

SOBRE A LIBERDADE DE PRECARIZAR: O SUPREMO, O RECUELO NA HISTÓRIA E A FALTA DE LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA

ABOUT FREEDOM OF DAMAGING: THE SUPREME COURT, THE SETBACK IN HISTORY AND THE LACK OF DEMOCRATIC LEGITIMACY

Lara Parreira de Faria Borges¹

Renata Queiroz Dutra²

RESUMO: A análise histórica da legislação e das decisões judiciais demonstra o forte embate entre capital e trabalho para a conquista de espaço na regulação das relações de trabalho. Em 1905, a Suprema Corte norte-americana entendeu que o devido processo legal impediria que fosse promulgada lei que limitasse a liberdade de contratar força de trabalho sem um exposto motivo que autorizasse a intervenção do poder de polícia estatal e, por isso, declarou inconstitucional a lei do estado de Nova York que limitava a jornada diária dos padeiros. Em 2014, vislumbra-se o risco de que o Supremo Tribunal Federal brasileiro adote as premissas da era *Lochner* para decidir sobre a constitucionalidade da terceirização de atividades fim no ARE 713.211/MG, uma vez que já indicou o reconhecimento de repercussão geral por meio do princípio da legalidade (art. 5º, II, da Constituição da República de 1988) que protegeria a liberdade de contratação a se estender na autorização para que toda atividade possa ser terceirizada. Observa-se a retomada de uma visão liberal que desconsidera toda a construção histórica da legislação trabalhista brasileira, além de preterir a esfera legislativa, que havia paralisado o Projeto de Lei nº 4.330 (o qual admite terceirização de toda atividade) por força da mobilização sindical, afirmando uma nova regulação legislada pela cúpula do Poder Judiciário. Assim, o atual embate em torno do ARE 713.211/MG assinala o risco de um retrocesso tanto em relação aos institutos democráticos em vigor, quanto à concepção de liberdade de contratação nas relações laborais.

PALAVRAS-CHAVE: Legitimidade democrática; liberdade de contratação; terceirização; princípio da legalidade; trabalho; precarização.

ABSTRACT: A historical analysis of the laws and court decisions demonstrates the strong clash between capital and labor to conquer space in the regulation of labor relations. In 1905, the U.S. Supreme Court held that the due process would prevent that a law that limits freedom of contract labor could be enacted without the express authorization of the state police power, and, therefore, declared unconstitutional the law of the state of New York that limited the workday journey for bakers. In 2014, the Brazilian Supreme Court faces the risk to adopt the premises of *Lochner* to decide about the constitutionality of outsourcing activities in the trial of the ARE 713.211/MG, once it was already indicated the recognition of general repercussion through the principle of legality (art. 5, II, of the Constitution of 1988) that would protect the freedom of contract to extend the authorization to outsource any kind of activity. It is the resumption of a liberal vision that disregards all historical construction of the Brazilian labor legislation, and override the legislative sphere, which had paralyzed the Draft Law No. 4330 (which allows outsourcing of all activity) under union mobilization, in order to

¹ Mestranda em Direito, Estado e Constituição pela Universidade de Brasília. Integrante do Grupo de Pesquisa Trabalho, Constituição e Cidadania (UnB). Assessora de Ministra do Tribunal Superior do Trabalho.

² Mestre e Doutoranda em Direito, Estado e Constituição pela Universidade de Brasília. Integrante do Grupo de Pesquisa Trabalho, Constituição e Cidadania (UnB). Analista Judiciária do Tribunal Superior do Trabalho e Assessora de Ministro.

create a new regulation as legislation by the Supreme Court. Thus, the current struggle around the ARE 713.211/MG points to the risk of a setback both for democratic institutions in place, as for the conception of freedom of contract in industrial relations.

KEY-WORDS: Democratic legitimacy; freedom of contract; outsourcing; the legality principle; job precariousness.

Introdução

A terceirização, enquanto estratégia de gestão empresarial que objetiva enxugar processos produtivos e reduzir o quadro de trabalhadores vinculados a um determinado ente produtivo, é um fenômeno mundial. Paralelamente a esse fenômeno, seus limites e consequências jurídicas, sobretudo no que toca à responsabilidade pelos direitos trabalhistas, são objeto de disputa, que o acompanha desde o seu surgimento.

O conflito a respeito da regulação dos limites da terceirização, portanto, nada mais é que o velho conflito capital e trabalho, trazido para a arena política em que o Estado é chamado a disciplinar as relações de trabalho, com menos ou mais assertividade.

Foi à luz desse conflito que se deu o processo de abertura do ordenamento jurídico brasileiro à terceirização: moldado em concessões e resistências, a legislação infraconstitucional paulatinamente absorveu, em algumas hipóteses excepcionais, a possibilidade de regulamentação da referida forma de contratação, no que foi interpretada pela instância superior da Justiça do Trabalho, que afirmou o marco da Súmula nº 331 (TST), com limitação da terceirização às atividades-meio das empresas, desde que não verificados os requisitos da pessoalidade e da subordinação jurídica direta ao tomador de serviços³.

Recentemente, o empresariado contou com uma iniciativa mais firme em relação à abertura da regulação estatal para as contratações terceirizadas: por meio do Projeto de Lei nº 4330, de autoria do Deputado Sandro Mabel, foi apresentada ao Congresso Nacional proposta de regulamentação da terceirização que implicava supressão dos marcos até então firmados na legislação infraconstitucional e já interpretados de forma ampliativa pela Justiça do Trabalho, para assegurar-se uma abertura indiscriminada do ordenamento jurídico à terceirização. Após disputa acirrada no parlamento, a bancada trabalhista, mobilizada pela Central Única dos Trabalhadores, logrou uma grande vitória política ao suspender a votação do referido Projeto de Lei no Congresso, fazendo prevalecer a regulação da terceirização atualmente vigente.

³ Não cabe aqui poupar críticas ao momento de flexibilização da legislação trabalhista protagonizado pelo próprio TST à época da edição da referida Súmula, que, no momento histórico atual, é defendida inclusive pelo movimento sindical, dado o temor de um recuo maior na proteção ao trabalho. Entretanto, ao tempo de sua edição, a Súmula traduziu um ativismo judicial prejudicial sensível às demandas do mercado em detrimento da proteção ao trabalho.

Vencidos na batalha, mas não na guerra, os empresários brasileiros vislumbraram outra chance de rever a regulação da matéria: combater os parâmetros da Justiça do Trabalho perante o Supremo Tribunal Federal. E algum êxito se anuncia nessa medida, com o reconhecimento da repercussão geral da matéria, à luz da liberdade de contratar supostamente contida no artigo 5º, II, da Constituição Federal, no bojo do ARE 713.211 MG.

Nesse ensaio, nos propomos a analisar essa curiosa sinalização jurisprudencial do STF em face do caso *Lochner versus New York*, no qual a Suprema Corte Americana, no ano de 1905, embora numa decisão na qual se firmou o entendimento de que a liberdade de contratação não é um valor absoluto, mas que cederia em determinadas situações, notadamente diante do poder de polícia do Estado, em sua conclusão, revelou ativismo judicial desfavorável à legislação trabalhista vigente, que limitava a jornada de trabalho dos padeiros no caso concreto.

No caso americano, duas discussões diversas sobre liberdade se colocaram em choque: primeiro, a liberdade de contratação dos empregadores, que, embora num artifício retórico não tenha sido reputada absoluta, na concretude da decisão, prevaleceu sobre os direitos dos trabalhadores à saúde e ao repouso; segundo, a liberdade democrática assegurada aos cidadãos de, por meio de seus representantes, fazerem valer no parlamento suas concepções de justiça, por meio da produção de normas de convivência social e de regulação socioeconômica. Em 1905, em uma democracia bem diferente da nossa, enquanto uma liberdade foi extremada, a segunda foi mitigada em prol da transferência de decisões políticas fundamentais da sociedade à esfera restrita da Corte Constitucional.

Quase cento e dez anos depois do julgamento do caso *Lochner versus New York*, a Corte Constitucional brasileira se vê numa situação análoga. O ARE 713.211/MG traz a ponderação, em um mesmo caso concreto, de duas liberdades: a liberdade de contratação dos empregadores e a liberdade democrática da sociedade de definir o que é justiça dentro das relações de trabalho. Tal ponderação, que ainda está por vir no Supremo, traz consigo a exigência da adoção de parâmetros coerentes de fixação dos limites e possibilidades dessas liberdades, à luz do princípio democrático.

São as contradições e convergências dessas duas liberdades, à luz do caso da terceirização trabalhista, que esse artigo se propõe a problematizar.

1. A terceirização e o panorama atual do mundo do trabalho: uma solução econômica em detrimento da proteção ao trabalho⁴

O final do século XX foi marcado por grandes transformações na ordem econômica mundial. Ao cabo da década de 1970, o capitalismo enfrentou mais uma de suas crises, então atribuída à redução dos níveis de produtividade do capital da taxa de lucros, ao esgotamento dos modelos taylorista e fordista de produção, que não se mostraram aptos a responder ao desemprego estrutural, à hipertrofia da esfera financeira, à excessiva concentração de capitais decorrente da formação de monopólios e oligopólios, à falência do modelo de Estado Social, ao crescimento acentuado das privatizações e à flexibilização e desregulamentação dos mercados e do trabalho (ANTUNES, 1999, p. 31 e 32).

A instituição de uma ordem econômica global acelerou a dinâmica das relações comerciais e comunicacionais, assim como tornou obsoletas certas estruturas produtivas, e priorizou a reprodução capitalista pela especulação, sem compromisso com as capacidades produtivas, endividamento dos países de capitalismo periférico (DELGADO, M. G., 2003, p. 13-27).

A resposta, já globalizada, à profunda crise econômica veio por meio da hegemonização de um pensamento econômico orientador das políticas dos Estados: o neoliberalismo.

A representação desse pensamento repercutiu pela ascensão de lideranças políticas neoliberais em países ocidentais de destaque (Margaret Thatcher na Inglaterra, Ronald Reagan nos EUA, Helmut Kohl na Alemanha) e foi potencializada pela ausência de um contraponto político forte à maximização do ideal do bloco capitalista, decorrente da queda do bloco soviético, e a supressão, sobretudo nos países periféricos, de barreiras ao avanço da economia mundial sobre seus mercados (DELGADO, M. G., 2003, p. 13-27).

O trabalho humano, principal atingido pela reformulação produtiva, não se encontrava na pauta central de proteção dos Estados então dominados pelo neoliberalismo, que não apenas se omitiram como também contribuíram para a ofensiva que então se direcionava contra os trabalhadores e o trabalho regulado.

A descentralização das atividades econômicas empresariais, marcada pela fragmentação do processo produtivo em busca da redução de custos, fez com que empresas multinacionais instalassem diversos setores de sua cadeia produtiva em países periféricos, por meio de pequenas e médias empresas, reduzindo postos de trabalho nas empresas matrizes.

⁴ Para acessar a primeira apresentação desta reflexão, consultar: DELGADO; DUTRA, 2013.

O modelo fordista de produção começou a ser superado por diversas técnicas produtivas, destacadamente o toyotismo, que traz consigo a lógica de empresas enxutas, com cadeias produtivas horizontalizadas, largo uso da mão de obra terceirizada e produção na medida da demanda (*just in time*), além de um forte apelo por flexibilidade (DELGADO, G. N. 2006, p. 163-169). A Terceira Revolução Industrial, com mecanização e robotização intensivas, compõe esse cenário.

David Harvey apresentou como fator de transição do modelo fordista para o modelo toyotista a categorização dos trabalhadores em dois grupos: um grupo central, composto por trabalhadores qualificados e detentores de empregos formais e estáveis, e um grupo periférico, composto por terceirizados, temporários, autônomos e subcontratados em geral, que prestaram serviços sem segurança no posto de trabalho e em condições precárias (HARVEY, 2003, p. 167-169).

O novo contexto, portanto, é de intensificação da exploração do trabalho daqueles que seguem trabalhando, como forma de suprir o espaço deixado por aqueles que foram despojados de seus empregos. O trabalho intensificado, no entanto, se dá por meio de contratações cada vez mais precárias. A classe trabalhadora se heteroginiza, complexifica e fragmenta (ANTUNES, 2010).

Nesse cenário, é por meio da terceirização que grandes empresas enxugam seus quadros e que mais atividades são consideradas descartáveis e periféricas à execução dos fins empresariais, com base em um discurso de redução de custos trabalhistas (DELGADO, G. N., 2003).

Nos países subdesenvolvidos, a terceirização passou a ser a forma de gestão encontrada para reduzir custos com mão de obra, na medida em que repassa o ônus de lidar com empregados a uma empresa prestadora a qual irá contratar trabalhadores sob remunerações e condições de trabalho inferiores aos postos anteriores (POCHMAN, 2012, p. 109). Nesse contexto, verifica-se um aumento de empresas sem empregados, o que contribui para dificultar a fiscalização do ambiente de trabalho, além de desmobilizar a atuação sindical (POCHMAN, 2012, p. 109).

No Brasil, a terceirização tornou-se uma forma de gestão interessante para o capital em um período de elevada inflação, alta concorrência internacional, abertura comercial, baixo crescimento econômico do país e desregulamentação dos contratos de trabalho (POCHMAN, 2012, p. 109).

Além disso, a contratação trilateral entre tomador, prestador e trabalhador terceirizado rompe com a estrutura bilateral da relação de emprego, com seus caracteres clássicos, historicamente construídos para a melhor proteção do sujeito trabalhador (DELGADO, G. N., 2003).

Graça Druck, com vasta pesquisa empírica na matéria, reconhece:

Os diversos setores pesquisados nos anos 2000, bancários, *call centers*, petroquímico, petroleiro, além das empresas estatais ou privatizadas de energia elétrica, comunicações e dos serviços públicos de saúde, para além das estatísticas que indicam o crescimento da terceirização, revelam as múltiplas formas de precarização dos trabalhadores terceirizados nessas atividades: *nos tipos de contrato, na remuneração, nas condições de trabalho e de saúde e na representação sindical.*(DRUCK, 2011, p. 37-57, grifos no original)

Pesquisa realizada pelo DIEESE em parceria com a CUT, em setembro de 2011, dá notícia de números alarmantes a respeito da terceirização no país. De início, a pesquisa identifica que a remuneração dos trabalhadores terceirizados é inferior, em 27,1%, à remuneração dos trabalhadores permanentes. Ademais, os dados noticiam que a remuneração dos trabalhadores terceirizados se concentra nas faixas de 1 a 2 salários mínimos e de 3 a 4 salários mínimos, ao passo que os trabalhadores diretos estão mais distribuídos entre as diversas faixas salariais (DIEESE/CUT, 2011).

Apesar de a terceirização ter ampliado a geração de postos de trabalho assalariados formais, essas ocupações respondem pelas médias salariais da base da pirâmide social brasileira, não se podendo falar em uma nova classe média (POCHMAN, 2012, p. 123).

Em relação à jornada de trabalho contratada, o DIEESE constata que esse grupo de trabalhadores realiza, semanalmente, uma jornada de 3 horas a mais que a exercida pelos trabalhadores permanentes, sem considerar as horas extras e os bancos de horas realizados. O tempo de emprego demonstra uma diferença ainda maior entre trabalhadores diretos e terceiros: enquanto a permanência no trabalho é de 5,8 anos para os trabalhadores permanentes, em média, para os terceiros é de 2,6 anos. Desse fato decorreria a alta rotatividade dos terceirizados: 44,9% contra 22% dos diretamente contratados (DIEESE/CUT, 2011).

Essa ruptura com o padrão contratual da relação de emprego clássica e seu potencial de fragilizar e desproteger o sujeito que trabalha deixou impactados os estudiosos do Direito do Trabalho diante da adversidade de regular juridicamente um fenômeno que rompe com os institutos clássicos justralhistas (DELGADO, G. N., 2003).

Atribuir a uma orientação neoliberal do Estado brasileiro, a partir da década de 1990 até o momento atual, o avanço da terceirização e das diversas formas de precarização do

trabalho provenientes do modelo pós-fordista de gestão, entretanto, implica confrontar o compromisso neoliberal de desregulamentar o trabalho com o esvaziamento de foros essenciais à democracia e à construção normativa da regulação social do trabalho verificados no processo, notadamente quando estes tendem a esboçar resistência aos fatores econômicos que se pretende fazer prevalecer.

2. A batalha contra a terceirização no Brasil

A terceirização apresentou-se como fenômeno mundial a partir de 1970, chegando ao Brasil de forma decisiva por volta da década de 80 (PORTO, 2013). Como em regra acontece no sistema jurídico, o fato social da terceirização enquanto fenômeno generalizado precedeu qualquer normatização mais abrangente, chegando prioritariamente às esferas jurisdicionais antes mesmo da regulamentação global do tema – que ainda não ocorreu⁵.

A regulamentação das contratações terceirizadas se deu no país, primeiramente, a partir da própria Administração Pública, que tomou a contratação triangular como medida de modernização do Estado.

O primeiro marco legislativo da contratação terceirizada de serviços na Administração Pública veio com o art. 10, § 7º, do Decreto-Lei n.º 200/67, por meio do qual foi autorizada a transferência de atividades meramente executivas para a iniciativa privada (VIANA, DELGADO, AMORIM, 2011, p. 54-84), com o declarado propósito de promover o enxugamento da máquina administrativa.

Como o foco da regulamentação era a perspectiva administrativista, não houve cuidado em delinear quais seriam os limites do conceito de “tarefas executivas” (VIANA, DELGADO, AMORIM, 2011, p. 54-84), tampouco quais seriam as consequências dessa autorização para os direitos dos trabalhadores envolvidos.

Essa omissão veio a ser suprida com a promulgação da Lei n.º 5.645/70, a partir da qual ficou definido que apenas atividades de transporte, conservação, custódia, operação de elevadores, limpeza, entre outras de mesma natureza poderiam ser objeto de contratação indireta, como firmado no art. 3º, parágrafo único, deste diploma legal (DELGADO, G. N., 2003, p. 128-129). Daí se extrai que houve autorização para a Administração Pública

⁵A terceirização foi “prevista”, quando da disciplina da descentralização administrativa, de modo a abranger, inicialmente, apenas a Administração Pública (Decreto n.º 200/67). Com a edição da Lei n.º 5.645/70, a Administração ficou autorizada a terceirizar apenas atividade-meio. Também houve disciplina esparsa para o trabalho temporário (Lei n.º 6.019/74) e serviços de vigilância (Lei n.º 7.102/83 e Lei n.º 8.863/94).Entretanto, a terceirização como fenômeno generalizado, aplicável todos os setores produtivos acabou chegando às esferas jurisdicionais antes mesmo que alguma medida legislativa fosse editada.

terceirizar apenas atividades-meio, e não suas atividades finalísticas (VIANA, DELGADO, AMORIM, 2011, p. 54-84).

A relativa disciplina que a matéria recebeu na esfera pública, contudo, não foi estendida ao setor privado. Com relação à contratação indireta de trabalhadores por empresas privadas, em que pese o apelo dos novos modelos de gestão pela contratação terceirizada, a disciplina legal foi lenta e encontra-se, ainda hoje, inconclusa.

O ordenamento jurídico já contava com a previsão de contratação triangular em situações restritas, como era o caso do contrato de empreitada previsto no art. 455 da CLT, em sua redação original (VIANA, DELGADO, AMORIM, 2011, p. 54-84). Porém, a conformação da estrutura jurídica ao fenômeno da terceirização propriamente dito, nos moldes estabelecidos pela nova ordem econômica mundial a partir da década de 1970, pode ser vislumbrada, pela primeira vez no setor privado, com a regulamentação do trabalho temporário, pela Lei nº 6.019/74.

Rompendo com a estrutura clássica do contrato de trabalho bilateral, essa norma legitimou a intermediação de mão de obra em situações específicas (“para atender à necessidade transitória de substituição de seu pessoal regular e permanente ou a acréscimo extraordinário de serviços”, como dispõe seu art. 2º), conformando a prestação de serviços por um trabalhador a uma relação trilateral em que se celebravam simultaneamente dois contratos: um contrato entre as duas empresas envolvidas (a “fornecedora” e a “cliente”) e um contrato entre o trabalhador e sua empregadora (VIANA, DELGADO, AMORIM, 2011, p. 54-84).

A pressão criada pelo incremento do número de empresas de locação de mão-de-obra viria a ser atendida em 1974 com a regulamentação do trabalho temporário, contrato nitidamente precário, por caminhar contra o princípio da continuidade da relação de emprego, basilar do Direito do Trabalho (BARROS, 2009, p. 444).

No entanto, a contratação de mão-de-obra temporária, por meio de empresa interposta, teve suas possibilidades limitadas pela legislação, seja quanto à exigência de credenciamento das empresas de trabalho temporário perante o Ministério do Trabalho e Emprego (art. 5º), seja quanto à demarcação do prazo do contrato (três meses, nos termos do art. 10), além das finalidades vinculadas descritas no art. 2º. Destaca-se, principalmente, a previsão de equiparação de direitos entre os trabalhadores temporários e os empregados da empresa tomadora de serviços que o art. 12 da Lei nº 6.019/74 preconizou, na tentativa de inibir

estratégias empresariais no sentido de utilizar o trabalho temporário em detrimento da contratação direta e protegida que a CLT assegura, com o fim de reduzir custos trabalhistas.

Dado esse quadro restrito da Lei nº 6.019/74, a organização produtiva nacional, tendo em vista a adesão ao modelo produtivo difundido mundialmente, ainda clamava por flexibilidade nas contratações e enxugamento dos seus quadros de pessoal, problema para o qual, do ponto de vista empresarial, a terceirização, admitida de forma geral, seria a resposta.

O passo seguinte nesse processo histórico foi a promulgação da Lei nº 7.102/83, que veio a regular o trabalho de vigilância patrimonial e transporte de valores em instituições bancárias, admitindo a terceirização desses serviços. Essa possibilidade de uso permanente da mão de obra de vigilância terceirizada só foi ampliada para além da esfera bancária por meio da Lei nº 8.863/94 (DELGADO, G. N., 2003, p. 128-129).

Portanto, durante a década de 1980, para a generalidade dos setores produtivos e fora das hipóteses restritas da Lei do Trabalho Temporário, a demanda do mercado por flexibilidade não encontrava resposta no ordenamento jurídico.

Assim, tem-se que o fato socioeconômico da terceirização precedeu qualquer normatização e acabou chegando às esferas jurisdicionais antes mesmo que medidas legislativas pertinentes fossem editadas. No âmbito do Poder Judiciário, como relata Noemia Aparecida Porto (2013), o processo de abertura do ordenamento jurídico para a terceirização, por meio da atuação jurisprudencial, foi lento e moldado em resistências e concessões.

Num primeiro momento, ao deparar-se com a avalanche terceirizante, subvertendo a lógica da relação empregatícia dos artigos 2º e 3º da CLT, a resposta do Tribunal Superior do Trabalho, coerentemente com os institutos jurídicos vigentes até então, foi a edição da Súmula nº 256, em 30/9/1986, vedando a terceirização fora das hipóteses de trabalho temporário e de serviços de vigilância. Dispunha o enunciado:

Salvo os casos de trabalho temporário e de serviços de vigilância, previstos nas Leis 6.019, de 03.01.1974, e 7.102, de 20.06.1983, é ilegal a contratação de trabalhadores por empresa interposta, formando-se o vínculo empregatício diretamente com o tomador de serviços.

Até aqui foi irrelevante a distinção entre atividades meio e fim, que se quedaram igualmente inadmitidas, como observa Alice Monteiro de Barros (2009, p. 444).

Entretanto, a pressão dos empregadores e a ampla difusão da terceirização fora dos setores apontados pela Súmula nº 256 levaram a jurisprudência, paulatinamente, a ceder

quanto à proibição e a formular novas exceções, relativizando a “rigidez” do enunciado editado em 1986 (DELGADO, G. N., 2003, p. 128-129).

Interessante notar como o discurso jurídico se amoldou aos novos modos de agir econômicos, revelando a tensão entre a imperatividade de regular o trabalho, impedindo sua exploração desmedida, e a tendência de viabilizar e legitimar a reprodução capitalista, de acordo com os ditames da sua agenda⁶.

Esse processo de acomodação jurisprudencial da terceirização oportunamente ocorreu em 1993, com a edição da Súmula nº 331 pelo Tribunal Superior do Trabalho, por meio da qual se ampliou a possibilidade de terceirização para além dos serviços de vigilância e de trabalho temporário, passando a admitir também a terceirização de serviços de conservação e limpeza “bem como a outros serviços especializados ligados à atividade-meio do empregador, desde que inexistente a pessoalidade e subordinação direta”. A possibilidade de contratação permanente de trabalhadores terceirizados representou uma abertura significativa do quadro jurídico, que, numa atitude de protagonismo do Judiciário trabalhista em relação ao problema, foi elástico pela interpretação mais do que fora possível na esfera legislativa.

Com a disciplina da Súmula nº 331, não apenas se estabeleceram os limites para o que seria ou não uma terceirização lícita, como também se disciplinaram as consequências jurídicas da ilicitude da terceirização (reconhecimento do vínculo empregatício diretamente com o tomador dos serviços) e a responsabilidade empresarial nas hipóteses de licitude da terceirização (responsabilidade subsidiária do tomador de serviços).

Vale dizer, ainda, que o Tribunal Superior do Trabalho, apesar de ter chancelado a ampliação das hipóteses de terceirização, demonstrou não se afastar dos parâmetros clássicos de reconhecimento do vínculo empregatício estabelecidos na CLT, uma vez que ressaltou que, caso configurada a pessoalidade e a subordinação jurídica direta entre trabalhador e tomador de serviços, a relação de emprego direta seria declarada (Súmula nº 331, item III). Prevalencia, pois, a regra geral da relação bilateral de emprego, tal como consagrado na CLT.

A relativa estabilidade da regulação social promovida pela Súmula nº 331, no entanto, veio a sofrer grandes investidas.

Os ataques à Súmula nº 331 do TST, aliados à preocupação dos julgadores com o avanço do fenômeno, conduziram à realização de Audiência Pública sobre terceirização no

⁶ Biavaschi pondera que o processo de construção dos entendimentos sumulados pelo TST não está deslocado da dinâmica social e econômica que envolveu o país, de modo que o processo de disputa que envolve a construção das normas jurídicas, no âmbito dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário “não pode ser compreendido apartado das lutas que se dão em uma determinada sociedade, no momento histórico em que são produzidas” (BIAVASCHI, 2013. p. 461).

Tribunal Superior do Trabalho⁷. Nesse evento, se assistiu a uma acirrada polarização entre as posições de estudiosos do mundo do trabalho e representantes dos trabalhadores, que se colocaram favoravelmente ao endurecimento da regulação judicial a respeito do tema, contra um incisivo discurso dos representantes empresariais, também acompanhados de intelectuais comprometidos com suas pautas, em favor da flexibilização do conteúdo da Súmula, especialmente no que concerne à permissão da terceirização de atividade-fim⁸.

Esse movimento de disputa em torno dos limites da terceirização também fica retratado pelos diversos projetos de lei com propostas de regulamentação para a matéria, com conteúdos bastante diversos, a depender de sua autoria política.

Com destaque, tem-se o Projeto de Lei nº 4330/2004, de relatoria do Deputado Sandro Mabel, que visa regulamentar a terceirização trabalhista, ampliando suas possibilidades para toda e qualquer atividade empresarial. Tal projeto se encontrava em avançado estágio do procedimento deliberativo do Congresso Nacional no segundo semestre de 2013, tendo sido suspensa a deliberação, nesse período, por pressão do movimento sindical.

No calor do avanço do processo legislativo do PL nº 4330 (agosto e setembro de 2013), o movimento sindical brasileiro manifestou sua força e – ao custo de muita mobilização e articulação política, amplo processo de convencimento público, ocupações de comissões da Câmara dos Deputados (algumas dando ensejo a repressões policiais com uso de *spray* de pimenta) – conseguiu retirar de pauta o referido projeto de lei. Com isso, reafirmou-se a permanência da normatização trabalhista vigente, que, amparada na Consolidação das Leis do Trabalho, elege a relação bilateral de emprego como regra para as relações de trabalho e autoriza, apenas a título excepcional, as possibilidades de terceirização previstas na legislação esparsa (por exemplo, art. 10, § 7º, do Decreto-Lei nº 200/67, Lei nº 5.645/70, Lei nº 6.019/74 e Lei nº 7.102/83, posteriormente ampliada pela Lei nº 8.863/94). Desde então a questão está parada no Congresso Nacional (BRASIL, Projeto de Lei nº 4330/2004, Câmara dos Deputados).

3. A reabertura da discussão na Corte Constitucional

Recentemente, entretanto, foi reaberta a disputa em torno da questão da terceirização em nosso país. Após o embate no Congresso Nacional, deflagrado pelo Projeto de Lei nº

⁷ O evento aconteceu nos dias 4 e 5 de outubro de 2011.

⁸ O evento foi registrado em vídeo e as mídias encontram-se disponíveis em <http://www.youtube.com/watch?v=FNlm3eJmqzg>. Acesso em 19/10/2013, 14h56.

4330, se reinstala, agora em um foro diferente, a luta na qual os trabalhadores outrora saíram vitoriosos.

Menos de um ano depois de reafirmada a opção legislativa por um determinado modelo de regulação das relações de trabalho, o Supremo Tribunal Federal, no bojo do Agravo em Recurso Extraordinário (ARE) nº 713.211/MG, reconhece a repercussão geral da terceirização de atividade-fim, por uma suposta violação à liberdade de contratação, considerada a partir da redação do art. 5º, II, da Constituição Federal.

A discussão gira em torno das mesmas questões. Os argumentos levantados por cada um dos lados também pouco se alteraram tanto no embate legislativo como nos debates da Corte Constitucional.

O empresariado entende que a terceirização é a forma mais moderna de organização produtiva e que é impossível atuar competitivamente no mercado globalizado arcando com os custos e com a logística de empresas com grande número de trabalhadores contratados diretamente.

Os trabalhadores, por sua vez, reclamam um modelo de desenvolvimento que respeite os valores sociais do trabalho. Associam a terceirização e a redução de custos que ela promove à precarização das relações de trabalho, à exposição da vida e da saúde dos trabalhadores, à fragilização de categorias sindicais, entre outras consequências.

O diferencial agora é que, implicitamente ao debate sobre a necessidade de flexibilizar as relações de trabalho e sua regulação, com prevalência para a liberdade contratual, entra em cena uma discussão sobre as liberdades democráticas envolvidas na regulação social do trabalho. A convivência de uma perspectiva neoliberal de Estado com o avanço de formas de contratação menos protegidas reveste-se de uma coerência que, todavia, não se transplanta ao debate a respeito dessa segunda liberdade. É que a perspectiva neoliberal, utilizada a qualquer custo para que prevaleçam os interesses econômicos sobre os trabalhistas não se coaduna com os valores inerentes ao próprio liberalismo político quanto à preservação dos espaços de decisão política democrática autônoma dos representantes dos cidadãos, sem a intervenção autoritária do Judiciário para suprir ou corrigir as falhas da democracia.

Na reconhecida repercussão geral, a decisão eminentemente política a respeito de um modelo de produção e de um padrão de regulação das relações de trabalho adotado pelo Estado foi retirada do espaço de deliberação composto pelos representantes legitimamente eleitos por ambas as partes do conflito, e passa às mãos de apenas onze Ministros, não eleitos

diretamente, não vinculados a plataformas políticas e infensos ao controle qualitativo de suas decisões, na medida em que não ocupam cargos eletivos, mas, sim, cargos vitalícios, nos quais foram investidos por indicação do Poder Executivo e aprovação do Senado Federal, em razão de ostentarem notável saber jurídico – processo que, ainda que se reconheça como democrático, não se compara com a legitimidade auferida por aqueles eleitos diretamente pelo povo e submetidos ao seu controle, no mínimo, diante da possibilidade de serem ou não reeleitos em mandatos posteriores.

A condição de representatividade de uma decisão e, por consequência, de sua legitimidade é diretamente marcada pela submissão daqueles que a adotam a processos eleitorais nos quais, a sociedade, a partir de sua correlação de forças real e dos mecanismos democráticos disponíveis, manifesta a sua opção a respeito do que seja justiça (MANIN, PRZEWORSKI, STOKES, 2006, p. 105-138).

Ainda que o que é considerado bom pela maioria da sociedade possa entrar em conflito com os interesses particulares daqueles que são eleitos e, ainda que a tomada de decisões por eleitores possa ocorrer com respaldo em informações distorcidas ou parciais, persiste, mesmo em uma sociedade capitalista, em que as distorções socioeconômicas influenciam no processo eleitoral, a tomada de decisão por sujeitos eleitos como a mais representativa e democrática (MANIN, PRZEWORSKI, STOKES, 2006, p. 105-138).

Isso porque o mecanismo de controle das decisões tomadas pelos eleitos está dado pela submissão destes ao crivo dos interessados nas eleições quando do momento de reeleição. Ainda que desinteressados nas políticas do eleitorado e centrados nos seus interesses particulares de permanência no poder, os políticos cedem bem a pressões quando suas decisões ameaçam a possibilidade de reeleição. Adotadas pelos eleitos as medidas que considerarem mais convenientes, pelos diversos critérios que podem fazê-lo, entretanto, após submetido aos efeitos do governo e confrontado com o descumprimento ou cumprimento de promessas de campanha, o eleitorado pode reagir a esses mecanismo, aprovando-os ou rejeitando-os em ambos os casos. A democracia não ostenta meios institucionais para assegurar que nossas escolhas sejam respeitadas, mas viabiliza que nossos porta-vozes sejam substituídos, e, antes de sê-lo, que sejam convencidos ou que nos convençam (MANIN, PRZEWORSKI, STOKES, 2006, p. 105-138).

Isso não importa negar que os políticos podem ter estímulos para desviar suas propostas de campanha ou a plataforma de suas bases: é fato que isso efetivamente ocorre e com mais frequência que o desejado.

No entanto, a reflexão é: por que crer que o Poder judiciário, composto por sujeitos que alçam seus cargos a partir de crivos técnicos, sem compromissos ideológicos e com grupos de interesses, sem preocupação com a aprovação eleitoral, produzirão decisões políticas melhores que os nossos representantes democraticamente eleitos, ainda que com todos os desvios de um processo eleitoral pautado em financiamento privado e manipulação midiática?

É que, como asseguram MANIN, PRZEWORSKI e STOKES (2006, p. 105-138), embora a democracia não possa assegurar representação, é plausível que ela leve a mais representação que os regimes alternativos. Tão antidemocrático quanto não observar a separação dos poderes é ampliar os poderes judiciais de forma a exorbitar a esfera de resolução de conflitos e colocá-lo no centro da produção de normas gerais e abstratas.

Nádia Urbinati nos fornece perguntas importantes a respeito do sucesso dessa transposição: como transplantar a agenda política ricamente criada pelo debate público que o direito de voto proporciona ao espaço pouco permeável da Corte Constitucional? É certo que os processos democráticos de eleição dos agentes que tomam decisões não só os submetem a algum controle do eleitorado como é responsável pela criação da própria vida política, na medida em que projeta, a longo prazo, perspectivas ideológicas orientadas para o futuro e encoraja o envolvimento amplo de formas extra-eleitorais de ação política (ainda que sem a garantia de que a influência política será distribuída igualmente e de que se tornará autorizada) (URBINATI, 2006, p. 191-228). Completa Urbinati:

Quando a política é programada de acordo com os termos eleitorais e as políticas incorporadas pelos candidatos, as opiniões compõem uma narrativa que vincula os eleitores através do tempo e do espaço e faz das causas ideológicas uma representação de toda a sociedade e de seus problemas (URBINATI, 2006, p. 191-228).

A politização do processo de decisão e sua devolução ao seio da sociedade para que “no complexo processo de unificação-e-desunião dos cidadãos” projete respostas e perspectivas de administração de interesses divergentes, não apenas é inerente à democracia⁹, como cumpre o relevante papel de tornar públicas as questões que permeiam o cotidiano de todos: como é o caso do trabalho e seus limites para aqueles que laboram ou que o exploram.

Como assegurar que a correlação de forças efetivamente existente na sociedade a respeito de questões políticas fundamentais seja traduzida na composição da Corte

⁹ Porque a democracia não é um consenso, mas “conflito delimitado” ou “conflito sem assassinato” (PRZEWORSKI, 1989, *apud* URBINATI, 2006).

Constitucional? Como pressupor que as decisões a respeito de conceitos prévios à aplicação do direito sejam firmadas democraticamente se a última palavra a respeito delas pertence ao foro exclusivo de 11 juízes? Como justificar que o direito criado por muitos de nós, dentro da pluralidade de nossa política e permeado pelas nossas discordâncias mútuas, seja inferior ao direito criado com uma suposta neutralidade política por mentes de notável saber jurídico (WALDRON, 2003)?

É nesse sentido que a concepção de legitimidade democrática que perpassa Cortes Constitucionais que avançam ao deslinde de questões políticas, ampliando liberdades dos empregadores em detrimento dos direitos dos empregados, culmina por esvaziar não apenas a liberdade contratual de quem trabalha, dentro da relação laboral, como também esvazia o espaço democrático de deliberação nos quais os sujeitos que trabalham poderiam produzir e se empoderar diante da condução política da regulação do trabalho.

4. O ARE 713.211/MG e o caso *Lochner v. New York*

Em 1905, a Suprema Corte dos Estados Unidos da América se deparou com questão semelhante. No julgamento do caso “*Lochner v. New York*”, decidiu-se ali que a décima quarta emenda à Constituição americana garantiria a inconstitucionalidade de uma lei que regulava a jornada máxima diária e semanal de trabalho dos padeiros daquele estado. O caso é emblemático nos estudos de Direito Constitucional por estudiosos americanos e teóricos do mundo todo, sendo comparado à grandeza de repercussão dos casos “*Brown v. Board of Education*” (segregação racial nas escolas) e “*Roe v. Wade*” (aborto).

O caso *Lochner v. New York* serviu por muito tempo de baliza para a análise de práticas governamentais (SUNSTEIN, 1987, p. 873). O grande argumento contra o julgamento do caso *Lochner* foi o equivocado ativismo judicial, que ilegitimamente interveio em uma seara destinada especificamente ao braço político do governo (SUNSTEIN, 1987, p. 874).

Em apertada decisão de 5 contra 4 Ministros, a Suprema Corte americana suplantou a vontade da maioria do estado de Nova Iorque, negando o maior direito à liberdade dessas pessoas: a liberdade de criar leis que promovessem seu bem-estar e protegessem a saúde de sua população; impediu que as partes do contrato de trabalho fossem colocadas em verdadeira igualdade para atingirem liberdade social (FREEMAN, 1914, p. 190). Nas palavras de

William Freeman (1914, p. 190), “a decisão, sob a coloração da preservação da liberdade do povo, retirou liberdade do povo”¹⁰.

A Suprema Corte americana entendeu que limitar o máximo de jornada dos padeiros, por uma lei aprovada pela maioria do povo do estado de Nova Iorque, que havia se convencido de que esse trabalho causava riscos à saúde, seria uma restrição indevida ao direito de propriedade sobre a contratação de força de trabalho sem o devido processo legal (FREEMAN, 1914, p. 191).

Contraditoriamente, a mesma Suprema Corte, sete anos antes do caso *Lochner*, considerara constitucional a limitação da jornada de mineiros a sete horas diárias de trabalho por entender adequado o exercício do poder de polícia estatal, no Caso *Utah Eight-hour Labor Law* (1898), compreendendo que uma das partes do contrato deveria ser protegida de si mesma (FREEMAN, 1914, p. 191).

Para melhor análise da emblemática decisão do caso *Lochner v. New York* pela Suprema Corte, é necessário o conhecimento do teor da décima quarta emenda à Constituição norte-americana. Eis a sua redação:

Todas as pessoas nascidas ou naturalizadas nos Estados Unidos, e sujeitas à sua jurisdição, são cidadãos dos Estados Unidos e do Estado onde residem. Nenhum Estado poderá fazer ou executar qualquer lei que restrinja os privilégios ou imunidades dos cidadãos dos Estados Unidos; nem qualquer Estado pode privar qualquer pessoa da vida, liberdade ou propriedade, sem o devido processo legal; nem negar a qualquer pessoa sob sua jurisdição a igual proteção das leis.¹¹

Com base nesta redação, a Suprema Corte entendeu que seria incabível a criação de lei por parte do estado de Nova Iorque limitando a jornada de trabalho no caso dos padeiros, por não considerar essa atividade prejudicial à saúde. Interessante perceber que o voto vencedor fundamentou a inconstitucionalidade da lei do estado de Nova Iorque na violação do princípio do devido processo legal, que atuaria como óbice a qualquer restrição à liberdade e à propriedade, que afastasse o poder de polícia.

Assim, 5 contra 4 ministros da Suprema Corte americana compreenderam que uma decorrência lógica do princípio do devido processo legal seria a liberdade de contratação.

¹⁰ “The decision under color of preserving liberty to the people, took liberty from the people”. (FREEMAN, 1914, p. 190)

¹¹ “No State shall make or enforce any law which shall abridge the privileges or immunities of citizens of the United States; nor shall any State deprive any person of life, liberty, or property, without due process of law; nor deny to any person within its jurisdiction the equal protection of the laws.” Fourteenth Amendment of the Constitution of the United States of America. Disponível em: < http://en.wikipedia.org/wiki/Fourteenth_Amendment_to_the_United_States_Constitution#Text > Acesso em 11.6.2014.

Segundo a posição dominante no julgamento, na relação de trabalho ambas as partes possuem liberdade e deve haver respeito tanto à liberdade de comprar quanto à liberdade de vender a força de trabalho. Assim, uma lei estadual que restringisse a jornada de trabalho (sem provas robustas aos olhos políticos dos ministros de risco iminente à saúde dos trabalhadores) estaria limitando a liberdade do trabalhador vender sua força de trabalho ao empregador, de forma a violar frontalmente a décima quarta emenda à Constituição americana.

Importante observar as semelhanças entre essa decisão da Suprema Corte americana - proferida em 1905 (início do século XX) e inclusive superada pela própria Suprema Corte com o caso “West Coast Hotel v. Parrish”¹² em 1937 e pela Constituição da Filadélfia (OIT, 1946), que afirma que “trabalho não é mercadoria” – e o reconhecimento da repercussão geral no ARE 713.211/MG pelo Supremo Tribunal Federal brasileiro em maio de 2014 (pleno século XXI).

Com as devidas proporções e adequações em relação ao objeto discutido, ambos os casos possuem em comum a temática da regulação da contratação da força de trabalho.

Tanto a Suprema Corte americana em 1905 quanto o Supremo Tribunal Federal brasileiro em 2014 trataram da regulação estatal das relações de trabalho sob a ótica da liberdade de contratação partindo de princípios constitucionais mais amplos e abstratos que nada dizem especificamente sobre relação de emprego, tampouco referem-se aos princípios fundadores do Direito do Trabalho. No caso norte-americano, o princípio matriz para a decisão foi o devido processo legal, que resguarda a vida, a liberdade e a propriedade; e, no caso brasileiro, o princípio da legalidade (segundo o qual “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei” - artigo 5º, II, da Constituição da República Federativa do Brasil).

Observa-se que, desses dois princípios abstratos (devido processo legal e legalidade), as Cortes conseguiram extrair o mesmo princípio normativo: a liberdade de contratação. Entendeu-se, em ambas as situações, que as relações de trabalho podem ser tratadas pelo princípio da liberdade de contratação, esquecendo-se de que há um desnível de forças e poderio econômico entre as partes contratantes. No caso *Lochner v. New York* essa premissa mostrou-se bastante evidente por este trecho do voto vencedor:

¹² Foi no caso *West Coast Hotel* que a Suprema Corte americana rejeitou as bases teóricas do período *Lochner*, ao reconhecer a necessidade de uma norma estabelecendo a regulação de um salário mínimo para evitar a exploração de trabalhadores que se encontravam em posição desigualdade no processo de barganha contratual. Em *West Coast Hotel*, a Corte afirmou que “a comunidade deve direcionar seu poder de criar leis para corrigir o abuso a que empregadores egoisticamente desconsideram o interesse público”. (SUNSTEIN, 1987, p. 880).

O direito geral de fazer um contrato em relação ao seu negócio é parte da liberdade protegida pela Décima Quarta Emenda, e isso inclui o direito de comprar e de vender trabalho, exceto por controle do Estado no exercício legítimo de seu poder de polícia. É claro que a liberdade de contrato relativo ao trabalho inclui ambas as partes ligadas a ele. Uma das partes tem tanto direito de comprar quanto a outra tem direito de vender o trabalho (Lochner v. New York – 198 U. S. 45 (1906). Disponível em: < <http://supreme.justia.com/cases/federal/us/198/45/case.html> > Acesso em 11.6.2014).

No caso do ARE 713.211, o Ministro Relator entendeu o seguinte:

O thema decidendum, in casu, cinge-se à delimitação das hipóteses de terceirização de mão-de-obra diante do que se compreende por atividade-fim, matéria de índole constitucional, sob a ótica da liberdade de contratar, nos termos do art. 5º, inciso II, da CRFB (BRASIL, Supremo Tribunal Federal. ARE 713.211/MG. Embargos de Declaração no Agravo Regimento no Recurso Extraordinário com Agravo. Disponível em : <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5667074>> Acesso em 11.06.2014).

A Corte Americana, no caso, embora tenha reconhecido (retoricamente) que essa liberdade de contratar não seria absoluta, porque passível de ser excepcionada por uma atuação do Estado em situações extremas, tomou para si a decisão política de entender se a jornada dos padeiros, naquele contexto histórico, caracterizava-se ou não como um excesso, muito embora tal decisão já houvesse sido tomada unanimemente pela assembleia legislativa do estado de Nova Iorque.

Nesse sentido, os juízes integrantes da Corte debateram ali suas concepções políticas e visões pessoais a respeito do funcionamento da economia e das relações de trabalho, concluindo, por apertada maioria, que a jornada superior a 60 horas semanais dos padeiros não configurava um excesso. A decisão não deve ser confrontada com os limites hoje vigentes no mundo para jornadas semanais, que variam entre 30, em muitos países da Europa, e 44, no Brasil, mas deve ser questionada de forma historicamente localizada, com a vontade democraticamente manifestada, pela assembleia legislativa do Estado de Nova Iorque que, ainda em 1900, decidiu pelo caráter excessivo de jornadas superiores àquele limite.

Salientando essa problemática, o Ministro Holmes, integrante da Suprema Corte americana, manifestou sua divergência nos seguintes termos:

Lamento sinceramente ser incapaz de concordar com o julgamento neste caso, e acho que é meu dever expressar a minha discordância.
Neste caso é decidida uma teoria econômica que uma grande parte do país não endossa. Se fosse uma questão de saber se eu concordo com essa teoria, eu gostaria de estudá-la mais antes de formar meu convencimento. Mas eu não concebo que

esse seja meu dever, porque acredito firmemente que minha concordância ou discordância não tem nada a ver com o direito de uma maioria incorporar as suas opiniões em lei. Devem recordar-se de várias decisões deste tribunal que afirmam que constituições e leis estaduais podem regular a vida de muitas maneiras que nós, como legisladores, poderíamos pensar como imprudentes, ou tirânicas, como esta, e que, igualmente, com isso, interfeririam na liberdade de contratar. Leis dominicais e leis de usura são exemplos antigos. A mais moderna é a proibição de loterias. A liberdade do cidadão para fazer o que quiser implica que ele não pode interferir na liberdade dos outros de fazer o mesmo, o que tem sido uma parábola para alguns escritores conhecidos, e é compreendida também pela interferência através de leis escolares, pelo posto de correios, por cada estado ou instituição municipal que leva o seu dinheiro para fins considerados desejáveis, o cidadão gostando ou não. A Décima Quarta Emenda à Constituição não promulga a Estática Social do Sr. Herbert Spencer (Lochner v. New York – 198 U. S. 45 (1906)).

Segundo as análises de constitucionalistas que estudam o caso americano, como Cass Sustain, a opção majoritária da Suprema Corte americana articulou-se no discurso de que o governo não pode tomar partidos, mas deve prezar por uma atuação neutra e imparcial com relação às partes contratantes, e a única forma de atingir esse objetivo seria deixando de interferir na liberdade dos particulares. Ambas as Cortes desconsideraram a desigualdade de forças real existente no mundo do trabalho, considerando que os particulares são pares.

No período em que o caso Lochner foi julgado, havia o entendimento de que a intervenção estatal era problemática, ao passo que sua inação não o era, e tanto a neutralidade como a não intervenção eram vistas como o respeito à atuação dos agentes privados em busca da “*common law*”, em uma conformidade com o estado de distribuição de riquezas e recursos (SUNSTEIN, 1987, p. 874). A ordem do mercado era vista pelo *common law* como parte da natureza, ao invés de uma construção legal, relacionando-se inação e neutralidade com a impermeabilidade partidária (SUNSTEIN, 1987, p. 874).

Cass R. Sustain (1987, p. 875). entende que as premissas adotadas no Caso Lochner apoiadas na neutralidade e inação levaram à equivocada concepção sobre o papel do Estado em regular o mercado. O caso Lochner passou a ser o símbolo de uma compreensão constitucional que impõe neutralidade e entende o termo “neutralidade” como a preservação da presente distribuição de riquezas na forma da *common law* (SUNSTEIN, 1987, p. 875).

A redistribuição de recursos e as medidas paternalistas estavam constitucionalmente fora dos limites aceitáveis pela Suprema Corte americana de 1905, levando-a inclusive a excluir medidas aprovadas majoritariamente pelo poder legislativo sob o argumento da marca do poder de polícia (SUNSTEIN, 1987, p. 877). A Corte entendeu que interesses de grupos específicos eram insuficientes, pois não justificavam um caráter público.

Na era *Lochner*, o poder de polícia não podia ser utilizado para ajudar aqueles que não tinham como se proteger do mercado. No caso *West Coast Hotel*, a Suprema Corte pontuou que o fracasso em impor um salário mínimo não significa não intervenção, mas simplesmente uma outra forma de ação: a decisão de apoiar mecanismos tradicionais do mercado nos limites da *common law* como base para a regulação, porém ambos os casos implicam escolhas (SUNSTEIN, 1987, p. 880-881). Assim, a *common law* não pode ser considerada como natural ou neutra pela ausência de escolha (SUNSTEIN, 1987, p. 881).

No caso *Lochner*, a Suprema Corte americana tomou como natural, neutro e inviolável o uso do *status quo* como fundação para tomada de decisões (SUNSTEIN, 1987, p. 882). Esforços direcionados para alterar a distribuição de riqueza de acordo com o *status quo* eram vistos como proibidos, inadmissíveis (SUNSTEIN, 1987, p. 884).

Na análise do caso norte-americano e também no início da discussão em torno do ARE 713.211, a liberdade é alçada como premissa para a discussão dos contratos que envolvem relações de trabalho.

O conceito de liberdade é entendido por muitos liberais, dentre eles John Rawls e Isaiah Berlin, como a ausência de interferência por parte do governo na vida dos particulares (COHEN, 2011, p. 166-192). Para os militantes de direita que adotam esse conceito de liberdade, toda interferência seria sinônimo de ausência de liberdade. Uma crítica direcionada a essa concepção é formulada por G. A. Cohen, ao afirmar que essa compreensão de liberdade garante apenas a não interferência no direito de propriedade privada, “mas apoia a interferência no acesso dos pobres à mesma propriedade privada e por consequência não pode defender o direito de propriedade invocando o valor de liberdade no sentido de não-interferência” (COHEN, 2011, p. 190).

Assim, observa-se como a liberdade de contratação, na verdade, apenas serve de suporte para o empregador que contrata o serviço do padeiro no caso americano, e para as empresas tomadoras e prestadoras de serviços no caso brasileiro. Não se vislumbra uma liberdade para aqueles que efetivamente veem sua força de trabalho comercializada em nenhum dos casos.

O trabalhador terceirizado que figura na relação triangular como um objeto da relação comercial firmado entre empresa prestadora de serviços e empresa tomadora de serviços, deslocado da realidade de ambas as empresas temporal e espacialmente (PAIXÃO, LOURENÇO FILHO, 2009), não tem vontade contratual alguma a ser manifestada senão a necessidade de sobrevivência a partir do seu trabalho.

Na terceirização, os detentores dos meios de produção, os proprietários, possuem a liberdade de contratação a seu favor, já os destituídos de propriedade contam apenas com uma única alternativa que é a extração da dupla mais valia de sua força de trabalho, sem qualquer perspectiva de liberdade.

Assim, a precarização das condições de trabalho é uma moeda com duas faces: uma face flexível para o empregador e uma face totalmente inflexível para o empregado. Essa precarização e relativização de direitos do obreiro inserem-se no paradigma neoliberal, o qual está interessado no indivíduo que tem poder econômico em detrimento do coletivo obreiro.

O argumento de neutralidade do Estado em face de conflitos ou mesmo a perspectiva de preservação da autonomia das partes em conflitos assimétricos desconsidera o percurso histórico de afirmação e evolução da proteção ao trabalho, que superou essas duas equivocadas premissas.

Primeiramente, não existe neutralidade do Estado em face da regulação do trabalho, pela simples razão de que não existe, em uma sociedade capitalista, vácuo de regulação. Ou bem o Estado regula o trabalho, o fazendo mais ou menos intensamente, ou as leis do mercado o regularão, na exata medida da extensão que o Estado deixa de normatizar.

Portanto, não existe a possibilidade de “não regular” certas formas de contratar o trabalho: o estado tão-somente consente e chancela que as leis do mercado regulem o trabalho, assumindo a consequência óbvia de que este seja oferecido, remunerado e condicionado pelas regras da oferta e da procura e pelo menor custo possível, ainda que ele implique periclitância da vida, da saúde e da subsistência da classe que vive do trabalho em favor do *laissez faire*.

O caso *Lochner* deve nos advertir que a doutrina constitucional da neutralidade baseia-se na perpetuação das práticas correntes e na inatividade do governo frente ao *status quo* (SUNSTEIN, 1987, p. 919).

O argumento falacioso da neutralidade também se faz presente na afirmação pelas Cortes Constitucionais de sua legitimidade para avançar no plano legislativo.

Segundo Jeremy Waldron (2003, p. 20 e 21), essa tendência se mostra devido ao temor que a jurisprudência tem em ser identificada com o político. Na visão do autor, principalmente os juristas norte-americanos veem a legislação como algo que “polui o direito consuetudinário” (WALDRON, 2003, p. 20 e 21).

A crítica filosófica do construtivismo racionalista preocupa-se com o que é considerado “o atraente anonimato do direito”, que tem aparência de “neutralidade” e é

distante e independente da política, e vêem essas características na jurisprudência, uma vez que consideram a legislação “por demais humana, por demais associada a decisões explícitas, datáveis”. É uma visão que considera o “direito consuetudinário como neutro e anônimo na origem” (WALDRON, 2003, p. 28e 29).

Como explica Jeremy Waldron (2003, p. 29 e 30), é uma visão que supõe “que os processos pelos quais os tribunais chegam a suas decisões sejam especiais e distintos, não diretamente políticos, mas que expressam certo espírito subjacente de legalidade”. Já em relação “à argumentação no congresso e no parlamento é explícita e despudoradamente política”.

Entretanto, com base na crítica de Jeremy Waldron e a visualização do sistema brasileiro, verifica-se que em alguns membros do judiciário também estão presentes vontades políticas que influenciam a tomada de decisões e com isso a transformação do direito, e não é a Corte Suprema um mero instrumento neutro que possibilita a transformação espontânea do direito consuetudinário.

Sobre esse assunto, Habermas faz a seguinte análise:

Nos Estados Unidos, desde há muito tempo, se desenvolve um debate acalorado sobre a legitimidade do controle das normas (*judicial review*), exercido pela *Supreme Court* em última instância, pois a convicção republicana segundo a qual “todo poder do Estado vem do povo” recusa-se a aceitar o poder elitista de especialistas em direito, que, apelando somente para a sua competência específica de interpretar a constituição e sem serem legitimados pelas maiorias democráticas, revogam decisões de um legislativo eleito democraticamente (HABERMAS, 2003, p. 157).

A legislação travestida sob a roupagem de jurisprudência produzida pela Suprema Corte não possui a mesma base representativa da legislação produzida pelo Parlamento. Tudo isso leva ao questionamento dos limites de atuação entre os três poderes que são interdependentes, e até que ponto a Corte Suprema não estaria exercendo funções das Casas Legislativas.

Nesse sentido, Menelick de Carvalho Netto (2003, p. 158) explica que “a aplicação dos direitos não mais pode ser confundida com a sua justificação em tese”. As normas recebem sua justificação no momento de sua elaboração pelo legislativo, passando por um “crivo da universalidade, da aceitabilidade universal”, algo que não está presente no judiciário (CARVALHO NETTO, 2003, p. 158). No processo de decisão judicial, a norma passará pelo momento de aplicação no qual deverá ser interpretada considerando as situações

hermenêuticas do mundo e a condição concreta de cidadania de um povo (CARVALHO NETTO, 2003, p. 158).

A mudança de interpretação e aplicação do Direito pelo Supremo Tribunal Federal brasileiro, caso siga a linha da liberdade de contratação, não levará em conta a condição dos trabalhadores terceirizados no mundo como situação hermenêutica.

Em 1914, William Freeman questionou a legitimidade da Suprema Corte americana para declarar inconstitucional a lei que limitava a jornada dos padeiros no caso *Lochner*:

Que direito tem os tribunais para declarar inconstitucionais tais leis? Quando eles declaram que tais leis são inconstitucionais, eles na verdade dizem que, em suas decisões, estão protegendo as pessoas de si mesmas, ou seja, de leis insensatas que elas não deveriam ter aprovado. Não são as pessoas, ou os seus representantes eleitos na legislatura capazes de determinar quais leis são sábias e quais não são? Que qualificações peculiares têm juízes do Tribunal Supremo que lhes permitem determinar essa pergunta? Não é o seu ofício prevenir que tomem direção ao ritmo de crescimento econômico e social do país? Mas os juízes dizem-nos que, em um tempo em que éramos mais sábios do que agora, nós prometemos a nós mesmos que nunca iríamos aprovar leis que tirariam a liberdade ou a propriedade de ninguém "sem o devido processo legal". (FREEMAN, 1914, p. 200, tradução livre)

Nesse sentido, uma crítica a esse tipo de atuação protagonizada pela Suprema Corte também pode ser encontrada em Jeremy Waldron. O jurista analisa os tempos atuais e afirma que os positivistas modernos veem a legislação com “atributos do descarado e do imprudente”. Segundo o autor, quando um juiz legisla finge que “está descobrindo o que a lei era o tempo todo”, assim as leis são alteradas todos os dias nos tribunais superiores com o disfarce de essas cortes não almejarem legislar, e como se só o Parlamento alterasse abruptamente a lei de forma “descarada” (WALDRON, 2003, p. 13 e 14).

Para Jeremy Waldron, os positivistas modernos focam suas preocupações quanto ao direito nas atuações e interferências realizadas pelos tribunais e não à legislatura. A regra de reconhecimento de Hart agora passou a ser o que os tribunais dizem ser o direito e que passa a orientar os tribunais de instâncias inferiores (WALDRON, 2003, p. 17 e 18).

Cass Sunstein (1987, p. 911) argumenta que até os defensores do caráter democrático do *judicial review* não podem negar que foi ilegítima a invalidação da lei que regulava a jornada dos padeiros pela Suprema Corte. A neutralidade, nesse contexto, não poderia ser exigida, pois é inatingível, tendo em vista que as categorias legais são socialmente construídas e irredutivelmente subjetivas; assim, os termos da vida social são resultado de escolhas políticas e não meramente legais ou jurídicas (SUNSTEIN, 1987, p. 904).

Segundo, falar em liberdade de contratação e em autonomia da vontade numa relação entre duas partes tão desiguais somente significa entregar o trabalhador ao arbítrio de quem o emprega (MELLO FILHO, DUTRA, 2013, p. 215-247). Ou até mesmo no caso de se considerar que a liberdade de contratação circunscreve-se às empresas tomadora e prestadora de serviços, tem-se a completa desconsideração do trabalhador terceirizado como parte dessa relação triangular.

O trabalhador, ao celebrar contrato de trabalho, vincula a sua força de trabalho em proveito do empreendimento econômico do sujeito que o contrata, mas a inapartabilidade entre sujeito e objeto revela a dificuldade de tratar, como pretenderia a lógica do sistema capitalista, da força de trabalho empenhada pelo obreiro como uma mercadoria.

A desvinculação entre trabalho e trabalhador, sobremaneira para efeito de mercantilizar o labor humano, teria implicações – como de fato teve, nos primórdios da Revolução Industrial – violentas com relação à pessoa do trabalhador, colocando sua integridade humana à mercê da oscilação dos interesses, ademais instáveis, do capital.

Diante desse contexto, o Direito do Trabalho, surge, na gênese capitalista, da necessidade de uma ação estatal que, por meio de “contramovimentos” protetores que limitassem o mecanismo autodestrutivo do mercado capitalista, obstasse a transformação do trabalho humano em mercadoria (POLANYI, 2011). Uma das primeiras afirmações principiológicas proferidas pela Organização Internacional do Trabalho foi outra que o trabalho humano não é uma mercadoria, conforme consta da Parte XIII do Tratado de Versalhes, da Declaração de Filadélfia de 1944 e, mais recentemente, da Declaração de Princípios Fundamentais da OIT de 1998.

Nesse sentido, é imperativa a conclusão de que proteger o trabalho prestado por um indivíduo significa proteger a dignidade desse próprio indivíduo, que dele não se aparta e por meio dele se afirma.

Daí a dificuldade de se cogitar de liberdade plena do trabalhador na pactuação do instrumento jurídico contratual: diante da quantidade de valores que, para ele, se encontram em jogo quando se coloca perante um empregador que arbitrariamente decide sobre a articulação dos seus meios de produção com o capital disponível, a liberdade do obreiro de decidir sobre se vincular ou não à relação contratual é praticamente nula.

Assim, para a construção jurídica do contrato de trabalho, partiu-se da premissa de uma autonomia da vontade extremamente mitigada no que toca ao trabalhador. O reconhecimento da disposição do trabalhador para uma prestação de serviços subordinada

pressupõe o desprovemento dos meios de produção e a necessidade premente de vincular-se a uma fonte de trabalho que lhe remunere para a garantia de sua sobrevivência e para alcance de um determinado patamar de conforto subjetivo. Essa conjuntura ainda conta com a ameaça de demissão constante em virtude do aclamado “exército de mão de obra de reserva”, que, caso concretizada, é capaz de colocar o trabalhador em situação de miserabilidade e exclusão.

O contrato de trabalho, assim, representa um contrato de adesão, que demanda a interferência estatal a fim de evitar que a desigualdade real entre as partes suplante a igualdade formal e submeta o trabalhador ao arbítrio empresarial (GOMES, GOSTTSCHALK, 2005). “É restringindo-a [a liberdade de contratar] que consegue desabilitar o poder individual dos capitalistas, pois que à sombra dessa liberdade eles haviam estabelecido, no mundo do trabalho, a ditadura do patronato” (GOMES, 1954).

Retomando a análise histórica, em estudo do caso *Lochner v. New York*, William Freeman pontuou que é necessário que se negue a livre de contratação para que se garanta liberdade. Nesses termos, o jurista demonstrou a importância da regulação do trabalho:

Se eu fizer um contrato me vinculando à escravidão, o tribunal certamente declarará que o contrato é inválido. Isso não seria negar-me a liberdade de contrato? Certamente; muitas vezes é necessário negar a liberdade de contrato, a fim de manter a liberdade. A liberdade é uma coisa diferente da liberdade de contrato. Liberdade, como já dissemos, significa a regulamentação adequada das relações que existem entre o homem e o outro. Deve reconhecer as desigualdades como expresso nos contratos industriais. As leis que visam regulamentar o trabalho não negam liberdade ao povo, mas ao contrário concedem liberdade. Eles dão liberdade industrial sem a qual nossas classes trabalhadoras se tornariam escravos industriais. (...) Os tribunais têm usado a garantia sagrada da vida, liberdade e propriedade, de modo a negar a liberdade industrial ao povo, o direito de preservar a saúde individual e bem-estar geral de seus cidadãos, o direito de proteger suas classes trabalhadoras, o direito de compensar seus cidadãos infelizes que caem vítimas da maquinaria perigosa. Parece que os tribunais não têm essa autoridade. (FREEMAN, 1914, p. 203, tradução livre)

William Freeman (1914, p. 201 e 202) relembra que a décima terceira, a décima quarta e a décima quinta emendas à Constituição norte-americana foram criadas para preservar a liberdade e proteger os negros recém-libertos da escravidão de todas as formas de opressão vindas de seus antigos senhores. É preciso ter em mente que as referidas emendas foram criadas com o propósito de proteger classes destituídas de igualdade inclusive e principalmente nas relações de trabalho, não para referendar a liberdade de se fazer qualquer coisa (FREEMAN, 1914, p. 202).

De igual modo, é importante reconhecer que o princípio da legalidade inscrito no artigo 5º, inciso II, da Constituição da República brasileira implica a observância da legislação posta, e, no caso das normas justralhistas, existe uma regulamentação da relação de trabalho bilateral como regra, havendo apenas em leis esparsas a exceção autorizando algumas modalidades de terceirização.

O mais interessante de se observar é que essa construção eminentemente histórica e subversiva das perspectivas liberais do direito, que é o Direito do Trabalho, não surgiu de dentro de elucubrações de magistrados tampouco de bibliotecas de teóricos: ela nasceu do movimento reivindicatório vivo e pulsante dos trabalhadores desde a Revolução Industrial, por meio de greves, manifestações e construções políticas diversas. A conquista da democracia e dos espaços a ela inerentes é necessariamente uma conquista de quem trabalha, visto que o aperfeiçoamento das formas democráticas de participação e representação assegura que essa parcela do povo tenha voz e crie direito a partir dos processos políticos.

Como pontuou Waldron (2003) “não nos deixemos lograr e pensar que a calma e a solenidade são a marca de uma boa política e que o barulho e o conflito são sintoma de patologia política”, afinal “boas leis” podem surgir desses tumultos que muitos maldizem inconsideravelmente. O que o conflito, o tumulto e os números podem fazer pela liberdade deve ser considerado em detrimento da imagem pejorativa que as assembleias populares historicamente ostentam (WALDRON, 2003), afinal, foi e é nesses espaços que os trabalhadores reivindicam suas pautas e conquistam margens significativas de afirmação de direitos sociais.

Considerações finais

A análise histórica da legislação e decisões judiciais demonstra o forte embate entre capital e trabalho para a conquista de espaço na regulação das relações de trabalho. Em meio à disputa política, surge o argumento à proteção da liberdade de contratar, uma liberdade que mostra seu forte caráter opressor em relação àqueles que não são detentores de propriedade, os destituídos dos meios de produção. A liberdade de contratar exige uma não intervenção estatal de forma a permitir que o livre mercado, a concorrência e as leis da oferta e da procura regulem como, quanto e quando a força de trabalho será comprada e vendida.

Nesse embate, é importante ressaltar que a livre contratação entendida em termos liberais é capaz de gerar liberdade apenas àqueles em situação econômica favorável, mas em

detrimento do aprisionamento daqueles que precisam vender sua força de trabalho para subsistirem.

Os emblemáticos casos norte-americanos, como *Lochner v. New York* e *West Coast Hotel v. Perrish*, demonstram como a compreensão de liberdade de contratação tem seu conceito alterado a depender da perspectiva adotada por aqueles que interpretam a legislação e o texto constitucional. A consciência, inclusive em âmbito internacional, da falácia que o termo liberdade pode adquirir quando aliado à não intervenção estatal e à regulação do trabalho pelo mercado levou a Suprema Corte dos Estados Unidos da América a rever seu posicionamento e colocar fim à era *Lochner*.

Em 2014, vislumbra-se o risco de que o Supremo Tribunal Federal brasileiro adote as premissas da era *Lochner* para decidir sobre a constitucionalidade da terceirização de atividades fim. Observa-se a retomada de uma visão liberal que desconsidera toda a construção histórica da legislação trabalhista brasileira.

Caso o Supremo Tribunal Federal brasileiro de 2014, após dar os primeiros passos na direção perfilhada pela Suprema Corte americana de 1905, adote o mesmo caminho do caso “*Lochner v. New York*”, o Brasil terá não apenas um retrocesso de mais de um século em teoria constitucional, notadamente no que toca à usurpação dos espaços democráticos de decisão, como também um recuo histórico na regulamentação e dignificação das relações de trabalho, ademais afirmadas no processo democrático que culminou na Constituição de 1988.

O retrocesso social estará a ser protagonizado pelo guardião da Constituição, que, com respaldo na opinião pessoal de seus 11 integrantes, estará a rever a decisão adotada pela Constituinte em 1988 no sentido de que a liberdade de iniciativa é, assim como o trabalho, um valor social, e deve ser exercida em consonância com ele.

Não é possível bradar por liberdade quando a única face desse bem jurídico que os trabalhadores poderão vislumbrar será o aprisionamento de sua força de trabalho e o silêncio de seus representantes em face da sobriedade da Suprema Corte.

Referências

Lochner v. New York – 198 U. S. 45 (1906). Disponível em: < <http://supreme.justia.com/cases/federal/us/198/45/case.html> > Acesso em 11.6.2014.

ANTUNES, Ricardo. *Os sentidos do trabalho: ensaio sobre a afirmação e a negação do trabalho*. São Paulo: Editora Boitempo, 1999.

_____. *Adeus ao trabalho? Ensaio sobre as metamorfoses e a centralidade no mundo do trabalho*. São Paulo: Editora Cortez, 2010.

BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de Direito do Trabalho*. 5ª Edição. São Paulo: LTr, 2009.

BIAVASCHI, Magda Barros. Justiça do Trabalho e terceirização. In: GOMES, Angela de Castro; e SILVA, Fernando Teixeira da. *A justiça do trabalho e sua história: os direitos dos trabalhadores no Brasil*. Campinas: Editora da Unicamp, 2013.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. ARE 713.211/MG. Embargos de Declaração no Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo. Disponível em : <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5667074>> Acesso em 11.06.2014.

BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em 11.6.2014.

BRASIL, Câmara dos Deputados, Projeto de Lei nº 4330/2004, Deputado Sandro Mabel. Projeto original disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=237487655DD386F1F6A9E2A9E7F86FE5.node1?codteor=246979&filename=Tramitacao-PL+4330/2004> Acesso em 16.6.2014.

CASTEL, Robert. *As metamorfoses da questão social*. Rio de Janeiro: Vozes, 1998.

COHEN, Gerald. Freedom and Money. In: COHEN, G. A. *On The Currency of Egalitarian Justice, and other essays in political philosophy*. Michael OTSUKA (org). Princeton: Princeton University Press, 2011, p. 166-192.

DELGADO, Gabriela Neves. *Terceirização: Paradoxo do Direito do Trabalho contemporâneo*. São Paulo: LTr, 2003.

_____. *Direito fundamental ao trabalho digno*. São Paulo: LTr, 2006.

DELGADO, Gabriela Neves; DUTRA, Renata Queiroz. Obrigações constitucionais extrapatrimoniais das empresas prestadoras e tomadoras de serviços nas relações de trabalho terceirizadas. *Revista Síntese Trabalhista e Previdenciária*, São Paulo: IOB, v. 24, n. 293, (nov. 2013), p.74-99, ISSN: 1809-757X.

DELGADO, Maurício Godinho. *Capitalismo, Trabalho e emprego*. São Paulo: LTr, 2003.

DRUCK, Graça. *Trabalho, precarização e resistências: novos e velhos desafios?* Cad.CRH [online].2011, vol.24, n.spel, pp. 37-57.ISSN 0103-4979.

FREEMAN, William. The Legal Regulation of Labor. In: *7 Law & Banker & S. Bench & B. Review 188*, 1914, p. 188 – 203.

GOMES, Orlando. *Direito do Trabalho: Estudos*. 3ª Edição. Bahia, 1954.

GOMES, Orlando; GOTTSCHALK, Elson. *Curso de Direito do Trabalho*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

HABERMAS, Jürgen. *Era das transições*. Trad. Flávio Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

HARVEY, David. *A condição pós-moderna*. São Paulo: Loyola, 2003.

MANIN, Benanrd; PRZEWORSKI, Adam; STOKES, Susan. Eleições e representação. *Lua Nova*, São Paulo, 67, p. 105-138, 2006.

MELLO FILHO, Luiz Philippe Vieira de; DUTRA, Renata Queiroz. Contrato de locação de serviços, contrato de prestação de serviços e contrato de trabalho: um retorno às origens? In: TEPEDINO, Gustavo José Mendes; MELLO FILHO, Luiz Philippe Vieira de; FRAZÃO, Ana de Oliveira; DELGADO, Gabriela Neves (Org.). *Diálogos entre o Direito do Trabalho e o Direito Civil*. 1ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, v. 1, p. 215-247.

NETTO, Menelick de Carvalho. A hermenêutica constitucional e os desafios postos aos direitos fundamentais. In: *Jurisdição Constitucional e os Direitos Fundamentais*. Coordenador: José Adércio Leite Sampaio. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2003.

PAIXÃO, Cristiano; LOURENÇO FILHO, Ricardo Machado. Entre a indisponibilidade e a negociação: as normas coletivas como fontes do direito do trabalho. *Caderno Jurídico*. Escola Judicial do TRT da 10ª Região. Brasília, ano 3, volume 3, n. 4, julho/agosto de 2009.

POCHMANN, Marcio. *Nova classe média? O trabalho na base da pirâmide social brasileira*. São Paulo: Boitempo, 2012.

POLANYI, Karl. *A grande transformação: as origens de nossa época*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

PORTO, Noemia Aparecida Garcia. *O trabalho como categoria constitucional de inclusão*. São Paulo: LTR, 2013.

SUSTEIN, Cass R. Lochner's Legacy. In: *Columbia Law Review*, Vol. 87:873, 1987, p. 873-919.

Terceirização e Desenvolvimento: Uma conta que não fecha -Dossiê sobre o impacto da terceirização sobre os trabalhadores e propostas para garantir a igualdade de direitos. DIEESE/CUT, Setembro de 2011. Disponível em http://www.sinttel.org.br/downloads/dossie_terceirizacao_cut.pdf. Acesso em 9/6/2013, às 14h30.

URBINATI, Nádía. O que torna a representação democrática? *Lua Nova*, São Paulo, 67, p. 191-228, 2006.

VIANA, Márcio Túlio; DELGADO, Gabriela Neves; AMORIM, Helder Santos. Terceirização – Aspectos gerais. A última decisão do STF e a Súmula 331 do TST. Novos enfoques. *Revista do TST*, Brasília, vol. 77, no 1, jan/mar 2011.

WALDRON, Jeremy. *A dignidade da legislação*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.