https://escola.mpu.mp.br/publicacoes/boletim-cientifico/edicoes-do-boletim/boletim-cientifico-n-47-janeiro-junho-2016/o-fordismo-taylorismo-o-toyotismo-e-as-implicacoes-na-terceirizacao/at_download/file.

DIRETIVA 2005/51/CE DA COMISSÃO (2005). **Jornal Oficial da União Europeia** [Em linha]. [Consult. 05 Mai. 2019]. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32005L0051&from=LV>

DIRETIVA 2005/75/CE DA COMISSÃO (2005). **Jornal Oficial da União Europeia** [Em linha]. [Consult. 05 Mai. 2019]. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32005L0075&from=EN>

DIRETIVA 2009/81/CE DO PARLAMENTO EUROPEU E DO CONSELHO (2009). **Jornal Oficial da União Europeia** [Em linha]. [Consult. 05 Mai. 2019]. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32009L0081>

DIRETIVA 2014/24/EU do PARLAMENTO EUROPEU e do CONSELHO. **Jornal Oficial da União Europeia**. OJ L 94, (28-3-2014), p. 65–242.

DRAETTA, Ugo. IL Subcontrato Internazionale. **Rivista di Diritto Intenazionale Privato e Processuale**. Itália: CEDAM. Ano 20, nº 4 (1984), p. 641-666.

DRAY, Guilherme - **Livro Verde sobre as Relações Laborais** [Em linha]. Lisboa: Gabinete de Estratégia e Planeamento do Ministério do Trabalho, Solidariedade e Segurança Social, 2016. [Consult. 06 Maio 2019]. Disponível em: http://cite.gov.pt/pt/destaques/complementosDestqs2/LIVRO_VERDE_2016.pdf

DRUCK, Graça - **Unrestrained outsourcing in Brazil: more precarization and health risks for workers**. *Cad. Saúde Pública* [Em linha]. Scielo, 2016, vol.32, n.6 [Consult. 2019-05-03]. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-311X2016000600502&lng=en&nrm=iso. Epub June 01, 2016. ISSN 0102-311X. <http://dx.doi.org/10.1590/0102-311X00146315>.

DRUMMOND, Maurício Pizarro APUD Renato Stancatti - **A Flexibilização do direito do trabalho e a descaracterização da figura do empregado** [Em linha]. Brasil: meuadvogado.com.br, 2012. Disponível em: <https://www.meuadvogado.com.br/entenda/a-flexibilizacao-do-direito-do-trabalho-e-a-descaracterizacao-da-figura-do-empregado-1020.html>

ESPAP - Entidade de Serviços Partilhados da Administração Pública, I.P. Disponível em: <https://www.espap.gov.pt/quemsomos/Paginas/missao.aspx>

FEIJOO, João Paulo - **JANUS: anuário de relações exteriores**. Lisboa: PÚBLICO e Universidade Autónoma de Lisboa. ISBN 978-989-619-221-1. Ano 2011-2012 (Setembro 2011), p. 107

FELICIANO, Guilherme Guimarães; TRINDADE, Rodrigo - **Terceirização no serviço público: Risco é reabrir caixa de Pandora de interesses pessoais** [Em linha]. Brasília: ANAMATRA, 2018. [Consult. 5 Abr. 2019]. Disponível em: <https://www.anamatra.org.br/imprensa/noticias/27159-folha-destaca-artigo-do-presidente-da-anamatra-sobre-terceirizacao-no-servico-publico>

FERRAZ, J.C.; KUPFER, D.; HAGUENAUER, L. - **Made in Brazil: Desafios competitivos para a indústria**. Rio de Janeiro: Campus, 1997.p. 3.

FERREIRA, António Casimiro – **Sociedade de Austeridade e Direito do Trabalho de Exceção** [Em linha]. Porto: Vida Económica, 2012. p. 75-77. [Consult. 05 Maio 2019]. ISBN: 978-972-788-502-2. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/327401807_Sociedade_da_Austeridade_e_direito_d_o_trabalho_de_excecao

FOUCAULT, M - **La société punitive** [Em linha]. Paris: EHESS, Gallimard, Seuil, 2013. [Consult. 20 Set. 2018], p. 201. Disponível em: <https://www.archeologiafilosofica.it/wp-content/uploads/2017/12/michel-foucault-la-societe-punitive-cours-au-college-de-france-19721973-2013.pdf>

FUX, LUIZ - 725 - **Terceirização de serviços para a consecução da atividade-fim da empresa: Leading Case: RE 958252** [Em linha]. Brasília: STF, 2018. [Consult. 25 Abril

2019]. Disponível em:
<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciarepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4952236&numeroProcesso=958252&classeProcesso=RE&numeroTema=725>

GASPERONI, Nicola - “Collegamento e Connessione tra Negozi”. **Rivista del Diritto Commerciale e del Diritto Generale delle Obligazioni**. Italia: Piccin Nuova Libreria S.p.A. ISSN 2532-9839. Ano LIII, 1995, I, p. 380.

GIOSA *apud* DEIMLING, Francisco Moacir; GEHNO, Jamile - **Avaliação das Práticas de Terceirização em Empresas Industriais na Cidade de Chapecó/Sc** [Em linha]. Chapecó: Universidade Comunitária Regional de Chapecó – Unochapecó. [Consult. 12 Out. 2015]. Disponível em
http://www.aedb.br/seget/arquivos/artigos07/881_Artigo%20Terceirizacao%20SEGET.pdf.

GIOSA *apud* COLODETTI, John Kennedy; SANTOS, Juliano Vieira dos; DALFIOR, Simoni Da Ros - **TERCEIRIZAÇÃO DA DISTRIBUIÇÃO NO COMÉRCIO VAREJISTA OUTSOURGING OF DISTRIBUTION IN RETAIL** [Em linha]. Vitória: Estácio, 2012. [Consult. 10 Out. 2015]. Disponível em
<http://revistas.es.estacio.br/index.php/destarte/article/download/109/126>

GOMES, Orlando - **Contratos**. 18ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1998, p. 36. ISBN: 8530906101

_____ - Da Convenção ao Contrato Coletivo de Trabalho. **Revista LTr**. São Paulo: LTr. V. 51, nº 3, (Maio 1987), p. 272-275.

GONÇALVES, Carlos José - Outsourcing na Administração Pública: Uma Alavanca de Racionalização de Custos e Impulso do Emprego [Em linha]. In CONFERÊNCIA ANUAL DE SERVIÇOS PARTILHADOS E COMPRAS PÚBLICAS, Lisboa, 2014 – Anais. Lisboa: eSPap, 2014, p. 14 e 19-20. [Consult. 13 Mar. 2019]. Disponível em:
https://www.espap.gov.pt/Documents/espap_lab/Aud1-14h00_4_Jose_Carlos_Goncalves.pdf

GUERRA, Paula; SANTOS, Mónica (2013) – **Relações entre o Estado e a sociedade: uma diacronia pelo terceiro setor em Portugal** [Em linha]. Porto: Faculdade de Letras da

Universidade do Porto. [Consult. 03 jun. 2019]. Disponível em: <https://repositorio-aberto.up.pt/bitstream/10216/81591/2/44995.pdf>

HAMMER, M; CHAMPY, J. Reengenharia: revolucionando a empresa em função dos clientes, da concorrência e das grandes mudanças da gerência. 17ª ed. Rio de Janeiro: Campus, 1999, p. 35. ISBN 978-85-700-1848-9

HUPFFER, Haide Maria - **O PRINCÍPIO DA AUTONOMIA NA ÉTICA KANTIANA E SUA RECEPÇÃO NA OBRA DIREITO E DEMOCRACIA DE JÜRGEN HABERMAS** [Em linha]. Curitiba: Revista Anima, 2011. [Consult. 29 Abril 2019], p. 6. Disponível em: <http://anima-opet.com.br/pdf/anima5-Seleta-Externa/Haide-Maria-Hupffer.pdf>

INTERNATIONAL ORGANIZATION FOR STANDARDIZATION (ISO) [Em linha]. [Consult. 02 Mai. 2019]. Disponível em: <https://www.iso.org/home.html>

ISHIKAWA, HARUO - Resistência à terceirização dificulta construção civil. **Cia. de Cimento Itambé** [Em linha]. São Paulo. (2013). Entrevista concedida a Altair Santos MTB 2330. [Consult. 10 Maio 2019]. Disponível em: <https://www.cimentoitambe.com.br/resistencia-a-terceirizacao-dificulta-construcao-civil/>

JAVILLIER, Jean-Claude. Manual de direito do trabalho. Tradução de Rita Asdine Bozaciyan. São Paulo: Ltr, 1988, p. 55-58.

JOÃO, I. S.; LOURENZANI, W. L. - Análise SWOT do sistema agroindustrial do amendoim na região de Tupã e Marília – SP. **Revista Organizações Rurais e Agroindustriais** [Em linha]. Lavras, v. 13, n.2 (2011), p. 245. [Consult. 25 nov. 2018]. Disponível em: <http://www.redalyc.org/html/878/87819763007/>

KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**: tradução e notas de Antônio Pinto de Carvalho. São Paulo: Companhia Editorial Nacional, 1964. p. 104.

LEI 13/2019. **Diário da República I Série**, Nº 30 (12-02-2019), p. 1173-1181

LEI nº 28/16. **Diário da República I Série**, Nº 161 (23-08-16), p. 2828-2829.

LEI nº 29/17. **Diário da República I Série**, Nº 104 (30-05-2017), p. 2631-2637.

LEI nº 99/03. **Diário da República I Série**, Nº 197 (27-08-03), p. 5558-5656.

LEI nº 107/09. **Diário da República I Série**, Nº 178 (14-09-2009), p. 6255-6263.

LEI nº. 4.717/65. **Diário Oficial da União Seção I** (05-07-1965), p. 6241. Republicada no **Diário Oficial da União Seção I** (08-04-1974), p. 3.

LEI nº. 8.666/93. **Diário Oficial da União Seção I** (06-07-1994), p. 10149.

LEI nº. 13.303/2016. **Diário Oficial da União Seção 1**, (01-07-2016), p. 12.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra – Curso **de direito do trabalho**. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017. ISBN 978-85-472-1370-1, p. 170.

LIMA, Maria da Paz Campos - **A negociação coletiva e a deriva austeritária neoliberal na UE: entre a erosão e o desmantelamento** [Em linha]. Coimbra: Centro de Estudos Sociais, Universidade Coimbra, 2016, p. 7. [Consult. 05 Maio 2019]. Disponível em: <https://www.ces.uc.pt/observatorios/crisalt/?id=6522&pag=9331>

LOPES, Alexandra; PARENTE, Cristina; MARCOS, Vanessa (2014) – Entre o Estado e o Terceiro Setor: modos de regulação. O Terceiro Setor português em foco. In PARENTE, Cristina - **EMPREENDEDORISMO SOCIAL EM PORTUGAL** [Em linha]. Porto: Faculdade de Letras da Universidade do Porto. [Consult. 03 jun. 2019]. Disponível em: <https://ler.letras.up.pt/uploads/ficheiros/12386.pdf>

LUSA - Contratação coletiva é de novo o mote para alterações ao Código do Trabalho. **Diário de Notícias**. Lisboa. (23 Fev. 2018). Disponível em: <https://www.dn.pt/lusa/interior/contratacao-coletiva-e-de-novo-o-mote-para-alteracoes-ao-codigo-do-trabalho-9139047.html>

MAIOR, Jorge Luiz Souto APUD LEITE, Carlos Henrique Bezerra - **Curso de DIREITO do TRABALHO**. 8ª ed. SÃO PAULO: SARAIVA, 2017, p. 326. ISBN 978-85-472-1370-1.

MAMEDE, Ricardo Paes – A crise (adiada) do neoliberalismo). **JANUS: anuário de relações exteriores**. Lisboa: PÚBLICO e Universidade Autónoma de Lisboa. ISBN 978-989-619-221-1. Ano 2011-2012 (Setembro 2011), p. 112-113.

MARQUES, Maria Manuel Leitão - **Subcontratação e autonomia empresarial: o caso português** [Em linha]. Coimbra: FEUC, 1989. Tese de Doutoramento em Economia. [Consult. 03 Nov. 2015]. Disponível em <https://estudogeral.sib.uc.pt/handle/10316/458>

_____. A Empresa, o Espaço e o Direito. **Revista Crítica de Ciências Sociais** [Em linha]. Nº 22 (abril 1987), p. 78. [Consult. 25 Abril 2019]. ISSN eletrónico 2182-7435. Disponível em: <https://ces.uc.pt/rccs/index.php?id=307>

MARTINEZ, Pedro Romano - **O Subcontrato**. Coimbra: Editora Almedina, 2006. ISBN 972-40-0542-9, p.20.

MATOS, Sara Younis Augusto de. **Da admissibilidade da cessão da posição contratual e da subcontratação e sua autorização pelo contraente público no contexto das relações jurídico-contratuais administrativas** [Em linha]. Lisboa: Universidade Católica de Lisboa, 2012. 75 f. Dissertação de Mestrado em Direito. [Consult. 03 Nov. 2015]. Disponível em <http://repositorio.ucp.pt/bitstream/10400.14/10922/1/Disserta%C3%A7%C3%A3o%20Sara%20Augusto%20de%20Matos.pdf>

MEIRELLES, Hely Lopes - **Direito Administrativo Brasileiro**. 23^a ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p.67. ISBN: 8574200794

MELO, Diogo Leonardo Machado de - Princípios do direito contratual: autonomia privada, relatividade, força obrigatória, consensualismo. In: **Teoria Geral dos Contratos**. LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore. São Paulo: Atlas, 2011. p. 76. ISBN 978-85-224-6519-4

MINISTÉRIO DA ECONOMIA. PLANEJAMENTO, DESENVOLVIMENTO E GESTÃO. **Decreto uniformiza procedimentos na contratação de terceirizados no executivo federal** [Em linha]. Brasil: Ministério da Economia, 2018. [Consult. 4 Abr. 2019]. Disponível em: <http://www.planejamento.gov.br/noticias/ultimas-noticias/decreto-uniformiza-procedimentos-na-contratacao-de-terceirizados-no-executivo-federal>.

MIRANDA, Benedita - “Estamos focados em marcas e clientes globais”. **Revista Portugalglobal** [Em linha]. Nº 64. (abril 2014), p. 28 [Consult Maio 2019]. Disponível em: <http://www.revista.portugalglobal.pt/AICEP/PortugalGlobal/Revista64/?page=12>

MIRANDA, Jorge *apud* Alex Sander Xavier; Carla Dolezel Trindade e Simão Aznar Filho - **Constitucionalismo Luso-Brasileiro – leitura normativa no âmbito do domínio da lei e da humanização das relações**. Rio de Janeiro, 2017, p.128. ISBN 978-85-909488-4-1

NÉRET, Jean - Les Sous-contrat. *Apud* MARTINEZ, Pedro Romano. **O Subcontrato**. Op. Cit., p. 114

NLRB - National Labor Relations Board. Disponível em: <https://www.nlr.gov/news-outreach/news-story/board-proposes-rule-change-its-joint-employer-standard>

OIT - **Recomendação 91** (1951) [Em linha]. [Consult. 05 Mai. 2019]. Disponível em: https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO:12100:P12100_INSTRUMENT_ID:312429:NO

_____ **Constituição e Declaração da Filadélfia** [Em linha]. [Consult. 10 Maio 2019]. Disponível em: https://www.ilo.org/brasil/centro-de-informacoes/documentos/WCMS_336957/lang--pt/index.htm

_____ **Trabalho decente** [Em linha]. Brasília. [Consult. 10 Maio 2019]. Disponível em: <https://www.ilo.org/brasil/temas/trabalho-decente/lang--pt/index.htm>

_____ **Futuro do Trabalho no Brasil: Perspectivas e Diálogos Tripartites** [Em linha]. Brasil: OIT, 2018. [Consult. 10 Maio 2019]. ISBN: 978-92-2-830943-0 (web pdf). Disponível em: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/---ilo-brasil/documents/publication/wcms_626908.pdf

_____ *Follow-up to the discussion on social dialogue at the 102nd Session of the International Labour Conference (2013): Plan of action*, Conselho de Administração [Em linha]. Genebra: OIT, 2016. [Consult 10 Maio 2019]. Disponível em: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---relconf/documents/meetingdocument/wcms_222313.pdf

PAUL, Gaspar Lourenço D’Almeida Cardoso, anot. - **Código civil portuguez anotado** [Em linha]. Portugal: Livraria Internacional, 1879. [Consult. 29 abril 2019]. Disponível em: <http://www.fd.ulisboa.pt/wp-content/uploads/2014/12/Codigo-Civil-Portugues-de-1867.pdf>

PIMENTA, Matusalém G - Uma visão contemporânea da soft law. **Revista Jus Navegandi** [Em linha]. Brasil (2018). [Consult. 03 Mai. 2019]. ISSN 1518-4862. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/64141/uma-visao-contemporanea-da-soft-law>

PIMPÃO, Hirosê APUD LEITE, Carlos Henrique Bezerra - **Curso de Direito do Trabalho**. 8ª ed., São Paulo: Saraiva, 2017, p.156.

PINTO, Geraldo Augusto. **A organização do trabalho no século 20: Taylorismo, Fordismo e Toyotismo**. São Paulo: Expressão Popular, 2007. ISBN 978-85-7743-028-4, p. 37.

PIRES, Alex Sander Xavier; TRINDADE, Carla Dolezel; FILHO, Simão Aznar. – **Constitucionalismo Luso-Brasileiro – leitura normativa no âmbito do domínio da lei e da humanização das relações**. Rio de Janeiro: Instituto Universitário, 2017, p. 128. ISBN 978-85-909488-4-1

PRONI, Marcelo Weishaupt - Trabalho decente e vulnerabilidade ocupacional no Brasil. **Economia e Sociedade** [Em linha]. Nº 3, vol. 22 (2013), p. 825-854. [Consult.10 Maio 2019]. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/ecos/v22n3/09.pdf>

RANGEL, Nuno. Subcontratação logística em Portugal regista aumento. **LOGÍSTICA MODERNA** [Em linha]. Pero Pinheiro- Portugal (26 Dez. 2017). [Consult. 20 Mar. 2019]. Disponível em: <https://logisticamoderna.com/subcontratacao-logistica-em-portugal-regista-aumento>

REALE, Miguel. **Função Social do Contrato** [Em linha]. 2003. [Consult. 28 Abril 2019]. Disponível em: <http://www.miguelreale.com.br>

REIS, José. Estado, Mercado e Comunidade: A economia portuguesa e a governação contemporânea. **Revista Crítica de Ciências Sociais** [Em linha], 70 (2004) 81-100.

Disponível em: <http://www.ces.uc.pt/publicacoes/rccs/artigos/70/RCCS70-Jose%20Reis-081-100.pdf>

_____ A Economia Portuguesa: Entre Espanha e as Finanças Transnacionais
Economia portuguesa. **Boletim de Ciências Económicas**, Coimbra: Centro de Estudos
Sociais, 2002. Vol. 45-A. Disponível em:
<https://www.ces.uc.pt/publicacoes/oficina/ficheiros/176.pdf>

REIS, João Carlos Simões. **O direito laboral português na crise atual** [Em linha]. Portal
periódicos científicos do UNIPÊ – Direito e Desenvolvimento. v. 7, n. 2 (2016). p. 3.
[Consult. 25 Mai. 2017]. Disponível em:
<https://periodicos.unipe.br/index.php/direitoedesenvolvimento/article/view/739>

RESOLUÇÃO nº 96/2000. **Diário da Justiça da República Federativa do Brasil Seção I**,
Ano 75, Nº 182-E (20-09-2000), p. 258

REVISTA PORTUGALGLOBAL [Em linha]. Nº 64. (abril 2014), p. 12 [Consult Maio
2019]. Disponível em:
<http://www.revista.portugalglobal.pt/AICEP/PortugalGlobal/Revista64/?page=12>

RODRIGUES JUNIOR, Edson Beas- organizador - **Convenções da OIT e outros
instrumentos de direito internacional público e privado relevante ao direito do trabalho**.
3ª ed. São Paulo: Ltr, 2017, p. 165. ISBN978-85-361-9219-2

RIBEIRO, Ana Tereza - Portarias de extensão: um breve olhar. **Revista de Ciências
Empresariais e Jurídicas** [Em linha]. Nº 25 (2014), p. 19. [Consult. 10 Maio 2019].
Disponível em:
<https://repositorio.ucp.pt/bitstream/10400.14/20332/1/Portarias%20de%20extens%C3%A3o%20-%20Um%20breve%20olhar.pdf>

RIBEIRO, José Félix, et. al. - **O sector dos Serviços e a Competitividade da Economia**.
[Em linha]. Portugal: Confederação do Comércio e Serviços de Portugal (CCP), 2012.
[Consult. 05 Maio 2019]. Disponível em: <https://slidex.tips/download/o-sector-dos-servios-e-a-competitividade-da-economia>.

RIBEIRO, Maria Eduarda - Negociação colectiva. **Revista Crítica Económica e social** [Em linha]. Nº3 (2015). [Consult. 08 Maio 2019]. Disponível em: <https://criticaeconomica.net/tag/3/>

RIFER, Manuel - Outsourcing: como os gestores vêem o momento do sector. **JE JORNAL ECONÔMICO**. (25 Set. 2017). Disponível em: <https://jornaleconomico.sapo.pt/noticias/outsourcing-como-os-gestores-vem-o-momento-do-sector-211930>

ROMITA, Arion Sayão – **Direitos Fundamentais nas relações de trabalho**. São Paulo: LTr, 2005. ISBN 978-85-361-2765-1

_____ **Globalização da economia e direito do trabalho**. São Paulo: Ltr, 1997, p.28

_____ **Política de emprego: intermediação do trabalho, trabalho temporário, prestação de serviços por Empresa**. Curitiba: Genesis, 1993. ISBN 1000209208138, apud Carlos Henrique Bezerra Leite – Curso de direito do trabalho. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017. ISBN 978-85-472-1370-1, p. 344.

ROSA, Eugênio. **Crise, políticas de austeridade e direitos sociais** [Em linha]. 2014. [Consult. 14 Abr. 2017]. Disponível em: <http://www.eugeniorosa.com/Sites/eugeniorosa.com/Documentos/2014/23-2014-Rlabor.pdf>

SANTORO-PASSARELLI, Francesco. Autonomia collettiva. In **Saggi di diritto civile**. Napoli: Eugenio Jovene, 1961. v. 1, p. 261-262

SANTOS, Ana Cordeiro; REIS, José - **Portugal: uma semiperiferia reconfigurada** [Em linha]. e-cadernos CES, 2018. [Consult. 17 mar. 2019]. Disponível em: <http://journals.openedition.org/eces/3163>; DOI: 10.4000/eces.3163

SARLET, Ingo Wolfgang (Org.) - **A eficácia dos direitos fundamentais**. 4 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 89. ISBN 857-348-299-0

SCALÉRCIO, Marco; MINTO, Túlio Martinez - **CLT: comparada conforme a reforma trabalhista: atualizado conforme MP 808/2017 com os 125 enunciados da jornada da**

reforma trabalhista organizado por temas. 2ª ed. São Paulo: LTr, 2018. ISBN 978-85-361-9557-5

SCHERES, Clóvis - **O Trabalho Decente nas Cadeias Globais de Valor - considerações sobre implicações, possibilidades e desafios** [Em linha]. Brasil: OIT, 2018, p. 42-43. [Consult. 10 Maio 2019]. ISBN: 978-92-2-830943-0 (web pdf). Disponível em: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/---ilo-brasil/documents/publication/wcms_626908.pdf

SENDEN, Linda - **SOFT LAW, SELF-REGULATION AND CO-REGULATION IN EUROPEAN LAW: Where Do They Meet? Electronic Journal of Comparative Law – EJCL** [Em linha]. V. 9 (2005). ISSN 1387-3091. [Consult 29 Abril 2019]. Disponível em: <https://www.ejcl.org/91/art91-3.PDF>

SILVA, José Ajuricaba da Costa e – Terceirização: a solução jurídica japonesa. **Revista LTr**. São Paulo: LTr. V. 58, n. 2 (Fevereiro 1994), p. 141 apud Carlos Henrique Bezerra Leite – Curso de direito do trabalho. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017. ISBN 978-85-472-1370-1.

SIMBRACS - Protagonismo do setor terciário no desenvolvimento nacional. **Revista SIMBRACS** [Em linha]. 2ª ed. (2014), p. 3. [Consult. 05 Maio 2019]. Disponível em: http://www.mdic.gov.br/arquivos/dwnl_1414688276.pdf

SOARES, Guido Fernando Silva - **A proteção internacional do meio ambiente**. Barueri: Manole, 2003, p. 92. ISBN: 8520417760.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - **TST deve analisar caso a caso ações contra União que tratem de responsabilidade subsidiária, decide STF** [Em linha]. Brasília: STF, 2010. [Consult. 20 Out. 2018]. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=166785>

SÜSSEKIND, Arnaldo Lopes - Flexibilização do direito do trabalho: alcance e objeto. **Revista Síntese Trabalhista**. Porto Alegre: Síntese. n. 126 (dezembro 1999), p 6.

_____ **Constituição da Organização Internacional do Trabalho** [Em linha]. São Paulo: LTr. [Consult. 18 abril 2019], p. 2-3. Disponível em:

https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/---ilo-brasilia/documents/genericdocument/wcms_336957.pdf

TELLES, Inocência Galvão - **Manual dos Contratos em Geral**. 3ª ed., Lisboa, 1965, p. 372.

VENTURA, Raúl Jorge Rodrigues - **Teoria da relação jurídica de trabalho: estudo de direito privado**, Porto: Imprensa Portuguesa, 1944, p. 195-198

VIANA, Márcio Túlio – A terceirização revisitada. **Revista do TST**. São Paulo LTr. Vol. 78, n. 4 (Outubro 2012), p. 3.

WEBER, Rosa - **246 - Responsabilidade subsidiária da Administração Pública por encargos trabalhistas gerados pelo inadimplemento de empresa prestadora de serviço: Recurso Extraordinário nº 603.397** [Em linha]. Brasília: STF, 2010. [Consult. 25 Abril 2019]. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=3764960&numeroProcesso=603397&classeProcesso=RE&numeroTema=246#>

ZANELLA, Cleunice; et. al. - **COMPETITIVIDADE EM CADEIAS PRODUTIVAS: UMA ANÁLISE BIBLIOMÉTRICA A PARTIR DOS PERIÓDICOS CAPES**. Qualitas Revista Eletrônica [Em linha]. V.17, nº 1 (2016), p.63. [Consult. 3 set. 2018]. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/301639209_COMPETITIVIDADE_EM_CADEIAS_PRODUTIVAS_UMA_ANALISE_BIBLIOMETRICA_A_PARTIR_DOS_PERIODICOS_CAPES.