

**UNIVERSIDADE DE PASSO FUNDO - UPF
FACULDADE DE DIREITO**

Adavilso Sartori

**O TRABALHADOR TERCEIRIZADO E O DIREITO A FÉRIAS
DIANTE DA SUCESSÃO EMPRESARIAL**

Sarandi

2019

Adavilso Sartori

**O TRABALHADOR TERCEIRIZADO E O DIREITO A FÉRIAS
DIANTE DA SUCESSÃO EMPRESARIAL**

Monografia apresentada ao Curso de Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de Passo Fundo, como requisito parcial para a obtenção de grau de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais, sob orientação do professor Me. André Friedrich Dorneles.

Sarandi

2019

Agradecimentos:

Agradeço à Estefani, que de forma inusitada colaborou para que o trabalho assim se desenvolvesse.

Agradeço em especial a pai, mãe e irmão que foram sempre o suporte para tudo.

Agradeço a todos os professores que ao longo de anos contribuíram para minha formação técnica e humana.

Agradeço com especial carinho à Bruna, Edieli, Mateus e Lauara, pelos anos de companheirismo, amizade, cumplicidade, acolhimento e apoio nas mais variadas situações. Sem vocês eu não teria vindo até aqui!

Agradeço ao meu orientador Prof. Me. André F. Dorneles pela colaboração.

Agradeço à todos os amigos, parentes, colegas de trabalho, e todos que compreenderam minhas ausências nesse período.

RESUMO

Esse trabalho tem por objetivo realizar um estudo sobre a não concessão do direito de férias ao trabalhador terceirizado em função das sucessivas contratações de empresas interpostas enquanto o empregado continua prestando serviço para o mesmo contratante. E nesse sentido, identificar se a Teoria da Sucessão Empresarial, suscitada pela doutrina, tem aplicabilidade na garantia do direito ao descanso das férias. Para tanto faz-se uma breve apresentação do instituto das férias e sua importância como direito fundamental do indivíduo. Em seguida é tratado o fenômeno da terceirização em todos os aspectos que tragam reflexos ao trabalhador e seus direitos. Por fim, discute-se a Teoria da Sucessão Empresarial, sua aplicação e efetividade como solução. Também são apresentados projetos de lei que tentaram resolver o problema. Ao final, concluiu-se que, apesar das discussões e debates, não há solução satisfatória, pois mesmo a aplicação da teoria em questão pode gerar efeitos indesejados ao trabalhador. E, em relação aos projetos de lei apresentados, nenhum foi levado adiante. Continua assim o trabalhador terceirizado prejudicado em seu direito.

Palavras chave: Férias. Teoria da Sucessão. Terceirização

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	6
2. O DIREITO FUNDAMENTAL SOCIAL DAS FÉRIAS E SUA FINALIDADE	8
2.1 O direito a férias na Consolidação das Leis Trabalhistas	14
2.1.1 Da aquisição e da duração das férias	14
2.1.2 Do período de concessão.....	17
2.1.3 Da remuneração.....	19
2.1.4 Efeitos da extinção do contrato	20
2.2 A Convenção 132 da Organização Internacional do Trabalho	22
2.2.1 A Organização Internacional do Trabalho	22
2.2.2 A Convenção 132 da OIT	24
3. O FENÔMENO DA TERCEIRIZAÇÃO	27
3.1 Terceirização como forma de flexibilização.....	27
3.2. Conceito e espécies de terceirização	29
3.3 A terceirização no direito brasileiro.....	31
3.3.1 A terceirização no setor público	35
3.4 O tamanho e as consequências da terceirização	40
3.4.1 Terceirização e direito à fruição de férias	45
4. SUCESSÃO EMPRESARIAL E SOLUÇÕES LEGISLATIVAS	50
4.1 Teoria da sucessão empresarial: conceito e evolução.....	50
4.2 A teoria da sucessão e o trabalhador terceirizado.....	56
4.3 A sucessão e o esforço legislativo como resposta	62
4.3.1 O Instituto da Sucessão de Empregadores e o Direito a férias do Trabalhador Terceirizado.....	64
4.3.2 Férias do trabalhador terceirizado e a busca por mudança legislativa	65
5. CONCLUSÃO	70
REFERÊNCIAS.....	73

1. INTRODUÇÃO

O Direito do Trabalho evoluiu ao longo de sua história, sendo ele próprio a consequência de uma evolução social que propunha proteção ao trabalho do indivíduo. As reformulações das regras trabalhistas seguiram, ou foram empurradas, pelas modificações nas organizações econômicas e sociais, acompanhando novas formas de relações entre trabalho e capital, sem, no entanto, descuidar da proteção ao mais frágil.

Nesse cenário, o avanço do trabalho terceirizado é uma realidade com a qual não se pode lutar, no entanto, urge que se discutam formas de reduzir os danos desse processo ao direito do trabalho. A doutrina é pródiga em apresentar efeitos nefastos da terceirização, ou quarteirização, do trabalho. E de regra, os doutrinadores concordam que os benefícios ficam para os empregadores e os sacrifícios para os empregados.

A legislação, em alguns aspectos pretende coibir práticas e situações que prejudiquem o trabalhador, especialmente no que concerne à quitação dos débitos trabalhistas e encargos sociais, através da responsabilização. No entanto, pela forma peculiar da relação de trabalho terceirizado, vê-se que é comum o trabalhador ser privado de um direito constitucional fundamental: a fruição do período de férias; situação essa que acaba fugindo da proteção legal, uma vez que mesmo não gozado, o direito tem sua quitação pecuniária, não configurando débito trabalhista, por mais que tolha o direito do empregado.

Essa é a realidade dos trabalhadores terceirizados em situação de sucessivas substituições do empregador, em curto espaço de tempo, quando o empregado continua prestando serviço para o mesmo contratante. Essas contínuas rescisões contratuais impedem que o contrato de trabalho perdure por tempo suficiente para que o trabalhador desfrute das férias na condição em que o direito foi previsto – afastado do trabalho.

E é para lidar com essa situação que parte da doutrina se debruça sobre a Teoria da Sucessão Empresarial, que resultaria na unicidade contratual, fazendo com que o novo empregador suceda o anterior nas suas obrigações. Teoria que inclusive encontra previsão legal na Consolidação das Leis Trabalhistas.

Dada a situação, o presente estudo pretende apresentar a importância higiénica do direito ao gozo das férias como período de descanso e lazer, não

apenas na condição de débito trabalhista a ser quitado pelo empregador de forma monetária. Nesse sentido, objetiva identificar se a teoria da sucessão do empregador tem sentido e aplicabilidade na garantia do direito a férias do trabalhador terceirizado em situações de sucessivas substituições do empregador.

Para tanto, será desenvolvida uma pesquisa teórica, com procedimento bibliográfico e documental. Num primeiro momento, através de pesquisas realizadas na vasta doutrina dedicada, será abordada a história, finalidade, natureza jurídica, características e posituação nacional e internacional do direito a férias remuneradas, ficando consubstanciado assim o primeiro capítulo, que destacará o instituto das férias.

A seguir, o trabalho direcionará seu foco para apresentar conceito, evolução, tamanho e consequências do fenômeno conhecido como terceirização de mão de obra, bem como suas modalidades e formas com que se apresenta. Nesse contexto, serão trazidos ao estudo dados e análises estatísticas. Também será tratada a legislação e jurisprudência atinentes, incorporando as alterações mais recentes.

A Teoria da Sucessão Empresarial, e as formas como ela é compreendida na doutrina e jurisprudência, será tratada no terceiro e último capítulo. Também serão aí apresentadas algumas tentativas de modificações legislativas, exemplificadas através de projetos de lei da Câmara dos Deputados e Senado Federal, que visam apresentar soluções para o problema que é tema dessa pesquisa, ficando assim apresentado em sua completude o corrente estudo.

2. O DIREITO FUNDAMENTAL SOCIAL DAS FÉRIAS E SUA FINALIDADE

Ao iniciar esse estudo pretende-se apresentar entendimentos doutrinários sobre o instituto das férias e sua importância como direito fundamental garantido na Constituição Federal de 1988. Ademais, será demonstrada sua inserção no direito pátrio e internacional, bem como sua importância social e financeira para o trabalhador.

O direito a férias inicialmente deu-se por força dos usos e costumes. Posteriormente foi objeto de convenções coletivas, sendo então por fim, regulado em lei constituindo espécie de repouso remunerado. “Na história dos direitos sociais, as férias constituem a conquista mais recente” (CAMINO, 2004, p. 414).

Suas origens remontam à Roma Antiga e à Idade Média, quando não havia trabalho em dias de festas. “Etimologicamente, ‘férias’ deriva de *feriae*, que em latim significa ‘festa’”. Alguns autores também relacionam o termo à expressão latina *ferendis epulis* – banquetes que os romanos realizavam em dias de festa para celebrá-lo (CAMINO, 2014, p. 414-5). No contexto internacional:

Especificamente, no que diz com o instituto próprio às relações de trabalho, a Dinamarca foi pioneira, ao conceder férias aos empregados domésticos, em 1821, durante uma semana, no mês de novembro. A Inglaterra se antecipou à legislação de amplitude geral, ao conceder férias a trabalhadores de determinados ramos da indústria. As negociações coletivas registram direito a férias na Alemanha, na primeira década do atual século, o mesmo tendo ocorrido na Suíça e na Finlândia. A França, em 1893, concedeu férias de 15 dias aos funcionários públicos. Na mesma época, começaram a surgir as leis, na esteira da iniciativa inglesa, na Áustria, na Espanha, na Itália, na Checoslováquia, no México e no Chile. A Áustria foi o primeiro país a conceder férias à totalidade dos assalariados, em 30.06.1919 (CAMINO, 2004, p. 414).

Em terras brasileiras, as férias surgem pela primeira vez no ano de 1889, para alguns funcionários do Ministério da Agricultura, sendo estendido a todos os funcionários em 1890. Na legislação brasileira, a primeira iniciativa foi a lei 4.982, de 24.12.1925, que “concedeu férias de quinze dias, parceladas ou contínuas, aos empregados e operários do comércio, da indústria, dos bancos, da indústria jornalística e de instituições de caridade e beneficência”. Houve avanço com o Decreto nº 23.768 de 1934, que concedia férias de quinze, onze e sete dias, proporcionais ao tempo trabalhado, e instituía o pagamento em dobro para férias

não concedidas. O decreto teve sua constitucionalidade questionada frente ao artigo 121, § 1º da Constituição de 1934, por só conceder o benefício aos empregados sindicalizados (CAMINO, 2004, p. 415).

Com entrada em vigor da Consolidação das Leis do Trabalho - CLT em 1943, o direito a férias anuais foi preservado, sendo ampliado para vinte dias em 1949 pela lei nº 816, e para trinta dias corridos pelo Decreto-Lei nº 1.535 de 13 de abril de 1977. Mais recentemente, em 05 de outubro de 1988, a Constituição Federal determinou em seu artigo 7º, XVII, que as férias deveriam ser pagas acrescidas de um terço da respectiva remuneração (CAMINO, 2004, p. 416-5).

Para Romar (2018, p. 383) as férias são um direito do trabalhador de “deixar de trabalhar e de estar à disposição do empregador durante um determinado número de dias consecutivos por ano”, e explica que nesse período não pode haver prejuízo na remuneração do empregado.

A concessão de férias também tem por objetivo a preservação da saúde e da integridade física do empregado, à medida que o repouso a ser usufruído nesse período visa recuperar as energias gastas e permitir que o trabalhador retorne ao serviço em melhores condições físicas e psíquicas (ROMAR, 2018, p. 383).

Vecchi (2016, p. 227) assevera a condição de direito fundamental das férias, garantido a todos os trabalhadores, sejam rurais, urbanos, servidores públicos e empregados domésticos, nos termos da Constituição Federal de 1988.

Nesse sentido, o autor explica a finalidade das férias:

Como os demais períodos de descanso, as férias também têm finalidades várias, como: possibilitar a recuperação física e psíquica do empregado; propiciar tempo para que possa exercer seu direito de lazer com as pessoas que lhe são afetas; possibilitar a diminuição da fadiga no intuito de garantir a produtividade (VECCHI, 2016, p. 227).

Analisando delineamentos básicos e proposições sobre o instituto das férias, o autor organiza cinco diretrizes básicas que o parametrizam:

A primeira é a *anualidade*, condicionando a aquisição do direito ao interstício temporal de doze meses de vigência do contrato de trabalho, e a fruição no período subsequente. Como segunda diretriz é apresentada a *remunerabilidade*, compreendida como a garantia de remuneração (com acréscimo de um terço) do período de gozo do direito. A *continuidade* é trazida como diretriz de número três,

compreendida como a limitação do fracionamento de férias como forma de garantir a efetividade dos objetivos do instituto. Em quarto lugar o autor apresenta a *irrenunciabilidade*, uma vez que se trata de direito de ordem pública do qual o empregado não pode escolher não exercê-lo. E por fim, a quinta diretriz, a *proporcionalidade*, que tem sua aplicação no pagamento proporcional ao período trabalhado em caso de extinção do contrato de trabalho, e na aquisição com observância à vigência do contrato, podendo ocorrer reduções por faltas injustificadas (VECCHI, 2004, p. 230, grifos do autor).

Considerando as diretrizes, o autor então se preocupa em conceituar o direito de férias com as seguintes palavras:

Com base nisso, pode-se definir o direito de férias como o direito fundamental que tem todo o empregado a, desde que observadas determinadas condições, gozar anualmente de um período de descanso proporcional ao tempo de vigência do contrato de trabalho, sem prejuízo da remuneração, acarretando assim, a suspensão parcial (interrupção) do seu contrato de trabalho (VECCHI, 2004, p. 230).

Em capítulo de sua obra a tratar sobre os períodos de descanso, Delgado (2017, p. 1070) explica que as normas trabalhistas que se destinam ao tema de jornadas e intervalos “não são, hoje, tendencialmente, dispositivos estritamente econômicos, já que podem alcançar, em certos casos, o caráter determinante de regras de medicina e segurança do trabalho, portanto, normas de saúde pública”, uma vez que a extensão do contato do empregado com certas atividades é elemento configurador do efeito insalubre do trabalho.

Menciona ainda o autor que representa dever do Estado a normatização dos períodos de descanso, conforme preconizado na Constituição Federal de 1988, em seu artigo 7º, que elenca os direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, e traz literalmente em seu inciso XXII, o direito à: “redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança”.

Por conta de força constitucional, o doutrinador entende que as normas concernentes aos períodos de descanso têm caráter de saúde pública, uma vez que visam reduzir o risco inerente ao trabalho.

Por essa razão, regras jurídicas que, em vez de reduzirem esse risco, alargam-no ou o aprofundam, mostram-se francamente inválidas, ainda que subscritas pela vontade coletiva dos agentes econômicos e profissionais envoltos à relação de emprego (DELGADO, 2017, p. 1071).

E conclui asseverando que é inválida qualquer possibilidade de flexibilização, transação, ou mesmo renúncia por parte do trabalhador, no que se refere às normas garantidoras dos intervalos de descanso. Continuando, o renomado trabalhista aborda o instituto das férias.

O conjunto dos descansos trabalhistas completa-se com a figura das férias. Elas definem-se como o lapso temporal remunerado, de frequência anual, constituído de diversos dias sequenciais, em que o empregado pode sustar a prestação de serviços e sua disponibilidade perante o empregador, com o objetivo de recuperação e implementação de suas energias e de sua inserção familiar, comunitária e pública (DELGADO, 2017, p. 1102).

E afirma que as férias atendem de forma indubitável, a todos os objetivos que justificam a existência dos demais intervalos e descansos trabalhista, quais sejam: “metas de saúde e segurança laborativas e de reinserção familiar, comunitária e política do trabalhador” (DELGADO, 2017, p. 1102).

Nesse mesmo sentido, o autor lembra que o período destinado ao fruir das férias favorece a recuperação das energias físicas e mentais do trabalhador, e permite a realização da cidadania do indivíduo através da reinserção familiar, social e política, “resgatando-o da noção estrita de *ser produtivo* em favor de uma mais larga noção de *ser familiar, ser social e ser político*” (DELGADO, 2017, p. 1110, grifos do autor). E conclui que são esses fundamentos que levam o legislador a compreender que o trabalhador não tem apenas o direito de gozar as férias, mas também o dever de as fruir, evidente no artigo 138 da CLT, que determina que, durante as férias, deve o trabalhador se abster de “prestar serviços a outro empregador, salvo se estiver obrigado a fazê-lo em virtude de contrato de trabalho regularmente mantido com aquele”.

Continuando, Delgado (2017, p. 1104, grifo do autor) estabelece, para melhor entendimento, cinco características do instituto das férias, delineando primeiramente seu caráter *imperativo*, ou seja, indisponível, não sendo passível de renúncia por parte do trabalhador. Nesse sentido, faz comentário sobre uma realidade da prática trabalhista:

Não há, desse modo, possibilidade, na ordem jurídica, de se substituírem as férias por parcela em dinheiro durante o cumprimento do contrato (é claro que, se o contrato se extingue, o direito converte-se em indenização, por ser inviável, na prática, seu efetivo gozo). Não há, portanto, qualquer valia à

prática censurável de *venda de férias*, eventualmente ocorrida no contexto do contrato (empregado deixa de gozar as férias, recebendo a parcela dobrada) (DELGADO, 2017, p. 1104, grifo do autor).

Aqui cabe a observação, feita pelo próprio doutrinador, do que seria uma atenuação à essa característica, uma vez que, a própria Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, permite a conversão pecuniária de um terço das férias. Seria o chamado abono celetista de férias, previsto no artigo 143 do já citado diploma legal (DELGADO, 2017, p. 1105). Não obstante, para Vecchi (2016, p. 240), o abono de férias não conta com acolhida constitucional, considerando que “a CF de 1988 no inc. XVII do art. 7º prevê o gozo de férias e não deixa abertura para a conversão das férias em abono pecuniário”, e continua o autor afirmando que, com base nas disposições da Convenção 132 da CLT, a “renúncia ao gozo das férias mediante indenização, ou de qualquer outra forma será, dependendo das condições nacionais, nulo de pleno direito”.

A segunda característica que surge na doutrina de Delgado (2018) é a sua composição temporal complexa. As férias são compostas por um número de dias sequenciais e ininterruptos, não podendo ocorrer sua pulverização em poucos dias no decorrer do ano e, apesar da previsão de conversão de um terço em abono pecuniário (flexibilização legal do caráter imperativo das férias), o restante forma um bloco unitário de dias (DELGADO, 2017, p. 1105). Nesse ponto cabe uma ressalva em função da flexibilização provocada pela reforma trabalhista ocorrida em 2017, na forma da lei 13.467, que deu nova redação ao artigo 134¹, passando a permitir o fracionamento em até três períodos, sendo que um deles deverá ter no mínimo quatorze dias, e os demais não poderão ser inferiores a cinco dias.

A redação anterior do parágrafo primeiro do referido artigo, previa que, somente em casos excepcionais, o período de férias poderia ser fracionado em dois períodos, sendo que ao menos um deles não poderia ser inferior a dez dias. O parágrafo 2º que foi revogado pela reforma tinha a seguinte redação: “§ 2º - Aos

¹ Art. 134 - As férias serão concedidas por ato do empregador, em um só período, nos 12 (doze) meses subsequentes à data em que o empregado tiver adquirido o direito. § 1º Desde que haja concordância do empregado, as férias poderão ser usufruídas em até três períodos, sendo que um deles não poderá ser inferior a quatorze dias corridos e os demais não poderão ser inferiores a cinco dias corridos, cada um. § 2º (Revogado). § 3º É vedado o início das férias no período de dois dias que antecede feriado ou dia de repouso semanal remunerado.

menores de dezoito anos e aos maiores de cinquenta anos de idade, as férias serão sempre concedidas de uma só vez”.

Sobre esse assunto, Magalhães (2017) destaca que a nova redação segue critério existente na Convenção 132 da Organização Internacional do Trabalho - OIT quando define que um período seja de ao menos quatorze dias e inova ao estabelecer o mínimo de cinco dias para os remanescentes, com o fim de coibir concessão de períodos excessivamente curtos, de forma que “não é possível concluir, de plano, que a alteração legislativa revelou-se prejudicial ao trabalhador”.

Ainda, o autor ressalta a exigência da concordância do trabalhador para o fracionamento das férias, entendendo que, sem esse requisito, será nulo o fracionamento e, portanto, deverá ser pago em dobro pelo empregador, conforme jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho. Destaca ainda Magalhães (2017) a revogação do parágrafo segundo do artigo 134 da CLT, sendo que, no entender do autor, não se pode mais, na atual realidade social, considerar o trabalhador maior de cinquenta anos como vulnerável, e em relação aos menores de dezoito anos, o autor entende suficiente a proteção proporcionada pela necessidade de concordância do caput.

Neste contexto, a nova previsão legal de fracionamento das férias revela-se consentânea com as necessidades atuais dos trabalhadores, em uma sociedade em que as demandas são muitas, em todos os aspectos da vida do indivíduo. O empregado muitas vezes pretende alcançar diversas realizações em suas férias (viagem, estudo, descanso, lazer) o que pode ser alcançado com o fracionamento em dois ou três períodos, sempre dependendo do seu consentimento (MAGALHÃES, 2017).

Feitas as observações sobre as mudanças trazidas pela reforma trabalhista, dá-se continuidade à apresentação da caracterização definida por Delgado (2017, p. 1106), que define como outra característica a anualidade, sendo que o Direito do Trabalho, tem fixado a periodicidade anual para aquisição do direito a férias.

A quarta característica do instituto das férias apresentadas por Delgado (2017, p. 1106), é a sua composição obrigacional, uma vez que o empregador tem obrigação de conceder as férias (fazer), não solicitar serviços durante o período (não fazer), e realizar o pagamento antecipado das férias e do terço constitucional (dar). Em relação ao empregado, ele deve fruir as férias (fazer), e abster-se de outros compromissos laborativos (não fazer).

Por fim, o quinto carácter é a natureza de interrupção contratual das férias. “Durante seu gozo, o obreiro susta a principal de suas obrigações contratuais (prestação laborativa), preservando, contudo, a efetividade de seus direitos trabalhistas” (DELGADO, 2017, p. 1106).

Sobre a natureza jurídica do instituto das férias, Delgado (2017, p. 1136), afirma que em primeiro lugar, as férias não têm natureza de prêmio, mas sim de direito, de forma que independe da conduta do trabalhador. Ainda, o direito de férias não se funda unicamente no interesse individual do trabalhador, mas se relaciona a considerações de bem-estar coletivo. E por fim, o autor lembra que, em relação às parcelas devidas, a natureza das férias não é uniforme: se houver o gozo no período contratual, as parcelas são salariais; e, se não fruídas, as parcelas devidas são de naturezas indenizatórias referentes ao período não concedido.

Finda assim a apertada síntese conceitual do instituto das férias, onde buscou-se apresentar uma definição do direito, sua natureza jurídica e seu carácter de direito social fundamental amparada em nossa Carta Constitucional, representando ainda elemento de preservação da saúde do obreiro. Passa-se adiante a verificar como o direito a férias se encontra na Consolidação das Leis Trabalhistas Brasileira.

2.1 O direito a férias na Consolidação das Leis Trabalhistas

Expostos até aqui diversos aspectos que justificam a existência do instituto das férias, bem como seus objetivos e importância do ponto de vista social e humano, passe-se agora a apresentar a regulamentação de tal direito conforme o regramento contido na Consolidação das Leis do Trabalho (CLT).

2.1.1 Da aquisição e da duração das férias

De início serão tratados os requisitos legais que se destinam a gerar o direito aquisitivo das férias, bem como os elementos dispostos no normativo que estipulam sua intensidade temporal.

A Consolidação das Leis de Trabalho, personificada através do Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, tendo sofrido diversas alterações legislativas ao longo de sua existência, sendo a mais recente a chamada reforma trabalhista, levada a cabo pela lei 13.467 de 13 de julho de 2017, traz em seu Capítulo IV – Das Férias Anuais, a normatização concernente ao referido instituto, e determina, no artigo 129 que “todo empregado terá direito anualmente ao gozo de um período de férias, sem prejuízo da remuneração”.

O artigo 129 da CLT, “que preceitua o direito de férias anuais sem prejuízo da remuneração, dever ser interpretado no sentido de que essa remuneração será acrescida de pelo menos um terço a mais do que o salário normal”, efetivando assim a interpretação constitucional do referido artigo (VECCHI, 2016, p. 231).

Romar (2018, p. 383) explica que a aquisição do direito de férias está condicionada ao preenchimento dos requisitos preconizados em lei.

O direito a férias depende da implementação de um período aquisitivo, que corresponde a 12 meses de vigência do contrato de trabalho, ou seja, a cada 12 meses de vigência do contrato o empregado adquire o direito a férias, enquanto durar o referido contrato (art. 130, CLT) (ROMAR, 2018, p. 385).

Ressalta a autora que o período de doze meses trata-se do período de vigência do contrato de trabalho, e não de meses trabalhados, iniciando a contagem na data inicial contratual. Ademais, Delgado (2017, p. 1107) lembra que, conforme artigo 146, parágrafo único da CLT, “no cômputo do período aquisitivo de férias, cada fração temporal do mês/calendário superior a 14 dias conta-se como um mês”.

O artigo 130² da CLT, na sua atual redação dada pelo decreto-lei nº 1.535 de 1977, disciplina em seus incisos a duração das férias levando em consideração o critério assiduidade do empregado, ou seja, o número de faltas injustificadas durante o período aquisitivo (ROMAR, 2018, p. 386).

Vecchi (2016, p. 232) complementa informando que no caso de “as faltas injustificadas ultrapassarem o número de trinta e duas durante o período aquisitivo,

² Art. 130 - Após cada período de 12 (doze) meses de vigência do contrato de trabalho, o empregado terá direito a férias, na seguinte proporção: I - 30 (trinta) dias corridos, quando não houver faltado ao serviço mais de 5 (cinco) vezes; II - 24 (vinte e quatro) dias corridos, quando houver tido de 6 (seis) a 14 (quatorze) faltas; III - 18 (dezoito) dias corridos, quando houver tido de 15 (quinze) a 23 (vinte e três) faltas; IV - 12 (doze) dias corridos, quando houver tido de 24 (vinte e quatro) a 32 (trinta e duas) faltas.

seguindo a regulamentação dada pela CLT, ocorre a perda do direito de férias”, e passa-se a contar novo período aquisitivo.

Ainda sobre o artigo 130, cabe observação quanto aos seus parágrafos, em especial o § 1º:

De acordo com o previsto no § 1º do art. 130 da CLT, é vedado descontar da remuneração do período de férias as faltas do empregado ao serviço. Portanto, o empregado terá menos dias de descanso, na proporção das faltas injustificadas que teve no período aquisitivo, mas a remuneração das férias será correspondente aos trinta dias (ROMAR, 2018, p. 387).

Ainda sobre o assunto, o artigo 131 do já referido diploma legal trata das faltas justificadas que “na qualidade de simples interrupção contratual, não podem interferir na tabela de cálculos da duração das férias, não prejudicando, pois, sua duração” (DELGADO, 2017, p. 1110).

A Consolidação das Leis do Trabalho também explicita o que Delgado (2017, p. 1108) chama de Fatores Prejudiciais à Aquisição das Férias, que em geral estão “relacionados ao efetivo comparecimento do trabalhador à prestação de serviços em certo lapso temporal legalmente delimitado”, *v.g.* a perda do direito ao obreiro que faltar ao trabalho injustificadamente mais de trinta e dois dias.

O artigo 133 da CLT traz as hipóteses onde ocorre a perda do direito de férias, ou seja, “situações que, se ocorridas durante o período aquisitivo de férias, acarretam a perda do direito de férias relativas ao respectivo período” (VECCHI, 2016, p. 235).

Conforme o artigo consolidado, o empregado não terá direito às férias se, durante o período aquisitivo, deixar o emprego e não for readmitido dentro dos sessenta dias subsequentes à sua saída; permanecer em gozo de licença, com percepção de salário, por mais de trinta dias; deixar de trabalhar, com percepção do salário, por mais de trinta dias em virtude de paralisação parcial ou total dos serviços da empresa; tiver recebido da Previdência Social prestações de acidente de trabalho ou de auxílio-doença por mais de seis meses, embora descontínuos (VECCHI, 2016, p. 235).

Dessa forma, “prejudicado o período aquisitivo pela ocorrência de um dos fatores acima, o *novo* período aquisitivo iniciar-se-á tão logo o empregado retorne ao serviço (art. 133, CLT)” (DELGADO, 2017, p. 1109, grifo do autor).

Apresentados assim, brevemente, as regras que definem como se dá a aquisição do direito de férias, bem como o tempo que deve durar, conforme

estabelecido em lei, o passo seguinte desse estudo será tratar do período concessivo, ou seja, o período de exercício do direito.

2.1.2 Do período de concessão

Da mesma forma que existe na CLT o regramento que permite a aquisição do direito a férias, sua duração, e causas prejudiciais, o diploma legal também regula a forma de concessão para fruição do direito.

A concessão das férias ao longo do contrato de trabalho submete-se também a regras objetivas estipuladas pela ordem jurídica. Tais regras fixam, em primeiro plano, um período delimitado para a regular dação das férias pelo empregador – o chamado período concessivo ou de gozo das férias (DELGADO, 2017, p. 1115).

Assim, preceitua a lei que “as férias serão concedidas por ato do empregador no período concessivo, que corresponde aos 12 meses subsequentes ao período aquisitivo (art. 134, CLT)” (ROMAR, 2018, p. 387).

O artigo 136 determina que a época de concessão se dará em função do interesse do empregador, no entanto “as férias dos empregados menores de 18 anos, estudantes, serão coincidentes com as férias escolares”. No mesmo sentido, as férias, em caso de “membros de uma mesma família que trabalhem para o mesmo empregador serão concedidas em conjunto, salvo se disto resultar prejuízo para o serviço (art. 136, §§ 1º e 2º, CLT)” (ROMAR, 2018, p. 387).

Sobre a forma de concessão das férias, como já mencionado anteriormente, houve, com a reforma trabalhista, modificação quanto a possibilidade de parcelamento. Sendo que a norma então vigente cria possibilidade de parcelamento maior que a anterior.

As férias deverão, como regra, ser concedidas em um só período, sendo que, havendo concordância do empregado, poderão ser usufruídas em até 3 (três) períodos, sendo que um deles não poderá ser inferior a 14 dias corridos e os demais não poderão ser inferiores a 5 dias corridos cada um (art. 134, caput e § 1º, CLT) (ROMAR, 2018, p. 387).

A reforma trabalhista ainda trouxe mudança em outros pontos do instituto das férias. Com a revogação do parágrafo segundo do artigo 134 da CLT extinguiu-se a proibição de parcelamento para empregados menores de dezoito anos e com idade

superior a cinquenta anos. Outra vedação, no entanto, foi criada com a incorporação do § 3º ao referido artigo que determina literalmente ser “vedado o início das férias no período de dois dias que antecede feriado ou dia de repouso semanal remunerado”.

Ademais, a CLT também fixa “penalidades para casos de desrespeito ao regular período concessivo, além de estabelecer medidas viabilizadoras da efetiva garantia do gozo de férias em favor do empregado ao longo do contrato” (DELGADO, 2017, p. 1115).

Nesse sentido, nos termos do art. 137 da CLT, a concessão das férias após o período concessivo implica na obrigação do empregador pagar em dobro a respectiva remuneração [(remuneração normal + 1/3) x 2] (ROMAR, 2018, p. 388).

A autora ainda lembra que, conforme Súmula 81 do Tribunal Superior do Trabalho (TST), os dias que forem fruídos após o período determinado em lei para concessão, deverão ser remunerados em dobro.

Por exemplo: as férias de 30 dias são concedidas pelo empregador faltando 10 dias para o término do período concessivo. Os 10 dias gozados ainda na vigência do período concessivo são remunerados de forma simples; os 20 dias gozados após o término do período concessivo são remunerados em dobro (ROMAR, 2018, p. 388).

No entanto, ressalta a autora que a não concessão de férias no período legal confere ao trabalhador o direito de ingressar com ação judicial para fixação em sentença do período de férias. Nesse caso, o empregador ainda fica sujeito à multa diária de cinco por cento do salário do empregado à época, até a concessão das férias (ROMAR, 2018, p. 389).

Segundo Delgado (2017, p. 1120), a concessão extemporânea de férias gera quatro efeitos jurídicos. Primeiramente o empregador continua tendo o dever de conceder as férias, mas perde a prerrogativa legal de escolher o período de concessão. Em segundo lugar, mantém-se o direito do empregado em fruir as férias, contudo, o ordenamento jurídico lhe assegura fruição imediata do direito. Um terceiro efeito é o pagamento em dobro das férias, inclusive do terço constitucional. E por fim, o efeito administrativo, com base no artigo 137, § 3º, ordenando que a decisão judicial que condena o empregador à concessão das férias fora do prazo legal, seja encaminhada ao Ministério do Trabalho para aplicação de multa de caráter administrativo.

Esses são os elementos que definem o período concessivo, ou seja, de fruição do direito a férias, que deve se dar nos doze meses subsequentes ao período aquisitivo. Lembrou ainda o legislador de criar penalidades para o empregador que desrespeitar essas regras temporais.

2.1.3 Da remuneração

Como já mencionado, o período de férias gera a suspensão do contrato de trabalho, no que tange à obrigação do trabalhador, ou seja, a prestação do serviço, mas não suspende a obrigação do empregador: o pagamento dos vencimentos.

A remuneração das férias leva em consideração o disposto no artigo 142 da CLT e o artigo 7º, inciso XVII da Constituição Federal, de forma que “a remuneração das férias equivale à remuneração normal do empregado, ou seja, o mesmo valor que o empregado receberia caso trabalhasse no respectivo período, acrescida de 1/3” (ROMAR, 2018, p. 389). Nesse mesmo sentido aponta a súmula do TST de nº 328, *in verbis*: “O pagamento das férias, integrais ou proporcionais, gozadas ou não, na vigência da CF/1988, sujeita-se ao acréscimo do terço previsto no respectivo art. 7º, XVII”.

Vai no mesmo sentido outro doutrinador.

O valor pecuniário das férias (sua “remuneração”) corresponde ao valor do salário, considerando o correspondente período de trabalho (trata-se do mesmo montante que seria pago caso o obreiro estivesse laborando); a este valor, acresce-se o percentual de um terço (art. 142, CLT, combinando com art. 7º, XVII, CF/88). Para cálculo do valor das férias, considera-se a data do início de sua fruição (art. 142) (DELGADO, 2017, p. 1124).

Afirma Romar (2018, p. 389) que “para fins de cálculo das férias, deve ser considerada a remuneração do empregado na época da concessão, e não na época da aquisição do direito”. E a autora completa afirmando que “a forma de cálculo da remuneração deve seguir as regras dos parágrafos do art. 142 da CLT”.

Nesse sentido:

A medida, contudo, que o salário obreiro pode assumir distintas modalidades (unidade de obra, unidade de tempo ou salário tarefa; salário variável, fixo ou misto, etc.), cria a ordem jurídica algumas regras objetivas para cálculo do valor básico das férias (sobre o qual incidirá, como visto, um terço). Tais regras abrangem, na verdade, o cálculo do salário referencial para as férias

e a seleção entre parcelas trabalhistas que irão integrar (ou não) esse salário referencial (DELGADO, 2017, p. 1125).

O pagamento das férias, bem como do abono previsto no artigo 143 da CLT deve ser realizado, mediante recibo, até dois dias antes do empregado sair de férias, conforme estabelecido no artigo 145 do mesmo diploma legal (ROMAR, 2018, p. 390). Nesse sentido, adverte a súmula 450³ do Tribunal Superior do Trabalho, que o não pagamento no prazo no artigo 145 implica a penalidade do pagamento em dobro.

Ainda, compõe a remuneração das férias o abono pecuniário, ou conversão pecuniária das férias que, segundo Delgado (2017, p. 1130, grifos do autor) caracteriza-se como “a *parcela indenizatória resultante da conversão pecuniária do valor correspondente a um terço do período de férias* (art. 143, CLT)”.

O autor continua, e esclarece que a natureza indenizatória advém da reparação ao obreiro pela não concessão de parcela das férias. Já sobre a forma de cálculo da remuneração, o doutrinador ressalva que são comuns as ocorrências de erros, e explica que o abono deve ser “calculado sobre o valor global das férias: logo, considera, inclusive, o terço constitucional de férias. A equação assim se expõe: *abono pecuniário de férias* (art. 143, CLT) = (férias + 1/3): 3” (DELGADO, 2017, 1130, grifo do autor).

Fica assim demonstrado como deve ser remunerado o direito objeto desse trabalho com base em regras legais e constitucionais, ou seja, a composição da remuneração deve se dar pelo vencimento integral do obreiro, somado ao terço constitucional.

2.1.4 Efeitos da extinção do contrato

Em capítulo anterior foi demonstrado que o instituto em estudo tem um elemento caracterizado pela continuidade do contrato de trabalho. Por conta disso, a extinção do mesmo gera consequências em relação à fruição do direito.

³ Súmula 450. Férias. Gozo na época própria. Pagamento fora do prazo. Dobra devida. Arts. 137 e 145 da CLT: É devido o pagamento em dobro da remuneração de férias, incluído o terço constitucional, com base no art. 137 da CLT, quando, ainda que gozadas na época própria, o empregador tenha descumprido o prazo previsto no art. 145 do mesmo diploma legal.

Considerando os objetivos e finalidades do instituto das férias, Delgado (2017, p. 1132) afirma que “as férias consistem em parcelas que devem ser fruídas ao longo do contrato de trabalho; apenas em tais circunstâncias de fruição é que estarão cumprindo os plenos objetivos que justificam sua existência”.

No entanto, é possível que ocorra a extinção do contrato de trabalho sem que o empregado tenha gozado suas férias, sejam as relativas ao último período aquisitivo completo, sejam as relativas a períodos aquisitivos anteriores ou sejam, ainda, as relativas ao período aquisitivo que está em curso no momento da rescisão do contrato. Por tal razão, o legislador prevê de forma expressa as consequências da extinção do contrato de trabalho do empregado em relação aos seus períodos de férias (ROMAR, 2018, p. 390).

Para Delgado (2017, p. 1132) a extinção do contrato pode gerar, no que tange ao instituto em questão, três diferentes situações em relação às férias: vencidas, simples e proporcionais.

Vencidas são aquelas cujo período aquisitivo e concessivo já se esgotou sem que houvesse fruição do direito. Nesse caso, o empregador está inadimplente e as férias deverão ser pagas em dobro (art. 146, CLT). Outra situação, representa as férias simples, que é quando o período aquisitivo já se esgotou, mas o período concessivo ainda não, de forma que há o direito adquirido ensejando o pagamento simples da remuneração das férias não concedidas. Por fim, as férias proporcionais representam o direito referente ao período aquisitivo incompleto (menos de doze meses). São calculadas com base na fração de um doze avos por mês trabalhado, contando-se como mês completo quando computar mais de quatorze dias de trabalho (parágrafo único do art. 146, CLT) (DELGADO, 2017, p. 1133).

A Súmula 328 do Tribunal Superior do Trabalho, que trata sobre o terço constitucional previsto no artigo 7º, XVII da Constituição Federal, determina que o mesmo é devido, sejam para férias proporcionais, integrais, gozadas ou não.

Portanto, na extinção do contrato de trabalho o empregado receberá de forma indenizada (férias indenizadas) as férias proporcionais e, se for o caso, as férias simples e as férias vencidas pendentes, todas acrescidas de 1/3 (ROMAR, 2018, p. 391).

Por fim, Delgado (2017, p. 1133), com base nos artigos 142, 146 e 148 da Consolidação das Leis do Trabalho – CLT, esclarece que, para o cálculo da remuneração das férias por ocasião da extinção do contrato de trabalho, deverá ser

considerado o salário percebido pelo empregado à época da rescisão, e não da época da aquisição do direito.

Como se vê, a extinção do contrato garante ao obreiro o benefício pecuniário do seu direito ao período de férias. Com tal arremate fica concluído, mas não esgotado, esse tópico do presente trabalho que buscou apresentar o tema na legislação nacional, e passa-se a tratar sua presença no normativo internacional.

2.2 A Convenção 132 da Organização Internacional do Trabalho

No presente tópico terá espaço a importância da Convenção 132 da OIT (Organização Internacional do Trabalho), no desenvolvimento do regramento interno brasileiro no que se destina ao direito do cidadão obreiro ao período de férias remuneradas.

Para Camino (2004, p. 416) “a regulamentação das férias no Brasil sofre, atualmente, o impacto da promulgação, no plano interno, da Convenção nº 132 da Organização Internacional do Trabalho”, que, segundo Vecchi (2016, p. 228) foi “aprovada pelo Decreto Legislativo 47/81 e tornada eficaz pela publicação do Decreto 3.197/99 do Presidente da República”.

Vecchi (2016, p. 228) continua explicando que a referida convenção trata de “direitos humanos fundamentais, razão pela qual, entende-se que a mesma se incorpora ao direito interno brasileiro como norma constitucional (art. 5º, § 2º, da CF de 1988)”.

Antes de aprofundar a questão, faz-se de suma importância a apresentação, mesmo que breve, da organização emanadora da aludida convenção: a Organização Internacional do Trabalho – OIT.

2.2.1 A Organização Internacional do Trabalho

Antes de prosseguir o estudo, cabe inserir nessas linhas uma breve apresentação da organização que representa o direito do trabalho em âmbito internacional, trazendo sua história e contextualização.

Situando historicamente o leitor, Nascimento explica que “para o direito do trabalho, o *Tratado de Versalhes* (1919) assumiu importância, pois dele surgiu o projeto de organização internacional do trabalho”, uma vez que a parte XIII do

tratado é tido como a constituição jurídica da Organização Internacional do Trabalho – OIT (NASCIMENTO, 2014, p. 140, grifo do autor).

Nascimento (2014, p. 144) explica que a função normativa da OIT se dá através de convenções e recomendações.

Convenções internacionais são normas jurídicas emanadas da Conferência Internacional da OIT, destinadas a constituir regras gerais e obrigatórias para os Estados deliberantes, que as incluem no seu ordenamento interno, observadas as respectivas prescrições constitucionais (NASCIMENTO, 2014, p. 144).

Continuando, o doutrinador explica que a incorporação das convenções ao ordenamento jurídico dos estados-membros depende, ou não, do sistema legal de cada país. Já sobre as recomendações, o autor esclarece que elas ocorrem quando não há número suficiente de adesões para que elas se tornem convenções, e portanto elas valem apenas como sugestão para os países (NASCIMENTO, 2014, p. 147).

Para Delgado (2017, p. 65) o Direito Internacional do Trabalho tem mantido, e até ampliado sua influência desde a criação da OIT (Organização Internacional do Trabalho).

Nas últimas décadas, em face da acentuação da globalização e da influência crescente de certa perspectiva internacional no interior das sociedades nacionais, a força do Direito Internacional do trabalho tem se elevado (DELGADO, 2017, p. 65).

O autor explica ainda que, no Brasil, com o entendimento do Supremo Tribunal Federal - STF em relação ao caráter supralegal dos tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos, as convenções ratificadas da OIT ganham relevo no ordenamento jurídico nacional. No entanto, em caso de conflito entre normas, deve permanecer uma preponderância com base nos princípios da vedação do retrocesso e da norma mais favorável (DELGADO, 2017, p. 65).

O direito internacional privado consagra o princípio geral da aplicação da norma mais favorável, consagrado também no art. 19, item 8º, da Constituição da OIT. À luz desse princípio, a ratificação de convenção internacional, em alguns aspectos menos favoráveis do que as disposições já constantes na legislação interna, não implica revogação dessa última. Há de se entender que a convenção consagra normas mínimas que podem ser ampliadas na legislação interna do país signatário. A recíproca não é verdadeira: naquilo em que beneficia, a convenção prevalece porque, uma vez ratificada, integra a ordem e, aqui, é ela a norma mais favorável (CAMINO, 2004, p. 416).

Gomes e Gottschalk (2011, p. 62) explicam por sua vez que, no Brasil, por força da Constituição Federal de 1988, convenções a atos internacionais somente passam a ter validade no ordenamento interno, depois de ratificadas pelo Congresso Nacional, sendo que “uma vez *ratificada*, a Convenção passa a vigorar como fonte de Direito do Trabalho, embora seja, em sua origem, de *produção* internacional” GOMES e GOTTSCHALK, 2011, p. 62, grifo do autor).

Dessa forma, fica evidenciada a importância do ordenamento internacional, emanado da OIT, na normatização trabalhista nacional. Nesse diapasão, adentra-se a seguir nas determinações internacionais relativas ao instituto tema do presente estudo.

2.2.2 A Convenção 132 da OIT

Como já anteriormente explicado, o ordenamento pátrio sobre direito a férias, sofre influência da referida convenção, incorporada em definitivo na ordem jurídica interna em 1999 pelo Decreto Presidencial nº 3.197.

Medeiros (2018) observando as incongruências entre a Convenção 132 e o regramento interno começa por apontar o artigo 5º, § 2º, do ordenamento internacional que define que o período mínimo para aquisição do direito de férias não poderá ultrapassar seis meses, mas, apesar do reconhecimento do princípio *in dubio pro operário*, a CF/88 institui o período mínimo de aquisição de doze meses, nesse caso, prevalecendo, por ser norma constitucional. Porém, nesse sentido, a autora cita as súmulas 171 e 261 do TST que garantem o pagamento de férias proporcionais a trabalhador que se demitir antes de completar doze meses de contrato.

Outro item apontado pela autora é a determinação da Convenção nº 132 de que as ausências ao trabalho que independam da vontade do trabalhador (doença, acidente, licença maternidade), não podem ser descontadas do período de férias, prevalecendo sobre o inciso IV do art. 133, que pune com a perda do direito a férias o trabalhador que “tiver percebido da Previdência Social prestações de acidente de trabalho ou de auxílio-doença por mais de 6 meses, embora descontínuos”. (MEDEIROS, 2018). E continua a autora, apontando outra diferença:

O art. 6º, § 1º, da Convenção nº 132, estabelece que estão excluídos os feriados do período de gozo de férias, devendo ser acrescentados aos dias a usufruir. Portanto, na prática, a duração das férias, que não podem ser inferiores a 3 (três) semanas de trabalho, correspondendo a 21 (vinte e um) dias corridos, por 1 (um) ano de serviço, devem ser acrescidos os feriados desse período. Pela CLT, as férias são de 30 (trinta) dias corridos, incluídos os feriados. No calendário brasileiro, não existe nenhum período de 30 (trinta) dias que contemple 9 (nove) feriados. Diante disso, prevalece a CLT, pois não fere ao dispositivo da Convenção (MEDEIROS, 2018).

Passa a autora a tratar do período de concessão de férias, que no direito pátrio se estende pelos doze meses seguintes ao período aquisitivo (art. 134, CLT), enquanto a já citada Convenção estipula o prazo de dezoito meses. No que tange ao fracionamento, a Convenção o autoriza em seu artigo 8.2, desde que um dos períodos seja superior a duas semanas de trabalho, estando a atual redação da CLT em acordo com o dispositivo internacional. Cabe aqui lembrar que a redação que ora vige do artigo 134, §1º da CLT que disciplina o tema, foi dada pela lei 13.467/17, a Reforma Trabalhista. A redação anterior permitia fração mínima de dez dias. (MEDEIROS, 2018).

Sobre a remuneração, “importante ressaltar que a Constituição Federal de 1988, no seu art. 7º, inciso XVII, acrescenta à remuneração de férias o percentual mínimo de um terço. A Convenção não dispõe de tal benefício” (MEDEIROS, 2018).

Discorrendo sobre o abono de férias, previsto no artigo 143 da CLT, Vecchi (2016, p. 240) afirma que sobre tal dispositivo paira fundada dúvida quanto à sua constitucionalidade, pois o inciso XVII do art. 7º da Carta Maior não “deixa abertura para a conversão de férias em abono pecuniário”.

Além disso, o abono de férias também conflita com o disposto no art. 12 da Convenção 132 da OIT, a qual prevê que todo o acordo relativo ao abandono do direito ao período mínimo de férias anuais remuneradas prevista no § 3 do artigo 3 da convenção (três semanas), ou relativo à renúncia ao gozo das férias mediante indenização, ou qualquer outra forma será, dependendo das condições nacionais, nulo de pleno direito (VECCHI, 2014, p. 240).

Num comparativo entre a Convenção 132 e a CLT, Camino (2004, p. 440) aponta alguns aspectos do ordenamento interno brasileiro, que, sem a mínima dúvida, permanecem vigentes, independentemente da aprovação da referida convenção. São eles:

- O direito a férias é irrenunciável (arts. 9º da CLT e 12 da Convenção 132);

- As férias são pagas no valor da remuneração vigente do empregado (arts. 142 da CLT e 7º, § 2º, da Convenção 132);
- A remuneração das férias será acrescida de 1/3 (art. 7º, XVII, da CF);
- Ao empregado é vedado prestar serviços a outro empregador, salvo se estiver obrigado a fazê-lo em virtude de contrato de trabalho (arts. 138 da CLT e 14 da Convenção 132) (CAMINO, 2004, p. 440).

Por fim, Medeiros (2018) lembra que a Convenção nº 132, “por tratar-se de norma de uniformização de direitos mínimos, revela-se menos abrangente do que o ordenamento pátrio”, mas, por ser recepcionada no ordenamento jurídico com o status de lei ordinária posterior a CLT, pode ter o condão de alterar dispositivos desta, cabendo sempre a análise da norma mais benéfica ao trabalhador.

Com o cotejo entre a norma pátria e a norma internacional, conclui-se o presente capítulo. Nele foi apresentada a concepção do direito a férias como garantia fundamental constitucional. Também pode-se demonstrar sua inserção na legislação específica com seus reflexos na remuneração do trabalhador e, por fim, a equivalência do regramento brasileiro com as orientações da Organização Internacional do Trabalho. No próximo capítulo, esse estudo direcionará esforços na tentativa de informar sobre o fenômeno da terceirização, seu histórico, seu fulcro legal, e suas consequências para a vida do trabalhador.

3. O FENÔMENO DA TERCEIRIZAÇÃO

Nesse capítulo far-se-á a apresentação do fenômeno da terceirização, sua contextualização doutrinária, conceituação, caracterização e legislação atinente. Também constarão nessa parte do trabalho reflexões da doutrina e outros estudos sobre os efeitos dessa forma de contratação de mão de obra. O objetivo do presente capítulo é fazer uma exposição dos variados aspectos e impactos de sua prática.

3.1 Terceirização como forma de flexibilização

Nesse tópico o fenômeno da terceirização é contextualizado como uma das formas de flexibilização das normas trabalhista, para isso, serão apresentadas visões doutrinárias sobre o tema.

Martins (2018, p. 21), sobre a história da terceirização, afirma que “na Grécia, umas pessoas alugavam escravos para outras, que eram usados no trabalho nas minas”, e que a terceirização surge em cenários de crises econômicas, quando o empresariado procura diminuir custos, em especial com mão de obra.

No mundo, a ideia de terceirização aparece durante o período da Segunda Guerra Mundial, quando os produtores de armas estavam sobrecarregados com a demanda, e perceberam que poderiam delegar serviços a terceiros, contratados para dar suporte ao aumento na produção de armamento (MARTINS, 2018, p. 22).

Para Martins (2018, p. 52) a terceirização “surge como forma de compatibilizar a eficiência econômica com novos métodos de gestão de mão de obra e também com as inovações tecnológicas”. Dessa forma ela faz parte de um fenômeno maior denominado Flexibilização das Normas Trabalhistas, uma vez que a “contratação de terceiros para prestar serviços à empresa também é uma forma de flexibilização dos direitos trabalhistas”, já que muitos direitos são perdidos, como, em alguns casos, a carteira assinada e os benefícios decorrentes do contrato de trabalho.

A flexibilização das normas do Direito do Trabalho visa assegurar um conjunto de regras mínimas ao trabalhador e, em contrapartida, a sobrevivência da empresa, por meio da modificação de comandos legais, procurando outorgar aos trabalhadores certos direitos mínimos e ao empregador a possibilidade de adaptação ao seu negócio, mormente em épocas de crise econômica (MARTINS, 2018, p. 51).

Lima e Lima (2018, p. 20), ao abordar o tema, explicam que a flexibilização pode se dar pela adaptação, que é a versão mais branda, ou pela desregulamentação. Seu objetivo seria permitir modalidades contratuais mais dinâmicas e adequadas ao mercado. Os autores concluem afirmando que “a flexibilização desejada abrange a retirada de todas as amarras estatais para o empreendedorismo. A trabalhista é só mais uma de suas facetas”.

A flexibilização, a pretexto de abrir o mercado para novas oportunidades de trabalho e preservar a sobrevivência das empresas, vem, na verdade, produzindo a precarização do trabalho, multiplicando o número de trabalhadores sem garantias sociais, tangidos pela indigência (LIMA; LIMA, 2018, p. 21).

Sobre o aspecto legal da flexibilização, Lima e Lima (2018, p. 21), bem como Martins (2018, p. 51), convergem no sentido de que a Constituição Federal do Brasil abre espaço para a flexibilização em seu artigo 7º, ao permitir, mediante negociação coletiva, a redução de salário (inciso VI), mudança na jornada de trabalho e compensação de horas extras (incisos XIII e XIV).

Por fim, ainda no que concerne à flexibilização no direito brasileiro:

(...) o Congresso Nacional aprovou em 2017 a Lei n. 13.429, que libera a terceirização para todas as atividades da empresa contratante⁴, e a Lei n. 13.467, que materializa a Reforma Trabalhista, a qual libera a negociação direta entre empregados e empregadores em vários pontos do contrato, sobrepõe o negociado sobre o legislado, extingue a contribuição sindical compulsória, institui o trabalho intermitente, o teletrabalho, tarifa o dano extrapatrimonial, reduz as parcelas salariais e a gratuidade processual para o trabalhador (LIMA; LIMA, 2018, p. 21).

Concluem os autores que “a terceirização é uma das manifestações da flexibilização e se expressa de diversas formas”, sendo a principal delas a transferência para terceiros de serviços e atividades da empresa, inclusive da atividade principal, considerando o permissivo das alterações legislativas de 2017. Com sua denominação advinda da “palavra inglesa *outsourcing*, síntese da frase

⁴ Aqui observa-se uma imprecisão dos autores. Foi a lei 13.467/2017, que alterou na lei 6.019/74 o artigo 4º-A, que passou a ter a seguinte redação: “Considera-se prestação de serviços a terceiros a transferência feita pela contratante da execução de quaisquer de suas atividades, inclusive sua atividade principal, à pessoa jurídica de direito privado prestadora de serviços que possua capacidade econômica compatível com a sua execução”, liberando assim a possibilidade de terceirização para todas as atividades da empresa. Não foi a lei 13.429/2017 como colocam os autores, pois esta, inseriu o artigo 4-A com redação diversa e sem menção à amplitude de atividades.

'*outside resource using*' (uso de recursos externos)" a terceirização é caracterizada pela "opção da empresa de transferir para terceiro o produto ou serviço que ela tem capacidade de produzir internamente" (LIMA; LIMA, 2018, p. 23).

Esse processo se dá na tentativa de tornar as empresas mais competitivas e lucrativas, "no entanto, deve-se ter em vista que a terceirização de bens e serviços é focada em três objetos de ordem econômica: a) mais eficiência; b) redução de custo; c) maior competitividade", e que para consecução desses objetivos, em geral "os trabalhadores são sacrificados, mediante precarização dos contratos, ampliação de jornadas, mais exigências (de qualificação, de eficiência, de disciplina etc.) e redução de salários" (LIMA; LIMA, 2018, p. 242).

Desse forma, vê-se que é pacífico na doutrina a caracterização da terceirização como forma de flexibilização de direitos trabalhistas, que acontece especialmente como forma de melhorar a eficiência produtiva empresarial, e via de regra, às custas da qualidade do emprego. A seguir, far-se-á tentativa de conceituação do fenômeno tema do presente estudo.

3.2. Conceito e espécies de terceirização

O tópico que se inicia trará conceitos sobre a terceirização, bem como alguns modos de classificar as diversas formas sob as quais esse processo pode ocorrer. Serão trazidas as conceituações e classificações disponíveis nas diversas doutrinas sobre o tema.

Delgado (2017, p. 502), explica que terceirização é um neologismo oriundo da palavra terceiro, representando o intermediário, interveniente, não devendo, no entanto, ser confundido com o terceiro, no sentido jurídico, como aquele que é estranho a relação jurídica. O autor traz uma definição da terceirização sob o enfoque jurídico:

Para o Direito do Trabalho terceirização é o fenômeno pelo qual se dissocia a relação econômica de trabalho da relação trabalhista 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 trabalhistas, que se preservam fixados com uma entidade interveniente (DELGADO, 2017, p. 502).

Lima e Lima (2018, p. 22) apresentam o seguinte conceito para a terceirização:

Terceirização é o nome dado ao fenômeno pelo qual uma empresa transfere para outra empresa, mediante um contrato de natureza empresarial: a) alguns serviços, permanentes ou transitórios de suas atividades periféricas ou principais, dentro de seus estabelecimentos ou não; b) produção de bens; c) ou etapas de sua produção. É também terceirização a contratação de empresa para fornecimento de mão de obra, ou seja, a tomadora abre espaço na sua estrutura de pessoal para ingresso, ainda que em caráter transitório, de empregados de outra empresa (LIMA; LIMA, 2018, p. 22).

Em sequência os autores, afirmando que a terceirização assume cada dia formas mais variadas, identificam cinco espécies para melhor análise do fenômeno (LIMA; LIMA, 2018, p. 24-26):

a) Terceirização de mão de obra – “a empresa contrata outra empresa, fornecedora de mão de obra especializada para qualquer de suas atividades”. Nesse caso existe uma tríplice relação jurídica: uma civil entre a empresa tomadora e a prestadora de serviços; uma relação de emprego entre a prestadora e o trabalhador; e uma relação de trabalho entre este e a contratante. A contratante tem obrigação trabalhista subsidiária e civil originária ou solidária em relação ao trabalhador.

b) Terceirização de serviços – “ocorre quando a empresa contrata outras empresas para prestarem serviços especializados de caráter permanente ou não”. É a modalidade mais praticada e se revela através da contratação de serviços de vigilância, limpeza, transporte, etc. Nessa modalidade também ocorre outro fenômeno que tende a se multiplicar, a chamada “pejutização da mão de obra”, situação em que o empregado é desligado da empresa e retorna como empresa prestadora de serviços, para realizar o mesmo serviço.

c) Terceirização de serviços de natureza intelectual (inclusive científico, artístico e cultural) na atividade-fim da empresa – “o trabalhador intelectual se organiza em pessoa jurídica para contratar a prestação de seu serviço em caráter pessoal, continuado, mediante remuneração, sem vínculo de emprego”.

d) Terceirização de etapas da produção ou produto final – “trabalho prestado em domicílio sem vínculo de emprego; ou quando a empresa transfere a microempresas etapas de produção de seu produto final”. Insere-se aqui o contrato de facção, comum na indústria do vestuário, quando uma empresa adquire de outras produtos ou serviços, como o acabamento de seus produtos, que serão vendidos

com a marca da primeira. Nessa modalidade não há responsabilidade trabalhista subsidiária, porém o trabalho em domicílio, se não bem enquadrado, pode gerar responsabilidade.

e) Terceirização de componentes – uma empresa transfere a outra a fabricação de componentes de seu produto, a exemplo do que ocorre nas montadoras de veículos.

Por fim, os autores explicam que as últimas duas modalidades, chamadas de terceirização externa, não despertam o interesse do direito do trabalho. “As três primeiras, denominadas terceirização interna, sim, em virtude da vinculação do trabalhador, com as implicações jurídicas daí emergentes”. Em relação à quarta modalidade, também pode ocorrer responsabilização da contratação em caso de revelar-se fraudulenta (LIMA; LIMA, 2018, p. 26).

Vê-se assim que a terceirização é um fenômeno de relevante complexidade, podendo se desenvolver de formas variadas, não obstante, em todas as formas há a figura de um terceiro elemento no vínculo trabalhista. E é a figura do terceiro que caracteriza essa forma de relação.

3.3 A terceirização no direito brasileiro

A seguir o presente estudo demonstrará como a terceirização historicamente se desenvolveu dentro do ordenamento legal pátrio, trazendo para isso leis, decretos, jurisprudências e súmulas, bem como a interpretação doutrinária desses normativos.

A Consolidação das Leis do Trabalho, segundo Delgado (2017, p. 503), traz duas figuras delimitadas de subcontratação: a empreitada e a subempreitada, e também a pequena empreitada (Arts. 455 e 652, “a”, III). Explica o doutrinador que na década de 40, época da elaboração da CLT, a terceirização não constituía um fenômeno de grande significação.

Explica ainda o jurista que “em fins da década de 1960 e início dos anos 70 é que a ordem jurídica instituiu referência normativa mais destacada ao fenômeno da terceirização”, que ainda não recebia essa denominação. Mesmo assim, essa normatização só atingia a administração estatal (DELGADO, 2017, p. 503). Ainda, foi no segmento estatal do mercado de trabalho, que surgiram os primeiros diplomas legais a tratarem do tema, “efetivamente, no âmbito da Administração Pública

criaram-se alguns mecanismos jurídicos propiciadores da denominada *descentralização administrativa* que se daria por meio de contratação de mão de obra por empresa interposta “para realização de serviços de apoio, instrumentais, meramente de execução”. Nesse sentido legislam o Dec.-Lei n. 200, de 1967 (art. 10) e a Lei n. 5.645, de 1970. Tendo à posteriori atingido o setor privado (DELGADO, 2017, p. 506, grifo do autor).

A partir da década de 1970 a legislação heterônoma incorporou um diploma normativo que tratava especificamente da terceirização, estendendo-a ao campo privado da economia: a Lei do Trabalho Temporário (lei, n. 6.019/74). Tempos depois, pela Lei n. 7102/83, autorizava-se também a terceirização do trabalho de vigilância bancária, a ser efetuada em caráter permanente (ao contrário da terceirização autorizada pela Lei n. 6019/74, que era temporária (DELGADO, 2017, p. 503-4).

Ademais, Delgado (2017, p. 504) lembra que, a despeito de haver ou não legislação autorizativa atinente, a terceirização ganhou força na atividade empresarial, atingindo setores como limpeza e conservação, por exemplo. Nesse cenário, coube a jurisprudência criar alguma regulamentação, consolidada na súmula 256 do TST, que depois foi revista, em 1993, pela súmula de n. 331 do mesmo tribunal superior.

Ainda sobre a Lei 6.019/74, Martins (2018, p. 24) assevera que ela foi a primeira norma a tratar da terceirização, embora ainda não com esse nome. A lei “regulou a prática do trabalho temporário, já utilizado em larga escala no mercado antes da edição daquela regra legal, porém sem qualquer normatização”.

O objetivo da lei era regular o trabalho temporário – e não fazer concorrência com o trabalho permanente – principalmente porque certos trabalhadores não tinham interesse ou não podiam trabalhar permanentemente, como o estudante, o jovem em idade de prestação de serviço militar, as donas de casa, que não tinham tempo integral para dedicarem ao trabalho mas apenas parte dele, em razão de seus encargos domésticos, os aposentados, que não queriam ter emprego permanente, e até mesmo aqueles que não decidiram a qual profissão iriam dedicar-se (MARTINS, 2018, p. 24).

O autor ainda lembra que em 1973, ano em que foi apresentado o projeto de lei, “a locação de mão de obra vinha se tornando frequente. Havia mais de 50.000 trabalhadores nessas condições na cidade de São Paulo, os quais prestavam serviços a 10.000 empresas”. O objetivo das empresas era conseguir mão de obra

barata, sem desrespeitar as disposições legais de tutela protecionista ao trabalhador (MARTINS, 2018, p. 23).

Por fim, “com a Lei n. 13.429, de 31 de março de 2017, que alterou a Lei n. 6.019/74, a terceirização passou a ter um diploma legal no Brasil, ainda que inserido dentro da Lei n. 6.019/74, que trata do trabalho temporário” (MARTINS, 2018, p. 26).

Sobre as alterações na lei 6.019/74, Lima e Lima (2018, p. 65) explicam que no artigo 4º-A do referido diploma legal é que “se insere no Direito brasileiro a terceirização total. Esse foi o texto inicial da terceirização, **logo mais modificado**, (...)” (grifo do autor). O artigo citado, em sua primeira redação, trazia a seguinte disposição: “Art. 4º-A. Empresa prestadora de serviços a terceiros é a pessoa jurídica de direito privado destinada a prestar à contratante serviços determinados e específicos (incluído pela Lei n. 13.429, de 2017)”.

Por esse conduto, inseriu-se a terceirização na Lei do Trabalho Temporário. Oferece uma definição subjetivista, ou seja, pelo sujeito. Mas, para o projeto de terceirização ilimitada, essa redação continha uma omissão e um obstáculo. Primeiro, omitiu sobre quais atividades poderiam ser terceirizadas; segundo, fala que a prestadora de serviços a terceiros oferecerá **serviços determinados e específicos** (LIMA; LIMA, 2018, p. 65, grifo do autor).

Continuam os doutrinadores explicando que “o art. 4º-A⁵, com a redação dada pela lei 13.467/2017, da Reforma Trabalhista, adota a teoria objetivista, ou seja, define pela atividade”. Ainda, “outro corretivo que se inseriu foi para deixar bem claro que as empresas podem terceirizar quaisquer de suas atividades, inclusive a principal” (LIMA; LIMA, 2018, p. 65).

Sobre a novidade, os doutrinadores fazem um alerta:

[...] A consequência da terceirização para a atividade principal é que gera direito dos trabalhadores terceirizados a isonomia de salário com os empregados efetivos da contratante. Isso por aplicação analógica do art. 12, a, da Lei n. 6.019/1974. Não se trata da equiparação salarial de que trata o art. 461 da CLT. Na equiparação, o trabalhador corre atrás de igualar-se a outro colega; na isonomia, os terceirizados buscarão igualdade salarial com todos os empregados da mesma atividade. Essa garantia decorre do art. 5º

⁵ Art. 4º-A. Considera-se prestação de serviços a terceiros a transferência feita pela contratante da execução de quaisquer de suas atividades, inclusive sua atividade principal, à pessoa jurídica de direito privado prestadora de serviços que possua capacidade econômica compatível com a sua execução (Redação dada pela Lei nº 13.467, de 2017).

da CLT, segundo o qual a todo trabalho igual será assegurado igual salário. (LIMA; LIMA, 2018, p. 65).

E concluem o assunto citando a Orientação Jurisprudencial (OJ) n. 383⁶ da SbDI-I do TST, que esclarece que, mesmo irregular, a contratação de terceirizado não gera vínculo empregatício com a administração pública, mesmo que os trabalhadores nessas condições tenham garantidas as mesmas verbas trabalhistas dos contratados de forma direta.

Ademais, em relação ao vínculo de emprego, também ocorreram modificações no texto da Lei n. 6.019 de 1974, especificamente a inserção dos parágrafos do artigo 4º-A⁷, que, além de permitir subcontratação de serviços, também se preocupa em determinar que não há criação de vínculo de emprego entre os empregados e a tomadora dos serviços.

Aqui, Lima e Lima (2018, p. 66) realçam que “a lei deixa bem claro que o trabalhador é empregado da empresa de prestação de serviços”, e que “o vínculo de emprego dos trabalhadores terceirizados não se transfere em nenhuma hipótese para a empresa contratante”. Lembram ainda que o parágrafo primeiro ainda permite a subcontratação de emprego, o que os autores denominam “subterceirizar”, e concluem fazendo uma ressalva de que apenas a terceirização quando lícita não geraria vínculo, ficando a contratante vinculada, a despeito da lei, em caso de ilicitude.

Explica Martins (2018, p. 213) que os únicos limites para a terceirização são os legais e constitucionais, sendo que nem sempre a terceirização é ilegal, havendo porém situações que caracterizam fraude, sendo portanto ilícitas, merecendo a aplicação do artigo 9º da CLT. “A terceirização ilícita busca apenas o menor preço”.

⁶ OJ 383 SbDI-I. TERCEIRIZAÇÃO. EMPREGADOS DA EMPRESA PRESTADORA DE SERVIÇOS E DA TOMADORA. ISONOMIA. ART. 12, “A”, DA LEI Nº 6.019, DE 03.01.1974. (mantida) - Res. 175/2011, DEJT divulgado em 27, 30 e 31.05.2011 A contratação irregular de trabalhador, mediante empresa interposta, não gera vínculo de emprego com ente da Administração Pública, não afastando, contudo, pelo princípio da isonomia, o direito dos empregados terceirizados às mesmas verbas trabalhistas legais e normativas asseguradas àqueles contratados pelo tomador dos serviços, desde que presente a igualdade de funções. Aplicação analógica do art. 12, “a”, da Lei nº 6.019, de 03.01.1974.

⁷ Art. 4º-A [...] § 1º A empresa prestadora de serviços contrata, remunera e dirige o trabalho realizado por seus trabalhadores, ou subcontrata outras empresas para realização desses serviços; 2º Não se configura vínculo empregatício entre os trabalhadores, ou sócios das empresas prestadoras de serviços, qualquer que seja o seu ramo, e a empresa contratante.

E continua o doutrinador: “Para que a terceirização seja plenamente válida no âmbito empresarial, não podem existir elementos pertinentes à relação de emprego no trabalho do terceirizado, principalmente o elemento subordinação”. Ademais, “não poderá haver controle de horário e o trabalho não poderá ser pessoal, do próprio terceirizado, mas realizado por intermédio de outras pessoas” (MARTINS, 2018, p. 216).

Se o terceirizado vai trabalhar no mesmo local, fazendo os mesmo serviços, no mesmo horário de trabalho, prestando serviços com exclusividade ao suposto terceirizador, sendo que a empresa terceirizada nem mesmo tem estabelecimento próprio, não se pode pensar, evidentemente, em terceirização, mas em contrato de trabalho (MARTINS, 2018, p. 217).

Aqui, o autor faz referência ao “princípio da primazia da realidade na relação havida entre as partes, prevalecendo a realidade dos fatos sobre a forma empregada”, sendo assim, não importa a “roupagem” dada a relação mas as condições de fato, “estando evidenciada a relação de emprego se forem observados os requisitos constantes do art. 3º da CLT” (MARTINS, 2018, p. 219). E afirma que se existe unicamente o objetivo de “reduzir despesas e encargos sociais ou até os salários de seus funcionários, fazendo terceirização ilegal, inexistira a terceirização, pois será vedado o *leasing* de mão de obra” (MARTINS, 2018, p. 2181).

Como se vê pelos elementos trazidos até aqui, o normativo pátrio sobre o tema sofreu grandes transformações no ano de 2017, em especial a autorização legislativa para a ampliação da terceirização para qualquer atividade da empresa, e a busca de maior segurança jurídica para as contratantes. No entanto, a doutrina lembra que, se presentes os elementos caracterizadores da relação da emprego, a relação é eivada de ilicitude e permite a responsabilização da contratante.

Seguindo o estudo, faz-se um recorte para tratar da terceirização no âmbito da administração pública, uma vez que tais relações trabalhistas são díspares em comparação ao emprego celetista.

3.3.1 A terceirização no setor público

A importância de dedicar algumas linhas às especificidades da terceirização na administração pública, fica clara nas palavras de Lima e Lima (2018, p. 43). Uma vez que “dada a gigantesca estrutura do Estado brasileiro, com três esferas da

federação, três Poderes e, como Saturno, circundado dos anéis da administração indireta e dos órgãos paraestatais” acaba sendo “a fazenda pública o maior cliente desse minotauro”. Porém os autores fazem uma ressalva:

Registre-se que a liberação quase total da terceirização se fez para o setor privado. O setor público não pode se transformar em casa da Mãe Joana. Há que se respeitar as regras e os princípios do direito público que o regem (LIMA; LIMA, 2018, p. 43).

Como já apresentado anteriormente, o fenômeno da terceirização se deu inicialmente na administração pública, mesmo que não com esse nome, regido pelo Dec.-Lei n. 200, de 1967 (art. 10) e a Lei n. 5.645, de 1970, com o objetivo de descentralização da administração pública.

O Dec.-Lei 200/1967, textualmente em seu artigo 10, § 7º, prevê que a contratação de serviços terceirizados tem a finalidade de desincumbir a administração pública das tarefas de “planejamento, coordenação, supervisão e controle” para “impedir o crescimento desmesurado da máquina administrativa”.

Da literalidade do enunciado se extrai o objetivo principal visado pela norma, ao lançar mão dos contratos de prestação de serviços em suas atividades executivas, que é o de racionalizar recursos e **focalizar o quadro funcional da Administração Pública no bom desenvolvimento de sua atividade-fim**, o núcleo de competências dos órgãos e entes públicos (DELGADO; AMORIN, 2015, p. 54, grifo do autor).

O parágrafo único do artigo 3º da lei n. 5.645/70, que relacionava as atividades passíveis de execução indireta mediante contrato, foi revogado pela lei n. 9.527/1997, e o § 7º do artigo 10 do Dec-Lei n. 200/1967 teve sua regulamentação dada pelo Decreto n. 2.271 de 1997. No entanto, este teve sua vigência encerrada por novo decreto, de número 9.507 de 2018.

Sobre o novo decreto, Fortini (2018) explica que o mesmo sofre críticas dos que “nele reconhecem abalo à regra do concurso público, de matriz constitucional”. Nesse sentido a autora aduz que a maioria dos comentários sobre o novo regramento se manifestam no sentido de sua inconstitucionalidade por, em tese, representar um alargamento na possibilidade de terceirização, sem fazer menção às atividades passível de execução indireta, o que poderia autorizar descumprimento da regra constitucional do art. 37 que prevê obrigatoriedade de concursos públicos para preenchimento de cargos ou empregos públicos. Afirma ainda que a não alusão

à atividade-fim ou meio seria resultado do entendimento favorável do STF à terceirização da atividade fim, tese oriunda do julgamento da ADPF 324.

Nesse sentido:

(...) em 30 de agosto de 2018, o Supremo Tribunal Federal nos autos da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 324 e do Recurso Extraordinário (RE) 958252 e reiterando o teor do Acórdão do **RE nº 760.931**, adotou a tese – compatível com o disposto nos art. 4º-A e 5º-A da Lei nº 6.019, de 1974 – de que **é lícita a terceirização em todas as atividades empresariais e em todas as etapas do processo produtivo, seja meio ou fim** (SANTOS, 2018, p. 9, grifos do autor).

Fato é que, diversamente dos seus normativos ancestrais, o decreto 9.507/18, não traz em seu bojo a relação de atividades cuja execução indireta é permitida. Dispõe o artigo 2º que “Ato do Ministro de Estado do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão estabelecerá os serviços que serão preferencialmente objeto de execução indireta mediante contratação”. Atendendo o disposto, o referido ministério publicou a Portaria nº 443, de 27 de dezembro de 2018, elencando trinta e duas atividades cuja execução será preferencialmente terceirizada. Cabe lembrar que o parágrafo único do artigo 1º da Portaria também informa que “outras atividades que não estejam contempladas na presente lista poderão ser passíveis de execução indireta, desde que atendidas as vedações constantes no Decreto nº 9.507, de 2018”.

Fortini (2018) explica ainda que o novo Decreto, mantém as restrições da Instrução Normativa 5/17 do Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão, trazendo em seus artigos 3º e 4º, vedações de terceirização em atividades como as que envolvam decisão, poder de polícia, estratégias, ou as que sejam inerentes à categorias funcionais abrangidas pelo plano de cargos.

Ademais, diferentemente do diploma legal por ele revogado, e com o objetivo de uniformização, o decreto 9.507/2018 explicita regramento para as empresas públicas e de economia mista controladas pela União. Nesse sentido, mesmo trazendo vedações, gera crítica a subjetividade do regramento para excepcionar as restrições. Conforme disposto nos incisos e parágrafos do artigo 4º, a vedação poderá ser excepcionada se contrariar princípios de eficiência ou economicidade, ou mesmo por questões concorrenciais de mercado, ficando a cargo do conselho de administração da empresa, ou órgão equivalente, a determinação das atividades passíveis de terceirização (FORTINI, 2018).

No que concerne à possibilidade de ilicitude na terceirização, por força de determinação constitucional, há especificidades no setor público em caso de sua ocorrência.

No entendimento de Delgado (2017, p. 523) o dispositivo constitucional representado pelo art. 37, II, que cria a obrigatoriedade de concurso público para investidura em cargo ou emprego público, é um obstáculo ao reconhecimento do vínculo empregatício em caso de terceirização na administração estatal, mesmo que ilícita. Assim, “torna-se inviável, juridicamente, acatar-se a relação empregatícia com entidades estatais mesmo em situações de terceirização ilícita, já que, nesse caso, o requisito formal do concurso público não terá sido cumprido”. Lembra ainda o renomado jurista que, conforme §2º do artigo 37 da CF/88, é considerado nulo o ato que se afasta da regra do inciso segundo do mesmo artigo.

Nesse sentido, já fixou entendimento o Tribunal Superior do Trabalho, através do item II da súmula 331⁸ que diz que “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)”.

Há ainda outro item da referida súmula que estabelece especificidades no que tange à terceirização de mão de obra no setor público. Ali se lê que há subsidiariedade da responsabilização do ente público desde que haja conduta culposa na fiscalização do cumprimento das obrigações, não bastando para isso, o mero inadimplemento por parte da empresa prestadora de serviços, se estiver regularmente contratada.

⁸ Súmula nº 331 do TST: 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.

Em 24 de novembro de 2010, o STF julgou a ADC 16, onde reconheceu a constitucionalidade do artigo 71 da lei 8.666/93⁹, Lei de Licitações, considerando “incabível fixar-se a automática responsabilidade das entidades estatais em face do simples inadimplemento trabalhista da empresa prestadora de serviços terceirizados” (DELGADO, 2017, p. 526).

O texto de referido artigo prevê que a empresa contratada é responsável pelos encargos trabalhistas, previdenciários, fiscais e comerciais, e que a inadimplência de tais débitos não transfere a responsabilidade para a administração pública.

Com base nessa decisão do STF, o Tribunal Superior do Trabalho reviu a súmula 331, incorporando o item V, acima transcrito. Com isso o TST afastou os fundamentos da responsabilidade objetiva do ente público nas contratações de terceirizados, e também a responsabilidade subjetiva por culpa *in elegendo* se cumprido o processo licitatório na forma da lei 8.666/93 (DELGADO, 2017, p. 526).

Nesse contexto, torna-se necessária a presença da culpa *in vigilando* da entidade estatal, ou seja, sua inadimplência fiscalizatória quanto ao preciso cumprimento das obrigações trabalhistas da empresa terceirizante (responsabilidade subjetiva, derivada de culpa) (DELGADO, 2017, p. 526).

Mantem-se a responsabilidade da administração estatal quando observada omissão culposa quanto à fiscalização. Delgado (2017, p. 526) entende que a culpa seria tecnicamente presumida, em função do dever legal de fiscalização do tomador de serviço. No entanto, o doutrinador lembra que a literalidade da item V da súmula 331 cobra que a conduta culposa quanto à fiscalização esteja evidenciada nos autos.

Conclui-se assim essa breve apresentação das especificidades da terceirização no setor público. Fica evidente a possibilidade de sua ocorrência, inclusive de forma ampla conforme recente mudança legislativa. No entanto, cabe lembrar que, por disposição constitucional, legal e jurisprudencial, há maior dificuldade de responsabilização do ente público, mesmo em caso de ilicitude na

⁹ Art. 71. O contratado é responsável pelos encargos trabalhistas, previdenciários, fiscais e comerciais resultantes da execução do contrato. § 1º A inadimplência do contratado, com referência aos encargos trabalhistas, fiscais e comerciais não transfere à Administração Pública a responsabilidade por seu pagamento, nem poderá onerar o objeto do contrato ou restringir a regularização e o uso das obras e edificações, inclusive perante o Registro de Imóveis.

relação, havendo necessidade de demonstração de culpa. Continuando, passa-se em seguida a demonstrar o impacto da terceirização nas relações trabalhistas.

3.4 O tamanho e as consequências da terceirização

Iniciando novo tópico pretende-se, através de diversos estudos quantitativos disponíveis para pesquisa, traçar um quadro geral que desnude o tamanho do fenômeno da terceirização, bem como tentar delinear as consequências que advêm de sua ocorrência, em especial, na vida do trabalhador.

O IBGE – Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, em parceria com a Organização Internacional do Trabalho (OIT), o Ministério do Trabalho e Emprego (MTE), e o Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão, publicou em 2017, a Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílio – Aspectos das relações de trabalho e sindicalização, apresentando os dados sobre o tema atualizados até 2015. A pesquisa trata de forma genérica dos “empregados contratados de forma intermediária”, e informa que essa categoria totalizava 9,7 milhões de indivíduos, representando 19,87% dos trabalhadores na ativa.

O estudo também mostra que a terceirização não diferencia mulheres e homens, atingindo ambos os sexos de forma igualitária. Tão pouco a questão de raça tem muita variação, sendo que, entre os brancos representa 18,1% das contratações, e entre negros ou pardos, 19,6%.

Em relação ao setor econômico, os dados divulgados pelo IBGE demonstram que o setor onde ocorrem mais terceirização é a construção, com 28,3% dos trabalhadores contratados de forma intermediária, seguido pelo setor de serviços (20,6%), indústria (17,9%), comércio e reparação (16,9%), e a agricultura (5,1%).

Outra fonte de informação comumente citada quando se trata de trabalho terceirizado, são os estudos publicados pelo DIEESE – Departamento Intersindical de Estatística e Estudos Socioeconômicos. Nesse sentido, foi divulgado em março de 2017 a Nota Técnica número 172 – Terceirização e precarização das condições de trabalho – Condições de trabalho e remuneração em atividades tipicamente terceirizadas e contratantes, que apresentou dados referentes ao ano de 2014. Importante ressaltar que a metodologia de pesquisa considera os dados conforme atividades, considerando o total de trabalhadores em atividades tipicamente

contratantes e tipicamente terceirizadas, sendo as últimas as que possuem características de atividade meio.

Dessa forma, a pesquisa do DIEESE aponta que, em 2014, havia 12,5 milhões de trabalhadores em atividades tipicamente terceirizadas (26%), e 35,6 milhões em atividades tipicamente contratantes (74%). O estudo apresenta dados comparativos entre os anos 2007 e 2014, e demonstra que nesse período houve evolução de 28,7% no número de empregados em atividades tipicamente contratantes, e de 46,5% nas atividades tipicamente terceirizadas, sendo que, analisando a proporção em relação ao total de empregos, esta última evoluiu de 24% para 26%, demonstrando tendência de crescimento.

A Nota Técnica do DIEESE traz também dados sobre a rotatividade, sendo que, em todos os anos pesquisados, a rotatividade na atividade tipicamente terceirizada é o dobro ou mais do que nas outras atividades. E em relação ao tempo médio de contrato, a relação se inverte, mas a proporção é a mesma, sendo que em 2014, era de 70,3 meses nas atividades contratantes e 34,1 meses nas atividades terceirizadas.

Em 2014, a CUT – Central Única dos Trabalhadores, publicou o estudo Terceirização e Desenvolvimento – uma conta que não fecha. Da mesma forma que o estudo do DIEESE supra apresentado, as informações foram categorizadas entre atividades tipicamente contratantes e atividades tipicamente terceirizadas, sendo que, conforme os dados de 2013, esta última representava 26,8% dos postos de trabalho. O que mais chama atenção no estudo é a diferença salarial, sendo que os terceirizados ganham 24,7% menos que os contratados; e a jornada de trabalho semanal do terceirizado, é em média três horas maior. Outro dado importante é a rotatividade no emprego, demonstrada pelo tempo de permanência no emprego de 2,7 anos para o trabalhador interposto e 5,8 para o contratado diretamente.

Por fim, o estudo publicado pela CUT apresenta algumas consequências da terceirização, apresentadas como “Fases da Terceirização”, e seriam elas: o calote das empresas terceirizadas em relação aos direitos e obrigações trabalhistas; o maior número de acidentes e doenças relacionados à precarização das condições laborais; os ataques aos direitos trabalhistas demonstrado pelo rebaixamento de direitos e benefícios dos terceirizados; a discriminação que esses trabalhadores sofrem nos ambientes de trabalho; e por fim as dificuldades de organização e negociação coletiva da categoria.

Consolidados assim alguns dados sobre o tamanho do fenômeno da terceirização, é a partir deles que diversas doutrinas buscam apresentar seus reflexos nas relações trabalhistas e sociais.

Castro (2017) explica que de início o Direito do Trabalho não se preocupou com a terceirização, pois pensou que o trabalhador estaria protegido pela legislação trabalhista. “Com o passar do tempo, foi possível detectar que o empregado vencedor em uma demanda de conhecimento, não via satisfeito seu crédito”, isso por que a empresa prestadora de serviço estava insolvente, uma vez que é muito comum as mesmas não terem patrimônio integralizado. Conclui o autor que foram situações assim que criaram o entendimento jurisprudencial e doutrinário da responsabilização do tomador de serviços.

O autor ainda aponta o reflexo da terceirização para as finanças estatais. As empresas prestadoras de serviços geralmente são pequenas empresas, que são mais beneficiadas quanto ao regime fiscal, sendo que a transferência de postos de trabalho para as empresas menores representaria menor arrecadação. No outro lado, a ausência de planos de saúde para os trabalhadores terceirizados, e o fato desses trabalhadores serem as maiores vítimas de acidentes de trabalho e doenças ocupacionais, geraria maiores gastos no Sistema Único de Saúde (CASTRO, 2017).

Outro aspecto levantando por Castro (2017) é o direito a férias que fica prejudicado. Uma vez que há repetidas trocas da empresa com a qual o trabalhador é contratado, e acaba que não se completa o tempo legalmente previsto para aquisição e/ou concessão das férias.

Em relação ao argumento acima apresentado, de que a terceirização geraria redução de arrecadação tributária, pois em regra os trabalhadores terceirizados seriam contratados por empresas menores, faz-se uma ressalva. Os dados trazidos pelo estudo realizado pela CUT, mencionado acima, contradizem o argumento, uma vez que demonstra que 52,6% desses trabalhadores estão vinculadas à empresas com mais de cem empregados.

Nas explicações metodológicas dos estudos realizados pela CUT identificou-se que os dados utilizados foram extraídos dos relatórios da RAIS – Relação Anual de Informações Sociais, do MTE – Ministério do Trabalho e emprego. Os estudos do DIEESE supra apresentados tem a mesma base informacional. No entanto, utilizando os mesmos dados, alguns estudos veem sendo publicados, porém apresentando conclusões diversas.

Rebelo et al. (2018, p. 52) de início apontam a dificuldade provocada pela falta de dados públicos que demonstrem se o trabalhador é terceirizado ou não, e nem mesmo se atua em atividade fim ou meio, até por não existir uma definição legal dessa diferenciação. “Dessa maneira, qualquer trabalho sobre o tema terá que fazer aproximações e assumir hipóteses que podem alterar dramaticamente os resultados encontrados”. Ainda, criticam os estudos apresentados pela CUT e pelo DIEESE por falta de clareza metodológica, ao ignorar outros elementos e segmentar os dados apenas entre os setores tipicamente contratante e setores tipicamente terceirizados.

Nesse sentido os autores partiram da mesma categorização, porém estabelecendo uma subdivisão. Ao perceberem grande concentração de terceirizados (29,5%) em atividades como conservação e limpeza, vigilância, teleatendimento e demais atividades semelhantes, os autores criaram as categorias de *terceirizados típicos* e *demais terceirizados*, estando no primeiro grupo os trabalhadores acima citados. Com base nessa divisão, e em conjunto com dados sobre grau de instrução, foi feita nova análise.

Afirmam Rebelo et al. (2018, p. 58) que as atividades que envolvem terceirizados típicos são em regra de baixa qualificação, e demonstram que 40,6% desses trabalhadores têm ensino médio incompleto, e apenas 5,7% tem nível superior. Para os demais terceirizados, esses números representam 28,4% e 19,1% respectivamente.

Assim, quando separamos os setores terceirizados típicos, que têm como característica a baixa qualificação e estão fortemente presentes em todos os setores, a diferença entre a remuneração média dos demais setores terceirizados e a dos setores contratantes reduz-se bastante para os trabalhadores **com até o ensino médio completo**. A média salarial dos setores tipicamente terceirizados é de R\$ 1.402,00, enquanto nos demais terceirizados é de R\$ 2.264,00 e nas empresas tipicamente contratantes é de R\$ 2.270,00. A diferença entre as médias salariais dessas últimas categorias situa-se num patamar de apenas 0,26%, que é uma diferença bastante baixa, considerando apenas esse controle pelo grau de instrução. Ao se comparar o salário dos demais terceirizados com os tipicamente terceirizados, a diferença é de mais de 60% (REBELO et al., 2018, p. 58, grifo nosso).

Quando observado os trabalhadores com nível superior de instrução, os dados revelam que os classificados como demais terceirizados têm renda média 9,7% maior que os trabalhadores em atividades tipicamente contratantes.

Outra análise que os autores fazem é em relação aos acidentes de trabalho, através das informações do Anuário Estatístico de Acidentes do Trabalho (AEAT) do Ministério do Trabalho de 2013, separando os dados com base na atividade da empresa. “As condições de trabalho estão muito mais associadas às características do setor de atividade que ao fato de as empresas atuarem como terceirizadoras de mão de obra”. Ademais, afirmam que não se pode comparar atividades em escritório com reparo de linhas de energia, e apontam que, conforme os dados, em algumas atividades o número de acidentes por mil trabalhadores é maior nas empresas contratantes do que nas terceirizadas. No total há pouca diferença no número de acidentes, sendo respectivamente 14,5 e 13 a cada mil trabalhadores (REBELO et al. 2018, p. 62).

Há ainda outro estudo que buscou resultados nesse sentido, utilizando os mesmos dados disponíveis da RAIS no período de 2007 a 2014, e fazendo críticas em relação à publicação da CUT por desconsiderar diversas variáveis. Afirmam Stein, Zylberstajn e Zylberstajn (2018, p. 589), que para verificar se há diferença salarial entre contratados e terceirizados, “seria necessário observar o mesmo trabalhador sendo contratado pela mesma empresa na condição de próprio e na condição de terceiro, ao mesmo tempo, o que é faticamente impossível”.

Os pesquisadores tentam controlar as variáveis estatísticas para buscar aproximação com as condições ideais de comparação, e concluem que com essa metodologia foi possível mostrar “que para um conjunto de seis ocupações tipicamente terceirizáveis no Brasil o diferencial de salários dos trabalhadores terceirizados é de -3,6%”, e ainda que a diferença é bem heterógena, tendo atividades com grande diferenças em desfavor aos terceirizados, e outras com alguma diferença favorável aos contratados diretamente (STEIN, ZYLBERSTAJN e ZYLBERSTAJN, 2018, p. 591).

Fica demonstrada dessa forma a impossibilidade de fiar-se sem ressalvas aos estudos e dados hodiernamente disponíveis sobre a terceirização. Vê-se que os dados são imprecisos e incompletos, e o resultado da análise depende do intérprete. Não obstante, é pacífico que há grande número de trabalhadores terceirizados inseridos na economia nacional, e que alguns direitos, à exemplo das férias, sofrem prejuízos, como se tentará demonstrar a seguir.

3.4.1 Terceirização e direito à fruição de férias

Apesar das contradições verificadas pelo manuseio diverso dos mesmos dados, já mencionadas, existe na terceirização um drama que nem a lei nem os dados disponíveis acusam, mas é uma situação fática e prejudicial ao trabalhador terceirizado.

Delgado e Amorin (2015), em sua obra que visa apresentar os limites constitucionais para o fenômeno da terceirização, fazem a seguinte afirmação:

Também o direito ao gozo de **férias anuais remuneradas** (art. 7º, XVII) resta bastante prejudicado, em face da alta rotatividade contratual. No mercado de terceirização é usual a prática da vinculação indireta do trabalhador terceirizado à empresa tomadora, por meio de sucessivas empresas prestadoras de serviço e de sucessivos contratos de curta duração, o que dificulta ou inviabiliza a aquisição de direito às férias anuais remuneradas, prejudicando o gozo de um direito destinado à higiene mental e à integração familiar (DELGADO; AMORIN, 2015, p. 63, grifo dos autor).

A afirmação acima é feita no contexto de uma análise mais ampla, onde os autores asseveram que a terceirização cria o “regime paralelo do ‘emprego rarefeito’, reduzindo a eficácia dos direitos dos trabalhadores terceirizados”, devido a “ausência de uma legislação especial protetiva desse regime do trabalho” (DELGADO; AMORIN, 2015, p. 61). E na esteira desse entendimento elencam direitos que, ao seu ver, restam prejudicados: direito coletivo à organização sindical e à greve; salário como instrumento de promoção das necessidades vitais básicas do trabalhador e de sua família; Fundo de Garantia por Tempo de Serviço, pontualidade salarial, isonomia salarial; equiparação salarial; medidas de segurança e saúde do trabalho; proteção à relação de emprego contra despedida arbitrária ou sem justa causa; aviso-prévio proporcional ao tempo de serviço; aposentadoria; participação nos lucros e resultados; aperfeiçoamento profissional; e o gozo de férias anuais remuneradas.

Por fim, Delgado e Amorin (2015, p. 63) sintetizam: “Esses direitos, apesar de formalmente garantidos também aos trabalhadores terceirizados, em relação a eles tornam-se rarefeitos”. Ainda, apontam outra consequência nefasta da terceirização, demonstrando que, entre 2010 e 2013, foram resgatados 3.553 trabalhadores submetidos a condição análoga à de escravo, sendo que 2.998 (84,4%) destes estavam subcontratados por interposta empresa, ou seja, eram terceirizados. “Não

por outra razão, o trabalho análogo ao de escravo geralmente está associado à figura da terceirização” (DELGADO; AMORIN, 2015, p. 64).

Mais à frente em sua obra, os autores fazem menção à Recomendação n. 98 da OIT, de 31 de maio de 2006 que, entre as coisas, objetiva incentivar a criação de indicadores que configurem uma relação de emprego, com o fim de combater formas diversas de acordos que escondam ou disfarçam uma efetiva relação de trabalho.

Essa manifestação exortativa do OIT sintetiza uma pretensão de consenso entre os Estados-membros acerca de elementos fundamentais da relação de emprego, tais como a integração do trabalhador na organização da empresa e uma pretensão de continuidade do vínculo de emprego, resultado do processo histórico de afirmação universal do regime de emprego como instrumento da promoção social (DELGADO; AMORIN, 2015, p. 94).

Com base nisso, e na análise de artigo 7º da CF/88 que prevê, entre outras garantias, a indenização compensatória (inc. I), o seguro-desemprego (inc. II), o levantamento dos depósitos do FGTS (inc. III), e o aviso-prévio proporcional (inc. XXI), os autores concluem que existe a efetiva proteção da dimensão temporal do trabalho, consolidada no princípio da continuidade da relação de emprego.

Da mesma forma, o gozo do direito a “férias anuais remuneradas” (art. 7º, XVII), como garantia de higiene mental e de convivência familiar, depende fundamentalmente de certa estabilidade temporal do vínculo de emprego, de forma a permitir a formação de sucessivos períodos aquisitivos e concessivos de férias, sob pena de monetização do direito em caso de ruptura antecipada do contrato, com o pagamento de indenização compensatória (DELGADO; AMORIN, 2015, p. 95).

A referida doutrina aborda item específico sobre o chamado “regime paralelo do emprego rarefeito”, caracterizando-o como a relação de emprego que, apesar de toda a regularidade formal e observância dos direitos trabalhistas, “padece de déficit de efetividade normativa” (DELGADO; AMORIN, 2015, p. 107).

Em crítica ao desrespeito ao princípio constitucional da continuidade da relação empregatícia, efetivado pela alta rotatividade dos empregados em regime de terceirização, os doutrinadores citam a pesquisa encomendada pelo Sindicato dos Empregados em Empresa de Prestação de Serviços a Terceiros do Estado de São

Paulo (Sindeepres), que ao analisar dados entre 1985 e 2005, descobriu que oitenta por cento dos empregados terceirizados no Estado de São Paulo, foram substituídos ao final de cada ano de trabalho. A pesquisa foi atualizada em 2010, e constatou que o tempo médio de permanência no emprego terceirizado foi de dezoito meses. E outro dado demonstra que no ano 2000, cinquenta e oito por cento dos trabalhadores terceirizados possuíam contratos de trabalho com menos de doze meses na mesma empresa.

Por sua vez, esses trabalhadores que têm seus contratos sucessivamente extintos antes de completar um ano de trabalho, não chegam a adquirir o direito **às férias anuais remuneradas**. Mesmo aqueles que têm seus contratos extintos ao final de cada ano de trabalho, apesar de adquirirem o direito às férias, na forma do art. 130 da CLT, por não permanecerem no emprego nos doze meses consecutivos, que compreendem o período concessivo dessas férias, terminam por não usufruí-las, esvaziando sobremaneira a eficácia do direito previsto no art. 7º XVII, da Constituição, direito este voltado à regeneração física e mental e à promoção do convívio social e familiar do trabalhador (DELGADO; AMORIN, 2015, p. 107, grifo do autor).

Lembrando o artigo 138 da CLT, os doutrinadores reforçam que a norma celetista veda ao trabalhador a renúncia ao gozo de férias e ao mesmo tempo impõe o dever de fruí-las, ao proibir que o obreiro preste serviços a outro empregador em seu período de férias. Porém esse fundamento tem sua efetividade relativizada na terceirização:

Diante da ruptura prematura de seus contratos, os trabalhadores terceirizados tendem a receber em pecúnia a remuneração proporcional de férias, ou uma indenização pelas férias não usufruídas, o que termina por monetizar um direito que tem fundamento em considerações e metas relacionadas à política de saúde pública, bem estar coletivo e respeito à construção da cidadania, voltado a resgatar o trabalhador da noção estrita de **ser produtivo**, em favor de uma noção mais larga de **ser familiar, social e político**, ou seja, de uma noção mais larga de cidadania (DELGADO; AMORIN, 2015, p. 107, grifos dos autores).

Delgado e Amorin (2015, p. 109), ainda afirmam que esse quadro é prejudicial à vida e à saúde do trabalhador pois “a jornada intensa, praticada por meses consecutivos, sem o gozo seguro de férias, aprofunda o esgotamento físico e mental, favorecendo a maior ocorrência de adoecimentos profissionais”.

Avalizando esse entendimento, o Tribunal Superior do Trabalho (TST) manifestou-se em Recurso de Revista nº 727-76.2011.5.24.0002, de relatoria do Ministro Hugo Carlos Scheuermann, concedendo indenização por dano moral e

existencial à trabalhadora que obrou por dez anos sem ter gozado de período de férias:

DANO MORAL. DANO EXISTENCIAL. SUPRESSÃO DE DIREITOS TRABALHISTAS. NÃO CONCESSÃO DE FÉRIAS. DURANTE TODO O PERÍODO LABORAL. DEZ ANOS. DIREITO DA PERSONALIDADE. VIOLAÇÃO. 1. A teor do artigo 5º, X, da Constituição Federal, a lesão causada a direito da personalidade, intimidade, vida privada, honra e imagem das pessoas assegura ao titular do direito a indenização pelo dano decorrente de sua violação. 2. O dano existencial, ou o dano à existência da pessoa, "consiste na violação de qualquer um dos direitos fundamentais da pessoa, tutelados pela Constituição Federal, que causa uma alteração danosa no modo de ser do indivíduo ou nas atividades por ele executadas com vistas ao projeto de vida pessoal, prescindindo de qualquer repercussão financeira ou econômica que do fato da lesão possa decorrer." (ALMEIDA NETO, Amaro Alves de. Dano existencial: a tutela da dignidade da pessoa humana. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 6, n. 24, mês out/dez, 2005, p. 68.). 3. Constituem elementos do dano existencial, além do ato ilícito, o nexó de causalidade e o efetivo prejuízo, o dano à realização do projeto de vida e o prejuízo à vida de relações. Com efeito, a lesão decorrente da conduta patronal ilícita que impede o empregado de usufruir, ainda que parcialmente, das diversas formas de relações sociais fora do ambiente de trabalho (familiares, atividades recreativas e extralaborais), ou seja que obstrua a integração do trabalhador à sociedade, ao frustrar o projeto de vida do indivíduo, viola o direito da personalidade do trabalhador e constitui o chamado dano existencial. 4. Na hipótese dos autos, a reclamada deixou de conceder férias à reclamante por dez anos. A negligência por parte da reclamada, ante o reiterado descumprimento do dever contratual, ao não conceder férias por dez anos, violou o patrimônio jurídico personalíssimo, por atentar contra a saúde física, mental e a vida privada da reclamante. Assim, face à conclusão do Tribunal de origem de que é indevido o pagamento de indenização, resulta violado o art. 5º, X, da Carta Magna. **Recurso de revista conhecido e provido, no tema.**

Demonstrando essa situação na realidade do cotidiano, em 2014 foi lançado o documentário-denúncia intitulado "Terceirizado: um trabalhador brasileiro", com coordenação do Professor Jorge Luiz Souto Maior e com produção do Grupo de Pesquisa Trabalho e Capital (GPTC), ligado à Universidade de São Paulo (USP), que através de entrevistas com prestadores de serviço terceirizados na administração pública federal, evidencia a realidade desse grupo de trabalhadores. O diálogo transcrito abaixo é exemplificativo da maioria das entrevistas apresentadas:

Entrevistador: Quantas empresas já passaram?

Entrevistado: Seis.

Entrevistador: Seis empresas em quanto tempo?

Entrevistado: Sete anos.

Entrevistador: E como é que fica a questão das férias? Se muda a empresa, tem férias ou não?

Entrevistado: Não, de ano em ano elas [empresas] trocam.
(TERCEIRIZADO... 2014)

Com a exposição do problema referente à dificuldade de fruição de férias pelo trabalhador terceirizado é finalizado esse capítulo. Com as doutrinas e dados trazidos no correr de suas linhas, essa parte do trabalho objetivou apresentar uma contextualização teórica e fática do fenômeno da terceirização, bem como seus impactos na realidade trabalhista e social brasileira, em especial, o prejuízo causado ao trabalhador privado do direito de fruição do seu período de férias. No capítulo que segue, serão trazidas algumas teorias e tentativas legislativas que visam remediar o problema da ausência do gozo das férias pelo trabalhador terceirizado.

4. SUCESSÃO EMPRESARIAL E SOLUÇÕES LEGISLATIVAS

No capítulo que ora se inicia, pretende-se apresentar tentativas que buscam soluções para o problema da não concessão do período de férias ao trabalhador terceirizado. Na jurisprudência o tema não tem suficiente albergue pois, em tese, não há desrespeito aos direitos preconizados nos diplomas legislativos, uma vez que o período de férias é monetizado e concedido. Doutrinariamente, a matéria é pouco debatida, se resumindo à ligeiras menções nas bibliografias, surgindo mais efetivamente em trabalhos acadêmicos, que em sua maioria levanta a teoria da sucessão empresarial como meio de resolver a situação. Já na esfera legal surgem ao longo do tempo alguns projetos legislativos, sendo que, evidentemente, nenhum prosperou. Nessa parte do trabalho, serão apresentados esses esforços para sanar o problema.

4.1 Teoria da sucessão empresarial: conceito e evolução

Alguns autores apresentam a teoria da sucessão empresarial, ou sucessão de empregadores, como forma de impedir o prejuízo do trabalhador na substituição da empresa interposta, enquanto ele continua prestando o mesmo serviço a mesma contratante, o que caracterizaria a continuidade do contrato de trabalho.

Dessa forma, serão trazidos a esse estudo os entendimentos doutrinários sobre o instituto da sucessão, e em seguida, a sua aplicação ao fenômeno da terceirização e da troca sucessiva de empresas interpostas.

De forma simples pode-se dizer que “a sucessão trabalhista é o fenômeno pelo qual ocorre a transferência de titularidade de empresa ou estabelecimento, com transmissão de créditos pela sucedida e assunção de dívidas pela sucessora” (MAGALHÃES, 2018).

Em consonância, o instituto, que também recebe o epíteto de alteração subjetiva do contrato, é assim definido:

Sucessão de empregadores é a figura regulada pelos art. 10 e 448 da CLT. Consiste no instituto justrabalhista em virtude do qual se opera, no contexto da transferência de titularidade da empresa ou estabelecimento, uma completa transmissão de créditos e assunção de dívidas trabalhistas entre alienante e adquirente envolvido (DELGADO, 2017, p. 474).

Para Leite (2018, p. 267), a sucessão trabalhista encontra base em princípios constitucionais, “como o princípio da relação empregatícia protegida contra a despedida arbitrária ou sem justa causa (CF, art. 7º, I)” e também “princípios específicos da ordem econômica, como o da função social da propriedade (e da empresa) e da busca do pleno emprego (CF, art. 170, II e VIII)”.

A nosso sentir, em função do fenômeno da constitucionalização do direito do trabalho e do processo do trabalho, além dos referidos princípios infraconstitucionais, a sucessão trabalhista há de ser reinterpretada à luz dos princípios fundamentais do Estado Democrático de Direito, especialmente o da dignidade da pessoa humana, da cidadania e dos valores sociais do trabalho e da livre-iniciativa (CF, art. 1º, II, III e IV) (LEITE, 2018, p. 267).

Ademais, Magalhães (2018) relaciona três princípios sobre os quais firma fundamento a teoria. O primeiro, o Princípio da Continuidade, que se refere à perpetuidade do contrato de trabalho no tempo, uma vez que, em regra, é firmado por prazo indeterminado. Na sucessão, o princípio determina que os contratos devam continuar, a despeito das mudanças ocorridas na empresa.

O segundo princípio é o da Despersonalização do Empregador cuja base é a ideia de que o contrato só é personalíssimo quanto ao prestador do serviço, não exigindo a lei o mesmo para o contratante, de forma que a alteração do último não obstará a continuidade da relação jurídica.

Por fim, o terceiro princípio apresentado por Magalhães (2018), é o Princípio da Intangibilidade Contratual Objetiva, “que é um aspecto da inalterabilidade contratual prevista no art. 468 da CLT, determina a prevalência dos aspectos objetivos do contrato (cláusulas), mesmo diante de alterações subjetivas”, ou seja, os sujeitos da relação, no caso, a empresa. Esse princípio é reforçado pelo artigo segundo da CLT que, ao definir o empregador como empresa individual ou coletiva, e não a pessoa natural ou jurídica, adotou a tese no sentido de considerar empregador a atividade empresarial.

Da mesma forma, abordando a fundamentação axiológica do instituto da sucessão, outra doutrina assim resume os princípios:

A sucessão trabalhista resulta da convergência de três princípios informadores do Direito do Trabalho: em primeiro plano, o princípio da intangibilidade objetiva do contrato empregatício e o princípio da despersonalização da figura do empregador. Em segundo plano, se

considera a presença do segundo requisito do instituto sucessório, o princípio da continuidade do contrato de trabalho (DELGADO, 2017, p. 483).

Apesar de fazer a mesma categorização principiológica, o autor, assim como outras doutrinas, dedica um espaço especial para tratar da despersonalização da figura do empregador.

De todo modo, nota-se que a utilização, pela lei, da expressão *empresa* também aqui assume caráter funcional, prático, que é o de enfatizar a despersonalização do empregador e insistir na relevância da vinculação do contrato empregatício ao empreendimento empresarial, independentemente de seu efetivo titular (DELGADO, 2017, p. 475, grifo do autor).

Ainda, Leite (2018, p. 268) observa que o instituto da sucessão está vinculado ao fenômeno da despersonalização do empregador, apregoando que o contrato de trabalho é *intuitu personae* em relação ao empregado.

Na verdade, o fenômeno da despersonalização do empregador, que vem sendo utilizado em larga escala na doutrina e jurisprudência justralhistas, decorre do fato de que o contrato de trabalho deixou de ser *intuitu personae* com relação à pessoa física ou jurídica do detentor eventual da empresa. Vale dizer, o contrato de trabalho – e lógico, o empregado – fica vinculado diretamente à empresa, à organização, ao complexo empresarial, independentemente de quem seja o seu proprietário ou possuidor (LEITE, 2018, p. 269).

Ademais, afirma o autor que os artigos 10¹⁰ e 448¹¹ da CLT que tratam da sucessão, fazem também referência a empresa na forma de empregador, e não a pessoa natural ou jurídica.

Nesse sentido, visando apresentar os requisitos para a configuração da sucessão empresarial, tanto Delgado (2017, p. 478), quanto Leite (2018, p. 271), trazem a lição de Délio Maranhão, tida como o modelo tradicional ou clássico, que reclama dois requisitos “a) que uma unidade econômico-jurídica seja transferida de um para outro titular; b) que não haja solução de continuidade na prestação de serviços pelo obreiro”.

¹⁰ Art. 10 - Qualquer alteração na estrutura jurídica da empresa não afetará os direitos adquiridos por seus empregados.

¹¹ Art. 448 - A mudança na propriedade ou na estrutura jurídica da empresa não afetará os contratos de trabalho dos respectivos empregados.

Da mesma forma Magalhães (2018), apresenta os dois requisitos para configuração da sucessão, tradicionalmente exigidos pela doutrina e pela jurisprudência. São eles: “a transferência do estabelecimento empresarial e a continuidade de prestação de serviços pelo empregado”. Dessa forma, pela chamada teoria clássica, a interrupção da prestação de serviços impediria a sucessão, assim sendo, se o empregado fosse dispensado antes da transferência de propriedade, somente a empresa anterior seria responsável pelos créditos trabalhistas. Esse entendimento possibilitava fraudes, que resultavam em prejuízo ao trabalhador que poderia se ver impossibilitado de receber as verbas trabalhistas, e por conta disso, doutrina e jurisprudência evoluíram para a compreensão de que não seria possível uma empresa transferir todo seu ativo, sem transferir ao mesmo tempo suas responsabilidades trabalhistas.

Essa evolução gerou o que Leite (2018, p. 272) chamou de vertente contemporânea, sendo a consequência da “imprecisão terminológica dos arts. 10 e 448 da CLT, aliada aos fatores e valores vinculados direta ou indiretamente ao que se convencionou chamar de ‘globalização econômica’”.

Para a vertente contemporânea, pois, para que haja sucessão trabalhista, é condição suficiente a transferência da titularidade de uma unidade econômico-jurídica da empresa, independentemente da continuidade da prestação de serviços empregatícios (LEITE, 2018, p. 273).

Delgado (2017, p. 475-6) também faz observação em relação a imprecisão dos supra citados artigos gerada pela utilização de termos como “qualquer alteração”, e “afetará os contratos”:

Tais imprecisão e generalidade é que têm permitido à jurisprudência, hoje, alargar o sentido original do instituto da sucessão trabalhista, de modo a abranger situações anteriormente tidas como estranhas à regência dos arts. 10 e 448 da CLT. Tais novas situações (tornadas comuns, no último lustro do milênio, pela política oficial então adotada de reestruturação do sistema financeiro e pela política oficial de privatizações, por exemplo) conduziram a jurisprudência a reler os dois preceitos celetistas, encontrando neles um tipo legal mais amplo do que o originalmente concebido pela doutrina e jurisprudência dominantes (DELGADO, 2017, p. 476).

Nesse sentido, explica o douto escritor que, no entendimento tradicional, apenas as situações de mudança na estrutura da empresa, ou propriedade da mesma, acarretaria a sucessão, condicionada a continuidade da prestação de

serviço. Já segundo a compreensão mais atual, “o ponto central do instituto passa a ser qualquer mudança intra ou interempresarial significativa que possa *afetar* os contratos empregatícios”, independente da continuidade laborativa (DELGADO, 2017, p. 477, grifo do autor).

Neste contexto, o Tribunal Superior do Trabalho adotou o novo entendimento, através da OJ 261 da SDI-I¹², dispensando o requisito da continuidade da prestação de serviços, uma vez que o sucessor se beneficia de todo os ativos do sucedido. Assim, o Tribunal emitiu decisões que adotavam como único requisito para a sucessão a transferência da unidade produtiva ou empresarial (MAGALHÃES, 2018).

Ainda, o autor lembra que com a reforma trabalhista, lei 13467/2017, houve a inserção do artigo 448-A¹³ na CLT, que disciplinou o tema de forma expressa, atribuindo ao sucessor as obrigações trabalhistas contraídas pela sucedida em caso de configurada a sucessão. Incluiu-se assim a sucessão na CLT, que na verdade, foi a incorporação à lei, do entendimento já vigente na doutrina e na jurisprudência, inclusive no que tange ao parágrafo único, que determina a solidariedade entre sucessor e sucedido em caso de fraude (MAGALHÃES, 2018).

Teixeira (2018) tem o mesmo entendimento sobre o instituto da sucessão após a reforma conforme até aqui apresentado, fazendo uma ressalva quanto à jurisprudência:

O disposto na OJ 225 da SDI-1 do TST, menciona os efeitos da sucessão trabalhista em contratos subsequentes de concessão de serviço público. No seu inciso I traz a hipótese de rescisão do contrato de trabalho após a entrada em vigor da concessão, a segunda concessionária, na condição de sucessora, responde pelos direitos decorrentes do contrato de trabalho, sem prejuízo da responsabilidade subsidiária da primeira concessionária pelos débitos trabalhistas contraídos até a concessão. Como complemento o inciso II da mesma, no que tange ao contrato de trabalho extinto antes da vigência da concessão, a responsabilidade pelos

¹² OJ 261 da SDI-I. BANCOS. SUCESSÃO TRABALHISTA (inserida em 27.09.2002) As obrigações trabalhistas, inclusive as contraídas à época em que os empregados trabalhavam para o banco sucedido, são de responsabilidade do sucessor, uma vez que a este foram transferidos os ativos, as agências, os direitos e deveres contratuais, caracterizando típica sucessão trabalhista.

¹³ Art. 448-A. Caracterizada a sucessão empresarial ou de empregadores prevista nos arts. 10 e 448 desta Consolidação, as obrigações trabalhistas, inclusive as contraídas à época em que os empregados trabalhavam para a empresa sucedida, são de responsabilidade do sucessor. Parágrafo único. A empresa sucedida responderá solidariamente com a sucessora quando ficar comprovada fraude na transferência.

direitos dos trabalhadores será exclusivamente da antecessora (TEIXEIRA, 2018).

Conclui a autora elogiando a inserção do artigo 448-A que torna automática a responsabilização da sucessora “com o intuito de respaldar o empregado, para que as alterações na estrutura da empresa não afetem os pactos laborais”. E por fim, reforça que “eventuais cláusulas contratuais restritivas de responsabilização, ou de não responsabilização da empresa sucessora, não possuem validade alguma para o Direito do Trabalho”, justificando o entendimento com base na “natureza cogente das normas trabalhistas que regem o instituto sucessório” (TEIXEIRA, 2018).

Aqui cabe uma ressalva feita por Delgado (2017, p. 488-9), ao tratar do efeito da sucessão trabalhista, que segundo o autor é “assegurar que a alteração no contexto intra ou interempresarial não possa afetar os contratos de trabalho da empresa, estabelecimento e titulares envolvido”. Nesse ponto o autor reforça que “cláusulas restritivas da responsabilização trabalhista não tem qualquer valor para o *Direito do Trabalho*” (grifos do autor). Mas chama a atenção do leitor:

Mas atenção: não se trata de negar importância à existência desse tipo de cláusula no que tange à regulação das relações jurídicas interempresariais. Trata-se apenas de esclarecer que seus efeitos cingem-se somente às relações jurídicas civis ou comerciais entre as empresas, não *afetando os direitos e prerrogativas contratuais do empregado* (DELGADO, 2017, p. 489, grifo do autor).

Tratando ainda sobre o artigo 448-A da CLT inserido pela Lei 13.467/2017, Leite (2018, p. 280) apresenta entendimento diverso ao entender que houve inovação ao dispor que a sucessão trabalhista, implica “responsabilidade apenas do sucessor pelas obrigações trabalhistas, ainda que estas tenham sido contraídas à época em que os empregados prestavam serviços para a empresa sucedida”.

Trata-se de clara violação ao princípio da vedação do retrocesso social, na medida em que fragiliza o direito do trabalhador em ter a segurança de receber seus créditos, pois o empresário ou a sociedade empresária sucedida não será mais responsável pelas obrigações trabalhistas (LEITE, 2018, p. 2018).

Também o parágrafo único do artigo supracitado é alvo das observações do autor, que aponta que, mesmo que o diploma legal preveja a responsabilização em caso de sucessão fraudulenta, haveria grande dificuldade por parte do trabalhador

em comprovar a irregularidade. Por fim, sugere o doutrinador a possibilidade de que o julgador, nessas situações aplique o §1º do art. 818 da CLT, e determine a distribuição dinâmica do ônus da prova, impondo à empresa o ônus de provar a licitude da sucessão (LEITE, 2018, p. 281-2).

Do exposto é possível concluir que o entendimento doutrinário sobre a teoria da sucessão empresarial se ampliou de forma à abarcar maior número de situações, sempre com a finalidade de proteger o trabalhador e garantir a consecução de seus direitos. Ademais, a legislação e a jurisprudência também evoluíram assimilando a nova compreensão da doutrina, ainda que, alterações mais recentes recebam críticas de alguns autores.

Concluído assim esse tópico, passa-se a desvendar o impacto desse entendimento teórico na prática das relações trabalhistas no que concerne à modalidade de contrato por empresa interposta, tema da pesquisa ora desenvolvida.

4.2 A teoria da sucessão e o trabalhador terceirizado

Uma vez apresentada a teoria da sucessão empresarial, busca-se a partir desse ponto, o cotejamento com as especificidades do contrato de trabalho terceirizado, trazendo para tanto, escritos de autores que se dedicaram pontualmente à questão.

Batista (2015, p. 171), tratando especificamente dos trabalhadores terceirizados na administração pública, atesta que, por força dos processos licitatórios com prazos estabelecidos, ocorre frequente substituição de empregadores, mas não de empregados, surgindo nesse cenário a teoria menor da sucessão de empregadores para fins trabalhistas.

Zabian Pires (2016, p. 59), em trabalho monográfico, prega que o não reconhecimento da sucessão empresarial e, por conseguinte, da unicidade do contrato do trabalhador terceirizado na troca do empregador, resulta em graves prejuízos aos direitos trabalhistas, em especial no que concerne à não concessão de férias e no rebaixamento salarial.

Iniciando sua análise sobre o tema, Batista (2015, p. 180), expõe a situação costumeira ao trabalhador terceirizado. Não é incomum que a empresa contratante, por motivos diversos, substitua a empresa interposta, que acaba contratando o trabalhador que fora demitido da contratada anterior. Assim, ocorre a substituição do

empregador, mas não do empregado, que continua prestando o mesmo serviço à mesma contratante. Assim o autor questiona:

Daí surge a seguinte discussão jurídica, que gostaria de sintetizar com o seguinte questionamento: embora continue o trabalhador terceirizado prestando os mesmos serviços, sem solução de continuidade de seu contrato, poder-se-ia falar em efetiva rescisão contratual sem justa causa e, por consequência, em existência de novo contrato de trabalho apenas pelo fato de ser outra pessoa jurídica a vencedora do certame licitatório? (BATISTA, 2015, p. 180).

O artigo 468 da CLT é taxativo na vedação de alterações nos contratos de trabalho que gerem qualquer forma de prejuízo ao trabalhador. O autor defende que da resposta da questão acima resulta a possibilidade de aplicação ou não da garantia representada pelo artigo 468, afinal, se da nova relação nasce um novo contrato, não caberia sua aplicação. “Contudo, tratando-se de um mesmo contrato de trabalho, são inalteráveis lesivamente as cláusulas substanciais do contrato de trabalho não abrangidas pelo *jus variandi* do empregador” (BATISTA, 2015, p. 182).

Ressalvando que o autor foca seu estudo nos trabalhadores terceirizado pela administração pública, mas que a análise não é diversa no setor privado, talvez apenas menos grave, ele apresenta a seguinte conclusão:

Mas saiba-se que a aplicação deste artigo 468 da CLT apenas é defensável a partir do momento que se conclui que o trabalhador permanece dentro de um mesmo contrato de trabalho, ainda que, formalmente, pessoas jurídicas diversas se sucedam na prestação dos serviços contratados pela Administração Pública. Isso quer dizer que, caso se conclua que se trata de nova contratação, ou seja, que a mudança meramente formal do empregador dá ensejo a novo contrato de trabalho, este novo empregador poderia sim reduzir a remuneração do empregado (BATISTA, 2015, p. 182).

Nessa senda o autor aduz aos já mencionados artigos 10 e 448 da CLT, que consagram a transferência de titularidade da empresa como requisito para o instituto, como o fundamento jurídico para defender a continuidade do contrato do trabalho nessas situações. Contudo, reconhece que “como não há esta transferência negociada da atividade econômica, é que, com razão, têm os estudiosos relutado em encarar a hipótese como a de típica sucessão de empregadores” (BATISTA, 2015, p. 183).

Entende o autor que, por não haver qualquer liame negocial na transferência da atividade empresarial e nenhuma vinculação entre sucedido e sucessor, poderia

haver uma aparente ilegalidade na responsabilização do último. Porém, nesse ponto são apresentados alguns fatos: os contratos de trabalho são mantidos; poderia ocorrer alteração contratual desvantajosa aos trabalhadores; há ocorrência de casos de trabalhadores que não gozam férias pela interrupção do período aquisitivo/concessivo; e há surgimento das verbas rescisória sem que haja interrupção dos contratos. Diante disso, o autor defende a “sucessão de empregadores para fins trabalhistas de um modo **atomizado**”. Isso quer dizer que, além da assunção no negócio, para caracterização do instituto haveria a exigência da manutenção dos mesmos empregados nos mesmos postos já ocupados, não havendo como se falar em responsabilização por sucessão em relação aos empregados dispensados. Isso é o que o autor chamou de Teoria Menor da Sucessão de Empregadores para Fins Trabalhistas (BATISTA, 2015, p. 185, grifos do autor).

Na esteira desse entendimento, segundo o autor, decorre a compreensão lógica da não interrupção do contrato, o que geraria três consequências indiscutíveis: a vedação de alterações prejudiciais ao trabalhador; o direito de férias deverá ser concedido no curso da nova relação jurídica, respeitado o art. 134 e seguintes da CLT e; não serão devidas pelo empregador as verbas típicas da rescisão contratual.

O renomado doutrinador Rodriguez (2000, apud ZABIAN PIRES, 2016, p. 36) explica que “na sucessão trabalhista, o novo empregador absorve os trabalhadores do empregador sucedido porque isso lhe traz maior rentabilidade”, uma vez que ao fazer isso, economiza gastos com treinamento, e se beneficia de mão de obra com experiência e conhecimento do trabalho a ser realizado, evitando possíveis prejuízos com erros ou perda de tempo. Essa constatação leva a concluir que a antiguidade do funcionário na função deve ser valorizada, seja porque adquire para a empresa o status de valor e utilidade; seja porque a maior permanência do empregado em seu posto de trabalho redundaria em benefícios para o empregador. Por essa razão, nas situações de empresa interposta, os contratos se sucedem repetidamente conforme ocorre sua substituição, o que gera um desvirtuamento da natureza do contrato do trabalho, que deveria ser por prazo indeterminado, mas acaba se tornando um “contrato por tempo indeterminado com prazo máximo de duração”.

Na esteira desse entendimento, Zabian Pires (2016, p. 34), menciona também o documentário-denúncia “Terceirizado: um trabalhador brasileiro”, já citado nesse trabalho em capítulo anterior.

Por esse motivo, no documentário-denúncia os trabalhadores terceirizados do setor público relatam que, não raras as vezes, acontece na relação de trabalho terceirizado, a tomadora mudar a empresa prestadora de serviços e a nova contratada admitir os empregados da antiga para continuarem trabalhando para a mesma tomadora, fazendo, desse modo, que o prazo de duração do contrato de trabalho coincida com o prazo de duração do contrato civil ou administrativo de prestação de serviços terceirizado que, geralmente tem duração de um ano (ZABIAN PIRES, 2016, p. 34).

Por conta dessa realidade a autora afirma que, tanto doutrina quanto jurisprudência são congruentes no sentido de entender que “a caracterização da sucessão trabalhista na terceirização exige um viés crítico, reflexivo e humanista, que uma abordagem meramente técnico jurídica não é capaz de fornecer”, uma vez que o direito do trabalho deve corresponder às necessidades sociais e às realidades econômicas (ZABIAN PIRES, 2016, p. 38).

Depreende-se, assim, que os fundamentos e a própria razão de ser da sucessão no Direito do Trabalho são suficientes para manter o instituto atualizado à realidade viva do mundo do trabalho, sem deixar de negligenciar situações que, concretamente, correspondem à sucessão trabalhista, como, por exemplo, a sucessão trabalhista na terceirização, nova modalidade de instituto sucessório, Mesmo porque, a terceirização é uma nova modalidade de trabalho e, como tal, acaba, inevitavelmente, provocando uma releitura desse instituto celetista clássico, máxime à luz da CF/88 (ZABIAN PIRES, 2016, p. 39).

Por fim afirma a autora que o instituto da sucessão trabalhista deve manter-se harmonizado com os fundamentos de um Estado Democrático do direito e respeitar os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, do valor social do trabalho e da vedação do retrocesso social. E conclui: “na terceirização, a mudança de empresa prestadora de serviços e a absorção dos trabalhadores terceirizados pela nova prestadora contratada caracteriza sucessão trabalhista (ZABIAN PIRES, 2016, p. 39).

Tratando da unicidade contratual que resulta do reconhecimento da sucessão de empregadores, com base nos artigos 10 e 48 da CLT, Zabian Pires (2016, p. 45-6) explica que sua ocorrência depende da absorção do trabalhador pela nova empresa interposta que continuará a prestar serviços para a tomadora. E afirma que “tem-se uma única relação de trabalho terceirizado, apesar da reiteração

concatenada de contratos de trabalho sucessivos”, isso em respeito ao Princípio da Primazia da Realidade das relações trabalhistas e, ainda, a autora entende que a continuidade dos contratos nessas situações está “baseada no princípio da estabilidade, que, como visto no capítulo anterior, afigura-se como uma das formas de proteção ao trabalhador frente às mudanças empresariais”.

Segundo a autora, entre outras formas essa proteção se traduz na impossibilidade de alteração contratual lesiva ao trabalhador, na forma do art. 468 da CLT, ainda que haja anuência do empregado. Isso se deve em respeito ao Princípio da Irrenunciabilidade dos Direitos Trabalhistas. Buscando demonstrar a realidade fática, novamente Zabian Pires (2016, p. 47) menciona o documentário produzido pelo grupo de estudos da USP, que traz à vista do público a não caracterização da sucessão trabalhista, ao apresentar histórias onde, “após cada contratação sucessiva, os trabalhadores tem permanecido, durante anos, prestando serviços a mesma tomadora, sem gozarem férias e, ainda, terem o salário reduzido”.

Nesse contínuo cotejamento com a realidade fática, Zabian Pires (2016, p. 49-54) apresenta outras roupagens jurídicas do instituto em questão, consolidadas em dois entendimentos. Em primeiro, o entendimento de que a sucessão de empregadores resulta na caracterização da terceirização ilícita, uma vez que configura a pessoalidade entre obreiro e tomador de serviços, o que desaguaria na responsabilização da tomadora de serviços. Outra forma de entendimento que se figura, em especial na jurisprudência, é o de que a sucessão trabalhista na terceirização configura a formação de contratos distintos, validando assim a práxis atual nessas situações. A autora considera que essa última forma de entender se deve a não percepção, na jurisprudência, de que a sucessão pode configurar-se independentemente do vínculo jurídico entre as empresas terceirizadas, o que a autora defende como forma pós-clássica da sucessão. Sobre essa segunda forma de compreensão, a autora afirma:

A consequência prática dessa roupagem é que, por formar contratos de trabalho distintos, não há como garantir que os contratos de trabalho e os direitos adquiridos pelos trabalhadores não sejam afetados, após cada contratação sucessiva. Assim, a nova prestadora contratada absorve os trabalhadores da antiga prestadora sem a obrigação de conceder o efetivo gozo de férias vencidas do contrato anterior, as quais acabam resolvendo-se patrimonialmente, com o pagamento de indenização decorrente da rescisão contratual. Também possibilita que o salário seja reduzido, após cada contratação sucessiva. Ainda, quanto aos contratos de trabalho, restringe a abrangência do prazo prescricional, que passa a ser contato de

forma independente com a contagem iniciando a partir do término de cada relação empregatícia (ZABIAN PIRES, 2016, p. 54).

Para melhor compreensão, cabe a apresentação do entendimento que, segundo a autora, classifica a teoria da sucessão entre clássica e pós-clássica, com base na jurisprudência do TST. Clássica é a sucessão que apresenta requisitos da CLT: alteração na estrutura jurídica do empregador ou troca do titular da atividade econômica; continuidade da exploração da tal atividade; e existência de vínculo jurídico entre sucessor e sucedido. Já a sucessão pós-clássica não se apega tão rigorosamente aos acima citados requisitos, ou até mesmo os dispensa. Assim, afiguram-se como requisitos desse novo entendimento: a mudança da pessoa titular da prestação de serviços; a continuidade da prestação de serviços pelo novo titular; e a continuidade da prestação obreira pelo mesmo empregado. E dessa forma dispensa-se a existência de vínculo jurídico entre sucessor e sucedido (ZABIAN PIRES, 2016, p. 15-17).

Concluindo seu trabalho, a autora explica os efeitos danosos aos trabalhadores em casos de não reconhecimento da sucessão trabalhista nas relações terceirizadas. O primeiro efeito surge se considerada a possibilidade de reconhecimento da ilicitude e imputação de responsabilidade à tomadora, uma vez que, em tal cenário, seria crível crer que a tomadora se oporia à que a nova empresa interposta mantivesse os mesmos empregados da antiga, de forma a evitar que se configure a sucessão, mas tendo como resultado o desemprego dos trabalhadores que até então prestavam serviços. Outro efeito aduzido no estudo em comento, é o encurtamento da prescrição, que, por força constitucional (Art. 7º, XXIX), é de dois anos após a extinção do contrato de trabalho, devendo ser quinquenal em caso de continuidade da relação trabalhista. Ademais, em não reconhecida a unicidade do pacto trabalhista, o artigo 468 da CLT, que veda alterações danosas, a exemplo da redução salarial, perde em absoluto sua eficácia (ZABIAN PIRES, 2016, p. 55-59).

Assim sendo, é cabível concluir que nos contratos de trabalho terceirizados a teoria da sucessão empresarial encontra espaço para sua aplicação. As sucessivas contratações podem resultar em efeitos danosos aos trabalhadores, em especial a redução salarial e a não concessão de férias, já que o período aquisitivo e concessivo podem não se completar. Com fulcro no que foi até aqui exposto, é possível inferir que o reconhecimento da unicidade contratual, fruto da sucessão do

empregador, seria remédio para o problema. Porém, para tanto, seria necessária a aceitação de novos e alargados entendimentos doutrinários sobre o tema.

Passa-se então, no próximo tópico, a reunir ainda outras soluções que se propõe à dar uma resposta satisfatória ao problema que vem sendo apresentado ao correr dessas páginas.

4.3 A sucessão e o esforço legislativo como resposta

Como já se sabe, o presente estudo tem por mote trazer a discussão sobre o problema da não concessão do período de descanso das férias ao trabalhador contratado por empresa interposta, na forma da lei 13.429/17, o trabalhador terceirizado. Faz parte do esforço dessa pesquisa a busca pelas alternativas que objetivem uma solução, ou ao menos a redução dos danos oriundos da tal prática, que, apesar de violadora de direito fundamental do trabalhador, é assimilada com normalidade por grande parte da doutrina e jurisprudência.

O Protocolo Adicional da Convenção Americana Sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, “Protocolo de San Salvador”, em seu artigo 7º, alínea “h”, determina que toda pessoa usufrua de “repouso, gozo do tempo livre, férias remuneradas, bem como remuneração nos feriados nacionais”. Nos normativos brasileiros, o direito ao período de férias se encontra na Consolidação das Leis do Trabalho, que dedica ao tema todo o seu Capítulo IV – Das Férias Anuais, se estendendo entre os artigos 129 a 153. Não bastasse, ainda é reconhecido como direito fundamental social pela Carta Republicana Federal de 1988, figurando no inciso XVII, do artigo 7º sua previsão supralegal.

Como já visto, na doutrina, Romar (2018), Vecchi (2004), Delgado (2017), entre outros, compreendem que o direito à fruição do período de férias é forma de garantir o descanso, o lazer, e a consecução do indivíduo como ser social, sendo, ademais, irrenunciável, e tão pouco passível de monetização.

Atinente ao trabalhador terceirizado, Castro (2017) alerta que o direito de férias fica prejudicado pela troca de empregador, uma vez que não se completa o período aquisitivo/concessivo da CLT. Se coadunam a esse pensamento, Delgado e Amorin (2015) em inúmeros momentos de sua obra, na denúncia do que os autores classificam como “emprego rarefeito”, caracterizado pelo regime de emprego onde

os direitos, apesar de garantidos, não se consumam na efetividade, apontando como exemplo a monetização do direito a férias no emprego terceirizado.

Ainda no prisma da legislação anterior, e antes da alteração do entendimento do Supremo Tribunal Federal, sobre a terceirização na atividade fim ocorrida em 2018, os autores afirmam:

Por sua vez, define-se o âmbito de proteção do direito fundamental dos trabalhadores, agora em dois planos distintos: aos trabalhadores que operam na atividade finalística da empresa, a Constituição reserva o regime de emprego direto e bilateral com o empreendedor beneficiário final de sua mão de obra, no padrão máximo de proteção previsto em seus arts. 7º a 11; e aos trabalhadores terceirizados, que operam na atividade-meio da empresa tomadora, intermediados pela empresa prestadora e vulneráveis ao modelo de emprego rarefeito, a Constituição reserva uma relação de emprego com a máxima proteção social possível no contexto da terceirização, o que remete à necessidade permanente de uma legislação que confira a máxima densidade protetiva possível a esse trabalhador, com vistas à máxima superação possível do modelo de emprego rarefeito (DELGADO; AMORIN, 2015, p. 133, grifo nosso).

Validando todas as afirmações, e já citado em capítulo anterior desse estudo, o documentário-denúncia Terceirizado: um Trabalhador Brasileiro, produzido pelo Grupo de Pesquisa Trabalho e Capital da Universidade de São Paulo, realizando entrevistas com trabalhadores terceirizados da administração pública federal, evidencia o problema da substituição recorrente da empresa interposta. Zabian Pires (2016), em diversos momentos de sua obra menciona o documentário-denúncia como forma de demonstrar como o problema se desenrola na realidade fática. As entrevistas demonstram que a unanimidade dos trabalhadores terceirizados que participam do documentário-denúncia, são tolhidos do seu direito a férias, ficando, em alguns casos, diversos anos sem qualquer período de descanso, devido exatamente à troca de empregador e consequente rompimento do período aquisitivo ou concessivo.

A doutrina trabalhista, baseada nos artigos 10 e 448 da CLT, em situações onde há troca de empregador, reconhece a ocorrência do instituto da sucessão de empregador, ou sucessão de empresas, desde que preenchidos os requisitos. A configuração da sucessão nas relações de emprego terceirizado é apontada como uma forma de permitir o gozo ao direito de férias desses trabalhadores.

Por essa razão, faz-se à seguir a tentativa de abordar com pouco mais de profundidade essa possibilidade de aplicação da teoria ao problema em questão.

4.3.1 O Instituto da Sucessão de Empregadores e o Direito a férias do Trabalhador Terceirizado.

Apresentada sobre diversos entendimentos e roupagens, em especial quanto aos requisitos para seu reconhecimento, o instituto da sucessão empresarial pode, segundo alguns autores, representar uma solução para garantir o direito a férias do trabalhador terceirizado.

Para Batista (2015, p. 186) a configuração da sucessão de empregadores nas relações de emprego terceirizado geraria a continuidade do contrato de trabalho, mesmo ocorrendo a mudança do empregador.

Deste raciocínio, então, decorrem consequências inexoráveis. Se há sucessão trabalhista de empregadores menor, não há rescisão do contrato de trabalho; se não há rescisão do contrato de trabalho, temos que: a) os empregados mantidos não poderão ter seus direitos trabalhistas reduzidos; b) direitos que reclamam o efetivo gozo, como férias, deverão ser usufruídos no curso do novo contrato administrativo com a nova pessoa jurídica prestadora de serviços, na forma dos artigos 134 e seguintes da CLT; c) não serão devidas quaisquer verbas ou obrigações trabalhistas típicas da rescisão sem justa causa do contrato de trabalho (BATISTA, 2015, p. 186, grifo nosso).

Já Zabian Pires (2016), aborda o não reconhecimento da sucessão de empregadores:

Acontece que, no Brasil, nem sempre a sucessão trabalhista na terceirização é caracterizada do ponto de vista jurídico como verdadeira sucessão, e por consequência, os trabalhadores terceirizados permanecem, durante anos, prestando serviços à mesma tomadora, sem gozarem férias e, ainda, terem o salário reduzido, após cada contratação sucessiva (ZABIAN PIRES, 2016, p. 59).

No entanto, a autora alerta para um efeito danoso que pode ocorrer caso o reconhecimento da sucessão se configure em terceirização ilícita, devido a pessoalidade da relação. Caso em que a empresa contratante seria responsabilizada através do reconhecimento do vínculo empregatício, o que poderia gerar mais danos ao trabalhador.

Isso porque, se a situação caracterizar-se como fraude, na prática, a tomadora dificilmente admitiria que a nova prestadora contratada absorvesse os trabalhadores da antiga, devido ao risco de responder

diretamente pelos contratos de trabalho, de modo que recairiam sobre os empregados terceirizados os riscos do desemprego (ZABIAN PIRES, 2015, p. 57).

Apesar do alerta, a autora se preocupa em demonstrar a importância do reconhecimento da sucessão como forma de garantir os direitos do trabalhador terceirizado. A concepção da unicidade do contrato de trabalho resultaria num contínuo em relação à contagem do prazo para aquisição e concessão das férias, uma vez que a origem do problema se localiza na interrupção do contrato antes de completado esse período. Pelas regras da CLT, o período aquisitivo corresponde à doze meses de trabalho, porém o período concessivo compreende aos doze meses subsequentes ao aquisitivo, e somente ao final desse prazo o empregador estaria inadimplente. Dessa forma, a interrupção antes de decorrido o prazo concessivo, redundaria em monetização do direito de férias. A compreensão da unicidade do contrato pela sucessão do empregador, o que representaria a não interrupção do contrato, solucionaria o problema (ZABIAN PIRES, 2015, p. 57).

Dando prosseguimento, tem-se que, além da sucessão empresarial, apresentada pela doutrina como uma forma de solução da ausência de férias para o trabalhador terceirizado, nos últimos anos, em atenção ao problema, surgiram diversos projetos de lei. No próximo item, alguns deles serão apresentados.

4.3.2 Férias do trabalhador terceirizado e a busca por mudança legislativa

Acima, foi juntada ao corpo da presente pesquisa uma solução levantada pela doutrina. Nesse item, busca-se trazer proposições de alterações legislativas que tiveram o escopo de garantir direitos aos contratados de empresas interpostas.

Tratando da possibilidade de correção do problema pela via legislativa, a doutrina apresenta a importância de um controle constitucional de garantia de direitos trabalhistas nas relações de terceirização. E afirma:

Mas isso não é suficiente. O dever de proteção constitucional à relação de emprego terceirizada, decorrente da ordem objetiva de valores constitucionais, impõe ao legislador a edição de norma especial protetiva do trabalhador terceirizado, a fim de garantir-lhe uma tutela compensatória, conferindo-lhe, pelo menos: a representação sindical profissional vinculada à categoria econômica da empresa tomadora, com gozo dos direitos convencionais conquistados por esse sindicato; a máxima isonomia remuneratória com empregados da empresa tomadora que exerçam idêntica função na atividade-meio, no mesmo molde garantido ao

trabalhador temporário, pelo art. 12, a, da Lei n. 6.019/1974; a contagem de tempos de serviço de contratos de trabalho sucessivos, em regime de terceirização, para efeito de gozo de férias; a responsabilidade solidária da empresa tomadora pela adoção de todas as medidas de proteção à saúde e segurança dos trabalhadores terceirizados, além da responsabilidade patrimonial subsidiária pelos débitos trabalhistas decorrentes do contrato de trabalho (DELGADO; AMORIN, 2015, p. 133, grifo nosso).

Nesse sentido, a situação do trabalhador terceirizado privado de seu período de férias teve a atenção de alguns parlamentares que, sensibilizados, buscaram propor projetos de lei (PL) que pudessem solucionar o problema. Naturalmente nenhum teve sucesso, mas pretende-se apresentar aqui alguns deles, para fins de estudo.

A deputada Erika Kokay, vinculada ao Partido dos Trabalhadores (PT) do Distrito Federal apresentou à Câmara dos Deputados o projeto de lei 236/2015, que propunha a inclusão na CLT do artigo 134-A na forma abaixo:

Art.134-A. No contrato de prestação de serviços terceirizados, quando o empregado for contratado sucessivas vezes por diferentes empresas que prestem serviços à mesma contratante de forma consecutiva, é obrigatória a concessão de férias, independente de quais sejam as empresas prestadoras de serviço no período em curso.

§ 1º Como parâmetro para o cálculo do período aquisitivo de férias, deve ser considerado o tempo de serviço contínuo do empregado terceirizado à contratante, que será correspondente ao período máximo e improrrogável de doze meses, independente de quais sejam as empresas que venham a prestar serviço à contratante, ainda que se trate de contrato emergencial.

§ 2º É de responsabilidade da empresa contratada como prestadora de serviços terceirizados a concessão das férias a que se refere o caput deste artigo.

§ 3º Na impossibilidade de a empresa prestadora de serviços terceirizados arcar com o pagamento das férias devidas, estas serão pagas ao trabalhador às expensas da contratante, a qual deverá, obrigatoriamente, manter conta bancária específica ativa com recursos próprios destinados para tal finalidade; ou, a empresa que estiver em vias de encerrar o contrato fica obrigada a repassar os recursos para a nova empresa prestadora de serviço para que esta proceda o pagamento do referido benefício trabalhista.

A justificativa do projeto, de forma resumida, nada mais é do que as questões levantadas no decorrer do presente estudo. Senão vejamos:

Centenas são as denúncias publicadas nos meios de comunicação de que trabalhadores de empresas terceirizadas passam anos e anos sem o direito ao gozo de férias porque, em virtude de rescisões de contratos (em que recebem as indenizações referentes às férias proporcionais) seguidos de

novas contratações, nunca conseguem implementar o período de um ano necessário para a aquisição do direito ao descanso de férias.

Outros projetos de lei tentaram regular de alguma forma a terceirização de mão de obra, a exemplo do projeto de lei do Senado nº 87 de 2010 que abria a possibilidade de terceirizar qualquer atividade; e o projeto de lei 1621/2007, do deputado Vicentinho, do Partido dos Trabalhadores de São Paulo, que explicitava no art. 3º: “É proibida a terceirização da atividade-fim da empresa”. Porém, nenhum dos dois abordava o problema da não concessão de férias.

Por fim, o projeto de lei 4330/2004, do então deputado pelo Partido Liberal de Goiás, Sandro Mabel, merece destaque. Na justificativa que consta da sua redação inicial, pode-se ler:

A presente proposição tem origem no Projeto de Lei nº 4.302, de 1998, que após mais de cinco anos de tramitação, teve a retirada solicitada pelo Poder Executivo. Ressalta-se que durante a tramitação do Projeto de Lei do Executivo, que também alterava a lei do trabalho temporário, travaram-se longos e frutíferos debates sobre o tema, tanto nesta Casa quanto no Senado Federal, que muito enriqueceram a proposta original.

O projeto de lei 4.302/1998, de autoria do Poder Executivo, no ano de 2017 foi convertido na Lei Ordinária 13.429, alterando a lei 6.019/74 que, após nova alteração produzida pela lei 13.467/2017, define a regulamentação da terceirização em sua forma atual.

O PL 4.330/2004 teve origem no mesmo projeto que resultou na atual lei da terceirização, no entanto ele se destina exclusivamente ao trabalho terceirizado, não entrando em questões do trabalho temporário, como o faz a Lei 13.429/2017. Tendo sido aprovado na Câmara dos Deputados, o projeto foi enviado ao Senado Federal em 27 de abril de 2015, e atualmente aguarda aprovação por aquela casa.

Através da pesquisa pode-se concluir que a aprovação do referido projeto pela Câmara dos Deputados gerou, à época, diversas manifestações contrárias, a exemplo de notícia que se pode ler no sítio da *internet* da CUT – Central Única dos Trabalhadores, em 14 de abril de 2015, convidando para O Dia Nacional de Paralisação para Derrubar o PL 4330, com a alegação de que o mesmo é o “projeto de terceirização total que vai retirar direitos e promover demissões”.

De fato, prevê o projeto em sua redação final:

Art. 2º Para os fins desta Lei, consideram-se:

I - terceirização: a transferência feita pela contratante da execução de parcela de qualquer de suas atividades à contratada para que esta a realize na forma prevista nesta Lei.

De forma inovadora, o projeto também cria a exigência de cláusula contratual com previsão de constituição de garantia, que representaria percentual do contrato previsto em lei, e que serviria para quitar eventuais obrigações trabalhistas inadimplidas pela empresa interposta.

Porém, para fins do presente estudo, destaca-se no projeto a inovação que consta do artigo 14, *in verbis*:

Art. 14. Na hipótese de contratação sucessiva para a prestação dos mesmos serviços terceirizados, com admissão de empregados da antiga contratada, a nova contratada deve assegurar a manutenção do salário e dos demais direitos previstos no contrato anterior.

§ 1º Para os empregados de que trata este artigo, o período concessivo das férias deve coincidir com os últimos 6 (seis) meses do período aquisitivo, não se aplicando o disposto no caput do art. 134 da Consolidação das Leis do Trabalho — CLT, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943.

§ 2º Havendo a rescisão do contrato de trabalho antes de completado o período aquisitivo das férias, a compensação devida será feita no momento da quitação das verbas rescisórias, observado o disposto no § 5º do art. 477 da Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943.

§ 3º É vedada a redução do percentual da multa prevista no § 1º do art. 18 da Lei nº 8.036, de 11 de maio de 1990, na rescisão contratual dos empregados de que trata este artigo.

A presença desse artigo, que não constava de versão inicial do projeto, indicando que sua inserção foi resultado dos debates, demonstra o reconhecimento do problema pelo legislador no ano de 2015. O projeto, no entanto, firma no seu artigo 1º, § 2º, que os dispositivos da lei não se aplicam aos contratos de terceirização firmados com a administração pública, lembrando que, como demonstrado no já citado documentário-denúncia Terceirizado: Um Trabalhador Brasileiro, bem como em item específico em capítulo anterior, grande parte dos contratos de terceirização estão no setor público. Não obstante, o PL 4.303 faz o reconhecimento do problema da não concessão de férias ao terceirizado, e busca uma solução através da atividade legislativa.

Ressalta-se que o *caput* do artigo supra transcrito, representaria a efetivação em lei da aplicação da teoria da sucessão, na forma acima defendida. Porém, a previsão de que o período concessivo deva coincidir com o período aquisitivo, evita que a obrigação de conceder férias seja postergada até o fim do contrato, como ocorre na atualidade, ou imposta ao sucessor, se aplicada a teoria sucessória.

Com essa breve apresentação de algumas possibilidades legiferantes, finda esse capítulo que objetivou apresentar soluções, teóricas e legislativas, que até o momento tenham sido aventadas. Como se viu, o tema não passa despercebido no debate doutrinário e nem no debate político, porém as soluções propostas atuam das mais variadas formas, seja na nova interpretação da legislação atual, na alteração legal, ou mesmo na elaboração de novas leis.

5. CONCLUSÃO

Ao longo desse trabalho buscou-se demonstrar que o direito a férias remuneradas é direito fundamental constitucional, relacionado à saúde do trabalhador, que visa permitir a realização de sua vida como Ser Social. Trata-se de direito irrenunciável que gera, ao empregador o dever de conceder, e ao empregado o dever de fruir, não se admitindo sua conversão em pecúnia, a não ser o previsto em lei (um terço, conforme artigo 143 da CLT). A CLT ainda determina que o período aquisitivo do direito perfaz doze meses de contrato de trabalho, e o período concessivo corresponde aos doze meses subsequentes ao aquisitivo. Nesse sentido, se viu que a consecução do direito está umbilicalmente ligada à ideia de continuidade do contrato de trabalho.

Abordou-se também a relação de trabalho terceirizado, sendo evidente seu crescimento nos últimos anos apesar da existência de legislação e de jurisprudência restritivas. Ocorre que, recentemente, deu-se alterações significativas, tanto na legislação quanto na jurisprudência, em especial do STF, o que deve favorecer ainda mais a ampliação dessa forma de relação trabalhista, obrigando o Direito do Trabalho à tratar dessa nova realidade.

No regramento relativo a férias resumido acima, se insere também o trabalhador terceirizado. Mesmo que represente uma relação trabalhista *sui generis*, não há disposições legais, ou formas de aplicações distintas para o contrato de trabalho firmado com empresa interposta. Por essa razão surge o que foi denominado pela doutrina de “emprego rarefeito” onde, apesar da legislação garantir o direito, a realidade fática impede sua fruição de forma integral e satisfatória. Exemplo disso é o direito a férias que, por conta da substituição da empresa interposta e a pactuação de novo contrato de trabalho para prestar serviço para o mesmo contratante, impede o transcurso do prazo aquisitivo e concessivo, e priva o trabalhador do gozo de férias.

Como forma de resolver a situação desponta na doutrina a Teoria da Sucessão Empresarial, ou Sucessão de Empregadores. No entanto, com adaptações. Na aplicação em geral, compreende-se que basta a substituição do empregador, independente da continuidade da prestação de serviço, para configurar a sucessão, já que a aplicação da teoria visa garantir a responsabilização do sucessor pelos débitos trabalhistas deixados pelo sucedido. No que tange ao uso da

teoria no contexto da terceirização, a continuidade da prestação do serviço é fundamental. Não basta a substituição do empregador, mas é necessário que o trabalhador continue prestando serviço para o mesmo contratante, pois é exatamente nesse cenário que surge a supressão dos direitos. Aqui, a aplicação da teoria tem por objetivo, não a responsabilização, mas a garantia da consecução dos direitos, em especial o direito a férias, e a aplicação do princípio da vedação de alterações prejudiciais ao empregado. Para tanto a doutrina pugna pelo entendimento da unicidade do contrato de trabalho nessas situações.

Em observado esse entendimento e acatada a continuidade do contrato de trabalho ficaria solucionado o problema, uma vez que, se não interrompido o contrato, dá-se seguimento na contagem do prazo para atender ao período aquisitivo e concessivo, o que permitiria ao trabalhador gozar de suas férias. No entanto, cabe lembrar a advertência já feita: a compreensão da não interrupção do contrato poderia acarretar a caracterização da pessoalidade em relação ao contratante, de forma que esse, temendo a responsabilização, poderia se opor à contratação do mesmo trabalhador quando da substituição da empresa interposta. Essa possibilidade se voltaria contra o obreiro, pois resultaria na perda do emprego.

Dessa forma, vale ressaltar o ponto de vista dos doutrinadores que entendem que, apesar de haver garantia constitucional dos direitos, é preciso que haja legislação específica que objetive impedir que as especificidades da terceirização prejudiquem os trabalhadores. Nesse sentido, foram apresentados alguns projetos de lei, a exemplo do PL 4.330 que incorpora em seu texto elementos da teoria da sucessão empresarial, além de criar nova regra para a contagem do prazo concessivo do direito de férias para o trabalhador terceirizado. A solução legislativa teria maior efetividade, uma vez que não ficaria à mercê das variações dos entendimentos jurisprudenciais e doutrinários.

Apesar do apelo da doutrina pela aplicação da Sucessão Empresarial para combate do problema, conclui-se ao final desse estudo que dela talvez não advenham os melhores resultados. Se admitida a continuidade do contrato, e esse entendimento tornar-se praxis no direito do trabalho, isso geraria a imposição de uma obrigação ao sucessor, que poderia ter sido deliberadamente deixada sem cumprir pelo sucedido. Para se livrar dessa obrigação, bastaria ao sucessor não contratar o mesmo empregado, deixando-o desempregado.

Vê-se então que a melhor solução passaria por medidas legislativas, que criariam regras específicas para as relações de trabalho terceirizado. A exemplo do projeto de lei citado nesse estudo, que buscou estabelecer a correspondência entre o período de aquisição e de concessão.

Por fim, apesar das discussões doutrinárias e debates legislativos o trabalhador terceirizado continua sendo lesado. Mesmo que haja uma legislação que, em tese, o equipare a qualquer outro empregado, a realidade forjada pela interposição de um terceiro, numa relação outrora bilateral, priva o trabalhador da integralidade do gozo dos seus direitos. E fica assim o Direito do Trabalho, chamado a se manifestar.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>, acessado em 12 de outubro de 2018.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei – PL 4330/2004. Dispõe sobre o contrato de prestação de serviço a terceiros e as relações de trabalho dele decorrentes. Disponível em <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=267841>>, acessado em 07 de abril de 2019.

BRASIL. Câmara do Deputados. Projeto de Lei – PL 4302/1998. Dispõe sobre as relações de trabalho na empresa de trabalho temporário e na empresa de prestação de serviços a terceiros, e dá outras providências. NOVA EMENTA DO SUBSTITUTIVO: Altera dispositivos da Lei nº 6.019, de 03 de janeiro de 1974, que dispõe sobre o trabalho temporário nas empresas urbanas e dá outras providências" e dispõe sobre as relações de trabalho na empresa de prestação de serviços a terceiros. Disponível em <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichade tramitacao?idProposicao=20794>>, acessado em 07 de abril de 2019.

BRASIL. Câmara do Deputados. Projeto de Lei – PL 236/2015. Acrescenta artigo à Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), a fim de dispor sobre o gozo de férias pelos empregados de empresas prestadoras de serviços terceirizados que, em virtude de contratos sucessivos, continuarem a trabalhar para a mesma empresa contratante. Disponível em <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=946133>>, acessado em 07 e abril de 2019.

BRASIL. Câmara do Deputados. Projeto de Lei – PL 1621/2007. Dispõe sobre as relações de trabalho em atos de terceirização e na prestação de serviços a terceiros no setor privado e nas sociedades de economia mista. Disponível em <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=359983>>, acessado em 07 de abril de 2019.

BRASIL. Decreto-lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943 – Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/ Del5452.htm>, acessado em 29 de janeiro de 2019.

BRASIL. Lei nº 6.019, de 3 de janeiro de 1974. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6019.htm>, acessado em 12 de outubro de 2018.

BRASIL. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 2003. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm, acessado em 29 de janeiro de 2019.

BRASIL. Lei nº 14.429, de 31 de março de 2017. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2017/Lei/L13429.htm, acessado em 28 de janeiro de 2019.

BRASIL. Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2017/Lei/L13467.htm, acessado em 28 de janeiro de 2019.

BRASIL. Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão. Portaria nº 443, de 27 de dezembro de 2018. Disponível em <http://pesquisa.in.gov.br/imprensa/jsp/visualiza/index.jsp?data=28/12/2018&jornal=515&pagina=5>, acessado em 15 de março de 2019.

BRASIL. Senado Federal. Projeto de Lei – PL 87/2010. Dispõe sobre a contratação de serviços de terceiros e dá outras providências. Disponível em <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/96305>, acessado em 07 de abril de 2019.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Súmula nº 81. Disponível em <http://www.tst.jus.br/sumulas>, acessado em 29 de janeiro de 2019.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Súmula nº 328. Disponível em <http://www.tst.jus.br/sumulas>, acessado em 29 de janeiro de 2019.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Súmula nº 331. Disponível em <http://www.tst.jus.br/sumulas>, acessado em 20 de janeiro de 2019.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Súmula nº 450. Disponível em <http://www.tst.jus.br/sumulas>, acessado em 15 de fevereiro de 2019.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Orientação Jurisprudencial 261 – SBDI I. Disponível em <http://www.tst.jus.br/ojs>, acessado em 23 de março de 2019.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Orientação Jurisprudencial 383 – SBDI I. Disponível em <http://www.tst.jus.br/ojs>, acessado em 23 de março de 2019.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Dano Moral. Dano existencial. Supressão de direitos trabalhista. Não concessão de férias durante todo o período laboral. Dez anos. Direito de personalidade. Violação. Recurso de revista conhecido e provido, no tema. Recurso de Revista nº TST-RR-727-76.2011.5.24.0002. Caixa de Assistência dos Servidores do Estado do Mato Grosso do Sul (CASSEMS) e Margaret Flores Nunes Viana. Relator: Ministro Hugo Carlos Scheuermann. Acórdão, 19 de junho de 2013. Disponível em: <http://aplicacao4.tst.jus.br/consultaProcessual/consultaTstNumUnica.do?consulta=Consultar&conscsjt=&numeroTst=727&digitoTst=76&anoTst=2011&orgaoTst=5&tribunalTst=24&varaTst=0002>, acessado em 23 de março de 2019.

BATISTA, Hugo Fidelis. A terceirização, a sucessão de contratos administrativos e a teoria menor da sucessão de empregadores para fins trabalhistas. Revista Jurídica da Procuradoria-Geral do Distrito Federal, Brasília, v.40, p 171-190, 13 jul. 2015. Disponível em <http://revista.pg.df.gov.br/index.php/RJPGDF/article/view/294/220>, acessado em 23 de março de 2019.

CAMINO, Carmen. Direito individual do trabalho – 4. ed. – Porto Alegre: Síntese, 2004.

CASTRO, Leandro. Consequências da terceirização no direito trabalhista. Nov/2017. Disponível em <<http://leandrohcastro.jusbrasil.com.br/artigos/521111465/consequencias-daterceirizacao-no-direito-trabalhista>>, acessado em 29 de janeiro de 2019.

COMISSÃO Interamericana de Direitos Humanos. Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matéria e Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, “Protocolo de San Salvador”. Disponível em <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/e.Protocolo_de_San_Salvador.htm>, acessado em 06 de abril de 2019.

CUT – Central Única do Trabalhadores – Terceirização e desenvolvimento – uma conta que não fecha, São Paulo, 2014. Disponível em <<https://www.cut.org.br/system/uploads/ck/files/Dossie-Terceirizacao-e-Desenvolvimento.pdf>>, acessado em 30 de janeiro de 2019.

CUT – Central Única do Trabalhadores. Notícias. Dia Nacional de Paralisação para derrubar o PL 4330. Publicado em 14, abr. 2015. Disponível em <<https://www.cut.org.br/noticias/15-de-abril-um-dia-nacional-de-paralisacao-para-derrubar-o-pl-4330-f6a3>>, acessado em 07 de abril de 2019.

DELGADO, Gabriela Neves; AMORIN, Helder Santos. Os limites constitucionais da terceirização – 2 ed. – São Paulo: LTr, 2015.

DELGADO, Mauricio Godinho. Curso de Direito do Trabalho – 16. ed. rev. e ampl.. – São Paulo: LTr, 2017.

DIEESE – Departamento Intersindical de Estatística e Estudos Socioeconômicos – Nota Técnica 172 – Terceirização e precarização das condições de trabalho - Condições de trabalho e remuneração em atividades tipicamente terceirizadas e contratantes, São Paulo, Março/2017. Disponível em <https://www.dieese.org.br/nota_tecnica/2017/notaTec172Terceirizacao.pdf>, acessado em 30 de janeiro de 2019.

FÁVERO, Altair Alberto; GABOARDI, Ediovani Antônio, (Coord.). Apresentação de trabalhos científicos: normas e orientações práticas – 5ª ed., Passo Fundo: Ed. Universidade de Passo Fundo, 2014.

FORTINI, Cristiana. O Decreto Federal 9.507/18 e a terceirização na administração: primeiras impressões. Set. 2018. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2018-set-27/interesse-publico-decreto-federal-950718-terceirizacao-administracao-publica>>, acessado em 25 de janeiro de 2019.

GOMES, Orlando, GOTTSCHALK, Elson. Curso de Direito do Trabalho, 19ª edição. Forense, 09/2011. [Minha Biblioteca].

GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa; DIAS, Maria Tereza Fonseca. (Re) pensando a pesquisa jurídica: teoria e prática – 3ª ed. rev. e atual. pela NBR 14.724, de 30/12/05, da ABNT – Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

IBGE – Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. Pesquisa nacional por amostra de domicílios – Aspectos das relações de trabalho e sindicalização. Rio de Janeiro: IBGE, 2017. Disponível em <<https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv100322.pdf>>, acessado em 27 de janeiro de 2019.

LIMA, Francisco Meton Marcos de; LIMA, Francisco Péricles Rodrigues Marques de. Terceirização total: entenda ponto a ponto – São Paulo: LTr, 2018.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. Curso de direito do trabalho. 10. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

MAGALHAES, Joalvo. Reforma Trabalhista: Alteração no regime de férias da CLT. Novembro/2017. Disponível em <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/reforma-trabalhista/reforma-trabalhista-alteracao-no-regime-de-ferias-da-clt-2-16112017>>, acessado em 12 de outubro de 2018.

MAGALHÃES, Joalvo. Reforma trabalhista e alteração na disciplina da sucessão trabalhista. Jan. 2018. Disponível em <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/pensando-direito/reforma-trabalhista-e-alteracao-na-disciplina-da-sucessao-trabalhista-25012018>>, acessado em 24 de março de 2019.

MARTINS, Sérgio Pinto. Terceirização no direito do trabalho – 15. Ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

MEDEIROS, Cinthia Maria Santos Moura de. Férias: a convenção nº 132 da Organização Internacional do Trabalho (OIT) e seus efeitos no ordenamento jurídico brasileiro. Abril/2018. Disponível em <https://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=19917>, acessado em 21 de outubro de 2018.

MEZZARROBA, Orides; MONTEIRO, Cláudia Sevilha. Manual de metodologia e pesquisa no Direito – 5ª ed., - São Paulo: Saraiva, 2009.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Curso de direito do Trabalho - História e Teoria, 29ª edição. Saraiva, 6/2014. [Minha Biblioteca].

ROMAR, Carla Martins. Direito do trabalho Esquematizado®, 5th edição. Editora Saraiva, 2018. [Minha Biblioteca].

REBELO, André Marques et al. Terceirização: o que os dados revelam sobre remuneração, jornada e acidentes de trabalho. In: Terceirização do trabalho no Brasil : novas e distinta perspectivas ao debate. Organizador: André Gambier Campos. – Brasília: IPEA, 2018. Disponível em <http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=32326>, acessado em 30 de janeiro de 2019.

SANTOS, Luiz Alberto dos. O Decreto nº 9.507, de 2018 e a ampliação da terceirização no serviço público. Set/2018. Disponível em <https://sinait.org.br/arquivos/artigos/Artigo_239.pdf>, acessado em 25 de janeiro de 2019.

STEIN, Guilherme; ZYLBERSTAJN, Eduardo; ZYLBERSTAJN, Hélio. Diferencial de salários da mão de obra terceirizada no Brasil – Departamento de Economia, Faculdade de Economia, Administração e Contabilidade da Universidade de São Paulo (FEA-USP) - Revista Estud. Econ. vol.47 no.3 São Paulo jul./set. 2017. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-41612017000300587&lng=pt&tlng=pt>, acessado em 30 de janeiro de 2019.

SUPREMO Tribunal Federal. Notícias: STF decide que é lícita a terceirização em todas as atividades empresariais. Brasília: 30 de agosto de 2018. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=388429>>, acessado em 27 de janeiro de 2019.

TEIXEIRA, Elis. Sucessão empresarial. Nov. 2018. Disponível em <<https://jus.com.br/artigos/70605/sucessao-empresarial>>, acessado em 24 de março de 2018.

TERCEIRIZADO: um trabalhador brasileiro. Produção de Lola Filmes. Realização GPTC. 2014 (120 min), son., color. Disponível em <<https://www.youtube.com/watch?v=iu5Xhu82fzc>>, acessado em 26 de março de 2019.

VECCHI, Ipojucam Demétrius. Direito material do trabalho: execução, desenvolvimento e extinção do contrato de trabalho. 2ª edição – Curitiba: Juruá, 2016.

ZABIAM PIRES, Fernanda. A não caracterização da sucessão trabalhista na terceirização: prejuízos aos direitos dos trabalhadores no Brasil? Faculdade de Direito de Ribeirão Preto. Ribeirão Preto, 2016. Disponível em: <<http://www.tcc.sc.usp.br/tce/disponiveis/89/890010/tce-23052017-172411/?&lang=br>>, acessado em 23 de janeiro de 2019.