

UNIVERSIDADE DE PASSO FUNDO

Bruna Ortiz Camargo

Terceirização como instrumento de precarização das
relações laborais

Carazinho

2018

Bruna Ortiz Camargo

TERCEIRIZAÇÃO COMO INSTRUMENTO DE PRECARIZAÇÃO DAS RELAÇÕES LABORAIS

Monografia apresentada ao curso de Direito, da Faculdade de Direito, da Universidade de Passo Fundo, campus de Carazinho, como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais, sob a orientação do Professor Mestre Ipojucan Demétrius Vecchi.

Carazinho

2018

Primeiramente agradeço a toda minha família, em especial a minha mãe, que confiou nas minhas escolhas e sempre prezou pelo meu desenvolvimento pessoal por meio da educação.

Agradeço ao meu orientador, Professor Me. Ipojucan Demétrius Vecchi, cuja inteligência me inspira, por toda compreensão, solicitude e paciência durante a elaboração do presente trabalho.

Agradeço também, a todos os professores e professoras que de boa vontade, dispuseram-se a compartilhar conhecimento ao longo da trajetória acadêmica, despertando em mim a paixão pelo direito.

“Expor aos oprimidos a verdade sobre a situação é abrir-lhes o caminho da revolução”

Leon Trotsky

RESUMO

O presente trabalho fez uma análise, à luz dos direitos fundamentais garantidos na Constituição de 1988, bem como dos princípios norteadores do direito, acerca da terceirização. O estudo se deu por meio das elucidações doutrinárias sobre o tema, possibilitando conhecer sua gênese e incorporação ao universo do direito do trabalho, atendo-se ao campo às relações privadas, bem como sua aceção na legislação. Justifica sua importância tendo em vista o advento da lei 13.429/17, que alarga a possibilidade de terceirização, ocasionando a inobservância e até mesmo o decréscimo de alguns direitos destinados ao trabalhador. Isso tudo corrobora com a tese de que a terceirização é um instrumento pelo qual se observa a precarização das relações laborais, demonstrada por meio dos índices trazidos no último capítulo. Mostrou-se, secundariamente, que a lei 13.429/17 foi aprovada em momento de efervescência, devido crise na estrutura governamental, onde o Estado cancelou o desmonte de vários direitos pertinentes ao trabalhador.

Palavras- chave: direitos fundamentais de 2ª dimensão; modelos de produção; precarização; terceirização;

ABSTRACT

In the light of the fundamental rights guaranteed in the 1988 Constitution, as well as of the guiding principles of law, this paper analyzes the outsourcing process. The study was carried out through the doctrinal elucidations on the subject, making it possible to know its genesis and incorporation into the universe of labor law, attending to the field to private relations, as well as its meaning in the legislation. It justifies its importance in view of the advent of Law 13.429 / 17, which extends the possibility of outsourcing, leading to non-observance and even the decrease of some rights for the worker. This all corroborates with the thesis that outsourcing is an instrument by which the precariousness of labor relations can be observed, demonstrated through the indices brought in the last chapter. Secondly, it was shown that Law 13.429 / 17 was approved at a time of effervescence, due to a crisis in the governmental structure, where the State has chanced the dismantling of several rights pertaining to the worker.

Key words: fundamental rights of 2nd dimension; production models; precariousness; outsourcing;

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	9
2 A PROTEÇÃO DO TRABALHO E DO TRABALHADOR	12
2.1 Direitos Fundamentais.....	12
2.2. Direitos Fundamentais de 2ª Dimensão	18
2.3 Direitos Fundamentais Concernentes aos trabalhadores	20
2.4. Eficácia dos direitos fundamentais frente aos particulares	25
2.5. Princípios Norteadores	27
a) Princípio do Mínimo Existencial e Reserva do Possível	28
b) Princípio da Vedação ao Retrocesso	30
c) Princípio da valorização do trabalho e Princípio da proteção	32
d) Princípio da igualdade.....	32
e) Princípio da função social do contrato	34
3 ABORDAGEM DA TERCEIRIZAÇÃO POR MEIO DA DOCTRINA E DAS SÚMULAS 256 E 331 DO TST	38
3.1 Modelos de produção	39
3.2. Definição de Terceirização	43
3.3 Normatização.....	45
3.3.1 Súmulas 256 e 331 do TST	46
3.4 Contexto Brasileiro	50
4 APROVAÇÃO DA LEI 13.429/17	52
a) Objeto, empresa tomadora e empresa prestadora.....	53
b) Terceirização irrestrita	54
c) Condições de trabalho	55
d) Vínculo	57
e) Contrato	57

4.2 Limites de Flexibilização	58
4.3 Precarização das relações laborais.....	63
5 CONCLUSÃO	68
6 REFERÊNCIAS.....	70

1 INTRODUÇÃO

Com o advento da lei 13.429, em 31 de maio de 2017, sancionada pelo presidente Michel Temer, foi instituído um novo marco no ramo do Direito do trabalho. A lei aprovada trouxe ao arcabouço jurídico a regulamentação, em especial, da terceirização, além de outras mudanças no que concerne o contrato de trabalho temporário, antes regulado pela Lei 6.019/74.

Trata, além do contrato de trabalho temporário, sobre a permissividade da terceirização da mão de obra na atividade econômica final, a qual se destina a produção, aquelas para qual todas as atividades meio convergem. Até então, essa situação era regulamentada por leis específicas, no âmbito federal, e pela Súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho, que permitia a terceirização da mão de obra do que se entendia por atividade-meio, ou seja, as que serviam de meio para a obtenção do produto final, atividades paralelas e acessórias.

Portanto, a escolha do tema resta justificada na importância de observar o direito do trabalho através de um prisma constitucional, de protecionismo ao trabalhador como indivíduo e, presumidamente, como elo mais fraco na relação de emprego. Eis aqui, portanto, a essencialidade de conhecer entendimentos doutrinários sobre o tema, e, a partir disso compreender o surgimento do fenômeno da terceirização e seu impacto no universo do direito do trabalho.

A aprovação da lei 13.429 foi fato amplamente divulgado na mídia brasileira, em meio a um cenário onde o neoliberalismo conquistou maior espaço. A autonomia da vontade para contratar, a promessa do aumento de vagas no mercado de trabalho e a procura por profissionais especializados serviram de argumento para os que defendiam sua aprovação. Entretanto, a preocupação constante com o prumo das leis trabalhistas em um país ameaçado pela produtividade a qualquer custo, frente a uma onda de globalização faz com que a necessidade de fiscalização seja maior.

Diante disso, buscar-se-á, por meio da presente monografia, elucidar as nuances dos direitos fundamentais que visam a proteção do trabalhador, e dos princípios que norteiam o direito do trabalho, contextualizando a terceirização, atinente à esfera privada, e o advento da lei 13.429/17, para, ao final, responder ao seguinte

questionamento: a Terceirização, serve como instrumento de precarização das relações laborais?

Com base nos dados obtidos pelo DIEESE, buscar-se-á vislumbrar o índice de precarização nas relações onde a terceirização se faz presente. Para tanto, utilizar-se-á o método procedimental monográfico hipotético dedutivo, que objetiva estudar acerca do tema mediante técnica de pesquisa bibliográfica, contando com o respaldo doutrinário, analisando, também, a lei, a jurisprudência e súmulas vinculantes.

A presente monografia se dividirá em três capítulos, expondo os elementos fundamentais para o deslinde do problema, quais sejam: a proteção do trabalho e do trabalhador; a abordagem da terceirização por meio da doutrina e das súmulas 256 e 331 do Tribunal Superior do Trabalho e; a aprovação da lei 13.429/17.

Preambularmente, no primeiro capítulo busca-se conhecer a história dos direitos fundamentais, situando sua evolução histórica por meio das dimensões que lhe foram atribuídas ao longo do tempo. Isso permite identificar onde se localizam os direitos fundamentais pertinentes ao direito do trabalho, especialmente aqueles que tem o trabalhador como destinatário. Ainda, se faz necessária a abordagem de alguns princípios norteadores que visam a notória garantia do bem estar e harmonia nas relações.

No segundo capítulo, abordar-se-á a terceirização, buscando analisar os modelos de produção a fim de identificar aquele que deu ensejo a sua incorporação, bem como, trazer as diversas concepções doutrinária, definindo-a. Após isso, adentrar-se-á o universo da legislação brasileira, situando a terceirização em leis federais e em súmulas do Tribunal Superior do Trabalho. Isso se faz fundamental, visto que é necessário conhecer sua gênese para então estudar as alterações trazidas pela lei 13.429/17.

Ainda no segundo capítulo, preambularmente ao estudo da lei 13.429/17, explanar-se-á o contexto de sua aprovação, elucidando as recentes mudanças na estrutura governamental.

O terceiro capítulo inicia tratando a lei 13.429/17, e, visa-se aqui abordar as mudanças trazidas pela lei, por meio do estudo de alguns dos seus dispositivos. Aproximando-se do mérito do trabalho, e partindo da permissa de que os direitos

fundamentais devem ser salvaguardados, abordar-se-á acerca da possibilidade de flexibilização.

Por fim, observar-se-á os índices de precarização obtidos nas relações onde havia a adoção da terceirização como forma de contratação. Ulteriormente, utilizar-se-á do estudo obtido por meio da presente monografia, para sua conclusão, analisando a perniciosidade da terceirização no universo das relações laborais.

2 A PROTEÇÃO DO TRABALHO E DO TRABALHADOR

Nesse capítulo, discorrer-se-á primeiramente acerca dos Direitos Fundamentais, buscando compreender o seu conceito de acordo com a acepção doutrinária, qual sua aplicabilidade no que tange as relações entre particulares, e por fim, desembocar nos direitos fundamentais pertinentes aos trabalhadores. Essa análise se faz necessária para que haja base e se possa identificar, posteriormente, se esses estão sendo ou não corrompidos com o advento da Lei da Terceirização na sua redação de 2017.

Contudo, como análise prévia à abordagem da terceirização, cumpre ainda tratar sobre os princípios do Mínimo Existencial, da Proibição de Retrocesso Social e da Reserva do possível. Ainda se faz necessária a abordagem de princípios específicos do universo do direito do trabalho, tais como o Princípio da Valorização do Trabalho, Princípio da Proteção, Princípio da Igualdade e por fim, princípio da função social do contrato. Discorrer sobre tais elementos se faz essencial, uma vez que eles viabilizam a construção do que se deseja tratar como tema.

2.1 Direitos Fundamentais

Os Direitos Fundamentais, também são conhecidos como Direitos do Homem, Direitos e Garantias Individuais ou ainda Direitos Fundamentais Públicos. São eles os direitos básicos individuais, sociais, políticos e jurídicos, positivados na Constituição de cada país, observando as particularidades de cada civilização. São direitos com tamanha proteção constitucional que sua alteração só pode ocorrer mediante emenda à Constituição.

São baseados nos princípios dos Direitos Humanos e não há de se confundir com tal, uma vez que esses são de alcance universal, fundamentado pelos pactos e tratados, enquanto os Direitos Fundamentais dependem das garantias fornecidas por determinado Estado aos seus cidadãos. Destarte, há de se dizer que ambos são prerrogativas inerentes ao homem, decorrentes da própria natureza humana. Acerca disso, conforme explica o doutrinador Ingo Wolfgang Sarlet (2017, p. 303):

[...] o termo 'direitos fundamentais' se aplica àqueles direitos (em geral atribuídos a pessoa humana) reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado, ao passo que a expressão 'direitos humanos' guarda relação com documentos de direito internacional, por referir-se àquelas posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal, independentemente de sua vinculação com determinada ordem constitucional, e que portanto, aspiram à validade universal, para todos os povos e em todos os lugares, de tal sorte que revelam um caráter supracional (internacional) e universal.

Para compreender sobre sua gênese, é necessário remetermo-nos ao século XVIII, conhecido como 'Século das Luzes', que se tornou o marco pela luta dos direitos humanos, tal qual sua concepção atual, evidenciando o viés modernista do homem. A criação dos Direitos Fundamentais teve por base a Declaração da Virgínia em 1777 e a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, advinda após a Revolução Francesa, que visava proteger o os direitos do homem contra o Estado. Para tanto, nela estavam elencados uma série de direitos que se dividiam em 2 partes: as liberdades e os direitos do cidadão.

Os ideais pregados pelo iluminismo, representados pelo pensamento de contratualistas como Jean Jacques Rousseau (1712-1778) e John Locke (1632-1704) também foram fundamentalmente importantes. Esse último reconheceu que o homem possuía direitos naturais e inalienáveis como a vida, liberdade, propriedade e resistência e que somente os cidadãos poderiam valer-se do direito de resistência uma vez que eram os verdadeiros sujeitos e não apenas objetos do estado. Foi em 1789 que os direitos do homem ocuparam pela primeira vez espaço na Constituição de um país, fazendo alusão a inclusão de 10 Emendas à Constituição da Filadélfia.

A importância de garantir que a Dignidade da Pessoa Humana fosse resguardada deu ensejo a formação dos Direitos Fundamentais. Primeiramente era necessário proteger o indivíduo da arbitrariedade imposta pelo Estado, com algo que lhes desse real garantia, explicando assim a necessidade de esses direitos constarem na Constituição Federal, nossa lei maior. Seguindo a mesma linha, conforme Paulo Gonet Branco (2016, p. 133):

o avanço que o Direito Constitucional apresenta hoje é resultado, em boa medida, da afirmação dos Direitos Fundamentais como núcleo da proteção da dignidade da pessoa e da visão de que a Constituição é o local adequado para positivizar as normas asseguradoras dessas pretensões. Correm paralelos no tempo, o reconhecimento da Constituição como norma suprema do ordenamento jurídico e a percepção de que os valores mais caros da existência humana merecem estar resguardados em documento jurídico com força vinculativa máxima, indene às maiorias ocasionais formadas na efervescência de momentos adversos ao respeito devido ao homem.

A criação dos Direitos Fundamentais resultou de anos de lutas e conquistas sociais, uma vez que o direito não se faz de uma hora para outra, nasce da positivação de anseios e necessidades, como uma estrutura para sanar algum óbice da sociedade, e que justifica sua função por meio de sua efetividade. De acordo com Norberto Bobbio (1992, p. 09):

nascem quando o aumento do poder do homem sobre o homem cria ameaças à liberdade do indivíduo ou permite novos remédios para as suas indigências: ameaças que são enfrentadas através de demandas de limitação de poder; remédios que são providenciados através da exigência de que o mesmo poder intervenha de modo protetor.

Importante elucidar que o termo adotado é 'dimensão' e não 'geração', pois obtém-se a partir da terminologia 'geração' a ideia de superados, de alternância, termo que contém críticas, vez que elas foram criadas de forma complementar com caráter cumulativo, de acordo com Paulo Bonavides (2006, p. 563) “os direitos fundamentais passaram na ordem institucional a manifestar-se em três gerações sucessivas, que traduzem sem dúvida um processo cumulativo e quantitativo[...]”.

Ainda no tocante ao assunto, conforme preceituam Paulo Gonet Branco e Gilmar Mendes (2016, p.136):

essa distinção de Direitos Fundamentais é estabelecida com o propósito de situar os diferentes momentos em que esses grupos de direitos surgem como reivindicações acolhidas pela ordem jurídica. Deve-se ter presente, entretanto, que falar de sucessão de gerações não significa dizer que os direitos previstos num momento tenham sido suplantados por aqueles surgidos em instante seguinte. Os direitos de cada geração persistem válidos juntamente com os de nova geração, ainda que o significado sofra influxo das concepções jurídicas e sociais prevalentes nos novos momentos.

A concepção mais difundida pela grande maioria acerca dos Direitos Fundamentais surgiu da dicotomia apresentada por Karel Vasak, Diretor da Divisão de Direitos do Homem e da Paz da UNESCO, no ano de 1979, durante uma aula no Curso do Instituto Internacional dos Direitos do Homem, em Estrasburgo, a qual intitulou de *“Pour lês droits de l’homme de La troisième génération: lês droits de solidariedadé”*¹, onde fez analogia entre as Dimensões de Direitos Fundamentais e o lema da Revolução Francesa: *“Liberté, Egalité, Fraternité”*. Essa dicotomia foi posteriormente adotada por Bobbio em alusão aos Direitos Fundamentais, salientando que as dimensões surgiram gradualmente, acompanhando a evolução da Teoria Constitucional, atreladas ao Constitucionalismo.

Para Vasak (1979), a primeira geração dizia respeito à Liberdade, uma vez que no momento de surgimento o ideal buscado era a menor intervenção do Estado em prol da autonomia privada da vontade, enquanto que a segunda identifica-se com a igualdade, pois num dado momento, era necessário que o Estado voltasse a se fazer presente assegurando o respeito à dignidade da pessoa humana e o cumprimento de requisitos impostos para que tamanha liberdade não se tornasse um óbice e gerasse uma elevada disparidade social.

Já a terceira geração muito tem a ver com o lema da fraternidade, uma vez que busca assegurar direitos que dizem respeito a toda coletividade, mas a nenhum diretamente, visa a proteção do bem comum como elemento fundamental para o desenvolvimento de um Estado saudável.

A finalidade dos direitos fundamentais, além de garantir a segurança jurídica de todas as pessoas, conforme a acepção de José Gomes Canotilho (2003, p. 393), é demonstrado pelo cumprimento de 4 funções. Primeiramente deve cumprir com a função de defesa ou de liberdade, como observa-se Direitos de 1ª Dimensão, vedando ao Poder Público o exercício de certos atos que possam lesionar os indivíduos e garantindo a liberdade subjetiva desses indivíduos, uma vez que eles podem exigir do estado essa omissão, buscando salvaguardar seus direitos.

¹“Pelos direitos do homem da terceira geração: os direitos de solidariedadé”.

Deve também obedecer à função de prestação social, promovendo o bem-estar ensejado pelos Direitos de 2ª Dimensão exigindo a intervenção estatal para suprimir eventuais desigualdades. Cumpre função de prestação social perante terceiros onde o Estado deve proteger os cidadãos das ingerências e práticas ofensivas praticadas entre particulares, essencialmente importante para o deslinde do presente trabalho, uma vez que se busca, aqui, tratar da proteção estatal do empregado frente ao empregador.

E, por fim, função de não-discriminação, que, de acordo com ele, deve abarcar todos os direitos, com fulcro no princípio da igualdade, garantindo o tratamento fundamentalmente igual, a isonomia.

Os destinatários dos direitos fundamentais são, de acordo com a Constituição Federal, os brasileiros natos e estrangeiros residentes no país, mesmo que esse último citado não possua domicílio no país.

O objeto de proteção vai desde a pessoa física até a jurídica, conforme observa Alexandre de Moraes (2017, p. 33),

o regime jurídico das liberdades públicas protege tanto as pessoas naturais, brasileiros ou estrangeiros no território nacional, como as pessoas jurídicas, pois têm direito à existência, à segurança, à propriedade, à proteção tributária e aos remédios constitucionais.

Parte fundamental para entender a estrutura legal e constitucional em que estamos inseridos é conhecer o contexto da sua criação, os Direitos fundamentais tiveram suas dimensões positivadas em momentos distintos, ao longo da história e de acordo com as necessidades oscilantes da coletividade, sendo classificados por grande maioria da doutrina, como visto, em 3 dimensões.

Os Direitos Fundamentais de 1ª Dimensão, primeiros a serem reconhecidos historicamente, podem ser encontrados na Constituição nos seus artigos 5º e 14. Tiveram como marco histórico as revoluções pertinentes ao Liberalismo burguês ao final do século XVIII. Dessa forma, nasceram com o intuito de frear a arbitrariedade por parte do Estado absolutista da época, uma vez que se fazia necessário que liberdade do indivíduo fosse enaltecida e assegurada. De acordo com Gilmar Mendes (2016, p. 156), há de se dizer que o paradigma desses direitos é do homem individualmente considerado.

Limitam a intervenção do Estado uma vez que tratam da liberdade civil e da autonomia privada. Muitos doutrinadores classificam essa dimensão como de cunho negativo no que diz respeito a inércia esperada pelo Estado, criando obrigações de não-fazer, conforme salientam Paulo Vicente e Marcelo Alexandrino (2012, p. 102): “por serem repressores do poder estatal, os direitos fundamentais de primeira geração são reconhecidos como direitos negativos, liberdades negativas ou direitos de defesa do indivíduo frente ao Estado”.

São direitos de resistência ou oposição, englobam a vida, a liberdade e seu leque (de expressão, de imprensa, de manifestação, de reunião, de associação etc.), direito à propriedade e direitos que de certa forma tem correlação com a democracia (participação política, tais como o direito de voto e a capacidade eleitoral passiva). No entanto, a mutabilidade da sociedade no decorrer da época exigiu que fossem criadas mais gerações para complementar essa primeira. Surge assim a positivação dos direitos fundamentais de 2ª dimensão e 3ª dimensão.

Cabe uma abordagem rápida aos direitos fundamentais de 3ª dimensão, antes de esmiuçar-se os de 2ª dimensão. São de 3ª dimensão aqueles direitos vinculados à Fraternidade ou Solidariedade, conforme analogia com a Revolução Francesa, são Direitos Transindividuais, ou seja, alteram a esfera individual.

Visa-se proteger o direito de grupos e povos, são direitos coletivos, difusos, utilizados por uma pluralidade de pessoas que possuem determinadas coisas indivisíveis como o meio ambiente, centros históricos e etc. Sobre isso, Ingo Sarlet (2002, p. 53). observa:

trazem como nota distintiva o fato de se desprenderem, em princípio, da figura do home-indivíduo como seu titular, destinando-se a proteção de grupos humanos, família, povo, nação e, caracterizando-se, conseqüentemente como direitos de titularidade coletiva ou difusa.

Não há quota parte pois são indivisíveis e afetam toda a coletividade. Exigem, portanto, como preceitua Ingo Sarlet, esforços em escala até mesmo mundial para que se garanta sua efetividade.

Conforme o pensamento de grande maioria dos autores, assim como de Karel Vasak, os direitos fundamentais são divididos em três dimensões, entretanto, notável

é a defesa por parte de outros autores que acreditam e atentam para a possibilidade de uma quarta e até quinta dimensão de Direitos Fundamentais, dado ao fato de que habita-se um mundo globalizado e a segurança por meio da proteção constitucional se faz extremamente necessária, devendo a constituição vigente acompanhar o desenvolvimento da sociedade e adaptar-se aos mais diversos cenários.

2.2. Direitos Fundamentais de 2ª Dimensão

Após a criação da primeira geração de Direitos Fundamentais, nota-se pelo contexto histórico da época que havia um novo obstáculo a ser vencido, a liberdade fundamentada muitas vezes na autonomia privada da vontade, impulsionou o progresso da industrialização, o que acabou gerando desconfortos e um certo desnivelamento social. O destinatário privilegiado à época do liberalismo era, notavelmente, a classe burguesa, que se valia dessa ampla liberdade para explorar a classe proletária, abandonada a própria sorte.

O Estado liberal que se constituiu no século XVII falhou no sentido de criar uma situação de intensa desigualdade, a intervenção mínima tornava o Estado indiferente aos problemas sociais gerados na época, para sanar essa desigualdade era preciso que se criasse uma dimensão de direitos fundamentais que visasse proteger as minorias exploradas e reestabelecer alguns valores essenciais para a vida digna do cidadão.

Dessa vez, as prestações do Estado tinham cunho positivo, o Estado se livrou da postura *laissez faire et laissez passer*² e começou a intervir para garantir o mínimo existencial ao cidadão, garantir a igualdade e o bem-estar social, de acordo com Gilmar Mendes (2007, p. 223):

:

o ideal absenteísta do Estado liberal não respondia, satisfatoriamente, às exigências do momento. Uma nova compreensão do relacionamento Estado/sociedade levou os poderes públicos a assumir o dever de operar

2 Deixai fazer, deixai passar (expressão que simboliza o liberalismo econômico)

para que a sociedade lograsse superar as suas angústias estruturais. Daí o progressivo estabelecimento pelos Estados de seguros sociais variados, importando intervenção intensa na vida econômica e a orientação das ações estatais por objetivos de justiça social.

Ao final do século XIX surgiram os Direitos Fundamentais de Segunda Dimensão. Destarte dizer que, além da necessidade de assistência estatal, foram impulsionados pela proteção ao trabalho, com forte embasamento na ideologia marxista, firmada por Karl Marx e Friedrich Engels. O Estado Social, conforme intitulado a época, devia assegurar ao indivíduo direito a prestações sociais, tais como prestações de assistência social, saúde, educação, trabalho além de outras, conforme cita Ingo Sarlet (2017, p.395):

ainda na esfera dos direitos da assim chamada segunda dimensão, há que atentar para a circunstância de que tal dimensão não engloba apenas direitos de cunho positivo, mas também as assim denominadas “liberdades sociais” ,como bem mostramos exemplos: da liberdade de sindicalização, do direito de greve, bem como o reconhecimento de direitos fundamentais aos trabalhadores, tais como o direito a férias e ao repouso semanal remunerado, a garantia de uma salário mínimo, a limitação da jornada de trabalho, apenas para citar alguns dos mais representativos.

Nesse contexto, a isonomia fora relativizada, uma vez que não haveria maneira de tratar como iguais determinados indivíduos em patamares diferentes, como é o caso do empregado e empregador na relação de trabalho subordinada. Notável é a relação de hierarquia de poder, onde um se apresenta como, presumidamente, hipossuficiente.

Era necessário ao Estado ater-se a explanação de Aristóteles sobre o assunto, “Devemos tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida de sua desigualdade”. Acerca disso, Nagib Slaibi Filho (2009, p. 315) comenta que “a aplicação do princípio de isonomia depende visceralmente do caso concreto [...] e dos elementos que possam indicar, a cada momento, se houve, ou não, malferimento do comando constitucional”. São direitos que para sua aplicação, dispendem muito dinheiro dos cofres públicos, ficando atrelados a máxima da *reserva do possível*³ (Vrbehalt des Möglichen).

3 Decisão do Tribunal Federal Constitucional da Alemanha, (só existem direitos sociais quando existe dinheiro nos cofres do Estado).

O Princípio da Reserva do Possível constitui a ideia de que a observância dos direitos fundamentais deve ocorrer dentro do limite orçamentário do Estado. Para que se possa buscar a efetivação de um direito fundamental, principalmente os que dizem respeito às prestações sociais, diante da escassez de recursos, devem ser priorizados os que buscam garantir a vida digna do ser humano, correspondentes ao mínimo existencial, previsto na Constituição Federal.

O ideal do Estado Social é algo a ser buscado ainda nos dias de hoje, mesmo que, lograda a positivação dos Direitos Fundamentais que lhe são pertinentes, sua efetivação ainda não é plena, como será visto a seguir.

2.3 Direitos Fundamentais Concernentes aos trabalhadores

A valorização do trabalho é altamente estimada, mas não há de se dizer que sua proteção ocorreu de maneira célere, isso se deu de forma lenta e gradual. Seguem sendo anos de luta buscando observar limites mínimos para que o progresso econômico não ocorra a qualquer custo e principalmente, tentando não ferir garantias do trabalhador e a dignidade da pessoa humana. Essas integram um mesmo núcleo, e ainda indicam forte conexão com outros direitos fundamentais. De acordo com Ingo Sarlet (2017, p. 658), “reforçando a tese de interdependência e indivisibilidade dos direitos fundamentais”.

De acordo com Marcelo Papaléo de Souza (2015, p. 69):

o trabalho representa um prolongamento da própria personalidade do indivíduo, projetando-se no grupo social, devendo ser assegurado à sobrevivência, à liberdade, à autoafirmação e à dignidade. Os Direitos Sociais, previstos na Constituição Federal, visam à saúde, ao trabalho, ao lazer, à segurança, à previdência social, à assistência dos trabalhadores, à proteção à maternidade, à infância e à moradia.

Além disso, Nagib Slaibi Filho (2009, p. 129) descreve assim sendo “como fator social de produção, o trabalho passa a fundamentar a ordem econômica, da mesma forma que a livre iniciativa, como elemento impulsionador da organização da produção”.

No âmbito internacional o Direito do Trabalho se encontra protegido pela Declaração Universal dos Direitos Humanos, mais precisamente nos artigos XXIII e XXIV. O primeiro trata acerca da livre escolha do emprego, suas condições justas e favoráveis e acerca da organização sindical, enquanto que o segundo versava sobre a limitação do horário de trabalho e o direito às férias.

Os pactos internacionais de direitos humanos de 1966, precisamente o Pacto Internacional dos Direitos Sociais Econômicos e Sociais, ratificado pelo Brasil em 1992, traz também, no seu artigo 7º e suas alíneas, a proteção ao trabalho no âmbito internacional:

Artigo 7º. Os Estados Partes no presente Pacto reconhecem o direito de todas as pessoas de gozar de condições de trabalho justas e favoráveis, que assegurem em especial:

- a) Uma remuneração que proporcione, no mínimo, a todos os trabalhadores;
 - I) Um salário equitativo e uma remuneração igual para um trabalho de valor igual, sem nenhuma distinção, devendo, em particular, às mulheres ser garantidas condições de trabalho não inferiores àsquelas de que beneficiam os homens, com remuneração igual para trabalho igual;
 - II) Uma existência decente para eles próprios e para as suas famílias, em conformidade com as disposições do presente Pacto;
- b) Condições de trabalho seguras e higiênicas;
- c) Iguais oportunidades para todos de promoção no seu trabalho a categoria superior apropriada, sujeito a nenhuma outra consideração além da antiguidade de serviço e da aptidão individual;
- d) Repouso, lazer e limitação razoável das horas de trabalho e férias periódicas pagas, bem como remuneração nos dias de feriados públicos.

Conforme o artigo 2º do pacto prevê a adoção de medidas, por esforço próprio ou pela cooperação internacional "que visem a assegurar, progressivamente, por todos os meios apropriados, o pleno exercício dos direitos reconhecidos no presente Pacto". Determina a responsabilização dos Estados signatários em caso de violação de dos direitos estipulados.

De inestimável importância também a Organização Internacional do Trabalho, que atua em nível internacional, visto que realiza o controle normativo dos atos internos e versa sobre a aplicabilidade de convenções pelos Estados estes que aderiram.

O surgimento dos Direitos Fundamentais de 2ª Dimensão ocorreu ao final do século XIX deu ensejo a maioria dos direitos que valorizam o trabalho e o trabalhador. Os direitos sociais buscavam assegurar necessidades que pudessem conservar a igualdade entre os indivíduos como coletividade politicamente organizada.

O respeito a individualidade conquistado a partir dos direitos de primeira dimensão dava lugar a busca pela igualdade, e essa reivindicação não se limitava apenas aos direitos políticos, ela perpassava às condições sociais da vida individual. Não era mera questão de abolir os privilégios, o que deveria acontecer era a supressão das barreiras de classe.

Dentro da Constituição Federal de 1988, o rol que serve de coluna vertebral dos Direitos Fundamentais concernentes aos trabalhadores encontra-se no art. 7º.

Destacam-se, dentre outros direitos: a proteção contra despedida arbitrária (I); fixação de salário-mínimo unificado que atenda às necessidades básicas (IV); seguro desemprego, fundo de garantia e piso salarial (II, III, V); irredutibilidade de salário e proteção desse (VI, X); décimo terceiro salário e participação nos lucros (VIII, XI); limite das horas diárias de trabalho, repouso semanal e gozo de férias (XIII, XV, XVII); licença gestante e paternidade (XVIII, XIX); proteção da mulher (XX); adicional por atividades penosas e aposentadoria (XXIII, XXIV); proteção em face da automação, na forma da lei (XXVII); proibição de diferença de salário e discriminação (XXX, XXXI); seguro contra acidentes de trabalho (XXVIII); proibição do trabalho do menor de idade, salvo na condição de aprendiz (XXXIII); dentre outros.

O direito fundamental ao trabalho demonstra ainda, sua clarividente importância em diversos textos normativos, podendo ser encontrado na Constituição, além do artigo 7º, que versa sobre os direitos e garantias dos trabalhadores, no *caput* do artigo 6º, mostrando vínculo também com o artigo 8º acerca da liberdade sindical, bem como no *caput* do Art. 1º, II, da Constituição Federal, responsabilizando o Estado pela justiça social, como pode-se observar:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...]

IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; [...]

Cumpramos ressaltar que a proteção ao Direito do Trabalho, tendo com destinatário dos direitos o empregado, já fora ensaiado muito antes da Constituição de 1988, a Constituição de 1934 já previa algumas garantias, mas conforme Ingo Sarlet (2017, p.657) é “a CF de 1988 que traz os direitos dos trabalhadores à luz dos Direitos Fundamentais, de forma inovadora, consolidando a intensidade de proteção do trabalhador, por norma vinculativa de força máxima”. Ainda conforme o autor:

[...] destacando-se os diversos direitos dos trabalhadores enunciados nos arts.7º ao 11º, que constituem um conjunto de direitos e garantias que concretizam o direito geral ao trabalho e a proteção ao trabalhador(contemplado no art. 6º, em condição de igualdade em relação aos demais direitos sociais), especialmente no sentido de imposição dos deveres de promoção e proteção do trabalho e dos trabalhadores, além de uma série de garantias específicas.(SARLET, 2017, p.596).

Na sua gênese de proteção, observava-se, ao passo que a luta do liberalismo se cunhava no discurso de Adam Smith, que justificava o capitalismo execrante da época pela máxima da seleção natural, posta por Darwin, evidenciando que somente as empresas mais fortes continuariam a reinar, o Estado social tinha por base o ideário de Karl Marx e de Friedrich Engels que idealizavam um Estado contrário ao que existia na época, ensejando a luta dos oprimidos e explorados pela indústria capitalista.

Se fazia notório o desejo da parcela capitalista da sociedade liberal: a produtividade deveria se dar a qualquer custo, a proteção ao trabalhador era negligenciada em função de um Estado Mínimo. Tal situação só trouxe privilégios à burguesia, que podia contratar mão-de-obra barata e explorar seus recursos ilimitadamente, colocando em risco a dignidade e saúde do empregado.

Era a época da exploração do homem pelo homem. A classe operária fora abandonada à própria sorte, teve seus direitos aniquilados com a falsa promessa de que, se trabalhasse duro, atingiria o mesmo patamar social de seus empregadores. Promessa essa impossível de se concretizar, uma vez que a burguesia era detentora dos meios de produção, sendo o operário explorado até o limite de suas forças, ou seja, a burguesia enriquecia ao passo que o proletariado empobrecia visivelmente.

Para que a sociedade atingisse um certo grau de igualdade, se fez necessário que o Estado voltasse a intervir, uma vez que é quem deve assegurar as garantias das minorias. Para Karl Marx (2014), um ideal um tanto quanto utópico era a

possibilidade de que se criasse uma sociedade com tanta harmonia e justiça social, que o Estado não precisaria mais existir, pois perderia sua função.

A intensificação das ideias de Karl Marx serviu como catapulta para que a classe operária viesse a compreender que eles detinham a força de trabalho, que ao mínimo sinal de sua parada, a produção parava, afinal, conforme ele, por meio da obra *Manifesto do Partido Comunista*, “a história de todas as sociedades existentes até hoje, é a história de lutas de classes”. (2014, p. 107)

Suas ideias serviram de base para a criação da Constituição Mexicana e de Weimar, que trouxeram primeiramente os direitos sociais. A respeito da Constituição Mexicana, descreve a Fábio Konder Comparato (2008, p. 181):

a Carta Política mexicana de 1917 foi a primeira a atribuir aos direitos trabalhistas a qualidade de direitos fundamentais, juntamente com as liberdades individuais e os direitos políticos. A importância desse precedente histórico deve ser salientada, pois na Europa a consciência de que os direitos humanos têm também uma dimensão social só veio a se afirmar após a grande guerra de 1914-1918; e nos Estados Unidos, a extensão dos direitos humanos ao campo socioeconômico ainda é largamente contestada.

Fica evidenciado a importância, principalmente, da segunda dimensão de direitos fundamentais como forma de regência e observância da proteção do trabalhador no âmbito do direito do trabalho, merecendo especial atenção. Proteger o trabalho significa proteger o próprio indivíduo de eventuais arbitrariedades impostas tanto pelo Estado como por particulares. Conforme discorre Norberto Bobbio (2004, p. 43-44):

o direito ao trabalho nasceu com a Revolução Industrial e é estritamente ligado à sua consecução. Quanto a este direito, não basta fundamentá-lo ou proclamá-lo. Nem tampouco basta protegê-lo. O problema de sua realização não é nem filosófico nem moral. Mas tampouco é um problema jurídico. É um problema cuja solução depende de um certo desenvolvimento da sociedade e, como tal, desafia até mesmo a Constituição mais evoluída e põe em crise até mesmo o mais perfeito mecanismo de garantia jurídica.

Lograda a explanação acerca dos direitos fundamentais e daqueles pertinentes aos trabalhadores, a questão que se cria é diante da forma de exercício e aplicação

ao caso concreto quando há lesão a algum direito fundamental ao indivíduo, para tanto, cumpre-se falar sobre sua efetivação.

2.4. Eficácia dos direitos fundamentais frente aos particulares

O direito contemporâneo instaurou um novo pensamento no arcabouço jurídico, as relações comumente oscilantes já constavam na seara dos direitos fundamentais, mas após a sua criação, era necessário buscar formas de garantir sua eficácia, como já advertia Norberto Bobbio: “o problema grave de nosso tempo, com relação aos direitos do homem, não era mais o de fundamentá-los, e sim o de protegê-los”. O autor continua afirmando que:

com efeito, o problema que temos diante de nós não é filosófico, mas jurídico e, num sentido mais amplo, político. Não se trata de saber quais e quantos são esses direitos, qual é sua natureza e seu fundamento, se são direitos naturais ou históricos, absolutos ou relativos, mas sim qual é o modo mais seguro para garanti-los, para impedir que, apesar das solenes declarações, eles sejam continuamente violados (BOBBIO, 2004, p. 17).

Uma norma ou princípio só tem relevância se existirem meios para sua aplicabilidade e executoriedade no mundo dos fatos. A expressão meramente formal não serve de garantia, sobre isso, José Afonso da Silva (2004, p. 06) discorre:

uma norma só é aplicável na medida em que é eficaz. Por conseguinte, eficácia e aplicabilidade das normas constitucionais constituem fenômenos conexos, aspectos talvez do mesmo fenômeno, encarados por prismas diferentes: aquela como potencialidade, esta como realizabilidade, praticidade. Se a norma não dispõe de todos os requisitos para sua aplicação aos casos concretos, falta-lhe eficácia, não dispõe de aplicabilidade. Esta se revela, assim como possibilidade de aplicação. Para que haja essa possibilidade, a norma há que ser capaz de produzir efeitos jurídicos.

Quando se fala em eficácia dos direitos fundamentais é importante salutar, conforme aceção de Ipojucan Demétrius Vecchi (2014, p. 236):

significa que esses direitos são passíveis de serem invocados, bem como de serem aplicados em determinada situação. Portanto, quando é afirmada a eficácia dos direitos fundamentais, no presente contexto, isso quer dizer que esses direitos geram posições passivas (obrigações, deveres) frente a determinados entes, que estão obrigados, vinculados, por esses direitos.

Haja vista essa necessidade de proteção, é necessário identificar quem são os sujeitos. No caso da eficácia vertical, considerando que os destinatários dos direitos são os brasileiros natos e naturalizados (pessoas físicas), as pessoas jurídicas de direito público e de direito privado estrangeiros, residentes ou não no país, conforme o artigo 5º da Constituição, os comumente chamados de particulares. Há de se presumir que o antagonico, destinatário das obrigações é o Estado. Vislumbra-se assim uma posição hierarquicamente verticalizada, tendo o Estado no topo e os particulares abaixo.

Entretanto, se tratando de diversos direitos fundamentais, principalmente aqueles ligados ao trabalho, levando-se em conta a relação de poder estabelecida, o Estado deixa de ser o inimigo, os particulares são os sujeitos de direitos e de obrigações. Chamada eficácia horizontal, a ideia de hierarquia, como visto na eficácia vertical, deixa de existir. Se encontram aqui direitos oponíveis erga omnes, ou seja, contra todos, regula-se as relações entre particulares num mesmo grau de igualdade.

Tendo como parâmetro as relações privadas, ou seja, a eficácia horizontal dos direitos fundamentais, há de se falar ainda sobre sua aplicabilidade. A doutrina se divide em três posições: primeiramente cumpre falar da eficácia imediata ou direta.

De acordo com essa aceção, quando um indivíduo tem algum direito violado, pode recorrer diretamente à proteção constitucional, sem precisar se valer de outras legislações, utilizando a Constituição de forma primária e justificadora. Enquanto isso, a eficácia mediata ou indireta, busca primeiramente amparo na legislação infraconstitucional, nas normas de direito privado, por reconhecer os indivíduos como iguais na hora de pactuar.

Considerando a dupla dimensão dos direitos fundamentais, primeiramente objetiva no plano abstrato, definido pelo Estado no que concerne as normas inseridas no ordenamento jurídico e transportadas ao plano material por meio da dimensão subjetiva de qual todo indivíduo é dotado, podendo exercer suas prerrogativas ou não, a eficácia só seria concreta se houvesse um juízo de ponderação do caso concreto, valendo-se de uma teoria intermediária, como é a teoria da eficácia ilimitada ponderada, defendida por autores como Ipojucan Vecchi (2014, p. 246) “[...] a eficácia imediata/direta ponderada dos direitos fundamentais nas relações privadas parece ser a melhor solução”.

Conforme essa ponderação se fará possível uma decisão mais justa, tendo em vista que os direitos fundamentais nas relações entre particulares estão presentes nos dois polos, e ainda a existência da autodeterminação e da autonomia da vontade, que se constitui num direito fundamental. Se faz possível assim, mediante um balanceamento, saber qual a relação de poder estabelecida e ao final, qual direito prevalecerá.

Nas relações de trabalho estabelecidas entre particulares, conhecendo os direitos fundamentais concernentes ao trabalhador, sendo esse o sujeito mais fraco considerando a relação hierárquica de poder, é possível identificar que o uso da eficácia imediata direta ponderada é o adequado, uma vez que colidem, muitas vezes, com os direitos que não podem ter o mesmo tratamento pois não estão no mesmo patamar. É o caso da valorização da dignidade da pessoa humana em detrimento da autonomia da vontade.

2.5. Princípios Norteadores

Não obstante a proteção constitucional, para a efetiva tutela por parte do Estado, é necessário observar alguns limites dentro dos quais se faz possível ao indivíduo uma vida mais digna, no que se refere às obrigações prestacionais, garantindo que a sua dignidade permaneça protegida e que ele obtenha os requisitos mínimos para o desenvolvimento da atividade laboral.

Com base nessa explanação, é pertinente abordar detalhadamente alguns princípios onde se faz possível o desenvolvimento de uma atividade laboral, primando

pela dignidade da pessoa humana. Observa-se para tanto, as definições de mínimo existencial e reserva do possível e da vedação do retrocesso social. Ademais, há de se falar dos princípios específicos das relações de trabalho, como o princípio da valorização do trabalho; princípio da proteção; princípio da igualdade e; princípio da justiça contratual.

a) Princípio do Mínimo Existencial e Reserva do Possível

No centro de proteção ao ser humano, encontra-se a Dignidade da Pessoa Humana como instituto jurídico dotado de prerrogativas e direitos, que, junto com a liberdade e a igualdade compõem o fundamento da República Federativa do Brasil (art. 1º, III, da CF/88) e da democracia tal qual como se conhece. Foi transformada em princípio pelo Poder Constituinte e serve de norte para todas as normas, tem valor supraconstitucional, emerge sobre os demais e a partir daí que todos os Direitos Fundamentais emanam.

Aparece também na Declaração Universal dos Direitos dos Humanos e dos Cidadãos (1789) no seu artigo, 1º que “todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotadas de razão e consciência e devem agir em relação umas às outras com espírito de fraternidade”.

Proteger a dignidade humana é um ideal que serve de base para todo nosso arcabouço jurídico, sua importância é tamanha que pode-se entender por meio das teorias de Immanuel Kant, um dos pensadores mais radicais da modernidade seu real valor. Para Kant, no livro *Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos*, a dignidade seria o valor de que se reveste tudo o que não tem preço, tudo que não é passível de substituição por nada equivalente. O que tem preço pode ser relativizado e substituído, o que tem valor não.

Entretanto, para que o Princípio da Dignidade Humana ultrapassasse o plano abstrato e pudesse ser efetivamente respeitado no plano material, foi preciso reconhecer a necessidade de tutela do Poder público.

Era preciso que se dispensasse prestações materiais básicas a seus contribuintes, sem as quais o ideal de dignidade não seria alcançado. Partindo desse pressuposto desenvolveu-se o que se pode chamar de Mínimo Existencial.

O Princípio do Mínimo Existencial ampara e complementa a Teoria dos Direitos Fundamentais, serve também como fundamento em determinados casos processuais e decisões judiciais. O mínimo existencial se traduz num paradigma, por meio do qual se pode ter noção de quais são os limites em que uma pessoa pode subsistir mesmo com todas as intempéries que lhe são impostas, resguardando, entretanto, sua dignidade como ser humano, sua liberdade e participação.

O Mínimo Existencial guarda relação com as Constituições Alemãs e com o entendimento de Robert Alexy, doutrinador alemão. Conforme o autor, para que seja respeitada a dignidade humana, deve-se usar a técnica da ponderação observando assim o mínimo existencial, que não deve limitar-se a garantir unicamente a sobrevivência do indivíduo, deve garantir uma vida livre e participativa (ALEXY, 2007, p. 187).

Para que um indivíduo pudesse desenvolver sua capacidade de produção no trabalho, primeiramente ele devia ter suas necessidades básicas supridas, de acordo com Karl Marx e Friedrich Engels (1987, p. 39):

o primeiro pressuposto de toda a existência humana e, portanto, de toda a história, é que os homens devem estar em condições de viver para poder fazer história. Mas, para viver, é preciso antes de tudo, comer, beber, ter habitação, vestir-se e algumas coisas mais. O primeiro ato histórico é, portanto, a produção dos meios que permitam a satisfação destas necessidades, a produção da própria vida material, e de fato este é um fato histórico, uma condição fundamental de toda a história, que ainda hoje, como há milhões de anos, deve ser cumprido todos os dias e todas as horas, simplesmente para manter homens vivos.

São limites definidos onde não há espaço para o retrocesso. São condições materiais de existência humana digna que não estão sujeitas a intervenção do Estado, essa dar-se-á apenas como prestação positiva.

Vislumbra-se assim uma prestação sui generis, uma vez que necessita da abstenção e não intervenção do Estado em determinados casos, como quando diz respeito a liberdade de ir e vir, e necessita da tutela do Estado em outros casos, valendo-se de prestações positivas, como para a efetivação dos direitos sociais de

segunda dimensão. Há de se falar em caráter subsidiário para as prestações positivas, pois só quando o indivíduo não consegue obter de nenhuma forma tais condições indispensáveis a sobrevivência, o Estado deve buscar meios de lhe proporcionar.

Nessa perspectiva, haja vista sua constituição amplamente prestacional, essa é uma operação que precisa de amparo do Poder Público, uma vez que dispensa uma quantia significativa de dinheiro do orçamento estatal.

É evidente que o Estado não conta com grande quantia monetária a disposição, tanto pela falta de planejamento quanto pelos inúmeros desvios ligados a corrupção, já restringindo apenas ao que o mínimo existencial abarca, a segunda restrição vem da chamada “Reserva do Possível”, deixando a concretização dos Direitos Sociais ainda mais suscetível.

A máxima da Reserva do Possível originou-se de um julgamento do Tribunal Federal da Alemanha de 1972 conhecido como “Numerus Clausus”, onde fora discutido o acesso ao curso superior de medicina e leis estaduais que determinavam o acesso a curso superior como fundamental. Num juízo de ponderação ficou decidido que o Estado não tinha condições de assegurar a todos os indivíduos que cursassem medicina, que o acesso a curso superior deveria ocorrer dentro os limites orçamentários do Estado. Entretanto essa decisão faria relação com a coerência e não tanto com a esgotabilidade de recursos como ocorre em países subdesenvolvidos.

A partir desse entendimento, quando um direito fundamental respaldado pelo mínimo existencial estivesse sofrendo ameaça de supressão, a reserva do possível nortearia a forma como o Estado deve lidar com esse impasse.

Não obstante, deve-se lembrar que o Estado não pode se escusar da efetivação de todos os Direitos que garante na Constituição Federal, entretanto, em épocas de escassez de recursos, deve optar pela efetivação daqueles que são mais importantes *prima facie*, dentro dos limites orçamentários e da reserva do possível.

b) Princípio da Vedação ao Retrocesso

Observa-se por meio de garantias como o Mínimo Existencial e a Reserva do Possível que o Estado preza pela concretização dos Direitos Fundamentais, uma vez que assim, hodiernamente, o desenvolvimento social e econômico coexistiriam, visando a qualidade de vida e o progresso de todos os indivíduos, sem lesar a dignidade e os cofres públicos.

Importante elucidar a categorização do Princípio da Vedação ao Retrocesso de acordo com Ingo Sarlet, que, conforme exposto na revista eletrônica intitulada *O Estado Social de Direito, a Proibição de Retrocesso e a Garantia Fundamental da Propriedade*, o entende como norma implícita na Constituição Federal de 1988, decorrendo do Estado Democrático e Social de Direito tendo como pilar a segurança jurídica, a máxima eficácia e efetividade dos direitos fundamentais e a dignidade humana.

No tocante aos direitos fundamentais, observa-se a sucessividade através de suas dimensões. Elas são criadas como forma de estrutura para sanar as necessidades dos indivíduos a sua época. Servem de forma complementar e não permitem descumprimentos. Caso o Princípio da Vedação ao Retrocesso não fosse observado, o estado de caos reinaria e direitos que ora foram fundamentais, poderiam ser relativizados, abrindo espaço para uma retrocedência sem precedentes.

O Princípio da Vedação ao retrocesso garante segurança jurídica em épocas de crise e de governos totalitários. Tudo que já foi positivado é resultado de algo que já fora alguma lacuna na sociedade, relativizar normas de tamanha importância poderia gerar desconforto na população, uma vez que, como elo mais fraco, ver garantias serem suprimidas não traz segurança alguma. Conforme Joaquim José Gomes Canotilho (2003, p. 338-339):

[...] quer dizer-se que os direitos sociais e econômicos (ex.: direito dos trabalhadores, direito à assistência, direito à educação), uma vez obtido um determinado grau de realização, passam a constituir, simultaneamente, uma garantia institucional e um direito subjectivo. A 'proibição de retrocesso social' nada pode fazer contra as recessões e crises econômicas (reversibilidade fática), mas o princípio em análise limita a reversibilidade dos direitos adquiridos (ex.: segurança social, subsídio de desemprego, prestações de saúde), em clara violação do princípio da proteção da confiança e da segurança dos cidadãos no âmbito econômico, social e cultural, e do núcleo essencial da existência mínima inerente ao respeito pela dignidade da pessoa humana

Diante disso, não se pode permitir, num Estado Social e Democrático, o surgimento de normas infraconstitucionais ou emendas constitucionais que visem a supressão ou diminuição de direitos já conquistados.

c) Princípio da valorização do trabalho e Princípio da proteção

A valorização do trabalho se coloca num prisma essencial ao ser positivada como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito na Constituição de 1988, no inciso IV do artigo 1º “os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa”, devendo abranger além do trabalho subordinado o autônomo.

A importância da valorização do trabalho faz alusão ao ideal de que o trabalho não deve ser coisificado, vez que quem o executa é um indivíduo dotado de dignidade.

Considerando ainda, a relação de poder estabelecida entre empregador e empregado, a hipossuficiência do trabalhador é facilmente presumida. Sendo assim, o princípio da proteção surge para regular a relação de trabalho, onde o Estado deve interferir visando a proteção do elo mais fracos das arbitrariedades em que o empregador pode incorrer.

Busca-se, a partir do princípio da proteção, equilibrar a desigualdade econômica e de poder existente entre empregado e empregador dando maior proteção ao primeiro, em decorrência de sua hipossuficiência fática

d) Princípio da igualdade

O princípio da igualdade, a qual deve-se ater o legislador diz respeito a uma interpretação de liberdade voltada para a concepção de Aristóteles, tratando os iguais como iguais e desigualmente os desiguais, observando, no entanto, a medida de sua desigualdade. Essa interpretação foi avaliada pelo socialismo, conforme Amauri Mascaro Nascimento (2011, p. 401):

o socialismo avaliou a igualdade sob o prisma da propriedade privada e da distribuição de riquezas, dando a cada um segundo a sua necessidade, para favorecimento dos economicamente fracos, e o constitucionalismo alemão do período de Weimar mostrou que não basta a igualdade como questão entre o Estado e o cidadão, sem que se efetive como princípio de atribuição de oportunidades e capaz de oferecer condições de vida, optando por uma igualdade igualitarista e econômica, uma questão também de distribuição de bens e de rendas planejada pelo Estado, uma concepção de igualdade material e não apenas formal, uma igualdade que tem como destinatário não apenas o aplicador da lei, como na teoria da liberdade formal, mas também o legislador e uma proteção não apenas do cidadão perante o Estado, daí por diante ficando claro o bidimensionalíssimo da igualdade, em seus dois aspectos, o formal e o material. Nas relações laborais a desigualdade entre os sujeitos é presumida pela relação de poder estabelecida entre o empregador e o trabalhador.

Deve o legislador, portanto, observar a relação de poder estabelecida para que possa considerar as variáveis. O princípio isonomia salarial é algo a ser observado também, trata dele a Declaração Mundial dos Direitos Humanos e tem suporte na Organização Internacional do Trabalho, conforme trata o mesmo autor:

Constituição da Organização Internacional do Trabalho (1919), art. 41, ou seja, o “princípio do salário igual, sem distinção de sexo, para trabalho de igual valor”. Para a Declaração Universal dos Direitos do Homem (1948), “todo homem tem direito a igual remuneração por igual trabalho”. Na mesma diretriz, a OIT aprovou a Convenção n. 100 (1951) sobre salário igual para trabalho de igual valor entre o homem e a mulher. (NASCIMENTO, 2011, p. 403).

A importância de garantir condições de trabalho igual para todos, sem distinção de raça, sexo, origem social, é fundada na assertiva de que todos os homens nascem iguais em dignidade e direito. Sendo todos os homens iguais em direitos e dignidade, a não-discriminação é um direito fundamental de todos os trabalhadores, conforme explana Amauri Mascaro Nascimento (2011, p. 404):

o direito de não ser discriminado é um dos principais direitos fundamentais do trabalhador. Discriminação é toda distinção, exclusão ou preferência fundada na raça, cor, sexo, religião, estado civil, opinião política, origem social ou nacional que tenha por finalidade anular a igualdade de oportunidades, de tratamento e de resultados no emprego.

Uma relação laboral que atenda a função social do trabalho deve ser pautada pela observância da não-discriminação, uma vez que isso possibilita que o trabalhador desenvolva sua atividade sem se preocupar com qualquer constrangimento que sua

situação como indivíduo poderia causar com os demais colegas e até com a própria sociedade. Acerca disso “enuncia-se como a proibição de atos, tratamento ou prevenção contra uma pessoa, de modo a fazer com que se sinta constrangida perante as demais pessoas, por ter sido ferida em sua dignidade e respeito que deve merecer” (NASCIMENTO, 2011, p.404).

Para fins de definir discriminação, conforme expõe Nascimento (2011, p. 404):

a discriminação caracteriza-se pela presença de um elemento subjetivo, a intenção de discriminar, e de um elemento objetivo, a preferência efetiva por alguém em detrimento de outro sem causa justificada, em especial por motivo evidenciado, revelando uma escolha de preconceito em razão do sexo, raça, cor, língua, religião, opinião, compleição física ou outros fatores importantes.

e) Princípio da função social do contrato

Destarte saber que as partes contratantes são indivíduos dotados de liberdade conforme os direitos fundamentais individuais ou direitos de primeira dimensão, possuindo assim, autonomia e capacidade de contratar. A ideia de contrato nasceu vinculada a ideia de autonomia da vontade.

Essa possibilidade de contratar era baseada na acepção de que os homens eram livres e iguais, dotados das mesmas liberdades, conforme Ipojukan Vecchi (2017, p. 46) “foi idealizado como manifestação da personalidade e capacidade de cidadão ‘livres e iguais’, que tinham o poder de criar e se vincular pela manifestação de suas vontades”. A ideia de contrato clássico, em alusão ao que explana o autor (2017, p. 45):

é o contrato típico do liberalismo político e econômico, uma concepção contratual que tem como substrato econômico o capitalismo nascente e em expansão, e por substrato político as revoluções liberal/burguesas que assentaram um tipo estatal específico desse arranjo socioeconômico/político: o Estado liberal clássico.

Essa igualdade diz respeito ao plano formal, pois é notória a diferença no plano material, como pode-se observar na relação de trabalho.

Com o advento do Estado Democrático de Direito, a ideia de contrato clássico não subsiste, visto que a igualdade deveria ser observada, além do plano formal, no

plano material. O Estado não pode deixar o campo contratual ser regido conforme a vontade dos particulares, ele precisa intervir a fim de garantir que a liberdade não se sobreponha a proteção dos mais suscetíveis. Posto isso, leciona Ipojucan Demétrius Vecchi(2017, p. 47):

[...] o contrato de trabalho deixa de ser (ou deve deixar de ser) apenas o espaço da liberdade contratual formal, da autonomia da vontade como entendia a doutrina clássica, para ser o espaço da autonomia privada e da 'justiça comutativa', material, que também passam a fazer parte da estrutura contratual, a qual deve levar em conta, em especial, a proteção dos vulneráveis.

A teoria clássica deveria ser submetida a uma nova análise, devendo ser substituída por nova que atenda os pressupostos do Estado Democrático de Direito posto pela Constituição Federal de 1988. Sobre isso, conforme Ipojucan Vecchi (2017, p.46-47):

A intervenção estatal no campo do trabalho é, sem dúvidas, uma das primeiras manifestações efetivas dessas transformações impostas pelas lutas de classe, que tiveram como fruto o nascimento do direito do trabalho e de um contrato, o contrato de trabalho, marcado por uma série de mecanismos jurídicos 'protetivos' dos trabalhadores. (2017, p.46-47)

A nova teoria contratual, ainda conforme Vecchi (2017, p. 48) não se submete a ideia clássica de autonomia da vontade como principal fonte de vínculos jurídicos contratuais, sendo a liberdade “valorizada e tutelada juridicamente enquanto compatível com os demais princípios e regras que lhe são opostos e limitativos, sendo protegida enquanto se justifique por sua função social”.

Diante disso, o princípio da função social do contrato busca fazer com que o contrato tenha uma finalidade e, que não sirva como instrumento autonomia exacerbada, o que constituiria campo de arbitrariedades, observando pressupostos como a dignidade da pessoa humana e a promoção de desigualdades sociais e econômicas. O princípio da função social do contrato está previsto no Código Civil, em seu artigo 421. Acerca disso, observa-se, conforme Vecchi (2017, p. 49):

[...] o reconhecimento dos princípios, principalmente os princípios constitucionais fundamentais, que deixam de ser meras exortações e passam a reger também as relações privadas decorrentes do contrato. Assim o contrato deve deixar de ser visto como uma esfera soberana, livre da incidência dos valores constitucionais, os quais, na Constituição Federal de

1988, têm nítido caráter solidário e existencial, protegendo a igualdade real e a dignidade da pessoa humana”

A função social do contrato deve ser ponderada com o princípio da autonomia da vontade, a fim de que se encontre uma coexistência harmônica entre eles. A função social do contrato serve como baliza para a autonomia da vontade, vez que as partes são livres para contratarem, desde que ninguém se prejudique e ambos não prejudiquem o todo.

No tocante do direito do trabalho, vale introduzir o assunto tema da presente monografia, a Terceirização. Já contando com súmula que garantia a legalidade da Terceirização de Serviços, Súmula 331 do TST, feita com reservas, vez que autorizava apenas o trabalho terceirizado de atividades-meio, chega para regular essa modalidade de contratação a lei 13.429/2017. No tocante à terceirização, surge a possibilidade de adoção da chamada conexidade contratual, que se traduz, de acordo com Ipojucan Vecchi (2017, p. 51):

[...] existência de vários contratos que, embora formalmente sejam distintos e tendo vários sujeitos, fazem parte de um todo negocial que somente se torna possível e factível com a reunião de contratos. Existe um fim, uma causa supracontratual que une todos os distintos contratos para viabilizar a operação econômica unitária (negocio global). Ora, a terceirização é justamente um dos rebentos desse novo modelo contratual. (2017, p. 51)

Existe a necessidade de um olhar crítico acerca de tal modalidade de contratação, uma vez que ela admite que se terceirize as chamadas atividades-fim, ou seja, aquela para qual todas as atividades-meio convergem.

Abre-se assim espaço para que a questão da relativização desses princípios e, conseqüentemente a precarização das relações de emprego seja levantada, haja vista que as empresas visam o aumento da produção e a lucratividade, o que pode deixar as garantias do empregado subcontratado completamente à mercê do mercado capitalista.

Autorizar a vigência de lei menos benéfica ao trabalhador, elo mais fraco, levando-se em conta a relação de poder, e a existência da súmula 331 e até mesmo da já cancelada 256, pode ser encarada, de certa forma, sob duas óticas: em uma afronta ao princípio da vedação ao retrocesso ou apenas como estímulo ao mercado

de trabalho. Para tanto, deve-se analisar o histórico da terceirização, contextualizada com o panorama brasileiro.

3 ABORDAGEM DA TERCEIRIZAÇÃO POR MEIO DA DOCTRINA E DAS SÚMULAS 256 E 331 DO TST

Como observado até o momento, a valorização do trabalho humano é um dos pilares do Estado Democrático de Direito, sendo o trabalhador amparado pela Constituição Federal, que visa garantir sua dignidade e proteção em âmbito nacional e por meio de tratados e organizações no cenário internacional. Para que o trabalho possa cumprir com sua função é necessário que seja respeitada a dignidade da pessoa humana, além dos direitos fundamentais em todas as suas dimensões e os princípios que o regem.

Após a elucidação desses direitos e princípios no primeiro capítulo, é pertinente tratar acerca do fenômeno da Terceirização, abordando sua definição e seus conceitos. Primeiramente, de acordo com a aceção de alguns doutrinadores, e após isso, sob o viés da sua regulamentação. Com isso, posteriormente, após analisar as mudanças trazidas pela aprovação da lei 13.429 aprovada em 31 de março de 2017, se faz possível auferir se ela causa prejuízos ao trabalhador e ao desenvolvimento da sua relação laboral.

Abordar-se-á, num primeiro momento, buscando compreender a gênese do fenômeno da Terceirização, os modelos de produção, fazendo-se possível observar a qual ela foi incorporada. Após, passa-se a abordagem da terceirização no ordenamento jurídico, desde seu aparecimento até o advento da lei 13.429.

Tendo como base a sociedade brasileira, observa-se que ela é pautada pelo sistema de economia capitalista onde se exalta a propriedade privada, a acumulação de capital e o trabalho assalariado.

Esse sistema se fez possível devido ao pensamento individualista, e pela forma de estruturação das empresas. Tendo em vista o advento da globalização, durante um período de reformulação do liberalismo clássico, traduzido no neoliberalismo⁴ atual, surgiram alguns modelos de produção que tinham como escopo aumentar a competitividade e reduzir os custos.

⁴Neoliberalismo se apresentando esse como muito mais letal ao desenvolvimento do bem-estar social do que o liberalismo

As medidas propostas por esses modelos visavam promover a descentralização das atividades empresariais e a reorganização da cadeia produtiva, favorecendo assim, a fomentação do sistema econômico capitalista. Dentre os modelos de produção, merecem destaque o Taylorismo, o Fordismo e o Toyotismo. Passa-se a analisar esses modelos para compreender o que deu ensejo ao surgimento da terceirização.

3.1 Modelos de produção

Ao final do século XIX, Frederick Winslow Taylor (1856-1915) desenvolveu um sistema que visava otimizar o tempo de trabalho. Baseava-se em uma análise puramente racional, conforme abordada em seu livro publicado em 1911, chamado *Princípios de Administração Científica*. Conforme ele, deveria-se cronometrar cada fase da produção para determinar o tempo real de trabalho, eliminando assim as horas inúteis, e fragmentando as atividades de planejamento das de execução. Esse era um sistema horizontal onde o operário era altamente treinado para desenvolver apenas uma função, havendo assim uma divisão técnica. A esse sistema deu-se o nome de Taylorismo, em homenagem a Taylor.

Entretanto essa preocupação com a padronização e intensificação do trabalho no sistema Taylorista, de certa forma, ignorava a natureza humana do trabalhador. O ritmo exaustivo, sempre exercendo o mesmo procedimento, causava fadiga e era um pressuposto para limitar o trabalhador ao aprendizado de uma só função, sem esse ter conhecimento do que se tratava o restante da produção.

Aprimorando o modelo taylorista, teve surgimento o modelo fordista, criado por Henry Ford (1862-1947) tendo como campo de experimentação a planta fabril da Ford Motor Company. Aqui se idealizava padronizar os produtos para comercializar em uma escala estratosférica.

De acordo com esse modelo, a produção seria vertical, pela qual podia se controlar desde as fontes de matérias-primas até a produção de peças e distribuição dos veículos. Sobre o modelo Fordista, de acordo com Ricardo Antunes (2007, p.17):

[...] entendemos o fordismo fundamentalmente como a forma pela qual a indústria e o processo de trabalho consolidaram-se ao longo desse século, cujos elementos constitutivos básicos eram dados pela produção em massa, através da linha de montagem e de produtos mais homogêneos; através do controle dos tempos e movimentos pelo cronômetro fordista e produção em série taylorista; pela existência do trabalho parcelar e pela fragmentação das funções; pela separação entre elaboração e execução no processo de trabalho; pela existência de unidades fabris concentradas e verticalizadas e pela constituição/consolidação do operário-massa, do trabalhador coletivo fabril, entre outras dimensões.

Houve a redução do custo da produção o que ocasionou a baixa de valor dos produtos confeccionados. Mas mais uma vez o trabalhador via seu papel reduzido ao de um mero operador de máquinas, sem ter oportunidade de expressar criatividade nenhuma, sendo submetido a longas jornadas de trabalho onde muitas vezes a figura do sujeito do trabalho era confundida com a do objeto do trabalho. Ainda de acordo com a concepção de Ricardo Antunes (2003, p. 37-38):

na indústria automobilística taylorista e fordista, grande parte da produção necessária para a fabricação de veículos era realizada internamente, recorrendo-se apenas de maneira secundária ao fornecimento externo, ao setor de autopeças. Era necessário também racionalizar ao máximo as operações realizadas pelos trabalhadores, combatendo o “desperdício” na produção, reduzindo o *tempo* e aumentando o *ritmo* de trabalho, visando a intensificação das formas de exploração.

Seguindo na mesma linha, sucedendo o fordismo e o taylorismo e como resposta à crise ocasionada por esses, em meio a instabilidade do mercado e a acirrada concorrência internacional, surge no Japão o toyotismo

Criado por Taiichi Ohno, o sistema foi aplicado na fábrica da Toyota e visava o consumo de praticamente todos os tipos de bens e serviços, entretanto, com pequena expansão da demanda, sem produzir excedentes. De acordo com Gonet (2002, p. 24-25), esse modelo pode ser chamado também *de just in time* ou método *kanban*⁵.

Obtém-se a partir da terminologia *just in time* a ideia de produção vinculada à demanda variada e heterogênea que foi fundamentada de funções tendo como princípio o próprio *just in time*, se traduzindo no melhor aproveitamento de tempo e de

⁵ De acordo com Gonet (2002, p. 26-28) o *kanban* é uma espécie de placa que indica quando uma determinada peça acabou e precisa ser repostada no estoque esgotado, o que facilita o controle da produção.

produção possíveis. Adotava também o Kaizen, que foi criado e desenvolvido visando a melhoria nas áreas de manufatura, tendo como foco identificar melhorias no processo produtivo mediante a eliminação de desperdícios de forma a reduzir o tempo de ciclo do processo e aumento de produtividade.

Cabe ressaltar que a aplicação da tendência de gestão nos moldes do toyotismo, contudo, conforme colocação de Ipojucan Vechhi (2017, p. 27), “não significa o simples abandono do fordismo/taylorismo, pois muitas vezes estes modelos são combinados, mesclados”.

Uma observação importante acerca do surgimento do Toyotismo é o fato de ter surgido no Japão, país que, de acordo com Jesse Souza (2017, p. 160) “sem qualquer tradição importante de luta de classes e de movimento organizado dos trabalhadores no sentido ocidental do termo[...]”. Ainda de acordo com autor, o Toyotismo se fundava no “patriotismo de fábrica” fazendo com o que o trabalhador se sentisse subordinado aos objetivos da empresa. Em suas palavras:

a secular luta de classes dentro da fábrica, que exigia gastos crescentes com controle, vigilância e repressão do trabalho, aumentando os custos de produção e diminuindo a produtividade, deveria ser substituída pela completa mobilização dos trabalhadores em favor do engrandecimento e maior lucro possível da empresa. (SOUZA, 2017, p. 160).

Seguindo essa linha de pensamento, esse modelo colocava o trabalhador em posição vulnerável diante dos riscos da atividade financeira. Por optar por um modelo horizontal da hierarquização, o operário se sentia responsável pelo funcionamento e desempenho, tomando os objetivos da empresa como seus. Isso tudo amplificou ainda mais a exploração do trabalho.

Com essa estratégia, conforme Jesse Souza, o capitalismo flexível conseguia transformar a rebeldia da força de trabalho em obediência. Ele ainda menciona a adaptação ocidental do Toyotismo, que “[...] implicou em cortar gastos com controle de vigilância em favor de uma auto-organização ‘comunicativa’ dos trabalhadores por meio de redes de fluxo interconectados e descentralizados” (SOUZA, 2017, p. 161).

O benefício ao trabalhador se constatava no fato de que um único operário poderia controlar várias máquinas, participando assim do procedimento da produção como um todo, não ficando atrelado apenas a uma etapa como acontecia nos modelos

taylorista e fordista. Assim se especializava um operário multifuncional e polivalente, voltado para uma produção flexível. De acordo com Ipojucan Vecchi (2017, p. 26):

no Toyotismo o trabalho é prestado em grupo, com trabalhadores polivalentes no exercício de funções diversas. Os grupos têm objetivos a cumprir, mas o meio fornecido para o alcance das metas é inferior ao que seria normalmente utilizado, o que impõe o extermínio dos 'tempos mortos' de trabalho, aqueles nos quais o trabalhador está ocioso durante o trabalho.

Ainda conforme Geraldo Augusto Pinto (2010, p. 63):

Ohno perseguiu os mesmos objetivos, partindo, entretanto, no sentido inverso: procurou desenvolver a “desespecialização” e, ao exigir de todos os trabalhadores a polivalência, desautorizou o poder de negociação detido pelos mais qualificados, obtendo por essa via o aumento do controle e a intensificação do trabalho.

A implementação do modelo de gestão toyotista gerou um novo modo de vida, onde a atividade laboral passou a ser pautada pela flexibilização, objetivando encurtar o tempo de produção, bem como otimizar o uso da força de trabalho. Conforme Druck (2002, p.12):

é possível afirmar que a resposta à crise do fordismo não só não resolveu a crise como a aprofundou. Os processos de reestruturação produtiva e os novos padrões de gestão do trabalho e do Estado desenvolveram-se sustentados centralmente na flexibilização do trabalho.

Observa-se no modelo de produção toyotista, o surgimento, além do método *Kanban*, do *just in time* e de subcontratação, a incorporação da terceirização como medida para otimizar o tempo de trabalho. Grande parte da produção era subcontratada ou terceirizada, obtida de produtores e fornecedores que eram responsáveis por sua fabricação. A terceirização eliminou setores da fábrica e ajudou a diminuir os trabalhadores o que era proclamado por seus defensores como indispensável para reduzir custos numa época de crise.

Por meio dessa dinâmica capitalista, utiliza-se da flexibilidade como instrumento de precarização do trabalho, obtendo pela terceirização, a perfeita sincronia que

viabiliza a acumulação desenfreada. Dessa forma, cabe analisar a terceirização como modalidade de contratação, partindo de sua definição e normatização.

3.2. Definição de Terceirização

Apresentado o modelo de produção que incorporou o fenômeno da terceirização, se faz pertinente discorrer acerca de seus conceitos e definições. A terceirização consiste no ato de terceirizar, delegar, contratar outra pessoa para realizar determinada atividade. Valendo-se da explanação de Mauricio Godinho Delgado (2006, p. 428):

para o Direito do Trabalho, 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 processo produtivo do tomador de serviços sem que se estendam a este os laços justralhistas, que se preservam fixados com uma entidade interveniente. 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 tomadora dos serviços, que recebe a prestação de labor, mas não assume a posição clássica de empregadora desse trabalhador envolvido.

O termo terceirização é originário do ramo da administração, tendo sido posta como uma forma de organização estrutural. A partir dessa técnica se descentralizava atividades de uma empresa para outra, alheia a própria empresa.

Num primeiro momento, o proposto pela terceirização era a delegação das chamadas atividades-meio. Obtém-se, por meio da expressão atividades-meio a ideia de atividades acessórias, periféricas, não inerentes ao objetivo, que não se relacionam com a atividade principal da empresa, que por sua vez são chamadas de atividade-fim. As atividades-fim são o objetivo de exploração, o ramo de atividade expresso no contrato social.

Essa contratação se dá por meio de uma relação triangular por que nela estão ligados ao procedimento, o tomador de serviços que contrata uma empresa prestadora de serviços, e essa por sua vez serve para intermediar a contratação de

um trabalhador, que por fim, deve prestar serviços à tomadora. Observa-se, de acordo com Francisco Neto e Jouberto Cavalcante (2015, p. 457):

a relação jurídica é triangular, existindo entre a empresa tomadora e a prestadora um contrato regido pelas leis do Direito Civil, de evidente prestação de serviços. Entre a empresa prestadora e o trabalhador há um contrato de trabalho.

No ramo do direito público, se o contratante for pessoa de direito público, conforme Francisco Neto e Jouberto Cavalcante (2015, p. 457) “havendo o procedimento de licitação, é de natureza administrativa com efeitos civis[...]”.

No Brasil a terceirização foi incorporada ainda na década de 1980, com o advento das multinacionais e das empresas automobilísticas que realizavam toda a produção de peças no mercado externo e vinham para o Brasil somente para fins de montagem do produto final. As grandes empresas encontravam no Brasil um cenário amplamente suscetível, pois não havia previsão da terceirização na CLT nem no Código Civil, o que era favorável para seu implemento.

Uma das finalidades apontadas por quem defende a terceirização é de que, delegando atividades secundárias como limpeza, segurança entre outras, uma empresa consegue focar na sua produção fundamental, aperfeiçoando e aumentando a qualidade de seu produto, e também a diminuição de custos. Acerca disso, de acordo com o que leciona Ipojucan Demétrius Vecchi (2014, p. 553):

a terceirização, em sentido amplo, sem que se adentre os aspectos ligados à sua licitude ou não, caracteriza-se pelo fato de que uma empresa (ou o poder público) contrata outra empresa para que esta coloque a disposição daquela a força de trabalho de que precisa para o desenvolvimento do seu processo produtivo. Isso se dá, teoricamente, por razões de especialização, redução de custos e de melhor gerenciamento do processo produtivo.

O legislador, diante da iminência de casos de mão de obra terceirizada e sem previsão legal, se viu na obrigação trazer sua regulação no ordenamento jurídico brasileiro. Isso se deu por meio de súmulas, que tratariam do assunto. Cumpre salientar que a terceirização sofreu alterações ao longo do tempo, trazendo

significativas mudanças acerca de sua possibilidade no mundo jurídico. Para tanto, passa-se a analisar sua regulamentação.

3.3 Normatização

Após conhecido o modelo de produção que deu ensejo a adoção da terceirização no prumo da atividade laboral, e também saber acerca de sua definição de acordo com alguns doutrinadores, se faz necessário o estudo do ordenamento jurídico que nos rege.

Primeiramente, haja vista a normatização da terceirização, é importante elucidar que ela não era esmiuçada em lei específica nem no Código Civil. Devido a elaboração que ocorreu durante a década de 40, a Consolidação das Leis do Trabalho também não conseguiu prever a proliferação da mão de obra terceirizada, sendo assim, fez breve apontamento do que poderia caracterizar uma espécie de subcontratação de mão de obra, no que diz respeito ao contrato de subempreitada:

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 empreiteiro principal pelo inadimplemento daquelas obrigações por parte do primeiro. Parágrafo único - Ao empreiteiro principal fica ressalvada, nos termos da lei civil, ação regressiva contra o subempreiteiro e a retenção de importâncias a este devidas, para a garantia das obrigações previstas neste artigo.

A falta de regulamentação exigia que a doutrina e jurisprudência buscassem disciplinar sua aplicação. Sua regulação se deu primeiramente mediante decretos pertinentes ao ramo de direito público e, posteriormente por meio da criação da lei 7.102/83 e pelo surgimento das Súmulas 256 e 331 do Tribunal Superior do Trabalho no âmbito do direito privado.

Primeiramente, no âmbito da Administração Federal surgiu o Decreto-lei 200/67 que leciona sobre a descentralização, fundado sob o argumento de que isso melhoraria a máquina pública, pois se terceirizava atividades de planejamento, coordenação e controle. Isso devia ocorrer mediante contrato com a iniciativa privada.

Após o Decreto-Lei 200/67, visando esclarecer a abrangência deste, teve surgimento a Lei 5.645/70 que em seu art. 3º, parágrafo único dispunha que “As atividades relacionadas com transporte, conservação, custódia, operação de elevadores, limpeza e outras assemelhadas serão, de preferência, objeto de execução mediante contrato, de acordo com o art. 10, § 7º, do Decreto Lei 200/67”. Esse artigo restou revogado pela Lei 9.527 de 1993. Ainda sem definir atividade fim e atividade meio, pelo seu rol exemplificativo, denota-se que eram terceirizadas atividades secundárias.

Até então, pelo Decreto 200/67 e pela Lei 5.645/70, havia menção da terceirização no setor público, eis que em 1974 surge pela iniciativa privada a Lei 6.019/74, que visava tratar sobre o trabalho temporário e os contratos de trabalho por tempo determinado. Pode-se vislumbrar, por meio da referida lei, a contratação de obreiros para o exercício de atividades que necessitavam de pessoalidade e subordinação direta, constituindo modalidade de terceirização, mas mesmo assim descaracterizando atividade meio.

Foi excepcionalmente aceito pelo Direito do Trabalho com a justificativa de sua natureza transitória, visando a substituição de pessoal regular e permanente e até mesmo o acréscimo extraordinário de serviços da tomadora. Apresentava dualidade no que se refere a isonomia da proteção entre empregados permanentes e trabalhadores temporários. Foi alterada pela redação da lei 13.429 de 2017.

Surgindo como categoria exclusiva, a lei 7.102/83 discorre sobre a terceirização de vigilantes, mencionando também a contratação permanente desses mesmos profissionais. Inicialmente esse tipo de contratação se limitava ao setor bancário, progredindo, por meio da alteração pela lei nº 8.863/94 para outros setores empresariais.

A terceirização também restou regulada por determinado tempo, pela Súmula 256 e pela Súmula 331, ambas do TST, conforme observa-se a seguir:

3.3.1 Súmulas 256 e 331 do TST

A súmula 256 do TST, aprovada em 1986, referenciando a Lei 6.019/74 e a Lei 7012/83, admitia a terceirização apenas excepcionalmente, de forma restrita às

hipóteses previstas em lei: a do trabalho temporário e do serviço de vigilância. Segue abaixo redação original da súmula:

CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LEGALIDADE(cancelada) – Res. 121/2003, DJ19, 20 e 21.11.2003

Salvo os casos de trabalho temporário e de serviço de vigilância, previstos nas Leis nº 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.

A Súmula 256 não permitia a terceirização ressalvadas as hipóteses descritas acima, por entender ser essa ilegal. Contudo, essa súmula restou cancelada em dezembro de 1993, sendo substituída pela Súmula 331 do TST que ampliou largamente a possibilidade de terceirização.

A súmula 331 possibilitou a adoção da terceirização pessoal ou de serviços. De acordo com Francisco Neto e Jouberto Cavalcante (2015, p. 457), “a relação jurídica empregatícia é bilateral, equiparando-se a uma moeda na qual se tem de um lado o poder diretivo (empregador) e do outro a subordinação (empregado)”.

Os autores definem empresa prestadora como:

empresa prestadora de serviços é a pessoa jurídica de Direito Privado, legalmente constituída, de natureza comercial, a qual se destina a realizar determinado e específico serviço à outra empresa fora do âmbito das atividades-fim e normais para que se constituiu esta última (CAVALCANTE; NETO, 2015, p. 457).

Eles definem ainda a empresa tomadora como “[...] a pessoa física ou jurídica de Direito Público ou Privado que celebra contrato com empresas de prestação de serviços a terceiros com a finalidade de contratar serviços” (CAVALCANTE; NETO, 2015, p. 457).

Pela Súmula 331 foi inculcida também a responsabilidade subsidiária a empresa tomadora de serviços, e não solidária. De acordo com a responsabilidade subsidiária quem deve arcar diretamente é a empresa prestadora de serviços, somente sendo possível cobrar da empresa tomadora se provado que a prestadora não poderia ou não conseguiria. Enquanto isso, no caso de responsabilidade solidária, o

compromisso seria partilhado por ambas, podendo-se cobrar diretamente de qualquer uma das duas. Segue abaixo a redação da Súmula 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).

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

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

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

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

VI - A responsabilidade subsidiária do tomador de serviços abrange todas as verbas decorrentes da condenação referentes ao período da prestação laboral.

Identificam-se dois vínculos de contrato, o primeiro entre a empresa prestadora de serviços e o empregado, e o segundo entre a empresa prestadora de serviços e a tomadora de serviços. Nesse segundo caso, o vínculo decorre de contrato de natureza civil ou comercial, tendo em vista uma relação empresarial. De acordo com Francisco Neto e Jouberto Cavalcante (2017, p. 140), “o contrato entre as duas empresas (prestadora e tomadora) possui natureza civil. Se o contratante for pessoa de Direito Público, havendo o procedimento da licitação, é de natureza administrativa com efeitos civis [...]”. Detectada fraude, o vínculo dar-se-á diretamente com a empresa tomadora.

Isso tudo evidência uma modificação em larga escala, que transformaria o entendimento da terceirização no ordenamento jurídico brasileiro, ocasionando prejuízo aos direitos e princípios fundamentais pertinentes ao direito do trabalho.

Tendo como base a Lei 6.019 de 1974, que tratava acerca do trabalho temporário em empresas urbanas e sobre as relações de trabalho nas empresas de prestação de serviços a terceiros, em 23 de março de 2017 a Câmara dos Deputados aprovou um projeto de lei que alterava alguns dos dispositivos desta lei, era o PL 4.302/98.

Quando enviado à Câmara anteriormente, em 1998, conforme Nota Técnica nº 175 do DIEESE (2017, p. 02) esse projeto “tratava da ampliação do *Contrato de Trabalho Temporário*, mas, posteriormente, foi modificado para regular as empresas que intermedeiam a contratação de trabalhadores temporários”.

Em 2008 houve a última tramitação desse projeto de lei, entretanto antes, em 2003, devido pressão das centrais sindicais, o Presidente Luiz Inácio Lula da Silva havia solicitado o seu arquivamento junto à Câmara dos deputados, solicitação essa que nunca foi colocado em votação.

Após ser aprovado o projeto de lei foi sancionado com três vetos pela presidência da República em 31 de março, vindo a se tornar a lei 13.429/2017. A aprovação da lei 13.429 significou o desmonte de garantias sociais trabalhistas conquistadas com muita luta. Isso havia sido advertido muito antes, em relação a Lei .6019, no ano de 1973 por Cesariano Júnior (1973, p.5870) que previa:

Se não tomarmos cautela, uma lei dessa natureza pode eliminar toda a legislação social brasileira, porque daqui para diante, se esta lei contiver saídas, aberturas, nenhuma empresa vai contratar mais empregados para não ter os ônus que a Legislação do Trabalho impõe ao empregador; vai utilizar esse tipo de contrato que, do ponto de vista jurídico, merece um exame.

O advento da Lei 13.429 trouxe ao arcabouço jurídico a regulamentação da terceirização para além do entendimento dos tribunais, ou seja, das súmulas. Essa lei alterou alguns dispositivos da Lei 6.019, que trata do contrato temporário de prestação de serviços, e adicionou outros que visam positivar largas possibilidades de terceirização.

3.4 Contexto Brasileiro

A aprovação da Lei 13. 429 em julho de 2017 ocorreu em um momento de grande tensão no cenário político brasileiro, o país havia acabado de passar por um procedimento de impeachment contra a presidente Dilma Roussef, ocasionando sua deposição em 2016.

A classe média foi usada como massa de manobra das elites do dinheiro, conforme a classificação de Jesse de Souza, passando a clamar pela retirada do poder da presidente e principalmente das ideias que seu partido representava. Ainda, de acordo com o autor:

o que os novos tempos pedem é, portanto, um liberalismo repaginado e construído para convencer e não apenas oprimir. O moralismo da nascente classe média urbana seria a melhor maneira de adaptar o mandonismo privado aos novos tempos (SOUZA, 2017, p. 131).

É visível a intensificação dos desejos neoliberalistas, onde o cidadão de classe média passou a enxergar a corrupção como grande mal da sociedade, sem nunca admitir que a cadeia exploradora advém claramente do passado, mais precisamente do trabalho obtido por meio da escravidão. A classe média, num falso ímpeto moralista, propagou discursos de ódio aos programas assistenciais, a proteção ao trabalhador, a observância ao devido processo legal e a tudo que visasse a garantia do mínimo existencial das minorias necessitadas. Conforme Jesse de Souza (2017, p. 136):

efetivamente, adornado com o prestígio científico da noção de populismo, o desprezo secular e escravocrata pelas classes populares ganha uma autoridade inaudita e passa a ser usado com pose de quem sabe muito. Juntas, a demonização da política e do Estado e a estigmatização das classes populares constituem o alfa e o ômega do conservadorismo da sociedade brasileira cevado midiaticamente todos os dias desde então.

A efervescência momentânea, juntamente com a queda do governo legitimado pelas urnas e a forte defesa do neoliberalismo pelas elites (coadunando com a classe média como massa de manobra) se apresentou como cenário propício para que a

aprovação da lei 13.429 se desse, bem como a reforma trabalhista, que alterou artigos importantes para a proteção do trabalhador, colocando inclusive, o negociado acima do legislado.

De acordo com Druck (2016, p. 38):

a tão reivindicada 'segurança jurídica' com o estabelecimento de uma legislação específica para a terceirização, pelos empresários, tem um claro significado, conforme os termos do Projeto de Lei: liberara a terceirização para todas as atividades, sem limites, permitindo as redes de subcontratação[...]

A defesa da autonomia da vontade, por parte dos empresários que se mostraram a favor da reforma trabalhista e da terceirização da atividade fim tem como escopo, conforme Graça Druck (2016, p. 38) “varrer qualquer ação protetiva do Estado aos trabalhadores, no mesmo espírito de defesa do fim da CLT”.

Posto isso, cabe no próximo capítulo analisar a lei 13.429/17, esmiuçando alguns de seus artigos para que seja possível constatar se eles podem ou não, servir como instrumento de precarização das relações laborais.

4 APROVAÇÃO DA LEI 13.429/17

Após definir o conceito de terceirização e reconhecer o modelo de produção ao qual a terceirização foi incorporada, cabe tratar acerca da lei 13.429/17. Preliminarmente ao estudo da lei, elucidou-se acerca do cenário no qual ela foi aprovada, diante de uma crise governamental.

De extrema importância também, o levantamento de dados trazidos pelas notas nº 172 e 175 do DIEESE, onde se possibilita a obtenção de números que demonstram que a terceirização está intrinsicamente ligada à precarização das relações laborais.

Com a aprovação da lei 13.429, publicada no Diário Oficial da União em 31 de março de 2017, houve a positivação de uma lei geral que regulamenta a terceirização e o trabalho temporário. Ela alterou dispositivos da Lei 6.019, de 3 de janeiro de 1974, que dispõe sobre o Trabalho Temporário, e também a definiu parâmetros legais para a prestação de serviços a terceiros. Além disso, ela dá outras providências e dispõe sobre as relações de trabalho na empresa de prestação de serviços a terceiros.

Serviu para a positivação e regulamentação da atividade da terceirização, bem como do contrato de trabalho temporário. Até então não havia uma regulamentação. De acordo com Ipojucan Demétrius Vecchi (2017, p. 33):

[...] no Brasil, até o advento da Lei 13.429 de 31.03.2017, que alterou a redação da Lei 6.019/1974 e nela foi incorporada, não existia uma regulamentação legal sobre a matéria, ou seja, não existia um “marco regulatório” sobre a “terceirização em geral”, mas apenas diplomas legais específicos para alguns tipos de terceirização(trabalho temporário e vigilância, por exemplo) combinados com um intenso labor jurisprudencial sobre a matéria.

Importante observar que, no tocante a Súmula 331 do TST, a terceirização nas atividades de vigilância, de conservação e limpeza e dos serviços especializados ligados a atividade do tomador só seria lícita se inexistisse a pessoalidade e subordinação entre trabalhador e tomador de serviços. O fato de colocar alguém entre o empregador e o trabalhador, conforme o direito clássico, coisificava o ser humano, isso se traduzia numa prática chamada de *merchandage*.

A lei 13.429/17 traz algumas alterações importantes no que concerne ao direito do trabalho, tanto no que se refere ao contrato temporário como no tocante à terceirização. Nota-se inicialmente que ela altera o artigo 1º da lei 6.019 de 1974, definindo que o contrato temporário e a terceirização restariam regulados pela lei 13.429 conforme observa-se “Art. 1º As relações de trabalho na empresa de trabalho temporário, na empresa de prestação de serviços e nas respectivas tomadoras de serviço e contratante regem-se por esta Lei.”

O artigo 19B da lei 13.429 diz que essa não será aplicada nos casos de vigilância e transporte de valores, continuando essa modalidade de terceirização sendo regulada por legislação especial e subsidiariamente pela CLT.

O trabalhador temporário também não se submete ao contrato de experiência, conforme o parágrafo quarto do artigo 10º, previsto no artigo 445 da Consolidação das Leis do Trabalho.

Outras alterações importantes dizem respeito ao objeto, às partes, à possibilidade de terceirização irrestrita, ao vínculo empregatício, bem como acerca das condições de trabalho oferecidas e sobre prazo do contrato de trabalho, como será abordado a seguir.

a) Objeto, empresa tomadora e empresa prestadora

O artigo 2º⁶ determina qual o objeto da empresa interposta, sendo esse o fornecimento de mão de obra à empresa tomadora de serviços. Isso constitui, claramente, a mercantilização do trabalho humano, algo veementemente combatido pela Organização Internacional do Trabalho. Tratar o trabalho humano como mercadoria incorre, também, no ferimento do princípio da valorização ao trabalho, já conceituado antes.

⁶ “Art. 2º da lei 13.429: Trabalho temporário é aquele prestado por pessoa física contratada por uma empresa de trabalho temporário que a coloca à disposição de uma empresa tomadora de serviços, para atender à necessidade de substituição transitória de pessoal permanente ou à demanda complementar de serviços.

Enquanto isso, o artigo 4^{o7} estabelece quem pode intermediar a contratação de mão de obra temporária. Inicialmente chamada de Empresa Prestadora de Serviços, passando agora, pela nova redação, a ser chamada de Empresa de Trabalho Temporário. Deve ser pessoa jurídica devidamente registrada no Ministério do Trabalho e Emprego, obedecendo aos requisitos impostos pelo artigo 6^{o8} da mesma lei. Conforme a NT n^o 175 do DIEESE (2017, p.8): Essa definição viabiliza a chamada 'pejotização', que significa a prestação de serviço por empresa de uma só pessoa (Artigo 4^o e de modo ainda mais evidente, no segundo parágrafo do Artigo 4^o- A). Não se admite que a administração pública possa oferecer intermediação de serviços.

O artigo 5^{o9} define quem é a empresa tomadora de serviços, devendo ser pessoa jurídica ou entidade a ela equiparada. Cumpre observar o parágrafo primeiro ¹⁰do artigo 4- A, acrescido pela lei 13.429/17, que dá margem à empresa tomadora para contratar empresa interposta que subcontrate outra empresa destinada a contratação de mão de obra, configurando assim até uma quarteirização e não apenas terceirização.

Esse é outro exemplo do desmonte das garantias do trabalhador, uma vez que, diante de uma ação trabalhista, o recebimento dos créditos inadimplidos se dificultaria enormemente.

b) Terceirização irrestrita

Observa-se também, por meio da lei, a ampliação das hipóteses do trabalho temporário, que, inicialmente, só ocorria nos casos de substituição transitória de

⁷ Art. 4^o da lei 13.429: Empresa de trabalho temporário é a pessoa jurídica, devidamente registrada no Ministério do Trabalho, responsável pela colocação de trabalhadores à disposição de outras empresas temporariamente.

⁸ "Art. 6^o da lei 13. 429: São requisitos para funcionamento e registro da empresa de trabalho temporário no Ministério do Trabalho:

I - prova de inscrição no Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica (CNPJ), do Ministério da Fazenda;

II - prova do competente registro na Junta Comercial da localidade em que tenha sede;

III - prova de possuir capital social de, no mínimo, R\$ 100.000,00 (cem mil reais).

⁹ Art. 5^o da lei 13.429: Empresa tomadora de serviços é a pessoa jurídica ou entidade a ela equiparada que celebra contrato de prestação de trabalho temporário com a empresa definida no art. 4^o desta Lei.

¹⁰ Dispõe o § 1^o do artigo 4-A da lei 13.429: A empresa prestadora de serviços contrata, remunera e dirige o trabalho realizado por seus trabalhadores, ou subcontrata outras empresas para realização desses serviços.

pessoal da empresa tomadora. A lei acresce a possibilidade de utilização dessa modalidade quando houver necessidade de demanda complementar, conforme a Nota Técnica nº175 do DIEESE (2017, p. 4):

a definição de demanda complementar de serviços como aquela que decorre de fatores imprevisíveis ou quando tenha por natureza intermitente, periódica ou sazonal, permite maior abrangência no uso deste tipo de contratação. Afinal, os serviços adicionais podem ou não ser previsíveis e a intermitência (irregularidade do serviço) pode ser periódica.

Ela deixa de definir os parâmetros para tanto, visto que o conceito de demanda complementar é muito vago, abrangendo muitas hipóteses, como quando há imprevisibilidade ou quando for caso de demanda intermitente ou sazonal.

Além disso, alterou também o cerne do trabalho terceirizado, visto que o parágrafo terceiro do artigo 9º traz a que talvez seja maior mudança no que se refere ao tipo de atividade, que é a possibilidade expressa de contratação de trabalhador temporário para desenvolvimento de atividades fim, ou atividades fundamentais. Conforme a redação original (Lei 13.429, Art. 9º § 3º) “O contrato de trabalho temporário pode versar sobre o desenvolvimento de atividades-meio e atividades-fim a serem executadas na empresa tomadora de serviços.”

Essa possibilidade alargou o entendimento antes obtido, onde, pela leitura da súmula 331 do TST, só era legal a contratação para desenvolvimento de atividades meio, ou periféricas. Trouxe a possibilidade do que se configura como terceirização irrestrita.

c) Condições de trabalho

Os trabalhadores terceirizados são destinatários dos mesmos direitos garantidos no artigo 7º da Constituição, contudo não contam com os mesmos direitos previstos em norma coletiva pois não se encontram vinculados a nenhum sindicato da atividade que exerce. Conforme Graça Druck (2016, p. 39):

há um processo de dispersão dos sindicatos, pois a depender das atividades terceirizadas de uma empresa, trabalhadores que trabalham numa mesma

unidade produtiva estão representados por cinco ou até seis sindicatos, fragilizando as lutas sindicais e até criando, muitas vezes, uma competição entre os próprios sindicatos

O parágrafo primeiro e segundo do artigo 9^o¹¹ traz a obrigação que a empresa tomadora de serviços tem para com o trabalhador temporário, observando o mesmo tratamento e acesso às mesmas condições de trabalho do empregado direto.

O parágrafo três do artigo 5A¹² impõe que à empresa tomadora o fornecimento das mesmas condições de saúde e de segurança, dispensados a seus empregados diretos, aos trabalhadores terceirizados, independentemente se o trabalho é prestado dentro da empresa ou em outro lugar. Entretanto é facultada a empresa contratante a possibilidade de disponibilizar outro local destinado ao refeitório dos trabalhadores terceirizados, podendo esse ser um refeitório acoplado, por exemplo.

A evidente discriminação que isso pode causar fere o princípio da isonomia, uma vez que ela pode dispensar tratamento mais confortável para os seus empregados diretos em detrimento dos trabalhadores terceirizados. Isso acaba por promover a discriminação entre os próprios trabalhadores, visto a diferenciação de tratamento dentro do posto de trabalho, correndo o risco de ser rebaixado pelos colegas que são contratados diretos da empresa.

Destarte também discorrer acerca da determinação legal de reservar vagas para deficientes físicos, visto que essa lei não insere ao emprego, mas unicamente ao posto de trabalho. O perigo de que a exceção da adoção da terceirização se torne regra coloca o deficiente diante de inconstância, vez que o legislador deixa de estipular o percentual mínimo e máximo de trabalhadores terceirizados e inclusive de estipular vagas reservadas a portadores de deficiência.

¹¹ Dispõem a lei 13.429 em no art. 9, por meio do § 1^o e §2^o:

§ 1^o - É responsabilidade da empresa contratante garantir as condições de segurança, higiene e salubridade dos trabalhadores, quando o trabalho for realizado em suas dependências ou em local por ela designado.

§ 2^o - A contratante estenderá ao trabalhador da empresa de trabalho temporário o mesmo atendimento médico, ambulatorial e de refeição destinado aos seus empregados, existente nas dependências da contratante, ou local por ela designado.

¹² Artigo 5-A da lei 13.429: § 3^o É responsabilidade da contratante garantir as condições de segurança, higiene e salubridade dos trabalhadores, quando o trabalho for realizado em suas dependências ou local previamente convencionado em contrato.

d) Vínculo

A terceirização fere a personalidade, pois não há pessoalidade, sendo essa uma maneira de afastar a possibilidade de relação de emprego e desmantelar a formação de vínculo trabalhista para fins de qualquer eventual ação que o reclamante poderia mover futuramente. A própria lei 13.429 traz isso expresso em seu artigo 10º quando diz que “qualquer que seja o ramo da empresa tomadora de serviços, não existe vínculo de emprego entre ela e os trabalhadores contratados pelas empresas de trabalho temporário”.

Quem admite e assalaria o trabalhador temporário é a empresa prestadora de serviços, entretanto a subordinação se dá com a empresa tomadora.

Ficou determinado que não há a existência de vínculo empregatício entre esses, mesmo que a empresa tomadora tenha que, posteriormente, responder subsidiariamente pelas verbas trabalhistas inadimplidas pela empresa interposta. Isso fortalece a intermediação da mão de obra pois oferece comodidade a empresa tomadora, uma vez que ela se escusa de obrigações principais da relação de emprego.

e) Contrato

Importante salientar o artigo 9º da lei 13. 429/17, que determina a forma de contratação do trabalho temporário. Deve essa ser solene, ou seja, por escrito, contendo requisitos como a qualificação das partes, o motivo da contratação, o prazo determinado, o valor da prestação de serviços, as condições de saúde e segurança e por fim deve-se especificar o tipo de trabalho a ser desenvolvido.

O parágrafo primeiro do artigo 10¹³, traz o prazo para a celebração do contrato que, anteriormente, pela redação da Lei 6.019 previa 3 meses prorrogáveis, mediante

¹³ “Art. 10 da lei 13.429: Qualquer que seja o ramo da empresa tomadora de serviços, não existe vínculo de emprego entre ela e os trabalhadores contratados pelas empresas de trabalho temporário. § 1º O contrato de trabalho temporário, com relação ao mesmo empregador, não poderá exceder ao prazo de cento e oitenta dias, consecutivos ou não.

§ 2º O contrato poderá ser prorrogado por até noventa dias, consecutivos ou não, além do prazo estabelecido no § 1º deste artigo, quando comprovada a manutenção das condições que o ensejaram.

autorização do Ministério do Trabalho. Agora a lei 13.429/17 conta com o prazo de 180 dias, prorrogáveis por mais 90, não devendo ultrapassar o máximo de 270 dias, consecutivos ou não, para o mesmo contrato.

Entretanto, o artigo 10º teve seu terceiro parágrafo vetado pelo Presidente da República Michel Temer. Esse parágrafo previa a possibilidade de que, diante de norma coletiva, se pudesse alterar esse prazo, se estabelecendo um prazo *ad eternum*. Por outro lado, a determinação de intervalo de 90 dias entre um contrato de trabalho só se faz obrigatória aos contratos que tenham alcançado o prazo máximo, ou seja, de 270 dias.

Apesar dessa salvaguarda, posta pela lei, isso não demonstra ser suficiente para a solução dos problemas acarretados pela precarização. Um contrato que finda antes de alcançar esse prazo máximo, podendo ser de 250 dias, por exemplo, não precisa respeitar esse lapso temporal de 90 dias.

Posto isso, cumpre analisar quais são níveis de precarização que a terceirização apresenta, para se fazer possível saber se a lei 13.429/17 pode piorar essas situações. Destarte, antes disso, cabe analisar se o primado do trabalho e a função social desse é bem jurídico passível de flexibilização.

4.2 Limites de Flexibilização

Conforme observado no primeiro capítulo, os direitos fundamentais são assegurados na Constituição Federal, os que versam sobre as prerrogativas do trabalhador se encontram no artigo 7º, e são chamados de direitos fundamentais de segunda dimensão ou ainda de direitos sociais. Em caso de não observância, o

§ 4º Não se aplica ao trabalhador temporário, contratado pela tomadora de serviços, o contrato de experiência previsto no parágrafo único do art. 445 da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo

§ 5º O trabalhador temporário que cumprir o período estipulado nos §§ 1º e 2º deste artigo somente poderá ser colocado à disposição da mesma tomadora de serviços em novo contrato temporário, após noventa dias do término do contrato anterior.

Estado atua como interventor na proteção dos trabalhadores, destinatários desses direitos.

O Estado que, outrora chamou para si a proteção do trabalhador, hoje em dia vem se escusando dessa atribuição, concedendo ampla autonomia para que as partes da relação laboral pactuem. Como visto, a defesa da não- intervenção do Estado é fruto do pensamento liberal repaginado, traduzido no neoliberalismo que, busca mascarar isso no fato de ter o Estado como aliado.

Diante de ameaça a esses direitos e devido às relações assimétricas de poder, o Estado assume papel de protecionista. Conforme Daniel Sarmiento (2004, p. 306-307), “as relações assimétricas caracterizam uma relação de emprego, existindo, de um lado, a subordinação do empregado e, de outro, o poder de direção do empregador”.

Quando se fala em direitos individuais, atribui-se a expressão “flexibilização”, enquanto que, no caso dos direitos coletivos, o adequado é se falar em “desregulamentação”, conforme explica Amauri Mascaro Nascimento (2011, p. 82):

o vocábulo desregulamentação deve ser restrito ao direito coletivo do trabalho, e não aplicado, portanto, ao direito individual do trabalho, para o qual existe a palavra flexibilização. Distingue-se quanto ao âmbito a que se refere, uma vez que se desregulamenta o direito coletivo e se flexibiliza o direito individual.

Conforme o autor, “evitam, alguns, a palavra flexibilização, nela identificando uma ideologia liberal que condenam; daí a preferência demonstrada pelo vocábulo modernização ou atualização do direito do trabalho” (NASCIMENTO, 2011 p. 76). Entretanto, a flexibilização, conforme acepção de Guilherme Feliciano (2012, p. 135):

diz-se ‘flexibilização do Direito do Trabalho’ a diretriz política segundo a qual os imperativos econômicos podem justificar a postergação ou atenuação de direitos sociais *stricto sensu* (direitos trabalhistas) como meio necessário para propiciar o desenvolvimento econômico, condição *sine qua non* para a melhoria social das condições de vida dos assalariados e de seus dependentes.

Com vistas a reformular a legislação trabalhista, adequando-a ao mercado intenso crescimento do mercado capitalista, o Estado acabou por cancelar o

desmonte do protecionismo, flexibilizando políticas públicas. De acordo com de Guilherme Guimarães Feliciano (2012, p.135) “[...] o garantismo laboral clássico haveria de ceder à lógica do economicamente possível [...]”.

A OIT se posicionou acerca da flexibilização, conforme explica Amauri Mascaro Nascimento (2011, p. 77):

a Organização Internacional do Trabalho (OIT), em *Negociar la flexibilidad*, sob a coordenação de Muneto Ozaki (2000), expõe o seu ponto de vista.

Emprego flexível, para a OIT, é toda forma de trabalho que não seja a tempo completo e não tenha duração indefinida: o tempo parcial, o temporário, o eventual, o intermitente, a qualificação profissional como a aprendizagem e o contrato estacional ou sazonal para atividade transitória como a hoteleira em determinadas épocas do ano.

Pode-se observar, conforme Francisco Neto e Jouberto Cavalcante (2015, p. 1013) que “[...] o Direito brasileiro adotou um sistema de flexibilização atrelado à negociação coletiva no que se refere à irredutibilidade salarial (art. 7º, VI, CF), à compensação e redução de jornada de trabalho (XIII) e aos turnos ininterruptos (XIV)”. Na seara infraconstitucional, fala-se em flexibilização pela Lei 8.036/90 chamada de Lei do FGTS, e na Lei 9.601/98 que trata do trabalho por tempo determinado e suspensão do contrato para efeito de qualificação.

A flexibilização se tornou uma alternativa corriqueira, conforme Amauri Mascaro Nascimento (2011, p. 80):

por outro lado, flexibilizar os tipos de contrato individual de trabalho é uma decorrência da transformação do cenário do trabalho na sociedade contemporânea. É o que fazemos com uma nova tipologia dos contratos de trabalho, todos no Brasil previstos em lei.

Entretanto, para que possa haver flexibilização, deve-se observar alguns parâmetros, conforme Francisco Neto e Jouberto Cavalcante (2015, p. 1013), “o que não pode ser aceita é a existência de relações de trabalho sem a proteção legal do Estado, com argumentos de que o empregador e o empregado podem pactuar livremente seus direitos e deveres, como decorrência do princípio da autonomia privada.”

No tocante ao trabalho terceirizado, o primeiro sinal de flexibilização foi a Súmula 331 do TST, que foi vista anteriormente. A súmula 331 flexibilizou o que foi previsto no princípio pela sumula 256, aumentando as possibilidades de trabalho terceirizado. Sobre isso, Guilherme Feliciano (2012, p. 137) explana:

Na jurisprudência, cite-se a própria Sumula 331 do C.TST, de 1993 (acrescida em 2000 e depois mantida em 2003 e em 2011), que também 'flexibilizou' em relação ao verbete jurisprudencial que a precedeu (Enunciado n. 256), como já tivemos ocasião de apontar.

Ademais, o advento da lei 13.429 em 2017 aumentou largamente a escala de flexibilização ao permitir a possibilidade de terceirização da atividade fim, o que era vedado pela súmula 331.

De acordo com a categorização posta por Nascimento (2011, p.78), a lei 13.429 assume papel de flexibilização pela perspectiva de desproteção, conforme ele explana "a) à finalidade e será de proteção para preservar a ordem pública social, de adaptação com acordos derogatórios e de desproteção quando houver a supressão de direitos adquiridos;"

Ainda, pela perspectiva de que o trabalho deve atender as funções do direito do trabalho, a flexibilização não se justificaria, visto que vai de encontro com determinados bens jurídicos que não seriam passíveis de flexibilização, conforme Amauri Mascaro Nascimento (2011, p. 79):

[...] às funções do direito do trabalho, tema sobre o qual se discute o redirecionamento da proteção ao trabalhador para determinados bens jurídicos fundamentais que não devem ser passíveis de flexibilização, como a tutela da vida, saúde, integridade física e personalidade do trabalhador e alguns direitos econômicos básicos.

Aproveitando essa explanação, cumpre lembrar que, no procedimento de terceirização, muitas desses bens jurídicos são flexibilizados e violados, a começar pela personalidade do trabalhador. Sua personalidade é suprimida visto que o trabalhador terceirizado tem seu trabalho tratado como mercadoria, não tem integração ao emprego, o que é fundamental para que se construa uma relação laboral

saudável. Sua personalidade não é respeitada uma vez que ele, unicamente, ocupa postos de trabalho.

O equilíbrio entre a flexibilização e o protecionismo, ou garantismo, deve ser encontrado para que a o avanço econômico não seja capaz de ferir direitos que se configuram como fundamentais isso ocorre, de acordo com Amauri Mascaro Nascimento (2011, p. 80):

[...]diferenciar duas áreas do direito individual do trabalho, o *direito primário* e o *direito secundário*, denominação da União Europeia para designar, a primeira, o direito constitucional e os seus atos constitutivos, nos quais estão as *ideias-força* que não podem ser derogadas pela autonomia das partes, e a segunda, o direito que pode ser modificado pelas partes porque não representam as ideias-duras e que não devem ser flexibilizadas.

O direito primário abrange tudo o que é indispensável ao trabalhador, que formaria um mínimo sem o qual ele não teria sua dignidade, que lhe é inerente conforme concepção kantiana, respeitada. Sua conceituação se dá da seguinte maneira:

o direito primário, porém, deve reunir as leis de tutela dos bens jurídicos fundamentais do trabalhador (as liberdades públicas, a defesa da vida, da integridade física, da saúde, da segurança, da personalidade e moral, direito ao descanso, direito a proteção nas dispensas imotivadas e garantias básicas em função de fatores específicos) (NASCIMENTO, 2011, p. 80-81).

Enquanto isso, o que seria passível de flexibilização são os direitos secundários, que conforme Amauri Mascaro Nascimento (2011, p. 81) [...] “reuniria as condições não substanciais do contrato individual de trabalho (distribuição de horários, valor dos salários, mobilidade funcional etc.)”.

A flexibilização é uma válvula de escape que serve para legitimar a exploração do trabalhador, assim a aniquilação dos direitos dos trabalhadores se dá por meio da permissividade da flexibilização.

4.3 Precarização das relações laborais

A terceirização, desde sua concepção, se mostrou altamente perigosa aos interesses do indivíduo como trabalhador e como pessoa dotada de dignidade. A lei 13.429 promove flexibilização de bens jurídicos que deveriam ter sua tutela amplamente resguardada pelo Estado, além de ferir princípios que constituem o alicerce para uma sociedade minimamente igualitária.

Ela ataca o mundo do trabalho no Brasil, e é resultante de um processo de globalização, e políticas neoliberais, ambas altamente perniciosas ao trabalhador .

De acordo com decisão proferida pelo TST em 2011, a terceirização nos moldes da súmula 331 já se mostrava contrária ao princípio da valorização do trabalho e da isonomia, observa-se conforme disposto na ementa:

ISONOMIA. VALORIZAÇÃO DO TRABALHO HUMANO. A terceirização, pela forma com que é realizada no Brasil, resulta em um padrão de contratação de força de trabalho sumamente inferior àquele que caracteriza o trabalhador submetido a contrato empregatício clássico. Há, com essa fórmula, uma inegável precarização do trabalho humano, que não é tolerada pelo ordenamento jurídico pátrio, uma vez que o art. 5º, caput e inciso I, combinado com o art. 7º, inciso XXXI, todos da Constituição Federal, autorizam uma interpretação isonômica mais avançada no sentido da impossibilidade de discriminação entre o trabalhador terceirizado e o trabalhador inserido em categoria ou função equivalentes na empresa. (TRT, RO, 2011).

Muito embora o pouco tempo de aprovação da lei 13.429/17, as experiências e dados que já existiam, acerca da terceirização, conforme a súmula 331, autorizam dizer que a precarização é um efeito irremediável da terceirização irrestrita.

Para a obtenção de dados acerca da precarização das relações laborais causada pela terceirização, não foi possível o acesso ao Cadastro Nacional de Informações Sociais (CNIS), conforme pesquisa desenvolvida pelo DIEESE, constante na Nota Técnica nº 172, de março de 2017:

o Cadastro nacional de Informações Sociais (CNIS) é a principal fonte de dados primários que permite identificar com clareza os trabalhadores terceirizados dos não terceirizados. Entretanto, o governo federal não disponibiliza o acesso de nenhuma instituição de pesquisa a essa base de dados, apesar de terem sido feitas inúmeras tratativas nesse sentido. (2017, p. 2)

Contudo, a pesquisa levantada na NT N° 172 do DIEESE, foi elaborada com base na Relação Anual de Informações Sociais (Rais) e na Classificação Nacional de Atividades Econômicas (CNAE).

Conforme o estudo, a terceirização se faz presente em atividades como apoio e manutenção, serviços de preparação e reparo, além de outras onde ela incide visivelmente, como é o caso da construção civil, serviços de engenharia, tele atendimento e confecção fabril. De acordo com a Nota Técnica N°172:

no caso da construção civil, a inclusão no rol das atividades tipicamente terceirizadas se justifica pelas inúmeras evidências de terceirização e mesmo de quarteirização nos canteiros de obras. Além disso, é uma atividade que exemplifica com bastante clareza a distinção entre atividade-meio e atividade-fim em processos produtivos fragmentados, questão central na discussão recente sobre terceirização. (2017, p. 03).

A terceirização como forma de contratação é presença constante no mercado de trabalho. Os dados levantados pela pesquisa (2017, p. 04) mostram que “em 2014, havia 12,5 milhões de vínculos ativos nas atividades tipicamente terceirizadas e 35, 6 milhões nas tipicamente contratantes, ou seja, essas ultimas respondem por cerca de um quarto dos vínculos de trabalho formais no Brasil.”

O estudo apresentou, ainda, índice acerca do rompimento de vínculos e da consequente rotatividade. Ela mostra que, nas atividades tipicamente contratantes, de cada 100 vínculos ativos, ao final de 2014, mais de 40 foram rompidos, enquanto que nas atividades tipicamente terceirizadas a relação que se dá é de 80 vínculos rompidos de 100 vínculos ativos.

Sobre isso, ainda conforme a NT n° 172:

esse indicador reflete a qualidade dos postos de trabalho, pois diz respeito à maior ou menor estabilidade do posto de trabalho. Quanto maior a taxa de rotatividade descontada, menor a estabilidade, portanto, menor a qualidade do posto de trabalho. (2017, p. 06)

Essa elevada rotatividade é altamente preocupante para os trabalhadores, conforme a NT n° 172 (2017, p. 06) “[...] representa a incerteza de encontrar um novo

emprego num curto espaço de tempo e o risco de ter que aceitar menores salários e benefícios, além de ter impactos no cálculo da aposentadoria”

Isso reforça a ideia de que a terceirização não subsiste a uma análise constitucional, visto que não atende a finalidade social do trabalho, deixando de atender a continuidade da relação de emprego, cria postos de trabalho que não promovem a inserção do trabalhador ao emprego.

O trabalhador terceirizado acaba por se acostumar com a mudança repentina de trabalho, se conformando com a ideia de que é melhor ter um trabalho visivelmente prejudicado pelo decréscimo de direitos e garantias, do que não ter nenhum.

Além disso, ainda é perceptível, conforme o estudo, que a remuneração é diferente para os trabalhadores terceirizados. Tendo como base os anos de 2007 a 2014, a diferença girava em torno de 23 e 27 % “Em dezembro de 2014 a remuneração média nas atividades tipicamente contratantes era de R\$ 2.639, enquanto nas atividades tipicamente terceirizadas era de R\$ 2.021.” (2017, p. 23)

Essa diferença se dá pela correlação com a duração do vínculo de emprego, como mostra a NT 172:

observa-se, claramente, que nas atividades tipicamente contratantes, existe forte correlação entre a duração do vínculo de emprego e níveis de remuneração mais elevados. Tal correlação não se verifica em relação aos vínculos nos setores tipicamente terceirizados. (2017, p. 14)

Isso fere a isonomia salarial, onde o exercício de mesma função é permitido, entretanto a remuneração pode ser diferente. Os créditos trabalhistas recebem tratamento diferente também, vez que o terceirizado cobra primeiramente da empresa interposta e apenas diante de não pagamento é que se estabelece a responsabilidade da empresa tomadora, respondendo apenas subsidiariamente. Enquanto isso, o empregado direto pode cobrar diretamente da empresa a qual é subordinado.

Continuando, há de se falar também, sobre os casos de acidente de trabalho, onde o índice é alarmante. O percentual que incorre acerca dos afastamentos por acidentes de trabalho se mostra muito maior nas atividades tipicamente terceirizadas do que nas contratantes, chegando a, segundo a pesquisa, 9,6 % contra 6,1%. Conforme NT n° 172 (2017, p. 17):

Os dados revelam que a partir do 20º centésimo de remuneração (até 1,3 salário mínimo), a participação dos afastamentos por acidente de trabalho típicos é mais elevada nas atividades tipicamente terceirizados do que nas tipicamente contratantes, chegando a ser duas vezes mais alta, em alguns casos.

Em síntese, considerando o ano de 2014, foi verificado pela pesquisa que nas atividades tipicamente terceirizadas, as condições de trabalho e a remuneração são inferiores às verificadas nas atividades tipicamente contratantes. Com efeito, acerca da aprovação da Lei 13.429/17, o estudo levantado pela NT nº 172 (2017, p. 24) já advertia que:

Se isso ocorrer, poderá haver uma piora na própria distribuição de renda do país, além do aumento da insegurança entre trabalhadores, num momento de agravamento da recessão e em que o governo federal propõe reformas institucionais restritivas de direitos, como a previdenciária e a trabalhista.

De acordo com a lei 13.429/17, a terceirização fere o disposto no artigo 3º, inciso IV da Constituição “ IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”, ao promover discriminação do trabalhador terceirizado. Além disso, os princípios da valorização do trabalho, da proteção, e da vedação ao retrocesso não são devidamente respeitados.

A dignidade do trabalhador, observando-se o mínimo existencial, é relativizada, o direito à uma relação de emprego saudável e equilibrada não existe, o trabalhador vende sua mão de obra por período determinado pelo empregador. Conforme explanação de Maurício Godinho Delgado (2014, p.133):

[...] a fórmula terceirizante, se não acompanhada do remédio jurídico da comunicação remuneratória, transforma-se em mero veículo de discriminação e aviltamento do valor da força de trabalho, rebaixando drasticamente o já modesto padrão civilizatório alcançado no mercado de trabalho do país. Reduzir a terceirização a simples mecanismo de tangenciamento da aplicação da legislação trabalhista é suprimir o que pode haver de tecnologicamente válido em tal fórmula de gestão trabalhista, colocando-a contra a essência do Direito do Trabalho, enquanto ramo jurídico finalisticamente dirigido ao aperfeiçoamento das relações de trabalho na sociedade contemporânea.

A terceirização acaba rebaixando o trabalho humano a condição de mera mercadoria. Valendo-se da explanação dos doutrinadores Francisco Neto e Jouberto Cavalcante (2017, p. 138) sobre o assunto,

a terceirização não resiste aos fundamentos do Direito do Trabalho, mostrando-se incongruente com a ordem constitucional do trabalho, com o princípio do não retrocesso social e com os objetivos da OIT que não admitem a ideia do trabalho humano como mercadoria.

Como visto, a flexibilização dentro dos parâmetros de equilíbrio deveria ocorrer apenas no que diz respeito a direitos que não constituem bens jurídicos fundamentais. Os direitos fundamentais pertinentes ao trabalhador, constituem bens primários, que devem ser altamente protegidos pela Carta magna.

Observou-se também que a Lei da Terceirização não se mostra adequada a esses parâmetros, vez que dispõe artigos que permitem a precarização das relações laborais. Conforme Amauri Mascaro Nascimento (2011, p. 78) fazendo menção a posição de Orlando Teixeira da Costa (1929- 1998), ex-ministro do Tribunal Superior do Trabalho, “[...] a flexibilização pode agravar a condição dos hipossuficientes sem contribuir para o fortalecimento das relações de trabalho”.

Com o intuito de regulamentar a terceirização, a lei 13.429/17 trouxe inúmeras incertezas como a questão da segurança laboral, da representatividade por sindicatos, das condições de trabalho, da arrecadação previdenciária entre outras.

Como visto, a regulamentação da terceirização irrestrita, baseada na visão do empregador, de lucro a curto prazo, mostra que o legislador deixou o trabalhador terceirizado à mercê do mercado de trabalho capitalista.

Isso acaba por constituir um risco ao trabalhador, visto que ela serve de instrumento útil à precarização das relações laborais. Acerca da lei 13.429/17 e diante dos entendimentos dos aludidos autores extraiu-se a conclusão que será vista a seguir.

5 CONCLUSÃO

Por todo o exposto, o presente trabalho teve por finalidade responder ao questionamento específico acerca de como a terceirização afeta o universo do trabalho, servindo de instrumento à sua precarização.

Ao estudar sobre o direito do trabalho, abordar os direitos fundamentais concernentes ao trabalhador foi essencial, visto que eles são oriundos da Constituição, e impõem o dever de respeito por parte dos entes públicos e particulares. Acerca disso, pôde-se observar no primeiro capítulo, a eficácia dos direitos fundamentais frente os particulares, como é estabelecida na relação de trabalho, demonstrada por meio da eficácia horizontal imediata, oponível erga omnes.

O mundo cada vez mais globalizado, de lucratividade a qualquer custo e da defesa do neoliberalismo, características de um capitalismo devastador, tornou-se cenário propício para a aprovação da lei 13.429 em 2017. A ideia de a terceirização aumentaria os postos de trabalho e regulamentaria essa atividade que há muito já era praticada, endossou o discurso em sua defesa. Entretanto, observa-se o quão pernicioso ela é ao trabalhador, quando traz, explicitamente, a flexibilização de bens primários, atenuando direitos sociais em prol do desenvolvimento econômico.

Muito embora o pouco tempo de aprovação da lei 13.429/17, as experiências e dados que já existiam, acerca da terceirização no âmbito privado, conforme a súmula 331, autorizam dizer que a precarização é um efeito irremediável da terceirização irrestrita.

Observa-se, por exemplo, o caso da contratação de mão de obra para o desenvolvimento de atividades-fim. Antes, não era permitido pois caracterizava-se como ilícito, entretanto, a lei 13.429/17 admite que ocorra a contratação de mão de obra para atividades-meio e fim.

Isso ocasiona a perda de direitos por parte do trabalhador, e, conseqüentemente, a precarização das relações laborais. O trabalhador, ao ser contratado como terceirizado, abre mão de inúmeras garantias asseguradas ao empregado contratado diretamente. Ocupando postos de trabalho, esse trabalhador não tem garantia de continuidade, ele não é inserido na relação de emprego, sua personalidade é suprimida e seu trabalho não atende às suas finalidades, visto que é

categorizado como mercadoria.

Cabe ressaltar ainda, o enfraquecimento da força sindical, visto que o trabalhador terceirizado, por ser contratado para exercer diversas funções, não consegue se identificar com nenhum sindicato, acarretando uma perda significativa na luta pela sua proteção.

Posto isso, todo o exposto corrobora com a tese de que a terceirização serve de instrumento à precarização das relações de trabalho. De acordo com os dados obtidos, os números correspondentes à precarização são muito maiores nas atividades onde a terceirização é comum, sendo os trabalhadores terceirizados muito mais afetados pelas medidas por ela imposta.

A visível diferença nas condições de trabalho oferecidas aos trabalhadores terceirizados possibilita uma rotatividade muito maior, trazendo incerteza e insegurança a esses trabalhadores, forçando-os a aceitar salários menores. A diferença salarial entre empregados diretos e trabalhadores terceirizados é outro fator de precarização, além disso, ele também é prejudicado quando precisa interpor ação trabalhista, presumindo-se que a empresa interposta geralmente é de pequeno porte, dificultando o recebimento das verbas correspondentes.

O risco de acidentes de trabalho se faz muito mais presente nas relações pautadas pela terceirização, visto que o trabalhador terceirizado não tem a mesma assistência que a empresa tomadora presta ao empregado direto.

Em suma, concluiu-se que a terceirização ocasiona a precarização da relação de trabalho. O trabalho desenvolvido em situação prejudicial ao trabalhador pode ocasionar perdas significativas, além da notória discriminação ao categorizar o trabalhador terceirizado como de segunda classe. Mesmo com a tentativa de regulamentação, concluiu-se que o legislador falhou ao criar lei que enfraquece ainda mais a proteção ao trabalhador.

6 REFERÊNCIAS

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente, *Direito constitucional descomplicado*. 8º ed. São Paulo: Método, 2012.

ALEXY, Roberty. *Teoria de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1998.

ANTUNES, Ricardo. *Adeus ao trabalho?* Ensaio sobre as metamorfoses e a centralidades do mundo do trabalho. São Paulo: Cortez, 2007.

_____. *Os sentidos do trabalho: ensaio sobre a afirmação e a negação do trabalho*. São Paulo: Boitempo, 2003.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. 8 ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2006.

BRANCO, Paulo Gonet; MENDES, Gilmar. *Curso de direito constitucional*. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

BRASIL. Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2018.

_____. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado, 1988.

_____. Lei 6.019 de 3 de janeiro de 1974 *Diário Oficial*, Brasília, 1974.

_____. Lei n. 13.429 de 17 de março de 2017. *Diário Oficial*, Brasília, 2017.

_____. Tribunal Regional do Trabalho 17ª Região. *Recurso Ordinário* n. 0041400-10.2010.5.17.0013. Recorrente: Antônio Ferreira Filho. Recorrido: Paulo Elias de Araújo. Rel. Desembargador Mário Ribeiro Cantarino Neto. Vitória, ES, 2011.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. Súmula nº 256. In: _____. *Súmulas*. Brasília: Diário de Justiça da União, 2003.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. Súmula nº 331. In: _____. *Súmulas*. Brasília: Diário de Justiça da União, 2011.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CAVALCANTE, Jouberto ; JORGE NETO, Francisco. *Curso de direito do trabalho*. 3ª ed. São Paulo: Atlas: 2015.

COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 6º ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS DO HOMEM E DO CIDADÃO. Assembleia Nacional Constituinte da França revolucionária, 1789.

DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de direito do trabalho*. São Paulo: LTR, 2006.

DIEESE. Departamento Intersindical de Estatística e Estudos Socioeconômicos. *Nota técnica*, n. 172, março de 2017. Disponível em < <https://www.dieese.org.br/notatecnica/2017/notaTec172Terceirizacao.html>>. Acesso em 18 de maio de 2018.

_____. Departamento Intersindical de Estatística e Estudos Socioeconômicos. *Nota técnica*, n. 175, abril de 2017. Disponível em < <https://www.dieese.org.br/notatecnica/2017/notaTec175TerceirizacaoTrabalhoTemporario.html> >. Acesso em 18 de maio de 2018.

DRUCK, Graça. Flexibilização e precarização: formas contemporâneas de dominação do trabalho. *Caderno CRH*, Salvador, n. 37, p. 11-22, jul./dez. 2002.

ENGELS, Friedrich; MARX, Karl; *Manifesto do partido comunista*. Ed especial. Martin Claret: Vozes, 2014.

_____. *A ideologia alemã*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987.

FELICIANO, Guilherme Guimarães. *Curso crítico de direito do trabalho: teoria geral do direito do trabalho*. São Paulo: Saraiva, 2013.

FERREIRA, Francisco; QUADROS, Jouberto. *Direito do trabalho*. 8ª ed. São Paulo: Atlas, 2015.

GOUNET, Thomas. *Fordismo e toyotismo na civilização do automóvel*. São Paulo: Boitempo, 2002.

KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos*. São Paulo: Vozes, 1797.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel ; SARLET, Ingo. *Curso de direito constitucional*. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

MENDES, Gilmar Ferreira et al. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007.

MORAES, Alexandre. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Atlas, 2017.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Direito contemporâneo do trabalho*. São Paulo: Saraiva, 2011.

PINTO, Geraldo Augusto. *A organização do trabalho no século 20: taylorismo, fordismo e toyotismo*. São Paulo: Expressão Popular, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

_____. *O Estado Social de Direito, a Proibição de Retrocesso e a Garantia Fundamental da Propriedade*. Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE) UFRGS, v. 17, 1999. Disponível em <

<http://www.seer.ufrgs.br/revfacdir/article/download/70941/40281>> Acesso em 18 de maio de 2018.

SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. São Paulo: Lumen Juris, 2004.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

SLAIBI FILHO, Nagib. *Direito constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

SOUZA, Jessé. *A elite do atraso*. Rio de Janeiro: Leya, 2017.

SOUZA, Marcelo Papaléo. *A nova lei de recuperação e falência e as suas consequências no direito e no processo do trabalho*. São Paulo: LTr, 2006.

VASAK, Karel. *For the third generation of human rights: the rights of solidarity*. Inaugural Lecture, Tenth Study Session, International Institute of Human Rights, July, 1979.

VECCHI. *Direito material do trabalho: noções introdutórias, relação de emprego e contrato de trabalho*. v. 1. Curitiba: Juruá, 2014.

_____. *Terceirização, trabalho temporário e o novo marco regulatório: Comentários de Acordo com a Reforma Trabalhista*. Curitiba: Juruá, 2017.