

**INSTITUTO BRASILIENSE DE DIREITO PÚBLICO - IDP
ESCOLA DE DIREITO DE BRASÍLIA - EDB
MESTRADO ACADÊMICO EM CONSTITUIÇÃO E SOCIEDADE**

PABLO ROLIM CARNEIRO

**DIREITO DO TRABALHO E TERCEIRIZAÇÃO NA SOCIEDADE COMPLEXA DE
SISTEMAS FUNCIONALMENTE DIFERENCIADOS**

**BRASÍLIA,
NOVEMBRO 2018**

PABLO ROLIM CARNEIRO

**DIREITO DO TRABALHO E TERCEIRIZAÇÃO NA SOCIEDADE COMPLEXA DE
SISTEMAS FUNCIONALMENTE DIFERENCIADOS**

Trabalho de Dissertação apresentado ao curso de Pós-graduação em Direito como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito na área de concentração Constituição e Sociedade, linha de Direitos e Garantias Fundamentais.

Orientador: Prof. Dr. João Paulo Bachur

**BRASÍLIA,
NOVEMBRO 2018**

PABLO ROLIM CARNEIRO

**DIREITO DO TRABALHO E TERCEIRIZAÇÃO NA SOCIEDADE COMPLEXA DE
SISTEMAS FUNCIONALMENTE DIFERENCIADOS**

Trabalho de Dissertação apresentado ao curso de Pós-graduação em Direito como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito na área de concentração Constituição e Sociedade, linha de Direitos e Garantias Fundamentais.

Brasília-DF, 19 de novembro de 2018.

Prof. Dr. João Paulo Bachur
Professor Orientador

Prof. Dr. Marcus de Oliveira Kaufmann – PUC-SP
Membro da Banca Examinadora

Professor Dr. Ulisses Schwarz Viana - IDP
Membro da Banca Examinadora

Ao meu pai, meu ídolo, que se foi muito cedo,
E que um dia me falou: “faça direito”.
Há 20 anos sinto sua falta.
Há dias mais fáceis,
Outros muito difíceis.
Um dia talvez nos encontremos
e possamos conversar sobre o que foi nossa vida.

“The fleeting winds of time
Flying through each day
All the things I should have done
But time just slipped away
Remember "seize the day"
Life goes by in the blink of an eye
There's so much left to say

These were the best of times
I'll miss these days
Your spirit led my life each day

Thank you for the inspiration
Thank you for the smiles
All the unconditional love
That carried me for miles
It carried me for miles
But most of all thank you for my life”
(Mike Portnoy)

AGRADECIMENTOS

Agradeço à minha amada esposa Adriana, pelo apoio, paciência e força nesses dois anos de esforço e conquista. Sei que foi difícil e sou muito grato por isso. E aos meus filhotes, Nathália e Arthur, que são alegria do pai e, mesmo crianças, conseguiram entender o melhor possível esse processo. Vocês são meus amores.

Agradeço à minha mãe e ao meu pai (em memória), que fizeram o máximo e o impossível para dar-me o melhor estudo e apoio. Vocês são a base de quem eu sou.

À Sylvia Lorena, que me deu força e apoio para prosseguir e alcançar essa conquista, e entendeu dificuldades que iam surgindo. Você sabe como me ajudou e como sou grato por isso.

À Professor Júlia Ximenes, que me auxiliou e me orientou até onde foi possível. Você me deu um norte essencial para entender como desenvolver esse estudo.

E ao meu orientador, Professor João Bachur, que assumiu o desafio de orientar alguém que muitas vezes se empolga demais.

“O princípio do desenvolvimento são as crescentes complexidades e contingências da sociedade. É a partir daí que as estruturas da sociedade, entre elas o direito, sofrem pressões no sentido da mudança.” (Niklas Luhmann)

“Juro, por minha vida e por meu amor a ela, que jamais viverei por outro homem, nem pedirei a outro homem que viva por mim.” (John Galt/Ayn Rand)

RESUMO

Este trabalho analisa, sob a perspectiva da Teoria dos Sistemas Sociais, de Niklas Luhmann, os caminhos do Direito do Trabalho e da terceirização no Brasil, de modo a investigar como se deu o enquadramento e as alterações da percepção desta por aquele ao longo da história do sistema. O foco é identificar os elementos que explicam razões das dificuldades e inconsistências de enquadramento da terceirização pelo Direito do Trabalho, apresentando uma visão que permita refletir sobre possíveis alternativas para a atuação do sistema justabalhista dentro de suas bases de funcionamento em relação ao tema. Para tanto, desenvolve-se inicialmente a teoria dos sistemas sociais, identificando os caracteres da operação da sociedade por meio de sistemas funcionalmente diferenciados que se autorreproduzem autorreferencialmente, de forma a manter sua coerência e existência. A partir disso, identifica-se o sistema do Direito, sua função social (redução de expectativas normativas a fim de reduzir complexidade e contingência social) e seu código identitário (direito/não direito) e, em seguida, investiga-se o surgimento do subsistema justabalhista e em que bases se dariam sua operação (código identitário, função e programas de operacionalização do sistema, especialmente a subordinação como elemento central da caracterização do emprego). Formado esse quadro, adentra-se na pesquisa sobre a terceirização. Analisa-se seu surgimento, sua operacionalização pelo sistema, em que é caracterizada como intermediação de mão de obra presumindo-se, assim, subordinação empregatícia, e, em seguida, a evolução dos programas (inclusive subordinação) do sistema justabalhista em relação a ela. Confronta-se esse tratamento especialmente com as estruturas básicas do subsistema, encontrando-se inconsistências desse tratamento frente ao código e à fórmula da contingência do sistema, a justiça como igualdade e consistência de julgamento de casos. Averigua-se, ao fim, os novos elementos trazidos para o subsistema justabalhista pelo sistema do Direito (julgamento de ações constitucionais pelo STF) e leis regulamentando a terceirização de serviços, seus papéis para o sistema e novos desafios de operacionalização da terceirização no subsistema justabalhista lançados por tais novidades, apontando-se que ao mesmo tempo em que se sinaliza por maior consistência na análise dos casos envolvendo o assunto, abre-se novas possibilidades de aplicação de programas do sistema.

Palavras-chave: Terceirização. Descentralização de atividades. Teoria dos Sistemas Sociais. Niklas Luhmann. Sociedade. Sistemas funcionalmente diferenciados. Intermediação de mão de obra. Subordinação. Subordinação objetiva. Subordinação Estrutural. Atividades-fim. Atividades-meio.

ABSTRACT

This paper analyzes, from the perspective of the Social Systems Theory, by Niklas Luhmann, the paths of Labor Law and outsourcing in Brazil, in order to investigate how were the framework and the changes in the perception of outsourcing by the Labor Law throughout the history of the system. The focus is to identify the elements that explain reasons for the difficulties and inconsistencies of the framework of outsourcing by Labor Law system, presenting a vision that allows reflection on possible alternatives for the performance of the 'fair labor' system within its working bases in relation to the theme. Therefore, the theory of social systems is initially developed, identifying the characters of the operation of society through functionally differentiated systems that self-reproduce self-referentially, in order to maintain its coherence and existence. Then, the legal system is identified, also its social role (reduction of normative expectations in order to reduce complexity and social contingency) and its identity code (legal/illegal), and then the emergence of the sub-system is investigated and on which basis it works (code identity, function and programs of operationalization of the system, especially subordination as a central element of the characterization of employment). Within this picture, the paper analyzes outsourcing, its emergence, its operationalization by the subsystem, in which it is characterized as labor intermediation presuming, thus, employment subordination, and then the evolution of the programs (including subordination) of the subsystem in relation to it. This treatment is confronted especially with the basic structures of the subsystem, and the inconsistencies of this treatment is faced with the code and the formula of the contingency of the system, justice as equality and consistency of judgment of cases. Finally, the new elements brought to the sub-system by the legal system (judgment of constitutional actions by the STF) and laws regulating the outsourcing of services, their roles for the system and new challenges of operationalization of outsourcing in the sub-system launched by such novelties, pointing out that at the same time that it is signaled by greater consistency in the analysis of cases involving the subject, opens up new possibilities for the application of programs of the system.

Keywords: Outsourcing. Decentralization of activities. Theory of Social Systems. Niklas Luhmann. Society. Functional differentiated systems. Labor intermediation. Subordination. Objective subordination. Structural Subordination. Core Activities. Non-core activities.

RESUMEN

Este trabajo analiza, desde la perspectiva de la Teoría de los Sistemas Sociales, de Niklas Luhmann, los caminos del Derecho del Trabajo y de la tercerización en Brasil, de modo a investigar cómo se dio el encuadramiento y las alteraciones de la percepción de ésta por aquel a lo largo de la historia del sistema. El foco es identificar los elementos que explican razones de las dificultades e inconsistencias de encuadramiento de la tercerización por el Derecho del Trabajo, presentando una visión que permita reflexionar sobre posibles alternativas para la actuación del sistema del Derecho del Trabajo dentro de sus bases de funcionamiento en relación con el tema. Para ello, se desarrolla inicialmente la teoría de los sistemas sociales, identificando los caracteres de la operación de la sociedad por medio de sistemas funcionalmente diferenciados que se reproducen a sí mismos autorreferencialmente, para mantener su coherencia y existencia. A partir de eso, se identifica el sistema del Derecho, su función social (reducción de expectativas normativas a fin de reducir la complejidad y contingencia social) y su código identitario (derecho / no derecho) y, a continuación, se investiga el surgimiento del proceso, el subsistema del Derecho del Trabajo y en qué bases se daría su operación (código identitario, función y programas de operacionalización del sistema, especialmente la subordinación como elemento central de la caracterización del empleo). Formado ese cuadro, se adentra en la investigación sobre la tercerización. Se analiza su surgimiento, su operacionalización por el sistema, en que se caracteriza como intermediación de mano de obra presumiendo, así, subordinación de empleo, y, a continuación, la evolución de los programas (incluso subordinación) del sistema del derecho del trabajo en relación a ella. Se enfrenta ese trato especialmente con las estructuras básicas del subsistema, encontrándose inconsistencias de ese tratamiento frente al código ya la fórmula de la contingencia del sistema, la justicia como igualdad y consistencia de juicio de casos. En el caso de los países en desarrollo, los países de la Unión Europea (UE) y los Estados miembros de la Unión Europea (UE) que se lanzan por tales novedades, apuntando que al mismo tiempo que se señala por mayor consistencia en el análisis de los casos involucrando el asunto, se abren nuevas posibilidades de aplicación de programas del sistema.

Palabras clave: Tercerización. Descentralización de actividades. Teoría de los Sistemas Sociales. Niklas Luhmann. La sociedad. Sistemas funcionalmente diferenciados. Intermediación de mano de obra. Subordinación. Subordinación objetiva. Subordinación estructural. Actividades de fin. Actividades de apoyo.

LISTA DE ABREVIATURAS

ADPF – Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental

CF – Constituição Federal

CLT – Consolidação da Leis do Trabalho

ICP – Inquérito Civil Público

MPT – Ministério Público do Trabalho

RE – Recurso Extraordinário

RVBI – Rede Virtual de Bibliotecas Integradas

STF – Supremo Tribunal Federal

TAC – Termo de Ajustamento de Conduta

TRTs – Tribunais Regionais do Trabalho

TST – Tribunal Superior do Trabalho

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	12
1 A EVOLUÇÃO DA SOCIEDADE E ELEMENTOS DE UM DIREITO FUNCIONALMENTE DIFERENCIADO	17
1.1 A sociedade e sua evolução para a atual sociedade de subsistemas funcionalmente especializados.....	18
1.2 A sociedade funcionalmente diferenciada – elementos principais	26
1.3 O direito como sistema funcionalmente diferenciado – elementos principais.....	34
2 O TRABALHO E O DIREITO DO TRABALHO NA SOCIEDADE FUNCIONALMENTE DIFERENCIADA	47
2.1 O trabalho na sociedade – mudanças no trabalho humano até o contrato de trabalho e a complexidade da sociedade sob o marco da liberdade	48
2.2 Sistema jurídico do trabalho – sua função e sua lógica binária (código)	64
2.3 Programas identificadores do contrato de emprego	77
3 A VARIABILIDADE DO PROGRAMA SUBORDINAÇÃO E A FUNÇÃO DO DIREITO	85
3.1 A fundação do programa subordinação.....	86
3.2 A variação dos programas do direito e a subordinação empregatícia	88
3.3 A estrutura básica (discussão inicial) da subordinação no Brasil.....	92
3.4 A “crise na subordinação” e a busca por novos sentidos ao programa de identificação do vínculo de emprego	99
3.5 A subordinação objetiva e a subordinação estrutural como procura por novas perspectivas para o programa subordinação e os desafios para a identidade do sistema justrabalhista.....	104
4 DIREITO DO TRABALHO E TERCEIRIZAÇÃO NA SOCIEDADE FUNCIONALMENTE DIFERENCIADA	118
4.1 Complexidade crescente: a reorganização produtiva e o sistema justrabalhista como elementos das irritações causadas pela terceirização.....	122

4.2 Complexidade, contingência, evolução e a terceirização	129
4.3 Terceirização e o subsistema jurídico trabalhista: observações iniciais	134
4.4 Primeira evolução do subsistema jurídico trabalhista sobre a terceirização - a perspectiva da intermediação de mão de obra	139
4.5 A superação da Súmula 256 e a evolução para a Súmula 331	146
4.6 Novas complexidades no subsistema justralhista relativamente à terceirização: a ampliação do critério da atividade-fim e da noção de subordinação	154
4.7 A terceirização e a justiça como fórmula de contingência: igualdade e consistência no sistema jurídico	164
4.8 Mais complexidades no subsistema justralhista: as Leis 13.429/2017 e 13.467 de 2017 e as decisões do STF na ADPF 324 e no RE 958.252 - sistemas político e jurídico impondo consistência para o subsistema justralhista.....	177
CONCLUSÃO	187
REFERÊNCIAS	193

INTRODUÇÃO

O biênio formado pelos anos 2017 e 2018 trouxe novos elementos para as relações do trabalho no Brasil, especialmente para o tema terceirização, que há pelo menos quarenta anos desafia o Direito, em especial seu ramo especializado trabalhista, tanto que este fica marcado seguidamente por diferentes alterações de entendimento da Justiça do Trabalho quanto ao fenômeno referido. Trata-se da edição da Lei 13.429/2017, que inseriu na Lei 6.019/74 dispositivos específicos para que o sistema jurídico lide com a contratação de serviços especializados (terceirizados) de uma empresa por outra, e dita normas para o tratamento dos empregados envolvidos na aludida relação contratual interempresarial; bem como da Lei 13.467/2017, a chamada reforma trabalhista, que menos de 6 meses depois fez novas modificações naquela regulamentação da terceirização. Além disso, em agosto de 2018 o Supremo Tribunal Federal - STF concluiu o julgamento de duas ações constitucionais relativas ao tema, trata-se do RE 958.252 e da ADPF 324, que trouxeram também novos direcionamentos ao tema para o sistema jurídico.

O presente estudo, contudo, não nasceu da necessidade de analisar esses novos elementos que impactaram o tratamento do tema, em especial na Justiça do Trabalho, embora seja impossível deixar de considerá-los no desenvolvimento da presente análise. Este trabalho tem origem em uma inquietação contínua quanto às respostas que o Direito do Trabalho dava ao fenômeno da terceirização, pois as respostas doutrinárias e jurisdicionais (de forma geral relacionadas à questão da subordinação empregatícia), que foram desenvolvidas ao longo do período em que o tema entrou na ordem de análise do ramo especializado pareciam inconsistentes em face do complexo ambiente social em que as relações humanas, inclusive de trabalho e produção, têm se desenvolvido. Dessa forma, a inquietação inicial motivadora do presente estudo se refere ao questionamento sobre o porquê de aparentemente a terceirização não ser bem encaixada na dogmática justrabalhista e não ter respostas aparentemente consistentes pelo ramo especializado justrabalhista.

Com efeito, ao se ler estudos e pesquisas sobre a terceirização sob a ótica justrabalhista, bem como decisões do Judiciário especializado sobre o tema, não é difícil perceber como ela tem desafiado os postulados do Direito do Trabalho. Diversos trabalhos e decisões, nesse sentido, tratam a terceirização como uma estratégia criada pelos setores

econômicos para desestruturar a estrutura de emprego base das proteções sociais trabalhistas no Brasil, prejudicando os trabalhadores. Por outro lado, ao se estudar trabalhos e pesquisas originados em aspectos de administração de empresas, ou mesmo de economia, as percepções são mais diversas, focando, por vezes, na perspectiva de eficiência e diversificação dos processos produtivos empresariais, ou como fruto das mudanças estruturais da sociedade, que causam repercussões nas estruturas de emprego.

Não obstante tais discussões, na perspectiva do Direito do Trabalho, as constantes tentativas desse de se dar enquadramento doutrinário e jurisprudencial sobre o tema (dado que uma lei para regulamentar o fenômeno só foi aprovada em 2017), somente confirmar que a terceirização é um dos mais importantes e estruturalmente significativos assuntos abordados pelo ramo jurídico especializado. Fernando Hugo Miranda, em direção semelhante, aponta que a Súmula 331 do TST, o principal instrumento jurídico de regramento sobre a terceirização no Brasil de 1993 até a edição da Lei 13.429, em 2017, tornou-se, ao longo do tempo, a “expressão de um valor essencial de existência do próprio direito do trabalho” (MIRANDA, 2016: 106). Para reforçar essa percepção, se se fizer pesquisa jurisprudencial simplificada de acórdãos no sítio eletrônico do TST, utilizando-se para tanto o termo terceirização e restringindo as respostas ao período entre outubro de 2014 a outubro de 2018, traz-se o resgate de mais de cento e setenta mil acórdãos¹. Se pesquisa sobre terceirização for realizada na RVBI², resgata-se entre livros e periódicos mais de dois mil e oitocentos registros³. Tal volume de decisões e de textos doutrinário ajudam a confirmar dificuldade do sistema jurídico, especialmente o Direito do Trabalho, de lidar com ele.

Diante disso, e das contínuas discussões sobre o tema na perspectiva do Direito do Trabalho, se afigurou importante, para buscar respostas quanto às inquietações decorrentes do aparente desencaixe da abordagem do direito do trabalho face à terceirização, afastar-se da dogmática justralhista para entender como o fenômeno se insere na sociedade e, em consequência, se a referida inquietação se confirmaria em uma perspectiva sistêmica.

¹ A pesquisa foi simplificada, por isso resgata-se qualquer menção à palavra terceirização, em qualquer contexto decisório, devendo tal dado, portanto, ser tratado apenas como um exemplo da relevância do tema no TST.

² RVBI – Rede Virtual de Bibliotecas Integradas, que agrega informações de doze bibliotecas públicas situadas em Brasília, especialmente dos Tribunais Superiores, do Congresso Nacional (Câmara dos Deputados e Senado Federal), e outras. Acesso por <http://biblioteca2.senado.gov.br:8991/F>.

³ Da mesma forma que a pesquisa jurisprudencial no TST, esta também foi simplificada, por isso resgata-se qualquer menção à palavra terceirização, em qualquer contexto de estudo, devendo tal dado, portanto, ser tratado apenas como um exemplo da relevância do tema para a doutrina e pesquisas.

Dado esse quadro, era necessária uma ferramenta de análise da sociedade que a olhasse de uma perspectiva mais ampla, não a restringindo a relações econômicas ou trabalhistas, haja vista que uma das principais inquietações que motivaram o presente estudo é justamente a dificuldade de se entender a terceirização como um fenômeno meramente relacionado a questões de emprego e trabalho, ou, especialmente, de subordinação empregatícia mascarada como relações interempresariais e, assim, de estratégia de desestruturação de proteções trabalhistas. Se afigurava necessário, portanto, entender o funcionamento da sociedade e o porquê de algumas respostas dadas por partes dela parecerem ter dificuldades em abarcar fenômenos ocorrendo na sociedade, tal como a relação entre direito do trabalho e terceirização.

A teoria dos sistemas sociais de Niklas Luhmann (2006, 2016), a qual busca analisar a sociedade atual de uma perspectiva mais ampla, partindo do pressuposto de que é muito mais complexa do que já foi anteriormente, e que, para lidar com isso, anuncia o surgimento evolutivo de diversos sistemas sociais para, cada um, lidar (responder) a uma questão social específica (a exemplo do direito – expectativas/normatizações, da economia – propriedade/dinheiro, da política – decisões sociais vinculantes), mas onde cada um deles não têm caráter central definidor da sociedade, eis que abrangem apenas parte dela (ou de suas comunicações), afigurou-se com um instrumental adequado para fazer a análise da relação (inquieta) entre direito do trabalho, seu marco caracterizador da subordinação empregatícia, e a terceirização, e tentar trazer a lume o porquê desse aparente desencaixe a fim de gerar reflexões que possam auxiliar em uma perspectiva diferente sobre um tema tantas vezes analisado, mas continuamente gerador de respostas diversas e, muitas vezes, inconsistentes.

O desenvolvimento do presente estudo tem, então, como perspectiva diferenciadora, a apresentação de um entendimento sobre o modo de funcionamento da sociedade e do Direito, especialmente apresentando uma concepção específica sobre quais são as bases operativas do Direito do Trabalho, como ele se diferencia de outros ramos do Direito e, a partir daí, como busca dar respostas para a sociedade acerca de uma questão social específica, qual seja, o trabalho humano que lhe é objeto de preocupação e normatização original (o emprego), e como, a partir daí, vai abordando fenômenos sociais, como a terceirização, que em um primeiro momento não parecem ter relação direta com esse ramo especializado do Direito. A partir daí, identifica-se o porquê dos atritos da terceirização com o Direito do Trabalho e se,

ou como, as respostas deste àquela se adéquam ou se representam um desafio ao funcionamento do sistema.

Para fazer essa análise, a dissertação se divide em 4 capítulos, que objetivam, sequencialmente, apresentar as bases teóricas e os elementos que fundamentaram o estudo e suas conclusões, partindo de uma estruturação da teoria dos sistemas sociais.

Diante disso, o primeiro capítulo trata de apresentar, com base na teoria de Niklas Luhmann, os marcos principais de análise do desenvolvimento (evolução) da sociedade até sua estruturação atual, na forma de sistemas funcionalmente diferenciados, de modo a permitir a percepção do Direito como um desses sistemas, e qual a sua importância para a sociedade atual. Com isso, ainda nesse primeiro capítulo se apresenta a estruturação do sistema do Direito, seu modo de funcionamento, a questão social com a qual ele lida e como ele opera, abrindo caminho para se averiguar se o Direito do Trabalho, a partir do sistema do Direito, também se diferencia socialmente.

O segundo capítulo desenvolve-se adotando um paralelo entre a evolução da sociedade e a evolução da percepção do trabalho nas diferentes estruturações sociais. Para isso, passa por uma análise do desenvolvimento das formas de trabalho até o surgimento do contrato de trabalho e como, na mudança para a sociedade funcionalmente diferenciada, a liberdade atua como elemento para o incremento de complexidade social, o que fundamenta o surgimento de um sistema jurídico trabalhista a fim de lidar com aquela nova estrutura de trabalho. Assim, se examina os marcos de surgimento de um subsistema do direito, o subsistema justralhista, e identifica-se sua lógica de funcionamento, especialmente seu código binário bivalente, e quais são os principais programas operativos que permitem, ou informam, a aplicação do código binário, ou seja, que programas permitem, no Brasil, a identificação de uma relação de emprego.

A identificação realizada, no segundo capítulo, da subordinação como critério (programa) mais importante para a definição da relação de emprego, motiva o desenvolvimento do terceiro capítulo. Este objetiva entender como funciona um programa de operação do sistema jurídico, como ele varia historicamente no sistema, dado que os sistemas sociais são sistemas históricos cujas operações se sucedem no tempo e permitem sua adaptação face à complexidade e à contingência sociais. Com isso, examina-se em quais condições surge o critério subordinação, passa-se pela sua evolução na história do sistema,

onde ele começa a operar com novos sentidos, até a identificação de um momento de “crise” diante do aumento da complexidade social. Com isso, averigua-se quais respostas o próprio sistema começa a tentar dar frente à “crise”, qual seja, a ampliação do programa para o que foi chamado de subordinação objetiva e subordinação estrutural, e se chega ao questionamentos quanto a tais critérios frente à função e ao código do subsistema justralhista.

Por fim, no quarto e último capítulo, adentra-se mais especificamente na análise da terceirização frente ao subsistema justralhista, dada a identificação de que a sociedade atual é funcionalmente diferenciada, tendo cada sistema uma função própria, um código operativo, e nenhum deles é central em relação à sociedade como um todo. Para essa análise, inicia-se pela verificação de como o aumento da complexidade social, a qual a terceirização é elemento, causa irritações no subsistema justralhista, e como ele evolui diante disso. Examina-se, assim, as diferentes fases de tratamento do subsistema frente à terceirização, passando-se pelas diferentes Súmulas de jurisprudência do TST e como elas evoluem para abarcar situações antes não abrangidas. Com isso, chega-se a uma perspectiva crítica quanto a ampliação de tais programas de atuação do código bivalente identitário do subsistema justralhista frente à terceirização, dada a necessária operacionalização do sistema em mecanismos de igualdade e consistência normativa sobre casos que examina, no que é chamado de fórmula de contingência. Em seguida, encerra-se analisando o papel dos novos programas de operação do sistema justralhista no que importa à terceirização surgidos em 2017 e 2018, quais sejam, as normas que regulamentam a terceirização, as Leis 13.429 e 13.467, ambas de 2017, bem como os julgamentos do RE 958.252 e da ADPF 324, ambas pelo STF, e seu papel nos novos desafios de funcionamento do subsistema justralhista.

Conclui-se o estudo sistematizando-se os principais achados do estudo com foco na identificação das dificuldades de operacionalização da terceirização pelo subsistema justralhista.

1 A EVOLUÇÃO⁴ DA SOCIEDADE E ELEMENTOS DE UM DIREITO FUNCIONALMENTE DIFERENCIADO

A sociedade, a produção e o trabalho humanos passam por mudanças ao longo da história da humanidade. De sistemas simples, hierarquizados, voltados muitas vezes para o autossustento da comunidade, com poucas zonas de comunicação e de trocas com outros sistemas também centrados em si mesmos (LUHMANN, 2006); percebe-se na atualidade uma contínua troca de comunicação entre sistemas de produção e de trabalho em escalas de complexidade sem par na história (PASTORE, 2008).

Tal fenômeno ocorre em paralelo com a própria evolução da estrutura da sociedade, cada vez mais complexa, diversificada e formada por diversos sistemas autônomos, possuidores de suas próprias formas de funcionamento e de processamento das informações ocorridas na sociedade que os circundam.

O trabalho e a produção humanos, que geram comunicação que perpassam diversos sistemas da sociedade ao longo da história, sofrem também alterações, provocando ao mesmo tempo os sistemas a darem suas próprias respostas tendo em vista os atritos criados por essas comunicações. A complexidade de comunicações e a multiplicidade de sistemas autocentrados, mas que utilizam aquela comunicação do trabalho e da produção em suas próprias fórmulas de sentido, geram múltiplas respostas para o mesmo fato comunicacional.

Um dos elementos mais recentes dessa evolução na produção e no trabalho é o estabelecimento de modos de aquisição, de pessoas externas à organização de um determinado sistema empresarial, de produção e de trabalho para ser aproveitado naquele primeiro sistema empresarial. O nome que se deu a isso no Brasil é terceirização, ou seja, a aquisição por uma empresa de um serviço realizado por outra empresa, a ser aproveitado em benefício daquela primeira empresa.

Como ocorre com toda alteração de funcionamento de práticas desenvolvidas ao longo da história, a terceirização gerou irritações nos sistemas da sociedade, que passam a buscar

⁴ Evolução na perspectiva de Luhmann ocorre em um processo em que o aumento das possibilidades na sociedade (complexidade) provoca a seleção de uma forma dentre várias, sua posterior estabilização, o que termina por gerar novos aumentos de possibilidade, em um processo circular contínuo. (LUHMANN, 2016: 319 e segs).

respostas adequadas internamente aos próprios sistemas. Um dos sistemas da sociedade que enfrenta essa questão é o sistema jurídico, especialmente o subsistema jurídico trabalhista.

Para entender as questões envolvidas no sistema jurídico brasileiro, com foco especialmente no sistema jurídico constitucional trabalhista, é necessário entender a evolução da sociedade e de seu direito, a fim de compreender onde se situa a terceirização dentro da discussão da regulação do trabalho no país. Esse é o foco do primeiro capítulo desse estudo: com base em elementos da teoria dos sistemas de Niklas Luhmann, estabelecer as bases para, nos próximos capítulos, abordar as questões relativas ao subsistema jurídico trabalhista em face da terceirização, chegando à regulação desse modo de produção pela Lei 13.429 de 2017 e às principais questões constitucionais envolvidas.

1.1 A sociedade e sua evolução para a atual sociedade de subsistemas funcionalmente especializados

A discussão do atual estado da terceirização em relação ao sistema jurídico trabalhista demanda uma colocação preliminar da evolução da sociedade, de seus sistemas, especialmente o do direito, para se chegar ao direito do trabalho. Por isso, serão apresentados alguns dos principais elementos base para essa discussão, com foco em alguns dos conceitos-chave da teoria dos sistemas diferenciados.

Para tanto, tem-se como ponto de partida que a atual sociedade, complexa, com diversos subsistemas diferenciados em funções próprias, inclusive seu subsistema do direito, é resultado de um longo processo de evolução.

A sociedade, nesse sentido, é entendida como o sistema que abrange todas as comunicações humanas, e a comunicação em si como “a operação de base, pela qual o sistema social se delimita em relação ao seu ambiente” (LUHMANN, 2016: 73). Com isso, tem-se que o sistema da sociedade, é, portanto, formado por todas as comunicações, de

qualquer tipo, havidas em seu interior. Além disso, todo e qualquer contato social é, por si só, um subsistema da sociedade, que é formada, assim, por diversos subsistemas (ibidem: 32)⁵.

Por isso que Luhmann afirma categoricamente, contrariamente aos que buscam a visão da sociedade como um organismo que tem uma finalidade, um significado ou um objetivo de elevação do humano, que a caracterização do sistema social como um sistema omni-abarcador de todas as comunicações havidas em seu interior afastam-no de uma essência ou de

*una determinada moral (propagación de la felicidad, solidaridad, nivelación de condiciones de vida, integración por consenso racional, etcétera) (caracterizando-o) sino únicamente por la operación que produce y reproduce a la sociedad: eso es la comunicación*⁶. (LUHMANN, 2006: 49)

O sistema da sociedade, baseado na comunicação como sua operação básica, a qual permite assim que se mantenham relações constantes entre as ações existentes em seu interior (racionalidade sistêmica), mesmo diante de um ambiente externo altamente complexo e contingente (isto é, onde as coisas podem ser de outra forma) (LUHMANN, 1983, 168), é continuamente desafiado por ruídos do ambiente que vão gerando mudanças fruto de processo amplo e aleatório de evolução (idem, 2016: 320-321). Isso, na idade moderna, encaminha à superação de um esquema de estratificação social em direção a novas estruturas de funcionamento capazes de lidar com uma sociedade afundada em um grau de complexidade nunca antes existente. Essa mudança da sociedade termina por colocá-la formada por diversos subsistemas sociais que orientam, em suas lógicas de funcionamento próprias, essa mesma sociedade em um processo de aprofundamento da diferenciação funcional (idem, 2006).

⁵ A sociedade, na teoria dos sistemas diferenciados de Luhmann, não é formada por homens, mas pela comunicação humana. Nessa distinção, tem-se que o homem não está inserido na sociedade, mas faz parte do ambiente da sociedade, e vice-versa, o que faz com que ambos, reciprocamente, representem enorme volume de complexidade e de contingência (ou seja, possibilidades distintas da atual). Por isso que “a estrutura e os limites da sociedade reduzem a complexidade e absorvem a contingência das possibilidades orgânicas e psíquicas (do homem) [e vice-versa]. Eles representam principalmente limites com respeito ao próprio homem,” (LUHMANN, 1983, 169)

⁶ Tradução livre do autor: “uma determinada moral (propagação da felicidade, solidariedade, nivelção de condições de vida, integração por consenso racional, etc), (caracterizando-o) senão unicamente pela operação que produz e reproduz a sociedade: essa é a comunicação”.

Com efeito, ao longo da história, a forma de organização do sistema da sociedade alterou-se por meio da mudança nas formas de diferenciação dos seus subsistemas, então alcançando, somente recentemente, a diferenciação funcional⁷.

Para melhor compreender essa afirmação, que influencia não só na forma de trabalhar, mas como no direito da própria sociedade, cabe recuperar a identificação feita por Luhman das quatro principais formas de diferenciação da sociedade ao longo da história, quais sejam: sociedades caracterizadas por diferenciação segmentária; sociedades diferenciadas segundo a condição centro/periferia; sociedades caracterizadas pela diferenciação por estratificação; e sociedades caracterizadas pela diferenciação funcional dos subsistemas⁸. Tais diferenciações se dão, principalmente, pelas distinções igual/desigual entre os (sub)sistemas da sociedade, e pela distinção entre inclusão/exclusão no acesso a determinada sociedade ou de um de seus subsistemas (LUHMANN, 2006: 486-492).

Essa evolução não se trata de um processo unívoco de passagem de uma forma de sociedade para a outra, deixando de existir completamente sua forma anterior. Ao contrário, há elementos que se mesclam, como, por exemplo, nos Estados nações das sociedades modernas vê-se diferenciação funcional, mas o sistema político global em relação a eles funciona de forma estratificada (LUHMANN, 1977: 41). Ademais, a alteração de uma forma para a outra ao longo da história ocorre por meio da evolução na mudança nos padrões de diferenciação: “as sociedades passam da diferenciação segmentária à diferenciação entre centro e periferia, de forma que a combinação entre ambas permite passar à diferenciação hierárquica ou estratificatória que, por fim, culmina na diferenciação funcional da sociedade” (BACHUR, 2010: 147).

As sociedades segmentárias, como ponto de partida dessa análise, são aquelas caracterizadas pela igualdade entre os sistemas parciais da sociedade, sistemas esses que se distinguem a partir de comunidades habitacionais ou por meio da descendência (linhagem), ou mesmo pela combinação de ambos os critérios. De forma simplista, são sociedades formadas por famílias, povoados e tribos, marcadas pela mobilidade reduzida dentro da mesma

⁷ Niklas Luhmann afirmar ser simplista a análise de que a evolução da sociedade até o formato atual, de subsistemas funcionalmente diferenciados, deu-se por um crescente aumento da diferenciação funcional. Segundo ele essa evolução ocorre por meio da mudanças das formas de diferenciação, o que, em condições adequadas, leva a formas mais complexas de diferenciação, marcadas pela desigualdade entre os sistemas. (LUHMANN, 2006: 488)

⁸ Para simplificar, identificar-se-ão esses tipos de sociedade por sociedade segmentária, sociedade centro/periferia, sociedade estratificada e sociedade de sistemas funcionalmente diferenciados.

sociedade (as pessoas permanecem nos papéis que recebem). Surgem com a articulação em sistemas parciais igualitários⁹, especialmente sistemas familiares. Constitui-se a família, assim, a forma de diferenciação da sociedade. Cabe destacar, são caracterizadas pela dificuldade de formar um sistema de direito com a função de especificar expectativas normativas¹⁰ (LUHMANN, 2006, 485 e segs).

Já as sociedades centro/periferia são caracterizadas pela existência de uma pluralidade de segmentos, ou casas familiares, iguais entre si, mas que geram uma desigualdade entre os que habitam o centro desse segmento social e a sua periferia. Nessa sociedade, inicia-se uma diferenciação nobreza – povo, aumenta-se a distância alcançada para o comércio, bem como há o aumento da informação e da necessidade de sua ordenação hierárquica pelo sistema. Luhmann coloca como exemplo dessas sociedades os “*strongholds*” de clãs escoceses. Além disso, ou se tem acesso (inclusão) ou não (exclusão) àquela sociedade, seja possuindo um status familiar por nascimento ou por admissão em determinada família/clã (LUHMANN, 2006: 485 e segs). E, no que importa ao desenvolvimento de sistemas sociais específicos, o centro dessa sociedade adota como sua tarefa principal “*cultivar las relaciones cósmicas de la sociedad, en llevar a efecto los ritos que a ello se refieren y en mantener la burocracia religioso-política correspondiente* (ibidem: 530). Não se preocupa, assim, com a regulação de relações econômicas ou dos conflitos, que são deixados nas mãos das economias domésticas ou de corporações, como as corporações de ofício, templos e grêmios. E, com isso, não se têm as condições para a formação de um direito civil, nem “*un condicionamiento —como el del mercado — de la conducta individual*” (ibidem: 530).

Com as sociedades centro/periferia, iniciam-se as condições para a formação das sociedades estratificadas, especialmente a partir de um crescimento suficiente dos centros em cidades grandes, que levam à formação de reinos e ao isolamento de uma nobreza, a qual se torna cada vez mais apartada do restante da sociedade, inclusive em virtude da endogamia que visa à preservação da distinção dos nobres em relação ao povo. Tal distinção, nobreza – povo comum, é fundamental nessa sociedade, que se torna também caracterizada pela desigualdade de alcance dos sistemas parciais que a formam, especialmente pela desigualdade aceita de

⁹ Tanto que Luhmann menciona que “Segmentation differentiates the society into equal subsystems” (LUHMANN, 1977, 33).

¹⁰ Para Luhmann, a função do direito na sociedade é de redução coerente de estruturas de expectativas normativas generalizadas (LUHMANN, 1983, 45), que evoluiu historicamente em paralelo à evolução da sociedade até alcançar o formato atual, tanto da sociedade como de seu subsistema jurídico. Pela importância do tema no presente estudo, ele será mais aprofundado posteriormente, tendo sido mencionado neste momento em virtude da relevância quanto à diferenciação da sociedade.

riqueza (que não é critério para a ascensão do povo para a nobreza) (LUHMANN, 2006: 538 e segs). Nesse sentido, Luhmann detalha que

*La estratificación regula la inclusión de los seres humanos en la sociedad fijando las inclusiones y las exclusiones respecto a los sistemas parciales. Sólo se puede pertenecer a un estrato social y precisamente por lo mismo se está excluido de los otros*¹¹. (2006: 545)

Em consequência, a diferença inclusão/exclusão se reconstrói no interior das sociedades: exclui-se o povo do sistema da nobreza, e a nobreza do sistema do povo, mas ambos se encontram como subsistemas da sociedade estratificada. Pessoas não incluídas no esquema dificilmente são consideradas parte da sociedade, podendo ser remetidas inclusive para ordens religiosas ou locais de abrigo, aos quais não estão ao alcance do esquema estratificado (LUHMANN, 2006: 485 e segs.).

Ademais, nas sociedades estratificadas os sistemas internos são desiguais entre si, mas dentro de cada sistema são todos em certa medida iguais. Os nobres são iguais entre si, o povo é igual entre si, e a desigualdade entre povo e nobreza impõe um tratamento com base no princípio da igualdade segundo a fórmula “tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais”, sendo a nobreza “mais igual” do que o povo (LUHMANN, 2006: 485-486 e 494). Nesse sentido, Luhmann especifica que:

*Stratification differentiates the society into unequal subsystems. It brings to coincidence the asymmetries of system/environment¹² and equality/inequality in the sense that equality becomes a norm for internal communication and inequality becomes a norm for communication with the environment.*¹³ (LUHMANN, 1977, 33)

¹¹ Tradução livre do autor: “A estratificação regula a inclusão dos seres humanos na sociedade fixando as inclusões e as exclusões em relação aos sistemas parciais. Somente se pode pertencer a um estrato social e por isso mesmo se está excluído de todos os outros”.

¹² Para Luhmann, tudo que não faz parte do sistema, de seus programas e comunicações, é ambiente (*environment*). Por exemplo, tudo o que não é o sistema de determinada família (sistema familiar) é ambiente daquele sistema. O tema será tratado mais detalhadamente em momento oportuno.

¹³ Tradução livre do autor: “A estratificação diferencia a sociedade em sistemas desiguais. Isso traz para coincidência as assimetrias de sistema/ambiente e igualdade/desigualdade no sentido de que a igualdade torna-se a norma para a comunicação interna do sistema e desigualdade torna-se a norma para comunicação com o ambiente”.

Nesse desenvolvimento, juntamente com o aumento da diferença de alcance, inclusive de riqueza, entre os estratos, também se tem a diferença de alcance na capacidade política, reforçando um centralismo político nas mãos da nobreza (LUHMANN, 2006: 538 e seguintes).

A nobreza, portanto, se diferencia do povo, ocupando um centro de poder econômico e político, ao redor do qual transitam diversos outros estratos, dependentes e independentes da nobreza. Essa diferenciação também passa a gerar novas diferenciações, formando sistemas parciais dentro de sistemas parciais, tanto dentro da nobreza (alta e baixa nobreza), como nos outros estratos, inclusive em virtude de um incremento de mobilidade econômica, e de protesto, de oposição, dos trabalhadores dos latifúndios e das corporações de ofício, especialmente no período final da Idade Média (LUHMANN, 2006: 538 e seguintes).

A forma de diferenciação estratificada da sociedade termina por possibilitar *“la concentración de recursos en el estrato alto del sistema — y eso no sólo en un sentido económico, sino también en los medios del ‘poder’ y la ‘verdad’”*¹⁴ (LUHMANN, 2006: 561). Com isso, geram-se condições para a ocorrência de regulações político-jurídicas específicas para o trabalho dependente tanto no campo como no ambiente urbano, com suas corporações de ofício e outras estruturas hierárquicas.

Como ressalta Luhmann (2006: 561), para a evolução até uma sociedade de sistemas funcionalmente diferenciados, é decisivo que esse processo de diferenciação começa a focar-se em funções específicas para subsistemas, e nestes suas comunicações passam a transitar ao redor de seus próprios temas:

*para la política sólo cuenta la política, para el arte, sólo el arte; para la educación, sólo las aptitudes y la disposición de aprender; para la economía, sólo el capital y los créditos - y que los correspondientes entornos internos de la sociedad, entre los cuales también se encuentra la estratificación— ya sólo se perciben como ruido irritante, como interferencias u oportunidades*¹⁵. (LUHMANN, 2006: 561)

¹⁴ Tradução livre do autor: (...) “a concentração de recursos no estrato alto do sistema – não só em um sentido econômico como também nos meios de ‘poder’ e da ‘verdade’”.

¹⁵ Tradução livre do autor: (...) “para a política só importa a política, para a arte, apenas a arte; para a educação, somente as aptidões e a disposição de aprender; para a econômica, só o capital e os créditos = e que os entornos internos da sociedade correspondentes, entre os quais se encontra também a estratificação – já somente se percebem como ruído de irritação, como interferências ou oportunidades”.

No exame do tema em discussão, é necessário compreender alguns passos dados também no que importa à economia. Se, nas sociedades anteriores, tratava-se de forma de comunicação dentro daqueles sistemas da sociedade, sem alcançar uma diferenciação ao ponto de começar a produzir e reproduzir suas próprias operações, nas sociedades estratificadas, apesar de sua divisão hierárquica nobreza – povo, inicia-se um processo de desenvolvimento da economia em si mesma, especialmente, para Luhmann, pela crescente independência do meio de comunicação chamado dinheiro em relação à nobreza, e pelo aumento das transações de mercado que independem da nobreza:

*"Pero no es aquí donde se encuentra el problema del desarrollo de la economía misma. Lo novedoso no consiste en la creciente dependencia del dinero que experimenta la nobleza, sino en la **creciente independencia del dinero respecto a la nobleza**. En la temprana Época Moderna las transacciones mediadas por el mercado aumentan rápidamente. La diferenciación local o regional de los mercados se transforma e incluso se sustituye por una diferenciación específica a mercancías (puramente económica) de mercados para la seda, los cereales y, por último, incluso para los cuadros, gráficas y esculturas. Correspondientemente, el concepto de mercado se desliga de la designación de ciertos lugares liberados para las transacciones y se convierte en forma conceptual para venir a designar la lógica propia de aquellas transacciones que no dependen de ningunas otras características sociales. (...) **El factor de impulso está ahora en la complementariedad de roles (específica de la economía) entre consumidor y productor —así como en otros ámbitos se encuentra la complementariedad de gobierno/súbdito; maestro/alumno; artista/diletante entendido-en-arte. A toda la población se promete el acceso a uno de los lados de este esquema de roles —en este caso, al lado del consumo, dependiendo del poder de compra y ya no directamente del estamento. El otro lado se libera para las especializaciones qua organización o qua aprendizaje y profesión**"¹⁶. (LUHMANN, 2006: 574; grifos nossos)*

(...)

"No controlan la economía ni el señor feudal del señor feudal ni el príncipe como propietario supremo, sino las decisiones que se toman sobre las ganancias (o pérdidas) específicas de las empresas; son las decisiones las

¹⁶ Tradução livre do autor: "Não é aqui onde se encontra o problema do desenvolvimento da própria economia. A novidade não consiste na crescente dependência da nobreza quanto ao dinheiro, senão que na crescente independência do dinheiro em relação à nobreza. No início da Idade Moderna, as transações mediadas pelo mercado aumentam rapidamente. A diferenciação local ou regional de mercados se transforma e também se substitui por uma diferenciação específica de mercadorias (puramente econômica) de mercados para a seda, cereais, e, por último, para os quadros, escritos e esculturas. Correspondentemente, o conceito de mercado se desliga da designação de certos lugares liberados para aquelas transações e se converte em uma forma conceitual que vem a designar a lógica própria daquelas transações que não dependem de nenhuma das outras características sociais. (...)O fator de impulso está agora na complementaridade de papéis (específico da economia) entre consumidor e produtor – assim como em outros âmbitos se encontra a complementaridade de governo/súditos; mestre/aluno; artista/aficionado em arte. A toda a população se promete o acesso a um dos lados deste esquema de papéis – neste caso, o lado do consumo, dependendo do poder de compra e já não diretamente do estamento. O outro lado é liberado para as especializações como organizações ou de aprendizagem e profissão".

*que dirigen la producción de una manera orientada a las ventas, es decir, al mercado*¹⁷. (LUHMANN, 2006: 575)

Nesse desenvolvimento, ao lado da economia muda também a lógica do trabalho, que deixa de ser uma situação de vida vinculada a uma condição estamental, e passa a ser produto dos processos da própria economia, vinculado ao seu atendimento às demandas do mercado. Assim, a diferenciação relativa ao trabalho “*se debe cambiar el razonamiento del esquema esfuerzo/ocio por el de trabajo/desempleo*”¹⁸. (LUHMANN, 2006: 576).

Dessa forma, a partir do século XVIII, não seria mais possível se considerar que a sociedade está dividida primariamente segundo estratos, mesmo que “*la presentación oficial de la sociedad —con ayuda de calificaciones jurídicas, regulaciones estatales de policía, y estadísticas fiscales— se atiene todavía a las viejas clasificaciones*”¹⁹ (LUHMANN, 2006: 581).

E, culminando nessa evolução, encontra-se a forma atual da sociedade diferenciada em (sub) sistemas funcionais, iguais no acesso por qualquer pessoa, mas desiguais em termos de função especializada, ou seja, cada subsistema têm sua função, mas um não tem preponderância sobre o outro, e não há “*una desigualdad única (como en el caso centro/periferia)*”²⁰ (LUHMANN, 2006: 486). Ademais, a forma de inclusão nos sistemas está regulada pelos próprios sistemas parciais, não existindo uma inclusão por meio de status de acordo como o nascimento, origem ou qualidade, mas por ser um elemento comunicacional pertencente ou não ao sistema (LUHMANN, 2006: 495-496). Nesse sentido, Luhmann destaca que:

Functional differentiation again shifts the distribution of equality and inequality. Functions have to be unequal, but the access to functions has to be equal, that is, not dependent on the relation to other functions. The functional subsystems, therefore, have to be unequal, but their corresponding environments have to be treated as environments of equals

¹⁷ Tradução livre do autor: “Não controlam a economia nem o senhor feudal do senhor feudal, nem o príncipe como proprietário supremo, senão as decisões que se formam sobre lucros (ou prejuízos) específicas das empresas; são as decisões que dirigem a produção de uma maneira orientada às vendas, ou seja, ao mercado.”

¹⁸ Tradução livre do autor: “deve-se mudar a racionalidade do esquema esforço/ócio pela de “trabalho/desemprego”.

¹⁹ Tradução livre do autor: “a apresentação oficial da sociedade – com ajuda de qualificações jurídicas, regulações estatais de polícia e estatísticas fiscais – ainda segue as antigas classificações”.

²⁰ Tradução livre do autor: “uma desigualdade única (como no caso centro/periferia)”.

*because nothing but function justifies discrimination*²¹. (LUHMANN, 1977: 35-36)

A sociedade moderna é, portanto, uma sociedade funcionalmente diferenciada (2006, 589), em que as pessoas participam ou podem participar de todos os subsistemas tendo em vista que as comunicações são selecionadas pelas funções específicas de cada um dos sistemas, que são situados no nível da própria sociedade, e não fora dela, não havendo primazia entre as diferentes funções (LUHMANN, 1977:35).

1.2 A sociedade funcionalmente diferenciada – elementos principais

Tendo em vista que a sociedade moderna é uma sociedade de sistemas funcionalmente diferenciados, necessário pontuar algumas das principais características desses sistemas, mais precisamente características da diferenciação funcional que são importantes para o presente estudo.

Necessário iniciar com os temas da complexidade e da contingência, que terminam por encaminhar aos demais temas. Isso porque é justamente o aumento da complexidade e da contingência que gerou condições para que a sociedade evoluísse para o atual formato de sistemas funcionalmente diferenciados, pois este possibilitou evolutivamente a redução de expectativas²² entre as pessoas por meio das estruturas sistêmicas especializadas em comunicações específicas/funcionais (NEVES e NEVES, 2006: 10). Nesse sentido, conforme ressalta Luhmann, “o convívio humano é orientado pelos conceitos de complexidade e

²¹ Tradução livre do autor: “Diferenciação funcional novamente altera a distribuição de igualdade e desigualdade. As funções devem ser não iguais, mas o acesso a elas deve ser igual, isto é, não dependente da relação com outras funções. Os subsistemas funcionais têm, portanto, que ser não iguais, mas os seus ambientes externos (ou meio ambientes) devem ser tratados como ambientes externos de iguais porque nada exceto a função justifica a distinção”.

²² O conceito de expectativa é comum. Tratar-se-ia simplesmente da perspectiva que uma pessoa tem da possível conduta ou de comunicação de outra pessoa. Luhmann divide-as em cognitivas e normativas. As expectativas cognitivas relacionam-se à aprendizagem quanto a um comportamento esperado ou inesperado. Já as normativas, vinculada mais fortemente ao Direito, são relacionadas ao fato de que certos comportamentos esperados precisam ser estabilizados para alcançar condições de maior segurança na conduta e na comunicação da sociedade e, portanto, são alçadas à condição de norma. (LUHMANN, 1983).

contingência, o que é atenuado pela formação de estrutura de expectativas” (LUHMANN, 1983, 45).

Assim, complexidade é um conceito que envolve diversas variáveis, que envolvem tempo, expectativa, possibilidades, entre outros²³. Em resumo, para os fins do presente estudo, complexidade tem o sentido de que “o mundo apresenta ao homem uma multiplicidade de possíveis experiências e ações, em contraposição ao seu limitado potencial em termos de percepção, assimilação de informações, e ação atual e consciente” (LUHMANN, 1983, 45). Ou, simplificadamente, conforme conceitua Marcelo Neves, a complexidade é a “presença permanente de mais possibilidades (alternativas) do que as que são suscetíveis de ser realizadas” (NEVES, 2008: 15).

Necessário notar que a tendência é de aumento da complexidade, pois se a própria complexidade significa “a totalidade dos possíveis acontecimentos e das circunstâncias” (NEVES, e NEVES, 2006:10), que envolve sempre, no mínimo, mais de uma circunstância, tem-se como consequência lógica que o crescimento do número de possibilidades na sociedade faz aumentar também a relação entre os diversos fatos, acontecimentos e informações, gerando um processo de ampliação da própria complexidade do mundo (ibidem).

Se por complexidade se entende a existência de mais possibilidades do que é possível o ser humano realizar, contingência complementa o quadro de incerteza na sociedade, pois ela significa que “as possibilidades apontadas para as demais experiências poderiam ser diferentes das esperadas” (LUHMANN, 1983, 46), ou seja, tudo poderia ocorrer de forma diversa da que se tem expectativa.

Por isso, articula-se que “complexidade significa seleção forçada” (LUHMANN, 1983, 46), no sentido de que o ser humano precisará escolher o que realizar, e contingência significa “perigo de desapontamento e necessidade de assumir-se riscos” (ibidem), ou seja, mesmo a experiência humana não assegura um resultado desejado, e, portanto, qualquer alternativa de escolha pode gerar um risco.

²³ Sugere-se a esse respeito a leitura do artigo “O que há de complexo no mundo complexo? Niklas Luhmann e a Teoria dos Sistemas Sociais”, de Clarissa Eckert Baeta Neves e Fabrício Monteiro Neves, disponível em http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1517-45222006000100007&lng=en&nrm=iso, o qual apresenta a evolução e amplitude do conceito de complexidade de Luhmann.

Diante disso são realizadas seleções de adequação e “estabilizadas expectativas com relação ao mundo circundante” (LUHMANN, 1983, 46), o que é não só inevitável como também vantajoso. Trata-se de um mundo conjecturável, cuja complexidade e contingência se avolumam, pois esta última “penetra las estructuras sociales, por ejemplo, el derecho positivo, el gobierno en vigor, el capital invertido en el mundo de la economía²⁴” (idem, 1986: 173), e também face à existência de outras pessoas que também provocam em suas ações complexidade e contingência. Isso porque “as possibilidades atualizadas por outros homens também se apresentam a mim, também são minhas possibilidades”, fazendo a pessoa alcançar “um imenso aumento da seletividade imediata da percepção”²⁵ (idem, 1983, 46-47).

Tem-se, assim, que “a supercomplexidade envolve supercontingência e abertura para o futuro” (NEVES, 2008: 16), e, ao mesmo tempo, “provoca pressão seletiva e diferenciação sistêmico-funcional” (idem, 2008: 16), para que seja possível à sociedade lidar com essa realidade.

Assim, pode-se dizer que os sistemas funcionalmente diferenciados são sistemas (ou subsistemas da sociedade) com funcionamento autônomo e especializado, em que sua comunicação ou atividade serve para que a sociedade lide com a supercomplexidade e supercontingência do mundo (pela redução das expectativas vinculadas a um funcionamento diferenciado), ao mesmo tempo em que se criam mecanismos pelos próprios sistemas para a perpetuação da também complexa unidade estruturada dos sistemas, segundo suas próprias funções e seus próprios modos de funcionamento²⁶ (MATTHEIS, 2012: 630), ou seja, sua diferenciação funcional e seu fechamento operativo.

Com efeito, para a diferenciação funcional dos sistemas, é requisito o seu fechamento operativo, o que inclui a autorreferência de cada sistema (LUHMANN, 2006: 590). Como exemplo, o sistema jurídico se autorreferencia em suas normas, em seus programas e suas operações. O sistema político funciona segundo suas próprias condições, que são diferentes das do sistema jurídico, por sua vez diferentes das do sistema econômico, do sistema familiar, do sistema da religião, entre outros.

²⁴ Tradução livre do autor: “penetra as estruturas sociais, por exemplo, o direito positivo, o governo em vigor, e o capital investido na economia mundial”.

²⁵ No que é chamado de dupla contingência, ou seja, o reconhecimento das perspectivas do outro como minhas próprias, porque o outro também passa pelo mesmo fenômeno (LUHMANN, 1983, 47), ou, de outra forma, a dependência recíproca de expectativas complementares (mas não iguais) (Idem, 1986: 174).

²⁶ Seu código, seus programas, suas operações, temas melhores especificados posteriormente.

Essa autorreferência deve ser entendida não como isolamento absoluto do sistema em relação ao ambiente, como se fossem “sistemas autistas” conforme classificação dada por Ulisses Schwarz Viana (2015), mas como o modo de tratamento dado pelo sistema a elementos (irritações) do ambiente segundo suas próprias condições. Nessa lógica, é como se aparentes fatos exteriores ao sistema do direito, por exemplo, provocassem comunicações para responder a esses elementos segundo as condições desse sistema. Por exemplo, no caso da repercussão geral necessária para a admissibilidade de um recurso extraordinário no Supremo Tribunal Federal, é necessário que exista relevância jurídica, política, econômica ou social que ultrapasse os interesses subjetivos do processo²⁷. No caso da relevância jurídica, tem-se aí um exemplo do próprio sistema se autorreferenciando (embora sobre um novo padrão, o da relevância); mas, no caso das demais hipóteses, elas somente se tornam discutíveis perante o STF face à própria previsão do sistema, que, aliás, transformará tais questões em comunicações jurídicas. Não fosse desse modo, uma questão econômica, por exemplo, não seria, para o recurso extraordinário, uma comunicação internalizada pelo e para o sistema jurídico. Manter-se-ia simplesmente como um elemento não jurídico.

Tem-se, portanto, a autorreferência dos sistemas, que não processam informações que não sejam tratadas como comunicações daquele mesmo sistema. Neste sentido, Luhmann esclarece que:

mediante la diferenciación funcional se acentúa la diferencia de los distintos problemas de referencia. Aunque esta diferencia se ve diferente desde cada uno de los sistemas funcionales dependiendo de cuál sea la diferencia entre sistema funcional y entorno interno a la sociedad con la que se relacione. Para la ciencia su entorno es científicamente incompetente, pero no políticamente incompetente, ni económicamente incompetente, etc. En este sentido cada sistema de función tiene que ver con un entorno interno de la sociedad integrado de distinta manera, precisamente porque cada sistema funcional está diferenciado para cumplir con una función específica²⁸. (LUHMANN. 2006: p. 591)

²⁷ Conforme artigo 1035 do Código de Processo Civil (Lei 13.105).

²⁸ Tradução livre do autor: “Mediante a diferenciação funcional se acentua a diferença dos distintos problemas de referência; ainda que esta diferença seja vista diferentemente a partir de cada um dos sistemas funcionais, dependendo de qual seja a diferença de sistema funcional e entorno interno à sociedade com a qual se relacione. Para a ciência seu entorno é cientificamente incompetente, mas não politicamente incompetente, nem economicamente incompetente, etc. Neste sentido, cada sistema de função tem relação com um entorno interno da sociedade integrado de distinta maneira, precisamente porque cada sistema funcional está diferenciado para cumprir com uma função específica”.

Fala-se, portanto, na diferenciação dos sistemas por autorreferência porque eles, na “constituição de seus elementos e de suas operações elementares se referem a si mesmos (seja aos elementos do mesmo sistema, seja a operações do mesmo sistema, seja à unidade do mesmo sistema)” (LUHMANN, 2016: 25). Para que essa autorreferência ocorra, os sistemas precisam empregar uma autodescrição, que os diferenciem do ambiente, de forma a identificar se aquela informação faz parte, ou não, do ambiente. Trata-se de um código binário (positivo/negativo) existente em cada sistema, que diferencia o sistema do ambiente e funciona como princípio de produção de informações do sistema específico (ibidem).

Essa distinção entre sistema e ambiente é necessária porque o “ambiente de cada sistema é sempre mais complexo que o próprio sistema” (LUHMANN, 2016: 43), Com efeito, o ambiente não é limitado nem possui função ou sentido em seus acontecimentos. Na verdade, ele tem um amplo complexo de possibilidades que impossibilita, e mesmo torna sem sentido, buscar conhecê-las todas. Não é o ambiente de um sistema um supersistema conhecível, ou um conjunto de subsistemas. Trata-se simplesmente de todo o desconhecido conjunto de possibilidades e contingências sem sentido, como se fosse um ruído, que circunda determinado sistema, ou, no dizeres de Luhmann (1977: 31), “*the environment has no boundaries but only horizons that refer to further possibilities and make it, at the same time, meaningless or inconvenient to pursue them indefinitely*”²⁹.

O ambiente, portanto, não depende do sistema, e, mais importante, nem o sistema pode dispor livremente do ambiente. Os sistemas reproduzem-se segundo suas próprias condições, sendo orientados pelo ambiente ocasionalmente e adaptando os fatos do ambiente à própria linguagem de cada sistema, de forma a manter estruturalmente uma diferença em relação ao sistema, diferença esta sem a qual não poderia existir, pois se tornaria o ambiente. Os sistemas, portanto, “constituem-se e mantêm-se mediante produção e manutenção de uma diferença em relação ao ambiente e empregam seus limites para a regulação dessa diferença. (...) A manutenção de limites (...) é a manutenção do sistema”. (LUHMANN, 2016: 33). O que significa que os sistemas têm capacidade de produzir suas próprias relações internamente, consigo mesmos, e de diferenciar essas relações perante as do ambiente (ibidem: 30).

Ou seja, para que a diferenciação funcional de um sistema ocorra, não é suficiente apenas que exista uma função de determinado sistema, ainda que esta seja peça fundamental

²⁹ Tradução livre do autor: “o ambiente não tem fronteiras, mas apenas horizontes que se referem para outras possibilidades e faz, ao mesmo tempo, sem sentido e inconveniente persegui-las indefinidamente”.

para que um sistema se estabeleça e faça seu papel na sociedade. Tais sistemas dependem também do mencionado código binário que permite que se forme sua autorreferência e sua autorreprodução³⁰, e que se estabeleça o limite entre o sistema e o ambiente (LUHMANN, 2006: 593).

Esse código binário, como explica Luhmann,

regula el oscilar entre el valor positivo y el negativo, es decir, regula la contingencia de los valores con los que el sistema orienta sus propias operaciones. Mientras que al orientarse por la función el sistema defiende la preponderancia de sus propias opciones —proveer el futuro con dinero y no confiando en Dios, formando en las escuelas y no sólo mediante socialización—, mediante el valor negativo de su código reflexiona sobre la necesidad de imponer criterios a todas sus operaciones³¹. (LUHMANN, 2006: 593)

Assim, conforme mencionado, é por meio do mencionado código binário que se identifica se um determinado fato pertence ou não a certo sistema. E com ele, somado à exclusividade da função de cada sistema, é que se alcança o fechamento operativo e a autorreprodução sistêmica dentro do sistema da sociedade funcionalmente diferenciada (LUHMANN, 2006: 592). Como exemplo, o código do sistema do direito é o binário lícito/ilícito - sinonimamente código legal/não legal (ilegal), ou direito/não direito. Ou seja, se determinado acontecimento tiver que ser analisado sob a ótica de sua legalidade ou

³⁰ Um dos conceitos base de Luhmann para os sistemas sociais é o conceito de autopoiese, que quer dizer, simplificada, a capacidade de um sistema de, ao mesmo tempo em que se fecha operativamente (não admitindo que informações que não sejam internas a ele o movimentem), se reproduz por meio de processamento de informações após informações internas ao próprio sistema, ou seja, se reproduz (autorreproduz) a partir da referência a suas próprias operações (autorreferência), em um ciclo contínuo de autorreferência e autorreprodução que permite não só ao sistema manter-se igual como, na história do sistema, que ele vá se alterando. Trata-se a autopoiese de um conceito que envolve a evolução dos sistemas sociais por meio do aumento de sua própria complexidade.

Contudo, trata-se de um conceito que é muito questionado por diversos motivos, tendo, também, seus defensores. Nesse sentido, sugere-se a leitura do capítulo 2 do livro de Ulisses Schwarz Viana “Direito e Justiça em Niklas Luhmann: complexidade e contingência no sistema jurídico”, que consta das referências bibliográficas.

Como para o presente estudo os conceitos de autorreferência e autorreprodução sistêmica são bastantes para explicar os fenômenos de diferenciação funcional do direito e de outros sistemas, bem como do subsistema do Direito do Trabalho (conforme se desenvolverá), optou-se sempre que possível em mencionar ambos os conceitos, e não autopoiese, que envolve aprofundamento em outras questões da teoria.

³¹ Tradução livre do autor: “regula o oscilar entre o valor positivo e o negativo, isto é, regula a contingência dos valores com os quais o sistema orienta suas próprias operações. Enquanto que, ao orientar-se pela função o sistema defende a preponderância de suas próprias operações - prover o futuro com dinheiro e não confiando em Deus, formando nas escolas e não só mediante socialização -, mediante o valor negativo de seu código reflexiona sobre a necessidade de impor critérios a todas as suas operações”.

ilegalidade, está-se falando de uma operação do sistema jurídico, não do sistema econômico, ou político, por exemplo.

O que importa para os sistemas serem funcionalmente diferenciados é que a sua função única (desigualdade entre os sistemas), seu código binário e suas operações vinculadas a esse código permitem seu fechamento operativo, ou seja, eles se tornam fechados em suas comunicações e, portanto, fazem sua diferenciação do ambiente. Criam-se, assim, condições para a evolução dos sistemas funcionais tendo em vista suas próprias estruturas, das quais passam cada vez mais a depender face à criação de condições para “a manutenção da seletividade” (LUHMANN, 1983, 171-172). Por isso, *"this distinction between a system and the environment is only possible if the system is closed in itself and draws limits with its own system-specific operations"*³². (MATTHEIS, 2012: 629-630)

A partir disso, têm-se condições para a autorreprodução ou autocriação do sistema em suas operações e suas comunicações, no que é o conceito de Luhmann de autopoiese sistêmica por meio de uma *"circular self-production"*³³ (MATTHEIS, 2012: 629) de comunicação pelo sistema. Essa autopoiese não significa, contudo, que o sistema seja estático ou rígido, apenas que as mudanças acontecem dentro dos limites do próprio sistema, segundo suas próprias condições de reprodução, e não via uma informação/fato ocorrida externamente que é então absorvida ou inserida dentro do sistema (LUHMANN, 2016).

Com os sistemas autopoieticos funcionalmente diferenciados, a evolução, o aprendizado e a mudança são não só possíveis como necessárias, pois o próprio sistema tende a tornar-se cada vez mais complexo e contingente, inclusive para fazer frente à complexidade ambiente (MATTHEIS, 2012: 629). Conforme explica Luhmann, “o princípio do desenvolvimento são as crescentes complexidades e contingências da sociedade. É a partir daí que as estruturas da sociedade (...) sofrem pressões no sentido da mudança” (LUHMANN, 1983, 172).

Esses evolução, aprendizado e mudança ocorrem, frise-se, apenas dentro dos limites do sistema, e não porque um sistema gera mudanças em outro sistema. Conforme mencionado, os sistemas são diferenciados de seus ambientes (o que inclui outros sistemas), e processam as informações segundo suas próprias condições. No entanto, um mesmo fato pode

³² Tradução livre do autor: “Esta distinção entre um sistema e o ambiente só é possível se o sistema é fechado em si mesmo e marca limites com suas próprias operações sistêmicas específicas.”

³³ Tradução livre do autor: “auto-produção circular”.

gerar informações que serão processadas por dois sistemas diferentes, o que se dá por meio de acoplamentos operativos³⁴, ou, em nível mais profundo, por meio dos acoplamentos estruturais (MATTHEIS, 2012: 629)

Nenhum dos sistemas da sociedade pode assumir a função de outro sistema, nem o código de outro sistema, senão deixa de ter existência própria. Mas um sistema (como parte do ambiente) pode ser de grande proeminência para outro, e assim desenvolvem-se relações permanentes que, por serem estruturais, têm ampla relevância para ambos (LUHMANN, 2016).

Esses acoplamentos estruturais levam a auto-irritações e a irritações mútuas, e a um efeito duplo de inclusão e exclusão de operações e de conexão e desconexão entre os sistemas, ao mesmo tempo. Os sistemas, com os acoplamentos estruturais, que ocorrem nas mais diversas formas, se mantêm independentes, mas estabelecem e mantêm pontos de conexão e fazem os desenvolvimentos estruturais dos sistemas serem coordenados (MATTHEIS, 2012: 631). Como exemplos de importantes acoplamentos estruturais tem-se a Constituição como acoplamento entre sistema jurídico e sistema político, e os contratos como acoplamentos entre sistema econômico e sistema do direito.

Os acoplamentos estruturais têm importância para a coordenação mínima entre sistemas da sociedade tendo em vista a complexidade e a contingência do ambiente, e, diante disso, a existência de comunicações e valores correspondentes e mútuos entre sistemas, principalmente porque apenas um subsistema do sistema da sociedade não pode operacionalizar todas as perspectivas e comunicações dessa mesma sociedade (VIANA, 2015: 156 e segs). Do contrário, sua função e seu código perderiam sua coerência, e ele se tornaria indiferenciado do ambiente.

Trata-se, assim, o acoplamento estrutural, de uma invenção dos sistemas sociais de forma de solução de problemas de relacionamento com o ambiente; uma das alternativas encontradas para adaptação ao contínuo aumento de complexidade da sociedade. Em contrapartida, provoca-se também aumento da complexidade e da contingência das relações

³⁴ Simplificadamente pode-se explicar os acoplamentos operativos como relações quase instantâneas, passageiras, de fatos de comunicação que são processadas ao mesmo tempo por dois sistemas - como um pagamento, o qual é processado no sistema jurídico e no sistema econômico ao mesmo tempo quase simultaneamente, mas gerando operações distintas em cada sistema.

humanas, com o aumento de possibilidades, bem como de chances e de perigos para a vida social (LUHMANN, 1983, 172).

Necessário pontuar que, a partir dos sistemas funcionais diferenciados, além de acoplamentos com outros sistemas, podem surgir, em seu interior, novas diferenciações sistema/ambiente (LUHMANN, 2016: 35), como é o caso do sistema do direito do trabalho, um subsistema do sistema jurídico, o que será mais bem abordado oportunamente. Isso porque o aumento da complexidade não só provoca, conforme mencionado, a necessidade de diferenciação funcional, como esta diferenciação também provoca aumento de complexidade internamente ao sistema, tanto pela forma de acoplamentos estruturais, como também pela provocação de novas possibilidades no ambiente.

Nesse sentido, cabe destacar que a sociedade é formada por sociedades nacionais, esta formada por vários e separados subsistemas funcionalmente diferenciados, tais como o jurídico, o político, o econômico, o educacional, entre outros (MATTHEIS, 2012: 628), cada um com suas estruturas, suas autopoieses, e participando de acoplamentos estruturais, que servem para dar sentido, reduzir expectativas e orientar ações dentro de um ambiente altamente complexo e sem sentido.

Um dos subsistemas da sociedade funcionalmente diferenciada é o sistema jurídico, o qual terá suas principais características dentro de uma perspectiva de teoria dos sistemas abordadas no próximo tópico para, a partir daí, ser iniciada a discussão sobre a evolução do trabalho na sociedade e da codificação de um sistema a partir da sua principal espécie, o trabalho subordinado.

1.3 O direito como sistema funcionalmente diferenciado – elementos principais

O sistema do direito é um dos sistemas funcionalmente diferenciados da sociedade. Trata-se o sistema jurídico, portanto, de um “subsistema autopoietico da sociedade, que executa função social especializada, regida por código binário simbólico-comunicativo próprio – que se manifesta fundamentalmente como direito x não direito e lícito x ilícito” (VIANA, 2015: 39). Portanto, ele não é afastado ou apartado da sociedade, mas um

subsistema da sociedade, com sua função, seu código, suas operações, sua autorreferência e autopoiese e o compartilhamento de acoplamentos estruturais. Dessa forma, ele participa da autorreprodução da sociedade e de si próprio. (LUHMANN, 1989: 138)

Para tomar parte dessa autorreprodução da sociedade, inclusive por meio da própria autorreprodução, o direito diferencia-se de seu ambiente, isto é, a sociedade, e faz seu fechamento autorreferente. Nesse sentido, tanto teoria legal como doutrina jurídica são elementos operacionais necessários desse fechamento operativo (LUHMANN, 1989: 138). Assim, em suas próprias operações,

the legal system is continually engaged in carrying out the self-reproduction (autopoiesis) of the overall social system as well as its own. In doing so, it uses forms of communication that (...) can never be so abstract as to be completely removed from normal, comprehensible meaning³⁵. (LUHMANN, 1989: 138)

Uma vez que o sistema jurídico é um subsistema do sistema da sociedade, que por sua vez é ambiente do direito, a evolução deste último não se dá de forma autônoma à sociedade ou por meio de uma criação repentina desta (LUHMANN, 1983, 118). Há “dependências mútuas” entre esses sistemas (idem, 2016: 324), o que faz com que o direito seja uma conquista da evolução da sociedade, onde ele vai se relacionando com tradições que vão sendo descobertas no sistema social ao longo do tempo e, quando ele se diferencia, “se fecha em um sistema autorreferencial e trabalha com o material normativo que sempre esteve à sua disposição” (idem, 2016: 184). Pelos mesmos elementos é que “o desenvolvimento do direito não deve ser compreendido como salto da sociedade pré-jurídica à sociedade do direito, mas sim como uma paulatina diferenciação e autonomização funcional do direito” (idem, 1983, 122).

Nesse sentido, Luhmann afirma que a evolução não é um processo contínuo, lento e planejado pela sociedade, voltado para um fim. Pelo contrário, no ambiente de crescente complexidade a evolução se dá no modo de mudanças estruturais assemelhadas a “convulsões

³⁵ Tradução livre do autor: “o sistema jurídico está continuamente engajado em continuar a autorreprodução (autopoiese) do sistema da sociedade como um todo, assim como de si mesmo. Neste passo, usa formas de comunicação que não podem ser tão abstratas que seriam completamente ausentes de um sentido normal, compreensível”.

bruscas (catástrofes) e amplos períodos de estancamento (“*stasis*”)” (LUHMANN, 2016: 324-325). Dessa forma, o processo de evolução ocorre com a formação de pré-condições, como

avanços preadaptativos, avaliações sistêmicas ou pressistêmicas, até a estabilização do código operativo do sistema jurídico em lícito/ilícito, seu fechamento operacional autopoietico, sua autonomização, de forma a alcançar uma reconstrução evolutiva das instalações já existentes. (LUHMANN, 2016: 326)

Para essa evolução e fechamento autorreferencial e operacional, elemento essencial é a escrita. Sua formação permite o estabelecimento de programas condicionais normativos (se – então) ao longo da história, passando por fases em que sua função principal era a de estabelecer de forma mais clara e precisa uma decisão tomada no presente com validade para o futuro. Nesse sentido, “quando um processo de sentido é fixado por escrito, ele fica entregue a um processo de leitura destinado à repetição e, conseqüentemente, à condensação e à ampliação de seu sentido” (LUHMANN, 2016: 337). A escrita permite, pois, que o sistema do direito dê novos sentidos ao signo imutável, tornando o direito adaptável (evolutivamente) à sociedade complexa, com inúmeras contingências de sentido e de expectativas. É o que se deu na evolução dos contratos escritos, depois das regras jurídicas de caráter religioso, que se baseiam em uma validade divina, até que o direito se valida pelo fato de estar escrito (LUHMANN, 2016: 326-336). Com efeito

a ordenação das questões do direito no contexto das práticas divinatórias, a transição para a formação das cidades e para a estratificação, a criação do império, a endogamia de estratos específicos estão longe de ser razão suficiente a explicar o processo de diferenciação do sistema do direito em especial, o qual só surge com o direito civil romano, e então, novamente, com a sistematização do direito na Idade Média. Contudo, se a escrita se torna disponível numa forma facilmente compreensível (fonética, alfabética), então, e somente nesse caso, ela é um meio, e um meio criado, pelo qual os textos legais podem se diferenciar de outros tipos de texto. Só então o direito se torna autônomo no sentido de que não apenas faz uso da escrita, como passa a se assentar em um gênero de textos que se delimita de outro tipo de textos. (LUHMANN, 2016: 337)

E, a partir desse desenvolvimento, ainda que de forma simplificada, pode-se dizer que “é um passo bastante curto deduzir daí que o emprego da escrita segue em paralelo com a transformação do modo de diferenciação da sociedade, passando-se de uma diferenciação

segmentária a uma estratificada, com a escrita favorecendo esse processo” (LUHMANN, 2016: 336), chegando-se então à diferenciação funcional como forma da sociedade.

A partir da escrita, portanto, inicia-se a codificação das normas de direito e também se cria “uma nova classe de intérpretes” não mais vinculada aos astros, à divinação ou a um mistério. Isso porque essa função da escrita no direito traz a possibilidade de simbolização do direito por signos escritos que não são, por si mesmos, o direito, mas sim a forma de expressão do direito, que precisa ser conhecido e aplicado (LUHMANN, 2016: 338).

Nessa evolução, muda-se da perspectiva das formas de “ditame” e abrangência do direito das sociedades anteriores à sociedade moderna, como as patriarcais e as estratificadas, cujo direito era ditado e em muitos casos só abrangia um ou alguns estamentos sociais, para a perspectiva de um “sistema jurídico para a sociedade” a partir de sua diferenciação por funções (LUHMANN, 2016: 348-349). Isso porque, quanto mais complexa é a sociedade, mais é necessário um direito funcionalmente diferenciado por meio de sua positivação e de sua modificabilidade, tanto em decorrência do processo legislativo, como por meio de processos decisórios, a fim de que sua adaptação seja de amplo alcance, não dependendo de processos orais de transmissão, como se dava em sociedades menos complexas (idem, 1985: 10).

De fato, a partir do aumento de fórmulas escritas, da estruturação de processos, de códigos de conduta e de atuação de juristas e da sua auto-identificação como juristas, pode-se falar que o direito se torna cada vez mais intrincado e, portanto, mais complexo, sendo objeto de estruturação e de reestruturação contínuas, o que segue em paralelo com o aumento da dogmática jurídica altamente preocupada com uma coerência histórica e uma sistemática conceitual para o sistema (LUHMANN, 2016: 364).

Além disso, nos séculos XIX e XX, propelidos em especial pelo ideário da liberdade como um princípio fundamental da economia, da política e especialmente do direito, aumentam-se contingências sociais, provocando novas e importantes irritações para que o direito continue em processo de evolução. Pode-se afirmar ser a liberdade um dos elementos essenciais para o aumento da contingência e da complexidade social, molas mestras para a evolução do direito. Nesse sentido, a passagem de um esquema social estratificado, em que as “classes baixas” têm pouca liberdade institucional face à desigualdade de acesso aos sistemas sociais, para o esquema de liberdade, com igualdade de acesso aos sistemas, é fundamental

para a diferenciação funcional da sociedade e, em especial, do direito, que precisa lidar com esse aumento de complexidade e de contingência social.

Pode-se, assim, ser reafirmado o papel tanto do sistema econômico como do sistema político (entre tantos outros acontecimentos na sociedade) como propulsores de complexidades e contingências no ambiente do sistema do direito, repercutindo no aumento de complexidade interna do sistema para o direito, que precisa gerar cada vez mais fórmulas e programas jurídicos para lidar com essa diversificação de fatos e informações da vida. Com efeito, economia e direito, inclusive em termos de diferenciação funcional, têm uma relação constitutiva. Ora, o pagamento em dinheiro faz parte do sistema econômico, e “tudo o que segue seu curso sem referenciar o dinheiro [como a transferência de propriedade] não toma parte no sistema da economia” (LUHMANN, 2016: 608), mas de outros sistemas, em especial o jurídico. Por outro lado, o processo de evolução se encontra também

estritamente relacionado com a democratização do sistema político e com a canalização constitucional da influência política na legislação. A política, com sua imensa quantidade de novas diretrizes, provoca no sistema do direito um impacto enorme, afinal direito tem de integrá-las, compreendê-las, processá-las. (LUHMANN, 2016: 370)

Canaliza-se, nessa passagem para a sociedade moderna, um aumento na busca por soluções pacíficas de resolução de conflitos cada vez mais diversificados, isto é, soluções não violentas, repercutindo na política pela perseguição de decisões coletivamente vinculadas, positivadas como normas para utilização pelo sistema jurídico, e na economia pela segurança para as operações de pagamento em dinheiro. Não é por menos que Luhmann afirma que “com a crescente complexidade do sistema da sociedade, as discrepâncias entre projeções de normas só aumentam, ao mesmo tempo em que a sociedade cada vez mais depende de que sejam encontradas soluções pacíficas para tais conflitos” (LUHMANN, 2016: 215).

Por meio da de uma expectativa por normas emanadas do sistema político, a serem utilizadas pelo sistema jurídico segundo suas próprias condições, aproxima-se da perspectiva de soluções pacíficas de conflitos, uma vez que na institucionalização da norma “o consenso geral é suposto, independentemente do fato de não existir uma aprovação individual” (LUHMANN, 1983, 110).

Nesse contexto, deve-se ter em perspectiva que os sistemas sociais utilizam diversos mecanismos de “redução” (que devem ser generalizantes) diferentes para expectativas para a orientação das pessoas (sistemas psíquicos), inclusive em termos de dever-ser (normativos). Entre eles, pode-se dar o exemplo do já citado dinheiro como uma “síntese regulativa” de valor e troca na sociedade. Outra forma de muita relevância e de amplo alcance para redução de expectativas são as regras (não necessariamente jurídicas), que permitem orientação de expectativas a partir delas mesmas. Nesse sentido funciona a regra de visitação a pacientes em hospitais, pelas quais o hospital espera a visita dentro de determinado período do dia, e os visitantes esperam que o hospital permita que façam a visita naquele mesmo período. Ou seja, reduz-se a necessidade de uma expectativa sobre a expectativa do outro³⁶ e tem-se a expectativa sobre uma regra estabelecida (LUHMANN, 1983, 51-52). Por isso, Luhmann menciona que

a orientação a partir da regra dispensa a orientação a partir das expectativas. Ela absorve, além disso, o risco de erros da expectativa, ou pelo menos o reduz. Isso porque graças à regra, pode ser suposto que aquele que diverge age erradamente, que a discrepância se origina, portanto, não da expectativa (própria) errada, mas da ação (alheia) errada. **Nessa medida a regra alivia a consciência no contexto da complexidade e da contingência.** (LUHMANN, 1983, 53, grifos nossos)

Para a sociedade, torna-se assim importante a positivação da lei, a qual gera proteção a expectativas, e desse modo liberta as pessoas da necessidade de aprender com desapontamentos e de se ajustar a eles posteriormente, pois por meio da norma jurídica (uma expectativa normatizada acessível a todos) é dada uma "*preliminary decision*"³⁷ de saber quem deve ou não aprender com os desapontamentos em caso de eventuais conflitos. (LUHMANN, 1989: 141-146)

A função do direito, então, trata-se não da imposição de condutas socialmente buscadas, entendidas como corretas, mas da criação de expectativas de comunicação e de sua segurança. Isso explica a diferença entre a função do direito e a função da política, esta tida por Luhmann como a “imposição efetiva de decisões coletivamente vinculantes”

³⁶ O que gera a chamada dupla contingência, isto é: sobre um mesmo fato duas pessoas têm expectativas comuns e complementares, mas não iguais, mas que podem ser de qualquer outra forma não esperada, podendo gerar, em consequência, até mesmo a dupla frustração dos envolvidos.

³⁷ Tradução livre do autor: “decisão preliminar”

(LUHMANN, 2016: 203-204). Por isso é ressaltado que “a função do direito consiste apenas em possibilitar a segurança da expectativa”. (LUHMANN, 2016: 204).

O aumento do grau de diferenciação estrutural do direito ao longo do desenvolvimento social até o ponto em que ele se torna um sistema funcionalmente diferenciado ocorre, destarte, em virtude da necessidade de se ter “expectativas comportamentais normativas congruentemente generalizadas” (LUHMANN, 1983, 119) em uma sociedade de alta complexidade e contingência. Com efeito,

o comportamento social em um mundo altamente complexo e contingente exige a realização de reduções que possibilite expectativas comportamentais recíprocas e que são orientadas a partir das expectativas sobre tais expectativas. (...) essas estruturas de expectativas podem ser estabilizadas contra frustrações através da normatização. Frente à crescente complexidade social isso pressupõe uma diferenciação entre expectativas cognitivas (disposição à assimilação) e normativas, além da disponibilidade de mecanismos eficientes para o processamento de desapontamentos, frustrações. (...) essas estruturas de expectativas podem ser institucionalizadas, ou seja, apoiadas, sobre o consenso esperado a partir de terceiros. Dada a crescente complexidade social isso exige cada vez mais suposições fictícias do consenso e também a institucionalização do ato de institucionalizar através de papéis especiais. (LUHMANN, 1983, 109-110)

Portanto, nessa sociedade complexa e contingente o direito torna-se imprescindível em virtude de sua função específica e exclusiva de **generalização congruente de expectativas comportamentais normativas**, porque “sem ela os homens não podem orientar-se entre si, não podem esperar suas expectativas” (LUHMANN, 1983, 170). Só que isso provoca também um aumento da complexidade do próprio direito, que se torna “muito mais complexo do que o direito das antigas formações sociais” (LUHMANN, 2016: 384). Reconhece-se, assim, que

*the law evolves (...) so rapidly that traditional means of stabilization no longer come into play. The law evades the control of doctrine. Nor can it any longer properly be described as a system of norms, to say nothing of a system of "knowledge." At this point it can only be described as a social system defined by its own code*³⁸. (LUHMANN, 1989: 148)

³⁸ Tradução livre do autor: “O direito evolui (...) tão rapidamente que as formas tradicionais de estabilização não mais entram em jogo. O direito foge do controle da doutrina. Nem pode mais ser propriamente descrito como um sistema de normas, para não dizer também sistema de “conhecimento”. Nesta situação, ele pode apenas ser descrito como um sistema social definido por seu próprio código”.

Na evolução para um sistema diferenciado, autopoietico e autorreferencial, o direito produz congruência de expectativas seletiva (LUHMANN, 1983: 115), e se torna “uma construção de alta complexidade estruturada (...) [o que] significa considerar não apenas o legalmente permitido, mas também as ações legalmente proibidas” (idem, 1983, 12). Nesse exame, é importante notar outra importante diferença da função do direito na teoria dos sistemas, qual seja, o afastamento de uma função coativa para uma função de redução de expectativas:

o direito não é primariamente um ordenamento coativo, mas sim um alívio para as expectativas. O alívio consiste na disponibilidade **de caminhos congruentemente generalizados para as expectativas**, significando uma eficiente indiferença inofensiva contra outras possibilidades que reduz consideravelmente o risco da expectativa contra fática. **A coação relevante para o direito em termos constitutivos reside na obrigatoriedade de selecionar expectativas, a qual, por seu lado, em poucos mas importantes casos pode motivar a imposição de determinados comportamentos.** A necessidade de segurança que molda o direito se refere inicialmente à segurança das expectativas próprias, principalmente enquanto expectativas sobre expectativas, referindo-se apenas secundariamente à segurança do preenchimento dessas expectativas através do comportamento esperado. (LUHMANN, 1983, 115, grifos nossos)

Tem-se, como já mencionado, a função do direito de “estabilização contrafática de comportamentos selecionados pelo próprio sistema, colocando-os nas denominadas *expectativas normativas*” (VIANA, 2015: 44), ou seja, de redução normativa de expectativas comportamentais generalizadas congruentemente diante da crescente complexidade da sociedade, que motiva a diferenciação funcional do sistema a fim de permitir uma seletividade mais rigorosa de expectativas pelo sistema, aumentando ainda mais seu grau de especialização nessa função (LUHMANN, 1983, 122). O direito se forma, assim, como um “complexo de programas decisórios” (ibidem: 118) que tem a sanção não como função, mas como meio utilizado para a manutenção das normas (e não de valores)

Necessário reafirmar, ademais, que essa função do direito está relacionada à comunicação da sociedade a fim de permitir a concatenação de expectativas ao longo do tempo, e não às “expectativas de consciência das pessoas” (LUHMANN, 2016: 166), tendo em vista, principalmente, o que já foi especificado acerca da tomada de forma escrita do direito, com o desenvolvimento entre a diferenciação entre signo (escrita) e significado. Por

isso, deve-se acrescentar que as normas jurídicas tornam-se um arcabouço de expectativas simbolicamente generalizadas, que permitem a preparação das expectativas para um futuro incerto (ibidem: 166 e segs.).

Há também outro aspecto importante de ser afirmado quanto à função do direito, e que atrai a questão de sua autorreprodução e de seu código, que é o fato de o direito operar “de maneira *normativamente fechada* e ao mesmo tempo *cognitivamente aberta*” (LUHMANN, 2016: 104). Ou seja, embora utilize informações do ambiente para instaurar suas operações e sua autorreprodução, os programas, condições, normas e operações funcionam apenas segundo o código do direito, que se autorreferencia e se autorreproduz, fechando-se normativa e operacionalmente. Para tanto, ele precisa se diferenciar da sociedade utilizando-se um código, que é o esquema legal/ilegal, lícito/ilícito de observação dos fatos da sociedade, a fim de dar-lhes um sentido jurídico (idem, 2016: 108), fazendo com que o direito seja estatuído e tenha vigência por meio de decisões sobre acontecimentos no ambiente, mas segundo suas próprias condições (idem, 1985:10). Por isso, deve-se reconhecer que os limites do sistema legal não são institucionais, mas operacionais. Se a comunicação lida com uma questão legal, com a aplicação da lei, ou com sua modificação, isto é, com uma expectativa legal normativa, trata-se de uma operação do sistema jurídico (idem, 1989: 141-146). Assim, “o direito adquire sua realidade não por alguma idealidade estável, mas exclusivamente pelas operações, que produzem e reproduzem, o sentido específico do direito” (idem, 2016: 56). Daí se tem o fechamento operativo do sistema, que não quer dizer isolamento, mas sim que se trata de um sistema que se diferencia do ambiente de forma operativa (idem, 2016: 55-59). É, portanto, operativamente fechado porque ele se fia “em sua própria rede de operações para a produção de suas próprias operações” (idem, 2016: 59), e assim se reproduz, realizando sua autopoiese.

Em todo esse processo de diferenciação funcional, é importante ressaltar, o direito se irrita face aos fatos de seu ambiente, provocando operações e talvez novas evoluções internas, além de produzir reciprocamente com outros sistemas os acoplamentos estruturais, que são variados e de diversos tipos. Entre esses diversos acoplamentos, os que acontecem mais comumente com a economia e a política merecem ser destacados em prol do desenvolvimento do presente estudo.

Ora, historicamente acoplamentos estruturais como contrato, propriedade e mesmo Constituições surgem como formas necessárias ao desenvolvimento da sociedade, pois permitem que os sistemas formem estruturas de ligação necessárias tanto à provocação de

operações dentro do sistema, como também de manutenção da separação e da autorreferenciabilidade, e, assim, diferenciados funcionalmente. Como exemplo desse desenvolvimento, pode-se falar da importância da garantia da propriedade para os sistemas do direito e da economia e, assim, para a sociedade. Com efeito, a escassez (existir menos que o necessário de algo para todos em suas ambições), motiva a propriedade, o dinheiro e o contrato, e, assim, foi entendida como principal questão jurídica. Nesse sentido, fala-se que

a propriedade privada, portanto, o parcelamento das possibilidades de intervenção ao reconhecer as possibilidades dos outros, foi vista como instituto do direito, e a sociedade, como sociedade de proprietários que contratualmente se conduzem na forma de contratos. (...) A escassez e a normatização de expectativas de conduta compõe diferentes formas de colisão de nexos temporais e de sociedade, sendo, portanto, também problemas diferentes. Em sociedades que se tornam mais complexas impõe-se a diferenciação. Por isso mesmo, o sistema econômico e o sistema jurídico são sistemas funcionais autopoéticos, fechados em si mesmos, a partir do momento em que uma sociedade puder realizar a sua diferenciação. (LUHMANN, 2016: 187-188)

Diante disso, foram descobertas pelos sistemas as formas de acoplamento estrutural que são a propriedade e o contrato (LUHMANN, 2016: 608 e segs).

No direito a autopoiese depende da conformidade com o código lícito/ilícito. Na economia, depende do código propriedade/não-propriedade, tendo em vista a necessidade de que se interrompam as exigências de consenso quanto à utilização de certa propriedade. Isto significa que apenas o proprietário determina os resultados em relação à propriedade sem necessidade de exigir concordância, mas para isso o direito deve reconhecer a licitude ou ilicitude da propriedade. Assim, cada sistema, por meio da propriedade, mantém-se em seu código, mas cada um gerando irritações nos outros sistemas (LUHMANN, 2016: 608 e segs).

Já o contrato é uma evolução de ambos os sistemas em prol de uma segunda distinção entre eles, mas que acarreta repercussões (irritações) em ambos. Trata-se da distinção sobre a situação da propriedade antes e depois de uma transação, ao qual se dá o nome, em termos econômicos, de mudança de propriedade, e em termos jurídicos, de contrato (LUHMANN, 2016, 611 e segs).

A partir disso, afirma-se que sem contratos, a economia não poderia ser diferenciada em empresas, por exemplo, e portanto tão pouco poderia ser tratada de maneira economicamente

racional" (LUHMANN, 2016: 616). Já no lado do direito, impossibilitar-se-ia que o sistema operasse alterações temporais no estado da propriedade, ou seja, inexistiria informação processável no sistema jurídico a respeito da mudança de propriedade, bem como toda uma série de operações jurídicas de vigilância sobre o contrato, bem como a evolução do direito em relação ao contrato como instrumento obrigacional, não mais um mero direito real (ibidem: 616). No que importa à relevância da evolução do contrato como acoplamento estrutural, cabe repetir Luhmann, para quem

com a institucionalização da liberdade contratual, o acoplamento estrutural entre economia e direito adquire sua forma moderna (para não dizer perfeita). A economia pode arranjar transações sem que para isso tenha de considerar uma estreita rede de possíveis tipos contratuais. Ela pode se concentrar na observação ou na evasão de proibições quando aparecem os problemas jurídicos. Inversamente, o sistema jurídico obtém as liberdades respectivas para a continuação da própria autopoiese. Adquire a liberdade de interpretar retrospectivamente a vontade dos contratantes, de ter implicações relativas ao não explicitamente pensado no sentido do contrato, de incorporar elementos contratuais acerca da “interpretação complementar” (...). Desse modo, é possível resgatar amplamente o controle que se perdera com a concessão da “liberdade contratual”. (...) Visto da perspectiva do sistema jurídico, o contrato persiste como uma forma para o surgimento de obrigações, que tem de ser avaliada retrospectivamente em caso de litígio, enquanto o sistema econômico muda o seu próprio estado pelo modo de transações, e isso com consequências que dificilmente podem ser controladas, para não falar em “comandadas” pelo direito. (LUHMANN, 2016: 622-623)

Além do acoplamento com a economia, o acoplamento com a política é essencial no desenvolvimento do direito e vice-versa, pois “a evolução do direito depende da evolução de um sistema político, que se dá em paralelo” (LUHMANN, 2016: 374). Ambos dependem “de formas peculiares de acoplamento estrutural e são por elas atrelados” (ibidem: 163). Um deles é a Constituição, que permite ao direito positivo “se converter num meio de conformação política, assim como ao direito constitucional se tornar instrumento jurídico para a implantação de uma disciplinarização política” (ibidem: 630-631), tornando-se uma orientação para o futuro, tanto política como juridicamente, e um meio do próprio direito julgar a si mesmo como improcedente (ibidem: 635 e segs).

A Constituição, ademais, “deve ser entendida como uma inovação de origem política no interior do próprio sistema do direito” (LUHMANN, 1990: p. 6). Um dos resultados disso é que a Constituição atribui-se a si mesma a primazia sobre a lei, sendo também uma lei. Ela

põe todo o direito em situação de contingência quanto a ela, mudando o código direito/não direito, especialmente em relação a si mesma, não sendo mais subordinada à regra tradicional do direito novo derroga o direito antigo. Como consequência, ela “está destinada a se tornar direito velho” de baixa superabilidade, inclusive por ser um “regulamento unitário da política e do direito” (ibidem: 7-8).

Por meio desse acoplamento estrutural, por outro lado, o sistema político, empregando o direito, resolve o problema da sua própria autorreferência. Esse emprego do direito pela política funciona porque ambos os sistemas não se sobrepõem, ao contrário, são utilizados como medida de referência externa (heterorreferência) dentro do próprio sistema, operativamente acionada, portanto, pela política para a política, e pelo direito para o direito. E esse conceito também fundamenta o conceito do Estado como, “a um só tempo uma organização e uma pessoa jurídica – segundo o sistema a partir do qual se o considera” (LUHMANN, 1990: 22-23). E, por meio disso, funda-se a concepção de Estado de direito, isto é,

de que o sistema político da sociedade determina sua natureza enquanto “Estado” através de uma constituição jurídica, sendo, no seu cerne, um ente jurídico. Dessa forma, postula-se a vitória do direito sobre o poder político – e o problema é “resolvido” pela simples inversão da relação realmente existente entre a política e o direito. (LUHMANN, 1985: 53)

Nesse arcabouço, criam-se condições para o aumento da complexidade na sociedade e no próprio sistema do direito, pois a instituição de uma Constituição de Estado de Direito, tanto para o direito, como para a política, como para a economia, ao mesmo tempo em que exclui numerosos modos comportamentais da sociedade, abre, por outro lado, o caminho para outras formas de comportamento, como, por exemplo, ações constitucionais só possíveis em decorrência da estruturação de uma Constituição. Com isso, essa estrutura “pode aumentar a complexidade de um sistema social no sentido de que, apesar da limitação recíproca das possibilidades, no total dispõe-se de mais possibilidades para uma escolha sensata”. (LUHMANN, 1983, 13)

Dito isso, retorna-se à questão da evolução do direito, cujo elemento decisivo é “a variação relacionada a expectativas normativas inesperadas” (LUHMANN, 2016: 343), ou seja, complexidade e contingência ambientes gerando complexidade e contingência no

sistema do direito, para, em seguida, gerar variação jurídica, seleção e estabilização de novos elementos no sistema.

Fecha-se esse tópico retornando à evolução para mencionar que esse processo como um todo é o que ocorre na criação do subsistema do direito do trabalho, um dos elementos principais do presente estudo, como um subsistema do sistema jurídico, e, por sua vez, do sistema sociedade. Com efeito, ao fim e ao cabo, a formação do direito do trabalho trata-se de uma seleção estabilizada de alternativas baseada na complexidade da sociedade e do sistema do direito, e, por isso, baseada na autorreferência e autopoiese do sistema, inclusive com a formulação de um código operativo interno próprio, que acompanha o próprio código do sistema jurídico, e que gera suas próprias operações e programas.

Além disso, na complexidade da sociedade, surge também um novo fato que gera irritações em seus subsistemas, em especial, na presente análise, o jurídico. Trata-se da terceirização, que precisa ser identificada dentro do esquema do sistema do direito e do direito do trabalho a fim de averiguar as principais dificuldades que hoje envolvem seu tratamento por esse sistema. Recentemente regulamentada pela Lei 13.429 de 2017, sua melhor compreensão pode divisar linhas de aproximação do sistema do direito em sua autopoiese.

Diante disso, buscar-se-á no próximo capítulo divisar a evolução do trabalho da sociedade para, a partir disso, identificar em especial o surgimento do subsistema do direito do trabalho e os principais traços de seu fechamento operacional e, em sequência, agregar à análise a questão da terceirização.

2 O TRABALHO E O DIREITO DO TRABALHO NA SOCIEDADE FUNCIONALMENTE DIFERENCIADA

Como visto no capítulo anterior, o esquema de funcionamento da sociedade altera-se ao longo da história em decorrência do aumento da complexidade social e dos ganhos de contingência, que terminam por resultar em uma sociedade marcada pela diferenciação de sistemas dedicados cada a uma função para o ambiente da sociedade. Com isso, de sociedades mais simples, baseadas em critérios hierárquicos de operação e diferenciação interna de seus subsistemas, alcança-se sociedades em que os sistemas não têm nível de hierarquia entre si, e que o acesso a eles, pelas pessoas, também não é baseado em critérios hierárquicos, mas segundo os critérios operativos (códigos) dos próprios subsistemas.

Entre esses sistemas está o sistema jurídico, diferenciado na função de redução congruente de expectativas normativas para a sociedade, e que opera autorreferencialmente e com autorreprodução por meio do código de distinção direito/não direito. Assim apenas as informações que se pautam nessa diferenciação é que movimentam operações e programas no próprio sistema, e o direito torna-se capaz de cumprir a função de reduzir expectativas normativas na sociedade, aliviando a contingência de comunicação e comportamento por meio das normas jurídicas, as quais fornecem uma decisão preliminar de comportamento esperado e de comportamento que possivelmente terá que aprender com o desapontamento por não ser o esperado.

O direito se diferencia, assim, com os processos que se formam na sociedade cada vez mais complexa, de forma a reduzir a complexidade e a contingência em determinado âmbito de funcionamento social. Sua diferenciação se dá em paralelo com a diferenciação de outros subsistemas sociais, tais como a economia e a política³⁹, e que se diferenciam funcionalmente para, da mesma forma, reduzir complexidade e contingência em determinado âmbito social. Todos esses sistemas, para tanto, aumentam sua complexidade interna, por meio da diversificação de seus programas e operações, estabilizando algumas formas de funcionamento enquanto abrem margem a outras possíveis complexidades e assim a novas

³⁹ Altamente vinculados ao direito por meio de acoplamentos estruturais – a exemplo da propriedade, do contrato e da Constituição.

(necessidades de) estabilizações, entre as quais a formação de subsistemas dentro dos subsistemas, para lidar com o aumento da complexidade interno do próprio sistema.

Ao longo desse desenvolvimento, as mudanças no trabalho na sociedade também levam a mudanças nas formas jurídicas de se abordar o trabalho, formando, então, um Direito do Trabalho. Diante disso, buscar-se-á compreender no presente capítulo o processo de mudança no trabalho e no direito relativo ao trabalho na sociedade, para verificar se se pode falar da formação de um subsistema jurídico trabalhista dentro do sistema do direito e quais seriam as suas bases operativas.

2.1 O trabalho na sociedade – mudanças no trabalho humano até o contrato de trabalho e a complexidade da sociedade sob o marco da liberdade

O Direito do Trabalho é um dos ramos do Direito, e que recebe influxos de um Direito Internacional do Trabalho (NASCIMENTO e NASCIMENTO, 2014). Se esse ramo do direito formou um subsistema autorreferencial e autorreprodutor do sistema jurídico é a investigação que deve ser feita.

Tem-se, portanto, como ponto de partida o fato de que a transformação da natureza pelo homem, em seu benefício, sempre existiu nas sociedades humanas. Com efeito

todas as sociedades são impelidas a estabelecer, através do trabalho, uma “relação metabólica com a natureza” e a organizar esse metabolismo de modo que seus resultados sejam suficientes para a sobrevivência física do homem em sociedade e para a estabilização da forma específica de organização desse metabolismo. (OFFE, 1989: 13)

Não se pode, no entanto, dizer que essa transformação da natureza, essa “relação metabólica” pode ser entendida como trabalho na acepção moderna do termo (GORZ, 2007), pois que apenas com a Revolução Industrial se inicia a percepção do trabalho como fenômeno específico da sociedade, como uma mercadoria fictícia, conforme a acepção de Karl Polanyi (2000). Por isso se diz que

a ideia contemporânea do trabalho só surge, efetivamente, com o capitalismo manufatureiro. Até então, isto é, até o século XVIII, o termo “trabalho” (labour, Arbeit, lavoro) designava a labuta dos servos e dos trabalhadores por jornada, produtores dos bens de consumo ou dos serviços necessários à sobrevivência que, dia após dia, exigem ser renovados e repostos. Os artesãos (...) não trabalhavam, mas “realizavam obras”, nas quais podiam utilizar o “trabalho” de homens de labuta chamados a cumprir as tarefas mais penosas, pouco qualificadas. Só os trabalhadores por jornada e os trabalhadores manuais eram pagos por seu “trabalho”; os artesãos recebiam pela “obra”, conforme os parâmetros fixados pelos sindicatos profissionais de então, as corporações e as guildas. (...) Os salários dos diaristas e dos aprendizes eram fixados pela corporação e era impossível qualquer tipo de acordo diverso daquele costumeiro. (GORZ, 2007: 24)

Não obstante o trabalho só ter recebido sua acepção contemporânea a partir do capitalismo manufatureiro (ou seja, com a Revolução Industrial), sua noção e sua percepção como a forma de transformação da natureza pelo homem, em seu benefício ou em benefício de outrem acompanham as transformações da sociedade, tendo sempre existido alguma espécie de relação de trabalho (PINTO, 2007: 34). O trabalho entendido como transformação da natureza ganha outro significado com a Revolução Industrial, o que a coloca como elemento base para o início da formação do Direito do Trabalho (NASCIMENTO e NASCIMENTO, 2014).

No entanto, antes de se falar do nascimento do Direito do Trabalho, deve-se voltar um pouco, e identificar que antes da Revolução Industrial alguma percepção jurídica sobre a atividade humana trabalho já existia, mas não a ponto dessa percepção se estabelecer como um subsistema funcional da sociedade e do direito. Assim, entender as mudanças pelas quais passou o trabalho ao longo do tempo, fazendo um paralelo com o processo de diferenciação funcional da sociedade, é necessário como meio para compreender a dinâmica da formação de um direito do trabalho.

Não obstante o marco da revolução industrial, existiram antes normas relacionadas ao trabalho. Códigos (como o de Hamurabi) e legislações em épocas e em sociedades distintas abordaram preliminarmente o trabalho humano, tratando de questões como remuneração mínima, jornada e trabalho de mulheres e crianças (FARIA, 2015: 24-31), havendo regulações esporádicas sobre trabalho executado para fins de troca e proveito prático de outrem há muito tempo. Trata-se de regulações primeiras sobre trabalho naquelas sociedades que podem ser

entendidas, na perspectiva de Luhmann⁴⁰, como de estrutura simplificada, tais quais as de diferenciação centro e periferia, isto é, sociedades não funcionalmente diferenciadas.

Apesar dessa existência de normas primevas, deve-se reforçar que o direito do trabalho e seu enquadramento funcional na sociedade só se funda com a percepção da apropriação do trabalho próprio por outrem (SÜSSEKIND et alii, 2003), o que afasta, de certa forma, aquelas sociedade familiares, tribais, ou seja, sociedades fundadas na segmentação, e cujo trabalho era muito mais uma atividade de subsistência, realizada em esfera privada, restrita, familiar, e não como um tipo de atividade pública⁴¹ (GORZ, 2007: 21).

Enquanto a sociedade se desenvolve, dando origem a cidades e outros grupamentos sociais, a escravidão começa a ser utilizada como forma de obtenção de um trabalho, o que era indigno para os cidadãos. Apenas mulheres e escravos ficavam em um estado servil, de assujeitamento, em esferas de existência privadas, realizando trabalho que não fosse para o próprio engrandecimento como cidadão, ou seja, um “assunto humano” (GORZ, 2007: 22-23). Com efeito, em especial o escravo não era considerado uma pessoa, menos ainda um cidadão. Era ele uma coisa de quem se colhia os frutos. Nesse regime, “o trabalho, obviamente, era forçado e o escravo recebia apenas alimento, já que sua sobrevivência era necessária para o dono da terra” (ANDRADE, 2014: 31)⁴². Não se negociava o trabalho, se negociava a pessoa, e mesmo que essa pessoa não fosse escrava, ela se alugava como se fosse, ou seja, ou se era escravo, ou se alugava como um para executar algum afazer. O objetivo da contratação era tomar a pessoa como escrava (SUPIOT, 2008).

⁴⁰ Abordada no capítulo anterior.

⁴¹ A esse respeito, André Gorz (2007) faz a seguinte distinção, que, mesmo não sendo objeto de estudo do presente trabalho, facilita a compreensão da diferença entre o trabalho antigo e o trabalho na contemporaneidade. Menciona o autor que antes do capitalismo, o trabalho se realizava em esferas privadas da vida das pessoas e da sociedade, não sendo um “fator de integração social”, mas de exclusão da esfera dos cidadãos, pois quem trabalhava era considerado inferior. Assim, “o trabalho necessário à satisfação das necessidades vitais era, na Antiguidade, uma ocupação servil, que excluía da cidadania (...) aqueles que o realizavam. O trabalho era indigno do cidadão” (GORZ, 2007: 22). Já com a Revolução Industrial, o trabalho passa a ser tido como uma atividade da esfera pública, que dá existência e identidade social às pessoas. Nesse sentido, é mencionado que o trabalho passa a ser entendido como uma atividade “solicitada, definida e reconhecida útil por outros além de nós e, a este título, remunerada. É pelo trabalho *remunerado* (mais particularmente, pelo trabalho assalariado) que pertencemos à esfera pública, adquirimos uma existência e uma identidade sociais (isto é, uma “profissão”)” (IDEM, 21).

⁴² Um marco importante nessa análise é a percepção do trabalho em Roma. Nela, o trabalho tinha três principais e distintos aspectos: o escravo, em que o homem se transforma em res (coisa) sujeito à mão do proprietário; um trabalho organizado em corporações; e o trabalho livre ((RUSSOMANO, 2000: 12). De toda forma, ainda que na antiguidade ela tenha sido um fenômeno de ampla importância, pois, conforme informa Manuel Alonso Orea, nas antigas Grécia e Roma cerca de um terço dos habitantes era escravo (OLEA apud PINTO, 2007: p. 34), não há que se falar em direito do trabalho com a escravidão (SUPIOT, 2008).

A passagem da escravidão para a servidão foi um processo que se misturou também à mudança na percepção jurídica de quem executava os serviços exigidos, sendo um processo, conforme definido por Irani Ferrari, lento e racional. Na escravidão, os frutos gerados pelo escravo (coisa) pertenciam ao proprietário. No processo até a servidão “a relação de domínio debilita-se para que o servo deixe de ser coisa e passe a ser visto como pessoa e, portanto, com capacidade de ser sujeito de relações jurídicas, ligadas às glebas” (NASCIMENTO, FERRARI e MARTINS FILHO, 2017: posição 483). Torna-se, portanto, um sujeito de relações jurídicas cujo trabalho executado passa a ser tratado como outro tipo de informação no direito (ainda não funcionalmente diferenciado), assim um fruto de uma obrigação firmada como um sujeito, ainda que de natureza pessoal, e vinculada à terra.

Os diferentes tipos de servidão⁴³, por sua vinculação à terra, ao senhor (SUPIOT, 2008: 15), e pela não liberdade de contratação de obrigações pela pessoa-servo (o que só ganha forma e relevo com as revoluções liberais, especialmente no século XIX) (LUHMANN, 2016: 619), não passam de “formas atenuadas de escravidão” (OLEA apud PINTO, 2007: p. 34-35). Em suma, no feudalismo vinculava-se o homem e seus frutos à terra e à servidão, não se formando uma relação entre iguais, mas uma relação hierarquizada do senhor da terra para com o servo. De fato,

o trabalhador medieval passa por uma evolução que sai da premissa da escravidão, em que é coisa, para a de pessoa, com reconhecimento de algumas, embora limitadas, prerrogativas civis, mas vinculado de modo pessoal⁴⁴ (pessoalidade) à terra, de onde obtinha seu sustento, e ao senhor feudal, proprietário do bem (terra) de onde tiraria seu sustento. (RUSSOMANO, 2000: 13-14)

Nesse regime, o trabalhador recebe o *status* de pessoa, embora ainda sem liberdade efetiva, já que o direito ao uso da terra implicava alto custo de submissão (subordinação) aos senhores feudais, que lhes davam proteção⁴⁵ (ANDRADE, 2014: 32). Diz-se, assim, que “o trabalhador medieval, na verdade, está no primeiro degrau de uma longa escada, que ele subiria lentamente com sofrimentos e recuos: a escada de sua libertação” (RUSSOMANO,

⁴³ Simplificadamente identificada neste momento como a forma em que se trabalhava para autossustento na época.

⁴⁴ Pode-se dizer que essa vinculação pessoal já é um dos elementos que começam a formar premissas do Direito do Trabalho, em especial, a pessoalidade, a qual será mais bem abordada em tópicos posteriores.

⁴⁵ Vê-se nesse outro elemento da servidão mais um traço preliminar de desenvolvimento dos principais elementos do Direito do Trabalho, qual seja, a subordinação hierarquizada de uma pessoa (trabalhador) a outra (para o proveito de quem o trabalho é realizado).

2000: 14). Essa escada culmina no degrau cuja premissa é a da liberdade de a pessoa subordinar-se por meio de contratos.

Ainda na Idade Média, mas em momento posterior, organizaram-se as corporações de ofício como um “grupo de produtores, organizado rigidamente, de modo a controlar o mercado e a concorrência, bem como a garantir os privilégios dos mestres, que a dirigiam” (RUSSOMANO, 2000: 14). Nestas, o trabalho se dividia em três patamares: o aprendiz, sujeito à figura do mestre (mas não um servo), podendo chegar ao *status de* companheiro, que eram oficiais formados, mas sem condições de subir à maestria, controlada, inclusive quanto à ascensão⁴⁶, pelos mestres (*ibidem*).

Pode-se dizer, assim, que ao lado de relações servis hierarquizadas típicas de sociedades centro-periferia, formam-se também outras relações também hierarquizadas, pois “a subordinação se fez presente nas corporações de ofício, em razão da hierarquia entre aprendizes e mestres” (ANDRADE, 2014: 33). Nesse sistema, havia regras dadas hierarquicamente que deveriam ser seguidas para que os aprendizes ao fim se tornassem companheiros na corporação (*ibidem*), ou seja, um horizonte reduzido de liberdade a qual, conforme mencionado, está vinculado ao reduzido horizonte de complexidade em comparação com as sociedades que se diferenciam funcionalmente, já que

O trabalho profissional só podia ser exercido pelos membros da Corporação, que tinha número limitado de membros. O trabalho tinha que passar obrigatoriamente pelas fases corporativas, ou seja, como aprendiz, como companheiro e, como mestre, que era a hierarquia na profissão. A liberdade de trabalho, portanto, era muito limitada⁴⁷. (NASCIMENTO, FERRARI e MARTINS FILHO, 2017: posição 669)

Portanto, até o século XVI a atividade produtiva urbana era realizada principalmente pelas corporações de ofício, ou seja, sem liberdade de indústria e de comércio (NASCIMENTO, FERRARI e MARTINS FILHO, 2017: posição 679). Os sistemas, assim, só eram acessíveis por meio da hierarquia intrínseca a eles, por isso se diz que “o trabalho passou a ser regalista, ou seja, só podia trabalhar quem o Poder autorizasse, depois de

⁴⁶ Russomano (2000, 14) comenta que a ascensão geralmente era reservada aos filhos ou sucessores dos mestres.

⁴⁷ Vale acrescentar que até mesmo quanto a mudanças de domicílio havia o controle dos mestres, conforme narra Segadas Viana, que acrescenta, nesse sentido, que o sistema das corporações de ofício tratava-se de “uma fórmula mais branda de escravização do trabalhador”, inclusive porque, sob as corporações de ofício, os mestres tinham os seus subordinados sujeitos não só a rigorosos contratos de “locação do trabalho” e de controle do exercício da profissão” (SÜSSEKIND et. alii., 2003: 31).

rigoroso exame profissional feito pelos mestres, não interessados em abrir mão de suas regalias” (idem: 682). Nesse sentido, Robert Castel relata que

A participação em um ofício, em uma corporação (...) marca o pertencimento a uma comunidade distribuidora de prerrogativas e de privilégios que asseguram um estatuto social para o trabalho. (...) o indivíduo (...) não é um trabalhador que vende sua força de trabalho, mas o membro de um corpo social cuja posição é reconhecida num conjunto hierárquico. (CASTEL, 2015: 155)

Pode-se dizer, em resumo, que a economia agrária (agrícola e pastoril) e seu trabalho primeiro se organizaram sob o regime de escravidão e depois de servidão, enquanto nas cidades, na economia urbana, também houve uma organização inicial com uso da escravidão e, posteriormente, passou-se a girar em torno dos ofícios organizados em corporações (NASCIMENTO, FERRARI e MARTINS FILHO, 2017: posição 663)

Ao lado do sistema de corporações e de servidão, deve-se pontuar também a existência de um tipo de trabalho fabril na forma de indústrias caseiras. Estas já se difundiam na segunda metade do século XV, e um século mais tarde já era um aspecto marcante no campo. A diferença desse tipo de indústria e de trabalho relaciona-se especialmente pela forma que ele se estabelecia para a sociedade e para a economia (POLANYI, 2000). Robert Castel (2015: 294-295) relata que tal modelo de indústria perdura até o século XIX na França, se inserindo em um movimento de “transformações seculares que parece prolongar-se sem sobressaltos dramáticos”, e que une, nas cidades, uma estrutura de pequena empresa do tipo artesanal, e no campo, uma protoindústria que “parece conciliar o desenvolvimento econômico com a manutenção das tutelas tradicionais” (idem).

Portanto, nesse desenvolvimento, são vistos o artesanato urbano restrito, que era, no geral, limitado à produção para comercialização da classe de comerciantes, que fazem seus lucros e restringem os ganhos dos demais, em um regime de não liberdade de mercado; um tipo de artesanato rural, não sujeito às restrições das corporações de ofício urbanas; uma manufatura (protoindústria) muito mais ligada a uma lógica política e de domínio da nobreza, eis que se produzia para os fins mercantilistas da realeza, com direção dada pelo Estado, sendo uma estrutura hierárquica e rígida. (CASTEL, 2015: 157 e sgs.)

Mesmo sendo um processo que durou séculos, esse desenvolvimento começa a desafiar as bases sociais, políticas e econômicas da sociedade hierarquizada de então. Paulatinamente os artesãos e os camponeses, em processo de migração para as cidades, vão sendo transformados em operários de um regime liberal de “capitalismo industrial” (ANDRADE, 2014: 34), acarretando novas condições a desafiar a estrutura do sistema social hierarquizado, mas ainda sob as premissas daquele, na forma de sociedade centro/periferia ou de estratificação social.

Karl Polanyi (2000) descreve esse longo desenvolvimento, na Inglaterra, como um processo em que os camponeses são expulsos de suas terras e moradias no campo, com o cercamento dessas propriedades para os fins de produção de itens para o comércio mercantilista, combinado com idas e vindas de políticas assistencialistas focadas em contextos regionais (distritos ingleses) para que a sociedade suportasse os incapazes de trabalho, e, ao mesmo tempo, existindo legislações sobre obrigatoriedade do trabalho, seguidas por decisões determinando remunerações mínimas, restrição de locomoção entre os distritos, e então uma abolição de tais normas, ensejando a criação de um mercado de trabalho “livre”. Já Robert Castel (2015) descreve evolução similar na França, em esquemas que variam, de um lado, do trabalho, de trabalho regulado e de trabalho forçado, e, de outro, de mecanismos de assistência social ou de patrocínio ou filantropia para aqueles impossibilitados de trabalhar, até a abolição de tais instituições sociais, culminando na instalação de um mercado de trabalho “livre”, mas marcado pelo chamado pauperismo.

Tem-se também, em paralelo, uma série de desenvolvimentos que começam a aumentar a complexidade da sociedade, tais como conflitos políticos (imposição de regras) e econômicos (arrecadação fiscal): monarcas, nobres senhores de terras e corporações de ofício passam a crescentemente se conflitar e a irritar os sistemas hierárquicos base da sociedade. E, especificamente no que importa ao trabalho, a mencionada ideia de liberdade (liberalismo) política e juridicamente leva ao declínio do sistema de corporações e de servidão (LUHMANN, 2006; SÜSSEKIND et. alii., 2003; NASCIMENTO, FERRARI e MARTINS FILHO, 2017).

De toda forma, em nenhum destes sistemas pré-liberalismo, encontra-se lugar para a noção abstrata de trabalho. Esta, como ressalta Alain Supiot (2008: 15), é um produto da ideologia econômica e começa seu desenvolvimento no séc. XVIII, especialmente com as revoluções liberais e a revolução industrial. De fato, a diversidade dos trabalhos humanos só começou a se fundir em uma categoria abstrata “trabalho” com o capitalismo, como uma ficção intercambiável e quantificável do livre comércio, especialmente por meio da moeda, em um processo aliado à criação de duas outras mercadorias fictícias: a terra e o dinheiro⁴⁸, culminando na diferenciação funcional dos sistemas econômico, jurídico e político⁴⁹.

Vê-se, com isso, que o conceito de trabalho na forma como hoje é conhecido só surge efetivamente a partir do momento em que a sociedade caminha mais aceleradamente para uma diferenciação funcional dos sistemas direito e economia, que passa a exigir o aumento do uso do contrato como acoplamento estrutural entre esses dois sistemas, com redução da utilização de relações de direito real, fundadas no acoplamento propriedade. Antes, sem essa diferenciação e sem a possibilidade de que por meio da moeda, que permite, no sistema econômico, a quantificação de pessoas, seus trabalhos, e coisas sob um mesmo denominador comum (abandonando formas de mero escambo), e sem a possibilidade de que por meio de um contrato sinalagmático (LUHMANN, 2016: 611) seja possível vincular pessoas a alguma produção em prol de outrem (abandonando formas escravidão ou de servidão); dificilmente se pode falar de trabalho e, em consequência, da formação de um direito do trabalho. Com efeito:

O que chamamos “trabalho” é uma invenção da modernidade. A forma sob a qual o conhecemos e praticamos, aquilo que é o cerne de nossa existência, individual e social, foi uma invenção, mais tarde generalizada, do industrialismo. O “trabalho”, no sentido contemporâneo do termo, não se confunde nem com os afazeres, repetidos dia após dia, necessários à

⁴⁸ Karl Polanyi (2000) expõem que o nascimento de um livre mercado dependeu de um processo em que tanto o trabalho, como a terra e o dinheiro foram transformados em mercadorias fictícias, pois passaram a ser comercializadas, embora não possam ser caracterizadas como mercadorias genuínas, eis que não são produzidas naturalmente para a venda nos mercados. No que importa ao trabalho, Johannes Berger e Claus Offe explicam que diz-se ter-se o trabalho se tornado mercadoria fictícia porque “o que o empregador de força de trabalho compra no mercado de trabalho não é propriamente “trabalho”, mas sim uma capacidade de trabalho” (BERGER; OFFE: 1989: 87). Essa mercadoria “não pode ser claramente separada do seu possuidor: daí resulta que à compra da força de trabalho falta a univocidade da transferência de direitos que caracteriza as demais trocas no mercado (...). À força de trabalho falta a propriedade de poder ser plenamente transferida, pela troca, da disponibilidade do vendedor à do comprador”. (BERGER; OFFE: 1989: 88)

⁴⁹ João Bachur (2010) aponta que em um longo processo histórico de formação do capitalismo, aqui sendo entendido como o livre mercado necessário ao novo tratamento dado ao trabalho na sociedade contemporânea, em oposição ao modelo existente anteriormente, “economia, direito e política moldam-se reciprocamente nessa atuação conjunta” (idem: 192). Os mecanismos para tanto são os acoplamentos estruturais e os acoplamentos operativos entre esses três sistemas sociais.

manutenção e à reprodução da vida de cada um: nem com o labor, por mais penoso que seja, que um indivíduo realiza para cumprir uma tarefa da qual ele mesmo e seus próximos serão os destinatários e os beneficiários; nem com o que empreendemos por conta própria, sem medir nosso tempo e esforço, cuja finalidade só interessa a nós mesmos e que ninguém poderia realizar em nosso lugar. (GORZ, 2007: 21)

Deve-se acrescentar, nesse quadro, que a noção de liberdade que tomou força a partir das revoluções política, econômica e industrial, está intrinsecamente ligada ao aumento da complexidade e da contingência na sociedade, pois aumentou as possibilidades e destravou o aumento de perspectivas sociais diversas (contingência). Com efeito, por meio do processo de ampliação da liberdade gerando complexidade e contingência, a sociedade evoluiu para a diferenciação funcional, com a substituição da estrutura de estratificação social e de hierarquização institucional de acesso aos subsistemas (hierárquicos) da sociedade.

Assim, o acesso aos subsistemas não mais depende, portanto, de uma questão de *status social*, mas apenas, em maior ou menor grau, de recurso aos subsistemas por meio do uso dos requisitos de comunicação daquele sistema. Como exemplo, pode ser citado o sistema econômico, com acesso disponível a todos os que usam o dinheiro como comunicação, inclusive para os que oferecem o trabalho ou a produção por conta alheia de outrem como forma de obtenção de dinheiro por meio de um contrato. Também o acesso ao sistema político muda, não mais vinculado ao pertencimento a uma determinada classe social (nobreza), mas aos requisitos de participação política do próprio sistema (LUHMANN, 2006 e 2016). Nesse processo de diferenciação, costuma-se sempre mencionar o papel da economia, mas deve ser destacada a importância do direito, especialmente o direito civil romano, que impulsionou o desenvolvimento de complexidade no sistema. Com efeito

O impulso do direito civil romano para desenvolvimentos mais complexos do direito, mediante afinções mútuas entre conceitos e casos, encontra-se (...) entre aqueles conceitos jurídicos que logo passaram a fazer parte do acoplamento estrutural entre o sistema do direito e a economia, ou seja, entre propriedade e contrato. Um conceito específico de propriedade até então quase não se fizera sentir, uma vez que todo o básico necessário à vida podia ser incluído no conceito de ‘família’: mulher, escravos, animais, terra. Durante muito tempo bastou conceber a propriedade como posse, como domínio sobre seus próprios, e protegê-la de intervenções, ou seja, descobrir e castigar o criminoso (...). Só relativamente mais tarde chega-se a uma diferenciação decisiva entre propriedade e posse (...). Só assim os títulos de propriedade tornam-se independentes da força e do poder de combate do titular do direito. Apenas dessa forma se tem a nítida separação entre direito

civil e direito penal, possibilitando que a propriedade se faça ponto de referência para as mais diversas relações contratuais e, sobretudo, para o crédito. (LUHMANN, 2016: 354-355)

Em relação especificamente ao trabalho e sua relação com o direito civil e com a premissa da liberdade (ampliação da complexidade e da contingência na sociedade), pode-se lembrar de que o trabalho livre é pressuposto para o surgimento da ideia de trabalho não mais submetido a um *status* civil e a uma sujeição pessoal do trabalhador, mas a um contrato de serviços, o qual gera acesso ambivalente aos sistemas jurídico e econômico pelo acoplamento, e permite o desenvolvimento de ambos os sistemas. Destarte,

a existência de trabalho livre (isto é, juridicamente livre) é pressuposto histórico-material do surgimento do trabalho subordinado (e, via de consequência, da relação empregatícia). (...) o trabalho subordinado não ocorre, de modo relevante, na história, enquanto não assentada uma larga oferta de trabalho livre no universo econômico-social. (...) o elemento subordinação não se constrói de modo distintivo senão em relações em que o prestador não esteja submetido de modo pessoal e absoluto ao tomador de serviços (...). Em decorrência dessa conexão histórica, material e lógica entre trabalho livre e trabalho subordinado, percebe-se que as relações jurídicas escravistas e servis são incompatíveis com o Direito do Trabalho. É que elas supõem a sujeição pessoal do trabalhador e não a sua subordinação. (DELGADO, 2012: 86)

Necessário destacar, ademais, que “o novo regime instituído na Revolução Industrial impulsionou a liberdade para o exercício das profissões, permitindo o desenvolvimento de novas formas de produção e o regramento das relações decorrentes” (ANDRADE, 2014: 34). A liberdade, portanto, ampliou a complexidade e a contingência social, gerando demanda por novas estabilizações nos subsistemas da sociedade, que se diferenciavam funcionalmente. E inicialmente, no que importa ao trabalho, houve a tentativa de resolver as irritações no sistema jurídico por meio de enquadramento no direito geral como contrato de direito civil, um “arrendamento de serviços” (ibidem: 35), ou de locação de obras e serviços (*locatio conductio operis*), mediante a qual havia a execução de uma obra mediante pagamento de um resultado, a qual se configurava como certa forma de trabalho autônomo ou de trabalho por conta própria, o que vem a dar “origem ao trabalho contratado ou subordinado”. (NASCIMENTO, FERRARI e MARTINS FILHO, 2017: posição 495-499)

Não se vê, até aí, a diferenciação funcional do direito do trabalho, pois operado dentro do direito civil. Mas começa-se o aumento de complexidade dentro desse esquema, ao mesmo tempo em que a sociedade passa também por aumento da complexidade nos demais sistemas, entre eles os sistemas econômicos e político, vide a mencionada transformação da sociedade⁵⁰.

Tem-se, portanto, que a diferenciação funcional dos sistemas sociais, em especial para o presente exame, do direito e da economia⁵¹, está diretamente vinculada à formação e à utilização complexa do contrato como acoplamento estrutural como um dos fatores que impulsiona a Revolução Industrial e a formação de empresas. Conforme explicita Luhmann (2016: 611), o contrato é “uma das conquistas mais significativas da história social”, pois sem ele “a economia não poderia se diferenciar em empresas, por exemplo, e portanto tão pouco poderia ser tratada de maneira economicamente racional”. Pode-se acrescentar nessa ideia que não existiria também um direito do trabalho.

Com o contrato, inicia-se com maior destaque o processo de criação de empresas para produção e de vinculação contratual de uma pessoa para cumprir uma obrigação de trabalho com outra, na lógica, identificada por Alain Supiot (2008: 17-18), de intercâmbio de trabalho e dinheiro, ainda que sob a forma mencionada de locação de obras ou de serviços, ou de arrendamento de serviços, sem o reconhecimento de um traço hoje distintivo do contrato de trabalho: a subordinação⁵². Tal ocorreu até em virtude de, na época, o trabalho industrial ser uma figura prévia, ou “protoindústria”, conforme mencionado anteriormente, vinculada a casas e costumes antigos, e também por se ter uma percepção de trabalho subordinado oposto aos ideais de liberdade e igualdade que marcaram o ideário do liberalismo e da Revolução Francesa (CASTEL, 2015).

É claro que os demais países passaram por esse processo de transformação do contrato, do trabalho, da produção e de industrialização em diferentes momentos e sujeitos a

⁵⁰ Conforme visto no capítulo anterior.

⁵¹ Direito e economia anteriormente centralizados na sociedade estratificada na figura do detentor do poder - o monarca, da nobreza rural e das corporações de ofício.

⁵² Alain Supiot (2008) menciona, nesse sentido, que o Direito do Trabalho surgiu, na França, com o Decreto da Revolução Francesa, em 1791, que proibia as corporações de ofício e permitia a contratação de trabalho.

suas próprias particularidades⁵³, mas o processo é similar, como pode ser observado das narrativas precedentes.

Em resumo, o direito do trabalho surge no marco da liberdade das pessoas de exercer ofícios, empreender e contratar ou ser contratado, em fenômenos que irritam os sistemas jurídico, político e econômico que se diferenciavam a dar respostas segundo seus próprios códigos, o que não ocorria na perspectiva da quase inexistente liberdade do servo ou do artesão.

O custo para tanto foi a percepção da desigualdade da pessoa que executa o trabalho frente a quem o aproveita, desigualdade essa não fundada na perspectiva de estratificação social, mas de acesso ao meio de comunicação generalizado da economia, a moeda e, ao mesmo tempo, com o desafio à fórmula de contingência do sistema jurídico, a justiça como igualdade. Com efeito, essa situação de desigualdade não mais era justificável por um regime de trabalho forçado (escravidão) ou de vinculação submissa a uma dependência de terra e proteção (servidão). A partir disso, surge, na hipótese da liberdade contratual, a subordinação contratual como o “outro lado da moeda do poder diretivo”, ou seja, o comando da relação pelo empregador (ANDRADE, 2014: 35-36), e os direitos do trabalho como fórmulas de processamento da contingência no sistema jurídico por meio da criação de programas (direitos), que têm por sentido trazer igualdade à relação desigual, como justiça como fórmula de contingência fundada no conceito da igualdade (LUHMANN, 2016)⁵⁴. Nesse sentido,

o surgimento do Direito do Trabalho, como disciplina autônoma do Direito Civil, vincula-se à constatação social, política e econômica da necessidade de proteger o empregado em relação ao empregador, equilibrando as relações entre os sujeitos desta nova relação jurídica, cuja desigualdade decorre do poder de comando do empregador, que gera a subordinação do empregado. (MANUS, 2015: 5)

⁵³ A esse respeito, Luhmann menciona que as diferenciações da sociedade não são planejadas e nem se sucedem umas às outras em uma ordem igual; elas surgem em contextos que lhes são favoráveis, vide Luhmann, 2006, p. 562 e segs

⁵⁴ Niklas Luhmann (2016) identifica que a justiça é a fórmula do sistema jurídico para a contingência dentro do sistema. Por meio dessa fórmula, busca-se a igualdade entre as pessoas face à contingência possível em relação aos fatos. Trata-se de uma premissa de equilíbrio do sistema, a qual serve para justificar tanto os tratamentos desiguais de casos dentro do sistema para igualá-los face à sua diferença, como também para mover o próprio sistema em fórmulas de mudanças temporais de tratamento de casos iguais de forma diferente. No presente estudo, entende-se que o surgimento do direito do trabalho é uma forma do próprio sistema jurídico - em face da contingência causada pela desigualdade entre pessoas que, dentro da sistemática do direito civil seriam iguais - , reequilibrar o sistema criando fórmulas de desigualdade para alcançar uma igualdade e, portanto, uma justiça necessária à operacionalização do próprio sistema. Essa questão da igualdade como justiça e, portanto, fórmula para a contingência, voltará a ser abordada em capítulo mais à frente.

Com efeito, o direito do trabalho diferencia-se do direito civil, de formação liberal-individualista, porque este não tinha resposta para o fato novo da desigualdade entre empregado e empregador (MARTINS FILHO, 2018). Tal acontece especialmente porque as Revoluções Industriais e uma crescente perspectiva humanista (tanto na política como no sistema jurídico - igualdade), fazem eclodir a questão social⁵⁵, isto é, no embate entre o capital (economia) e o trabalho, ou, na interpretação dos sistemas sociais, na irritação entre sistemas jurídico, político e econômico face à desigualdade de acesso ao dinheiro e, especialmente, desigualdade inerente entre as partes em um contrato. Por isso se reafirma que o Direito do Trabalho cresce como meio de solucionar “o problema para que o trabalhador, por meio de um conjunto de normas jurídicas, possa ter assegurada uma posição de igualdade frente ao empregador” (SUSSEKIND apud ANDRADE, 2014: 38), ou seja, ele visa a suprir a desigualdade entre empregador e empregado dando ao último garantias que afastam a aplicação da pura liberdade contratual do direito civil.

Portanto, deve-se reconhecer, nesse desenvolvimento, que o próprio direito, como sistema social, começa a desenvolver quais “regras decidirão o que se deverá considerar igual ou desigual” (LUHMANN, 2016: 352) com relação ao trabalho humano, isto é, buscar fórmulas para a contingência social que irrita o sistema jurídico, o qual precisa começar a buscar meios internos de lidar com as contingências que passam a ocorrer em seu interior, fazendo com que o sistema se torne, em paralelo à sociedade, ainda mais complexo. Esse processo faz surgir então dentro do sistema jurídico o subsistema do direito do trabalho, ou seja, “a crescente complexidade social faz com que o direito se torne mais complexo em sua estrutura” (idem: 116-117).

Cabe destacar, no entanto, que ao se falar em direito do trabalho, em um sistema jurídico do trabalho, não se está atribuindo a ele uma função intrínseca, algo como um direito de libertação, de igualdade, de valor humano, da vida humana. Tais termos se tratam de concepções morais, que têm a ver com a própria recepção no direito de um valor moral,

⁵⁵ Ives Gandra Martins Filho explica a questão social como aquela que floresceu no século XIX, quando se acentuou o empobrecimento dos trabalhadores, em face da insuficiência competitiva com as indústrias que despontavam, impactando a agricultura (provocando o êxodo rural) em razão dos novos métodos e atingindo a família, uma vez que as mulheres e os menores foram a grande mão de obra mobilizada pela indústria.” (MARTINS FILHO, 2018: 37). Carl Polanyi (2000) e Robert Castel (2015) narram, em sentido semelhante, com foco principalmente na Inglaterra e na França, esse desenvolvimento que marcou a “questão social”, ou o pauperismo. Castel chega a mencionar, inclusive, a degradação moral dos trabalhadores causada pelo pauperismo.

tornando-o valor jurídico, ou seja, “do reconhecimento das referências externas da moral, como se essas referências fossem parte da operação do próprio sistema jurídico”⁵⁶ (LUHMANN, 2016: 119)

Está-se a falar, na verdade, no contínuo aumento de complexidade e de contingência na sociedade e em seus subsistemas, chegando-se na época atual, em que o excesso de possibilidades de fatos e de informações faz com que os sistemas se especializem cada vez mais em seus códigos e suas funções, e o sistema do direito a se tornar mais complexo, criando outros subsistemas que mantêm, por internos ao Direito, a função de convergência congruente de expectativas normativas.

Enquanto na Europa esse desenvolvimento do sistema do direito do trabalho como um subsistema do Direito acontece a partir das revoluções industrial, política e econômica por volta do século XVIII, no Brasil esse é um processo que ocorre mais tardiamente, inclusive porque a industrialização no país ocorre apenas no século XX. Com efeito, Arion Sayão Romita menciona que o Brasil era “um país essencialmente agrícola, começando a ingressar no campo da industrialização. Politicamente, vigorava no país um regime caracterizado pelo autoritarismo e pelo corporativismo, importados da Itália de Mussolini” (ROMITA, 2017: 24-25).

Deve-se reconhecer, no entanto, como um elemento importante nesse desenvolvimento, que desde a Constituição Imperial (1824) reconhece-se liberdade de trabalho no Brasil, quando foi também abolido o regime de corporações⁵⁷ e, posteriormente, ainda no império, foram editadas algumas leis especiais sobre contrato de trabalho (RUSSOMANO, 2000: 19-20). Destaque-se que a abolição das corporações de ofício pela Constituição de 1824 leva à conclusão de que aquelas ainda existiam na época no Brasil, o que confirma o desenvolvimento tardio da premissa da liberdade de trabalho no país, especialmente pela continuidade da escravidão no país até a lei Áurea (ABREU, 2005).

Nesse sentido, pode-se afirmar não ser possível distinguir um Direito do Trabalho no Brasil antes de 1888, quando foi editada a Lei Áurea (MARTINS FILHO, 2018: 39). No

⁵⁶ O termo utilizado por Luhmann para tanto é de re-entry, ou seja, uma observação do sistema em relação a comunicação que, em termos simplificados, é colocada para fora do sistema para, a partir daí, reentrar no sistema como temática do próprio sistema.

⁵⁷ Constituição Imperial de 1824, artigo 179 – “XXV. Ficam abolidas as Corporações de Offícios, seus Juizes, Escrivães, e Mestres”. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm. Acesso em março de 2018.

sentido da liberdade como elemento interrelacionado ao aumento da complexidade e da contingência na sociedade para o fim da diferenciação de um direito do trabalho, cabe mencionar que “enquanto o mundo vivia uma transformação, no que se refere ao mundo laboral, desde o início do século XIX, no Brasil essa transformação só começou a ocorrer no final desse século”. (MARTINS FILHO, 2018: 39).

Ao longo do tempo, outras leis também foram editadas, ressaltando-se, nesse caráter de liberdade, a Lei geral dos sindicatos, de 1907 e o Código Civil de 1916, regulamentando a locação de serviços, “da qual evoluiria, sob normas específicas, a relação de emprego” (RUSSOMANO, 2000: 20), chegando, então, à implementação de diversas legislações que regulam relações do trabalho nos anos 30 e 40 do século XX em face de “circunstâncias históricas, sociais e culturais bem diferentes das de hoje”. (ROMITA, 2017: 24-25)

Portanto, pode-se dizer, com Ives Gandra Martins Filho, que tem o Direito do Trabalho uma fase embrionária entre 1888 e 1930, com o surgimento da relação empregatícia, uma fase de consolidação, que vai de 1930 até a Constituição Federal de 1988, onde são constitucionalizados um amplo rol de direitos e garantias trabalhistas, passa pela fase de expansão, entre 1988 e 2016, na qual esse ramo jurídico expandiu-se principalmente por iniciativa jurisprudencial, até uma fase de balanceamento, de 2016 até o momento presente, fruto de ajustes legislativos decorrentes de uma reanálise das leis do trabalho em virtude da crise econômica passada pelo país (MARTINS FILHO, 2018: 39-40). O direito do trabalho pode, nesse desenvolvimento no país, começar a ser identificado como um subsistema do sistema do direito da sociedade.

Pode-se dizer que após Revolução Industrial inicia-se um período de desenvolvimento tecnológico-produtivo e de complexidade na sociedade sem precedentes na história humana, até formar o que tem sido chamado de sociedade pós-industrial, “marcada pelo crescimento do setor de prestação de serviços (terciário) e a denominada sociedade de informação” (ANDRADE, 2014: 39), uma economia globalizada, de fronteiras tênues, senão inexistentes, que desafiam ainda mais os sistemas sociais e seus subsistemas a processarem informações. E, ainda que mais tardiamente, vê-se o Brasil frente a frente com complexidade e contingência semelhantes na sua sociedade.

Atualmente, no início do atual século XXI, o Brasil se tornou uma das maiores economias do mundo e assimilou métodos de organização do trabalho vinculados a novas

tecnologias e a novos modos de entender a estrutura empresarial (ROMITA, 2017: 24-25) enfrentando, hoje, desafios que o mundo do trabalho e sua regulação passaram e continuam passando em outros países.

Entre tais complexidade e contingência, vêm-se mudanças nos sistemas de produção e no arranjo dos sistemas de setores econômicos. Nos demais países, e no Brasil, em desenvolvimentos não paralelos, mas semelhantes e aproximados temporalmente, os arranjos de trabalho e de produção dentro e fora das empresas ganham horizontes maiores do que os vistos após as revoluções industrial, política e econômica. Por exemplo, o trabalho nas empresas muda do modelo hierarquizado e centralizado da revolução industrial⁵⁸ para o modelo de grupo de empresas, não mais centralizadas e hierarquizadas, mas com autonomia e poder de decisão variando não só de grupo para grupo de empresas, ou “aliança de produtores”, como Gunther Teubner (2005) menciona:

As estratégias macrocorporativas deixaram de estar em voga, apresentando-se antes até – num tempo marcado por mutações de mercado muito rápidas, por pressões concorrenciais sempre crescentes; e pelo enfraquecimento ou mesmo fracasso dos programas intervencionistas estaduais – como estratégias rígidas, inflexíveis e centralistas. A nova divisa dá assim pelo nome de descentralização e flexibilização por intermédio de acordos contratuais, aplicável tanto a métodos de financiamento e tecnologia como a relações com consumidores ou relações com trabalhadores. O objectivo da nova política empresarial-industrial é a flexibilidade como um fim em si mesmo: a capacidade das empresas em se adaptar rapidamente às mutações do respectivo meio envolvente (TEUBNER, 2005: 90)

Com isso, o modelo de produção e de trabalho, surgidos com a Revolução Industrial (no Brasil no século XX), também têm passado por alterações contínuas, gerando a pergunta, tanto aqui, como a nível internacional, sobre a regulamentação adequada para uma nova rede de trabalho (contexto de cadeias globais de produção), como pode ser observado no 4º Relatório da OIT para a 105ª Conferência Internacional do Trabalho, em 2016, tendo em vista que “*the proliferation of global supply chains has profoundly transformed the nature of cross-border production, investment, trade and employment*”⁵⁹ (ILO, 2016: 5).

⁵⁸ O que será melhor desenvolvido posteriormente, ao se falar do desenvolvimento do Direito do Trabalho.

⁵⁹ Tradução livre do autor: “a proliferação das cadeias produtivas globais tem transformado profundamente a natureza da produção transfronteiriça, dos investimentos, dos mercados e do emprego”.

Atualmente, além da preocupação com as cadeias produtivas, vê-se também uma discussão sobre a repercussão de tecnologias de digitalização, nano e biotecnologia, inteligência artificial, produção autônoma e “fábricas inteligentes”, “onde sistemas físicos e virtuais de fabricação cooperam de forma global e flexível”, permitindo a “total personalização de produtos e a criação de novos modelos operacionais” (SCHWAB, 2016: 18) no que tem sido chamado de 4ª revolução industrial ou Indústria 4.0⁶⁰, atraindo novas questões sobre a regulação do trabalho humano e da produção na sociedade. Mas para abordar o tema dos novos e progressivamente complexos horizontes da sociedade, especialmente para a regulação do trabalho, necessário entender a lógica formativa do Direito do Trabalho e de seus limites, o que será abordado nos tópicos seguintes.

2.2 Sistema jurídico do trabalho – sua função e sua lógica binária (código)

⁶⁰ Klaus Schwab explica o surgimento do termo 4ª revolução industrial fazendo uma reconstituição de quais seriam as revoluções na produção humana. Nesse sentido, menciona que

A revolução agrícola combinou a força dos animais e a dos seres humanos em benefício da produção, do transporte e da comunicação [e] ocorreu há cerca de 10.000 anos. (...)A revolução agrícola foi seguida por uma série de revoluções industriais iniciadas na segunda metade do século XVIII (...) [com base na] transição da força muscular para a energia mecânica.
(...)

A primeira revolução industrial ocorreu aproximadamente entre 1760 e 1840. Provocada pela construção das ferrovias e pela invenção da máquina a vapor, ela deu início à produção mecânica. A segunda revolução industrial, iniciada no final do século XIX, entrou no século XX e, pelo advento da eletricidade e da linha de montagem, possibilitou a produção em massa. A terceira revolução industrial começou na década de 1960. Ela costuma ser chamada de revolução digital ou do computador, pois foi impulsionada pelo desenvolvimento dos semicondutores, da computação em mainframe (década de 1960), da computação pessoal (década de 1970 e 1980) e da internet (década de 1990).

(...)
quarta revolução industrial. Ela teve início na virada do século e baseia-se na revolução digital. É caracterizada por uma internet mais ubíqua e móvel, por sensores menores e mais poderosos que se tornaram mais baratos e pela inteligência artificial e aprendizagem automática (ou aprendizado de máquina).

(...)
Ondas de novas descobertas ocorrem simultaneamente em áreas que vão desde o sequenciamento genético até a nanotecnologia, das energias renováveis à computação quântica. **O que torna a quarta revolução industrial fundamentalmente diferente das anteriores é a fusão dessas tecnologias e a interação entre os domínios físicos, digitais e biológicos.** (SCHWAB, 2016: 17-18, grifos nossos)

A percepção sobre o trabalho transformou-se ao longo da história⁶¹, acompanhando o processo de transformação da sociedade. Com isso, de uma atividade realizada por escravos (ou por quem se vendesse como escravo), tornou-se uma atividade vinculada a prestações por meio de um acoplamento estrutural entre direito e economia, um contrato de natureza civil, que se desenvolve em um contrato de feições específicas, um contrato de emprego. Necessário investigar se a partir disso se forma um código operativo próprio caracterizador de um subsistema da sociedade, mais especificamente, um subsistema do direito, ou seja, um direito do trabalho autopoietico, pois isso gera consequência para a análise da terceirização.

A análise do contexto feita anteriormente constrói a base para a identificação proposta, pois os “sistemas autopoieticos são sempre sistemas históricos” (LUHMANN, 2016: 66), no sentido de que eles se desenvolvem tendo como base a situação anterior que eles próprios firmaram, criando complexidades internas que podem, a partir disso, evoluir no “sentido de bifurcação e diversificação” (ibidem) podendo formar outros sistemas internos a si mesmos (como a sociedade em relação a seus sistemas funcionalmente diferenciados). Para tanto, necessário que o sistema sirva para uma função exclusiva para a sociedade, que não é vinculada a um valor, uma moral, ou a um objetivo (LUHMANN, 2016b), mas de funcionamento para o trato de uma questão social específica. E, junto à função, também se constitui um código binário, que também não tem um objetivo como elemento valorativo⁶², mas de identificação, pois por meio dele determina limites em relação ao ambiente, identificando se uma comunicação faz ou não parte daquele sistema. Com efeito, “a determinação de limites é (...) o mais importante requisito de diferenciação dos sistemas” (idem: 49). Com efeito,

para a diferenciação e o fechamento operativo do sistema do direito, tornam-se relevantes duas outras aquisições que se estimulam reciprocamente: 1) a especificação da função do direito – e isso significa a orientação para um problema social específico; e 2) a codificação binária do sistema por um esquematismo, que provê um valor positivo (lícito) e um valor negativo (ilícito) (LUHMANN, 2016: 80-81)

⁶¹ Como visto no tópico precedente.

⁶² Nesse sentido, Luhmann explica que:

O efeito de ordenamento e separação da codificação é obtido por sua bivalência. Isso significa (...) que o sistema não pode ser um sistema dirigido para um objetivo, orientado teleologicamente, para um bom termo e para chegar ao termo de suas operações. Em outras palavras: a unidade do sistema não pode se representar no sistema como objetivo, como estado final passível de ser alcançado. (LUHMANN, 2016: 237)

(...) entendemos por código que o direito se valha de um esquema bivalente para estruturar suas próprias operações e distingui-las de outros fatos. (...) Desse modo, são pensados sistemas capazes de tomar dois estados (positivo/negativo, 1/0, ligado/desligado) a partir dos quais suas demais operações se realizam. (LUHMANN, 2016: 235)

Com base nesses pressupostos, para um desenvolvimento similar de um subsistema do direito focado no trabalho, é necessário que este se reespecifique por meio de um código positivo/negativo e oriente-se para um problema social específico (função).

Em relação à função, o sistema do direito em relação ao sistema da sociedade, que é seu ambiente, tem a função de redução congruente de expectativas normativas. O subsistema jurídico trabalhista, por se tratar de um subsistema do Direito, deve ter também a mesma função de redução congruente de expectativas normativas, que é o problema social específico do sistema geral, mas com foco em uma atividade humana, o trabalho ou, mais nomeadamente, conforme será especificado à frente, o trabalho sob a fórmula de emprego.

Já no que se refere ao código, importante notar que o código do sistema que se torna seu ambiente continua orientando, de uma forma hierárquica, o código do subsistema. Quer-se dizer, com isso, que o elemento positivo/negativo do subsistema depende também do elemento positivo/negativo do sistema ambiente. Como exemplo, pode-se falar da operação do direito e da sociedade. Esta, sendo um sistema, opera sobre seu próprio código: comunicação/não comunicação (LUHMANN, 2016b). Já o sistema jurídico se mantém atado a esse código, pois se um fato do ambiente da sociedade não for tratado pela sociedade como comunicação (a exemplo da mera consciência pessoal), ele não gerará efeitos para o Direito, que não poderá operar sua específica operação bivalente positivo/negativo.

No caso do subsistema jurídico do trabalho, este, ao especificar um código próprio, também se mantém com o “código maior” do sistema do direito, isto é, direito/não direito (LUHMANN, 2016). Dessa forma, uma informação da sociedade para ser tratada pelo sistema trabalhista, deve ser operada no direito por esse mesmo código, e então pelo código do direito do trabalho, para que seja feita a diferenciação do subsistema, haja vista que

a diferenciação de sistemas funcionais significa (...) estabelecimento de novas diferenças sistema/ambiente no interior do sistema original (...). Isso vale tanto para o nível dos sistemas reais, que se estruturam mediante

orientação por funções, como para o nível da análise científica de tais sistemas. (LUHMANN, 2016b: 74)

Deve-se acrescentar, nessa investigação, que o código de diferenciação, ou seja, de imposição de limites, leva a duas consequências sobre sua delimitação. A primeira trata da divisão do mundo em duas partes, a segunda, a percepção de exclusividade universal da perspectiva de utilização daquele código (LUHMANN, 2016: 246-247). Por isso que se afirma que apenas ao direito cabe o código legal/ilegal. Nenhum outro sistema da sociedade tem o mesmo código (no que traz a consequência de unidade e identidade do sistema), o que não significa, conforme mencionado, que o sistema não utilize o mesmo código em suas operações como “filtro⁶³” para o código de seu subsistema (idem). Volta-se, nesse caso, ao exemplo da sociedade, cujo código é comunicação/não comunicação, e o direito, que opera sob o código legal/ilegal, mas que depende do código comunicação/não comunicação, pois a inexistência de uma informação sob o filtro comunicação/não comunicação impede o próprio acionamento do sistema do direito.

Portanto, para o subsistema trabalhista, é necessário que a informação a ser processada seja uma informação que operou sob o código lícito/ilícito para, a partir daí, averiguar-se se se trata de uma operação sob o código do direito do trabalho. A questão é saber qual seria esse código, pois a transformação humana da natureza, comumente denominada com palavra gênero “trabalho”, gera informações que permeiam toda a sociedade e movimentam o sistema jurídico em diversas operações e programas. Por exemplo, o estabelecimento de uma obrigação de fazer sob o direito civil pode instaurar a execução de um trabalho, de uma atividade humana, mas manter-se operada pelo Direito Civil (BELMONT: 2004), não se tratando de algo operado pelo Direito do Trabalho. Com efeito, Alain Supiot menciona que

em “direito do trabalho”, a palavra “trabalho” não designa, com efeito, todas as formas de trabalho no sentido amplo do termo (por exemplo, o trabalho familiar), nem mesmo todas as formas de atividade profissional: algumas delas ficam submetidas a uma organização jurídica particular, como, por exemplo, as profissões liberais, o artesanato, a exploração agrícola ou a função pública. Todas estas profissões são herdeiras de uma percepção diversificada dos trabalhos humanos, que impede de meter no mesmo saco o juiz e o advogado, o médico e o cordoeiro, o camponês e o professor. A noção abstracta de trabalho ou de trabalhador é então inútil, e o vocabulário jurídico não se aplica a tais hipóteses. Em contrapartida, ela está no princípio

⁶³ Filtro, dentro da perspectiva da teoria dos sistemas funcionalmente diferenciados, não é um termo adequado, mas foi utilizado porque ele passa de maneira simplificada a ideia desenvolvida.

do direito do trabalho, que tem a vocação de se aplicar sempre que o trabalho é tratado como uma mercadoria, quando constitui o próprio objecto de uma negociação. (SUPIOT, 2016: 9-10)

É por isso que se começa sempre a falar em direito do trabalho a partir do momento em que o trabalho passa a ser objeto de um contrato, inicialmente civil, eis que nessa hipótese tornava-se simplesmente o objeto da negociação. Por isso que se afirma que “a matriz de origem do Direito do Trabalho é o Direito Civil, em especial, seu segmento regulatório das *obrigações*” (DELGADO, 2012: 79).

Dessa forma, para que o subsistema justrabalhista torne-se autorreferente e autorreprodutor, precisa de autonomia como ramo do direito, o que significa “literalmente, autolimitação” (LUHMANN, 2016: 84), não podendo tratar de todas as informações jurídicas, nem mesmo de todas aquelas que significam algum trabalho, devendo limitar sua abrangência de operação.

Portanto, o sistema do direito do trabalho não pode operar sob um código trabalho/não trabalho, porque não há, nesse caso, o estabelecimento de um limite em relação ao trabalho como informação na sociedade ou mesmo de uma abordagem jurídica sob a informação trabalho de forma geral. Nesse caso, a mera operação sob os programas do direito civil, como ocorreu no início do processo de sua diferenciação funcional a partir da revolução industrial, seria o bastante, tornando-se desnecessário o estabelecimento de limites, de uma diferenciação, já apontada por Alain Supiot como o tratamento do trabalho como a mercadoria objeto de negociação (de um contrato) (SUPIOT, 2016) ou, por Polanyi (2000), como um “mercadoria fictícia”. Convém destacar, nesse sentido, que na sociedade “a todo comportamento cabe ou ser permitido, ou ser proibido, mas nem por isso todo comportamento tem de ser operação interna do sistema do direito”. (LUHMANN, 2016: 89). Da mesma forma, todo trabalho pode ser permitido ou proibido, mas nem por isso todo trabalho será relativo ao subsistema trabalhista, pois dependerá do código bivalente direcionado ao trabalho como objeto de um contrato que foca na execução do próprio trabalho (e não de seu resultado).

A identificação do código de um sistema revela justamente a sua unidade de distinção, o que o torna exclusivo, o que “ocupa o lugar da identidade” (LUHMANN, 2016: 76) do

sistema, não sendo uma norma, mas sim a estrutura do processo do sistema (idem: 94), e que faz com que ele “possa reagir a um ambiente altamente complexo, *sem ter de se adaptar a ele*” (LUHMANN, 2016: 235), ou seja, sem precisar que se modifique sua função ou seu código binário de reprodução. Nesse sentido, é possível se modificar o que, para o direito, é considerado lícito/ilícito, mas o direito (e os outros sistemas sociais), para manter sua identidade, continua com sua função e operando segundo a bivalência exclusiva. Destarte,

a sociedade é o sistema que abrange e inclui todas as comunicações. Com base em tal referência ao sistema, existem muitos sistemas funcionando com códigos diferentes, todos eles reivindicando um primado funcional e uma validade universal, mas apenas da perspectiva do sistema parcial. Para se ter exemplos capazes de aclarar esse aspecto, pode-se olhar para o código de propriedade do sistema econômico, para o código de seleção do sistema educacional ou para o código de poder do sistema político. Esses códigos são válidos na sociedade somente com referência a cada sistema especial de funcionamento. A sociedade demanda somente que seja possível distinguir entre as diferentes distinções e seus valores específicos positivos e negativos. (LUHMANN, 2016: 247-248)

Essa definição também ocorre quando se fala no sistema justabralhista sobre a necessidade de se identificar seu código binário positivo e negativo, que não pode ser trabalho/não trabalho, pois assim não se tem a identidade do sistema. Essa identidade começa a se diferenciar com a instauração de uma liberdade de contratar após as revoluções industrial, liberal e econômica, quando um ramo específico do direito começa a tomar forma com normas, princípios e operações próprias. Com efeito,

somente a partir do processo de surgimento do trabalho juridicamente livre, em finais da Idade Média, como um dado intenso, relevante e crescente; somente, tempos depois, com a dinâmica de construção da sociedade industrial urbana – que reconectou aquele trabalhador ao sistema produtivo, através de **uma nova modalidade de relação jurídica, que iria se tornar dominante (a relação de emprego) – em síntese, somente a partir desse quadro contextual complexo é que se firmaram as condições para a consumação da nova relação jurídica empregatícia.** (DELGADO, 2012: 283, grifos nossos)

Entre essas dinâmicas da sociedade, o processo de diferenciação de uma relação empregatícia se estrutura com a identificação da figura do trabalho subordinado, que se originou no contrato de prestação de serviço ou contrato de locação do direito civil, e que

“com o passar do tempo, ganhou uma dimensão organizacional (trabalho subordinado típico desenvolvido por alguém inserido na organização de outrem)” (ANDRADE, 2014: 19). Assim, o que diferencia o subsistema justralhista é que suas operações são vinculadas à perspectiva de existência ou não de trabalho como uma mercadoria objeto de negociação (de um contrato) e que subordina uma pessoa a outrem, ou, nos termos comumente utilizados, dentro de uma estrutura de relação de emprego, a qual vem a se constituir, portanto, como uma “modalidade especial da relação de trabalho” (RUSSOMANO, 2000: 59). Nesse desenvolvimento, deve-se notar que institutos do direito comum passam a ser utilizados de forma original no subsistema que se forma, dando margem à formação de uma complexidade sistêmica própria, que inicia sua autorreferência e sua autorreprodução. De fato,

velhos institutos jurídicos, quando transplantados para o Direito do Trabalho, nele adquiriram novos aspectos, totalmente originais, que os transformaram em institutos *sui generis*. Foi o que ocorreu com a **relação de trabalho** (gênero), da qual se destacou, historicamente, no regime do salariedade, a **relação de emprego ou relação de trabalho subordinado** (espécie daquele gênero). (RUSSOMANO, 2000: 37)

A partir da especificação de tais estruturas, vê-se iniciada a execução da autopoiese de um subsistema justralhista, pois é a partir disso que o sistema inicia a especificação de “quais acontecimentos anteriores e posteriores contam como comunicação (mais especificamente, como comunicação no próprio sistema) e *quais não*” (LUHMANN, 2016: 71). Portanto, é a partir do direito comum que se inicia a identificação da relação de emprego e se começa a formação do subsistema jurídico trabalhista pelo início da especificação de seu código, suas próprias operações, programas e estrutura por meio de sua autopoiese.

Deve-se repetir que não se trata da formação de um subsistema jurídico que margeia todas as questões sociais relativas a trabalho e ao autossustento da pessoa a partir da liberdade e da complexidade social, o que muitas vezes é tratado no sistema jurídico por meio da fórmula de igualdade chamada direitos sociais. Mas de um subsistema do direito atrelado a uma operação específica, o trabalho subordinado. Veja-se,

no que diz respeito aos direitos sociais (no sentido estrito de direito do trabalho e da seguridade social), a observação do direito positivo permite discernir, segundo o magistério de Alain Supiot, quatro círculos concêntricos: 1º - o dos direitos sociais “universais”, garantidos a todos independentemente de qualquer trabalho e que se realiza mediante o seguro saúde; 2º - o dos direitos baseados no trabalho não profissional (cuidar de

pessoas, autoformação, trabalho voluntário); 3º - o do direito comum da atividade profissional (segurança e medicina do trabalho); 4º - o do direito próprio do trabalho subordinado (emprego), que deveria conter apenas disposições diretamente ligadas à subordinação e propiciar uma gradação dos direitos em função da intensidade dessa subordinação. (SUPIOT apud ROMITA, 2014: 244)

Destaca-se, assim, que “o direito do trabalho, histórica e sociologicamente, foi construído sobre o emprego” (ROBORTELLA e PERES, 2015: 176), e juridicamente fundado na especificação da relação contratual de emprego por meio do qual se negocia o trabalho como a mercadoria objeto do negócio jurídico (SUPIOT, 2016). De fato, o “mundo real enseja as mais variadas formas de produzir [sendo] (...) certo que o emprego (...) constitui-se em importante modo de labor, mas longe de ser o único” (AZEVEDO, 2015: 45). Há variadas formas de trabalhar e produzir em busca de sustento, mas boa parte vem de modalidades de trabalho que não são emprego (ibidem).

É a partir, portanto, da relação de emprego que se pode dizer ter ocorrido o desenvolvimento da autonomia do Direito do Trabalho, com a utilização de uma estrutura própria, que o diferencia de outros campos do Direito (RUSSOMANO, 2000: 37), pois ele passa a se reproduzir segundo seus próprios programas e operações. Mas o principal marcador dessa autonomia seria o código bivalente do direito do trabalho, que geraria suas operações jurídicas, e sem o qual a recursividade do subsistema não ocorreria. E essa identidade do sistema trata-se da relação empregatícia, ou seja, da identificação positiva ou negativa da situação de emprego, a qual se constitui no “núcleo fundamental do Direito do Trabalho” (DELGADO, 2012: 86). Nesse sentido,

o contrato de atividade, em gênero, bifurca-se em duas grandes áreas: o trabalho autônomo e **o trabalho subordinado. Este, objeto do contrato de trabalho, regulado pelo Direito do Trabalho**, aquele, do contrato civil de prestação de serviços, disciplinado pela lei civil comum e normas esparsas. (BORBA, 2015: 22, grifos nossos)

Assim, a especificação de um Direito do Trabalho vinculado a uma espécie de trabalho, qual seja, a relação de emprego (também chamada de trabalho **subordinado**), não exclui ou impede a existência de outras formas de trabalho, algumas até mesmo com regulações próprias, como os trabalhos cooperativos, os trabalhos autônomos, os

representantes comerciais. Nesses casos, diz-se que, mesmo se tratando de relações de trabalho *lato sensu*, “mais ou menos próximas da relação empregatícia; todos esses trabalhadores tangenciam a figura jurídica do empregado” (DELGADO, 2012: 314-315), mas formam figuras jurídicas específicas, “com regras, institutos e princípios jurídicos diferenciados regendo sua situação concreta” (ibidem).

Vê-se, assim, o subsistema justralhista realizando sua diferenciação por meio de um código que deve ser identificado como o binário positivo/negativo **emprego/não emprego (ou emprego/trabalho autônomo)**, realizando um fechamento autorreferente e autorreprodutor de suas operações, no que é chamado, por Luhmann, de fechamento operativo que permite ao sistema ser identificado como autopoietico, pois

por meio do fechamento operativo constitui-se uma unidade em um âmbito que para ela se torna ambiente. Nem a existência nem a relevância é negada ao ambiente. Ao contrário, a distinção entre sistema e ambiente é precisamente a forma permitida para que um sistema ou o ambiente se caracterizem em referência recíproca. (LUHMANN, 2016: 102)

Portanto, o subsistema do Direito do Trabalho se fecha operativamente dentro do sistema do Direito, que para ele se torna seu ambiente e, mais amplamente, tem a sociedade como seu ambiente. Todo e qualquer trabalho da sociedade não significa ser necessariamente abrangido pelo subsistema do Direito do Trabalho. Esse trabalho, sob a perspectiva jurídica geral, pode ser identificado como o ambiente do subsistema justralhista.

No entanto, uma questão fundamental surge nessa análise. Conforme mencionado, costuma-se tratar a relação de emprego como uma relação de trabalho subordinada, o que caracterizaria a diferenciação do direito do trabalho. Poder-se-ia dizer, nesse sentido, que a existência de uma prestação de serviços subordinada seria o elemento caracterizador do direito do trabalho e, assim, o código de sua identidade seria subordinação/não subordinação, ou trabalho subordinado/trabalho não subordinado. Mas esse não parece ser o caso, pois, conforme será mais bem desenvolvido em tópico futuro, a subordinação deve ser entendida como um programa, dentre outros, do Direito do Trabalho, que orienta a incidência do código positivo/negativo do subsistema, ou seja, emprego/não emprego, ou emprego/trabalho autônomo. Com efeito,

O direito do trabalho não incide sempre que alguém presta serviços a outrem; não incide, conforme se passa a demonstrar, nem mesmo quando a prestação de serviços é subordinada. Nas relações jurídicas há várias espécies de subordinações, e nem todas são regidas pelo direito do trabalho. A subordinação empresarial, por exemplo, é exclusivamente disciplinada pelo direito comercial. (...) [Assim, há a] falsa concepção de que a subordinação seria elemento típico e exclusivo da realidade disciplinada pelo direito do trabalho; mas isto não é verdade. Há atividades desenvolvidas de “modo subordinado” que não se submetem à regência deste ramo jurídico. (COELHO, 2015: 57)

Como exemplo do que foi mencionado, pode-se citar a relação de subordinação entre franqueado e franqueador (franchising) (COELHO, 2015: 57), pois, apesar de haver espécie de subordinação, ela não se dá no tratamento do trabalho como a mercadoria negociada. De toda forma, deve-se reafirmar que “o **conceito de subordinação é essencial** para o Direito do Trabalho, pois é decisivo para a afirmação da existência da relação de emprego” (PORTO, 2008, 5). Trata-se, nas palavras da referida autora, de uma “**chave de acesso**” (ibidem), ou, nos termos da teoria dos sistemas, de um programa de definição da aplicação do código e que permite o acesso aos demais programas e operações do subsistema justralhista, ou seja, “**aos direitos e garantias trabalhistas, os quais, em regra, são assegurados em sua plenitude apenas aos empregados**” (ibidem), ou seja, de um Direito Individual do Trabalho “regulador dos contratos empregatícios” (DELGADO, 2012: 133)

No Brasil, o desenvolvimento do subsistema justralhista iniciou-se na primeira metade do século anterior (SÜSSEKIND et alii, 2003), mas recebeu importantes influxos com a Constituição Federal de 1988, devendo-se destacar que

na área do Direito Individual há inclinações novas em marcha, entre elas a de extensão do campo de atuação do Direito do Trabalho realmente a todos os trabalhadores, de que é sintoma a equiparação do avulso ao empregado, e a todo seu conteúdo, como é o caso da ampliação do leque de direitos reconhecidos aos domésticos (PINTO, 2007: 53).

Em decorrência dessas novas inclinações trazidas pela Constituição, tem-se defendido que os programas do Direito do Trabalho teriam sido estendidos a todos os trabalhadores (gênero), no que é entendido como a tendência de uniformização e universalização (RUSSOMANO, 2000: 19). De fato, com a Constituição Federal de 1988, constitucionalizou-

se um extenso rol de direitos trabalhistas, os quais, no entanto, devem ser entendidos como direitos individuais “da pessoa humana do trabalhador, em particular se estiver inserido em uma relação de emprego e/ou relação sociojurídica equiparada”. (DELGADO, 2017: 39)

Não se trata, portanto, de uma extensão dos direitos individuais do trabalho a todo trabalhador e a todo trabalho, tal como o autônomo. Com efeito, evidencia-se que

a caracterização da relação empregatícia é (...) procedimento essencial ao Direito do Trabalho, à medida em que propiciará o encontro da relação jurídica básica que deu origem e assegura desenvolvimento aos princípios, regras e institutos justralhistas e que é regulada por esse ramo jurídico especial. (DELGADO, 2012: 281)

E isso se espelha também no que importa ao sistema judiciário trabalhista, que ocupa lugar central no subsistema justralhista como o Judiciário ocupa lugar central no sistema do direito (LUHMANN, 2016). Isso porque aquele também opera sob o código emprego/autonomia, ou emprego/não emprego. Para reforçar esta conclusão, vale lembrar que se defendeu ter havido a ampliação da competência da Justiça do Trabalho para toda e qualquer relação de trabalho (gênero), e não só relação de emprego (espécie) por meio da Emenda Constitucional nº 45/2004 (conhecida como a “reforma do Judiciário”). No entanto, o próprio sistema jurídico, por meio do Supremo Tribunal Federal - STF, manteve a Justiça do Trabalho ainda operando sob o código emprego/não emprego. Ora, o referido STF, por meio de sua jurisprudência, diferenciou, dentro da relação de trabalho, a relação estatutária (com a administração pública), a relação contratual empregatícia (com as empresas), as relações de consumo (do profissional liberal ou autônomo), como relações de trabalho em sentido amplo, especificando (isto é, limitando) a competência da Justiça trabalhista vinculada à relação de trabalho da espécie empregatícia (MARTINS FILHO, 2018: 45-46)⁶⁴.

Assim, pertencer ou não ao subsistema justralhista vincula-se à perspectiva emprego/autonomia. Luhmann menciona, em relação ao sistema do direito, que “o que não puder ser apreendido com esse esquema de controle legal/ilegal não pertencerá ao sistema do direito, mas a seu ambiente interno ou externo à sociedade” (2016: 82), ideia essa que se

⁶⁴ Vale notar que o STF, por se tratar da última instância tanto em matéria de definição de competências judiciais, como no próprio tema trabalhista no que se refere aos programas constitucionais, faz parte do próprio sistema judiciário trabalhista. Portanto, ter-se-ia novamente o próprio sistema se autolimitando e se autorreproduzindo em torno do código binário emprego/autonomia, ou emprego/não emprego.

reproduz no subsistema do direito do trabalho, ou seja, o que não puder ser abordado pela distinção emprego/autonomia não pertencerá ao subsistema justralhista, mas ao seu ambiente, quer seja ele o direito, ou, mais amplamente, a sociedade, ou ainda, o ambiente da sociedade. Assim, não se trata o sistema justralhista de um valor em prol de uma essencialidade para toda e qualquer pessoa que porventura trabalhe de algum modo, como um meio de superação social ou de transformação da sociedade. Muito embora, por meio da internalização no direito de programas de valor, o que traz riscos inerentes a esse processo (LUHMANN, 1985), é necessário reafirmar que o

direito em si não precisa de causa. Caso um jurista queira reconhecer se uma comunicação pertence ou não ao sistema do direito, ele terá sempre de provar se a referida comunicação se ordena em conformidade ou discrepância com o direito e, por conseguinte, se entra no domínio do código do direito. Só mesmo essas duas aquisições, função e código, tomadas em conjunto, atuam de modo a fazer que as operações específicas do direito se diferenciem claramente de outras comunicações e, nessa medida, com margens de erro apenas marginais, possam se reproduzir a partir de si mesmas. (LUHMANN, 2016: 81)

Pode-se afirmar, assim, que a “essência” da formação autorreferente e autorreprodutora do subsistema justralhista está na aquisição conjunta de 1) uma função, nesse caso a função de redução congruente de expectativas normativas com foco na questão social do emprego e, 2) de um código bivalente identificado por um polo positivo e um negativo, no caso, o código emprego/não emprego (ou emprego/autonomia). Tal código, ressalte-se, não especifica o que deve ser entendido, no caso do Direito, como lícito ou como ilícito, ou, no caso do subsistema do Direito do Trabalho, como emprego ou como autônomo. Ele é, como menciona Luhmann, uma tautologia e um paradoxo (LUHMANN, 2016: 250), isto é, o que é emprego é o que não é autonomia, e o que é autonomia é o que não é emprego.

Para que se possa “escapar” desse paradoxo, de forma a se poder distinguir o que forma a distinção bivalente, não é necessário que o sistema faça referência a níveis hierárquicos superiores, ou a outro sistema, como a política, a moral, a economia, etc. Para isso os sistemas se remetem ao próprio nível da operação do sistema, no que é chamado de distinção, interna ao próprio sistema, entre “*codificação e programação.*” (LUHMANN, 2016: 252). Em relação ao Direito, cuja lógica é aplicável igualmente ao subsistema jurídico trabalhista, Luhmann afirma que

uma vez que os valores legal e ilegal não são propriamente critérios para a determinação do legal (e do ilegal), deve haver outros pontos de vista que indiquem como os valores do código legal/ilegal se assinalam ou correta, ou equivocadamente. A essa semântica adicional chamaremos (tanto no direito como no caso de outros sistemas codificados) programas (LUHMANN, 2016: 252)

Luhmann afirma, nesse sentido, que os códigos somente se fazem produtivos para a sociedade por meio da distinção entre codificação e programação. O código seria um lado da forma do sistema, e seu outro lado seriam os programas (LUHMANN, 2016: 253-254). Essa distinção é determinante para a autopoiese do sistema. Por meio dos programas, os sistemas conseguem se alterar e se adaptar à complexidade da sociedade, buscando encadeamento de operações e de pontos de vista sobre informações do ambiente a fim de responder à necessária identificação de o que seria entendido como valor positivo ou, em oposição, o negativo, sem precisar alterar a “essência” do sistema, isto é, sua função e seu código, o que faria com que o sistema deixasse de existir. Com efeito, “o sistema só é invariante e sempre adaptado na forma estrutural de seu código. No nível de seus programas, no entanto, ele pode admitir a possibilidade de mudanças sem precisar temer uma perda de identidade” (ibidem: 257).

Os valores positivo e negativo devem, assim, ser entendidos como as possibilidades de enquadramento do sistema, o qual admite formas diversas e que se alteram no tempo (LUHMANN, 2016). No sistema do Direito, essa alteração ocorre principalmente pelo recurso à fórmula da justiça, que é a fórmula de contingência do sistema, isto é, o meio que o sistema do direito encontrou para operacionalizar tanto a repetição idêntica de seus resultados frente à contingência do ambiente, como também para alterar seus resultados em caso de contingência interna do sistema. Esta fórmula é também uma programação do sistema por meio do qual, conforme mencionado, ele consegue se reproduzir constantemente, utilizando o que pode ser entendido como a aplicação do princípio da igualdade, no sentido de (i) decisões iguais em casos iguais no decurso de tempo do sistema; (ii) de buscar equivalência de posições no sistema com uso de fórmula de compensação, em especial por meio do conhecido provérbio aristotélico “tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais (MELLO, 2000: 6); e também, (iii) de mudar a continuidade de decisões iguais em casos aparentemente iguais, mas temporalmente diferidos, em virtude da variação causada inclusive pela incidência de programas que vão sendo alterados durante a história do sistema (VIANNA, 2015). Assim,

a diferença entre codificação e programação (...) combina invariabilidade com a transformabilidade, o que quer dizer também a invariabilidade com possibilidades de crescimento. Uma vez estabelecido o código enquanto tal (...) inicia-se também um processo de constituição de regras que assume uma forma autopoética que se nutre de si mesma. (LUHMANN, 2016: 271)

Tais programas “devem ser apropriados (...) para dar instruções à atribuição dos valores legal/ilegal. Evidentemente no direito, mesmo nos nível dos programas, trata-se sempre da função do direito, ou seja, de manter estáveis as expectativas normativas” (LUHMANN, 2016: 257). Assim, no direito do trabalho, trata-se sempre de que os programas sejam apropriados para instruir a aplicação do código emprego/autonomia de modo a cumprir a função de estabilidade de expectativas normativas.

Diante disso, cumpre lembrar que alguns parágrafos atrás foi mencionada a questão da subordinação como elemento constitutivo de uma relação de emprego, inclusive a ponto de esta ser identificada como “trabalho subordinado”. Trata-se essa subordinação, de fato, de um programa que permite justamente a identificação da aplicação dos valores do código do subsistema justralhista. Mas essa questão será mais bem analisada a partir do tópico seguinte.

2.3 Programas identificadores do contrato de emprego

No tópico precedente firmou-se que o sistema do direito do trabalho é formado por um código emprego/autonomia, o qual, como os códigos dos sistemas, tem um caráter pétreo, imutável, e que a subordinação, conforme adiantado, é um programa do sistema justralhista. Necessário, agora, analisar o significado dos programas para o sistema para, a partir disso, identificar aqueles que no nível operativo diretamente ligado ao código do sistema justralhista identificam a situação de emprego/autonomia, pois a partir da caracterização do emprego abre-se o ingresso (processamento de cognições) a uma série de direitos (programas) associados ao estado positivo (de emprego) (LUHMANN, 2016), inclusive os direitos sociais dos trabalhadores estabelecidos pela Constituição Federal, pois é a existência da relação de

emprego a “‘chave de acesso’ aos direitos e garantias trabalhistas, os quais, em regra, são assegurados, em sua plenitude, apenas aos empregados” (PORTO, 2008: 5).

O código do sistema, conforme mencionado, representa a unidade do sistema, e permite que ele “se conecte”, ou seja, que comece a provocar operações para identificar se aquela informação é operável por meio do sistema, e, se operável, quais seriam os resultados, as consequências internas naquele sistema, o que é dado por meio dos programas, chamados de “as regras que decidem a respeito” (LUHMANN, 2016: 126) de determinada informação no sistema. No caso do direito, os programas são “as leis do direito, mas também as premissas decisivas do sistema do direito” (ibidem).

O código do direito especifica que “legal é legal, ou seja, legal não é ilegal, se as condições dadas nos programas do sistema do direito forem satisfeitas” (LUHMANN, 2016: 224). Assim, o que dita o encaixe de determinada comunicação dentro do sistema são os programas, que especificam o significado do código, de modo que sequencialmente, a cada operação, deve-se reconstituir novamente a incidência do código identitário do sistema (idem: 226-227). Dessa forma, no subsistema justabalhista faz a cada operação a incidência do código do direito legal/não legal e do código bivalente emprego/autonomia, de modo a encadear os resultados.

Deve-se ficar claro, assim, que essa reconstituição contínua de sentidos em programas e operações é realizada principalmente porque “o sistema não pode simplesmente deixar (...) [o] ilegal ao arbítrio de suas próprias mãos, tendo de encontrar possibilidades de tratar esse ilegal nos termos da legalidade” (LUHMANN, 2016: 232-233). Assim, a cada operação, se encadeiam novas operações que vão sempre constituindo e reconstituindo o lícito e o ilícito, e determinando consequências para o valor decorrente daquela identificação. Como exemplo, vale pensar na hipótese de um ato apontado como ofensivo à honra. Tido por ilícito, não se fecha na própria noção de ilicitude, sem consequências. Ele desencadeia outras operações de reconstituição por meio de outras identificações de licitude/ilicitude. Por exemplo, indenização por danos é lícita ou ilícita? Sendo lícita, um valor especificado para a indenização é lícito ou ilícito? Se ilícito, qual a medida de conversão da licitude? (ibidem)

Portanto, na história do sistema as operações vão se encadeando inclusive para fornecer respostas, positivas ou negativas, também a encadeamento de outros fatos em período posterior, tornando o sistema cada vez mais complexo e concatenado, se

autorreferenciando e também se autorreproduzindo. Inclusive a diferenciação funcional dos sistemas dá-se da mesma forma por meio do aumento histórico da complexidade da sociedade, que começa a necessitar dessa diferenciação funcional para dar processamento a questões internas a ela. Nesse processo, pode-se identificar a formação do subsistema justralhista, que surge como resultado do encadeamento de fatos da sociedade e do direito após as revoluções industrial, liberal e econômica, ou seja, com a modernidade:

Somente a partir do processo de surgimento do trabalho juridicamente livre, em finais da Idade Média, como um dado intenso, relevante e crescente; somente, tempos depois, com a dinâmica de construção da sociedade industrial urbana – que reconectou aquele trabalhador ao sistema produtivo, através de uma nova modalidade de relação jurídica, que iria se tornar dominante (a relação de emprego) – em síntese, somente a partir desse quadro contextual complexo é que se firmaram as condições para a consumação da nova relação jurídica empregatícia. Por essas razões é que a pesquisa sobre a caracterização da relação de emprego é essencialmente uma pesquisa em torna da modernidade, uma investigação sobre elementos e dinâmicas muito próprias à contemporânea sociedade capitalista originada no Ocidente. (DELGADO, 2012: 283)

Logicamente, até pelo código operativo básico do subsistema justralhista emprego/autônomo, que a formação desse subsistema preserva uma dicotomia histórica entre trabalho autônomo e trabalho subordinado (BORBA, 2015, 20), que se mantém no Brasil pela permissão constitucional de realização de qualquer trabalho⁶⁵. Dicotomia essa que também permanece ao redor do mundo, como pode ser observado em recente relatório da Organização para a Cooperação e o Desenvolvimento Econômico – OCDE⁶⁶, bem como no relatório sobre tempo de trabalho do Comitê de Peritos da OIT para a 107^a Conferência Internacional do Trabalho⁶⁷ (realizada em 2018). Ambos discorrem sobre questões da atualidade quanto ao

⁶⁵ Constituição Federal, artigo 5º, XIII - XIII - é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer.

In: BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil (1988). Promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: março de 2018

⁶⁶ OECD. *OECD Employment Outlook 2017*. OECD Publishing, Paris: 2017. Disponível em http://dx.doi.org/10.1787/empl_outlook-2017-en. Acesso em maio de 2018.

⁶⁷ ILO. *Ensuring decent working time for the future. General Survey concerning working-time instruments. Report of the Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations (articles 19, 22 and 35 of the Constitution)*. International Labor Office, Genebra: 2018. Disponível em http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---relconf/documents/meetingdocument/wcms_618485.pdf. Acesso em maio de 2018.

emprego típico, a formas não padrão de emprego, e a formas alternativas de trabalho (ou seja, autonomia), comumente identificadas pelo termo *self-employment*⁶⁸.

Sendo a relação de trabalho gênero, enquanto a relação de emprego uma de suas espécies (RUSSOMANO, 2000: 60), necessário perquirir como a última se diferencia das outras espécies de relações de trabalho para o fim da aplicação do código emprego/não emprego, haja vista que o código, em si, não fornecesse os elementos para tanto. Para tanto, o sistema se utiliza de seus programas (LUHMANN, 2016), ou melhor, da aplicação de diferentes programas do sistema justrabalista como motores dessa qualificação.

Por isso, é necessário, no contexto do subsistema jurídico trabalhista brasileiro, especificar os programas de identificação do código bivalente em exame, por meio dos quais se acaba por processar e operar novas distinções dentro do sistema. Para tanto, deve-se lembrar que até a formação de uma relação de emprego, seu desenvolvimento afasta o trabalho de uma perspectiva hierarquizada baseada em um *status* (servo, aprendiz), transformando-o no cumprimento de uma obrigação contratada pelas partes, em que o trabalho é visto como mercadoria, mantendo-se a perspectiva hierarquizada, mas agora vinculada a um submissão jurídica (RUSSOMANO, 2000). Dessa forma, o empregado

seria reconectado, de modo permanente, ao sistema produtivo, através de uma relação de produção inovadora, hábil a combinar liberdade (ou melhor, separação em face dos meios de produção e seu titular) e subordinação. Trabalhador separado dos meios de produção (portanto juridicamente livre), mas subordinado no âmbito da relação empregatícia ao proprietário (ou possuidor, a qualquer título) desses mesmos meios produtivos – eis a nova equação jurídica do sistema produtivo dos últimos dois séculos. (DELGADO, 2012: 87)

Este conceito acompanha, segue, e se desenvolve junto ao desenvolvimento, posterior à revolução industrial, da forma de produção chamada de modelo fordista, onde um grande negócio industrial mantém vinculados, em uma relação hierarquizada e com gestão piramidal, um complexo de trabalhadores de restrita especialização e competência. Vale mencionar que mesmo tendo ocorrido mudanças enormes nas formas de trabalho nos mais diferentes países, ainda se mantém essa premissa, em diferentes graus e variações, como o modelo de troca entre altos graus de subordinação e controle disciplinar pelo empregador, e estabilidade e

⁶⁸ Tradução livre do autor: auto-emprego.

compensações sociais e garantias/benefícios (extensivas à família) para o empregado (SUPIOT, 2005: 1).

É por esse motivo que comumente se identifica a subordinação, cuja importância não se pode negar, como elemento central da relação de emprego. Alain Supiot, a esse respeito, declara que *“the employment contract is basically defined here by the bond of subordination it establishes between the worker and the party to whom his services are delivered”*⁶⁹ (SUPIOT, 2005: 1).

Ainda que se reconheça a subordinação como elemento hierárquico imprescindível para a configuração da relação de emprego, deve-se pontuar que o sistema jurídico trabalhista brasileiro, no que importa à definição de empregado⁷⁰, adota outros programas ao lado da subordinação que implicam na situação de vínculo hierárquico. Nesse sentido, para definir a existência de uma relação de emprego, os principais programas estão contidos no artigo 3º da Consolidação das Leis do Trabalho, o qual dispõe que se considera “empregado toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário” (BRASIL, 1943). Sendo assim, comumente a doutrina trabalhista delimita a situação de emprego como aquele “negócio jurídico pelo qual uma pessoa física (empregado) se obriga, mediante o pagamento de uma contraprestação (salário), a prestar trabalho não eventual em proveito de outra pessoa, física ou jurídica (empregador), a quem fica juridicamente subordinada” (SÜSSEKIND *et alli*, 2003: 237), ou, ainda, como aquela relação “identificada por sua natureza contratual entre empregado e empregador, tipificada pela (a) pessoalidade, (b) não eventualidade, (c) remuneração e (d) subordinação jurídica” (BORBA, 2015, 23) vinculada ao poder diretivo e disciplina do empregador (*ibidem*). Tratam-se de “elementos essenciais ou obrigatórios (...) porque sem eles o trabalhador não será empregado” (PINTO, 2007: 119).

Os elementos mencionados nos parágrafos anteriores são, portanto, o que se pode chamar, na linguagem da teoria dos sistemas, de programas orientadores do código bivalente emprego/não emprego a uma determinada relação jurídica contratual tratada como informação para os fins de gerar o acionamento de outros programas, estruturas e operações do

⁶⁹ Tradução livre do autor: “o contrato de emprego é definido basicamente como a ligação de subordinação estabelecida entre o trabalhador e a parte a quem seus serviços são prestados”.

⁷⁰ Acerca dessa questão, acompanhar-se-á, nesse trabalho, a consideração de Mozart Victor Russomano (2000) de desnecessidade de qualificação específica da figura do empregador, isto é, a utilização de conceitos e critérios independentes. Basta afirmar que empregador é aquele quem emprega um trabalhador, bastando qualificar-se este como empregado.

subsistema jurídico trabalhista, de forma a, nos termos de Joselita Nepomucemo Borba (2015) atrair a incidência do direito tutelar do trabalho.

Tendo identificado quais são os elementos essenciais, ou programas, necessário definir com maior acuidade o que é entendido por cada um deles, até porque esse é ponto diretamente relacionado com o exame da terceirização frente ao subsistema justrabalhista, começando-se pelo que mais diretamente é caracterizável a prestação de serviço por pessoa física.

O programa prestação de serviço por pessoa física nem sempre é citado por doutrinadores, por se entender estar implícito tanto no critério da subordinação como no da pessoalidade. No entanto, é um critério independente, diretamente vinculado ao artigo 3º da CLT, ainda que muito interligado aos citados critérios. Ele significa que somente há relação jurídica trabalhista (ou seja, empregatícia) caso o empregado, que põe seu trabalho em favor de alguém que o contrate, seja pessoa física. Ora, o trabalho necessariamente é atividade realizada por pessoa natural, enquanto uma prestação de serviços sob o Direito Civil, é, a grosso modo, uma obrigação de fazer realizada tanto por pessoa natural, como por jurídica (DELGADO, 2012: 284). Não há como haver uma relação de emprego entre pessoas jurídicas, ou entre uma pessoa física na situação de contratante com uma pessoa jurídica como contratada (ROBORTELLA e PERES, 2015: 177).

Já a onerosidade significa a necessária contraprestação do empregador em face do trabalho efetuado pelo empregado, ou seja, o pagamento do salário, inclusive valendo lembrar a definição de Mozart Victor Russomano de que o Direito do Trabalho toma estrutura a partir do momento em que se consolida o regime do *salariato* (RUSSOMANO, 2000). De fato, tendo a relação de emprego um essencial fundo econômico, relações não econômicas que envolvam alguma forma de trabalho não são emprego pela falta do elemento oneroso, ainda que de caráter subjetivo, como é o caso do trabalho voluntário (DELGADO, 2012: 291-294).

Já o programa da relação de emprego chamado não-eventualidade⁷¹ significa que o trabalho seja prestado com “caráter de permanência (ainda que por um curto período determinado), não se qualificando como trabalho esporádico” (DELGADO, 2012: 287).

⁷¹ A legislação aplicável ao trabalho doméstico estabelece critério distinto, nesse aspecto, qual seja, a continuidade, o que podemos entender como a própria complexidade do sistema. Deve-se ressaltar, ainda, que a legislação trabalhista chamada de clássica por Maurício Godinho Delgado “não incide sobre o trabalhador eventual – embora não haja dúvida de que ele também possa ser um trabalhador subordinado” (2012: 287). Ressalte-se, no entanto, que a Lei 13.467 de 2017, conhecida como “reforma trabalhista”, criou a figura do

Os últimos programas identificadores do emprego ou de sua inexistência são a pessoalidade e a subordinação, os quais são interligados, pois “a pessoalidade é elemento caracterizador da prestação do empregado por derivação direta da subordinação” (PINTO, 2007: 120). Com efeito, a substituição daquele a quem se dirige o poder de subordinação descaracterizaria o objeto do contrato de emprego, justamente o tratamento do trabalho como a mercadoria objeto de negociação (de um contrato) por meio da subordinação do trabalhador. Mas, ainda que interligados, são distintos, devendo ser abordados em separado, ainda que sequencialmente. Mencionar-se-á inicialmente a pessoalidade, até porque o início do exame da subordinação leva a uma discussão mais profunda no próximo capítulo.

A pessoalidade determina que a relação de emprego é de caráter personalíssimo, ou seja, *intuitu personae*, especialmente para o trabalhador, impedindo que este se faça substituir por outrem, pois “por mais humilde que seja a função do trabalhador, o empregador o admite tendo em vista suas qualidades pessoais” (RUSSOMANO, 2000: 67-68). A pessoalidade, portanto, “torna impessoal e fungível a figura específica do trabalhador enfocado” (DELGADO, 2012: 285), e sua substituição descaracteriza o vínculo de emprego, “por ausência de seu segundo elemento fático-jurídico” (*ibidem*).

E, por fim entre os programas identificadores do código emprego/autonomia, tem-se, segundo a redação do artigo 3º da CLT, a dependência, a qual tem sido tratada historicamente no Direito do Trabalho brasileiro como subordinação (RUSSOMANO, 2000). Esta é considerada o principal critério caracterizador da relação de emprego, um “elemento central do Direito do Trabalho”, e, “por meio de sua compreensão e concretização no plano dos fatos, (...) [seria] possível atribuir a alguém o *status* de empregado e conseqüentemente, a fruição de direitos trabalhistas” (ALVES, 2017: 73-74). Nesse sentido, cabe afirmar que

não obstante a relação de emprego resulte da síntese indissolúvel dos cinco elementos fático-jurídicos que a compõem, será a subordinação, entre todos esses elementos, o que ganha maior proeminência na conformação do tipo legal da relação empregatícia. (DELGADO, 2012: 294)

trabalho intermitente, ou seja, um vínculo de emprego que gera prestação de trabalho de forma intermitente, eventual, com remuneração decorrente da execução dos serviços (BRASIL, 2017b). Há, além disso, como explica Maurício Godinho Delgado (2012: 286-291), trabalhos não-eventuais, mas executados de forma intermitente (não se confunda com o trabalho intermitente acima mencionado) em um período de tempo longo (anual), mas com efetivo labor prestado em períodos de tempo contínuo, como é o caso dos safristas em atividades agrícolas. Logo, a inexistência do vínculo de emprego pela eventualidade do trabalho é uma hipótese existente, mas a evolução desse instituto aponta não ser ele um requisito unívoco e absolutamente necessário para a caracterização de uma relação de emprego.

Por isso a subordinação é apontada como o elemento diferenciador específico da relação de emprego em relação ao não emprego, ou trabalho independente, autônomo⁷². Nesse sentido, Maurício Godinho Delgado, ao tratar especificamente da questão do trabalho autônomo, aponta que todos os trabalhos executados dessa forma “afastam-se da figura técnico-jurídica da relação de emprego *essencialmente* pela falta do elemento fático-jurídico *da subordinação*” (DELGADO, 2012: 336).

Destaca-se que essa subordinação é especialmente uma sujeição de natureza jurídica pela qual se distingue “o contrato de trabalho de outras modalidades de contrato que têm por objeto o trabalho humano” (BORBA, 2015, 24), e permite que o empregador dirija, fiscalize e assalarie a prestação pessoal de serviços (MANUS, 2015: 6). Ou seja, é um programa que toma forma essencialmente dentro do próprio sistema do direito naquele contexto histórico que se tratou anteriormente.

A subordinação, no entanto, é um dos programas do subsistema jurídico do trabalho que tem um sentido mais aberto, servindo para configurar e reconfigurar a sua própria abrangência como programa identificador do código. Por isso, ao longo do tempo seus sentidos têm se alterado, e continuam sendo, frente à realidade social complexa e contingente, pois esta “cria novas formas de trabalho e de trabalhadores” (ANDRADE, 2014: 26).

De toda forma, pode-se sintetizar, então, o subsistema do direito do trabalho como aquele conjunto de estruturas, programas e operações que se apresentam como princípios e normas que disciplinam o contrato de emprego, codificado sob a estrutura bivalente emprego/não emprego (ou emprego/autonomia). Tais normas dizem respeito, portanto, à questão social do trabalho como “atividade produtiva exercida livremente para outrem e de forma subordinada” (MARTINEZ, 2006: 47). Contudo, permanece a dúvida sobre o que deve ser entendido por subordinação e como suas alterações ao longo da história do subsistema jurídico trabalhista podem ser entendidas dentro de um contexto de teoria dos sistemas autopoieticos. Por isso, e pela importância que esse elemento tem dentro da análise quanto à terceirização frente ao direito do trabalho, ao tema será dedicado o próximo capítulo.

⁷² Cabe mencionar, ademais, que a subordinação empregatícia não pode ser confundida com a subordinação empresarial, “na qual um empresário está obrigado a organizar sua empresa em conformidade com as instruções dadas por outro empresário” (COELHO, 2015: 55-63), como no caso do contrato de franquia.

3 A VARIABILIDADE DO PROGRAMA SUBORDINAÇÃO E A FUNÇÃO DO DIREITO

Os capítulos anteriores mostraram a transformação do trabalho humano como fato e gerador de informação para a sociedade ao longo do próprio processo de evolução pelo qual esta última passou, o que se deu, de certa forma, com desenvolvimentos paralelos entre sociedade, economia e direito⁷³.

Viu-se, assim, que a sociedade passou a se direcionar em seus problemas sociais por meio de sistemas funcionalmente diferenciados, autorreferenciados e autorreprodutores, em comunicações definidas a partir da função e do código bivalente positivo e negativo de cada um dos sistemas. Isto ocorreu especialmente na modernidade, ou seja, após as revoluções industrial, liberal e econômica, que espraíram consequências em maior ou menor nível nas sociedades nacionais,

Um dos sistemas que se diferencia funcionalmente nesse processo é o sistema do direito, que passa a se autorreferenciar e a se autorreproduzir em torno do código lícito/ilícito e da função de convergência congruente de expectativas normativas. Já as questões relativas ao trabalho começam a também gerar maior complexidade na sociedade e também no sistema do direito, a ponto de se desenvolver um Direito do Trabalho, que, como um subsistema jurídico, passa a operar sob o código emprego/não emprego.

Como forma de identificar as diferenciações do código bivalente dos sistemas, esses utilizam programas, os quais atribuem o sentido ao lado positivo ou ao negativo e impõem o tratamento a ser dado para as diferentes respostas do código. No subsistema jurídico trabalhista, verificou-se que alguns programas são utilizados para atribuir o caráter de relação de emprego ou de inexistência de relação de emprego (autonomia), entre eles o critério chamado subordinação.

⁷³ Embora não seja o foco desse estudo, deve-se falar também do desenvolvimento paralelo do sistema da política, que nesse processo recebe irritações e causa irritações nos demais sistemas, especialmente no Direito em decorrência da função da Política de tomada de decisões de maneira coletivamente vinculantes – leis (CORSI, ESPOSITO. BARALDI, 1996), tendo em vista as informações geradas nos outros sistemas sociais, relacionadas justamente à formação de um capitalismo, de um mercado de trabalho, da necessidade de sustento familiar e do pauperismo, enfim, em decorrência do que foi chamado de “questão social”.

No entanto, pela variabilidade do critério subordinação, esse é um programa do subsistema do direito do trabalho que deve ser mais bem analisado, inclusive com fins de se verificar como essa variabilidade pode ser entendida dentro do contexto da teoria dos sistemas, e também porque é elemento relevante para a análise da terceirização frente ao subsistema do direito do trabalho. Essa é, portanto, a proposta do presente capítulo.

3.1 A fundação do programa subordinação

A subordinação é tida como o principal e mais complexo programa informativo do código do Direito do Trabalho, isto é, emprego/autonomia, ou emprego/não emprego. Ela está impregnada na própria estrutura de formação do subsistema jurídico trabalhista. Com efeito, ela é característica essencial por meio da qual o trabalhador presta serviços, por força da relação de emprego, subordinado às ordens legítimas do empregador (RUSSOMANO, 2000: 60). Decorre, assim, da natureza da organização interna da empresa nesse processo de evolução, a qual se constitui em planos hierárquicos (sistema hierárquico), sendo o comando no topo da hierarquia pertencente ao empregador. Isso porque, com o aprofundamento do processo industrial de produção na modernidade, *“el trabajo em la fabrica exigia la movilización de um ‘ejército industrial’, concebido sobre el modelo militar de subordinación⁷⁴”* (SUPIOT, 2008: 19).

O subsistema jurídico trabalhista, portanto, utiliza a subordinação como programa essencial para a caracterização do emprego porque enxerga uma das estruturas da sociedade, a da produção/trabalho, de base fabril (na qual se embasa), como uma estrutura hierárquica, onde os trabalhadores estão subordinados aos empregadores, em funcionamento similar ao de um sistema estratificado como o de separação entre nobreza (patrões) e plebe (trabalhadores), inclusive existindo nessa organização diferentes níveis hierárquicos e sendo possível alguma mobilidade econômico-social, de forma semelhante à apontada por Luhmann a respeito do feudalismo tardio (LUHMANN, 2006: 555-556). Deve-se dizer, ademais, que similarmente à plebe, o trabalho operário era entendido como “o estrato inferior do trabalho, tecnicamente o mais grosseiro e socialmente o menos digno” (CASTEL, 2015: 454).

⁷⁴ Tradução livre do autor: “o trabalho na fábrica exigia a mobilização de um “exército industrial”, concebido sobre o modelo militar de subordinação”.

Nessa estrutura, a “indignidade das condições do trabalho subordinado”, tendo em vista a existência de condições ruins de trabalho, de excessivas jornadas e da exploração de mulheres e menores e insegurança quanto ao futuro dos trabalhadores (NASCIMENTO e NASCIMENTO, 2014: 42), além da urbanização e da concentração de pessoas ao redor das fábricas, gera complexidades sociais, cujo conjunto é chamado de pauperismo (CASTEL, 2015), ou de “a questão social” (MARTINS FILHO, 2018). Tais complexidades passam a ser processadas no interior do Direito do Trabalho que começava a se diferenciar dentro do sistema do Direito, o qual, por meio da fórmula da justiça, utiliza a desigualdade entre os polos da relação de emprego em virtude da subordinação para iniciar a construção de um complexo de programas e estruturas que surgem como forma de recriar alguma forma de justiça no sistema. Destarte, essas informações sociais geram no direito a necessidade de ele se estruturar a ponto de fundar os conceitos de contrato de trabalho e de direito do trabalho, os quais visam a marcar uma espécie de igualdade e liberdade na subordinação dentro de uma estrutura hierarquizada de empresa:

Caracterizado de este modo por la subordinación, el contrato del trabajo abarca, dentro de los principios de libertad y de igualdad contractuales, los principios contrarios de dependencia y jerarquía. Pero, en su aplicación, la subordinación debe, por su parte, abarcar los valores de libertad y de igualdad, ya que el derecho del trabajo se aplica para restringir los poderes del empleador a aquello que es necesario para la ejecución del contrato. Al tratarse de un criterio del contrato de trabajo, la subordinación está, por lo tanto, también limitada por lo derecho del trabajo⁷⁵ (SUPIOT, 2008: 69).

Vê-se, assim, que o programa subordinação e o código bivalente emprego/não emprego nascem em um contexto de trabalho industrial, de estruturas hierarquizadas. No entanto, aos poucos começam a ser utilizados também em outras relações de trabalho subordinado, como por exemplo, no comércio, nos serviços, na agricultura, ainda que esta subordinação se dê diferentemente, mas sob condições assemelhadas, e cumprindo os demais requisitos da relação de emprego (MANUS, 2015: 7). Além disso, o referido programa mantém-se como critério de caracterização do emprego ainda sob o influxo das mais diversas

⁷⁵ Tradução livre do autor: “Caracterizado assim pela subordinação, o contrato de trabalho abarca, dentro dos princípios de liberdade e de igualdade contratuais, os princípios contrários de dependência e hierarquia. Mas, em sua aplicação, a subordinação deve, por sua vez, abarcar os valores de liberdade e de igualdade, já que o direito do trabalho se aplica para restringir os poderes do empregador àquilo que é necessário para a execução do contrato. Por tratar-se de um critério do contrato de trabalho, a subordinação, está, portanto, também limitada pelo direito do trabalho”.

transformações ocorridas na sociedade, no mundo empresarial, na própria estrutura de qualificação dos empregados e no aumento de acesso a informações e a comunicações (ibidem) que tornam cada vez mais complexa a sociedade.

Com isso, o critério subordinação evolui de um critério fundado na estrutura de produção das grandes fábricas industriais para uma caracterização focada, essencialmente, no fato de o trabalhador prestar serviços, por força de um contrato de emprego, subordinado às ordens daquela outra parte no contrato, o empregador (RUSSOMANO, 2000: 60). A subordinação, assim, passa a ser um critério que se altera no tempo do sistema do direito, passando a decorrer ou diretamente da empresa (ocidental), ou da sua forma de organização, que se constitui “em planos diversos de hierarquia, que se justapõem e que são acionados pelo empresário dentro de um critério necessariamente harmonioso, no qual o comando pertence ao empregador” (ibidem). Dessa forma, a noção de subordinação passa a ser percebida como “o vínculo obrigacional que une, reciprocamente, o trabalhador e o empresário, subordinando o primeiro às ordens legítimas do segundo, através do contrato individual de trabalho”⁷⁶ (ibidem).

Tal noção, identificada por muito tempo como a subordinação jurídica, ou clássica, é fruto da própria alterabilidade dos programas do subsistema social para manter o código bivalente imutável. Vale notar que até a própria noção dessa subordinação jurídica vem sendo rediscutida pelos operadores do direito face ao incremento da complexidade da sociedade, a qual tem levado para o que é chamado de “crise da subordinação” (ANDRADE, 2014), conforme será discutido em tópico posterior. Mas antes de se examinar tais questões, é necessário abordar como se dá essa alterabilidade de programas do direito.

3.2 A variação dos programas do direito e a subordinação empregatícia

A subordinação, como visto, é um programa pela qual se identifica a situação dentro do subsistema justralhista de emprego ou não emprego, a qual é derivada de um contrato pelo qual “o empregado se obriga a acolher a direção do empregador sobre o *modo de*

⁷⁶ Contrato individual de trabalho ou contrato de emprego, sendo esta última expressão a opção principal de utilização no presente estudo para marcar mais fortemente a diferença emprego/não emprego.

realização da prestação de serviços” (DELGADO, 2012: 86). Esse conceito é uma evolução do próprio sistema que, tendo em vista a complexidade do ambiente, opera um programa alterável, mutável, com apoio, no direito, da fórmula da contingência – a justiça (igualdade) (VIANA, 2015), até porque, de outro lado, o código do sistema é imutável, se mantém intacto, fazendo com que a complexidade ambiente possa ser processada no interior do sistema por meio do aumento da própria complexidade.

Tal se dá, no direito, por meio da já comentada positivação do direito⁷⁷. Com efeito, o aumento da complexidade da sociedade gera a necessidade de um direito funcionalmente diferenciado, o que ocorre com sua positivação e, portanto, modificabilidade, ao contrário do que ocorre com o direito natural ou divino, alegadamente imutáveis (LUHMANN, 2016). Essa modificabilidade ocorre de diversas formas, mas principalmente tanto por meio do processo legislativo (sistema político gerando irritações no sistema jurídico pelas quais esse se modifica em seus programas, operações e estruturas), como por meio de seus próprios processos decisórios, fazendo então que sua adaptação possa ter um amplo alcance e, assim, não fiquem mais as normas sociais subordinadas aos processos orais de transmissão, a exemplo do processo existente nas sociedades menos complexas (idem, 1985: 10).

Sob o influxo das informações e irritações do ambiente, a positivação do direito permite o aumento do uso de fórmulas escritas, estruturadas, com códigos, instruções normativas e a interpretação de juristas e demais pessoas sobre aquelas mesmas fórmulas. Com isso, o direito altera-se, cria também novas alternativas, torna-se também mais intrincado e, portanto, mais complexo. Dá-se origem, assim, a um processo de estruturação e reestruturação contínuas, que, em paralelo com o aumento da dogmática jurídica focada nas ideias de coerências histórica e sistemática (como é o caso da discussão doutrinária sobre a subordinação), motiva que se tenha um sistema adaptativo (LUHMANN, 2016: 364), revelando um aumento da capacidade de interpretação jurídica para práticas jurídicas “aparentemente adequadas, mas não, precisamente, a uma prática jurídica consistente” (LUHMANN, 2016, 372), embora assim entendida pela dogmática.

Isso ocorre, na perspectiva da teoria dos sistemas, porque o direito para a sociedade não pode mais ser definido em termos finalísticos, ontológicos, mas apenas pelo cumprimento de uma função para a sociedade:

⁷⁷ No primeiro capítulo.

É exatamente a referência funcional à generalização congruente que torna forçosa essa não-identidade⁷⁸ sob condições estruturais complexas e rapidamente mutáveis: o direito não pode mais ser simplesmente aquilo que ele deve fazer. Isso implode o direito natural. Agora, a “justiça” se situa à margem do direito, enquanto princípio ético⁷⁹. (LUHMANN, 1985: 27)

A positivação do direito por meio de decisões escritas (sejam elas as decisões de legisladores, juízes ou a opinião de comentaristas como doutrinadores ou mesmo pessoas implicadas numa questão jurídica), dá forma a estruturas, programas e operações do sistema, o que faz com que este se estabilize em si mesmo, fechando-se operativamente, autorreferencialmente e autorreprodutivamente, ao mesmo tempo (e porquê) permite sua adaptação durante a história do sistema. A estabilização do sistema ocorre como algo temporal, de permanência do sistema e continuidade de suas operações continuamente ao longo do tempo, ainda que questões específicas, objetivas, sejam tratadas pela própria complexidade interna do sistema com alguma margem de alteração (LUHMANN, 1989). Luhmann menciona que “the law, despite its accelerated tempo of change, remains by and large the same⁸⁰” (idem: 148).

A positivação, portanto, do Direito (e, dessa forma, do subsistema justicialista) dá, em consequência, a capacidade para que ele, permanecendo o mesmo, seja variável estruturalmente por meio de decisões racionais, com pretensão de equilíbrio e baseadas na justiça (aqui entendida como a fórmula de contingência) (LUHMANN, 1985: 42; 2016). A interdependência entre complexidade do ambiente e a complexidade do sistema por meio de sua variabilidade, ocorre por meio também da variabilidade dos programas e de sua “aplicação” aos casos processados no interior do sistema, o que depende, e gera, um fortalecimento da capacidade de seleção do sistema de respostas adequadas estruturalmente (LUHMANN, 1985: 42), no que pode ser referenciado como abertura do sistema para o meio ambiente (por meio de irritações), mas com fechamento em suas operações, dando ao Direito

⁷⁸ Sob a forma de uma essência finalística.

⁷⁹ Note-se que aqui Luhmann fala de justiça sob um ângulo moral, ético, como um fundamento de validade do sistema especialmente externo ao sistema (como uma moral generalizada e generalizante), ou mesmo como uma essência imutável do sistema, vide Direito Natural ou Direito Divino. Não se está a falar da justiça como fórmula de contingência pela qual o direito, utilizando-se do princípio da igualdade, gera balanços e modificações no próprio sistema.

⁸⁰ Tradução livre do autor: “O direito, não obstante seu ritmo acelerado de mudança, permanece basicamente o mesmo”.

a responsividade face à complexidade social (Luhmann menciona “*responsiveness to social interests*”⁸¹), aumentando sua própria complexidade interna (LUHMANN, 1989: 149).

Em decorrência desse quadro, tem-se a importância dos programas. Sua variabilidade, com a positivação do direito, “facilita concomitantemente o tratamento oportunístico dos valores: no lugar das decisões que estabelecem primados absolutos, surgem decisões fixando prioridades momentâneas” (LUHMANN, 1985: 50) e, assim, eles não fazem processamento de informações dentro do sistema continuamente de modo idêntico, mas fazendo generalizações não homogêneas ao longo do tempo, que o mantém basicamente o mesmo, mas com variações, o que não aconteceria se o processamento de informações fosse aferido sempre da mesma forma, “por uma espécie de verdade natural do ser”, e, assim, sempre generalizando as mesmas expectativas. (LUHMANN, 1983, 110)

Em resumo, “com a mudança das estruturas sociais, mudam também as maneiras pelas quais o sistema legal, *a partir de si mesmo*, passa a levar em conta essas mudanças” (LUHMANN, 2016: 80), o que ocorre especialmente por meio dos programas, os quais fazem as generalizações de expectativas normativas do direito.

Por esse modo de funcionamento, essencial à permanência alterável do processamento de informações do Direito, mas com função do sistema e, especialmente, código bivalente imutável, é que se explica como o critério subordinação, aplicado ao código emprego/não emprego, passa a abarcar não só os fatos sociais que fundam a realidade fabril, hierarquizada militarmente, como também outras realidades de trabalho (comércio, serviços, agricultura), ampliando, e alterando, seu escopo de atuação. Tal desenvolvimento se repete, em maior ou menor grau, no Brasil, com particularidades face ao programa básico que, no país, informa a existência ou não do vínculo de emprego, o artigo 3º da CLT, conforme será visto no tópico seguinte.

⁸¹ Tradução livre do autor: “responsividade aos interesses sociais”.

3.3 A estrutura básica (discussão inicial) da subordinação no Brasil

O artigo 3º da Consolidação das Leis do Trabalho - CLT estabelece os principais programas de identificação da relação de emprego no Brasil. Os contratos de trabalho regulamentados pela Consolidação, tais como os de prazo indeterminado, de prazo determinado, aprendizagem, intermitente, estão vinculados àqueles programas, e, em maior ou menor grau para as diferentes realidades urbanas de trabalho, estabelecem uma relação hierarquizada de trabalho.

No entanto, a subordinação, o programa tido como fundamental para o estabelecimento da relação de emprego e, portanto, para a operação do código emprego/autonomia ali não consta expressamente, sendo uma construção doutrinária (dogmática e decisões judiciais operando sobre a lei escrita, constituindo o direito positivado) vinculada ao termo dependência, esse sim presente na CLT (ANDRADE, 2014: 53).

A vinculação da palavra dependência à subordinação (em típico exemplo da alterabilidade do programa positivado) se dá porque se entende a subordinação como uma dependência do trabalhador a outra pessoa, ou seja, a execução de um trabalho como mercadoria fictícia (POLANYI, 2000) por conta alheia (ANDRADE, 2014: 27). Essa subordinação é refletida, especialmente, como subordinação jurídica, um estado de direito “segundo o qual nasce o direito de o empregador dar ordens” (idem: 53), ou o “lado passivo do poder de comando do empregador” (idem: 55). Dessa forma, diz-se que se utilizando do

critério da dependência, conclui-se que a subordinação nada mais é do que um estado de dependência pessoal do trabalhador e, em consequência desta situação, o empregador detém os poderes de direção e disciplinar, para comandar o negócio e punir o empregado, quando não observados por este último, as diretivas da legislação, bem como as previstas pelo próprio ordenamento interno da empresa” (ANDRADE, 2014: 54)

Contudo, como exemplo típico de um programa capaz de se adaptar à dinâmica social, tornando, portanto, o Direito (do Trabalho) mais complexo, além da questão da subordinação ser uma construção em torno do termo dependência, sempre existiu discussão sobre o que essa subordinação/dependência significaria. Com efeito, a discussão doutrinária tradicional acerca do critério abrangeu, durante muito tempo, três principais hipóteses identificadoras da

subordinação: (i) a dependência (ou subordinação) técnica, pela ordenação, organização e direção da empresa pelo empresário, que tem a visão global do empreendimento e determina o direcionamento técnico dos esforços dos empregados; (ii) a dependência (ou subordinação) econômica, fundada no fato de que o trabalhador depende economicamente, na figura do salário, de seu emprego para sustentar-se e a sua família e; (iii) a dependência (ou subordinação) hierárquica (jurídica)⁸², isto é, a submissão ao poder diretivo do empregador, que tem o direito de dar ordens legítimas, e o empregado, que tem o dever de cumpri-las (RUSSOMANO, 2000: 63).

A modificação temporal do programa subordinação do direito do trabalho para o fim de identificar a incidência do código emprego/não-emprego mostra-se de forma muito clara no que importa à passagem dos dois primeiros critérios mencionados anteriormente, o técnico e o econômico, para o hierárquico-jurídico.

Vale, nessa análise, lembrar que o Direito do Trabalho começa a se diferenciar funcionalmente no contexto da industrialização e da formação das grandes massas de trabalhadores (operários) fortemente dependentes do salário para a sobrevivência sua e de sua família (dependência econômica), e também pela execução tecnicamente dependente do domínio e orientação do empregador, que era quem tinha *know-how* sobre a produção (dependência técnica). No entanto, essas duas formas de se caracterizar a relação de emprego vão sendo, pela perda de sua atualidade, abandonadas no tempo em prol do uso da chamada concepção jurídico-hierárquica de vínculo de emprego (PINTO, 2007: 125-127). Explica-se cada uma.

A subordinação técnica depende da premissa de que o empregado seria um mero reprodutor de um afazer ordenado pelo empregador, sem domínio de suas atividades exceto no que restritivamente e rigidamente determinado pelo empresário, que tem, “junto com o poder de determinar o trabalho, o saber fazê-lo” (PINTO, 2007: 126). Ainda que em escalas variáveis de coerência com a realidade no que importa a essa premissa de funcionamento da relação, o fato é que ela se baseia nesse contexto industrial, das primeiras décadas entre as duas primeiras “ondas” da Revolução Industrial ou, antes dela, do contexto das corporações de ofício, tempo em que o aspecto técnico do empreendimento de maneira geral estava

⁸² Ou, como será utilizado preferencialmente no presente estudo, subordinação hierárquico-jurídica.

diretamente sob o domínio do contratante em relação aos trabalhadores que podem ser chamados, nesse caso, simplesmente de mão de obra.

No entanto, com o tempo crescem as técnicas de produção e a capacidade econômica das empresas, e em poucos casos o domínio técnico do empregador mantém-se como premissa real, inclusive com os trabalhadores cada vez mais capacitados para suas tarefas, dispensando a direção do empregador para a execução dos afazeres técnicos. O empregador, por outro lado, passa a realizar a gestão econômica da empresa, retirando-se da ordenação técnica contínua (PINTO, 2007).

Com efeito, a subordinação técnica como programa caracterizador do contrato de emprego passa a ser um critério duvidoso, pois, apesar de geralmente o trabalhador estar subordinado diretamente às instruções, preferências e execução de haveres profissionais de acordo com as prioridades do empregador, não é incomum, especialmente na era atual, que o empregado seja um *expert*, dite as formas de trabalho e “utilize suas técnicas pessoais ou seus estilos próprios na empresa e, até mesmo, em sua remodelação funcional” (RUSSOMANO, 2000: 62-63), mas não deixe de ser um empregado, pois subordinado por contrato de emprego ao empregador. Nesse sentido, pode-se inclusive dizer que é o empregador quem “se tornou dependente de prepostos profissionalmente preparados” (PINTO, 2007: 127). Com isso, mesmo sem (ou residual) dependência técnica, mas ainda empregado, ou se retorna aos critérios meramente civilistas de contratação, o que é inviável pela característica intrínseca do contrato de trabalho onde a força de trabalho se compromete genericamente a executar, porém indeterminadas, tarefas, sem a fixação da totalidade das relações entre os contratantes (OFFE; HINRICH, 1989: 53-54), ou se tem alguma outra hipótese de entendimento do programa subordinação.

Análise similar pode ser feita em relação à dependência econômica, expressão muito mais vinculada ao próprio vocábulo dependência do que ao vocábulo subordinação, pois, conforme mencionado, está ligada ao fato de o trabalhador depender economicamente do salário de seu emprego para sustentar-se e a sua família. Nesse sentido, não é errôneo presumir que no regime assalariado a grande maioria dos empregados depende do salário para sua subsistência, mas dizer que essa é a “característica última e fundamental” da relação jurídica é, dar um passo quase temerário (RUSSOMANO, 2000). Como exemplo, pode-se falar nos casos de outras espécies de trabalho que não o emprego, como o autônomo, por exemplo, em que o trabalhador também pode ser dependente dos pagamentos efetuados como

contraprestação de seu serviço para sua sobrevivência, mas nem por isso há relação de emprego, ou mesmo nos casos em que o empregado é financeiramente independente do salário, mas continua sob um contrato de emprego.

Nas primeiras décadas após a Revolução Industrial, pelas características típicas que ali se conjugavam, conforme visto no capítulo anterior, a dependência econômica poderia ser considerada correspondente às condições ali existentes. Contudo, “dissolveu-se [a dependência econômica] cada vez mais rapidamente, durante seu desdobramento, a ponto de tornar-se hoje imprestável para a explicação que deseja dar” (PINTO, 2007: 126), pois

a especialização das tarefas e a qualificação crescentemente sofisticada do empregado para executá-las o tornam cada vez menos dependente da retribuição por um empregador para subsistir na sociedade. São até comuns casos de empregados com mais de um emprego⁸³, todos em nível de retribuição bastante elevado e mais do que suficiente para seu sustento, que está amparado, portanto, no conjunto das relações e não em qualquer delas, individualmente. (PINTO, 2007: 126)

Vale acrescentar também que o abandono da dependência econômica como critério definidor do vínculo de emprego esteve vinculado a sua falta de coerência jurídica, pois “mostrava-se suscetível de variar de acordo com a subjetividade do intérprete e em função da variedade das situações contratuais” (PORTO, 2009: 61). Ademais, sua superação como programa definidor do aspecto positivo do código emprego/autônomo é justificado também porque, não obstante o aspecto sociológico importante da qual parte essa análise, o fato é que esse quadro não pode “influir na qualificação da relação de fato eleita pelas partes” (PESSI apud PORTO, 2009: 62), o que permitiria que se tomasse qualquer contrato de prestação de um serviço de qualquer tipo (incluindo o autônomo), como um contrato de emprego. A dependência econômica seria muito mais uma consequência jurídica que decorre de “um modelo contratual que tem como objeto exatamente o trabalho subordinado” (idem: 63), do que um requisito de instauração da relação de emprego.

Na linguagem da teoria dos sistemas, pode-se dizer que no mundo atual a utilização de um programa “dependência econômica” poderia representar a extinção do código justralhista, uma vez que teria a capacidade de tornar indiferenciada a situação emprego da

⁸³ É exemplo disso o contrato de trabalho intermitente, criado pela Lei 13.467 de 2017, a chamada reforma trabalhista.

situação autonomia, não mais sendo possível processar informações da sociedade segundo a bivalência emprego/não emprego, pois o subsistema, dessa forma, perderia seus limites.

No entanto, há buscas de resgate do programa dependência econômica. A Organização Internacional do Trabalho – OIT, em 2006, editou a Recomendação nº 198, na qual, entre diversas recomendações sobre políticas atinentes às relações do trabalho, sugere aos países membros da organização a adoção de estratégias de identificação da situação de emprego que considerem, ao lado da subordinação de caráter hierárquico, instruções quanto à adoção de um critério complementar derivado da dependência econômica que justifique o exercício do trabalho para outrem. Nesse sentido

Art. 13 (b) el hecho de que se paga una remuneración periódica al trabajador; de que dicha remuneración constituye la única o la principal fuente de ingresos del trabajador; de que incluye pagos en especie tales como alimentación, vivienda, transporte, u otros; de que se reconocen derechos como el descanso semanal y las vacaciones anuales; de que la parte que solicita el trabajo paga los viajes que ha de emprender el trabajador para ejecutar su trabajo; el hecho de que no existen riesgos financieros para el trabajador⁸⁴. (ILO, 2006)

Ou seja, busca a OIT o resgate do critério da subordinação econômica ao menos como um elemento de reforço de caracterização da subordinação fundamental para a existência da relação de emprego⁸⁵.

Volta-se aqui, no entanto, à questão da extinção dos limites que caracterizam o sistema. Seu uso como um elemento dentro do programa subordinação para caracterização do vínculo não poderia ameaçar os próprios limites do sistema, não diferenciando empregados de autônomos, acabando, assim, com a unidade e a identidade do sistema. Atenta a isso, a própria OIT sugere como critério que complementa os demais, não como elemento exclusivo de caracterização do vínculo de emprego.

⁸⁴ Tradução livre do autor: “Art. 13 (b) o fato de que se paga uma remuneração periódica ao trabalhador; de que tal remuneração se constitui na única ou principal fonte de renda do trabalhador; de que inclui pagamentos em espécie tais como alimentação, moradia, transporte ou outros; de que se reconhecem direitos como descanso semanal e férias anuais; de que a parte que solicita o trabalho paga as viagens que o trabalhador terá que exercer para executar seu trabalho; o fato de que não existem riscos financeiros para o trabalhador.

⁸⁵ Em sentido semelhante, Lorena Vasconcelos Porto, defende sua utilização como um indício da relação de emprego ou ao menos como presunção relativa de existência de vínculo de emprego, pois se trata de hipótese “sintomática da existência do contrato de emprego” (PORTO, 2009: 64). Para Tatiana Andrade, a utilização da dependência econômica conseguiria substituir a subordinação em casos de falta de clareza do vínculo de emprego, “de modo que os trabalhadores que realmente possam ser considerados hipossuficientes terão a tutela atinente ao trabalho subordinado aplicada” (ANDRADE, 2014: 111).

Não obstante essa perspectiva de retorno da dependência econômica atualmente em discussão, o critério que representa o programa principal para a bivalência emprego/não emprego é a subordinação jurídica, ou hierárquica, e que tem sido também chamada de subordinação clássica⁸⁶. Esse programa resultaria da própria natureza da organização empresarial, a quem o trabalhador se vincularia espontaneamente por força de um contrato voluntariamente aceito, e que resultaria em uma posição, do empregado, de subordinação às ordens estruturalmente dominantes do empregador⁸⁷. Assim, “quando o trabalhador não estiver **hierarquicamente subordinado** ao empresário, ele não será empregado (segundo a definição da lei brasileira)” (RUSSOMANO, 2000: 64), embora seja necessário reconhecer que essa subordinação tem diferentes níveis que dependem do tipo de relação havida entre empresa e trabalhador e da autonomia técnica deste último⁸⁸. Com efeito:

A subordinação jurídica explica sua [do empregado] posição perante o empregador, não estando sua pessoa ontologicamente sujeita ao comando patronal, mas, sim, o modo pelo qual o trabalho deve ser prestado, que é o objeto do contrato. (ROBORTELLA e PERES, 2015: 177)

Por isso se diz que a subordinação “traduz a situação jurídica derivada do contrato de trabalho mediante a qual o empregado se obriga a acolher a direção do empregador sobre o *modo de realização* da prestação de serviços” (DELGADO, 2012: 86). Subordinação esta que traça justamente a perspectiva de hierarquia do sistema, de forma semelhante aos primórdios das relações de emprego com a revolução industrial, em um esquema similar ao arranjo dos sistemas de estratificação social anterior (nobreza/plebe), o qual reproduz em maior ou menor medida um poder de direção (também de matriz jurídica) exercitado por quem ocupa a posição superior, e um dever de subordinação às ordens do poder superior por quem está no polo inferior da situação, mas para quem, em compensação, são redigidos programas de compensação com base na igualdade (direitos trabalhistas). No entanto, enquanto lá a subordinação era em termos de estratos sociais, agora a subordinação se dá com base em um

⁸⁶ De forma geral, quando se fala de subordinação jurídico-hierárquica como subordinação clássica, é porque se busca a ampliação do critério subordinação para agregar outras visões sobre os programas. Com isso, a subordinação jurídica, conforme será abordado, torna-se um programa ampliado de consideração de subordinação, como é o caso da ideia de subordinação estrutural, a qual será abordada oportunamente.

⁸⁷ Jouberto Cavalcante e Francisco Jorge Neto mencionam que essa perspectiva tomou forma com a proposição de Ludovico Barassi, em livro de 1901 (“*Il Contratto del Lavoro nel Diritto Positivo Italiano*”), o qual propunha a leitura da subordinação como aquela “sujeição plena e exclusiva do trabalhador ao poder diretivo e ao controle do empregador”. (CAVALCANTE; JORGE NETO, 2008: 32)

⁸⁸ Nesse sentido, Russomano explica que “a dependência hierárquica é tanto menor quanto mais alta a categoria profissional do trabalhador”. (RUSSOMANO, 2000: 64)

prisma objetivo, vinculado ao modo de realização do trabalho, sem sujeição pessoal, subjetiva (DELGADO, 2012), como pode ser entendido que acontecia na relação hierárquica das sociedades estratificadas.

Nesse sentido, se nas relações da sociedade estratificada a hierarquia era parte componente e indispensável da sociedade, na relação de emprego a hierarquia também se afigura indispensável ao funcionamento da empresa e da implementação da relação de emprego, o que faz com que empregador e empregado fiquem nas posições de dirigente e dirigido, em critérios hierárquicos estabelecidos face ao objeto do contrato – a execução de trabalho (PINTO, 2007: 128). Cabe mencionar que essa subordinação hierárquica, mesmo na inexistência de um contrato formal, caracteriza a existência de contrato individual de trabalho (MANUS, 2015: 12). Destarte, essa subordinação jurídica faz um subsistema jurídico trabalhista “eminentemente marcado pelo vínculo da subordinação e dentro da empresa, concebida como uma coletividade que se reúne em uma mesma atividade econômica e sob a direção do mesmo empregador” (CAVALCANTI; JORGE NETO, 2018: 30-31).

Pode-se afirmar, assim, que o sistema jurídico trabalhista opera com base em um código emprego/não emprego, cujo programa subordinação, em sua forma de utilização comum, depende de uma organização do próprio sistema com base em um programa caracterizado pela hierarquia de base jurídica.

Vê-se, então, que o próprio sistema jurídico se reenquadra em seus programas, como visto em relação às mudanças do programa subordinação em torno dos critérios técnico, econômico e jurídico-hierárquica⁸⁹. Isso permite, no entanto, que seu código bivalente mantenha-se como identidade do subsistema. Contudo, tem-se discutido, nos últimos anos, a

⁸⁹ Cabe referenciar que é comumente citado outro parâmetro para a subordinação dentro das discussões tradicionais do programa, a dependência social. Esta seria uma síntese entre as dependências econômica e hierárquica (jurídica), podendo ser caracterizada a relação de emprego se, ao mesmo tempo, houver situações de dependência econômica e de dependência jurídica, ou mesmo isoladamente uma ou outra. Autores como Mozart Victor Russomano (2000) e José Augusto Rodrigues Pinto (2007) criticam esse parâmetro porque ele representaria uma tentativa de retorno do critério econômico, sem ser capaz de responder ao critério subordinação vinculado ao poder diretivo do empregador. José Augusto Rodrigues Pinto afirma que ela é “uma teoria vaga e de leve sabor ideológico, que de modo algum elucida a essência da subordinação do empregado ao empregador” (2007: 127). Como foi uma leitura do critério subordinação que na doutrina que podemos chamar de “clássica” não encontrou respaldo; e porque, conforme mencionado quando tratado da dependência econômica, há uma busca por retorno das premissas dessa última ao mundo do trabalho; e como a dependência econômica é uma questão que se relaciona diretamente com as discussões sobre a crise da subordinação e a busca por nova leitura do programa, não se tratou detidamente da subordinação social no presente estudo sobre o tema.

“crise” da subordinação, que faria necessária a reorganização do programa sob outros parâmetros, conforme será visto no próximo tópico.

3.4 A “crise na subordinação” e a busca por novos sentidos ao programa de identificação do vínculo de emprego

A subordinação jurídico-hierárquica foi, conforme exposto, a forma para a qual evoluiu o programa subordinação/dependência de acordo com a seleção e estabilização havidas face às condições de criação do sistema jurídico trabalhista, a qual estava vinculada a uma atividade industrial talhada na hierarquização da grande fábrica, e que se espalhou em maior ou menor grau para relações de trabalho muito próximas estabelecidas em outros contextos produtivos, ou seja, em outros setores econômicos. Isso porque era marcada na relação hierárquico-jurídica fundada em um contrato que gera submissão do trabalhador ao poder diretivo do empregador, o qual pode, dentro dos limites do próprio sistema (programas jurídicos trabalhistas), dirigir o trabalho, estabelecer as prioridades, alterar o direcionamento da relação e também impor disciplina em caso de descumprimento do contrato. Trata-se de uma ordenação hierárquica evidente, que se revela, portanto, principalmente pelo poder de comando e direção, e pelo poder disciplinar.

No entanto, as últimas décadas aumentaram a complexidade do ambiente externo ao subsistema justralhista, gerando irritações que fazem com que o sistema constantemente reavalie seus programas, ou de forma a adaptá-los ao novo contexto, fazendo com que tais contingências do ambiente sejam processadas pelo sistema; ou, por outro lado, como é possível, simplesmente julgando tais informações não relevantes para o sistema, excluindo-as de processamento interno, tratando-as como “não emprego”. O fato é que tais “mudanças nas relações jurídicas de trabalho e sua fragilidade atual decorrem das transformações econômicas, produtivas, tecnológicas e sociais” (CAVALVANTE; JORGE NETO: 2018: 30).
Com efeito:

Novas tecnologias da informação introduziram mudanças profundas no mundo do trabalho. As empresas se reduziram, passaram a se utilizar da externalização (terceirização), do teletrabalho, surgindo também a teledisponibilidade e a telessubordinação. Observa-se aumento do trabalho

autônomo dependente, do trabalho precário e da grande massa dos excluídos do mundo formal de trabalho. A globalização e a internacionalização do capital determinaram novas estratégias de reestruturação das empresas e novas modalidades contratuais, com o fim de honorários fixos e jornadas rígidas (MANNRICH, 2017: 1289).

No que importa à subordinação, algumas mudanças no ambiente do sistema desafiam o próprio programa do subsistema e, portanto, o sistema justralhista. Conforme exposto, este, focado nas relações jurídico-hierárquicas caracterizadas pelo poder diretivo e disciplinar e pela vinculação do empregado a essas ordens, vê o controle do empregado se modificar. Lorena Vasconcelos Porto menciona que “o controle do empregado não desaparece, mas o seu objeto se modifica” (PORTO, 2009: 91), pois o poder normativo-disciplinar faz-se agora, em muitos casos, sobre o resultado da tarefa, e não sobre seu modo de realização. Chega-se a diagnosticar situações em que a subordinação jurídica não existe ou é muito atenuada face à proliferação de formas atípicas de trabalho e de relacionamento de empresa e trabalhadores, especialmente em modalidades vinculadas a atividades intelectuais ou com maior demanda por qualificação, e, portanto, domínio técnico (ROBORTELLA, 2017: 32). Vejamos.

Uma das principais alterações ocorridas no ambiente do subsistema justralhista que o irritaram foi a alteração no modo de produção e de gestão do trabalho, especialmente nas indústrias (que foram o foco original de surgimento do subsistema trabalhista e do programa subordinação). Em especial, costuma-se anotar que a mudança do fordismo/taylorismo⁹⁰ para o toyotismo⁹¹ como forma de produção industrial prevalecente, desafiou justamente a ideia de hierarquia vertical da produção industrial militarizada de ordens diretas do empregador quanto à forma do trabalho prestado sob um contrato de emprego, afetando inclusive a vinculação sindical dos trabalhadores (ALVES, 2017: 74). Além disso, novas tecnologias de comunicação, de produção, e de gestão, bem como a ampliação do setor terciário da economia

⁹⁰ Caracterizado pela divisão do trabalho em etapas bem atomizadas, com domínio e conceito integral da produção, verticalizada e hierarquizada dentro de uma só empresa, com uso de trabalho repetitivo e em série, e organização rígida da empresa e do trabalho. Essa forma de produção era voltada para a massificação de produtos homogêneos. (DELGADO, 2006: 153 e segs.).

⁹¹ Com o toyotismo houve uma reengenharia do processo de produção das indústrias, em especial, posteriormente também utilizadas, em maior ou menor grau, em diferentes contextos de trabalho e produção. Essa reengenharia representou o abandono do processo de produção em massa e em série, repetitivo, típico do fordismo/taylorismo, utilizando-se em consequência técnicas de gestão focadas na demanda do mercado, com “produtos restritos, sofisticados e elaborados em pequenas séries”. Ao mesmo tempo, utiliza-se de produção enxuta (*lean production*), redução do tamanho da estrutura empresarial (*downsizing*), utilização de terceirização de etapas produtivas, e atendimento ao mercado por ocasião da demanda (*just in time*), no que são “novas tecnologias de gerenciamento, com destaque para o extremado controle interno da produção” (DELGADO, 2006: 178 e segs.).

(comércio e serviços)⁹², muitas vezes diretamente interligado com o setor industrial, também se somaram nesse processo, aumentando cada vez mais a complexidade do ambiente do sistema e irritando o sistema para que o programa subordinação fornecesse novas respostas para aquele novo contexto complexo e contingente. Diz-se, assim, que “a empresa moderna, calcada na tecnologia, no conhecimento e na inovação, exige crescente qualificação e requalificação profissional, com grande autonomia na realização das tarefas” (ROBORTELLA, 2017: 31). Arion Sayão Romita, focando-se na questão do retorno do uso da dependência econômica como parâmetro da subordinação, bem resume o quadro:

Como resultado do impacto das novas tecnologias no campo da regulação das relações de trabalho, surge a tendência de substituir o critério da subordinação jurídica pelo de dependência econômica. A terceira revolução industrial (a chamada revolução tecnológica) e a globalização do mercado e da economia provocam o abandono do paradigma centrado na organização taylorista e fordista do trabalho, de tal sorte que se pode considerar superada a dicotomia subordinação/autonomia, com a emergência de novas formas de prestação de serviços ou o ressurgimento de antigas modalidades, contemporâneas do período pré-fordista: teletrabalho e trabalho em domicílio. Nessas novas formas de execução de trabalho, que podem ser denominadas pós-fordistas, importa menos a submissão técnica às ordens de outrem do que o fato de obter o ganha-pão das mãos de outrem, daí o renovado interesse pela novação de dependência econômica. (ROMITA, 2014: 243)

Dessa forma, com a mudança nas formas de trabalhar e de produzir e nas estruturas das empresas, tem-se diagnosticado que a subordinação entendida como jurídico-hierárquica, que marcou a autopoiese do sistema justralhista no seio da realidade de trabalho industrial e do trabalhador industrial não daria mais conta do cenário atual, uma vez que diversas hipóteses de prestação de trabalho a outrem surgiram, com mitigada (ou alterada) forma de subordinação. Um exemplo desse fenômeno, brevemente comentado acima, é o trabalho intelectual, porque nele “a dependência técnica é menos acentuada, na medida em que o trabalhador apenas segue as orientações do empregador, mas possui *know how* suficiente para o desempenho da atividade” (ANDRADE, 2014: 72), sendo justamente por isso que foi

⁹² Joselita Nepomucemo Borba, a esse respeito, menciona que

O abalo ao critério da subordinação como o essencial elemento diferenciador do contrato de trabalho se mostra ainda mais complexo com o avanço do setor terciário (comércio e serviços) sobre o secundário (indústria), por deixar cada vez menos parcela substancial da população economicamente ativa envolvida com a produção industrial. (BORBA, 2015, 20)

contratado para aquela atividade. Vê-se, contudo, que se foca, nesse aspecto, não no critério hierárquico-jurídico, vinculado ao poder diretivo e disciplinar, mas à capacidade técnica.

Outra hipótese comumente citada como exemplo da mitigação da subordinação jurídico-hierárquica é o trabalho à distância, ou *home office*, pois nele o trabalhador se distanciaria de um controle direto do empregador, adquirindo, por vezes, formas de contraprestação na base de produtividade, de entrega de um produto ou um serviço, que o assemelharia ao autônomo. Com isso, a visão tradicional sobre a subordinação e o vínculo de emprego (muito embora o fato do trabalho à distância não impeça também a submissão a um poder diretivo e ao poder de disciplinar, ainda que de forma mitigada) não mais seria suficiente, “tendo em vista que os critérios clássicos foram construídos sob um único modelo de produção” (ANDRADE, 2014: 74), qual seja, o da sociedade industrial.

Além deles, podem ser citados também os “altos empregados”, na terminologia utilizada por Lorena Vasconcelos Porto (2009, 56-59), que ocupam os cargos de direção e gestão das empresas e que, por isso, e pela alta posição hierárquica ocupada e do conteúdo de suas funções na empresa, não estão submetidos “à direção e ao controle do empregador na mesma intensidade que os demais empregados”, podendo-se falar, assim, em uma “subordinação atenuada ou mitigada” (PORTO, 2009: 57), o que não afasta, contudo, e ainda, a submissão a um poder diretivo “mais alto”, ou seja, a uma condição de subordinação jurídico-hierárquica.

Vê-se, não obstante as indicações feitas anteriormente, que ainda se afirma o critério subordinação jurídico-hierárquica como importante marcador para as relações de emprego “que não se modificaram sensivelmente ao longo do tempo” (MANUS, 2015: 7). Por outro lado, defende-se ainda ser necessário reinstalar o programa face às mudanças de configurações na sociedade quanto às formas de prestação de serviços, pois sua forma clássica seria inadequada para a complexidade atual⁹³. Como decorrência desse processo, Alain Supiot menciona que o tratamento dado à subordinação está se tornando mais e mais complexo, ocorrendo das mais diversas formas:

The changes in the exercise of power in labour relations have not, to date, led to the questioning of the notion of subordination as the primary

⁹³ Joselita Nepomucemo Borba menciona que “a subordinação clássica realça a submissão funcional do empregado aos poderes diretivo e disciplinar do empregador”, constituindo-se, no entanto, em “nota típica do contrato de trabalho, embora com necessidade de revisão”. (BORBA, 2015, 28)

*consideration in the legal definition of what constitutes an employment contract. Consequently, the treatment of subordination is growing more and more complex, rendering the definition of the term 'employee' all the hazier*⁹⁴. (SUPIOT, 2005: 11)

Portanto, nota-se que a ampliação da complexidade e da contingência na sociedade tem provocado o aumento da própria complexidade do sistema a fim de responder às irritações do ambiente. O programa clássico da subordinação hierárquico-jurídica ainda remanesceria, pois não se extinguiram as formas tradicionais de emprego e de trabalho (ANDRADE, 2014: 73), mas a referida subordinação teria perdido sua dominação sobre todas as formas de emprego, porque a sociedade teria um crescente número de relações de trabalho, especialmente nos novos setores de produção e serviços, tais como na área da informação e da comunicação, que “se afasta progressivamente da noção tradicional de subordinação, apresentando, aparentemente, traços de autonomia” (PORTO, 2008: 6). Nessa perspectiva, afirma-se que

A organização de trabalho típica da sociedade industrial exigiu uma rígida sincronização do tempo, do espaço e das modalidades de execução da prestação laborativa, com a conseqüente carência de autonomia funcional por parte do trabalhador. Todavia, esse elemento não pode mais ser tomado como distintivo do trabalho subordinado, pois o modelo social típico de empregado, construído na realidade industrial, sofreu profundas mudanças, em razão de fatores como reorganização produtiva, inovações tecnológicas, ampliação do setor terciário na economia e a crescente expansão do trabalho intelectual e especializado. (PORTO, 2009: 70)

Traz-se, assim, de questionamento quanto à aplicação do código emprego/autonomia vinculado ao programa da subordinação, pois os trabalhadores que ingressam nessas novas perspectivas de trabalho “não se enquadram na noção tradicional de subordinação, sendo qualificados como autônomos” (PORTO, 2008: 6), embora eles ainda tenham, na perspectiva de Lorena Vasconcelos Porto, falta de liberdade combinada com a condição de ter que suportar o não acesso ao lado positivo do código que garante o acesso aos direitos sociais trabalhistas. Com isso, a continuidade de uso do conceito tradicional de subordinação

⁹⁴ Tradução livre do autor: “As mudanças no exercício do poder nas relações de trabalho não levaram, até o momento, ao questionamento da noção de subordinação como consideração primária na definição legal do que constitui um contrato de trabalho. Conseqüentemente, o tratamento da subordinação está se tornando cada vez mais complexo, tornando a definição do termo "empregado" mais incerta”.

terminaria levando a “grandes distorções, comprometendo a própria razão de ser e missão do Direito do Trabalho” (PORTO, 2008: 6), entendido como um sistema que tende à expansão, à universalização (RUSSOMANO, 2000: 19).

Volta-se, então, à visão do direito como um sistema que tem essência finalística, garantidora de um objetivo humano, e não como uma estrutura da sociedade (LUHMANN, 1983) com função específica. Em suma, vê-se que essa busca por ampliação da concepção da subordinação para abarcar fenômenos da sociedade não vinculados a uma perspectiva jurídico-hierarquizada, com funcionamento de um código específico para o sistema, ameaça o próprio sistema, e não apenas desafia o programa básico identificador de sua operação. Ao invés de um sistema hierarquizado, tem-se a procura por alteração do programa a fim de que se mantenha a perspectiva de desigualdade fundadora e garantidora de direitos trabalhistas (direitos sociais do trabalho) em decorrência da fórmula da justiça, mas que abarque praticamente qualquer forma de estruturação de trabalho e produção de alguém em benefício de outrem. Tem-se, atualmente nessa perspectiva, como esforço teórico da comunidade jurídica em prol da ampliação do conceito da subordinação e, conseqüentemente, do conceito de relação de emprego, algumas teses, sendo as principais a da subordinação objetiva e da subordinação estrutural (BORBA, 2015, 28, g.n.), que serão abordadas no próximo tópico.

3.5 A subordinação objetiva e a subordinação estrutural como procura por novas perspectivas para o programa subordinação e os desafios para a identidade do sistema justralhista

Como visto, entende-se tradicionalmente a subordinação jurídica como aquela hierárquica, fundada em um contrato pelo qual se negocia justamente, na expressão de Alain Supiot, o trabalho como mercadoria (2016) em decorrência de um contrato (acoplamento estrutural entre direito e economia) de natureza empregatícia. Decorre, portanto, de um contrato entre a pessoa física que presta o serviço e a pessoa que o toma, contrato este de sujeição ao poder diretivo e disciplinar do empregador quanto à forma de prestação de serviços a ser realizada, “tendo por suporte e fundamento originário a assimetria social característica da moderna sociedade capitalista” (DELGADO, 2012: 296). Com isso se forma

a concepção de subordinação jurídica, vinculada, repita-se, a uma perspectiva hierárquica de relação contratual.

Contudo, tem se defendido que o “traço vivo da dicotomia, na atualidade, vem se esmaecendo” (BORBA, 2015, 20). Isso porque os “choques (...) gerados pela globalização e pelos avanços da ciência e da tecnologia, com substanciais reflexos no padrão organizativo da atividade (...) atingem basicamente o seu critério estruturante: a subordinação” (idem: 20). Critério este que não daria mais conta da realidade, sendo necessário abordar “novas dimensões da subordinação” (idem: 21).

Entre essas novas dimensões do programa subordinação, defende-se uma evolução dogmática e jurisprudencial do critério (a exemplo de DELGADO, 2012; e PORTO, 2008) para o fim de responder no sistema do direito à complexidade da realidade econômica e social atual, o que seria alcançável por três formas distintas, mas complementares, de subordinação, a clássica, a objetiva e a estrutural, o que permitiria a superação das “recorrentes dificuldades de enquadramento dos fatos novos do mundo do trabalho ao tipo jurídico da relação de emprego” (DELGADO, 2012: 298).

À junção dessas três formas de subordinação (como três subprogramas que se complementam) para atuar em face do meio ambiente complexo e contingente do sistema justaltrabalhista, tem-se dado o nome de subordinação jurídica (DELGADO, 2012), empurrando o programa subordinação jurídica (hierárquica), fundado na perspectiva hierárquico-contratual, diretamente relacionada à submissão do empregado aos poderes diretivo e disciplinar do empregador, um aspecto antiquado, tanto que a ele se tem utilizado a denominação de subordinação clássica.

Isso porque a chamada subordinação clássica estaria ligada ao modelo econômico centrado na grande indústria, oriundo do nascimento do Direito do Trabalho, tendo como padrão relações de trabalho homogêneas, em que o trabalhador permanecia dentro da fábrica, sob a direção do empregador por meio de ordens e vigilância contínuas do cumprimento destas, com eventuais medidas disciplinares. Ou seja, a ideia de subordinação clássica referir-se-ia à ideia de “heterodireção patronal forte e constante da prestação laborativa, em seus diversos aspectos: conteúdo, modalidade, tempo, lugar, etc” (PORTO, 2009: 43), com uma “forte direção patronal dos diversos aspectos da prestação laborativa obreira” (ibidem). No entanto, esse conceito, mesmo apontado como adequado para a maioria das hipóteses

colocadas sob o exame do subsistema justralhista, tem sido compreendido como razão excludente, por outro lado, de uma necessária proteção justralhista de “muitos trabalhadores no hodierno sistema produtivo capitalista, sobretudo em contextos pós-fordistas ou toyotistas” (ALVES, 2017: 75).

Vê-se que à subordinação hierárquico-jurídica tem-se dado o nome de “clássica” porque estaria fundada na perspectiva tradicional de surgimento do direito do trabalho, a qual ainda seria importante, mas demandaria revisões. A esse respeito, Maurício Godinho Delgado, um dos autores que evocam uma nova subordinação jurídica, comenta que:

Clássica (ou tradicional) é a subordinação consistente na situação jurídica derivada do contrato de trabalho, pela qual o trabalhador compromete-se a acolher o poder de direção empresarial no tocante ao modo de realização de sua prestação laborativa. (...) É a dimensão original da subordinação, aquela que mais imediatamente na História substituiu a anterior servidão na realidade europeia, propagando-se genericamente pelo capitalismo disseminado nas décadas e séculos seguintes. Continua, hoje, como a mais comum e recorrente modalidade de subordinação, ainda bastante destacada nas relações socioeconômicas empregatícias. (DELGADO, 2012: 297).

Vale destacar, no entanto, que se busca tecer uma diferença, ainda que suave, entre a subordinação jurídico-hierárquica e a subordinação clássica, a qual se dá no que importa à caracterização dos poderes de direção e disciplinarização do empregador. Enquanto no programa hierárquico-jurídico diz-se da potencialidade do poder diretivo e punitivo em decorrência do contrato existente, podendo eles serem mais ou menos evidentes (RUSSOMANO, 2000); no que tem sido chamado de subordinação clássica sua descrição vem fundada na premissa de exercício efetivo “da ordem patronal direta quanto ao modo da prestação laborativa” (ALVES, 2017: 75), o que resultaria em uma descaracterização do programa dependência clássica em espécies de trabalho com subordinação mais tênue, a exemplo dos já citados dirigentes empresariais, daqueles exercendo cargos intelectuais ou dos que realizam trabalho à distância (incluindo teletrabalho). Com efeito, ao se mencionar a subordinação clássica, tende-se a ressaltar seu aspecto subjetivista focado na figura do empregador, com sua identificação precisa por meio da ideia do patrão que ordena e controla ostensivamente e minuciosamente o trabalho, “por meio de ordens diretas quanto ao modo da sua realização” (ALVES, 2017: 79), enquanto, de outro lado, reforça-se o caráter da

potencialidade de exercício de ordenação e disciplinarização face a um contrato de submissão, que podem não chegar a ser exercidos na prática.

Assim, vê-se que apesar da busca de distinção, vê-se que o programa hierárquico-jurídico e o que é chamado de programa jurídico clássico fundam-se na existência de um poder diretivo e disciplinar quanto ao contrato de trabalho: na primeira hipótese estando a subordinação mais focada em seu caráter potencial face ao contrato de emprego, enquanto na última, se busca o exacerbamento do aspecto hierarquizado militar oriundo da forma tradicional de produção do modelo fordista com controle ostensivo do trabalho. Pode-se dizer, assim, que o clássico seria um dos aspectos do jurídico-hierárquico, em que ambos estariam baseados na subordinação hierárquica fundada não em estamentos sociais, mas na existência de um vínculo jurídico-econômico (acoplamento estrutural): o contrato de emprego.

Ao se orientar, contudo, a subordinação clássica na pressuposição do comando patronal direto, minudente, do empregador, justifica-se o diagnóstico de que ela nem sempre é encontrada em uma relação de emprego (inclusive nas formalizadas pelas partes por meio de um contrato escrito de emprego e registro na Carteira de Trabalho), e, por isso, haveria a “necessidade de revisão dos conceitos de subordinação” (ALVES, 2017: 80), pelo que para a “nova” ideia de subordinação jurídica seria necessário também o reconhecimento daquela subordinação objetiva, e da estrutural, compondo, como já comentado, uma nova “subordinação jurídica”.

Nessa defesa de evolução da subordinação jurídica, articula-se com uma subordinação objetiva como um componente do novo programa “subordinação jurídica”. Nessa hipótese, ampliar-se-ia o programa de identificação da relação de emprego por se tratar a subordinação objetiva daquela

que se manifesta pela integração do trabalhador nos fins e objetivos do empreendimento do tomador de serviços, ainda que afrouxadas ‘as amarras do vínculo empregatício’⁹⁵. (...) Esta noção ‘vincula a subordinação a um critério exclusivamente objetivo: **poder jurídico sobre a atividade que se integra em atividade**’. (...) A subordinação pode traduzir uma ‘relação de coordenação ou de participação integrativa ou colaborativa, através da qual a atividade do trabalhador como que segue, em linhas harmônicas, a atividade da empresa, dela recebendo o influxo próximo ou remoto de seus movimentos’. (DELGADO, 2012: 297-298, grifos nossos).

⁹⁵ Para tanto, Maurício Godinho Delgado cita obra de Paulo Emílio Ribeiro de Vilhena, de 1975, intitulada “*Relação de Emprego – estrutura legal e supostos*”.

Portanto, a subordinação objetiva caracteriza-se pela “integração do trabalhador nos fins e objetivos do empreendimento”, sendo decisivo, nessa teoria, não a sujeição do trabalhador ao poder diretivo e disciplinar do empregador, “mas sua integração e do seu trabalho no objetivo empresarial” (BORBA, 2015, 29). Retira-se, portanto, a hierarquia e a vinculação direta entre empregado e empregador, em uma relação contratual que faz com que um seja subordinado ao outro, mas para o qual o polo subordinado da relação teria acesso a direitos sociais trabalhistas relacionados justamente à figura contratual e à busca do sistema por contingenciar a desigualdade de poder. Nessa hipótese, despersonaliza-se o vínculo jurídico contratual e considera-se a subordinação como um conceito que alia atividade empresarial e de trabalho dependentes, colocando este como ligado ao fim da empresa, de forma semelhante à criticada dependência econômica, muito embora, na subordinação objetiva, não se fale explicitamente na situação de dependência para sobrevivência pessoal e da família, jogando-se esse aspecto na empresa, que passaria a depender do trabalho daqueles que se integram em sua atividade, motivando o vínculo de emprego em via reversa à dependência econômica. Com efeito, Lorena Vasconcelos Porto explicita a ideia de dependência, ainda que mitigada, do empregador em relação aos integrados em sua estrutura ao mencionar sua composição na dinâmica geral da empresa:

A subordinação se faz presente quando o objeto do contrato de trabalho, isto é, a função a ser exercida pelo empregado, as tarefas que ele deve executar, se integram e se incorporam na atividade empresarial, compondo a dinâmica geral da empresa, em seu processo produtivo ou de fornecimento de bens e serviços. Assim, a atividade obreira é crucial para a consecução dos objetivos empresariais, sejam eles econômicos, técnicos, operacionais ou administrativos. (PORTO, 2009: 69)

Destarte, vê-se que esse conceito de subordinação objetiva seria aquele de onde se extrai não a sujeição direta do empregado ao empregador, sob o poder diretivo e disciplinar, mas aquele pela qual a atividade do trabalhador se insere na organização da empresa, ou seja, “seria aquela que o trabalhador desempenha atividades essenciais à vida organizacional da empresa e, por isso, deve ser tratado como efetivo empregado, ainda que não seja tão evidente a vinculação ao poder diretivo do empregador”, incluindo, portanto, inclusive trabalhadores que não seriam considerados normalmente empregados, mas sim o lado negativo do código do trabalho, o trabalho autônomo (não emprego) (ANDRADE, 2014: 57). Por isso, menciona-

se que ela seria “um conceito mais amplo, pois (...) capaz de abranger hipóteses não alcançadas pela noção tradicional ou clássica” (PORTO, 2009: 71).

Deve-se destacar, no entanto, que a inserção nos fins da empresa é, além de inerente a todos os contratos de emprego (ANDRADE, 2014), também um traço de diversas atividades produtivas que se inserem, em maior ou menor grau, nas finalidades⁹⁶ do empregador vinculadas aos fins do empregador. Esse caráter objetivo da subordinação termina por desnaturar o liame de ordenação jurídica do empregador sobre o trabalhador, servindo para caracterizar um contrato de emprego em situações das mais diversas, desde o autônomo que presta alguma atividade específica e diretamente vinculada ao empregador, até mesmo de relações civis interempresariais, como no caso da franquia. Há, assim, uma inversão de expectativas de forma que se gera o risco à função do sistema de orientar congruentemente as expectativas normativas sociais. Com efeito, deixa-se de se considerar a intenção e mesmo o liame contratual existente, para ampliar a incidência do direito do trabalho para infinito número de relações de produção do meio ambiente do sistema, e, assim, o lado positivo do código bivalente poderia corresponder a toda e qualquer relação produtiva.

De fato, a subordinação objetiva serviria para justificar a identificação de relações de emprego, e, portanto, a operacionalização daquela informação segundo o código bivalente do trabalho, em casos em que a “dependência não seja acentuada, sob a ótica da submissão do trabalhador” (ANDRADE, 2014: 60).

Destarte, o reconhecimento do rompimento da barreira da identidade do sistema justrabalhista com a utilização do critério subordinação objetiva como significado do programa subordinação (ou dependência) e, assim, causando a possibilitando de torná-lo não diferenciado de seu ambiente (qualquer trabalho torna-se emprego, inexistindo assim o aspecto negativo não-emprego do código), é percebido por quem o menciona como forma de ampliação do programa subordinação para as novas complexidades do ambiente. Com efeito, quando se defende seu uso, fala-se em utilizá-lo não de forma isolada, mas complementarmente aos critérios tradicionais quando faltam fortes elementos de caracterização do poder de mando do empregador sobre o trabalhador (ANDRADE, 2014). Por isso, inclusive, que ele comporia a subordinação jurídica como um dos elementos que

⁹⁶ Cabe inclusive refletir qual seria essa finalidade para o fim da proposta, a fim de se reduzir as expectativas de forma congruente e possibilitar o cumprimento da função do direito. Seria lucro? Produção? Gerar emprego? Realizar a finalidade do objeto social da empresa?

devem ser combinados para o reconhecimento de um vínculo de emprego (DELGADO, 2012)⁹⁷.

Já o terceiro aspecto que comporia essa nova perspectiva do programa subordinação jurídica seria o que tem sido chamado de subordinação estrutural, a qual se justificaria como uma hipótese doutrinária visando ao debate acadêmico (e não à instigação de uma mudança hermenêutica), com a finalidade de propor ampliação legal do critério por meio do sistema político, mas que tem sido utilizada efetivamente pelo sistema jurídico em casos de discussão de vínculo de emprego (BORBA, 2015, 31-40).

Sua integração dentro do programa subordinação (jurídica) se daria porque, havendo a hipótese clássica, notadamente vinculada por hierarquia de comando, e o elemento objetivo, ao qual faltaria o aspecto de comando, necessitar-se-ia de uma ampliação do programa que possibilite o seu entendimento como sujeição à estrutura ordenativa da empresa, ou seja, a subordinação estrutural (DELGADO, 2012: 296). Assim, esta seria aquela

que se expressa pela inserção do trabalhador na dinâmica do tomador de seus serviços, independentemente de receber (ou não) suas ordens diretas, mas acolhendo, estruturalmente, sua dinâmica de organização e funcionamento. (...) não importa que o trabalhador se harmonize (ou não) aos objetivos do empreendimento, nem que receba ordens diretas das específicas chefias deste: o fundamental é que esteja estruturalmente vinculado à dinâmica operativa da atividade do tomador de serviços. (DELGADO, 2012: 298).

Portanto, a subordinação estrutural⁹⁸ ocorreria a partir do momento em que o trabalhador de qualquer espécie estivesse integrado à dinâmica organizativa e operacional de

⁹⁷ Em virtude dessa mesma preocupação com a perda do código de identidade do sistema justabalhista é que Lorena Vasconcelos Porto (2008) sugere a ampliação do conceito de subordinação utilizando-se não só o conceito clássico, tradicional, como também um conceito chamado de subordinação integrativa, que seria a junção da subordinação objetiva (cuja falha seria abranger trabalhadores autônomos) com critérios de exclusão de trabalho autônomo que retirassem a entrada no código do sistema justabalhista desse não empregado. Para tanto, seria utilizado o conceito de alienabilidade do trabalhador em relação ao objeto do trabalho, conceito este utilizado pela doutrina espanhola e indícios que excluam a autonomia, entre eles

o trabalhador deve prestar a sua atividade para uma organização produtiva alheia; os frutos do seu trabalho não lhe pertencem, originariamente, mas, sim, a essa última; não possui uma organização empresarial própria; ele não assume riscos de ganhos ou de perdas, os quais são assumidos por seu empregador. (PORTO, 2008: 25)

⁹⁸ Amauri Cesar Alves considera que a subordinação estrutural encampa tanto a subordinação objetiva, como também a reticular (vinculada a um critério de subordinação econômica entre empresas), bem como a potencial (relacionada a um conceito de potencial recebimento de ordens diretas ou indiretas – por normas genéricas de direção ou atuação - de uma empresa líder, em virtude da inserção na dinâmica organizacional desta). Isso se justificaria porque, nas variadas situações fáticas de prestação de trabalho que passaram a existir no período pós-

uma empresa que se aproveitasse de seu trabalho (ALVES, 2017; PORTO, 2008), sendo incorporado e submetido à “cultura corporativa dominante” (PORTO, 2008: 22), à qual ele deveria prestar alguma espécie de submissão pelo próprio campo diretivo implícito. Trata-se, portanto, de uma hipótese em que falta também o elemento hierárquico-jurídico, com a execução de um poder diretivo e disciplinar, estando o trabalhador sujeito a implícitos modos de operação e a quem seria entregue o resultado final de seu trabalho (similarmente à dependência econômica).

Conforme explicam Luiz Carlos Amorim Robortella e Antônio Galvão Peres, a subordinação estrutural dispensa a existência de ordens diretas do empregador, bastando a “inserção habitual na atividade produtiva alheia e a ausência de controle pelo trabalhador sobre a própria atividade para que se forme a relação de emprego” (2015: 178), a qual garantiria a extensão para todo e qualquer trabalhador nessa situação, inclusive os autônomos, dos direitos trabalhistas e dos programas empresariais relativos àqueles trabalhadores com quem ela firmou explícito contrato de emprego.

Por isso, todo e qualquer prestador de serviço para a empresa estruturalmente dominante seria considerado empregado, porque subordinado por meio de sua inserção na estrutura organizacional daquela empresa, mesmo quando inexistir qualquer ordem direta do tomador dos serviços e nem se ative esse nas finalidades organizacionais da empresa, cabendo apenas análise de que vivenciaria a dinâmica operacional da empresa líder⁹⁹ (BORBA, 2015, 30), como fica explícito no trecho abaixo:

Na essência, é trabalhador subordinado desde o humilde e tradicional obreiro que se submete à intensa pleora de ordens do tomador ao longo de sua prestação de serviços (subordinação clássica ou tradicional), como também aquele que realiza, ainda que sem incessantes ordens diretas, no plano manual ou intelectual, os objetivos empresariais (subordinação objetiva), a par do prestador laborativo que, sem receber ordens diretas das chefias do tomador de serviços, nem exatamente realizar os objetivos do empreendimento (atividade-meio, por exemplo), acopla-se, estruturalmente, à organização e dinâmica operacional da empresa tomadora, qualquer que seja sua função ou especialização, incorporando, necessariamente, a cultura cotidiana empresarial ao longo da prestação de serviços realizada (subordinação estrutural). (DELGADO, 2012: 298-299).

fordistas, seria necessário que a superação da figura jurídica do empregador direto, pois a apropriação do trabalho entregue seria feita, muitas vezes, por outra empresa, a real empregadora (ALVES, 2017: 84-87).

⁹⁹ Trata-se de proposta que age diretamente em cadeias produtivas e em relações de terceirização, o que será mais bem exposto no próximo capítulo.

O objetivo dessa perspectiva do programa subordinação é, no entanto, sua principal fonte de críticas, pois por meio dela toda e qualquer integração a uma estrutura produtiva caracterizaria uma subordinação estrutural, a qual serviria inclusive para gerar a perda do que até agora seria a essência do programa, a hierarquia diretiva existente na relação de emprego, que passaria a existir pela mera pertença a uma estrutura de produção de horizontes não limitados e dificilmente limitáveis por qualquer pessoa que porventura buscasse no direito uma redução de contingências. Por isso, tem-se mencionado que esse quadro precisaria da configuração de alguma espécie ao menos potencial de ingerência da empresa dominante em relação ao trabalhador, pois sem ela, basear-se-ia a subordinação apenas pela apropriação, até mesmo indireta, de alguma força de trabalho pela estrutura empresarial (MANUS, 2015: 15).

Para a manutenção da identidade do sistema justralhista não poderia haver, pois, um “mero vínculo com a estrutura empresarial”, como seria o caso de alguém que simplesmente vende o produto de seu trabalho de forma harmoniosa com os fins empresariais (MANUS, 2015: 15)¹⁰⁰. Seria necessária a distinção

entre o vínculo estrutural que todos que concorrem direta ou indiretamente para a atividade empresarial têm, sem que se caracterize contrato de trabalho, do fenômeno da subordinação jurídica, que é próprio do contrato de trabalho. (MANUS, 2015: 16)

Pode-se inclusive afirmar que a tese da subordinação estrutural, quando inserida no contexto mitigado de subordinação hierárquico-jurídica do empregado ao empregador por meio da estrutura empresarial, confunde-se com um contexto de subordinação objetiva¹⁰¹, pois não há, de fato, vínculo diretivo, ainda que mitigado, nem mesmo a hierarquia característica do programa. Com isso, coloca-se como aspecto positivo do código emprego/não emprego praticamente qualquer relação de trabalho, pois se busca a ampliação dos programas (direitos) trabalhistas a qualquer espécie de prestação de serviço. Menciona-se, nesse sentido, que a subordinação estrutural “concebe um modelo único de relação de

¹⁰⁰ Vale mencionar, com Pedro Paulo Teixeira Manus (2015: 18), que se se tratar a subordinação jurídica exclusivamente pelo critério estrutural, entraria no código bivalente do sistema justralhista todo trabalho “prestado com autonomia, sem subordinação e ingerência do tomador de serviços”, quando houvesse “apenas ajuste sobre a venda do bem produzido ou do serviço executado”. Pode-se inclusive falar que faltaria nessa hipótese até mesmo o programa que exige trabalho pessoal e subordinado. (MANUS, 2015: 18)

¹⁰¹ Tatiana Andrade inclusive expressamente menciona a falta de clareza na diferenciação entre a subordinação estrutural e a subordinação objetiva (ANDRADE, 2014, 105).

trabalho, o emprego, com forte projeção expansionista e uniformizadora” (ROBORTELLA e PERES, 2015: 179).

Destarte, pode-se dizer que a subordinação estrutural, por ser caracterizada como aquela em que não se exige uma relação hierárquico-jurídica diretiva, assim seria um “perfeito paradoxo dogmático: há subordinação estrutural porque não há subordinação jurídica” (ROBORTELLA e PERES, 2015: 197). Com efeito, por meio dela, dar-se-ia “pouca relevância para as pessoas formalmente postas na avença como empregado e empregador” (ALVES, 2017: 83), o que, cabe mencionar, desafia até mesmo a função do sistema jurídico de redução congruente de expectativas normativas¹⁰².

Diante das linhas acima tratadas, pode-se dizer que a busca da ampliação do critério subordinação por meio da integração dos três critérios – clássico, objetivo e estrutural - tem claros objetivos de ampliação do programa subordinação e, em consequência, da existência de uma resposta positiva (emprego) no código operativo identitário do sistema justralhista a fim de tratar como operação interna deste subsistema o maior número possível de informações do meio ambiente que se relacionem ao trabalho e à produção. Nesse sentido, Maurício Godinho Delgado, o autor que tem sido um dos maiores formuladores da utilização dessa nova forma de tratar o programa subordinação, manifesta-se claramente:

a compreensão dessas três dimensões do fenômeno subordinativo (...) não somente permite adequar o conceito jurídico, pela via interpretativa, às modificações da realidade, renovando o necessário expansionismo do ramo juslaborativo, como também relativiza a utilidade de fórmulas jurídicas restritivas de direitos sociais e fundamentais (DELGADO, 2012: 299).

Deve ser destacado, no entanto, que tanto o critério objetivo, como o estrutural, ambos têm como elemento comum o enfoque na atividade desempenhada pelo trabalhador, e não uma relação hierárquica em maior ou menor grau, sendo, portanto, mera decorrência do desempenho de alguma atividade aproveitada por outrem (ANDRADE, 2014: 102 e segs.). Isso ocorreria, como visto, pela defesa de uma “tendência expansionista da relação de emprego, via critério da subordinação” (BORBA, 2015, 29), uma vez que se entende que o

¹⁰² Almir Pazzianotto Pinto considera que “a figura da subordinação estrutural não encontra amparo na legislação brasileira, constituindo-se em um dos condenáveis modismos geradores de insegurança jurídica e de passivos inesperados para o contratante, subitamente transformado, por sentença judicial, em empregador de quem não é” (PINTO, 2015: 33), o que pode ser considerado outro elemento de desafio à função do direito.

critério hierárquico-jurídico, ou clássico (embora esse, conforme visto, tenha sido conceituado de forma reduzida à existência de ordens expressas e ostensivas), não seria capaz de dar resposta ao aumento da complexidade e da contingência da sociedade face aos contextos de mudanças tecnológicas, sociais e produtivas, as quais geraram também modificações para o mercado de trabalho (SUPIOT, 2005). Com isso, na expressão de Joselita Nepomuceno Borba, “a novidade da problemática reside na extensão da subordinação ou até onde ela vai para se caracterizar relação de emprego” (BORBA, 2015, 22).

Fato é que a forma como se estruturam as possibilidades de subordinação objetiva e de subordinação estrutural abrem margem para que todo e qualquer fenômeno jurídico de trabalho prestado a outrem possa ser entendido como vínculo de emprego, gerando a aplicação dos consequentes programas jurídicos decorrentes dessa caracterização.

Essa adaptação, conforme visto anteriormente, pode ser realizada pelo próprio sistema por meio de evoluções autopoieticas em seus programas. Seus limites, contudo, são a própria identidade do programa, dada pelo código bivalente que orienta suas operações, e sua função dentro da sociedade. Nesse sentido, cabe repetir, percebe-se que a utilização dos critérios objetivo e estrutural desafia, por um lado, o próprio código do sistema e, portanto, sua identidade, eis que os mais variados contratos para execução de alguma forma de trabalho ou de serviço seriam considerados relação de emprego¹⁰³, eis que se integrariam dinamicamente ou estruturalmente na atividade da empresa chamada de dominante, ou nos fins e objetivos desse empreendimento; e, por outro lado, a função do direito, pois a possibilidade de que cada execução de um trabalho possa ser caracterizada como relação de emprego, ainda que sem qualquer indício de submissão ao poder diretivo e disciplinar da empresa¹⁰⁴ que recebe de

¹⁰³ Fala-se, inclusive, que as subordinações objetiva e estrutural podem reclassificar típicos contratos de natureza civil, como de franquia, distribuição, representação comercial, concessão mercantil e comissão, em uma relação de emprego (COELHO, 2015: 51), deixando de existir a hipótese do trabalho autônomo ou do trabalho independente do emprego.

¹⁰⁴ O esvaimento da potencial existência de um poder diretivo e disciplinar, e, portanto, de uma hierarquia, é justamente a principal questão levantada por André Jobim de Azevedo ao analisar as hipóteses de subordinação objetiva e de subordinação estrutural. Nesse sentido ele questiona:

Como é possível afastar o recebimento de ordens, a ponto de atribuir a essa condição desprestígio para o reconhecimento do emprego? São sim as ordens e consequência de punição ao seu desatendimento que diferenciam o trabalhador do empregado. A inexistência de conceituação própria da subordinação é que revela a autonomia do trabalhador e sua verdadeira condição jurídica, evidenciadora da relação de trabalho, e não de emprego. (AZEVEDO, 2015: 47)
(...) será que a figura típica do trabalhador autônomo, o profissional liberal, é tão livre quanto gostaria? Pode ele deliberar livremente o manejo a ser dado nos temas jurídicos de uma determinada empresa contratante, sua cliente? (ibidem)

alguma forma, ainda que indiretamente, os frutos do trabalho, sem considerar também o exercício de vontade contratual envolvida, inverteria as expectativas jurídicas e poderia inclusive inviabilizar qualquer redução congruente de expectativas.

Não há dúvida que as transformações na sociedade, nas tecnologias, na produção, entre outras, ou seja, o aumento da complexidade do ambiente social, geraram também modificações em relação ao que tem sido necessário como contratação de trabalho, o que ajudou a erodir a força do modelo padrão de emprego baseado em subordinação e estabilidade (SUPIOT, 2005: 1-23). Por isso Alain Supiot menciona que não se deve esperar um único modelo, o da relação de emprego, para fazer frente a esse aumento da complexidade e contingência social:

*Under current economic and social circumstances, a single pattern of work relationships cannot be expected to emerge because of the many different kinds of environment existing today*¹⁰⁵. (SUPIOT, 2005: 2)

Com efeito, tentar-se reduzir qualquer forma de prestação de trabalho, com ou sem contrato, “à figura do contrato individual de emprego não se sustenta tanto sob a ótica dos fatos que os envolvem quanto sob a pretendida fundamentação jurídica. Realidades diversas reclamam enquadramento jurídico diverso, sob pena de inadequação” (MANUS, 2015: 10). Diante disso, tem surgido no mundo, valendo citar aqui especialmente o contexto europeu, formas distintas de se tratar a contratação de trabalho que, em alguns casos, se aproximam do modelo tradicional de relação de emprego, tais como ampliação de contratos temporários, contratos de aprendizagem, de obra certa, enquanto em outros se distanciam, como ocorre com a intermediação de mão de obra e, principalmente, a parassubordinação, hipótese criada por meio de lei em utilização especialmente nos sistemas italiano e alemão (SUPIOT, 2005; MANNRICH, 2015), a qual se caracteriza pela geração de proteções sociais mínimas por meio de programas estatais, mas sem o reconhecimento de um vínculo de emprego gerador de

De fato, qualquer tipo contratual de prestação de um trabalho (por obra, por serviço), demanda alguma espécie de subordinação, muitas vezes apenas ao cumprimento do próprio objetivo do contrato. São, portanto, questões importantes a serem feitas, inclusive tendo em mente o código emprego/autonomia.

¹⁰⁵ Tradução livre do autor: “Sob as atuais circunstâncias sociais e econômicas, não pode ser esperado que emergja um simples padrão de relação de trabalho em virtude das muitos diferentes tipos de ambientes existentes atualmente”.

direitos trabalhistas de extensão igual aos do vínculo de emprego e exigíveis diretamente de um empregador (COELHO, 2015: 52-53)¹⁰⁶.

Diante de tudo isso, pode-se afirmar que a busca de um novo sentido para a subordinação envolve o que Luhmann fala de modificabilidade dos programas informadores do código. Essa discussão nos últimos séculos, a partir da Revolução Industrial, passou por diversas fases, tendo-se alcançado uma forma estabilizada (jurídico-hierárquica), mas que nas últimas décadas passou a ser apontada como incapaz de gerar o processamento das inúmeras relações de trabalho e produção surgidas no período. Com isso, tem-se novamente um questionamento sobre reestabilização em novos parâmetros do programa, especialmente tendo em vista o contexto de um ambiente cada vez mais complexo e contingente, o que faz com que o sistema aumente sua complexidade em paralelo ao seu ambiente. No entanto, até o momento, a hipótese mais estável continuou sendo a típica subordinação hierárquico-jurídica, por meio da qual se reconhece que

existe o poder diretivo – e, por conseguinte, a subordinação -, em uma determinada relação de trabalho, não apenas quando o empregador dirige de fato a prestação de serviços, dando ordens, mas também quando, mesmo não o fazendo, detém em suas mãos a possibilidade de fazê-lo. O mesmo pode-se dizer em relação ao poder disciplinar: o empregador o detém não apenas quando o exerce concretamente, mas também quando subsiste a possibilidade do seu exercício. Assim sendo, a subordinação relevante para a caracterização do contrato de trabalho constitui um “estado jurídico”, contraposto a uma situação jurídica de poder, que pode existir sem que se manifeste no domínio dos fatos (PORTO, 2009: 72).

Essa forma até agora mais estável, a hierárquico-jurídica, aproxima-se da subordinação clássica, com a diferença de que o que se tem não é o efetivo e contínuo exercício do poder de direção patronal, na forma das estruturas fabris de origem do direito do trabalho, mas a subordinação pelo potencial de direção e de disciplina. A nota de destaque

¹⁰⁶ A figura da parassubordinação, no direito italiano, caracteriza-se pela previsão de diversas proteções sociais mínimas (como direitos processuais, tributários e previdenciários) aos chamados colaboradores em prestação de serviço continuada e coordenada (apelidados de *co.co.co*), mas sem reconhecimento de vínculo de emprego gerador de direitos trabalhistas diretamente com um empregador, que poderia ser chamado de empresa-mãe (COELHO, 2015: 52-53). No mesmo sentido, Nelson Mannrich revela que o

Trabalhador parassubordinado é a pessoa natural que presta serviços autônomos e não eventuais, de forma coordenada, mediante remuneração e uso de estrutura empresarial do tomador de serviços, de quem depende economicamente, o que não justifica determinadas garantias mínimas. (...) Entre as principais garantias, apontam-se: trabalho autônomo, não eventual, coordenado, prestado com pessoalidade, oneroso, dependência econômica, sujeito a proteção especial. (MANNRICH, 2015: 242)

nisso é que se mantém a figura da hierarquia no sistema, que justifica a manutenção de direitos sociais de igualdade (fórmula da contingência). Tais questões são de suma importância para o próximo capítulo, que examinará o fenômeno da terceirização de serviços em atividades econômicas privadas face ao Direito do Trabalho.

4 DIREITO DO TRABALHO E TERCEIRIZAÇÃO NA SOCIEDADE FUNCIONALMENTE DIFERENCIADA

Nos capítulos precedentes, desenvolveram-se as premissas para a análise do presente capítulo: uma visão baseada na teoria dos sistemas sociais funcionalmente diferenciados em relação aos atritos gerados pela terceirização em atividades produtivas em face do Direito do Trabalho, tendo em vista o modo de funcionamento deste último.

Viu-se que a própria sociedade se alterou ao longo do tempo. Operando com base em estruturas e sistemas simples, com poucas trocas de informação entre eles, deu-se paulatinamente um processo de evolução que originou sistemas hierárquicos, baseados na prevalência em maior ou menor grau, dependendo do arranjo existente, de sistemas centrais em relação a sistemas periféricos (centro e periferia, nobreza e plebe, por exemplo). Nessa evolução, ainda que se reconhecendo traços geralmente incipientes de diferenciação de alguns subsistemas (economia, política, direito), tem-se que o funcionamento da sociedade mantinha-os atados ao domínio de um sistema central. Vale reafirmar, no caso, o traço particular da hierarquia entre os sistemas.

O processo de evolução da sociedade, no entanto, tendo em vista o aumento da complexidade e da contingência sociais, historicamente começa a criar e aumentar as condições para que diversos subsistemas passem a dominar áreas de atuação com vistas a reduzir, pelo menos naquele âmbito da sociedade, a complexidade e a contingência. Para tanto, sistemas, como os da economia, direito, política, entre outros, dominam certos tipos de comunicação e de estruturas, passando a possuir suas próprias formas de funcionamento e de processamento das informações ocorridas na sociedade que os circundam, se diferenciando funcionalmente, e alterando, em consequência, o esquema da sociedade de hierarquia sistêmica para de sistemas funcionalmente diferenciados não hierarquizados, especializados em suas comunicações específicas e necessárias para a sociedade como seu ambiente. Nesse processo, tais sistemas adotam códigos operativos exclusivos (suas identidades), funções específicas para a sociedade relacionadas a alguma questão social específica, programas de processamento da informação, e se fecham operativamente, atuando autorreferencialmente e autorreprodutivamente. Ademais, desenvolvem-se também estruturas comuns entre diferentes sistemas, que permitem uma contínua ligação entre eles, pelas quais se permite que, apesar de ligados, processem informações específicas segundo seu próprio código e operações: tratam-

se dos acoplamentos estruturais (perenes, diferentemente dos acoplamentos operativos, transitórios), tais como a Constituição, contratos, propriedade.

Entre os diversos sistemas que passam a se diferenciar funcionalmente está o sistema jurídico, que adota o código identitário direito/não-direito (lícito/não lícito) diferenciado na função de redução congruente de expectativas normativas para a sociedade, e que opera autorreferencialmente e com autorreprodução. Dessa forma, apenas as informações que se pautam nessa diferenciação é que movimentam operações e programas do sistema jurídico, e o direito passa a cumprir sua função, aliviando a contingência de comunicação por meio das normas jurídicas, cujo principal sentido é de fornecer decisões preliminares de comportamento esperado e, em via inversa, de sinalizar previamente qual comportamento sofrerá desapontamentos por rejeitado.

A diferenciação do sistema jurídico ocorre mais ou menos em paralelo com a diferenciação de outros sistemas sociais, como a política e a economia, que de forma autorreferencial e autorreprodutiva se especializam em determinado âmbito de funcionamento para lidar com alguma específica questão social. Nessa autorreprodução autorreferencial, e face às irritações de seu ambiente (tudo o que não está contido no sistema como comunicação própria), os sistemas passam a aumentar sua própria complexidade interna, diversificando programas e operações, estabilizando alguns funcionamentos enquanto geram outras complexidades e novas necessidades de respostas e estabilizações do próprio sistema.

Um dos aspectos singulares desse processo de aumento da complexidade interna dos sistemas, especialmente no presente estudo em relação ao sistema jurídico, é a formação de subsistemas dentro dos sistemas. No caso do sistema do Direito, inicia-se a formação de um subsistema jurídico trabalhista face à necessidade de processar os fatos e informações surgidos na sociedade a partir das revoluções industrial, econômica e política, ao pauperismo, no que se pode resumir como questão social, e à paulatina formação de programas decorrentes das fórmula de contingência do sistema jurídico, a justiça como igualdade, ou, mais bem descrito, a justiça como busca de igualdade de decisões normativas e de redução da desigualdade formal face à desigualdade de poder existente entre os polos (trabalhador e empregador) da relação trabalhista, tendo em vista que a igualdade entre contratantes, típica da relação contratual civil, não dá respostas adequadas àquela questão da sociedade.

Com efeito, as questões relativas ao trabalho, que provocam as mais diversas informações nos sistemas sociais, passam a gerar maior complexidade na sociedade e no sistema do Direito, iniciando o desenvolvimento do Direito do Trabalho como um subsistema jurídico. No entanto, esse subsistema, para ter sua identidade dentro do sistema do Direito (seu ambiente), também se especializa no processamento de informações específicas, desenvolvendo um código bivalente próprio, vinculado à principal espécie de trabalho surgida nesse processo: o emprego.

No Brasil, o desenvolvimento do subsistema jurídico trabalhista vinculado ao código emprego/não emprego depende de programas de identificação da condição positiva do código (emprego), em especial o que dispõe o artigo 3º da CLT, impondo o tratamento que será dado às diferentes respostas do código. Entre esses programas o principal é a subordinação.

O critério subordinação, como visto, é o programa informador do código direito/não direito que passou pela maior variação na história do subsistema. Surgido em relação direta com as perspectivas históricas dos sistemas de trabalho e produção do início da formação do subsistema, isto é, trabalho em condições fabris com funcionamento de alta hierarquia, militarizada, com rotina repetitiva, mecanizada, sujeita a padrões restritos de utilização da força de trabalho humana, o programa sofre alterações para abarcar outras perspectivas de trabalho em setores econômicos diversos (agrícola, comércio, serviços, por exemplo), cujas rotinas laborais têm um paralelo tênue com aquelas existentes nos típicos ambientes industriais existentes em decorrência dos sistemas de gestão e produção denominados fordismo/taylorismo. Com isso, distancia-se o programa de significações vinculadas à dependência econômica ou técnica, e se vincula a uma perspectiva jurídica, de submissão, por força de um contrato de emprego, direta ou potencialmente, ao poder diretivo e disciplinar do empregador em relação ao empregado, no que é chamado de critério hierárquico-jurídico.

No entanto, com o aumento da complexidade da sociedade, o subsistema justralhista é colocado para dar respostas para novas informações surgidas no que importa ao código emprego/não emprego relacionadas ao programa subordinação. Diz-se, nessa evolução, de uma crise da subordinação, pois a mudança na estrutura de produção, trabalho e comando das relações de trabalho irritam o sistema e desafiam a forma até então adotada para o programa. Com isso, por meio de discussões doutrinárias e judiciais, começam a ser endereçadas ao sistema demandas de ampliação do critério, surgindo (ou ressurgindo) dessa forma perspectivas como as de subordinação econômica, subordinação objetiva e subordinação

estrutural como faces da subordinação trabalhista, tratando-se, em consequência, o critério hierárquico-jurídico como uma perspectiva clássica da subordinação. O significado desse processo é o de busca de ampliação de reconhecimento do aspecto positivo do código do sistema, isto é, o reconhecimento da situação de emprego em relações de trabalho que não tinham diretamente essa identificação, embora com o risco de perda de código identitário do sistema, pois a transformação de qualquer trabalho em emprego torna indiferente o código face à observação do sistema do Direito no que importa às informações decorrentes dos trabalhos existentes na sociedade. Tão relevante quanto, nessa análise, é a própria possibilidade de perda da função do subsistema, pois, ao invés de reduzir a contingência social, pré-informando comunicações e comportamentos esperados, permite uma contínua crise das expectativas viáveis esperadas na sociedade no que importa à formação de um vínculo de emprego.

Como um outro fator nesse contexto de desafio ao código do subsistema justrabalista, e da perspectiva de ampliação do programa subordinação, outro fenômeno surge na sociedade demandando respostas diversas dos sistemas sociais, a terceirização. Esta, por se relacionar diretamente ao trabalho e à produção na sociedade complexa, passa a desafiar o subsistema jurídico trabalhista, com seu código bivalente (emprego/não emprego), sua função de redução congruente de expectativas, e seus programas e operações.

Objetiva o presente capítulo, assim, fazer uma análise da terceirização em atividades produtivas diante do subsistema jurídico trabalhista, de forma a se buscar um entendimento da evolução do tratamento dado à terceirização pelo citado subsistema, levando-se em consideração em especial seu código identitário, sua função, sua fórmula de contingência, bem como a sua perspectiva hierarquizada de funcionamento. Passar-se-á, para tanto, por uma visão das mudanças nas relações de produção e trabalho, indo para a evolução da terceirização no país, atravessando nesse exame as questões que por muito tempo sustentaram o subsistema justrabalista de exame da terceirização, aproximando-se, ao fim, dos últimos desenvolvimentos do tema, em especial os novos fatores irritantes do sistema: a lei de terceirização (Lei 6.019/74, com as alterações promovidas pelas Leis 13.429 e 13.467 de 2017), e os julgamentos do Supremo Tribunal Federal no que importa à limitação de atividades produtivas terceirizáveis imposta pelo Tribunal Superior do Trabalho.

4.1 Complexidade crescente: a reorganização produtiva e o sistema justralhista como elementos das irritações causadas pela terceirização

Terceirização e direito do trabalho: a primeira tem, há algumas décadas, desafiado o segundo. O subsistema jurídico trabalhista, com seu código bivalente (emprego/não emprego), sua função de redução congruente de expectativas, e seus programas de identificação do código e de operacionalização do sistema, que se forma evolutivamente a partir das condições de diferenciação dos sistemas sociais funcionalmente diferenciados, em especial como um subsistema do sistema do Direito, passa a ser irritado por esse fenômeno chamado terceirização e, aos poucos, busca respostas para as informações geradas.

É necessário, para a compreensão dos desafios do subsistema justralhista frente à terceirização, entender a evolução pela qual passou a produção e o trabalho humanos frente à formação de um Direito do Trabalho fundado no código emprego/não emprego com base em uma realidade (de trabalho fabril) marcada por uma relação sistêmica hierárquica, diante de uma sociedade mais complexa, com multiplicidade de relações e principalmente sistemas e subsistemas não hierarquizados e, em especial no contexto produtivo, por uma reestruturação das formas de produção, tendo em vista as necessidades de “competição, ganho de produtividade e sobrevivência da própria empresa” (PASTORE e PASTORE, 2015: 37), que faz com que sejam reduzidos paulatinamente os graus de hierarquia que existiam nos modelos de organização produtiva que se estabilizaram com as duas primeiras revoluções industriais¹⁰⁷. Destarte, identifica-se a terceirização como um dado inter-relacionado às mudanças no capitalismo e nos modos de produção, com o advento de diversos fatores que aumentaram a complexidade na sociedade:

As principais mudanças ocorridas no mundo do trabalho ao longo das últimas décadas são consequências das transformações mais gerais no capitalismo e da constituição de um novo padrão de acumulação do capital e de racionalização econômica por parte das empresas. Do ponto de vista do trabalho este processo envolveu inovações tecnológicas e, principalmente, mudanças organizacionais e de gestão da força de trabalho. (TEIXEIRA e PELATIERI; 2009: 20)

¹⁰⁷ Conforme mencionado nos capítulos precedentes, a primeira revolução industrial (entre 1760 e 1840), foi capitalizada pela máquina a vapor, pela construção das ferrovias e, especialmente pela produção mecânica. Já a segunda revolução industrial, que ganha força entre o final do século XIX e o início do século XX, foi marcada pelo advento da eletricidade, da linha de montagem, e da produção em massa, tendo como grande referência o modelo produtivo chamado fordismo/taylorismo.

Tais novos fatos que vão se formando no ambiente do subsistema do direito do trabalho desenvolvem-se ainda mais a partir da crise da década de 1970, tanto nos países desenvolvidos como nos em desenvolvimento, conforme informam Gabriela Neves Delgado e Helder Santos Amorim (2014: 20 e segs), para quem tais questões estão vinculadas diretamente a perspectivas econômicas de cunho neoliberal.

Apesar de se identificar tais mudanças como oriundas, especialmente, do sistema econômico, tendo em vista a chamada reorganização da produção capitalista (PASTORE e PASTORE: 2015: 36), abordagem que termina por reduzir o incremento da complexidade social a um domínio econômico, deve-se ter em perspectiva que elas fazem parte de um processo mais amplo de reorganização da sociedade em uma “sociedade global (que) mostra a existência de um processo constante e múltiplo de transformação” (CASTRO, 2014: 102), ou seja, um aumento da complexidade e da contingência sociais que desafiam diversos sistemas sociais e, no caso em análise, o subsistema do Direito do Trabalho, haja vista a já mencionada “desestruturação do arcabouço da clássica relação de trabalho e do modelo desenhado ao longo das fases do capitalismo e de cada revolução industrial” (ibidem), conforme comentado no capítulo precedente no que importa à crise da subordinação.

Nesse contexto, novas evoluções e estabilizações vão tomando forma nos sistemas de produção e trabalho. O modelo de alta verticalização e hierarquização da produção e do emprego, de alguma estabilidade durante décadas, na qual uma empresa dominava senão todas, mas grande parte das atividades produtivas vinculadas ao seu negócio e tinha vinculada diretamente a ela, mediante uma subordinação hierárquica muito marcada pelo caráter ordenativo intensivo (ou semi-intensivo) de um batalhão de empregados em estrutura militar, conforme expressão de Alain Supiot (2008: 19), foi paulatinamente sendo modificado por um modelo em que tanto a produção, quanto os vínculos de emprego, passam a ser distribuídos em cadeias em que a verticalização dominante é substituída por estruturas horizontais de produção, com hierarquia, quando existente, diluída em vínculos contratuais os mais diversos. Diz-se, simplificadamente, da redução dos modelos vinculados ao fordismo/taylorismo e ao advento, e predominância, do toyotismo, bem como a uma chamada “terciarização da economia”, que representam mudanças para a até então estável estrutura de proteção social (Estado de bem-estar) vinculada não só à assistência do Estado, como também a uma ligação perene das pessoas como diretamente identificadas com seu pertencimento a uma estrutura

empresarial responsável por outras proteções sociais (CASTEL, 2015). Explica-se com mais detalhamento.

A perspectiva hierarquizada de produção, que toma forma com a 1ª Revolução Industrial, ressalta-se como estrutura social com influxos jurídicos, políticos e econômicos, vinculada à perspectiva do Estado Social, quando, em certo paralelo com as reivindicações sociais quanto a direitos e proteções trabalhistas, a produção fabril é dominada, no início do século XX, pelo que se chama de modelo fordista-taylorista, marcado pela forte hierarquização e verticalização industrial, baseado, conforme mencionado, na ideia de operações mecânicas cientificamente cronometradas, de produção vertical “a todo vapor”, e completo, totalizante, bem como pelo estabelecimento de estratégias de melhores remunerações do que as antes existentes (um dos elementos do pauperismo mencionado no segundo capítulo) para a formação de um batalhão de consumidores. Com efeito, especificadamente no que importa ao modo de trabalhar,

O fordismo, juntamente com o esquema taylorista, representam a forma pela qual a indústria e o processo de trabalho se consolidaram no decorrer do século passado (...). Neste processo, preponderaram o cronômetro e a produção em série e de massa. A organização da produção tem como principal fundamento a linha de montagem, geradora de produtos mais homogêneos. O trabalho, por isso, é parcelar; há fragmentação das funções, separa-se a elaboração de execução no processo de trabalho; as unidades fabris são concentradas e observam modo de organização verticalizado, sobressaindo a figura do trabalhador coletivo fabril. Juntamente com a produção em série, observando o sistema taylorista, há controle do tempo e dos movimentos dos trabalhadores e da produção. (PORTO, 2013: 97-98)

Trata-se, portanto, de um modelo de atividade econômica ainda mais verticalizada do que o existente logo após a revolução industrial, as quais se unificam “sob o comando único todas as atividades que, direta ou indiretamente, concorrem para o empreendimento percorrer todas as etapas de produção” (SÜSSEKIND *et. alii.* 2003: 278). Com efeito,

A antiga estrutura [fordismo-taylorismo] tendia à concentração vertical da atividade empresarial, quer através de empresas gigantescas, quer através dos conglomerados econômicos, formados por pessoas jurídicas sujeitas ao mesmo controle acionário, financeiro e administrativo. Assim, todos os prestadores de serviços eram contratados, treinados, dirigidos e assalariados pelos próprios beneficiários da atividade. (ROBORTELLA e PERES, 2015: 174)

Cabe reforçar, o modelo fordista-taylorista de produção é marcado por uma subordinação do empregado ao empregador, hierarquizada, totalizante, encontrada em especial nas fábricas (embora também existente em menor grau no setor terciário da economia), segundo a realidade produtiva e de trabalho havida antes da chamada terceira revolução industrial (aproximadamente até os anos 1960) (COELHO, 2015). Trata-se de um caráter que de forma crescente torna-se centralista e hierárquico dentro das indústrias, e as perspectivas do direito do trabalho vão se aprofundando nessa lógica, criando programas relativos ao emprego os mais diversos, tais como direitos a descansos (férias, por exemplo), representação dos trabalhadores, liberdade de associação, todos formulados na perspectiva de uma homogeneidade de trabalhadores iguais entre si embora desiguais frente aos empregadores.

No entanto, novas questões surgem nos ambientes dos sistemas sociais relativamente à produção e ao trabalho. Trata-se da ampliação da complexidade e da contingência sociais decorrentes do aumento da liberdade nos sistemas sociais e externamente a eles. Sistemas sociais rígidos reduzem a possibilidade de que a própria sociedade crie mecanismos que irritam os sistemas. Ao contrário, a liberdade nos sistemas sociais complexos, mais abertos à evolução, forçam-nos também a evoluir a fim de dar respostas adequadas à questão social ao qual estão vinculados, inclusive, e especialmente, pelo aumento da própria complexidade interna. Com efeito,

os sistemas sociais inventam, mais ou menos casualmente, melhores formas de solucionar seus problemas de relacionamento com seu ambiente, encontrando formas mais elevadas e com mais alternativas para a adaptação à complexidade superabundante. Com isso aumentam a complexidade e a contingência das relações intra-humanas, a vida social adquire novas possibilidades – sejam elas chances ou perigos. (LUHMANN, 1983, 172)

Dois fenômenos mencionados, os quais agora cumpre aprofundar, marcados por essa busca dos próprios sistemas de encontrar novas formas de relacionamento com o ambiente, que ocorrem de forma relativamente simultânea, passam a desafiar esses postulados e a irritar o sistema jurídico, especialmente o subsistema jurídico trabalhista, com seus programas de igualdade e proteção vinculada à premissa totalizante da grande empresa e à desigualdade

entre os contratantes empregador e empregado: tratam-se dos mencionados fenômenos da terciarização da economia e da ascensão do modelo de produção toyotista.

Com a terciarização da economia ocorre o que Robert Castel (2015: 454) chama de “proliferação de um salariado não operário”, fruto da multiplicação dos serviços no comércio e bancos e desenvolvimento de novos setores econômicos, como a publicidade e a comunicação. Em decorrência disto, “não só a condição operária é contornada e dominada por uma gama cada vez mais diversificada de atividades salariais, mas sua coerência interna enfrenta dificuldades” (ibidem).

Esse processo posteriormente é levado a novas diferenciações e consequências, e a típica divisão da cadeia produtiva nos três setores tradicionais – primário/extrativista, secundário/transformação e terciário/serviços e comércio –, a partir dos anos 80 é superada por modelos ainda mais complexos, com as empresas em cada um dos setores contratando-se umas às outras do mesmo setor ou de setores econômicos diferentes para a realização de parte de sua produção ou de seu serviço, com atuação em partições produtivas cada vez mais específicas, ainda que no mesmo segmento. Por exemplo, indústrias contratando indústrias e serviços contratando serviços para integração de produções e produtos mais especializados. Em decorrência disso, as empresas “se tornam cada vez mais verdadeiras administradoras de contratos com empresas menores e altamente especializadas” (MIRANDA, 2016: 68).

Em uma perspectiva mais ampla, tais fenômenos ocorrem em meio às “transformações econômico-políticas do contexto internacional dos anos setenta e oitenta do Século XX” (PORTO, 2013: 32). No que importa ao Direito do Trabalho, Maurício Godinho Delgado (2012), traça algumas linhas nesse sentido, mencionado que a partir do final da década de 1970 ele passa por uma crise vinculada a diversos acontecimentos que se passam no ambiente social (complexidade e contingência sociais), entre eles a crise do Petróleo, a crise fiscal dos Estados de Bem-Estar Social e as mudanças tecnológicas e de organização empresarial, cabendo destacar o toyotismo, que é outro dentre os aspectos desse processo, pois ele causa mudanças no setor industrial que inclusive irradiam para setores diversos.

O toyotismo, gera ainda mais complexidade e contingência na sociedade, em especial no subsistema trabalhista, pois afasta a produção empresarial da verticalização hierárquica e total da atividade empresarial e dos empregos, colocando-a em uma “lógica em torno da flexibilização da produção, que passa a estar voltada e conduzida diretamente pela demanda”

(PORTO, 2013: 101), com o aparecimento, conforme mencionado acima, de unidades produtivas menores e espalhadas ao redor do mundo, com produção voltada a outras empresas, em uma complexa engenharia de redes interligadas¹⁰⁸. O exercício a seguir, apresentado por José Pastore, revela a complexidade de tais cadeias, inclusive estimulando a reflexão de que podem surgir outros ajustes empresariais (contingência)¹⁰⁹, impactando os diversos sistemas sociais, em especial o subsistema justabalhista, baseado na estrutura hierárquica de produção e emprego:

1. Existem atividades que são realizadas no local da empresa contratante, segundo a competência da contratada e os padrões técnicos ditados pela contratante. Quem ali trabalha, veste dois ou mais chapéus ao mesmo tempo.

2. Outras atividades são executadas no local da contratada ou à distância, mas sob a subordinação técnica da contratante. Funcionários da contratante trabalham nos sítios da contratada. Todos em necessária harmonia técnica.

3. Há contratos em que os empregados de uma contratada servem apenas uma contratante. Alguns pertencem ao quadro fixo da contratada; outros são por ela contratados para atuar naquele contrato específico. E todos trabalham em parceria – no mesmo ambiente ou ambientes diferentes.

4. Em outros casos a mesma contratada serve várias contratantes com o mesmo quadro de pessoal. A alocação do tempo é dividida e compartilhada por vários projetos. A depender das necessidades de trabalho, a contratada amplia ou encolhe o seu quadro de pessoal e, quando necessário, agrega pessoal auxiliar variável.

5. Nos contratos de terceirização, é comum encontrar gente que entra, gente que sai, assim como gente que volta, formando um verdadeiro caleidoscópio: a cada momento a força de trabalho envolvida apresenta uma imagem diferente. As relações são cambiantes e as mais variadas. É difícil distinguir quem é quem.

6. Há atividades executadas pela contratada na jornada normal da contratante. Há outras que precisam ser realizadas fora da jornada normal, em horas atípicas e que, apesar disso, exigem a presença e profissionais da contratante e da contratada.

7. Há contratos realizados entre empresas do mesmo setor nos quais os envolvidos pertencem às mesmas categorias profissionais. Outros envolvem setores e categorias diferentes, cada uma com sua convenção coletiva. Torna-se cada vez mais comum a mescla de atividades industriais com as comerciais e as de serviços – executadas nas mesmas empresas – e se

¹⁰⁸ Diversos estudos têm exposto que nas últimas décadas houve um grande desenvolvimento de redes de produção e ou de serviços que têm se internacionalizado, ultrapassando fronteiras nacionais. Sugere-se, para uma percepção da participação do Brasil nesse contexto de grandes cadeias produtivas, com foco na indústria aeroespacial, médica e eletrônica, o livro *“A Indústria Brasileira e as Cadeias Globais de Valor: uma análise da cadeia global de valor dos setores aeroespacial, de dispositivos médicos e eletrônicos”*, de STURGEON, Timothy et. alii. (São Paulo: Elsevier Editora, 2014).

¹⁰⁹ Toda a discussão atual sobre a economia compartilhada e a “desmaterialização do empregador” (MIRANDA, 2016) pode ser identificada como importante aspecto dessa lógica de aumento das contingências e, em especial, da complexidade social, que desafia diversos sistemas sociais, com marca distinta sobre o subsistema justabalhista.

afastando cada vez mais do paradigma convencional segundo o qual as empresas eram rigidamente divididas em primárias, secundárias e terciárias.

Por fim, há situações em que todas as peculiaridades indicadas estão presentes. A grande cadeia global de valor da Toyota, no Japão, trabalha com cerca de 500 fornecedores fixos que, em seguida, dividem a tarefa com cerca de três mil empresas menores e de vários setores e atividades. São subcontratadas que, por sua vez, se relacionam com quase 50 mil outras firmas de pequeno porte – todas engajadas na produção dos bens e de serviços voltados para a produção e venda dos veículos da principal contratante, algumas no mesmo local, outras dispersas pelo país e fora dele, cada uma delas com uma composição do seu quadro de pessoal particular e heterogênea. Nessa cadeia de produção, a parceria e a versatilidade dominam: cada empresa tem sua própria modalidade de contratação de colaboradores e forma de trabalhar. É assim que ocorre nas grandes cadeias globais de valor. (PASTORE e PASTORE, 2015: 40-42)

Logo, pode-se falar que, ao contrário da premissa original hierarquizada do subsistema jurídico trabalhista em relação ao contexto produtivo, que se apoiava na perspectiva de expansão vertical da atividade empresarial, vê-se, ao contrário, uma horizontalização desta atividade, que se fragmenta em fornecedores independentes de bens e serviços, que gravitam em torno de diversas atividades empresariais (ROBORTELLA e PERES, 2015: 174).

Tem-se, portanto, que os modos de produção e de trabalho da sociedade evoluíram ao longo do tempo, afastando-se do modelo estratificado e hierarquizado de produção centrada em uma só empresa, que, com seus empregados subordinados, tudo produz. Hoje diferentes arranjos são utilizados. Estas novas relações de produção desafiam os postulados do direito do trabalho, em especial o código diferenciador da situação de emprego com seu principal programa, a subordinação ao empregador¹¹⁰, e, no contexto da formação de redes de empresas, o desafio refere-se especialmente ao fato de que a produção deixa de ser verticalizada - de uma só empresa -, para horizontalizada - cadeias de produção formadas por diversas empresas, cada uma com suas relações de trabalho, inclusive relações de emprego marcadas pelos programas do direito do trabalho.

O sistema jurídico brasileiro, inclusive o subsistema justrabalhista, ainda que tardiamente (pois tal processo somente é percebido com mais vigor a partir da década de 1980, conforme se abordará), passa a sofrer irritações dessas informações que surgem no ambiente, demandando não só que a complexidade externa aumente a complexidade interna dos sistemas, como também que surjam continuamente contingências para o sistema. Em tal

¹¹⁰ Conforme abordado com mais detalhamento no capítulo anterior.

desenvolvimento surge a discussão quanto à terceirização e seu processamento pelo subsistema justralhista, cujo tratamento mais detido será iniciado no próximo tópico.

4.2 Complexidade, contingência, evolução e a terceirização

A terceirização e as irritações que causa no subsistema do direito do trabalho, e o processamento que este dá àquela, estão relacionadas diretamente com os mecanismos de evolução social, dos sistemas sociais e, no que importa ao subsistema justralhista, aos limites, programas e operações e premissas de funcionamento (hierarquia) deste.

Com efeito, a evolução da sociedade para o formato atual de sistemas funcionalmente diferenciados se dá no abandono de um funcionamento hierarquizado, com um sistema central que estabelece as premissas de operação da sociedade, para uma sociedade em que os diversos sistemas se especializam em determinadas comunicações, mas sem preponderância (relação hierárquica) entre eles, embora possam existir sistemas cujo funcionamento se baseie em uma relação de hierarquia. Esse desenvolvimento se dá tendo em vista o marco da liberdade dos sistemas, que, afastados da dominação de um sistema em posição hierárquica superior, aumentam sua complexidade interna pela liberdade de estabelecer sua própria comunicação e seu próprio modo de funcionamento, desde que atados a seu código exclusivo de funcionamento e às suas funções. Com isso, os sistemas aumentam sua própria complexidade interna e também, conseqüentemente, a complexidade do ambiente dos demais sistemas sociais, haja vista que toda operação de um sistema é uma comunicação do ambiente dos demais sistemas, que podem, ou não, tomar a irritação daquela informação para, de sua própria forma (sob seu código identitário, sua função e seus programas), processá-la e operacionalizá-la (LUHMANN, 2006 e 2016). A liberdade social é, assim, o motor do aumento da complexidade e da contingência social em um ciclo de autorreprodução dos sistemas, de mudanças nos sistemas e de evolução dos sistemas, inclusive o direito do trabalho, e da sociedade:

O princípio do desenvolvimento são as crescentes complexidades e contingências da sociedade. É a partir daí que as estruturas da sociedade, entre elas o direito, sofrem pressões no sentido da mudança. (LUHMANN, 1983, 172)

Não é uma mudança rápida e nem simples. De forma geral, os sistemas complexos funcionalmente diferenciados respondem às contingências de modo paulatino, processando as informações (irritações) do ambiente com tempo, em um processo histórico de desenvolvimento (evolução) que envolve aumento da complexidade, seleção de formas específicas e sua posterior estabilização, mas que provoca novos aumentos de possibilidades em sequência e continuamente, inclusive de forma a provocar novas seleções e estabilizações. Niklas Luhmann, nesse sentido, menciona que os sistemas demandam tempo para processar e trabalhar suas reações às informações existentes no ambiente:

Complex systems require time for processing information and selecting reactions and, consequently, presuppose structures or other parts of the system that are not involved in working out specific reactions¹¹¹. (LUHMANN, 1977: 30)

Como todo sistema complexo, o subsistema do direito do trabalho leva tempo para fazer o processamento de tais informações vindas de seu ambiente. Um subsistema histórico, marcadamente vinculado a uma perspectiva hierárquica relacionada ao contexto de seu surgimento (ambiente fabril), se vê constantemente irritado por novas informações existentes na sociedade, tais como as mudanças nos modos de produção e na forma de relacionamento entre os setores econômicos e entre as empresas, entre elas a terceirização, cuja uma das marcas é justamente a “interdependência empresarial - oposta à auto-suficiência que marcou o modelo fordista” (FELICIANO, 2008: 39), ao qual se vinculava inicialmente o referido sistema. Assim, como ocorre quando vão se alterando o funcionamento e as práticas desenvolvidas ao longo da história, a terceirização gerou irritações nos sistemas, especialmente no subsistema justrabalhista, que passou a buscar respostas adequadas internamente, sob suas próprias perspectivas, e seu modo de funcionamento.

No exame da terceirização, um dos principais problemas é justamente saber a que fenômeno social a análise se refere, pois, como ressaltado por Homero da Silva, “a controvérsia começa no próprio sentido da palavra” (2015: 197). Atualmente, esse nome tem sido utilizado para cobrir diversas figuras distintas de relacionamento entre empresas e entre

¹¹¹ Tradução livre do autor: “Sistemas complexos requerem tempo para processar informações e selecionar reações e, conseqüentemente, pressupor estruturas ou outras partes do sistema que não estão envolvidas na elaboração de reações específicas”.

empresas e trabalhadores, nos mais variados contextos da sociedade. Diz-se terceirização de mão de obra, intermediação de mão de obra, terceirização de serviços, terceirização interna, terceirização externa/externalização, terciarização, subcontratação, parceria, filiação, entre outros (MARTINS, 2009: 176). Tais significados estão vinculados à forma com que sistemas que operam na sociedade percebem o fenômeno de produção de etapa de produto ou de serviço, ou meramente a realização de um serviço para outrem, em suas próprias linguagens sistêmicas.

Como um fenômeno econômico-administrativo, pode-se falar da terceirização a partir da perspectiva da mudança do modo de produção fordista-taylorista para o toyotista, partindo-se da ideia de participação de um terceiro na cadeia produtiva de determinado bem ou serviço. Sendo assim, tratar-se-ia não de um terceiro pela ótica jurídica, mas de um “terceiro concebido pela área da administração de empresas, visando a enfatizar a descentralização empresarial de atividades para um terceiro, estranho à empresa” (CAVALCANTE, 2013: 386). Em sentido semelhante, Maurício Godinho Delgado afirma que a palavra terceirização é um “neologismo oriundo da palavra *terceiro*, compreendido como *intermediário, interveniente*” (DELGADO, 2012: 435), sendo uma expressão originária da área de administração de empresas que enfatiza “a descentralização empresarial de atividade para outrem, um terceiro à empresa” (ibidem). Trata-se, portanto, a terceirização, em seu sentido econômico e de administração de empresas, de “um aperfeiçoamento das técnicas de produção com vista no barateamento do produto final da empresa” (MARTINS, 2012: 33), tendo “múltiplas facetas do processo de encadeamento produtivo ou de complementaridade de serviços” (BASSO, 2008: 91).

Conceituar a terceirização com precisão não é simples, portanto, especialmente de uma perspectiva jurtrabalhista. Não é por menos. Ao se olhar as origens históricas da terceirização, vê-se como um processo que surge não no Direito do Trabalho, mas sim no seu ambiente, haja vista questões de organização administrativa empresarial e inovações tecnológicas, que geram atritos com sistemas, em especial para o presente estudo, com as estruturas do sistema jurídico e de seu subsistema jurídico trabalhista.

Em tais origens históricas, há autores que classificam modos de parceria entre empresas como terceirização. Nesse sentido, José Martins Catharino defende que institutos tradicionais no Brasil, como a subempreitada (previstos na legislação trabalhista brasileira desde a edição da CLT, em 1943, conforme artigo 455) e o trabalho a domicílio já são

regulamentações de terceirizações que existiam na sociedade (CATHARINO *apud* CASTRO, 2014: 114). Em sentido semelhante, Maurício Godinho Delgado afirma que, mesmo em se tratando a terceirização de algo que ganha relevância em época mais recente no país, as figuras da empreitada e subempreitada seriam formas de terceirização sob o aspecto da subcontratação de mão de obra (DELGADO, 2012: 436).

Necessário destacar, contudo, que em um ambiente mais amplo, mundial, a terceirização torna-se um fenômeno mais relevante para os ambientes da sociedade com a Segunda Guerra Mundial, eis que a indústria armamentista passa, na época, para responder às demandas de produção para o exército aliado na guerra, a fragmentar sua produção por empresas diferentes em diversos países (MARTINS, 2012: 2).

Apesar de suas origens remontarem ao esforço de guerra, destaca-se sua maior relevância na mesma época da crise do Direito do Trabalho mencionada precedentemente, com desenvolvimentos posteriores em duas outras fases. Com efeito, uma primeira maior onda da terceirização dar-se-ia na década de 1970, e seu foco seria em áreas periféricas das empresas, especialmente segurança, limpeza, alimentação e outros (PASTORE e PASTORE, 2015). Já uma segunda fase ocorreria na década de 1980, por meio da contratação de serviços mais vinculados às atividades centrais da empresa (*core business*), tais como criação de novos produtos, pesquisa, desenvolvimento, entre outros, inclusive por meio da contratação de empresas localizadas em outros países que não aquela que estivesse situada a operação da empresa que realizava a contratação (*offshoring*). Uma terceira fase se iniciaria, no mundo, em meados dos anos 90, com o acirramento da competição global:

Nessa fase, as empresas partiram para contratar etapas de seu *core business* e contar com esses serviços em tempo real, com rigor técnico e qualidade. (...) A padronização dos processos permitiu a contratação do mesmo componente do *core business* com várias contratadas simultaneamente que, por sua vez, avançaram na especialização e na capacitação de seu pessoal (...). A essa altura, a parceria estava estabelecida. Contratantes e contratados passaram a ser partes integrantes das mesmas cadeias globais de valor e passaram a trabalhar juntas. (PASTORE e PASTORE, 2015: 13-14)

Trata-se, portanto, de um processo que vinculado à alteração dos modos de produção que afastam a estrutura hierarquizada, militar, totalizante, da indústria de base fordista/taylorista, para um modelo baseado no toyotismo, com diversas possibilidades de

diferentes de arranjos de produção e, portanto, também de arranjos de trabalho e de emprego. Conforme ressalta José Pastore, falando do contexto brasileiro,

as empresas modernas estão se organizando com base em uma série de contratos com outras empresas e pessoas físicas que se incumbem de diferentes aspectos da produção. Isso torna o mercado de trabalho cada vez mais segmentado, muito longe da situação homogênea estabelecida pela CLT, onde há apenas empregados e empregadores dentro de uma mesma empresa (PASTORE, 2008: 128)

Trata-se de um fenômeno que ocorre tanto em nível nacional como internacional, inclusive a ponto de as empresas de diversos países se relacionarem formando redes de produção ou de serviços que ultrapassam fronteiras nacionais, no que é chamado de internacionalização produtiva. Com efeito,

As indústrias nacionais de países industrializados e em desenvolvimento não atuam mais isoladamente e em regime de plena concorrência. Elas se tornaram profundamente interligadas por meio de redes empresariais complexas e sobrepostas em uma escala global (STURGEON, 2014: 166).

A ideia por trás de tal transformação vem, portanto, do surgimento dessa nova técnica de administração da produção, qual seja, a “formação de redes que fornecem bens e serviços” (ROBORTELLA e PERES, 2015: 174). Com ela, transfere-se uma menor complexidade, pois hierarquizada, que existia no interior das grandes empresas totalizantes, para uma complexidade horizontalizada em formato de redes, que “se constituem através de micro, pequenas, médias e grandes empresas, que ajustam contratos civis envolvendo a atividade humana em múltiplas dimensões, com especialização, *know how*, pessoal e equipamentos próprios” (ibidem).

Portanto, a terceirização, fora da perspectiva justabalhista, é uma forma de divisão de um processo produtivo por diversas empresas, que não aquela que os produzia originalmente, as quais fornecem serviços ou produtos a outras empresas, de modo que, ao final se tenha, por meio dessa rede, a produção total antes a cargo de uma só grande empresa (SÜSSEKIND, 2003: 277). Trata-se, portanto, de um “fenômeno originário da tendência de descentralização empresarial de atividades” (LUDWIG, 2018: 107)

Sob a perspectiva sistêmica, trata-se de a liberdade de organização da atividade produtiva originando complexidade na sociedade e contingência para os sistemas sociais. Contingencialmente, um modo de produção pode ser de forma diferente aos modos de produção anteriormente utilizados, e, ao ser adotado, gerar atritos nos sistemas sociais. Com o tempo, não foi possível ao subsistema do Direito do Trabalho ignorar esses atritos e, nesse contexto, a terceirização no sentido econômico-administrativo passou a ser observada pelo subsistema jurídico trabalhista aos poucos, o qual foi aumentando sua própria complexidade para lidar com essa nova informação.

4.3 Terceirização e o subsistema jurídico trabalhista: observações iniciais

Como visto, a terceirização surge como uma forma de redistribuição de atividades necessárias a uma cadeia produtiva em redes de relações entre empresas, seja para realização de atividades necessárias à manutenção da estrutura de um determinado estabelecimento empresarial dentro deste, seja para a consecução de efetivas etapas da produção por meio de trocas de produtos e serviços, realizados tanto internamente como externamente (exteriorização) à determinada empresa. Um fenômeno que se origina no ambiente do sistema jurídico.

Trata-se de um fenômeno, por consequente, que não se insere inicialmente no subsistema justrabalhista (cujo código emprego/não emprego depende do programa personalidade), mas no sistema jurídico mais geral, bem como no sistema econômico, por se tratar de um contrato entre empresas, ou seja, um acoplamento estrutural entre direito e economia. Conforme visto em capítulos antecedentes, o referido acoplamento estrutural surge muito antes da diferenciação funcional dos sistemas, embora seja uma das estruturas da sociedade fundamentais para que esta se diferenciasse funcionalmente.

Nessa evolução, necessário reconhecer que relações entre empresas de diferentes setores econômicos ou mesmo do mesmo setor econômico se desenvolveram há muito tempo. Pode-se citar o exemplo dos contratos de fornecimento e aquisição entre empresas do setor extrativo e do setor de transformação, e mesmo contratos de cooperação interempresarial, conforme definido por Fernando Hugo Miranda (2016), a exemplo dos contratos de franquia,

de distribuição e agência, de representação comercial, corretagem, contratos relacionados à logística, entre outros. Para a presente análise, importa ressaltar que tais relações se dão com uma perspectiva de pessoas (jurídicas) de nível hierárquico igual, com perspectiva de igualdade¹¹², ou paridade, de poder, ao contrário da relação (contratual) de emprego.

Destarte, relações de fornecimento de serviços ou produtos entre empresas, geralmente associadas à terceirização no contexto econômico e de administração de empresas, moldaram-se, historicamente, como contratos de prestação de serviços de natureza típica civil e comercial¹¹³. Cabe pontuar, nesse caso, que em 1916, antes da edição da Consolidação das Leis do Trabalho – CLT (em 1943), o Código Civil já previa não só contratos de compra e venda, mas também contratos como os de locação de serviços¹¹⁴, e os de empreitada¹¹⁵, que se referem diretamente à aquisição/fornecimento de serviços ou trabalhos mediante retribuição, ou seja, uma empresa não realizando todas as atividades necessárias a seu empreendimento, contratando tais realizações de outra. Fernando Hugo Miranda (2016, 98-99) aponta que pelo menos desde a década de 1930 havia estudos no Brasil acerca da descentralização de atividades na iniciativa privada, com delegação da execução de tarefas a empresas especializadas por meio das figuras da locação de serviços e do contrato de empreitada.

Ao longo desse processo evolutivo, o sistema jurídico começa a ser irritado para dar resposta em diversos campos para o fenômeno que tem origem, portanto, em seu ambiente. E o subsistema trabalhista acaba sendo irritado, tendo em vista que a produção de empresas e o fornecimento de produtos ou de serviços, por meio de relações contratuais entre essas pessoas, dependem do trabalho realizado pelos empregados de cada empresa, vinculados formalmente, por um contrato de trabalho (acoplamento estrutural diferido, com base na premissa da desigualdade de poderes), a seus empregadores.

¹¹² Reconhece-se que há situações de desigualdade fática entre contratantes civis, mesmo entre empresas, tendo em vista situações as mais diversas, tal como relevância econômico-social maior, ou mesmo dependência de uma empresa em relação à outra. Isso não modifica, no entanto, a ficção base da igualdade entre contratantes.

¹¹³ E, quando envolve o Poder Público, também de natureza administrativa.

¹¹⁴ Código Civil de 1916 (Lei 3.071/1916):

Art. 1.216. Toda a espécie de serviço ou trabalho lícito, material ou imaterial, pode ser contratada mediante retribuição.

Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071/impresao.htm. Acesso em setembro de 2018.

¹¹⁵ Código Civil de 1916 (Lei 3.071/1916):

Art. 1.237. O empreiteiro de uma obra pode contribuir para ela ou só com seu trabalho, ou com ele e os materiais.

rt. 1.239. Se o empreiteiro só forneceu a mão de obra, todos os riscos, em que não tiver culpa, correrão por conta do dono.

Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071/impresao.htm. Acesso em setembro de 2018.

Ocorre assim que o subsistema justralhista, cuja identidade é baseada no código bivalente emprego/não emprego, precisa dar respostas a essa comunicação da sociedade que não está, ao menos inicialmente, vinculada a esse mesmo código. Trata-se da “responsividade” do sistema diante da irritação gerada pelo ambiente, que força o próprio sistema a reduzir complexidade para responder à complexidade:

fala-se também em “responsividade” do sistema jurídico. No seio da teoria dos sistemas autopoieticos, o termo adequado seria o da “irritabilidade” (pertubabilidade, sensibilidade, ressonância). Em sua própria complexidade, o sistema jurídico não pode dar conta de todas as situações sociais. Ele tem de reduzir complexidade, como todo sistema em relação com o ambiente, e proteger a construção própria da complexidade mediante altos muros de diferença. (LUHMANN, 2016: 300-301)

O subsistema jurídico trabalhista, poderia, como resposta, operar as questões relativas à terceirização com uma resposta negativa à incidência do código: se trataria de uma relação entre empresas que não pode ser processada, pois não aborda uma operação sob o código emprego/não emprego. Mas, ao contrário, o direito do trabalho passa a observar a terceirização sob essa sua perspectiva, aplicando-lhe diversos de seus programas, aproximando-a de operações relativas ao código, ao ponto de, a partir de meados da década de 2000, conforme será mostrado, buscar a ampliação do programa subordinação (o principal informador da positivação do emprego), a fim de manter tal código operativo vinculado a uma perspectiva totalizante, relacionado diretamente ao que seria a grande empresa responsável em parte pelas proteções do Estado Social, em olhar similar ao da estrutura fordista de empregos.

Com efeito, é de se destacar, nesse exame, que um dos pressupostos da relação jurídica empregatícia é a prestação do trabalho por pessoa física, a partir da qual se vinculam, conforme destaca Maurício Godinho Delgado (2012: 284), “os bens tutelados pelo Direito do Trabalho (vida, saúde, integridade moral, bem-estar, lazer, etc)”, (...) [os quais não podem] ser usufruídos por pessoas jurídicas”. Esse é, assim, um dos elementos de geração de questões de incompatibilidade da terceirização com o direito do trabalho, uma vez que, existente de fato uma relação de prestação de serviços entre empresas, não haveria que se falar em aplicação dos programas do direito do trabalho àquela relação empresarial. Mas, por envolver, direta ou indiretamente, trabalhadores vinculados às empresas, não é o que acontece.

Por isso, a terceirização começa a ser observada, sob a perspectiva do subsistema justralhista, como uma relação triangular de emprego, um “disfarce” do efetivo vínculo empregatício, como não deixam dúvidas, em recente publicação, mas que reflete essa perspectiva histórica, as opiniões de Valdete Souto Severo e Jorge Luiz Souto Maior:

a terceirização é uma máscara, o vínculo de trabalho segue sendo exatamente o mesmo. As fórmulas “tomador dos serviços; empresa cliente; prestadora; terceirizados) não conseguem alterar essa realidade. A relação de emprego é composta por uma dualidade que se implica mutuamente: capital x trabalho. (SEVERO; MAIOR, 2017: 42)

Por essa abordagem que utiliza o código emprego/não emprego e, em decorrência, seus programas e operações que titularizam direitos e deveres aos empregados, observa-se uma tendência do sistema a abordar a terceirização como uma estratégia que visa precipuamente a flexibilizar e a precarizar o trabalho, reduzindo direitos trabalhistas e/ou o pagamento de encargos sociais aos trabalhadores. Valdete Souto Severo, novamente falando da “máscara” da terceirização, considera que

no início da industrialização, a linguagem jurídica da autonomia contratual da vontade adotou a perspectiva econômica, para dissimular a exploração do trabalho pelo capital: um livre acordo entre iguais legitimava a exploração. Entretanto, essa perspectiva foi superada por uma lógica social, que trouxe à pauta a necessidade de realização de direitos considerados fundamentais, dentre os quais se destaca o Direito do trabalho. Hoje, a linguagem empresarial pretende recompor a mesma farsa, através de um discurso de flexibilização. (SEVERO, 2015)

É por essa perspectiva, que utiliza o código identitário do subsistema justralhista, que se vê a terceirização sendo entendida como “um fenômeno em que uma empresa se serve de trabalhadores alheios, como se inserisse outra dentro de si” (AMORIM, et alii: 2011), ao mesmo tempo em que se desfaz de etapas da produção e descarta trabalhadores, “como se se lançasse dentro de outra” empresa (ibidem). Destarte, ao se adotar uma perspectiva exclusivamente justralhista, tende-se a buscar a visão sobre a terceirização em um aspecto de triangulação da mão de obra, ou triangulação de empregos e responsabilidades pela relação empregatícia, a fim de afastar as proteções do subsistema justralhista. Nesse sentido, Rodrigo de Lacerda Carelli afirma que a terceirização

demonstra a real intenção do empresariado brasileiro no repasse a 'terceiro', no sentido de 'outro', da posição de empregador na relação empregatícia (e consequentemente da responsabilidade sobre os encargos e direitos trabalhistas) com seus empregados. (CARELLI, 2003: 74)

Constata-se, nessa análise, que se adota a visão de que o subsistema justralhista, ou o Direito do Trabalho, seria um elemento central da sociedade, um subsistema de hierarquia superior aos demais, e que as demais informações da sociedade, como a terceirização (contrato – acoplamento estrutural), ao contrário de serem processadas pelo subsistema justralhista, a fim de que sejam significadas dentro de sua complexidade, ou mantidas externamente ao sistema, deveriam se adequar previamente, se moldar, ao código do subsistema justralhista, como se este tivesse um papel hierárquico superior, dominante, frente aos demais sistemas sociais. Põe-se ao largo, nessa análise, que contratos entre empresas para fornecimento de produtos e serviços é uma estrutura de ligação entre direito e economia, ou seja, uma estrutura da sociedade, e que o direito do trabalho, como um subsistema do direito, precisa processar tal informação, sem esquecer a significância da terceirização nos demais sistemas.

Note-se que a ideia de reduzir as responsabilidades trabalhistas por meio da terceirização termina por ser uma premissa de análise desta sob o exclusivo e inicial âmbito bivalente do subsistema justralhista. Embora isso possa acontecer, o subsistema deverá, ou não, aumentar sua complexidade para lidar com tais fatos sociais, tendo em perspectiva que a liberdade é a marca da complexidade e do aumento de possibilidades na sociedade, e que, assim, as respostas do sistema devem buscar apoio na fórmula da contingência, a justiça como igualdade na perspectiva da coerência no sistema, restringindo a liberdade de surgimento de contingências sociais, mas não impossibilitando o surgimento de tais contingências. Trata-se, com Niklas Luhmann (2016: 300-301), de se “falar em justiça no sentido de uma complexidade adequada à tomada de decisões consistentes [já que o] (...) caráter adequado da complexidade resulta da relação do sistema jurídico com o sistema social”, isto é, uma complexidade decorrente da liberdade adequada por meio das normas jurídicas entendidas como “delimitação da liberdade e como ensejo para o tratamento da desigualdade” (idem: 312), pois sem liberdade não haveria complexidade, mas apenas possibilidades limitadas na sociedade. Este ponto, no entanto, será melhor abordado em tópico posterior.

Cabe destacar, assim, para encerramento desse tópico, que, não obstante tais pontuações acerca da aproximação do código do subsistema justrabalhista da terceirização, a evolução histórica da sua perspectiva mostra que ele inicia a observação da terceirização pela ideia de se tratar de uma locação de mão de obra, e não de serviços especializados, mesmo quando se amplia a possibilidade de terceirização por meio da Súmula 331:

O TST, inclusive por sua Súmula 331, entende a terceirização como locação de mão de obra, não como uma forma de descentralização produtiva por meio de contratação de serviços especializados. (ANDRADE, 2014: 85)

Estabelecido, portanto, que a terceirização passa a ser entendida não como contratos de prestação de serviços na área privada, mas como locação de mão de obra para disfarçar a efetiva relação de emprego e o afastamento dos programas jurídicos trabalhistas de igualdade (direitos do trabalho), cabe entender como seu deus essa evolução histórica até a chegada aos tempos recentes, em que há novas mudanças a serem enfrentadas pelo subsistema justrabalhista no que importa ao tema, que implicam em uma ressignificação da aplicação do código identitário emprego/não emprego ao fenômeno da terceirização, em especial com alterações nas perspectivas do programa subordinação para tanto.

4.4 Primeira evolução do subsistema jurídico trabalhista sobre a terceirização - a perspectiva da intermediação de mão de obra

Conforme abordado no tópico anterior, a terceirização surge como um fenômeno do ambiente do subsistema jurídico trabalhista, o qual se consubstancia em contrato entre empresas para fornecimento de produtos ou serviços, com vistas à descentralização das atividades. Na legislação nacional, tais relações tiveram no início do século XX embasamento no Código Civil de 1916, com suas disposições acerca de contratos de locação de serviços e empreitada, sem consideração específica sobre as relações empregatícias existentes nas empresas envolvidas. Portanto, a utilização dessas modalidades contratuais para o fim de descentralização das atividades empresariais já existia muito antes do aumento da controvérsia trabalhista a respeito do tema. De toda forma, vale lembrar que a principal

legislação trabalhista brasileira - a CLT, aborda, desde 1943, por meio de seu artigo 455¹¹⁶, a possibilidade de subempreitada, ou seja, de um empregado contratando outro para realizar parte da obra ou empreitada, no que é entendido por alguns autores como uma referência incipiente à terceirização.

Como estratégia típica de descentralização, pode-se dizer que “a noção da terceirização foi trazida por multinacionais por volta de 1950, pelo interesse que tinham em se preocupar apenas com a essência do seu negócio” (MARTINS, 2012: 2), ou seja, com suas atividades principais, repassando outras atividades para empresas diversas, ou terceiras. Também se menciona a Lei 4.594/64 como uma norma que permite a descentralização de atividades empresariais no que importa à venda de seguros por corretor, bem como os Decretos-lei 1212 e 1216, os quais permitiram a contratação pelos bancos de serviços de segurança por empresas especializadas nessa atividade (CAVALCANTE, 2013).

Mais uma marca dessa descentralização de atividades no país, embora ligada à administração pública, se dá em 1967, pelo Decreto 200, que, motivado pela redução de despesas do Estado, permite a transferência de atividades antes desempenhadas pelos servidores públicos à iniciativa privada, determinando, ao mesmo tempo, que os servidores se concentrem no planejamento, supervisão, coordenação e controle das demais atividades descentralizadas (MIRANDA, 2016: 97).

Pode-se dizer, no entanto, que o ponto de virada no que respeita à percepção do subsistema justralhista quanto à descentralização de atividades e à contratação de serviços no país se dá com a inclusão no sistema, em 1974, da Lei 6.019. Esta subverte a possibilidade de execução de trabalho por uma pessoa a uma empresa, com a existência de um vínculo de emprego, mas sob ordens hierárquicas de outra empresa e cujo resultado será disponibilizado diretamente a esta, com a qual não tem um vínculo de emprego. Isso porque ela cria a hipótese da intermediação de mão de obra (isto é, o aproveitamento de empregado de trabalho como se fosse seu próprio) por meio do trabalho temporário, originariamente por no máximo três meses, nos casos de substituição transitória de pessoal regular permanente, ou para

¹¹⁶ CLT, art. 455:

Nos contratos de subempreitada responderá o subempreiteiro pelas obrigações derivadas do contrato de trabalho que celebrar, cabendo, todavia, aos empregados, o direito de reclamação contra o empregado principal pelo inadimplemento daquelas obrigações por parte do primeiro.

Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De15452compilado.htm. Acesso em setembro de 2018.

atender ao acréscimo extraordinário de serviços¹¹⁷. Nessa figura da intermediação de mão de obra, o objeto do contrato é justamente a disponibilização de “alguém que será inserido na hierarquia da empresa contratante” (MIRANDA, 2016: 43). Com efeito, um dos caracteres mais importantes na hipótese da intermediação de mão de obra (e que será utilizado como hipótese destacada para a identificação de uma intermediação travestida de terceirização, como abordado mais à frente) é a existência de uma efetiva transferência de subordinação do trabalhador de uma empresa para a outra, mantendo-se o vínculo de emprego, contudo, com a empresa com quem foi celebrado o contrato de trabalho. Nesse sentido,

Os vínculos jurídicos são: um, de natureza civil, entre a empresa cliente e a empresa de trabalho temporário, como tal registrada perante o Ministério do Trabalho (arts. 6º e 9º); e o outro, de natureza trabalhista, entre o trabalhador temporário e a empresa fornecedora, que o assalaria, responde diretamente pelos direitos assegurados em lei (art. 11), mas não dirige a prestação pessoal de serviços. É que, sem desfigurar os pólos do contrato de trabalho, **a empresa fornecedora delega à empresa cliente o poder de comando sobre o trabalhador temporário**, porquanto o labor é prestado no recinto e em atividade desta, visando a satisfação de seus objetivos estatutários. (SÜSSEKIND et. alii., 2003, p. 270) (grifos nossos)

Segundo o artigo 3º, da CLT, conforme visto em capítulo precedente, deverá ser considerado empregado o trabalhador (pessoa natural) que presta serviços de forma pessoal, não eventual, remunerada e sob subordinação. Ainda, segundo o artigo 9º da CLT, “serão nulos de pleno direito os atos praticados com o objetivo de desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação dos preceitos contidos na presente Consolidação” (BRASIL, 1943). Com isso, tem-se que tentativas de disfarçar o vínculo de emprego, por meio de emprego com empresa interposta, levariam em consequência ao reconhecimento da existência de um vínculo de emprego direto entre a empresa que está aproveitando a força de trabalho do empregado, independentemente de que este, formalmente, tenha um vínculo empregatício com outra, que está fornecendo a “mão de obra”. Trata-se do sempre mencionado princípio da primazia da realidade.

Repita-se, a Lei do Trabalho Temporário (ou da intermediação de mão de obra), de número 6019/74, alterou esse esquema direto de vínculo, permitindo, como exceção

¹¹⁷ Lei 6.019, de 3 de janeiro de 1974, artigo 2º (redação original): “Art. 2º - Trabalho temporário é aquele prestado por pessoa física a uma empresa, para atender à necessidade transitória de substituição de seu pessoal regular e permanente ou à acréscimo extraordinário de serviços.” Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L6019.htm. Acesso em setembro de 2018.

(temporariedade), que uma empresa possa se fazer da força de trabalho de empregado de outra empresa, como se fosse seu próprio empregado, especialmente porque passa a ter, sobre ele, o poder hierárquico-jurídico normativo e disciplinar, ou seja, o trabalhador fica subordinado à empresa que não é sua empregadora formal. Como bem destaca Fernando Hugo Miranda (2016: 43), no caso do fornecimento de mão de obra, “o que é oferecido pela empresa fornecedora (...) é o profissional, e não o serviço, o qual, inclusive, poderá ser substituído a pedido da empresa contratante (tomadora)”, cabendo-se destacar, nesse caso, inclusive a personalidade como outro atributo excepcionado dos típicos vínculos de emprego.

Tem-se, então, a alteração de programas com aumento da complexidade do subsistema justralhista em virtude da permissão de uma triangulação de mão de obra, pois esta “vincula não só as empresas contratantes (empresa fornecedora e tomadora), unidas por um vínculo de natureza civil, como também o profissional posto à disposição pela empresa fornecedora, que detém apenas com a empresa fornecedora vínculo jurídico empregatício” (MIRANDA, 2016: 44). No entanto, na perspectiva sistêmica mantém-se não só uma estrutura hierárquica relativa ao código bivalente (subordinação do trabalhador temporário), como, inclusive por isso, a incidência direta do código emprego/não emprego, ainda que suas características típicas (programas) tenham sofrido excepcionalidades (exceção do vínculo empregatício).

Essa abertura para uma relação lícita de triangulação da estrutura jurídico- hierárquica do emprego e de seu vínculo formal, por meio da Lei 6.019/74, gerou, no subsistema justralhista, uma percepção da terceirização de atividades (descentralização) como uma forma de triangulação de mão-de-obra, mas sem as permissões legais existentes para o trabalho temporário. Interpreta-se tal dado como uma abertura dada pelo sistema político para que as empresas brasileiras enfrentassem os fenômenos sociais (irritações do meio ambiente) que as forçavam a buscar competitividade. Nesse sentido, Magda Barros Biavaschi e Alisson Droppa (2011), em artigo em que reconstituem a evolução jurisprudencial da terceirização no Brasil até a edição da Súmula 331, evidenciam essa conclusão ao mencionar que a Lei 6.019/74

abriu as portas para a terceirização ao introduzir mecanismos legais para as empresas enfrentarem a competitividade do sistema econômico, possibilitando-lhes contratar mão-de-obra qualificada a menor custo e sem responsabilidade direta dos tomadores dessas atividades. (BIAVASCHI, DROPPA, 2011: 129-130)

Essa perspectiva de tomada da descentralização/terceirização de atividades, especialmente de serviços, executados dentro de ambiente da empresa contratante, de forma similar ao trabalho temporário (onde o temporário geralmente passa a laborar no ambiente de produção de sua tomadora de mão de obra), como uma intermediação de mão de obra, uma relação triangular de emprego, amplia-se, no subsistema justralhista, com a edição, em 1983, da Lei 7.102 (posteriormente regulamentada pelo Decreto nº 89.056, de 24 de novembro de 1983). Esta permitiu a contratação de empresas para a prestação de serviços de vigilância e transportes de valores no setor financeiro. Biavaschi e Droppa mencionam que essa lei “estendeu para os serviços de vigilância essa contratação atípica” (2011: 130), referindo-se à intermediação de mão de obra.

De se notar, no que respeita à Lei 7.102/83, que seu texto original e os posteriores não fazem menção à colocação de pessoal à disposição da empresa contratante, ou seja, subordinação, como ocorre na intermediação de mão de obra (vide, por exemplo, o artigo 11 da Lei 6.019/74¹¹⁸). Trata-se, desde o início, conforme disposto na redação original do artigo 10¹¹⁹ da referida Lei, de empresas especializadas em “prestação de serviços de vigilância e de transporte de valores, constituídas sob a forma de empresas privadas”, com vistas não ao fornecimento de mão de obra, mas à execução de uma atividade específica. No entanto, o

¹¹⁸ Lei 6.019/74, artigo 11: “O contrato de trabalho celebrado entre empresa de trabalho temporário e cada um dos assalariados colocados à disposição de uma empresa tomadora ou cliente será, obrigatoriamente, escrito e dele deverão constar, expressamente, os direitos conferidos aos trabalhadores por esta Lei.”

Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L6019.htm. Acesso em setembro de 2018.

¹¹⁹ Lei 7.102/83, artigo 10 (redação original): “As empresas especializadas em prestação de serviços de vigilância e de transporte de valores, constituídas sob a forma de empresas privadas, serão regidas por esta Lei, e ainda pelas disposições das legislações civil, comercial e trabalhista”.

Já a redação atual do artigo 10 mantém o sentido de prestação de serviços especializados, deixando-o mais evidente:

Art. 10. São considerados como segurança privada as atividades desenvolvidas em prestação de serviços com a finalidade de: (Redação dada pela Lei nº 8.863, de 1994)

I - proceder à vigilância patrimonial das instituições financeiras e de outros estabelecimentos, públicos ou privados, bem como a segurança de pessoas físicas; (Incluído pela Lei nº 8.863, de 1994)

II - realizar o transporte de valores ou garantir o transporte de qualquer outro tipo de carga. (Incluído pela Lei nº 8.863, de 1994)

§ 1º Os serviços de vigilância e de transporte de valores poderão ser executados por uma mesma empresa. (Renumerado do parágrafo único pela Lei nº 8.863, de 1994)

§ 2º As empresas especializadas em prestação de serviços de segurança, vigilância e transporte de valores, constituídas sob a forma de empresas privadas, além das hipóteses previstas nos incisos do caput deste artigo, poderão se prestar ao exercício das atividades de segurança privada a pessoas; a estabelecimentos comerciais, industriais, de prestação de serviços e residências; a entidades sem fins lucrativos; e órgãos e empresas públicas; (Incluído pela Lei nº 8.863, de 1994)

Texto da Lei 7.102/83, original e modificações, disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7102.htm. Acesso em setembro de 2018.

subsistema jurídico trabalhista passa a abordar tais relações de prestação de serviços como uma nova hipótese legal de triangulação de mão de obra, agora não mais vinculada a um caráter temporário, mas a uma atividade específica. Diz-se que a referida lei, nessa perspectiva, deu “expressa autorização legal de fornecimento de mão de obra em relação ao trabalho do vigilante” (MIRANDA, 2016: 46), criando nova hipótese de exceção do vínculo de emprego com quem teria um vigilante e a empresa tomadora uma relação fática de vínculo. Com efeito, trata-se de perspectiva que entende haver transferência de subordinação, ainda que de forma presumida, pela prestação de serviços no estabelecimento específico daquela que está recebendo o trabalho:

o vigilante, embora empregado da empresa especializada fornecedora de mão de obra, prestará serviços no estabelecimento da empresa tomadora, **integrando-se**, assim, **à hierarquia** desta última. Características dessa relação são a não eventualidade e a pessoalidade, elementos próprios do vínculo empregatício, na medida em que um profissional é destacado para atender determinada empresa tomadora por certo período de tempo, de forma previsível. **Igualmente, é de se esperar que, em certa medida, estará o vigilante também subordinado a determinações essenciais do superior responsável na sede do estabelecimento da tomadora.** Ainda que se verifique certa independência técnica de atuação, em virtude, precisamente, da alta especialização dos serviços prestados, é certo que, em aspectos próprios à convivência e às demais regras de organização empresarial, também o vigilante estará sujeito à autoridade do responsável da tomadora. (MIRANDA, 2016: 46, grifos nossos)

Tem-se, então, que tanto para a hipótese do fornecimento temporário de mão de obra, onde se transfere efetivamente a subordinação, como na hipótese de prestação de serviços de segurança, onde haveria uma presunção de transferência da subordinação, passa-se a considerar, na perspectiva do subsistema justabalhista, ambas as relações como triangulação de mão de obra, ou seja, intermediação de mão de obra ou, como ficou mais comum o uso, “terceirização de mão de obra”, afastando a segunda, assim, do nascedouro civil da prestação de serviços.

Ao largo disso, tem-se que durante os anos 1980 e 1990 cada vez mais o judiciário trabalhista passa a ser irritado por processos de terceirização que, nessa perspectiva do subsistema justabalhista, são tratados como “relações empregatícias travestidas de contratação terceirizada, em fraude à legislação trabalhista” (POLÔNIO, 2000; 25). Em

consequência, a Justiça do Trabalho busca consolidar decisões (jurisprudências) que orientem o julgamento dos processos que envolviam esse fenômeno da terceirização.

O subsistema, nesse processo, ao invés de decidir pela não incidência do código bivalente para a prestação de serviços de vigilância e transporte de valores, decide pela sua incidência, ainda que entendendo se tratar, novamente, de situação excepcional de não-emprego com a empresa para quem a mercadoria fictícia trabalho é disponibilizada, mas com proteções jurídicas trabalhistas (programas do sistema) decorrentes não só da relação de emprego entre prestadora de serviços e trabalhador, como também do início de derivação de responsabilidades trabalhistas daquela empresa para quem o serviço foi prestado em relação aos empregados da prestadora envolvidos na atividade.

Essa aplicação do código do subsistema justralhista à relação de prestação de serviços com base na Lei 7.102/83 aprofunda-se quando a questão, chegando ao Poder Judiciário Trabalhista e, principalmente ao TST, edita a Súmula 256, a qual de forma explícita marca a prestação de serviços de vigilância e transporte de valores como uma “contratação de trabalhadores por empresa interposta”, cujo vínculo triangular é entendido lícito pela excepcionalidade daquela atividade reconhecida por lei. Destaca-se o texto da referida Súmula, editada em 1986:

Súmula nº 256 do TST
Contrato de prestação de serviços. Legalidade
Salvo os casos de trabalho temporário e de serviço de vigilância, previstos nas Leis nºs 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 dos serviços. (grifos nossos)¹²⁰

Tem-se, então, que o subsistema justralhista evolui, com base em seus programas variáveis, selecionando irritações, processando-as segundo seus programas e suas operações, e inclui, em sua complexidade, respostas para o fenômeno da descentralização ou terceirização de serviços, atraindo para ela a ideia de triangulação de mão de obra, passando a julgá-la segundo essa perspectiva. Assim, passa a entender qualquer forma de serviço prestado no interior de uma certa empresa, por outra, como uma intermediação ilícita de mão de obra,

¹²⁰

Disponível em http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_251_300.html#SUM-256. Acesso em setembro de 2018.

exceto nos casos do trabalho temporário (Lei 6.019/74) e dos serviços de vigilância e segurança patrimonial (Lei 7.102/83), até o momento em que, pelo aumento da contingência no ambiente, bem como da complexidade, impõe-se novamente ao subsistema novos processos de seleção e estabilização de formas de lidar com a complexidade. Trata-se de processo que dá origem ao abandono do entendimento presente na Súmula 256, encaminhando-se para operações que terminam por resultar na Súmula 331 do TST.

4.5 A superação da Súmula 256 e a evolução para a Súmula 331

A Súmula nº 256 foi bastante questionada dentro do subsistema jurídico trabalhista, pois, apesar de relativamente estabilizada no sistema, continuamente sofria irritação do ambiente, eis que, na prática, considerava ilegal todas as formas de terceirização possíveis (DINIZ, 1996: 207). Com efeito, os demais sistemas sociais, que, para o direito do trabalho estariam em seu ambiente, mantiveram suas operações em lógicas de desconcentração de atividades empresariais. Ou seja, mesmo recebendo a irritação causada pela Súmula 256 que, juridicamente, impunha a manutenção das atividades concentradas em uma empresa, o certo é que a prática da terceirização continuou.

No período de sua vigência, a Súmula nº 256 balizou grande parte das decisões judiciais de modo a afastar a licitude (código lícito/ilícito) de descentralizações empresariais (terceirizações, especialmente de serviços), para ensejar a declaração de vínculo de emprego direto entre a empresa contratante e o trabalhador (código emprego/não emprego). De fato,

No vocabulário da Súmula, contratações cujo objeto era o fornecimento de mão de obra para além dos limites legais configurariam contratação por empresa interposta, ou seja, por empresas utilizadas no intuito de fraude à legislação. (MIRANDA, 2016: 100)

No entanto, a descentralização empresarial, já em crescimento nas décadas de 1970 e 1980, ganha nova força no Brasil a partir da década de 1990, resultado de uma série de irritações dos sistemas sociais, entre eles o “acirramento da pressão pela flexibilização do mercado de trabalho” (BIAVASCHI, DROPPA, 2011: 130), que reforçou, no Brasil, “em

meados dos anos 1980, as inovações gerenciais traçadas pelo toyotismo (...) [que] foram amplamente adotadas pelas empresas do complexo automobilístico” (DELGADO, AMORIM, 2014: 11). Nesse sentido, explicando a evolução histórica, mas criticando o que chamam de “epidemia da qualidade e da produtividade”, Gabriela Delgado e Helder Amorim descrevem que:

A partir dos anos 1990 o modelo de gestão toyotista se expandiu intensamente por todos os setores da economia brasileira, consolidando uma fase de “epidemia da qualidade e da produtividade” no país, acrescida pela implantação dos programas de qualidade total e de terceirização nas empresas, em reforço aos novos mecanismos de gestão já adotados desde a década de 1970.

Foi também nos anos noventa que se firmou uma espécie de expansão desvirtuada da terceirização no universo empresarial, que se ocupou de terceirizar, indiscriminadamente, tanto as áreas e setores periféricos como as áreas e setores nucleares do setor produtivo. (idem: 11).

Soma-se a esse quadro de irritações no sistema justralhista também a Constituição Federal de 1988, novo influxo político-jurídico que soergue como princípio constitucional a livre iniciativa de produção econômica (FURTADO, 1993), ao lado de direitos sociais do trabalho.

Foi-se desafiando, assim, o subsistema justralhista em relação ao programa de restrição às terceirizações, pois o entendimento consubstanciado na Súmula 256 do TST, de que toda descentralização seria considerada intermediação ilícita de mão de obra, com exceção do trabalho temporário e dos serviços de vigilância e segurança, limitava as iniciativas das atividades econômicas. Esse programa não comportava exceções frente às irritações trazidas a ele pelas operações de seu ambiente, cada vez mais complexas e contingentes, até que um caso judicial provocou mais vigorosamente novas operações do sistema para alterar o programa até então relativamente estável.

Com efeito, no referido processo de evolução do subsistema justralhista no que importa à terceirização, foi determinante uma discussão em 1993, conforme narram Biavaschi e Droppa (2011), em um Inquérito Civil Público instaurado no Ministério Público do Trabalho, que deu origem a um Termo de Ajustamento de Conduta e discussões posteriores

(pedido de reconsideração, resposta, entre outros)¹²¹ relativamente à utilização de terceirizados em diversas atividades do Banco do Brasil, e a necessidade de contratação do pessoal envolvido em limpeza, conservação e digitação por meio de concurso para preenchimento de cargos na referida empresa pública. Foi um caso de muita repercussão, que, além do MPT e do TST, envolveu Ministério do Trabalho, Federações e Sindicatos de trabalhadores e empregadores, e trouxe à discussão a limitação da Súmula nº. 256 em relação à realidade econômica, produtiva e trabalhista na qual estava inserido o país.

Em suma, a discussão principal relacionava-se à terceirização, fora dos permissivos da Lei 6.019/74 e 7.102/83, de atividades de digitação, limpeza e vigilância, locação de veículos, frete, transporte coletivo, preparação de veículos, manutenção de vasos ornamentais, serviços do Centro Cultural, preparação de lanches noturnos, entre outros, sob a argumentação de que eram contratações ilegais. Reforçava-se, para tanto, a afronta à Súmula nº 256 do TST, pois seriam terceirizações de atividades bancárias. (BIAVASCHI, DROPPA, 2011)

Cumprido destacar, no entanto, que dentro da linha do reconhecimento da existência de contratos de prestação de serviços, não foram consideradas pelo Ministério Público do Trabalho terceirizações de mão de obra ilícita alguns serviços, como locação de veículos, frete, transporte coletivo, preparação de veículos, manutenção de vasos ornamentais, serviços do Centro Cultural, preparação de lanches noturnos. Mas digitalização, limpeza e conservação foram enquadrados como fornecimento ilícito de mão de obra, em desafio à Súmula 256 do TST, eis que fora das hipóteses citadas de intermediação de mão de obra admitidas¹²². (BIAVASCHI, DROPPA, 2011)

Não obstante a conclusão do MPT, este entendeu necessário, tendo em vista repercussões sociais, solicitar ao TST a reforma da Súmula nº 256 a fim de excepcionar para empresas públicas, sociedades de economia mista e administração pública direta, autárquica e fundacional, a contratação, por empresa interposta, de atividades de limpeza e conservação e digitação (BIAVASCHI, DROPPA, 2011). Ou seja, manteve-se a perspectiva de intermediação de mão de obra, isto é, de um vínculo de emprego triangular cuja relação hierárquica direta entre empresa que recebe o resultado do trabalho, e o empregado, poderia

¹²¹ Recomenda-se a leitura do rico relato de Biavaschi e Droppa presente em artigo, já citado, para se aprofundar nos detalhes da discussão referida. Tal artigo está com acesso livre na internet por meio do link: <http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/mediacoes/article/view/9657>.

¹²² Outra discussão sobre permissão legal para intermediação de mão de obra pela administração pública deu-se com base no Decreto-lei 200/67, o qual não será aprofundado aqui tendo em vista que o foco desse trabalho está nas atividades privadas e no código emprego/não emprego.

ser excepcionada, mas, nesse caso, pela perspectiva do MPT, pela jurisprudência, e apenas no que importa a empregos que deveriam ser preenchidos por concurso público.

O TST, que já vinha enfrentando dificuldades na aplicação da Súmula nº 256, iniciou processo de revisão que culminou na edição da Súmula nº 331 em setembro de 1993 (BIAVASCHI, DROPPA, 2011). Esse novo programa sumular traz mudanças profundas em relação ao conceito anteriormente utilizado, especialmente por reconhecer a existência e licitude de diversos contratos de prestação de serviços além dos de serviços de vigilância ou a intermediação de mão de obra da Lei 6.019/74, desde que ausentes dois requisitos especiais do vínculo de emprego: pessoalidade e subordinação. No entanto, esse novo entendimento gerou nova diferença dentro do sistema justralhista em relação à terceirização: as atividades meio, de apoio, cuja terceirização¹²³ seria permitida, e, a *contrario sensu*, as atividades-fim, cuja terceirização seria ilícita. Cabe, para melhor clareza, reproduzir o texto da Súmula 331 no que importa à questão da terceirização em atividades privadas, objeto do presente estudo:

Súmula nº 331 do TST

CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LEGALIDADE (nova redação do item IV e inseridos os itens V e VI à redação) - Res. 174/2011, DEJT divulgado em 27, 30 e 31.05.2011

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).

(...)

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**. (grifos nossos)¹²⁴

A partir da edição da Súmula nº 331, estabilizam-se, portanto, novas formas de lidar com a terceirização, ou descentralização das empresas. Separa-se a aplicação do código em novos programas: o primeiro, a intermediação lícita de mão de obra, isto é, contrato de

¹²³ Ou, na linguagem da Súmula, “prestação de serviços”, eis que em nenhum momento utiliza-se o vocábulo terceirização desde a redação da Súmula 256 até hoje.

¹²⁴ Disponível em: http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_301_350.html. Acesso em setembro de 2018.

trabalho temporário, pela qual se contrata indiretamente um empregado, o qual está subordinado diretamente à empresa tomadora da mão de obra, em uma relação de emprego marcada por uma efetiva triangulação do vínculo empregatício, caracterizando uma resposta positiva do código bivalente do sistema (emprego/não emprego) excepcionada pela permissão legal de transferência de subordinação; o segundo, prestações de serviço entre empresas relativamente a atividades consideradas “meio”, isto é, de suporte ao funcionamento daquele negócio, tais como vigilância (Lei 7.102/1983), asseio e conservação, digitalização (um dos pontos existentes no caso do Banco do Brasil mencionado anteriormente), e outras, desde que nessa relação entre empresas o vínculo de emprego, marcado pelos programas personalidade e subordinação (direta), não seja transferido entre as empresas; e um terceiro, a terceirização de atividades fim da empresa, que é entendida como ilícita e gera, em consequência, vínculo de emprego¹²⁵ entre o trabalhador e a empresa beneficiada pela atividade laboral, pois, em sentido contrário ao item III da Súmula 331, seria presumível a existência de personalidade e de subordinação, o que descaracterizaria o ajuste entre as empresas.

Buscando-se uma perspectiva de sistemas, pode-se mencionar que, nessa evolução do subsistema em direção à Súmula nº 331, vê-se o reconhecimento de que a perspectiva hierárquica do sistema e do código identitário emprego/não emprego pode ser dissociada das relações entre empresas, não importando quem recebe os resultados das informações econômicas geradas pelo trabalho, mas sim como se consubstancia na realidade prática o vínculo subordinativo hierárquico-jurídico direto, somado à personalidade. Cabe destacar o novo significado da subordinação, que deve ser direta. Assim, o aspecto econômico decorrente do acoplamento estrutural direito-economia, relativo ao contrato entre empresas, não é, nesse instante, para o sistema jurídico, o caracterizador da relação jurídica de emprego. Se há alguma espécie de relação econômica trilateral, esta somente será considerada, sob o aspecto jurídico, ilícita, se o caráter jurídico (subordinação hierárquico-jurídica, repita-se)

¹²⁵ Deve-se destacar que essa presunção do vínculo de emprego é aplicável apenas para a terceirização entre atividades de empresas privadas, não se aplicando para a Administração pública, incluindo-se nessa exceção as empresas públicas e as sociedades de economia mista, tendo em vista o item II da Súmula 331, o qual, diante da obrigatoriedade de concurso público para preenchimento de cargos públicos estabelecido na Constituição, excepcionou o referido vínculo:

Súmula nº 331 do TST
CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LEGALIDADE
(...)

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).

Disponível em http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_301_350.html. Acesso em setembro de 2018.

transitar entre empresas sem que uma base legal a permita (como no caso da Lei 6.019/74). Destarte, o lado negativo (ilícito) do código do direito em relação à terceirização aciona o aspecto positivo do subcódigo justralhista (emprego) se o programa jurídico (não econômico) subordinativo ultrapassar a fronteira entre os contratos (acoplamentos) entre as empresas no que importa aos poderes diretivo e disciplinar direto.

Em linha com tal perspectiva, tem-se que o que é chamado de terceirização de atividade fim seria, de pronto (presunção absoluta), considerada ilícita pela conclusão, também via presunção, de que haveria uma transferência de subordinação jurídica. Essa presunção decorre da percepção de que ao subsistema justralhista não caberia a utilização do aspecto econômico do acoplamento estrutural (contrato entre empresas e entre estas e seus empregados) para caracterizar a relação jurídica de vínculo de emprego, ou seja, não poderia depender da informação relativa a quem se beneficiaria em último recurso do resultado das informações econômicas geradas pelo trabalho realizado.

Vale mencionar que tal perspectiva ocorre, inicialmente, de forma geral, em um âmbito mais restrito da terceirização, aquela que se dá quando a empresa (contratante, ou tomadora) traz para dentro de seus estabelecimentos os empregados de outra empresa de quem recebe os serviços contratados, que passam a dividir um mesmo ambiente laboral, assemelhando-se, na perspectiva da doutrina justralhista, à intermediação de mão de obra. Com efeito, ainda que não tratando diretamente da questão da absorção dos empregados dentro de um mesmo ambiente laboral, a descrição de Guilherme Guimarães Feliciano sobre a terceirização e a Súmula nº 331 encaminha a tal conclusão:

Terceirização, em senso lato, é descentralização das atividades empresariais. Admite, por conseguinte, diversas manifestações concretas, como o fornecimento de coisas ou bens, por uma parte (como, se dá, e.g., quando a empresa A fornece matéria-prima semimanufaturada para as linhas de montagem da empresa B), e fornecimento de serviços, por outra (como se dá, e.g., quando a empresa A fornece pessoal para se ativar em um segmento da linha de produção da empresa B - terceirização de atividade-fim - ou para a prestação de um serviço auxiliar, como limpeza, alimentação, transporte ou vigilância patrimonial - terceirização de atividade-meio). É essa última, em princípio, a terceirização disciplinada pela Súmula nº 331 do C. TST: fornecimento de serviços que, direta ou indiretamente, imiscuem-se no processo produtivo da empresa tomadora. (FELICIANO, 2008: 34)

Retorna-se, portanto, à questão: a Súmula 331 do TST, ao fazer as três diferenciações mencionadas anteriormente, termina por dissociar o resultado econômico do acoplamento estrutural economia e direito (o contrato) do programa jurídico do vínculo de emprego, e, assim, afasta a existência de relações trilaterais ilícitas em caso de inexistência de pessoalidade ou subordinação. Neste olhar, a prestação de serviços especializados deixa de ser entendida, pelo sistema, como uma intermediação de mão de obra caso respeitados os caracteres da relação de emprego existente entre cada um dos empregados e seus empregadores, sem transferência da subordinação hierárquica (direta) entre eles (exceto no caso da Lei 6.019/74). Com efeito, conforme expressão de João de Lima Teixeira Filho, os contratos de prestação de serviço não “invadem o campo de atuação do Direito do Trabalho” (SÜSSEKIND *et. alii*, 2003: 274). O que interessa à regulação trabalhista é o “modo pela qual a obrigação aventada é satisfeita” (*ibidem*) e, portanto, se há pessoalidade e subordinação (direta) atravessada entre as empresas contratantes e o empregado que realiza o trabalho. Nesse sentido:

Fundamental, destarte, perquirir se o enlace contratual é consistente na forma e na essência, ou se apresenta distorções que, na execução do pactuado, desvendem autêntico contrato de trabalho sob capa de negócio jurídico admitido pelo Código Civil. Tal é a hipótese quando comprovado que o trabalhador, prestando serviços pessoais e permanentes, não recebe ordens de seu empregador (empreiteiro ou empresa de prestação de serviços) e, sim, do contratante do bem ou serviço, o qual, de fato, o estipendia e assume os riscos da atividade econômica que explora. Contrato de empreitada no qual trabalhadores da empresa contratada ombreiam-se com empregados da empresa contratante, sob a direção desta, na execução de um único e mesmo serviço, constitui intermediação de mão-de-obra ou marchandage, expediente deturpado que encontra rechaço no art. 9º da CLT. (*idem*: 274-275)

Nesse sentido, Homero Batista Mateus da Silva bem aborda os limites da terceirização face à relação das empresas entre si e em relação ao trabalhador da prestadora de serviços terceirizados:

enquanto no contrato de trabalho o empregado está subordinado ao empregador, na terceirização o prestador de serviços segue algumas ordens e orientações de padronização e de método por parte do tomador – tais como horários em que deve haver a presença de um vigilante no estabelecimento comercial, roteiro a ser cumprido pelos empregados da limpeza e visual a ser concretizado pelos empregados da jardinagem. Enquanto o empregado é contratado de modo personalíssimo, o prestador de serviços pode ser alternado, mas desde que se mantenham as características contratadas e

desde que todos sejam da confiança e da responsabilidade do empreendimento contratado. (SILVA, 2015: 198)

Portanto, a partir da evolução do subsistema justralhista de superação da perspectiva de que a descentralização de serviços (ou seja, de que a terceirização) fora das hipóteses legalmente excepcionadas, se trataria de intermediação ilícita de mão de obra, ele passou a reconhecer a existência de relações civis de prestação de serviços (lado negativo do código emprego/não emprego), desde que nesta não sejam aplicados os programas de caracterização do emprego, especialmente a pessoalidade e a subordinação direta (hierárquica), de caráter jurídico. Isso porque, para configurar-se efetivamente o contrato de prestação de serviços, não pode interessar à contratante quem o executa, como ou quando o executa, mas simplesmente o resultado econômico gerado (ABDALA, 2008: 20), ou seja, não pode interessar o aspecto jurídico do vínculo de emprego (o poder diretivo e disciplinar), mas simplesmente seu aspecto econômico (o resultado do trabalho). Do contrário, se a empresa contratante exige o cumprimento do contrato por certas pessoas, dirige e fiscaliza os serviços, isso faz com que emergja, na verdade, o vínculo de emprego direto entre a pessoa que realiza o trabalho e aquela empresa que contratou o serviço de outra, que somente está realizando o papel de intermediadora de mão de obra, pois “nessa relação, se verifica a presença de todos os elementos da definição de empregador e de empregado, e, portanto, a relação de emprego” (ibidem).

No entanto, apesar dessa evolução do subsistema justralhista (Súmula nº 331), que por ao menos vinte anos serviu de suprarregulação da relação entre empresas (MIRANDA, 2016: 106), em uma situação relativamente estável, novas irritações do ambiente do sistema jurídico, bem como internas ao próprio ambiente justralhista, passam a novamente irritá-lo e gerar novas alterações. Em suma, inicia-se um movimento tanto de ampliação da noção da subordinação, ultrapassando-se novamente a noção hierárquico-jurídica em prol de resgates de perspectivas econômicas, como também, ligado à busca de reestruturação da subordinação, tem-se um movimento de ampliação da aplicação da Súmula nº 331 para hipóteses nas quais antes não era aplicada, o que desafia a consistência do sistema baseado no código identitário, na sua função e na fórmula de contingência, a justiça como igualdade, conforme será abordado nos próximos tópicos.

4.6 Novas complexidades no subsistema justralhista relativamente à terceirização: a ampliação do critério da atividade-fim e da noção de subordinação

A Súmula 331 do TST, como visto, alterou significativamente o panorama dos programas do subsistema jurídico trabalhista no que importa à descentralização de atividades pelas empresas. Superando a Súmula 256, o novo texto sumular passa a reconhecer, no subsistema jurídico trabalhista, contratos civis entre empresas (relações horizontalizadas na sociedade), especialmente no que importa à prestação de serviços de uma empresa, com seus empregados, para outra, dentro do ambiente laboral desta, sem que se configure uma relação de emprego, nem mesmo triangular (a exemplo do trabalho temporário criado pela Lei 6.019/74). Para tanto, dois requisitos não podem estar presentes entre os empregados da empresa contratada e a empresa contratante daqueles serviços: pessoalidade e subordinação direta. Com essa virada, dissocia-se vigorosamente o vínculo de emprego do caráter econômico do contrato de emprego, isto é, não importa para a configuração do vínculo o resultado econômico do contrato, mas apenas o critério jurídico atinente àquele contrato: pessoalidade e subordinação hierárquico-jurídica. Trata-se do sistema jurídico se autorreferenciando e se autorreproduzindo, separando suas respostas daquelas informações que respondem ao sistema econômico no acoplamento estrutural existente (contrato de emprego), para dar respostas entendidas como adequadas (segundo a lógica do sistema) às irritações que permeavam o sistema, advindas do meio ambiente social. Com efeito:

A justificativa da mudança de paradigma decorre da percepção de que a reorganização, em escala global, do modelo de organização de negócios e empresas tornou possíveis a existência e a estabilização de relações econômicas baseadas em circunstâncias fáticas diversas daqueles que deram origem à tutela conhecida por direito do trabalho. (MIRANDA, 2016: 120)

No entanto, apesar da nova estabilização de forma e programas, não só o ambiente do sistema vai se tornando mais complexo, como o próprio subsistema aos poucos começa a paulatinamente incrementar sua complexidade interna, irritando outros ambientes da sociedade (como o político), e mesmo o mais amplo sistema do direito, tendo em vista, conforme será abordado, que o próprio subsistema passa a não mais dar respostas consistentes e iguais, desafiando o programa de justiça que está intrincado no funcionamento do sistema

jurídico. Trata-se, com efeito, da participação do próprio sistema nos acontecimentos de seu ambiente:

sistemas que se baseiam em uma experimentação concreta tendem tipicamente a vínculos fortemente temáticos em um horizonte relativamente estreito, o qual delimita um mundo cuja complexidade é indeterminada e indeterminável. Daí resultam, principalmente no direito, tendências a julgamentos apodícticos e à não percepção da participação do próprio sistema nos acontecimentos em seu ambiente (auto-causação, cumplicidade). (LUHMANN, 1983, 180-181)

Entre as irritações que o subsistema jurídico passa a sofrer depois de período de estabilização de seus programas relacionados à terceirização em atividades privadas, em especial com base na regulação supralegal da Súmula 331 do TST, tem-se o aprofundamento do processo de descentralização das empresas, que passam a externalizar atividades produtivas, no que é chamado por Fernando Hugo Miranda (2016: 110) de “desmaterialização de empresas”, desafiando a permissão de terceirização de atividades meio internamente à empresa e também o outro lado da forma desse programa, a restrição de terceirização de atividades fim de forma interna à empresa, o que orientava a incidência do código lícito/ilícito do sistema do direito, e, principalmente, do código emprego/não emprego do subsistema justralhista. Com efeito,

no curso da experiência de aplicação da Súmula [331], logo se percebeu que ela veiculava uma resposta assecuratória de condições ligadas ao modelo de concepção clássica do vínculo empregatício em relação a um desafio muito maior do que contratos de fornecimento de mão de obra, o fenômeno de desmaterialização de empresas, provenientes, sobretudo, de processos de externalização de etapas de processos produtivos. Empresas, ao começarem a abrir mão de etapas específicas de seu processo produtivo, com a compra no mercado de produtos que inicialmente produziam, poderiam ser questionadas, à luz do conceito de atividade-fim, sobre a legalidade da prática. (MIRANDA, 2016: 110)

Assim, começou-se, no subsistema jurídico trabalhista, o questionamento do fenômeno da externalização de etapas da produção com base na ideia de se tratar de terceirização de atividades fim, o que antes se vinculava à ideia de internalização de prestação de serviços em atividades fim como elemento caracterizador de uma fraude ao vínculo de emprego diante da presunção de existência, especialmente, de subordinação. Um indicativo dessa premissa é que parte relevante da doutrina justralhista, uma das estruturas do sistema do direito, mantém a

ideia de terceirização vinculada à ideia de intermediação de mão de obra, não superando, portanto, a premissa de relação triangular, fundada em bases econômicas, que disfarça uma relação bilateral de emprego. Nesse sentido, Maurício Godinho Delgado (2012: 434-438), define a terceirização como uma relação trilateral com três polos, o empregador prestador de serviço (e ao mesmo tempo, intermediador de mão de obra), o empregado e o contratante do serviço, que recebe o resultado econômico do contrato de trabalho, mas sem se tratar de empregador, como pode ser visto do trecho a seguir:

[terceirização é] **o fenômeno pelo qual se dissocia a relação econômica de trabalho da relação justralhista que lhe seria correspondente**. Por tal fenômeno insere-se o trabalhador no setor produtivo do tomador de serviços sem que se estendam a este os **laços justralhistas**, que se preservam fixados **com uma entidade interveniente**. [Desse modo] 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. (idem: 434)

Dessa forma, o referido autor inclui a terceirização na figura da intermediação de mão de obra (idem, 434-438), de que seria hipótese típica, pela transferência de subordinação, o contrato de trabalho temporário criado pela Lei 6.019/1974.

Diversos outros juristas apontam em sentido semelhante. Por exemplo, Ophir Cavalcante Júnior (apud PASTORE e PASTORE, 2015: 35-36) caracteriza a terceirização como uma “relação de trabalho típico que envolve dois polos, de um lado o empregado, e de outro, o empregador”, implicando na alteração do modelo vigente de relação de emprego de forma a romper a bipolarização típica da prestação de trabalho. Valdete Souto Severo (2015) aponta que a terceirização, no fim, mantém o vínculo de trabalho da hipótese clássica e, assim, a tripartição entre tomador dos serviços ou empresa cliente, prestadora e empregados terceirizados não conseguiria alterar a realidade de que há uma intermediação de mão de obra, e que na verdade há uma relação de emprego composta por uma dualidade disfarçada. Grijalbo Fernandes Coutinho descreve a terceirização como uma fraude nascida com o intuito de espoliar a classe trabalhadora e acabar com suas conquistas separando os vínculos empregatícios entre diversas empresas, intermediadoras:

Para além de uma forma de gestão empresarial enxuta, a terceirização rompe as barreiras de conteúdo civilizatório conquistadas na democracia burguesa após secular luta obreira por transformações e direitos sociais de natureza trabalhista capazes de afastar o mundo do trabalho indigno do século XIX. (...)

Do ponto de vista jurídico, a terceirização é uma escancarada fraude. (...)

Com efeito, são empregadores os sujeitos que se utilizam de determinada força de trabalho para o desenvolvimento ou concretização de suas atividades empresariais. Os donos dessa força de trabalho logicamente são os seus empregados. **A figura do intermediário, espécie moderna de despachante de mão de obra, não tem espaço na relação de emprego marcadamente bilateral e protecionista do empregado**, construída assim em nome da justiça social possível sob as balizas capitalistas e também para evitar os ímpetus revolucionários de operários e camponeses mundo afora. (COUTINHO, 2015: 82-83) (grifos nossos)

Mantém-se, portanto, a perspectiva de que um aspecto da relação econômica (quem se beneficia, ao fim, do resultado do trabalho) caracteriza a relação jurídica empregatícia, e se coloca os programas do sistema justralhista de direitos dos trabalhadores como elementos centrais da definição do aspecto positivo do código do sistema, a existência de emprego, nesse caso, diretamente com a empresa que se aproveita da força de trabalho. Ou seja, toma-se o efeito (direitos) como a causa da relação de emprego. Com isso, inicia-se a ampliação da aplicação do programa “atividade fim” para além das hipóteses inicialmente concebidas:

Em sua juventude, a Súmula se referia, essencialmente, ao fenômeno de fornecimento de mão de obra, precisamente em razão das distorções nas práticas comerciais popularizadas a partir da triangulação institucionalizada pela Lei n. 6.019/74. No tocante às demais hipóteses de cooperação empresarial, não se imaginava sua aplicação. (MIRANDA, 2016: 110)

Passa-se a incluir, portanto, nesta alteração do programa, relações de externalização de atividades produtivas dentro do escopo da terceirização ilícita, atraindo, por consequência, o vínculo empregatício entre empregado “terceirizado” e a empresa contratante dos serviços, por se considerar uma fraudulenta intermediação de mão de obra. Isso porque a fraude residiria, na perspectiva do direito do trabalho, conforme explica Délio Maranhão (SÜSSEKIND et. alii, 2003: 279), em seccionar atividades essenciais da empresa como se fossem atividades acessórias, terceirizando-as, desnaturando as figuras do empregador e do

empregado face ao proveito econômico do negócio, e também “superpor a um contrato civil os traços fáticos definidores das partes no contrato de trabalho (arts. 2º e 3º da CLT)”. Fala-se, assim, de uma terceirização de serviços, seja de natureza externa, seja interna, que mantém uma subordinação dos trabalhadores à empresa contratante dos serviços, o que configuraria a fraude trabalhista justamente, conforme mencionado, pela intermediação de mão de obra disfarçada de um contrato civil:

Donde se concluir que a inteligência da Súmula nº 331, IV (*sic*), do TST atém-se à hipótese de terceirização de serviços, única a admitir a figura do "tomador de serviços". Na terceirização material, tomam-se bens manufaturados ou semimanufaturados; não se tomam, jamais, "serviços". Caso, porém, a empresa fornecedora (ou o *franchisee*, o locatário/cessionário, etc.) não tenha autonomia gerencial; caso seja, antes, "testa-de-ferro" da empresa-cliente, que continua **gerindo o negócio e subordinando os trabalhadores**, haverá fraude (...). Veja-se, porém, que a inteligência a se aproveitar da Súmula nº 331, sob tais circunstâncias, **é a do item I**, não a do item IV (*sic*). (FELICIANO, 2008: 43, grifos nosso)

Não se trata mais, contudo, nessa extensão do programa atividade fim para processos de externalização de atividades, de consideração da hipótese típica de subordinação hierárquico-jurídica, ou subordinação direta, nas palavras da Súmula 331, III, mas da aplicação da ideia de subordinação objetiva, como alerta Fernando Hugo Miranda (2016, 106 e segs), ou seja, de uma “atividade que se integra em atividade”, por meio da qual a “atividade do trabalhador como que segue, em linhas harmônicas, a atividade da empresa, dela recebendo o influxo próximo ou remoto de seus movimentos”. (DELGADO, 2012: 297-298). Com efeito,

a jurisprudência e a doutrina passam, cada vez mais, a afirmar que o que define a possibilidade de externalização de uma atividade, seja por meio da contratação de outra empresa, seja por meio da contratação de prestadores autônomos, seria, justamente, a natureza da atividade prestada, em cotejo com os fins do empreendimento.

Nesses termos, etapas produtivas incluídas na atividade-fim de uma empresa só poderiam ser realizadas no âmbito das mesmas empresas. (MIRANDA, 2016-B: 1.474)

A leitura que se pode fazer dessa estratégia é a de busca do retorno de uma premissa totalizante, hierarquizada, da empresa fordista, do sistema de produção, para se colocar sob

um mesmo âmbito totalizante, de emprego, as relações de trabalho como relações de empregos vinculadas a uma mesma grande empresa, com programas trabalhistas (direitos e benefícios) iguais. Nessa perspectiva do subsistema justralhista, a redução da complexidade decorrente da formação de redes empresariais, em que cada uma das componentes da rede relaciona-se de forma não hierárquica uma com a outra, e de forma hierárquica com seus empregados, se dá pela ordenação de absorção compelida pela empresa (central), que deve se tornar o sistema central dominante de todas as demais e de todos os seus vínculos jurídicos (aproximadamente em uma perspectiva dos sistemas centro/periferia, ou mais especificadamente, plebe/nobreza), especialmente os de emprego ou não emprego, ou seja, um retorno da perspectiva fordista.

Duas interpretações mais evidentes advêm dessa evolução. A primeira possível é que o subsistema justralhista abandona, para as terceirizações, seu código emprego/não emprego, e começa a operar em uma perspectiva quanto ao caráter e às escolhas de atividades que os negócios podem operar, ou seja, qual sua essência, mas sem programas adequados para orientar as expectativas do que seria fim e o que não seria. Ou, como segunda interpretação, que parece mais apropriada, pois mantém o subsistema operando sob o código emprego/não emprego¹²⁶, o subsistema justralhista, retorna, ainda que sob outro fundamento (atividades fim externalizadas enquadradas em vínculos econômicos de subordinação) como uma ideia de intermediação de mão de obra, sem, no âmago da questão, o reconhecimento dos acoplamentos civis entre as empresas.

Tal movimento de evolução do subsistema torna-se mais evidente a partir do julgamento, pelo judiciário trabalhista, culminando, no TST, de casos envolvendo a Lei Geral de Concessão e Permissão de serviços públicos – Lei 8.987/95, e a Lei Geral de Telecomunicações, a Lei 9.472/97. Com efeito, o sistema político, ao aprovar tais legislações, incluiu em seus textos dispositivos em que se permitia, pelas empresas concessionárias dos serviços públicos, a contratação com terceiros de “atividades inerentes, acessórias ou complementares ao serviço”¹²⁷, o que pode ser lido como uma resposta do sistema político não só às dificuldades administrativas de execução dos haveres públicos que as concessionárias estavam assumindo, como também uma irritação lançada pela Política ao

¹²⁶ E cujas evoluções do sistema para a utilização de subordinação objetiva e subordinação direta parecem confirmar, conforme se abordará.

¹²⁷ Trata-se de trecho tanto do artigo 25, §1º da Lei 8.987/95 e do artigo 94, II, da Lei 9.472/97, disponíveis, respectivamente, em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8987cons.htm e http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9472.htm. Acesso em setembro de 2018.

Direito, especialmente o subsistema justralhista, no que importava à terceirização de atividades pelas empresas, dada a restrição de externalização de atividades fim pelas empresas.

No entanto, nesse movimento de ampliação do sentido da Súmula 331 do TST no que importa à ilicitude da terceirização de atividades fim, o subsistema justralhista vai desenvolvendo suas diretrizes no que importa à impossibilidade de contratação, pelas concessionárias de serviços públicos, de atividades com terceiros, até a consolidação desse “novo paradigma” (MIRANDA, 2016-B: 1.474) em um *leading case*¹²⁸ julgado pela Subseção de Dissídios Individuais – I do TST (SBDI-1) em 2009. Para tanto, afasta a aplicação da permissão dada pelas referidas leis sob a argumentação de se tratarem de normas administrativas (ibidem, 108-109) que, com esse limite, não teriam aplicabilidade no que importa à relação justralhista (ou seja, elemento do sistema do Direito que não seria processado pelos programas do subsistema justralhista), cujos valores seriam diversos, tendo em vista a perspectiva da relação de emprego. Assim, o subsistema justralhista adota o paradigma da “internalização da atividade fim” (MIRANDA, 2016), parâmetro esse que, mesmo gerando resultados inconsistentes, como se verá, passa a ser tratado como um novo programa da terceirização vinculado ao programa da subordinação.

¹²⁸ Trata-se do julgamento, e consequente acórdão, publicado no Diário da Justiça de 16/10/2009, do processo TST-E-RR-586341-58.1999.5.18.0001, SBDI-1, Rel. Min. Vieira de Mello Filho, cuja ementa é:

RECURSO DE EMBARGOS - AÇÃO CIVIL PÚBLICA - TERCEIRIZAÇÃO EM ATIVIDADE-FIM - EMPRESA DO RAMO DE ENERGIA ELÉTRICA - EXEGESE DO ART. 25 DA LEI N. 8.987/95 - INTELIGÊNCIA DA SÚMULA N. 331 DO TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO - VIOLAÇÃO DO ART. 896 DA CLT.

A Lei n. 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, que dispõe sobre o regime de concessão e permissão de prestação de serviços públicos, ostenta natureza administrativa e, como tal, ao tratar, em seu art. 25, da contratação com terceiros de atividades inerentes, acessórias ou complementares ao serviço concedido, não autorizou a terceirização da atividade-fim das empresas do setor elétrico. Isso porque, esse diploma administrativo não aborda matéria trabalhista, nem seus princípios, conceitos e institutos, cujo plano de eficácia é outro. A legislação trabalhista protege, substancialmente, um valor: o trabalho humano, prestado em benefício de outrem, de forma não eventual, oneroso e sob subordinação jurídica, apartes à já insuficiente conceituação individualista. E o protege sob o influxo de outro princípio maior, o da dignidade da pessoa humana. Não se poderia, assim, dizer que a norma administrativista, preocupada com princípios e valores do Direito Administrativo, viesse derogar o eixo fundamental da legislação trabalhista, que é o conceito de empregado e empregador, jungido que está ao conceito de contrato de trabalho, previsto na CLT. O enunciado da Súmula n. 331 do Tribunal Superior do Trabalho guarda perfeita harmonia com princípios e normas constitucionais e trabalhistas e trouxe um marco teórico e jurisprudencial para o fenômeno da terceirização nas relações de trabalho no Brasil, importante para o desenvolvimento social e econômico do País, já que compatibilizou os princípios da valorização do trabalho humano e da livre concorrência e equilibrou a relação entre o capital e o trabalho. Recurso de embargos conhecido e parcialmente provido.

A subordinação, assim, nessa evolução do subsistema justralhista, passa a ser estabilizada com uma nova forma, que se soma à perspectiva clássica hierárquico-jurídica, conferindo nova significância ao programa da “atividade-fim” com vistas a ampliar o sentido do vínculo de emprego, ou seja, ampliar o lado positivo do código bivalente emprego/não emprego em um perspectiva de manutenção do funcionamento hierárquico do subsistema.

E também com tais desenvolvimentos, o subsistema começa a se utilizar de outra fórmula jurídica com vistas a conter a terceirização por meio da ampliação do critério do emprego utilizando-se do programa subordinação. Trata-se da subordinação estrutural, mencionada no capítulo anterior, que, em suma, orienta ao reconhecimento de relações de emprego entre empresas e trabalhadores, como autônomos, que pelo critério hierárquico-jurídico seriam “não empregados” (código emprego/não emprego), pois submetidos à estrutura econômica decorrente do negócio empresarial principal; ou mesmo reconhecimentos de vínculo direto entre tomadoras de serviço com os trabalhadores de prestadoras de serviço caso estes fiquem sujeitados àquela por pertencerem a uma mesma estrutura integrativa, uma cadeia econômica (DELGADO, 2006: 667). Cabe destacar: com a subordinação estrutural reconhece-se o vínculo de emprego em face da “integração [dos trabalhadores] à cultura do tomador (embora não tenham com ele qualquer relação jurídica) [pela qual] ficam estruturalmente subordinados, sendo, portanto, seus efetivos empregados”. (ROBORTELLA e PERES, 2015: 192), presumindo-se, portanto, a fraude em qualquer relação civil entre empresas, pois não respeitante do elemento central do emprego, a subordinação (na forma estrutural).

Destarte, a partir da subordinação estrutural o vínculo de emprego seria identificado não mais pela existência de uma relação de controle e direção da atividade do trabalhador. Estes não mais precisam estar presentes. Também não mais seria necessária a identificação do trabalhador na empresa, ou um exercício de vontade contratual, mas unicamente a “inserção estrutural do obreiro na dinâmica do tomador de seus serviços” (MIRANDA, 2016: 115).

Não obstante ter sido um critério criado pela doutrina trabalhista com pretensão de provocação de discussão do sistema político a fim de se alterar as leis brasileiras quanto à subordinação (DELGADO, 2006), o sistema justralhista, pelo seu centro, o Judiciário (LUHMANN, 2016), passa a integrá-lo efetivamente em seus programas, utilizando-o para a análise de casos submetidos a seu julgamento, dissociando de forma expressa a necessidade de configuração do poder hierárquico-jurídico (diretivo, normativo, disciplinar), bastando a

inserção na “dinâmica empresarial”¹²⁹. Destaca-se que inclusive se menciona nesse sentido, em contextos de análise de terceirizações, a necessidade de reconhecimento da relação econômica como base para o vínculo jurídico de emprego¹³⁰.

¹²⁹ A proposta deste estudo não é fazer um exame aprofundado, ou mesmo econométrico, da jurisprudência da Justiça do Trabalho envolvendo subordinação estrutural. No entanto, cabe mencionar alguns julgamentos para reforçar o ponto em exame. Nesse sentido, as seguintes ementas de acórdãos do TST e de Tribunais Regionais do Trabalho que utilizam o elemento da integração na dinâmica empresarial-econômica como elemento configurador do vínculo jurídico:

TERCEIRIZAÇÃO ILÍCITA. TELEMARKEETING. BANCO. COBRANÇA DE DÉVIDAS. RECONHECIMENTO DE VÍNCULO DE EMPREGO COM O TOMADOR DOS SERVIÇOS. Sendo incontroverso o exercício da atividade de cobrança dos clientes, vinculada à atividade-fim do tomador dos serviços, resta **configurada a subordinação estrutural**, impondo-se o reconhecimento do vínculo de emprego diretamente com este, nos termos da Súmula 331, I, do TST. Julgados. Recurso de revista conhecido e provido. (RR - 384-65.2015.5.03.0183, Relator Ministro: Márcio Eurico Vitral Amaro, Data de Julgamento: 17/05/2017, 8ª Turma, Data de Publicação: DEJT 19/05/2017) (grifos nossos)

VÍNCULO DE EMPREGO. ATIVIDADE-FIM. SUBORDINAÇÃO ESTRUTURAL. Provado que a reclamante exercia atividades inseridas **no núcleo da dinâmica empresarial do 2º e do 3º reclamados**, ligadas diretamente à área fim destes, torna-se desnecessário se perquirir sobre o local onde se dava o labor e o direcionamento e a fiscalização da prestação de serviços, impondo-se o reconhecimento do vínculo de emprego com os tomadores por força da subordinação estrutural. Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recursos ordinários, decide-se. (TRT-3 - RO: 02148201413903003 0002148-58.2014.5.03.0139, Relator: Anemar Pereira Amaral, Sexta Turma, Data de Publicação: 15/05/2017) (grifos nossos)

VÍNCULO DE EMPREGO. SUBORDINAÇÃO ESTRUTURAL. **Há subordinação estrutural quando o trabalhador se insere na organização empresarial, de forma não eventual, pessoal e onerosa, prestando serviços essenciais e ligados ao objeto da reclamada, integrando-se, portanto, no empreendimento.** Estando presentes todos os elementos a tanto, é reconhecido o vínculo de emprego entre as partes. (TRT-4 - RO: 00204257220145040373, Data de Julgamento: 05/05/2017, 7ª Turma) (grifos nossos)

VÍNCULO DE EMPREGO. SUBORDINAÇÃO. ESTRUTURAL. SERVENTE DE OBRA. CONSTRUÇÃO CIVIL. As atividades desempenhadas pelo reclamante, no cargo de pedreiro, **ajustam-se nitidamente aos fins do empreendimento da ré, construção civil, sendo, pois, nula a celebração de contrato de empreitada** com intuito de fraudar a incidência das normas de direito do trabalho, por força do princípio da primazia da realidade sobre a forma, positivado no art. 9º da CLT. (TRT-1 - RO: 00102111020155010522, Relator: MONICA BATISTA VIEIRA PUGLIA, Data de Julgamento: 19/04/2017, Terceira Turma, Data de Publicação: 04/05/2017) (grifos nossos)

RELAÇÃO DE EMPREGO. SUBORDINAÇÃO ESTRUTURAL. Ficou demonstrado nos autos que as atividades desenvolvidas pela parte autora **destinavam-se a atingir o objetivo social** do Banco reclamado, para o qual prestou serviços **por intermédio de empresa interposta. O vínculo de emprego se formou diretamente com o banco tomador dos serviços, por força da subordinação estrutural.** Incidem o artigo 9º da CLT e a orientação da Súmula 331, I, do C. TST. Recurso negado no particular. Parcialmente provido para estabelecer o divisor 180.

Cabe repetir: com a subordinação estrutural como programa de identificação do emprego, busca-se, de forma similar àquela da subordinação objetiva, que o critério econômico se torne o elemento jurídico definidor do código bivalente do subsistema justrabalhista, em uma indicação, desse subsistema, aos demais sistemas da sociedade envolvidos de alguma forma com as informações decorrentes do fenômeno da terceirização de serviços (e com outras formas de aproveitamento econômico do trabalho na concepção de mercadoria fictícia), que a dominante (ou mesmo única) forma de mediação entre a complexidade do mundo com o sistema do direito, ao envolver empresas e seus interesses econômicos, e ao envolver a mencionada mercadoria fictícia trabalho, é por meio do subsistema jurídico trabalhista, baseado em verticalização e hierarquização estratificada das relações, o qual deve tomar papel central, ampliado, na sociedade. De fato, como bem abordam Robortella e Peres (2015: 198), a subordinação estrutural “investe contra novos conceitos e modelos produtivos, desconstrói as técnicas de gestão empresarial, verticaliza as empresas e impõe um retorno aos gigantescos grupos econômicos”. Ou seja, ela orienta um traçado de reverticalização, de reestratificação dos modos de trabalho e produção visando ao modelo hierárquico/estratificado de emprego no qual se baseou a legislação trabalhista brasileira.

Em consequência, pode-se falar que se tende à própria diluição do código emprego/não emprego, eis que ele deixa de fazer a diferença efetiva caracterizadora do código do subsistema, com a perda de identidade deste. Luhmann menciona, neste sentido, que "*La diferencia misma requiere cuidado. La distinción misma debe definir la operación, es decir, ésta y ninguna otra*"¹³¹ (LUHMANN, 2006: 479). Disto se depreende que a aplicação do direito do trabalho a toda e qualquer relação que proporciona alguma produção por meio de alguma forma de trabalho, inclusive as relações entre empresas nas quais há aproveitamento econômico do resultado de relações de emprego de uma empresa pela outra, é, em si, um

(TRT-1 - RO: 00115569220155010301, Relator: ANTONIO CESAR COUTINHO DAIHA, Data de Julgamento: 27/03/2017, Terceira Turma, Data de Publicação: 20/04/2017) (grifos nossos)

¹³⁰ Como exemplo pode-se citar a seguinte ementa:

VÍNCULO DE EMPREGO. CONDIÇÃO DE BANCÁRIO. BANCO FIBRA. SUBORDINAÇÃO ESTRUTURAL. O caso concreto revela que a função exercida pela reclamante se trata de **atividade inserida no contexto de produtividade e no fim econômico do primeiro reclamado**. A propósito, a prova documental confirma isso, ao verificar-se que o segundo reclamado, empregador formal do autor, exercia uma ramificação das atividades do Banco reclamado, a saber, o "setor de varejo". (TRT-4 - RO: 00001083920135040001, Data de Julgamento: 10/05/2017, 8a. Turma)

¹³¹ Tradução livre do autor: “A diferença em si requer cuidado. A própria distinção deve definir a operação, ou seja, esta e nenhuma outra”.

problema à própria operação e à diferenciação do subsistema, pois tende a torná-lo indiferenciado do sistema do direito.

Outra importante questão que envolve a evolução do sistema justralhista em relação à terceirização no que importa ao programa da subordinação, com a utilização das ideias de subordinação jurídica como aquela formada pela subordinação clássica, pela objetiva e pela estrutural, e também pela questão que envolve a própria definição de atividades fim e atividades meio de uma empresa, envolve a justiça do sistema do direito, entendida como fórmula de contingência.

4.7 A terceirização e a justiça como fórmula de contingência: igualdade e consistência no sistema jurídico

A aplicação das ideias de subordinação objetiva e subordinação estrutural no contexto das terceirizações se une com a questão da aplicação dos conceitos de atividades meio e atividades fim no sistema do direito, e no subsistema justralhista, no que importa ao “programa para os programas” (LUHMANN, 2016: 289) do sistema do Direito, a justiça como fórmula de contingência. Com efeito, na teoria dos sistemas de Luhmann identifica-se a justiça como a fórmula do sistema jurídico para a contingência dentro do sistema, ou seja, para a relação entre igualdade/desigualdade de casos, para previsibilidade/imprevisibilidade, e, assim, como elemento funcional do sistema, como a fórmula pela qual o sistema visa à redução das expectativas normativas e orienta no sentido de sinalização prévia de que ação seria esperada, e qual ação possivelmente teria que lidar com a frustração de não ser aceita pelo sistema e, conseqüentemente, da ocorrência de contingências no ambiente social.

Como funcionamento mais específico, a fórmula de contingência do sistema jurídico é aquela pela qual o próprio sistema busca a igualdade entre as pessoas (entenda-se “casos” jurídicos), face à contingência possível em relação aos fatos, uma fórmula de equilíbrio do sistema, que orienta tanto a igualdade de tratamento de casos no sistema, como também justifica as mudanças de tratamento de casos temporalmente face às diferenças temporais inevitáveis. (LUHMANN, 2016)

Especificadamente no que importa ao subsistema justralhista, vê-se que a fórmula de contingência do Direito aplicada para esse sistema tem dois níveis principais de funcionamento, decorrentes do próprio contexto do surgimento do subsistema: o primeiro, uma forma do próprio sistema jurídico de, reconhecendo a desigualdade entre contratantes empregados e empregadores (tanto entre si mesmos, no mesmo “grupo”, como um em relação ao outro, no que é chamado de mercado de trabalho), realizar programas de desigualdade para compensar a desigualdade, reduzindo contingências de competição geradas pelo sistema econômico, no que pode ser identificado como os direitos sociais do trabalho; o segundo, vinculado diretamente ao funcionamento da fórmula para a contingência no sistema jurídico (amplo), qual seja, a igualdade/desigualdade de tratamento de casos, ou seja, a consistência de decisões do subsistema justralhista. Com efeito, deve ser vista a

justiça como um princípio que tem validade para todos os âmbitos da vida, mas cada uma a seu modo, em sua significação. No direito, a justiça adota a forma específica do princípio da igualdade, como **uma fórmula de contingência do sistema jurídico para lidar com contingências, mudanças de expectativas e necessidade de atualização, ou como fórmula de repetição da fórmula.** (LUHMANN, 2016: 285 e segs.. Grifos nossos)

Conforme mencionado anteriormente, o subsistema justralhista se forma a partir do momento em que a revolução industrial, econômica e política aumentam a complexidade da sociedade e, temporalmente, o sistema do Direito começa a estruturar normas jurídicas específicas, utilizando para tanto as irritações do ambiente movimentando um contínuo processo de autorreferência e de autorreprodução sistêmico, em especial, no caso da formação do subsistema, a “questão social”, que aumenta a complexidade da sociedade. Com isso, o sistema jurídico percebe a relação de igualdade/desigualdade das relações contratuais vinculadas às relações de comércio da mercadoria fictícia trabalho (emprego), e que é fundada na perspectiva de acesso ao meio de comunicação generalizado da economia, a moeda e, ao mesmo tempo, de acesso ao direito. A exclusão social anteriormente existente, fundada na perspectiva estratificada da sociedade anterior (centro e periferia/nobreza e plebe) deixa de dotar os sistemas sociais estratificados de respostas adequadas ao ambiente social, o que endereça à diferenciação funcional da sociedade, com os sistemas respondendo a uma função específica, e também o desenvolvimento de novas formas de exclusão de acesso a esses sistemas - nos casos mencionados, a ausência de acesso à moeda e a incapacidade de acesso a

normas que dotassem o sistema jurídico de programas que tratassem a desigualdade inerente àqueles que só conseguem, no mercado de trabalho, ofertar a própria energia como mercadoria. Destarte, com o desenvolvimento da subordinação contratual trabalhista como elemento que emparelha com a desigualdade da liberdade contratual civilista, vão sendo moldados direitos do trabalho como fórmulas de processamento da contingência no sistema jurídico por meio da criação de programas (direitos) a fim de reduzir as contingências causadas pela desigualdade. Diz Pedro Paulo Teixeira Manus (2015) de uma busca por um equilíbrio nas relações dos sujeitos da relação empregatícia.

Conforme conceituado por Luhmann em o Direito da Sociedade, “as normas jurídicas só podem ser formuladas como delimitação da liberdade e como ensejo para o tratamento da desigualdade” (2016: 312). Quer-se dizer, com isso, que a pura liberdade seria um paradoxo¹³², assim como a pura igualdade, que impediria a existência das próprias percepções jurídicas sobre liberdade e sobre igualdade. Assim, para se firmar a liberdade, é necessário haver normas que estabeleçam o limite da liberdade, e normas que permitam a tomada de decisões entre o igual e o desigual e, assim, tratar as contingências sociais juridicamente a fim de reduzir congruentemente algumas expectativas por meio de sua forma normativa. Ou seja, solucionar o paradoxo da liberdade e da igualdade estabelecendo distinções a serem operacionalizadas por programas do próprio sistema. Com efeito

a liberdade tem de aceitar limitações legalmente aceitas; a igualdade tem de aceitar distinções legalmente aceitas. O “outro lado” da liberdade e da igualdade é incluído no direito: a própria diferença se converte em objeto de regulamentação jurídica que pode dispor de ambos os lados das duas distinções. (...) É preciso que se trate de restrições introduzidas de maneira juridicamente válida (isto é, não só das restrições que se referem à razão), e é preciso que se trate da desigualdade dos casos jurídicos, e não da desigualdade dos homens. (LUHMANN, 2016: 313)

No caso do subsistema do Direito do Trabalho relativamente ao mercado de trabalho, trata-se da consideração de Luhmann (2016) sobre a liberdade total como mero estado de necessidade. Isso explica o porquê se vê a criação de normas de delimitação da liberdade de contratação e da igualdade (ou desigualdade) entre as pessoas existentes no mercado de trabalho, tendo em vista que, para a troca econômica da mercadoria trabalho e do desempenho do trabalho, aquele mercado leva em consideração “como em todos os outros mercados, [o

¹³² Ou, na expressão de Luhmann, “o mesmo que necessidade” (2016: 313).

desempenho] de ofertantes e demandantes de ‘trabalho’” (OFFE; HINRICH, 1989: 46-47). Estabelece-se, assim, uma relação de competição, pela qual “ofertantes e demandantes sempre competem com outros ofertantes e demandantes, contra os quais têm que afirmar-se, se quiserem ser bem sucedidos em sua oferta ou satisfazerem sua demanda” (ibidem, 47).

Em decorrência disso, adotam-se estratégias de “racionalização do mercado”, na perspectiva econômica, que, seja por meio do sistema político, seja do próprio sistema jurídico, terminam pela criação de normas de igualdade mínima entre os demandantes do mercado, e de dever mínimo, para os ofertantes no mercado (OFFE; HINRICH, 1989). Com efeito, Arion Sayão Romita resume precisamente o surgimento do Direito do Trabalho (e, em consequência, do subsistema justrabalhista) não como uma necessidade do sistema do Direito de trazer igualdade, mas de lidar com a desigualdade:

o próprio surgimento histórico do direito do trabalho pressupõe desigualdade entre os sujeitos do contrato de trabalho. (...) Não é só a relação individual de trabalho que é desigual. Produzida esta desigualdade, surge nova desigualdade, entre os próprios trabalhadores, a qual justifica as diferentes regulamentações das profissões. O Direito do Trabalho, como ramo do direito estatal, constrói-se sobre a base destas desigualdades: desigualdade primária, vertical, entre empregador e trabalhadores, acionada pela celebração do contrato de trabalho, e desigualdades horizontais, entre grupos de trabalhadores. (ROMITA, 2014: 234)

Os direitos sociais do trabalho estabelecem-se, frise-se, como forma de reduzir a assimetria de poder entre empregadores e trabalhadores, e mesmo em cada um dos grupos, especialmente o dos trabalhadores, que poderiam sobrepujar-se uns aos outros a fim de dar a melhor oferta, ou seja, o menor preço e o maior “volume de realizações” (OFFE; HINRICH, 1989: 47). Nesse sentido, adotando-se para tanto a perspectiva sistêmica, pode-se dizer que os direitos sociais do trabalho seriam espécies de limites mínimos estabelecidos no sistema jurídico a fim de reduzir a contingência da competição no mercado de trabalho, consistindo, portanto, na “destruição dessas condições de autonomia econômicas” (OFFE; HINRICH, 1989: 49), ou seja, da liberdade, por meio de normas limitadoras da liberdade e estabelecedoras de condições mínimas de igualdade, ou de condições formais de igualdade, uma operacionalização no sistema do direito de normas que são representações da fórmula da justiça.

Vê-se, a partir dessa ótica, uma das principais questões relacionadas à terceirização frente ao sistema do direito e, especificamente, ao subsistema justralhista: a igualdade entre os trabalhadores envolvidos nas relações de terceirização. Trata-se, nessa perspectiva do sistema, de tratar a desigualdade dos trabalhadores envolvidos em relações de terceirização pela perspectiva da redução dessa desigualdade pelo acesso ao subsistema justralhista e suas condições formais de compensação da desigualdade, ou seja, os direitos sociais do trabalho. Em especial trata-se de garantir aos trabalhadores em situação de subordinação (emprego), os direitos mínimos de igualdade, ou, melhor expressando, de limite da desigualdade, normatizados pela Constituição Federal e demais programas normativos de direitos estabelecidos em lei. Aquela, por se tratar de uma estrutura política e ao mesmo tempo jurídica (acoplamento estrutural direito e política) orienta com razões políticas o mínimo de igualdade necessário no mercado de trabalho, a qual qualquer relação empresarial que necessite de empregados precisa observar, sob pena de que as expectativas de liberdade e de ganhos econômicos (lucro) relacionado ao resultado econômico da mercadoria trabalho sejam frustrados pelo subsistema jurídico trabalhista.

Com efeito, trata-se de se estabelecer, por meio da Constituição, e, em seguida, pela legislação infraconstitucional, o máximo de liberdade (jurídica) possível de atuação no ambiente econômico para os agentes do mercado de trabalho, e, ao mesmo tempo, limitar essa liberdade por meio de um mínimo de igualdade de direitos e deveres para esses mesmos agentes por meio do subsistema jurídico trabalhista. Não se trata, portanto, de impedir a liberdade de organização dos agentes, determinando uma única espécie de estrutura empresarial baseada na perspectiva histórica de um subsistema (justralhista) do sistema do direito, mas de limitar a desigualdade por normas mínimas de igualdade. É claro que os próprios programas do sistema do direito podem se alterar e se estabelecer de uma forma a ampliar a redução da desigualdade não só pelos direitos mínimos formais, mas também pela restrição ampliada da liberdade de atuação dos agentes do mercado quanto a sua organização. Mas o limite expectável de tanto é justamente a incapacidade dos sistemas, especialmente neste caso o subsistema jurídico trabalhista, de impedir o desenvolvimento de contingências e de complexidades no ambiente social. Portanto, não se trata de impedir a desigualdade entre trabalhadores, mas especialmente de estabelecer requisitos mínimos de igualdade. Vínculos jurídicos desiguais entre diferentes empregados e diferentes empresas fazem parte do sistema, inclusive porque o próprio sistema justralhista o admite, seja pelas fórmulas de igualdade/desigualdade salarial entre trabalhadores de uma mesma empresa (art. 461 da

CLT¹³³), seja pela admissão de estabelecimento de benefícios trabalhistas diferentes entre as empresas, e até mesmo pela possibilidade de direitos coletivos específicos estabelecidos por negociação coletiva (art. 7, XXVI da Constituição e artigo 611 e seguintes da CLT). E não se pode esquecer da própria permissão de desigualdade entre empregados em relações de contratação de serviços em atividades meio, conforme se depreende da Súmula 331, III, do TST, já citada, que decorre de diferentes vínculos de subordinação direta.

Daí advém uma das dificuldades maiores da operacionalização do programa da justiça como fórmula da contingência no que importa à proibição, não individualizada em casos específicos, ou seja, proibição genérica, de contratação de serviços (internos ou externos) ligados à atividade fim de determinada empresa, sem consideração do vínculo jurídico subordinativo-hierárquico, com a premissa de internalizar os trabalhadores envolvidos no serviço, e, em consequência, estabelecer salários iguais e benefícios iguais em decorrência do paradigma da internalização de serviços ligados à atividade-fim, ou, ainda, como continuidade dessa ideia, da aplicação dos programas de subordinação objetiva e subordinação estrutural. Com tais direcionamentos, o subsistema justralhista, ao invés de reduzir contingências por meio de expectativas normativas, aumenta a contingência a ponto de não se ter uma previsibilidade mínima de vínculos de emprego a serem considerados em uma estrutura (cadeia) de produção, eis que, utilizando-se da premissa de hierarquização da cadeia (e não do vínculo), ficam todos os trabalhadores em determinada atividade econômica vinculados por emprego àquela mesma empresa “central”.

Conforme mencionado anteriormente, busca-se, pela aplicação de tais formulações, a identificação de vínculos de emprego para as mais diversas situações de empresas coligadas, em descentralizações de atividades empresariais. Ocorre que, ao se fazer tal exercício de vínculo empregatício, almeja-se não mais a igualdade formal em normas de caráter geral, mas igualdade material¹³⁴ vinculada aos benefícios ofertados pelo que se poderia chamar de

¹³³ O programa normativo relativo à imposição de igualdade salarial desde que o trabalho seja de igual valor para o mesmo empregador e, portanto, o programa normativo cujo outro lado da fórmula é a não proibição de desigualdade salarial em caso de trabalho de valor diferente ou para diferente empregador.

¹³⁴ Não é o objeto do presente estudo, mas pode-se citar a existência de diversas avaliações para os mais diferentes caminhos acerca da desigualdade material na terceirização. Com efeito, o DIEESE (Departamento Intersindical de Estatística e Estudos Econômicos) disponibilizou, em março de 2017, a Nota Técnica nº 172 “Terceirização e precarização das condições de trabalho: Condições de trabalho e remuneração em atividades tipicamente terceirizadas e contratantes”, onde se aponta que nas atividades terceirizadas há maior rotatividade, maior acidentabilidade do trabalho, bem como menor remuneração (entre 24 e 27% inferior) e tempo de permanência no vínculo de emprego do que em atividades não terceirizadas, ou seja, uma desigualdade material entre “trabalhadores terceirizados” e não terceirizados (Nota Técnica disponível em <https://www.dieese.org.br/notatecnica/2017/notaTec172Terceirizacao.pdf>. Acesso em setembro de 2018). Em

empresa líder, aquela que, na formulação fordista, teria controle sobre toda a atividade econômica. Com efeito, igualam-se situações desiguais, provoca-se ainda mais contingência nas comunicações possíveis do sistema, reduz-se a capacidade dos agentes do mercado de terem expectativas comportamentais guiadas por expectativas normativas, pela premissa de que em uma mesma cadeia de vínculos civis entre empresas, os vínculos de emprego de diferentes empresas com diferentes empregados devem respeitar não só os mesmos limites mínimos formais, mas gerar os mesmos resultados. E, ainda que a norma da justiça do sistema do direito justifique a pretensão de ser o sistema jurídico “justo a si mesmo, não importando os fatos” (LUHMANN, 2016: 290), ela está ligada diretamente com a função do sistema de redução congruente de expectativas e, portanto, redução de contingências expectáveis.

Pode-se afirmar, assim, que a situação do sistema justralhista no que importa à identificação do vínculo de emprego e da aplicação dos direitos sociais relativamente às diferentes hipóteses de terceirização ou, mais especificadamente, de descentralização de serviços, torna irrelevantes não só a expectativa jurídica das empresas vinculadas ao fornecimento dos serviços (tomadora e prestadora), como também o fato de se tratarem de pontos de partida desiguais dadas as diferenças de existirem vínculos de emprego cuja premissa de origem é de validade, mas que atualmente são presumidamente inválidos (fraude) pelo mero fato da vinculação objetiva ou da integração econômico-estrutural de um trabalhador a uma determinada empresa. Com isso, inviabilizam-se terceirizações, ou seja, inviabilizam-se relações de descentralização haja vista os “riscos do tomador” (ROBORTELLA E PERES, 2015: 194) e, portanto, vê-se, pelo sistema jurídico, o aumento da contingência, e não sua redução, como seria a função do sistema. Nesse sentido, falando

sentido semelhante aponta a dissertação de mestrado de Grijalbo Fernandes Coutinho, defendida e aprovada perante a Faculdade de Direito da UFMG, com título “Terceirização e acidentalidade (morbidez) no trabalho: uma estreita relação que dilacera a dignidade humana e desafia o direito”, a qual posteriormente tornou-se o livro “Terceirização – Máquina de Moer Gente Trabalhadora”, publicado pela editora LTR constante das referências ao final da presente dissertação.

Em sentido diverso, a Nota Técnica “Terceirização e Salários”, de Guilherme Stein, Eduardo Zylberstajn e Hélio Zylberstajn, publicada no Boletim Mercado de Trabalho – Conjuntura e Análise nº 59 (outubro de 2015), do IPEA (Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada), aponta um cenário muito mais heterogêneo, com atividades mais bem qualificadas com diferença positiva para os terceirizados em relação aos não terceirizados, e diferença que se torna negativa para atividades não qualificadas (as típicas atividades meios). Aponta o estudo que, fazendo um controle de variáveis relacionadas a características dos trabalhadores (experiência, por exemplo), esse diferencial, na média, cai para 3% (Nota Técnica disponível em http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/mercadodetrabalho/bmt_59_nota-tecnica1.pdf. Acesso em setembro de 2018).

No mesmo sentido aponta a tese de doutorado de Eduardo Zylberstajn defendida e aprovada em 2015 na Escola de Economia de São Paulo da FGV (Fundação Getúlio Vargas) “Três Ensaio sobre o Mercado de Trabalho no Brasil”, disponível em http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/13863/Tese%20Eduardo_Zylberstajn%20%28final%29.pdf?sequence=3&isAllowed=y. Acesso setembro de 2018.

especificamente sobre a subordinação estrutural, mas cuja reflexão pode ser ampliada para as demais questões atinentes à terceirização abordadas, Robortella e Peres mencionam que

a subordinação estrutural definitivamente inviabiliza a terceirização, tamanhos os riscos do tomador. (...) Presumem a existência de subordinação em relação à entidade que organiza a produção, sendo irrelevante a subordinação jurídica e a direção da atividade de seus empregados pela prestadora. Torna-os empregados da tomadora, aplicando-lhes o correspondente estatuto jurídico, tais como normas coletivas, regulamentos, política de salários, isonomia, etc.

Desse modo, aplicam a mais severa das punições, gerando a mais completa desorganização e imprevisibilidade nas políticas de recursos humanos da tomadora do serviço. (ROBORTELLA e PERES, 2015: 194-195)

As questões de proibição de terceirização de atividades fim, bem como de orientação de reconhecimento de vínculo de emprego seja pela subordinação objetiva, seja pela estrutural, além do desafio à operacionalização do sistema jurídico face ao aspecto da igualdade relativa aos direitos sociais como fórmula de redução da desigualdade e, em continuidade, como programa orientador da redução de contingências em expectativas normativas, tem também intercorrência com a outra forma da justiça como fórmula para a contingência, qual seja, a consistência de tomada de decisões do sistema jurídico e, em consequência, redução de expectativas normativas e, assim, de possíveis contingências internas do sistema e também de sinalização para o ambiente social dos comportamentos esperados. Com efeito, nessa forma,

A justiça pode então se relacionar de maneira distinta com a forma da igualdade: a forma de regras que decidem casos iguais de maneira igual (e, portanto, casos desiguais de maneira desigual). De maneira abreviada, pode-se caracterizar a **justiça como consistência da tomada de decisões**. (LUHMANN, 2016: 302-303. Grifos nossos)

Nessa forma, a justiça é “fórmula de unidade do sistema jurídico” (ibidem: 289), pois faz com que se concatenem operações do sistema, determinando que ele reutilize seguidamente o já decidido no sistema se os casos forem iguais, ou fazendo afastar o já decidido, se o caso for desigual, gerando para o sistema ao menos aparência de consistência de decisões sobre os casos em seu interior, especialmente porque “todo aspecto normativo de

uma decisão jurídica tem (...) que pretender sua generalização, implicando que casos iguais serão decididos da mesma forma” (LUHMANN, 1985: 34-35)

O funcionamento da igualdade como consistência de decisão em casos jurídicos decorre do imperativo de o sistema decidir diferentes casos em face de um mesmo texto normativo positivado (seja ele lei, seja decisão) ou trecho dele, em relação a um conflito existente, o que admite a manutenção do sentido de um texto, ou de sua modificabilidade, mas permite que, como sistema, o Direito permaneça basicamente o mesmo, apesar de alterável. Assim, a decisão do sistema se baseia na delimitação, ou possibilidade de delimitação, de um caso, em relação a um texto jurídico, em face inclusive de outros casos, mas ”lançando mão de regras de decisão que, por sua vez, podem ser consideradas justas ao se proceder a uma seleção consistente entre casos iguais e casos desiguais” (LUHMANN, 2016: 303).

Necessário destacar, no entanto, que a justiça como fórmula para contingência por meio da igualdade considerada como consistência de decisões nesse ponto se afasta das noções dos direitos sociais de limitação da desigualdade, mesmo sendo outro aspecto da forma da justiça do subsistema. Ora, apesar de intrinsecamente ligada à ideia de ensejar tratamentos iguais para casos iguais, e tratamentos diferentes para casos diferentes, a consistência nas decisões se afasta de juízos de valor de outros sistemas, ou mesmo internos ao sistema, como, no caso do sistema justrabalista, de as partes serem “ricas ou pobres” ou, mais especificadamente, de uma parte ter hierarquia pela subordinação em relação à outra:

O princípio de consistência da decisão é desconectado de outros juízos de valor que circulam na sociedade; é desconectado, por exemplo, da questão relativa às partes serem ricas ou pobres, de levarem ou não uma conduta moral irrepreensível, de estarem ou não urgentemente necessitadas de ajuda, (LUHMANN, 2016: 303-304)

A justiça como consistência de decisões (iguais/desiguais), dessa forma, recebe um caráter normativo, que se vincula à função do sistema de redução de expectativas normativas face à contingência social. Tratar igualmente casos iguais deve ser regra, e as exceções serão reconhecidas a partir da desigualdade pronunciada entre os casos (LUHMANN, 2016: 149). Se a igualdade for identificada, a partir das regras dever-se-á subsumir o caso àquela mesma solução, ou seja, mesma decisão para casos iguais. Mas se houver diferença “ter-se-á de desenvolver uma nova regra, partindo do caso” (ibidem: 362), o que se faz conceber a justiça

não como uma ideia, mas como a forma normativa da igualdade, ou como a fórmula do sistema para lidar com as contingências.

No entanto, cabe frisar que esse esquema igual/desigual como fórmula de justiça necessita de critérios para a sua concretização (similarmente ao código dos sistemas que precisam de programas para operar a bivalência dos códigos), pois ele próprio não determina quais os critérios para tanto, pois “a igualdade em si não é critério de igualdade” (ibidem: 151).

Deve-se perceber, conforme já mencionado, que a justiça como igualdade/consistência de decisões não significa estagnação do sistema, pois ele é mutável e adaptável às circunstâncias (irritações) geradas pelo ambiente, a qual, internalizada pelo sistema segundo suas próprias comunicações, provoca respostas autorreferentes e que o fazem se autorreproduzir. Ocorre é que, em uma perspectiva temporal, são feitas distinções entre igualdade/desigualdade entre casos e decisões, inclusive em face de novos elementos a serem processados pelo sistema, como, por exemplo, novas normas (decisões políticas) que precisam ser operadas pelo sistema e geram, por sua própria existência, situações de desigualdade. O mesmo se refere a mudanças no ambiente social que forçam o próprio sistema a reavaliar a igualdade/desigualdade de um caso que, em perspectiva histórica anterior, não se teria dúvidas do resultado da diferenciação (LUHMANN, 2016: 154-155). Daí se tem, na perspectiva do subsistema justabalhista, como se alterou ao longo da história do subsistema as suas respostas quanto à terceirização, culminando nos programas de atividade fim e subordinações objetiva e estrutural como fórmulas para superação da típica perspectiva da subordinação hierárquico-jurídica. A questão é que tal alteração deve respeitar não só a função do sistema de redução de expectativas, como também uma necessária consistência na tomada de decisões do sistema tendo em vista que a fórmula de contingência é, em si, um programa essencial para a função do sistema.

Vê-se, contudo, que essa alteração histórica no sistema não alcançou uma consistência nas decisões. Ao contrário, as fórmulas de atividade fim, subordinação objetiva e subordinação estrutural geraram inconsistências decisórias no sistema, tratando desigualmente casos iguais e igualmente casos desiguais. Tratando especificamente da dicotomia fim e meio, Homero Batista Mateus da Silva expõe que a complexidade decorrente da estrutura tecnológica, organizacional e produtiva atual gera as mais diversas considerações sobre se uma atividade é ou não fim:

os casos vão aumentando de complexidade até que se chegue a algum tipo de atividade que mal se consegue enquadrar. Por exemplo, seria a compensação noturna dos cheques, uma atividade meramente de apoio para a instituição financeira ou ela se insere no contexto geral da operação bancária?

(...)

Ainda mais um exemplo: a escola pode manter como empregados apenas os professores e terceirizar as atividades de servente de alunos, secretária, merendeira e fiscalização? A escola funciona sem a secretária? A famosa Súmula 331 do TST não chega a resolver a questão por completo. Apenas lança luzes sobre o tema, tendo sido pioneira na referência ao binômio meio-fim e tendo oferecido o que podemos chamar das atividades secundárias. (SILVA, 2015: 199-200)

Tal inconsistência se reflete diretamente nas decisões do sistema judiciário. Com efeito, em 2016, pesquisa de Luciana Yeung (2016) quanto às decisões concernentes a terceirizações de atividade meio e atividades fim de apenas um setor econômico, o bancário, em apenas dois Tribunais Regionais do Trabalho, o de São Paulo (2ª Região), e o do Rio Grande do Sul (4ª Região), demonstrou a inconsistência das decisões ao examinar uma amostra de 450 processos julgados por esses tribunais entre 2000 e 2016. Por exemplo, na atividade terceirizada de “crédito, compensação, cobrança e financiamento”, mencionada pela autora como uma das atividades “mais ‘inerentemente’ relacionadas à atividade fim dos bancos” (ibidem: 7), 66% dos casos foram entendidos como ilícitos pelo critério da atividade fim, o que significa que 34% dos casos foram considerados lícitos. Na atividade de auxiliar administrativo, 40,5% dos casos foram julgados ilícitos, ou seja, quase 60% foram considerados lícitos; na atividade de telemarketing, 33% ilícitos e 67% lícitos; em atendimento, 45% ilícitos e 55% lícitos. Foram 9 atividades distintas pesquisadas, sendo que apenas em relação à atividade de vigilância e transporte de valores, autorizada expressamente pela Lei 7.102/85, todos os casos de terceirização foram considerados lícitos, sem declaração de vínculo por subordinação objetiva ou mesmo estrutural entre o empregado da atividade terceirizada e a instituição bancária. Até mesmo a atividade de limpeza e conservação, expressamente excepcionada pela Súmula 331 do TST como uma atividade meio terceirizável teve processos onde foi considerada ilícita a terceirização.

Exemplos de inconsistência de decisões sobre as atividades cuja terceirização é ilícita, devendo-se declarar o vínculo de emprego (por fraude à subordinação hierárquico-jurídica,

por subordinação objetiva ou por subordinação estrutural), são inúmeros. Um dos mais comuns atualmente relaciona-se com a terceirização de atividades de *call center* em empresas de telefonia. Tais atividades, executadas de forma externa à empresa terceirizadora, sem supervisão direta e, portanto, de forma geral sem subordinação hierárquico-jurídica, passaram a ser analisadas como terceirizações ilícitas de atividade fim das empresas de telefonia¹³⁵, e, com isso, com declarações de vínculos de emprego dos trabalhadores pelo fato de executarem haveres vinculados aos resultados econômicos da contratante da atividade (subordinação objetiva), ou pelo fato de estarem integrados na estrutura de funcionamento da empresa de telefonia. Outras atividades, como terceirização de telemarketing de instituições bancárias, instalação e/ou manutenção de cabos de telefonia para empresas desse setor, manutenção de redes elétricas, produção de frutas para empresas de industrialização de sucos, transporte de insumos para fabricação de papéis em empresas de celulose (como é exemplar o caso levado a julgamento do STF no RE 958252, a ser abordado no próximo tópico) também são exemplos comuns da inconsistência na utilização dos critérios meio e fim, e, em consequência, se haveria ou não intermediação ilícita ou não de mão de obra, inclusive pela integração na estrutura da empresa terceirizadora¹³⁶.

¹³⁵ A exemplo do Acórdão do TST E-ED-RR-2938-13.2010.5.12.0016, SBDI-I, rel. Min. Ives Gandra da Silva Martins Filho, red. p/ acórdão Min. José Roberto Freire Pimenta, 8.11.2012, publicado no DJ de 26/03/2013. Cabe citar trecho da ementa da decisão:

TERCEIRIZAÇÃO ILÍCITA. EMPRESA DE TELECOMUNICAÇÕES. CALL CENTER. ATIVIDADE-FIM DA RECLAMADA TOMADORA DE SERVIÇOS. INTERPRETAÇÃO DOS ARTIGOS 25, § 1º, DA LEI Nº 8.987/95 E DO ARTIGO 94, INCISO II, DA LEI Nº 9.472/97 E APLICAÇÃO DA SÚMULA Nº 331, ITENS I E III, DO TST. VÍNCULO DE EMPREGO ENTRE A TOMADORA DE SERVIÇOS E O TRABALHADOR TERCEIRIZADO RECONHECIDO. INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO DA SÚMULA VINCULANTE Nº 10 DO STF. MATÉRIA INFRACONSTITUCIONAL.

1. O serviço de call center é atividade-fim – e não atividade-meio – das empresas concessionárias de serviço de telecomunicações. Assim, em observância à Súmula nº 331, itens I e III, do TST, que consagrou o entendimento de que a terceirização só se justifica quando implicar na contratação da prestação de serviços especializados por terceiros em atividades-meio, que permitam a concentração dos esforços da empresa tomadora em suas atividades precípuas e essenciais, tem-se que a terceirização desses serviços de teleatendimento pelas empresas telefônicas configura intermediação ilícita de mão de obra, devendo ser reconhecido o vínculo de emprego desses trabalhadores terceirizados diretamente com os tomadores de seus serviços.

¹³⁶ Como exemplifica o acórdão do Ag-E-RR 517-58.2012.5.03.0104, SBDI-I, rel. Min. Augusto César Leite de Carvalho, de 22/03/2018. Cabe citar trecho da ementa da decisão

No caso, a Turma desta Corte conheceu do recurso de revista, por contrariedade ao item I da Súmula 331 do TST, dando-lhe provimento, para reconhecer o vínculo empregatício com o Banco, ao entendimento de haver ilicitude na terceirização dos serviços de call center (operador de telemarketing) contratados pela entidade bancária com empresa prestadora de serviços. As atividades desempenhadas pela reclamante, como operadora de telemarketing, estavam relacionadas ao atendimento a clientes usuários do cartão de crédito, via telefone, com obtenção inclusive de recursos

Tem-se, assim, que o sistema, vê-se diante do desafio de cumprir a função normativa da fórmula da contingência do sistema, a igualdade por meio de consistência de decisões. Consta-se, na evolução histórica do sistema, que a complexidade e a contingência presentes no ambiente do sistema têm gerado, ao menos no caminho evolutivo do subsistema, uma dificuldade de consistência das decisões e, assim, da função do próprio sistema de redução de expectativas normativas. Ora, a diversificação de formas de trabalho e produção, ligada às novas tecnologias e à própria diferenciação funcional dos sistemas sociais e suas evoluções históricas, que produzem mais e mais complexidade, passaram a demandar posturas diferentes para a desigualdade latente, fruto da própria complexidade e expectativas contingentes, desafiando a perspectiva hierárquica do sistema fundado em uma estrutura de produção verticalizada, totalizante. Ainda que tratando mais especificamente da questão da subordinação estrutural vinculada à terceirização, a análise de Robortella e Peres sobre a questão revela a encruzilhada do subsistema:

a subordinação estrutural, em verdade, flexibiliza o conceito de subordinação jurídica, **instalando um rigoroso e fechado tratamento homogêneo para situações heterogêneas**. Um só modelo contratual para empregados próprios e de terceiros; para trabalho contínuo e descontínuo; para trabalho oneroso ou gratuito; para trabalho com ou sem pessoalidade. A todos o mesmo tratamento jurídico por obra e graça da subordinação estrutural ao tomador do serviço. (ROBORTELLA e PERES, 2015: 197. Grifos nossos)

Com isso, a perspectiva de tratar as mais diversas formas de descentralização de serviços como uma intermediação ilícita de mão de obra, por meio dos critérios de atividade-fim, subordinação objetiva e subordinação estrutural, como se o sistema justralhista fosse sistema central da sociedade, capaz de impor aos demais sistemas uma única forma de relação de aproveitamento da mercadoria fictícia trabalho, aquela que demanda o reconhecimento do vínculo de emprego de todos os trabalhadores a uma empresa central garantidora de um dos

financeiros junto ao Banco tomador dos serviços, sendo de importância ao funcionamento da instituição bancária, razão pela qual inerente é a subordinação objetiva e estrutural do empregador. Na esteira de precedentes desta Subseção, correta a decisão da Turma deste Tribunal ao concluir pela incidência da Súmula 331, I, do TST, por entender que subsiste manifesta subordinação estrutural, na medida em que a reclamante se encontra inserida na organização estrutural do Banco em sua atividade bancária, afigurando-se necessário o reconhecimento do vínculo empregatício diretamente com o Banco reclamado, consoante diretriz jurisprudencial sedimentada na Súmula 331, I, do TST. De tal forma, estando o acórdão embargado em harmonia com recomendação da Súmula 331, I, do TST, inviável é o conhecimento do recurso de embargos, nos exatos termos do artigo 894, II, parte final, e § 2º da CLT. Correta, pois, a decisão agravada. Agravo regimental não provido.

aspectos do Estado Social, o trabalhista, trouxe respostas inconsistentes do sistema e, portanto, da função de redução de expectativas normativas. No entanto, conforme será abordado no próximo tópico, novos elementos (irritações) trazidos para o subsistema pelos sistemas da Política e do Direito parecem endereçar a uma nova necessidade de evolução do sistema.

4.8 Mais complexidades no subsistema justralhista: as Leis 13.429/2017 e 13.467 de 2017 e as decisões do STF na ADPF 324 e no RE 958.252 - sistemas político e jurídico impondo consistência para o subsistema justralhista

A partir do ano de 2017 o subsistema justralhista recebe novas irritações no que importa ao seu processamento quanto à terceirização de serviços em atividades privadas: trata-se de influxos advindos do sistema político e também do sistema do Direito (mais amplo), quais sejam, respectivamente a edição das Leis 13.429 e 13.467 em 2017, e em 2018 o julgamento pelo STF - Supremo Tribunal Federal, do Recurso Extraordinário – RE com repercussão geral nº 958.252 (Relator Ministro Luiz Fux) e da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF nº 324 (Relator Ministro Luís Roberto Barroso).

Conforme desenvolvido no tópico precedente, viu-se que o subsistema justralhista vinha enfrentando inconsistência em seus programas atinentes à terceirização e à subordinação como critério definidor do vínculo empregatício em hipóteses de descentralização de serviços. Tal inconsistência impactava inclusive na função do subsistema justralhista de redução congruente de expectativas normativas de forma a lidar com a complexidade e a contingência do ambiente social. Um dos motivos para tanto era a falta de uma normatização específica que orientasse os programas decisórios do próprio sistema¹³⁷, o qual, diante disso, foi instruindo programas de decisão com base na premissa da intermediação de mão de obra, terminando por evoluir para alcançar situações antes não previstas quando o sistema começou a processar as informações com relação à terceirização. Em decorrência disso, viu-se a formação da Súmula nº 256 do TST, depois superada pela Súmula 331 do mesmo tribunal e sua vedação, a contrassenso, da terceirização de atividades

¹³⁷ Haja vista que o subsistema terminou por rejeitar a aplicação das normas civis de locação de serviços e de empreitada, conforme exposto anteriormente, e entendeu por aplicar a noção de intermediação de mão de obra aos contratos de prestação de serviço.

fim, a qual posteriormente começou a ser utilizada para hipóteses não mais vinculadas à absorção, por meio de contratos de prestação de serviço, de serviços no interior da empresa, para alcançar também contratos de prestação externa de serviços, no que pode ser entendido como a hipótese mais clara de descentralização de atividades. Tal ampliação do sentido do programa sumular foi acompanhada também da ampliação do programa subordinação, que passou a acomodar, jurisprudencialmente, em diversas hipóteses relacionadas à terceirização, a perspectiva de aproveitamento dos resultados econômicos da descentralização, e não mais de um critério jurídico hierárquico, como forma de reconhecimento do vínculo de emprego. Em decorrência dessas evoluções dos programas, viu-se que o sistema vinha apresentando inconsistências não só na perspectiva de igualdade/desigualdade da fórmula da justiça do sistema vinculada aos direitos sociais do trabalho, como também inconsistências na definição das atividades terceirizáveis ou não e, assim, na formação de vínculos de emprego com a empresa que se aproveitava, ao final, do resultado econômico do trabalho dos empregados envolvidos na prestação de serviço.

O subsistema justralhista, nesse sentido, buscou uma perspectiva totalizante, de forma a englobar sob uma única estrutura do sistema, o contrato de emprego, o máximo de relações jurídicas que representassem, para o sistema, o aproveitamento econômico da mercadoria fictícia trabalho. No entanto, a complexidade e a contingência do ambiente social desafiam tais soluções totalizantes, especialmente porque, na perspectiva da justiça como fórmula de igualdade/desigualdade e consistência de julgamentos, “a realidade (isto é, o sistema social) exige o reconhecimento das desigualdades, com diferentes formas contratuais, adequadas aos diversos níveis e situações, a fim de que os desiguais sejam encarados em sua desigualdade” (ROBORTELLA e PERES, 2015: 176). A aprovação da Lei 13.429/2017, e posteriormente da Lei 13.467/2017 que modificou diversos dispositivos inseridos pela primeira na Lei 6.019/74, pode ser entendida, dessa forma, especialmente como uma forma do sistema político de gerar novos programas legais para os programas decisórios do subsistema jurídico trabalhista.

Com efeito, o sistema político, após anos de processamento de diversos projetos de lei sobre a terceirização, resolveu exercer seu poder resgatando, para tanto, um projeto de lei (PL), de nº 4302/98 que estava há muito paralisado nos escaninhos do sistema. Com isso, exerceu sua função de apresentar para a sociedade uma decisão de maneira coletivamente vinculante (CORSI, ESPOSITO, BARALDI, 1996: 128), o que estava sendo realizado pela

Súmula 331 do TST desde 1993, e, assim, foi aprovada e editada (em março de 2017) a Lei nº 13.429/2017 que, apesar de tratar a terceirização como prestação de serviço, regula-a alterando para tanto a lei do contrato de trabalho temporário, isto é, a legislação da intermediação de mão de obra¹³⁸. Portanto, ao fim, a Lei 6.019/74 se tornou a lei do contrato de trabalho temporário e da prestação de serviços terceirizados. Em seguida, em julho do mesmo ano, foi aprovada a Lei 13.467/2017, a qual novamente modificou a lei do trabalho temporário no que importa à regulamentação da terceirização.

O destaque nessa evolução das normas para o sistema jurídico é a motivação da aprovação das mudanças realizadas pela Lei 13.467/2017, que apontam para uma iniciativa política de influenciar nas normas emanadas pelo subsistema justrabalhista. Nesse sentido, a Lei 13.429, em seu texto original, não dispunha expressamente quanto à permissão de terceirização de qualquer atividade, já que especificava a regulamentação da contratação de serviços “determinados e específicos”¹³⁹. No entanto, após sua aprovação, conforme ressalta Rodrigo Dias da Fonseca, a doutrina trabalhista inicia um movimento de manutenção da dicotomia entre atividades meio e fim:

mal foi promulgada a Lei nº 13.429/2017, começaram a ser publicados artigos analisando suas disposições, muitos deles pontuando que, ante a omissão legal, subsistiria a restrição às terceirizações em atividades-fim, consoante critério fixado na Súmula nº 331, IV, do TST. Não temos dúvida que essa possível exegese motivou o legislador a novamente alterar a redação do art. 4º-A, para dispor de forma a possibilidade de terceirização, independentemente da atividade em que inserida. (FONSECA, *et alii*, 2017: 460)

Não é por menos que a Lei 13.467/2017 alterou o artigo 4º-A da Lei 6.019/74 para expressamente constar no texto legal a definição de prestação de serviços a terceiro como a transferência da execução de quaisquer atividades, inclusive a principal. O sistema político, diante de uma possível resistência do sistema jurídico, resolveu alterar novamente o programa

¹³⁸ O objetivo do presente estudo é apresentar os principais pontos da terceirização em uma perspectiva de teoria de sistemas. Portanto, não serão analisadas com detalhamento as diferenças textuais existentes entre a Lei 13.429/2017 e a Lei 13.467/2017 no que importa à terceirização.

¹³⁹ Essa expressão foi utilizada tanto na definição de empresa prestadora de serviços como da de empresa contratante de serviços, conforme redações respectivas dos artigos 4º-A e 5º-A da Lei 6.019/74 na forma da redação dada pela Lei 13.429/2017. Mesmo nas regras quanto aos termos obrigatório do contrato de prestação de serviços dispõe-se expressamente que deve ser especificado o “serviço a ser prestado” (art. 5º-B, II), vide (Lei 13.429/2017, redação original disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2017/lei/L13429.htm. Acesso em setembro de 2018.

para irritar o sistema de uma forma que aquela dicotomia meio e fim deixasse de ser o marco para a análise da licitude/ilicitude da terceirização, e, em decorrência, da definição do emprego/não emprego no código do subsistema justabalhista. Nesse sentido, cabe citar trecho do parecer do relator do projeto (PL 6787/2017), na Câmara dos Deputados (Deputado Rogério Marinho), que se tornou a Lei 13.467/2017:

após a sanção da Lei nº 13.429, de 2017, verificamos que determinadas matérias que dela deveriam constar não ficaram bem definidas. Desse modo, estamos apresentando algumas alterações pontuais para complementá-la.

A primeira mudança é a inclusão do art. 4º-A para definir o que seja a prestação de serviços a terceiros, permitindo a sua contratação para a execução de quaisquer de suas atividades. (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2017: 80)

Já quanto à discussão sobre os vínculos de emprego e a subordinação, trata-se de questão ainda a ser debatida com maior acuidade, caso a caso, pelas decisões do subsistema jurídico trabalhista, sempre na perspectiva de consistência da justiça. Mas deve-se ressaltar que as alterações normativas realizadas pelas Leis 13.429/2017 e 13.467/2017 indicam, em um primeiro momento, o afastamento, para a terceirização de serviços, da incidência das hipóteses de subordinação objetiva e subordinação estrutural, pois vinculam a atividade da empresa prestadora de serviço à direção de seus empregados (art. 4º-A, §1º, da Lei 6.019/74), além de expressamente dispor que não se forma vínculo de emprego entre a empresa contratante e os trabalhadores da contratada (art. 4º-A, §2º, da Lei 6.019/74). Destaca-se, no caso, a obrigação da empresa prestadora de serviços de dirigir o trabalho de seus trabalhadores, ou seja, a norma traça um retorno aos critérios de subordinação hierárquico-jurídica fundada no poder normativo e disciplinar, aproximando-se, na acepção da Súmula 331, III, do TST, da expressão “subordinação direta”¹⁴⁰. Esta exceção à formação do vínculo, ressalte-se, existirá “na terceirização lícita. Na ilícita (...) há que se cogitar, em casos tópicos, dessa possibilidade” (LIMA e LIMA, 2018: 67). De forma semelhante, sinalizando uma possível nova evolução dos programas para a terceirização pelo subsistema justabalhista, Maurício Godinho Delgado e Gabriela Neves Delgado avaliam que é necessário, em uma

¹⁴⁰¹⁴⁰ Cabe destacar, em paralelo, que a nova Lei, ao dispor que as empresas envolvidas no ajuste contratual de prestação de serviços, podem dispor a respeito do pagamento de mesmo salário para os trabalhadores da contratada em relação aos da contratante, além de outros direitos (art. 4º-C, § 1º da Lei 6.019/74, com a redação dada pela Lei 13.429/2017), enseja o ajuste em face do reconhecimento da desigualdade entre os trabalhadores de diferentes empresas, dada a fórmula da justiça do sistema.

interpretação das regras jurídicas da nova lei em contexto com a ordem jurídica, que a terceirização seja lícita para produzir os efeitos dispostos nas novas regras, e citam, nesse sentido, a obrigatoriedade de que a empresa de prestação de serviços tenha capacidade econômica para a execução dos serviços contratados (art. 4º-A da Lei 6.019/74) (DELGADO e DELGADO, 2018: 232).

Tais novas normas podem causar, portanto, novas evoluções no subsistema justralhista no que importa à terceirização, à subordinação objetiva e à subordinação estrutural, especialmente em se considerando a mutação dos programas de decisão, os quais, a partir de então, pela incidência da norma da justiça do sistema, fará com que se passe, novamente, a gerar a necessidade de identificar a desigualdade de situações no sistema, haja vista a alteração das condições históricas dos programas causada pelas alterações promovidas pelo sistema da Política. E, nessa perspectiva, apesar deste sistema da sociedade ter imposto novas complexidades e contingências para o subsistema do direito no que importa aos programas de terceirização e subordinação, pode-se identificar que se trata de uma indicação do sistema político ao subsistema justralhista no sentido deste, em face da inconsistência no tratamento das terceirizações (conforme apontado no tópico anterior), buscar novas formas para os programas, dada a dificuldade de cumprimento da função de redução das expectativas pelo direito.

Mas não foi só o sistema político que gerou novas informações para o subsistema justralhista lidar com a terceirização inclusive quanto à fórmula da contingência do sistema; o próprio sistema jurídico, por meio de seu órgão máximo central constitucional, o STF¹⁴¹, também impôs novas informações ao subsistema justralhista, o que demandará a este alterar as respostas de seus programas vide nova evolução do sistema do Direito no que importa ao tema. Trata-se, nesse caso, do julgamento, concluído em agosto de 2018, do RE com repercussão geral nº 958.252 (Relator Ministro Luiz Fux) e da ADPF nº 324 (Relator Ministro Luís Roberto Barroso), que informaram novas tintas para o subsistema justralhista apreciar.

¹⁴¹ Tratar-se-á, nesse estudo, o STF como um centro do Sistema do Direito, mas não do subsistema justralhista, vez que aquele lida com todas as informações constitucionais jurídicas (lícito/ilícito na forma constitucional/inconstitucional), enquanto este, cujo centro seria justamente o TST, se encerra na comunicação especializada vinculada ao código emprego/não emprego, ainda que vinculado a esse código existam programas de origem constitucional. Não se afasta, contudo, que seria adequada uma análise mais detalhada do papel do STF em relação ao código emprego/não emprego, o que poderia ensejar a consideração de que o centro do sistema justralhista seria o STF.

Com efeito, não obstante as alterações nos programas do subsistema justralhista quanto à terceirização decorrentes das Leis 13.429 e 13.467/2017, é necessário lembrar que diversos casos, anteriores a elas, permaneceram em análise no Judiciário, tanto no STF, como no Judiciário trabalhista, fundados na norma posta pela Súmula 331 do TST quanto à vedação de terceirização de atividades fim. Assim, mesmo com a edição das referidas leis, enquanto o sistema jurídico não encaminhasse decisões efetivas com relação à aplicação das novas normas aos casos pendentes, novamente, ter-se-ia uma série de análises de casos quanto à igualdade ou à desigualdade de tratamento face à diferença na história do sistema.

No entanto, o STF somente deu uma definição quanto a essa situação em agosto de 2018, quando julgou os casos referidos anteriormente. Enquanto isso, de forma geral, o subsistema justralhista, não obstante a inexistência de uma lei anterior que de forma expressa informasse as condições de licitude de uma terceirização (ou da definição de um vínculo de emprego entre trabalhador da prestadora de serviço e a empresa contratante dos serviços), continuou a apreciar tais casos segundo as premissas da atividade-fim e das subordinações objetiva e estrutural. Em suma, o principal argumento para tanto foi o de que a nova legislação apenas incidiria nos contratos celebrados após a vigência das referidas leis, sejam esses contratos de prestação de serviços ou os de vínculo emprego dos trabalhadores envolvidos na terceirização, conforme pode ser constatada da decisão do TST no processo ED-E-ED-RR 1144-53.2013.5.06.0004¹⁴², que serviu de caso guia (*leading case*) para que o Judiciário trabalhista, de forma geral, julgasse no mesmo sentido¹⁴³.

¹⁴² Conforme pode ser percebido da ementa do acórdão:

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. EMBARGOS. ESCLARECIMENTOS. VÍNCULO DE EMPREGO. TERCEIRIZAÇÃO ILÍCITA. TELEMARKETING. INSTITUIÇÃO FINANCEIRA PRIVADA.

ATIVIDADE-FIM. SÚMULA Nº 331, I, DO TST. CONTRATO DE TRABALHO CELEBRADO NA VIGÊNCIA DA ANTIGA REDAÇÃO DA LEI Nº 6.019/74. SUPERVENIÊNCIA DA LEI Nº

13.429/2017 (LEI DA TERCEIRIZAÇÃO). EFEITOS 1. A entrada em vigor da Lei nº 13.429/2017 (Lei da Terceirização), geradora de profundo impacto perante a jurisprudência consolidada do Tribunal Superior do Trabalho, no que alterou substancialmente a Lei nº 6.019/74, não se aplica às relações de emprego regidas e extintas sob a égide da lei velha, sob pena de afronta ao direito adquirido do empregado a condições de trabalho muito mais vantajosas. 2. Quanto aos contratos de trabalho celebrados e findos antes da entrada em vigor da Lei nº 13.429/2017, prevalece o entendimento jurisprudencial

firmado à luz da Súmula nº 331, I, do TST, amparado na anterior redação da Lei nº 6.019/74.

(Acórdão do processo ED-E-ED-RR 1144-53.2013.5.06.0004, SBDI-1, Relator Ministro João Oreste Dalazen publicado em 10/08/2017. Disponível em <http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaDocumento/acordao.do?anoProcInt=2015&numPro>

No entanto, apesar dessa estabilização do subsistema justralhista no que importa à aplicação temporal das leis nos casos anteriores a sua edição, o que, em um primeiro momento, fez com que o subsistema mantivesse a aplicação dos programas então consolidados da terceirização e das subordinações objetiva e estrutural (apesar da inconsistência de aplicação nos casos), o próprio sistema jurídico, que tinha pendente de julgamento as duas ações constitucionais mencionadas no que importa à terceirização em atividades privadas (ADPF 324 e RE 958.252), terminou por processar as informações que havia internalizado e, ao apreciar tais casos, também gerou novas informações para que o subsistema justralhista processe. Em suma, o programa decisório do STF¹⁴⁴, cuja natureza é vinculante aos demais casos pendentes de análise sobre terceirização, apontou na direção de que o sistema jurídico brasileiro, encabeçado pela Constituição, não tem limites à

[cInt=178609&dtPublicacaoStr=10/08/2017%2007:00:00&nia=6961253](https://stf.jusbrasil.com.br/publicacao/10/08/2017%2007:00:00&nia=6961253). Acesso em outubro de 2018.

¹⁴³ Nesse sentido, diversos exemplos podem ser obtidos nas cortes trabalhistas do país, tais como: TERCEIRIZAÇÃO. INSTITUIÇÃO BANCÁRIA. OPERADOR DE TELEMARKETING. SERVIÇOS DIRETAMENTE LIGADOS AO OBJETO SOCIAL DA INSTITUIÇÃO BANCÁRIA TOMADORA DOS SERVIÇOS. ATIVIDADE-FIM. RECONHECIMENTO DO VÍNCULO DE EMPREGO DIRETAMENTE COM A TOMADORA DE SERVIÇOS. 2. LEI Nº 13.429 /2017. IRRETROATIVIDADE. IMPOSSIBILIDADE (...) 4. A Lei nº 13.429 /2017 não se aplica aos fatos anteriores à sua vigência. Precedentes. (Acórdão do processo TST - AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA Ag-AIRR 21290420125020025 (TST). Data de publicação: 11/05/2018. Disponível em <https://tst.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/577083233/agravo-de-instrumento-em-recurso-de-revista-ag-airr-21290420125020025>. Acesso em outubro de 2018)

Constatando-se que a contratação da trabalhadora por empresa de terceirização se deu em momento anterior à vigência da Lei n.º 13.429 /2017, prevalece a lógica da Súmula nº 331 do TST.

(Acórdão do processo TRT-6 - Recurso Ordinário RO 00013838920155060003 (TRT-6). Data de publicação: 15/08/2018. Disponível em <https://trt-6.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/614292707/recurso-ordinario-ro-13838920155060003>. Acesso em outubro de 2018.)

Registre-se que, embora, atualmente, estejam em vigor as modificações introduzidas pela Lei 13.429 /2017, que modificou a lei de trabalho temporário (Lei 6.019 de 1974), autorizando a terceirização de atividade-fim, deve-se esclarecer que lei nova não atinge situações passadas, uma vez que apenas tem efeito ex nunc (artigos 1º, 2º e 6º da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro).

(Acórdão do processo TRT-3 - RECURSO ORDINARIO TRABALHISTA RO 00113152620165030173 0011315-26.2016.5.03.0173 (TRT-3). Data de publicação: 31/07/2017. Disponível em <https://trt-3.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/513027419/recurso-ordinario-trabalhista-ro-113152620165030173-0011315-2620165030173>. Acesso em outubro de 2018)

¹⁴⁴ Ressalte-se que até o momento da entrega desta dissertação, os acórdãos tanto do RE 958.252, como da ADPF 324 ainda não haviam sido publicados e disponibilizados ao público. Dessa forma, as informações aqui mencionadas foram obtidas no andamento dos processos no sítio eletrônico do STF, bem como, no caso da ADPF 324, pela leitura do voto de seu Relator, Ministro Luís Roberto Barroso, distribuído no 5º Simpósio do Direito do Trabalho realizado pela CEU LAW School em 19/10/2018.

terceirização de atividades privadas, observando-se a liberdade econômica, com respeito aos direitos sociais do trabalho (de igualdade). Para tanto, a tese de repercussão geral aprovada no julgamento do RE foi de que “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” (BRASIL, STF, 2018a). Já a tese da ADPF deixa mais evidente essa superação do critério da atividade fim como limitação da terceirização de atividades, eis que estabelece:

1. É lícita a terceirização de toda e qualquer atividade, meio ou fim, não se configurando relação de emprego entre a contratante e o empregado da contratada. 2. Na terceirização, compete à contratante: i) verificar a idoneidade e a capacidade econômica da terceirizada; e ii) responder subsidiariamente pelo descumprimento das normas trabalhistas, bem como por obrigações previdenciárias, na forma do art. 31 da Lei 8.212/1993 (BRASIL, STF, 2018b)¹⁴⁵

¹⁴⁵ A título de maior destaque, cabe citar alguns outros trechos da ementa da decisão, conforme constante do voto do Ministro Luís Roberto Barroso, Relator da ADPF, que apontam no sentido acima mencionado:

1. A Constituição não impõe a adoção de um modelo de produção específico, não impede o desenvolvimento de estratégias empresariais flexíveis, tampouco veda a terceirização. Todavia, a jurisprudência trabalhista sobre o tema tem sido oscilante e não estabelece critérios e condições claras e objetivas, que permitam sua adoção com segurança. O direito do trabalho e o sistema sindical precisam se adequar às transformações no mercado de trabalho e na sociedade.

2. A terceirização das atividades-meio ou das atividades-fim de uma empresa tem amparo nos princípios constitucionais da livre iniciativa e da livre concorrência, que asseguram aos agentes econômicos a liberdade de formular estratégias negociais indutoras de maior eficiência econômica e competitividade.

3. A terceirização não enseja, por si só, precarização do trabalho, violação da dignidade do trabalhador ou desrespeito a direitos previdenciários. É o exercício abusivo da sua contratação que pode produzir tais violações.

4. Para evitar tal exercício abusivo, os princípios que amparam a constitucionalidade da terceirização devem ser compatibilizados com as normas constitucionais de tutela do trabalhador, cabendo à contratante: i) verificar a idoneidade e a capacidade econômica da terceirizada; e ii) responder subsidiariamente pelo descumprimento das normas trabalhistas, bem como por obrigações previdenciárias (art. 31 da Lei 8.212/1993).

(...)

6. Mesmo com a superveniência da Lei 13.467/2017, persiste o objeto da ação, entre outras razões porque, a despeito dela, não foi revogada ou alterada a Súmula 331 do TST, que consolidava o conjunto de decisões da Justiça do Trabalho sobre a matéria, a indicar que o tema continua a demandar a manifestação do Supremo Tribunal Federal a respeito dos aspectos constitucionais da terceirização. Além disso, a aprovação da lei ocorreu após o pedido de inclusão do feito em pauta. (BRASIL. STF. 2018b: 1-2)

Portanto, o sistema do Direito, por meio de seu centro decisório constitucional, o STF, passa a informar ao subsistema justrabalhista a necessidade de se apreciar a terceirização, em relação a todos os casos ainda pendentes de julgamento, também sob perspectivas que não mais podem estar vinculadas à ideia de ilicitude dos contratos de descentralização de atividades fim e, assim, de fraude ao contrato de emprego, com declaração de vínculo direto entre empresa contratante dos serviços e trabalhadores da empresa prestadora de serviços, fraude esta fundada não na perspectiva de subordinação pela existência de ordens diretas, a subordinação hierárquico-jurídica marcada pelo poder diretivo e disciplinar, mas na perspectiva de aproveitamento econômico do resultado do trabalho, a subordinação objetiva e a subordinação estrutural. Assim, para lidar com a complexidade do ambiente social, com as expectativas e as contingências relativas ao trabalho, será necessário ao sistema desenvolver novas respostas, autorreproduzindo-se de forma autorreferente, mas temporalmente diferida (e, portanto, revelando a igualdade/desigualdade temporal de casos), no que importa à terceirização.

Portanto, ao fim, viu-se, nessa evolução, que tanto o sistema da Política, como o sistema do Direito, resolveram processar as informações e irritações provocadas pelo ambiente social e formularam programas decisórios que representam uma abertura à complexidade e à contingência social, limitada pelos programas dos direitos sociais formais (não se esquecendo dos programas legais – Lei 6019/74 – quanto aos requisitos de licitude de um contrato de terceirização de serviços), e pela perspectiva da justiça como fórmula para contingência em seu aspecto de igualdade como consistência decisória.

Destaca-se que tais novos programas decisórios apresentam ao subsistema justrabalhista, pelo menos enquanto o subsistema não dá consistência para suas próprias decisões tendo em vista esse novo quadro, programas normativos que direcionam de forma oposta ao que vinha processando o subsistema justrabalhista, pois este tendia à limitação da liberdade, da complexidade social, a fim abarcar o máximo de situações possíveis de trabalho e de produção e as informações decorrentes destas no formato de vínculo econômico como marco do aspecto positivo do código bivalente emprego/não emprego, marcado pela perspectiva de produção hierarquizada, originária do contexto histórico de nascimento e de evolução do subsistema. No entanto, na sociedade funcionalmente diferenciada - marcada pela contingência e pela complexidade, pelas diferentes funções para a sociedade operadas pelos diferentes sistemas, e, no caso do sistema jurídico, pela necessária função de redução de

expectativas normativas para que redução de contingências nas informações jurídicas – constata-se que os sistemas sociais reduziram a capacidade da perspectiva totalizante do subsistema justralhista, de buscar ser sistema central da sociedade em relação ao máximo de informações possíveis no que importa ao trabalho humano, quer seja ele na perspectiva de emprego (trabalho como mercadoria fictícia), quer seja ele como trabalho autônomo ou, ainda, como produções realizadas por diferentes empresas em um sistema de produção descentralizado, mas que deveria ser restrita ao formato vertical e hierarquizado de produção. Nesse sentido é que se vê o nascimento de novos programas decisórios para o subsistema justralhista no que importa à terceirização, que recebe informações no sentido de que o subsistema deverá reconhecer a licitude (perspectiva do sistema jurídico) das descentralizações de atividades, sendo necessário assim que o subsistema inicie novamente sua autorreprodução a fim de dar novas respostas à sociedade, tendo em vista a superação da restrição da terceirização da atividade fim, bem como das perspectivas de subordinação objetiva e estrutural, em face do resgate da perspectiva hierárquico-jurídica.

Quais serão essas novas respostas do subsistema justralhista é algo que será ainda desenvolvido por ele mesmo, tendo em vista o novo quadro de programas normativos e decisórios que lhe foram apresentados pela Política e pelo Direito. No entanto, estas novas respostas deverão ser marcadas novamente pela função do Direito, por sua autorreprodução e autorreferência e pelo programa da Justiça como fórmula para a contingência, que orientará no sentido de firmar a igualdade ou desigualdade de casos tendo em vista a evolução histórica do subsistema.

CONCLUSÃO

A análise do fenômeno da terceirização a partir de uma visão sistêmica da sociedade permitiu a identificação de algumas das principais questões atinentes à operação da terceirização relativamente ao Direito, especialmente o subsistema justabalhista. Para isso, foi necessário primeiro perceber-se a sociedade a partir da noção de sua operação por meio de sistemas funcionalmente diferenciados, cada um com seu código operativo, sua estrutura e programas de funcionamento, e as zonas de “intersecção” comunicacional entre tais sistemas (acoplamentos estruturais), o que serviu para entender que atualmente a sociedade não opera por meio de um núcleo sistêmico que dita os caminhos e as operações sociais, como ocorreu em modelos de sociedade anteriores (a exemplo das sociedades que operavam no esquema centro/periferia, ou nobreza/plebe). Destarte, o contínuo aumento da complexidade da sociedade atual não permite que um sistema seja central e dite os rumos das comunicações sociais. Note-se que o aumento de complexidade social provoca aumento da contingência, que provoca também aumento de complexidade e contingência nos sistemas sociais, provocando aqueles irritados por essas comunicações a estarem constantemente processando novas informações de forma a dar um sentido a elas segundo a linguagem de cada um deles (LUHMANN: 1977, 2006, 2016).

A terceirização, um fenômeno surgido na sociedade, terminou por ser processada pelo sistema funcionalmente diferenciado do direito e, em especial, provocou especial reação operativa do ramo especializado do Direito do Trabalho. Para entender adequadamente o processamento da terceirização neste ramo, foi necessário primeiro averiguar o funcionamento do sistema do Direito. Este, conforme visto, opera por meio do código identitário direito/não-direito (lícito/não lícito), e se diferencia na função de redução congruente de expectativas normativas para a sociedade, operando, como os demais sistemas, autorreferencialmente e autorreprodutivamente, por meio de seus programas e operações. Somente as informações que se pautam na diferença entre direito/não direito é que movimentam o sistema jurídico para o fim de aliviar a contingência de comunicação por meio das normas jurídicas. Destaca-se que, assim como os demais sistemas, o código operativo do Direito é único, não sendo adotado por nenhum outro sistema. Também não pode ele deixar de ser o referido código, pois do contrário o sistema deixa de existir, dado que perde sua identidade (LUHMANN: 1977, 2006, 2016).

Já o Direito do Trabalho surge, a partir do sistema do Direito, como uma forma de processar a questão social relacionada às informações atinentes ao que Polanyi (2000) chama de mercadoria fictícia trabalho, ou seja, a compra da capacidade de trabalho, pois o trabalho em si não muda de propriedade de fato, apenas os seus frutos. Nesse desenvolvimento, estrutura-se um subsistema jurídico do trabalho vinculado à percepção histórica do trabalho em cadeias militarizadas e hierarquizadas de comando, em grandes estruturas empresariais que realizavam todas (ou grande parte) das etapas de uma produção, no que é chamado de modelo fordista. Decorrente desse modelo, o subsistema adota um código identitário que opera com base na diferenciação entre emprego/não emprego, tendo, como um de seus principais programas de informação da situação do código, o programa subordinação, vinculado inicialmente à perspectiva fabril militarizada e hierarquizada, de controle total das operações executadas pelos trabalhadores, mas que passa a ser aplicada aos poucos em outros contextos, como dos setores comercial e de serviços, ou mesmo a espécies de trabalho com subordinação hierárquica não tão acentuada como no modelo fabril, tal como o trabalho intelectual.

Ocorre que a terceirização, fenômeno, conforme mencionado, que surge no ambiente do subsistema do Direito do Trabalho, relacionado à descentralização de atividades entre empresas, desafiou (e continua desafiando) este subsistema em suas estruturas de funcionamento, seus programas e suas operações. Destacou-se que ao longo do tempo esse desafio se alterou, seja pelo aumento da complexidade do ambiente do subsistema, seja pelo aumento da complexidade interna do subsistema, o que também termina por gerar aumento de complexidade no ambiente. Isso porque o referido subsistema, que funciona tendo por base o seu código bivalente operativo que lhe dá identidade, começa a processar a terceirização como uma informação diretamente relacionada ao código emprego/não emprego (a identidade do subsistema), embora, por suas características, ela não envolva diretamente questões atinentes à existência ou não de uma estrutura de vínculo de emprego entre uma empresa e um trabalhador, por se tratar de um contrato entre empresas para a descentralização de atividades.

Com efeito, o subsistema justabalhista, ao processar a terceirização (suas informações) opta por considerá-la uma relação de intermediação de mão de obra, mascarada de contrato civil, marcando-a, assim, como o lado positivo do código bivalente emprego/não emprego, ao invés de simplesmente considerá-la uma informação não referente ao subsistema, ou seja, não emprego, ou, ainda, algo que não é nem processado sob o referido código. Nesse

sentido, Luhmann afirma (relativamente ao direito, mas que pode ser estendido ao seu subsistema), que

o direito tem de se manter como sistema funcional determinado por estruturas, com capacidade de operação, devendo prever internamente a continuidade do cumprimento de sua própria função. “Internamente”, aqui, significa com seu próprio tipo de operação. (LUHMANN, 2016: 191)

Por isso, para processar a terceirização, o subsistema justralhista passa a adequá-la sob o código bivalente identitário, utilizando-se, para tanto, da aplicação de seus programas de identificação do código, em especial, no caso, a subordinação. Trata-se, *in casu*, do sistema se autorreferenciando e se autorreproduzindo em suas próprias operações, mantendo, no entanto, a lógica do sistema. Com isso, a subordinação, inicialmente vinculada a uma perspectiva jurídico-hierárquica, isto é, de potencialidade de exercício de poder diretivo e disciplinar, passa a receber novos influxos, como, de início, presunções de subordinação pela execução de um trabalho pelos empregados de uma empresa no interior de outra (Súmula 256 do TST); e acolhe, posteriormente, o sentido de “subordinação direta”, seja na ocorrência efetiva da terceirização de atividades-meio, seja na presunção de sua ocorrência na terceirização de atividades-fim (Súmula 331 do TST); e termina por evoluir para a aplicação das perspectivas de subordinação objetiva e de subordinação estrutural na perspectiva de ampliação do campo de atuação do subsistema justralhista para o fim de identificação de relações de emprego mascaradas sob um contrato civil entre empresas. Trata-se, como menciona Luhmann (2016: 143), do fato de ser o direito “uma máquina histórica que, com cada operação, transforma-se em outra máquina”.

Contudo, nessa contínua transformação, o sistema deve sempre preservar sua função (no caso do direito, de redução congruente de expectativas e, assim, de contingências), sua identidade (código bivalente) e processar-se segundo seus programas, o que, no caso do Direito, e do subsistema justralhista, implica em observar o programa dos programas, a justiça como fórmula de contingência, ou seja, de diferenciação de igualdade/desigualdade e de consistência de casos, dentro de um marco de liberdade/complexidade do ambiente. Isso para dar uma perspectiva de segurança de expectativas normativas, seja para os que estão dentro das organizações jurídicas, seja para quem está fora delas. Sem tal segurança, não se reduz expectativas e contingências, e o direito reduz-se no cumprimento de sua função. Nesse sentido, Luhmann afirma que

“Também na vida cotidiana dos que não tomam parte das organizações jurídicas formam-se expectativas normativas a respeito de expectativas normativas. (...) O sistema do direito, visto como totalidade, opera na base de segurança de expectativas normativas. Ele se diferencia com base no caráter reflexivo de suas operações.” (LUHMANN, 2016: 195)

Não há dúvida que, para a operação do sistema do Direito para o ambiente social, o Direito do Trabalho teve e continua tendo grande importância na sociedade, especialmente ao lidar com operações do ambiente baseadas na diferenciação da relação de emprego e os programas e operações na perspectiva da justiça como fórmula para a contingência, de forma a estabelecer uma igualdade mínima/redução da desigualdade, bem como para manter coerente o sistema na decisão de casos. Mesmo atualmente, com uma sociedade ainda mais complexa (e formas de trabalho e de produção ainda mais variadas), mantém-se relevante o código bivalente do subsistema e seus programas, ainda que tenham evoluído de outra realidade histórica, quando as estruturas produtivas e de trabalho se davam em relações de alto grau de hierarquização, em modelo militar, entre a empresa centralizante e o trabalhador.

No entanto, há limites para a atuação do código bivalente, e sua atuação ampliada, de forma a relacionar-se com toda e qualquer forma de trabalho, e não só àquela fundada na ideia do trabalho subordinado, em que este é uma mercadoria fictícia, desafia a própria identidade do subsistema, pois este tende a ser indiferenciado de seu ambiente. A diferença, a identidade de um sistema, é essencial para a sua própria existência.

Em decorrência disso, percebeu-se que a utilização da ambivalência meio/fim a respeito da terceirização para o fim de identificação de intermediação de mão de obra fraudulenta (e reconhecimento de vínculo direto de emprego), e também a ampliação do programa subordinação, utilizando-se critérios como os da subordinação objetiva e subordinação estrutural, especialmente ao serem aplicados judicialmente à terceirização, de forma a alterar o vínculo de emprego de uma empresa descentralizada para uma empresa central, têm desafiado tanto o código do subsistema, como sua fórmula de contingência, que, no fundo, é um programa intrinsecamente ligado à função do sistema de redução de expectativas e de contingência a fim de a sociedade e o sistema lidarem com a complexidade social. Com efeito, a criação (ou o surgimento) de expectativas normativas pelo direito que sejam não possíveis de serem cumpridas ameaça a própria função do direito de redução de expectativas, ou seja, de um mínimo de segurança na expectativa, fazendo com que se gere,

por meio do sistema jurídico, “um futuro desconhecido, genuinamente incerto” (LUHMANN, 2016: 173), ou seja, sem um mínimo de previsibilidade. Com efeito,

a segurança de expectativas é posta em risco também quando a conduta de conformidade à expectativa não pode ser alcançada, não havendo a menor possibilidade de cumprimento da expectativa, por mais que ela seja coberta pelo direito. O direito não pode enunciar de forma duradoura: você tem direito, mas infelizmente não o podemos ajudar. (...) Existem bons motivos para limitar a imposição do direito, e isso é necessário para tornar as expectativas resistentes a frustrações. (LUHMANN, 2016:204-205)

Em sentido similar, mas mencionando especificamente o Direito do Trabalho e, pode-se dizer, o subsistema justralhista, Pedro Paulo Manus revela a preocupação com a ampliação das fórmulas de inclusão de casos dentro desse ramo especializado do Direito:

Assistimos nestes tempos uma constante inquietação de setores ligados aos trabalhadores, aos empregadores e ao governo, no que respeita a posturas inadequadas no enquadramento jurídico das relações decorrentes do trabalho. Por um lado, ignora-se o ordenamento jurídico, tentando estabelecer regras que agredem o Direito do Trabalho e visivelmente prejudicam os empregados. Como reação a esta postura, tenta-se enquadrar todo tipo de prestação de serviços ao modelo clássico do contrato individual de trabalho, o que igualmente não se harmoniza com as regras estabelecidas pelo Direito do Trabalho, ocasionando maior insegurança, o que é a antítese da finalidade do ordenamento jurídico. (MANUS, 2015: 7)

Os desafios atuais relacionados à produção e ao trabalho da sociedade e seu processamento por outros sistemas sociais (economia, política), que ampliam a complexidade do ambiente social e acabam por forçar o aumento da complexidade interna do sistema jurídico e de seu subsistema justralhista, terminam também por ensejar o questionamento não só pela ampliação da subordinação como, por outro lado, o questionamento pela busca de novas fórmulas (programas) que permitam ao direito e à sociedade como um todo alcançar maior grau de estabilidade a fim de permitir sua evolução. Em decorrência disso, pode-se dizer que tanto o sistema do Direito, como o sistema da Política, seja, neste caso, pela aprovação de normas (Leis 13.429 e 13.467/2017), seja, naquele, pelo julgamento de ações constitucionais (ADPF 324 e RE 958.252), operou pelo reconhecimento da complexidade na sociedade e da necessidade de redução das contingências e da insegurança nas expectativas normativas que vinham sendo causadas pelos critérios atividade meio/fim e subordinações

objetiva e estrutural no que importa à terceirização. No entanto, mesmo com esse novo quadro, isso não significa fim de contingências ou da necessidade de se recompor expectativas. Pelo contrário, o subsistema justralhista tem, agora, o desafio de evoluir suas normas em face da alteração dos programas normativos do próprio sistema em decorrência das irritações causadas pelas decisões de sistemas (Direito e Política), de forma a dar respostas coerentes (ou com pretensão de coerência) aos casos pendentes em tramitação no Judiciário, e nos casos que porventura vierem a ingressar nele.

Já com atenção à fórmula para a contingência no sistema do Direito, ficou evidente que o subsistema justralhista não pode se dotar de caráter central, superiormente hierárquico, na sociedade, nem mesmo no sistema jurídico, com a adoção de uma única fórmula totalizante de todas as operações a serem processadas pelo código emprego/não emprego. A sociedade atual é mais complexa do que é possível apenas um programa comportar e ordenar, devendo-se buscar enquadramentos jurídicos diversos para situações diversas. A atual normatização da terceirização, que parece ensejar a restrição dos critérios objetivo e estrutural da subordinação, é um dos elementos dessa ampliação de critérios para processamento de informações pelo sistema do Direito, e pelo seu subsistema justralhista, pelo reconhecimento da desigualdade inerente dos casos. Para a manutenção da identidade do subsistema, e sua contínua evolução, ao invés da totalização de um programa (subordinação), a alternativa mais viável para lidar com a complexidade social (como ocorreu com a terceirização) parece encaminhar-se atualmente para a abertura de diferentes programas para lidar com diferentes realidades, nem que seja para reespecificar situações atreladas ao aspecto positivo, ou ao negativo, do código emprego/não emprego, ou mesmo para definir que determinada informação não é processada por esse mesmo código.

REFERÊNCIAS

- ABDALA, Vantuil. *Terceirização: normatização – questionamentos. Revista do TST*, vol. 74, n° 4. Brasília: TST. out/dez 2008.
- ABREU, Osmani Teixeira de. *As Relações de Trabalho no Brasil a partir de 1824 - greves, organização e movimento sindical, legislação, justiça do trabalho, contratos coletivos: evolução das convenções e acordos coletivos, evolução dos dissídios coletivos*. São Paulo, LTR: 2005.
- ANDRADE, Tatiana Guimarães Ferraz. *As novas faces da subordinação e os impactos para o Direito do Trabalho*. São Paulo, LTR: 2014.
- ALVES, Amauri Cesar. *Reforma Trabalhista, Terceirização e Critérios de Agregação do Trabalhador ao Sindicato*. In: *Revista Magister de Direito do Trabalho*, n° 79, jul./ago. Porto Alegre, Lex Magister: 2017. P. 73-100.
- AMORIM, Helder Santos do, et. alii. *Terceirização – Aspectos Gerais. A última decisão do STF e a Súmula 331 do TST. Novos enfoques*. Disponível em https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/22216/003_viana_delgado_amorim.pdf?sequence=4&isAllowed=y. Acesso em fevereiro 2018.
- AZEVEDO, André Jobim de. *Relações Contemporâneas de Trabalho: Observações*. In: FREDIANI, Yone (Coord). *A valorização do Trabalho Autônomo e a Livre-Iniciativa*. Porto Alegre, Lex Magister: 2015. P. 37-50.
- BACHUR, João Paulo. *Às Portas do Labirinto: para uma recepção crítica da teoria social de Niklas Luhmann*. Rio de Janeiro, Azougue Editorial: 2010.
- BASSO, Guilherme Mastrichi. *Terceirização e mundo globalizado: o encadeamento produtivo e a complementaridade de serviços como potencializadores da formalização de contratos*. In: *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, vol. 74. Brasília, TST, out/dez 2008., p. 91.

- BELMONTE, Alexandre Agra. *Instituições Civis no Direito do Trabalho*. 3ª edição. São Paulo, Renovar: 2004.
- BERGER, Johannes; OFFE, Claus. 3 – *O Futuro do Mercado de Trabalho: A necessidade de complementação de um princípio distributivo ultrapassado*. In: OFFE, Claus. *Trabalho e Sociedade: Problemas Estruturais e Perspectivas para o futuro da “Sociedade do Trabalho”*. Volume I – *A crise*. Rio de Janeiro, Tempo Brasileiro: 1989.
- BERIAIN, Jostxc. (comp). *Las Consecuencias Perversas De La Modernidad*. Barcelona, Anthropos: 1986.
- BIAVASCHI, Magda Barros; e DROPPA, Alisson. *A história da Súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho: a alteração na forma de compreender a terceirização*. In: *Mediações*, v. 16, n. 1, p. 124-141, jan/jun. Londrina: 2011. Disponível em <http://www.femargs.com.br/uploads/artigos/a-historia-da-sumula-331/a-historia-da-sumula-331.pdf>. Acesso em setembro de 2018.
- BORBA, Joselita Nepomuceno. *Configuração Jurídica da Subordinação e sua Importância na Requalificação do Contrato. Trabalho Subordinado e Trabalho Autônomo*. In: *Revista Magister de Direito do Trabalho*, nº 66, mai./jun. Porto Alegre, Lex Magister: 2015. P. 19-40.
- BRASIL. Câmara dos Deputados. *Parecer do Relator Deputado Rogério Marinho ao PL 6787/2017*. 2017. Disponível em http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1544961. Acesso em setembro de 2018.
- _____. *Constituição Política Do Imperio Do Brazil (De 25 De Março De 1824)*. Rio Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm. Acesso em março de 2018.
- _____. *Constituição da República Federativa do Brasil (1988)*. Promulgada em 05 de outubro de 1988. Brasília, DF: 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: março de 2018.

_____. *Decreto-Lei n. 5452, de 1º de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho.* Diário Oficial [dos] Estados Unidos do Brasil, Poder Executivo, Rio de Janeiro, DF, 9 ago. 1943. Secção 1, p. 11937-11984. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm. Acesso em março de 2018.

_____. *Lei Nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil.* Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071impressao.htm. Acesso em setembro de 2018.

_____. *Lei 6.019, de 3 de janeiro de 1974. Dispõe sobre o Trabalho Temporário nas Empresas Urbanas, e dá outras Providências.* Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L6019.htm. Acesso em setembro de 2018.

_____. *Lei 8.987, de 13 de fevereiro de 1995. Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências..* Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8987cons.htm. Acesso em setembro de 2018.

_____. *Lei 9.472, de 16 de julho de 1997. Dispõe sobre a organização dos serviços de telecomunicações, a criação e funcionamento de um órgão regulador e outros aspectos institucionais, nos termos da Emenda Constitucional nº 8, de 1995.* Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9472.htm. Acesso em setembro de 2018.

_____. *Lei 13.429, de 31 de março de 2017. Altera dispositivos da Lei no 6.019, de 3 de janeiro de 1974, que dispõe sobre o trabalho temporário nas empresas urbanas e dá outras providências; e dispõe sobre as relações de trabalho na empresa de prestação de serviços a terceiros.* Brasília, DF: 2017. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/113429.htm. Acesso em maio de 2018.

_____. *Lei 13.467, de 13 de julho de 2017. Altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei no 5.452, de 1º de maio de 1943, e as Leis nos 6.019, de 3 de janeiro de 1974, 8.036, de 11 de maio de 1990, e 8.212, de 24 de julho de 1991, a fim de adequar a legislação às novas relações de trabalho..* Brasília, DF: 2017b. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/113467.htm. Acesso em maio de 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Tese de Repercussão Geral do RE 958.252*. Pleno. Rel. Min. Luiz Fux. 2018a. Disponível em <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4952236>. Acesso em outubro de 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Voto do Relator Ministro Luís Roberto Barroso na ADPF 324*. Pleno. Rel. Min. Luís Roberto Barroso. 2018b. Disponibilizado no 5º Simpósio do Direito do Trabalho realizado pela CEU LAW School em 19/10/2018. Acesso em outubro de 2018.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. *Acórdão do Ag-E-RR 517-58.2012.5.03.0104, SBDI-I*. 2018. Rel. Min. Augusto César Leite de Carvalho, de 22/03/2018.

Ag-E-RR 517-58.2012.5.03.0104, SBDI-I, rel. Min. Augusto César Leite de Carvalho, de 22/03/2018

_____. Tribunal Superior do Trabalho. *Acórdão do E-ED-RR-2938-13.2010.5.12.0016, SBDI-I*. 2013. Rel. Min. Ives Gandra da Silva Martins Filho, red. p/ acórdão Min. José Roberto Freire Pimenta, 8.11.2012, publicado no DJ de 26/03/2013.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. *Súmula nº 256. CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LEGALIDADE*. Disponível em http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_251_300.html#SUM-256. Acesso em setembro de 2018.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. *Súmula nº 331. CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LEGALIDADE*. Disponível em http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_301_350.html. Acesso em setembro de 2018.

CARELLI, Rodrigo de Lacerda. *Terceirização e intermediação de mão-de-obra: ruptura do sistema trabalhista, precarização do trabalho e exclusão social*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

CASTEL, Robert. *As metamorfoses da questão social: uma crônica do salário*. 12ª edição. Petrópolis: Vozes. 2015.

- CASTRO, Maria do Perpétuo Socorro Wanderley de. *Terceirização – uma expressão do direito flexível do trabalho na sociedade contemporânea*. São Paulo: LTr, 2014
- CAVALCANTE, Jouberto de Quadros P.; JORGE NETO, Francisco Ferreira. *Uma reflexão sobre a “subordinação” como elemento essencial da relação de emprego*. In: Revista LTR, vol. 82, nº 01, jan.. São Paulo, LTR: 2018. P. 30-37.
- CAVALCANTE, Marcos. *Efeitos Jurídicos da Terceirização nas Relações de Trabalho*. Em *Os pilares do direito do trabalho*. MARTINS FILHO, Ives Gandra (Org) et. alii. São Paulo: Lex Magister, 2013.
- COELHO, Fábio Ulhôa. *Subordinação empresarial e subordinação estrutural*. In: FREDIANI, Yone (Coord). *A valorização do Trabalho Autônomo e a Livre-Iniciativa*. Porto Alegre, Lex Magister: 2015. P. 51-63.
- CORSI, Giancarlo; ESPOSITO, Elena; BARALDI, Claudio. *Glosario sobre la teoria Social de Niklas Luhmann*. México, Universidade Iberoamericana: 1996.
- COUTINHO, Grijalbo Fernandes. *Terceirização. Máquina de Moer Gente Trabalhadora. A inexorável relação entre a nova marchandage e a degradação laboral, as mortes e mutilações no trabalho*. São Paulo: LTr. 2015.
- DAU, Denise Motta (Org) et. alii. *Terceirização no Brasil. Do discurso da inovação à precarização do trabalho (atualização do trabalho e perspectivas)*. São Paulo: Annablume; CUT, 2009.
- DELGADO, Gabriela Neves. *Direito Fundamental ao Trabalho Digno*. São Paulo, LTR: 2006.
- DELGADO, Gabriela Neves; AMORIM, Helder Santos. *Os limites constitucionais da terceirização*. São Paulo: LTr, 2014. p. 20.
- DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 11ª edição. São Paulo, LTr: 2012.
- _____. *Direitos Fundamentais na Relação de Trabalho*. In: Revista LTr, São Paulo: LTr, . 70, n. 06, junho de 2006.

DELGADO, Maurício Godinho e DELGADO, Gabriela Neves. *A Matriz da Constituição de 1988 como Parâmetro para a Análise da Reforma Trabalhista*. In: Revista Magister de Direito do Trabalho, nº 80, set./out. Porto Alegre, Lex Magister: 2017. P. 27-44.

_____. *A Reforma Trabalhista no Brasil: com os comentários à Lei n. 13.467/2017*. 2ª Edição. São Paulo, LTr: 2018.

DIEESE. *Nota Técnica nº 172. Terceirização e precarização das condições de trabalho: Condições de trabalho e remuneração em atividades tipicamente terceirizadas e contratantes*. Março de 2017. Disponível em <https://www.dieese.org.br/notatecnica/2017/notaTec172Terceirizacao.pdf>. Acesso em setembro de 2018.

DINIZ, José Janguiê Bezerra. *O fenômeno da terceirização*. Revista LTR. Vol, 60, nº. 02. São Paulo, LTR: 1996.

FARIA, James Magno A.. *Direito Constitucional do Trabalho, Sociedade e Pós-Modernidade*. São Paulo, LTR: 2015.

FELICIANO, Guilherme Guimarães. *Terceirização e Contratos de Fornecimento Industrial: Notas Sobre a Responsabilidade Jurídica de Clientes e Fornecedores*. In: Revista Magister de Direito do Trabalho, nº 24, mai./jun. Porto Alegre, Lex Magister: 2008. P. 32-48.

FONSECA, Rodrigo Dias da (coord). *Reforma trabalhista comentada - Lei nº 13.467/2017: análise de todos os artigos*. Florianópolis, Empório do Direito: 2017.

FREDIANI, Yone (Coord). *A valorização do Trabalho Autônomo e a Livre-Iniciativa*. Porto Alegre, Lex Magister: 2015.

FURTADO, Emmanuel Teófilo. *Contemporizando a Terceirização*. Revista LTR, São Paulo, Vol. 57, nº. 11, p. 1318–1321, nov, 1993.

GORZ, André. *Metamorfoses do Trabalho: Crítica da Razão Econômica*. 2ª Edição. São Paulo: Anablume, 2007.

ILO – International Labor Organization. *Decent Work in global supply chains. Report IV for the 106th International Labor Conference*. International Labour Office, Genebra: 2016.

Disponível em http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---relconf/documents/meetingdocument/wcms_468097.pdf. Acesso em março de 2018.

_____. *Ensuring decent working time for the future. General Survey concerning working-time instruments*. Report III-B of the Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations for the 107th International Labor Conference. International Labor Office, Genebra: 2018. Disponível em http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---relconf/documents/meetingdocument/wcms_618485.pdf. Acesso em maio de 2018.

_____. R198 - Recomendación sobre la relación de trabajo, 2006. Labor Office, Genebra: 2006. Disponível em http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:55:0::NO::P55_TYPE,P55_LANG,P55_DOCUMENT,P55_NODE:REC,es,R198,%2FDocument. Acesso em maio de 2018.

LIMA, F. M. M. de, e LIMA, F. P. R. M de. *Terceirização total: entenda ponto por ponto*. São Paulo, LTr: 2018.

LUDWIG, Guilherme Guimarães. *A terceirização de serviços e a reforma trabalhista*. In: PAMPLONA FILHO, et alii (coord). *Interpretação e Aplicação da Reforma Trabalhista no Direito Brasileiro*. São Paulo, LTr: 2018.

LUHMANN, Niklas. Constituição como Aquisição Evolutiva, em: *Rechtshistorisches Journal* 9 (1990), p. 176-220. (tradução para uso acadêmico por Menelick de Carvalho Netto, não revisada). Disponível em <https://docslide.com.br/documents/luhmann-niklas-a-constituicao-como-aquisicao-evolutiva.html>. Acesso em março de 2018.

_____. *Differentiation of Society*. *The Canadian Journal of Sociology / Cahiers Canadiens De Sociologie*, vol. 2, no. 1, 1977, pp. 29–53. JSTOR, JSTOR. Disponível em www.jstor.org/stable/3340510. Acesso em janeiro de 2018.

_____. *La contingencia como atributo de la sociedad moderna*. In: BERIAIN, Joesetxc. (comp). *Las Consecuencias Perversas De La Modernidad*. Barcelona, Anthropos: 1986.

_____. *La sociedad de la sociedad*. México: Herder. 2006.

_____. *Law As a Social System*. Northwestern University Law Review vol. 83, no. 1 & 2 (1988-1989): 1989. p. 136-150.

_____. *O Direito da Sociedade*. São Paulo, Martins Fontes: 2016.

_____. *Sistemas Sociais: esboço de uma teoria geral*. Petrópolis: Vozes, 2016b.

_____. *Sociologia do Direito I*. Rio de Janeiro, Tempo Brasileiro: 1983.

_____. *Sociologia do Direito II*. Rio de Janeiro, Tempo Brasileiro: 1985.

MANNRICH, Nelson. *Futuro do Direito do Trabalho, no Brasil e no Mundo*. In: Revista LTR, vol. 81, nº 11, nov. São Paulo, LTR: 2017. P. 1287-1300.

_____. *Reinventando o Direito do Trabalho: novas dimensões do trabalho autônomo*. In: FREDIANI, Yone (Coord). *A valorização do Trabalho Autônomo e a Livre-Iniciativa*. Porto Alegre, Lex Magister: 2015. P. 229-255.

MANUS, Pedro Paulo Teixeira. *A Subordinação Jurídica no Contrato Individual de Trabalho*. In: Revista Magister de Direito do Trabalho, nº 66, mai./jun. Porto Alegre, Lex Magister: 2015. P. 6-18.

MARTINEZ, Pedro Romano. *Direito do Trabalho*. 3ª edição. Coimbra, Almedina: 2006.

MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito do Trabalho*. 25ª edição. São Paulo: Atlas, 2009.

_____. *A terceirização e o direito do trabalho*. 12ª ed. São Paulo: Atlas, 2012.

MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. *Manual Esquemático de Direito e Processo do Trabalho*. 25ª edição revista e atualizada. São Paulo, Saraiva: 2018.

MATTHEIS, Clemens. *The System Theory of Niklas Luhmann and the Constitutionalization of the World Society*. 4 Goettingen J. Int'l L. 625 (2012): 2012.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade*. 3ª edição, 18º tiragem. São Paulo, Malheiros: 2000.

MIRANDA, Fernando Hugo Rabello. *Cooperação Interempresarial e Direito do Trabalho*. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo: 2016.

_____. *A questão das cadeias produtivas no âmbito do Direito do Trabalho e os limites da racionalidade da Súmula n. 331/TST*. In: Revista LTR, vol. 80, nº 12, dez.. São Paulo, LTR: 2016. P. 1.470-1.481.

NASCIMENTO, A. M., FERRARI, I., e MARTINS FILHO, I. G. d. S.. *História do Trabalho, do Direito do Trabalho e da Justiça do Trabalho*. São Paulo, LTr: 2017 [versão Kindle Android]. Disponível em www.amazon.com.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro e NASCIMENTO, Sônia Mascaro. *Curso de Direito do Trabalho*. 29ª edição. São Paulo, Saraiva: 2014.

NEVES, Clarissa Eckert Baeta; NEVES, Fabrício Monteiro. *O que há de complexo no mundo complexo? Niklas Luhmann e a Teoria dos Sistemas Sociais*. Sociologias, Porto Alegre, n. 15, p. 182-207, Junho 2006. Disponível em http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1517-45222006000100007&lng=en&nrm=iso. Acesso em março de 2018. <http://dx.doi.org/10.1590/S1517-45222006000100007>.

NEVES, Marcelo. *Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil*. 2ª edição. São Paulo, Martins Fontes: 2008.

OFFE, Claus. *Trabalho e Sociedade: Problemas Estruturais e Perspectivas para o futuro da “Sociedade do Trabalho”*. Volume I – A crise. Rio de Janeiro, Tempo Brasileiro: 1989.

_____. *I – Trabalho como categoria sociológica fundamental?*. In: OFFE, Claus. *Trabalho e Sociedade: Problemas Estruturais e Perspectivas para o futuro da “Sociedade do Trabalho”*. Volume I – A crise. Rio de Janeiro, Tempo Brasileiro: 1989.

OFFE, Claus; HINRICH, Karl. *2 – Economia social do mercado de trabalho: diferencial primário e secundário de poder*. In: OFFE, Claus. *Trabalho e Sociedade: Problemas Estruturais e Perspectivas para o futuro da “Sociedade do Trabalho”*. Volume I – A crise. Rio de Janeiro, Tempo Brasileiro: 1989.

- PAMPLONA FILHO, *et alii* (coord). *Interpretação e Aplicação da Reforma Trabalhista no Direito Brasileiro*. São Paulo, LTr: 2018.
- PASTORE, José. *Terceirização: uma realidade desamparada pela lei*. Revista do Tribunal Superior do Trabalho, Brasília, v. 74, n. 4, p. 117-135, out./dez. 2008. p. 128
- PASTORE, José; PASTORE, José Eduardo G.. *Terceirização: necessidade para a Economia, desafio para o direito*. São Paulo: LTr, 2015.
- PINTO, Almir Pazzianotto. *Subordinação Estrutural e Legislação Trabalhista*. In: FREDIANI, Yone (Coord). *A valorização do Trabalho Autônomo e a Livre-Iniciativa*. Porto Alegre, Lex Magister: 2015. P. 23-35.
- PINTO, José Augusto Rodrigues. *Tratado de Direito Material do Trabalho*. São Paulo, LTr. 2007.
- POLÔNIO, Wilson Alves. *Terceirização – Aspectos Legais, Trabalhistas e Tributários*. São Paulo: Editora Atlas, 2000.
- POLANYI, Karl. *A Grande Transformação: as origens da nossa época*. 2ª edição. Rio de Janeiro: Campus: 2000.
- PORTO, Lorena Vasconcelos. *A Necessidade de uma Releitura Universalizante do Conceito de Subordinação*. In: Revista Magister de Direito do Trabalho, nº 24, mai./jun. Porto Alegre, Lex Magister: 2008. P. 5-30.
- _____. *A Subordinação no Contrato de Trabalho: Uma releitura necessária*. São Paulo, LRT: 2009.
- PORTO, Noemia. *O trabalho como categoria constitucional de inclusão*. São Paulo: LTR. 2013.
- ROBORTELLA, Luiz Carlos Amorim. *Autonomia da Vontade em Debate. Exagero Intervencionista nas Relações de Trabalho*. In: Revista Magister de Direito do Trabalho, nº 78, mai./jun. Porto Alegre, Lex Magister: 2017. P. 30-39.

- ROBORTELLA, Luiz Carlos Amorim e PERES, Antônio Galvão. *Subordinação Estrutural na Terceirização de Serviços. Subversão Dogmática*. In: FREDIANI, Yone (Coord). *A valorização do Trabalho Autônomo e a Livre-Iniciativa*. Porto Alegre, Lex Magister: 2015. P. 23-35.
- ROESLER, Átila da Rold. *Crise Econômica, Flexibilização e o Valor Social do Trabalho*. São Paulo, LTR, 2014.
- ROMITA, Arion Sayão. *Direitos Fundamentais nas Relações de Trabalho*. 5ª edição. São Paulo, LTR: 2014.
- _____. *Inderrogabilidade da Norma e Indisponibilidade de Direitos em Face da Negociação Coletiva: Limites Impostos pelos Direitos Fundamentais*. In: Revista Magister de Direito do Trabalho, nº 79, jul./ago. Porto Alegre, Lex Magister: 2017. P. 21-43.
- RUSSOMANO, Mozart Victor. *Curso de Direito do Trabalho*. 8ª edição revista e atualizada. Curitiba, Juruá: 2000.
- SCHWAB, Klaus. *A quarta revolução industrial*. São Paulo, Edipro: 2016.
- SEVERO, Valdete Souto. *A Terceirização e os Disfarces do Discurso do Direito do Trabalho: o Estado Social diante da realidade liberal*. Disponível em <http://www.femargs.com.br/uploads/artigos/a-terceirizacao-e-o-discurso-do-direito-do-trabalho/a-terceirizacao-e-o-discurso-do-direito-do-trabalho.doc>. 2015. Acesso em fevereiro 2018
- SEVERO, Valdete Souto; MAIOR, Jorge Luiz Souto. *Manual da Reforma Trabalhista: pontos e contrapontos*. Porto Alegre/São Paulo: AATSP/Sensus: 2017)
- SILVA, Homero Batista Mateus da. *Curso de Direito do Trabalho Aplicado*, vol. 1 – Parte geral. 3ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.
- STEIN, Guilherme; ZYLBERSTAJN, Eduardo; ZYLBERSTAJN, Hélio; Terceirização e salários. Boletim Mercado de Trabalho, Conjuntura e Análise nº 59, outubro, 2015. Disponível em http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/mercadodetrabalho/bmt_59_nota-tecnica1.pdf. Acesso em setembro de 2018.

STURGEON, Timothy et. alii. *A Indústria Brasileira e as Cadeias Globais de Valor: uma análise da cadeia global de valor dos setores aeroespacial, de dispositivos médicos e eletrônicos*. São Paulo: Elsevier Editora, 2014.

SUPIOT, Alain. *Beyond Employment: Changes in work and the Future of Labor Law in Europe*. New York, Oxford: 2005 (reprinted).

_____. *Crítica ao Direito do Trabalho*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian: 2016.

_____. *El Derecho del Trabajo*. Buenos Aires: Heliasta. 2008.

SÜSSEKIND, Arnaldo et. alii. *Instituição de Direito do Trabalho, vol. 1*. 21ª edição. São Paulo: LTR, 2003.

TEIXEIRA, Marilane; PELATIERI, Patrícia. Terceirização e precarização do mercado de trabalho brasileiro. In: DAU, Denise Motta (Org) et. alii. *Terceirização no Brasil. Do discurso da inovação à precarização do trabalho (atualização do trabalho e perspectivas)*. São Paulo: Annablume; CUT, 2009.

TEUBNER, Gunther. “*Unitas Multiplex: A organização do grupo de empresas como exemplo*”. In: Revista de Direito GV, v. 1, n.2, jun/dez 2005. P. 77-110. Disponível em <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/article/view/35230/34030>. Acesso em dezembro de 2017.

VIANA, Ulisses Schwarz. *Direito e Justiça em Niklas Luhmann: complexidade e contingência no sistema jurídico*. Porto Alegre, Sérgio Fabris: 2015.

ZYLBESTAJN, Eduardo. *Três ensaios sobre o mercado de trabalho no Brasil*. Tese de Doutorado, FGV, 2015. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/13863>> Acesso em novembro de 2015.