

**CENTRO UNIVERSITÁRIO TABOSA DE ALMEIDA  
ASCES-UNITA  
BACHARELADO EM DIREITO**

**TERCEIRIZAÇÃO DA ATIVIDADE-FIM E O PROJETO DE LEI  
4330/2004: UM ENSAIO SOBRE O COMBATE À INVESTIDA CONTRA  
OS DIREITOS DOS TRABALHADORES**

**EDUARDO CARDOZO GOMES**

**CARUARU  
2016**

**CENTRO UNIVERSITÁRIO TABOSA DE ALMEIDA  
ASCES-UNITA  
BACHARELADO EM DIREITO**

**TERCEIRIZAÇÃO DA ATIVIDADE-FIM E O PROJETO DE LEI  
4330/2004: UM ENSAIO SOBRE O COMBATE À INVESTIDA CONTRA  
OS DIREITOS DOS TRABALHADORES**

**EDUARDO CARDOZO GOMES**

Trabalho de Conclusão de Curso,  
apresentado à ASCES-UNITA, como  
requisito parcial, para a obtenção do  
grau de bacharel em Direito, sob  
orientação do Professor Doutor Oton  
de Albuquerque Vasconcelos Filho.

**CARUARU**

**2016**

## **FOLHA DE APROVAÇÃO**

Data da aprovação: \_\_\_\_/\_\_\_\_/\_\_\_\_.

### **BANCA EXAMINADORA:**

---

Presidente: Prof.: Dr. Oton de Albuquerque Vasconcelos Filho

---

Primeiro Avaliador: Prof.:

---

Segundo Avaliador: Prof.:

*“Que os vossos esforços desafiem as impossibilidades, lembrai-vos de que as grandes coisas do homem foram conquistadas do que parecia impossível.”*

*Charles Chaplin*

## AGRADECIMENTOS

Primeiramente, honro a Deus pela minha vida, agradecendo-o por todas as bênçãos derramadas sobre mim e minha família durante toda minha jornada e especialmente pela graça de ter conseguido concluir este trabalho bastante árduo, porém muito gratificante e enriquecedor.

Agradeço à minha mãe, minha rainha, aquela para quem eu dedico desde o primeiro pensamento na escolha da minha carreira até a efetiva concretização do sonho de exercer ao final a advocacia. Minha professora maior, meu exemplo de força e perseverança. Te amo mainha.

Ao meu herói e pai, por todo o tempo dedicado a mim e aos meus irmãos, por todas as noites em claro, agradeço a Deus pela graça de ter nascido seu filho, muito obrigado por tudo. Te amo painho. Aproveitando para estender total agradecimento à Bárbara e Everaldo, pois ambos à sua maneira deram grandiosa contribuição à minha formação como pessoa e profissional.

Quero agradecer também ao meu amor Sara Priscila, por todos os momentos que passamos juntos, por todo o tempo dedicado à mim, por nunca ter me deixado abater pelos problemas no desenvolvimento deste trabalho, por ser minha conselheira e amiga em todos os momentos da minha vida, és a mulher que escolhi para passar todo esse tempo de vida que me resta, que Deus possa engrandecer esse sentimento e nos proporcionar dias felizes, regados de realizações e conquistas que viveremos lado a lado. Minha pequena, eu te amo muito.

Agradeço ao meu professor e orientador Oton Vasconcelos pela dedicação e força despendida durante a construção de cada linha deste trabalho. Deixo meu muito obrigado pelo brilhante papel.

Deixo meu agradecimento aos meus companheiros de faculdade, aqueles que eu dividi cada momento único vivido dentro da ASCES, por terem tornado o fardo mais leve e a caminhada mais tranquila. Aos meus amigos, meu muito obrigado por tudo, levarei todos vocês para sempre.

Por fim, dedico essa vitória a todos os demais professores, por toda dedicação na construção do meu conhecimento não só profissional como também humano, despertando em mim uma consciência crítica, cidadã e plural.

## LISTA DE TABELAS

Tabela 01 - Distribuição dos trabalhadores em setores tipicamente terceirizados e tipicamente contratantes, 2013 (DIEESE/CUT)

Tabela 02 – Condições de trabalho e terceirização, 2013 (DIEESE/CUT)

Gráfico 01 – Taxa de rotatividade por tipo de setor, 2013 (DIEESE/CUT)

Gráfico 02 – N° de Acidentados Fatais do Setor Elétrico Brasileiro, 2003-2013 (Fundação COGE)

Gráfico 03 – Número de mortes na Petrobras – Efetivos e Terceirizados, 1995-2013 (Federação Única dos Petroleiros (FUP) e DIEESE/CUT)

Tabela 03 – Trabalhadores em condição análoga à de escravos no Brasil, com base nos dez maiores resgates em cada ano, 2010-2013 (DETRAE-MTE)

## RESUMO

A terceirização é uma modalidade de contratação de força de trabalho divergente da modalidade contratual de emprego esculpida na Constituição Federal de 1988 por possuir empresa interposta. A terceirização nos moldes autorizados no Brasil permite o uso dessa modalidade de contrato de emprego apenas nas atividades-meio da empresa tomadora de serviços. O objetivo desse trabalho é demonstrar a nocividade inerente à terceirização, aos direitos dos trabalhadores, como exemplo a maior quantidade de mortes entre empregados terceirizados e a extensão desses danos na análise da eventual aprovação do projeto de lei de nº 4330/2004 que visa estender o alcance da terceirização para as atividades finalísticas da empresa. As técnicas de pesquisa utilizadas para o desenvolvimento desse trabalho ocorreram através de pesquisas bibliográficas a livros, sites jurídicos, legislação, doutrina e jurisprudência trabalhista. Este trabalho possui a finalidade de expor os riscos e problemas já existentes na terceirização e a extensão desses danos em decorrência da provável aprovação do projeto de lei 4330/2004, como nos informam as análises dos estudos e reflexões acadêmicas.

**Palavras-chave:** Terceirização; Flexibilização; Projeto de Lei 4330/04; Atividade-fim.

## ABSTRACT

Outsourcing is a modality of contracting workforce divergent from the contractual modality of employment carved in the Federal Constitution of 1988 by an interposed company. The authorized outsourcing in Brazil allows the use of this modality of employment contract only in the activities-middle of the service-taker company, as well as in the surveillance, conservation and cleaning activities. The objective of this work is to demonstrate the inherent harmfulness of outsourcing, workers' rights, as an example of the greatest number of deaths among outsourced employees and the extent of these damages in the analysis of the possible approval of bill no. 4330/2004, which aims to extend The scope of outsourcing to the company's final activities. The research techniques used for the development of this work occurred through bibliographic searches of books, legal websites, legislation, doctrine and labor jurisprudence. This work has the purpose of exposing the risks and problems already existing in outsourcing and the extent of these damages due to the probable approval of bill 4330/2004, as reported in the analyzes of the studies and academic reflections.

**Key words:** Outsourcing; Flexibilization; PL 4330/04; Activity end.

## SUMÁRIO

INTRODUÇÃO .....	9
1. A RELAÇÃO DE EMPREGO NA ORDEM JURÍDICA BRASILEIRA .....	14
1.1 A construção jurídica trabalhista de 1934 à Constituição Federal de 1988 .....	15
1.2 Os elementos fáticos-jurídicos da relação de emprego .....	21
1.3 Elementos jurídicos-formais da relação de emprego .....	27
2. FLEXIBILIZAÇÃO TRABALHISTA, NO CONTEXTO DA TERCEIRIZAÇÃO .....	35
2.1 O Princípio da vedação do retrocesso social .....	38
2.2 Análise jurisprudencial do Tribunal Superior do Trabalho: Uma reflexão sobre a súmula 256 e sua evolução até a edição da Súmula 331 .....	41
3. DIFERENCIAÇÃO ENTRE ATIVIDADE-MEIO E ATIVIDADE-FIM .....	53
3.1 Dados relevantes sobre a nocividade presente na terceirização legal dentro do cenário trabalhista brasileiro .....	56
3.1.1 A terceirização e a saúde do trabalhador terceirizado .....	59
3.2 O Projeto de Lei 4330/04 e a terceirização das atividades-fim e seus prejuízos intrínsecos ao direito dos trabalhadores .....	62
3.2.1 Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho (ANAMATRA) e o Conselho Nacional de Procuradores Gerais (CNPGE) e seus posicionamentos contrários à aprovação do Projeto de Lei 4330/2004 ..	65
3.3 Práticas empresariais danosas que obstam a percepção de direitos dos trabalhadores, na realidade da terceirização .....	66
CONSIDERAÇÕES FINAIS .....	68
REFERÊNCIAS .....	70
ANEXOS .....	76



## INTRODUÇÃO

Terceirização, nas palavras de Maurício Godinho Delgado, é um neologismo decorrente da palavra “terceiro”, sendo entendido como um interveniente. Mas, é necessário salientar que este instituto não guarda relação com a figura do “terceiro” no âmbito jurídico geral, como aquele que é estranho à relação jurídica existente entre as partes; é um termo decorrente da administração de empresas que significa a descentralização de uma atividade da empresa (GODINHO; 2011, p. 426).

Deve-se partir do pressuposto de que a empresa possui duas funções, aquela função para a qual a empresa nasceu, sendo a mais importante, conhecida como atividade-fim. E aquelas funções que a empresa deve realizar para alcançar efetivamente a realização da sua atividade-fim que é a denominada atividade-meio. Considerando, a título de exemplo, um supermercado, onde sua atividade-fim é a venda de produtos, que é feita através dos funcionários caixas que realizam essa venda e sua atividade-meio é a segurança do estabelecimento, que será realizada por um vigia. Este pensamento se confirma nas palavras de José Carlos Bonfiglioli, conforme vê-se:

Tanto a doutrina como a jurisprudência definem como atividade-meio aquela que não é inerente ao objetivo principal da empresa, trata-se de serviço necessário, mas que não tem relação direta com a atividade principal da empresa, ou seja, é um serviço não essencial e, como atividade-fim, aquela que caracteriza o objetivo principal da empresa, a sua destinação, o seu empreendimento, normalmente expresso no contrato social.

No ordenamento jurídico brasileiro, a respeito do fenômeno da terceirização, foi editada a Súmula Vinculante de nº 331 do Tribunal Superior do Trabalho que veda a terceirização das atividades-fim, sendo esta Súmula devidamente recepcionada pela Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), uma vez que este diploma legal veda a mercantilização da força de trabalho, através da redação dos seus artigos 2º, 3º e 9º, como segue:

331. Contrato de prestação de serviços. Legalidade

I – A contratação de trabalhadores por empresa interposta é ilegal, formando-se o vínculo diretamente com o tomador dos serviços, salvo no caso de trabalho temporário (Lei nº. 6.019, de 03/01/1974).

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

III – **Não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância (Lei nº 7.102, de 20/06/1983) e de conservação e limpeza, bem como a de serviços especializados ligados à atividade-**

**meio do tomador, desde que inexistente a personalidade 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, inclusive quanto aos órgãos da administração direta, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista, desde que hajam participado da relação processual e constem também do título executivo judicial (art. 71 da Lei nº. 8.666, de 21/06/1993). (grifo nosso)

Art.2º: Considera-se empregador a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviço.

Art. 3º - Considera-se empregado toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário.

Parágrafo único - Não haverá distinções relativas à espécie de emprego e à condição de trabalhador, nem entre o trabalho intelectual, técnico e manual.

(...)

Art. 9º - Serão nulos de pleno direito os atos praticados com o objetivo de desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação dos preceitos contidos na presente Consolidação.

Pela redação dos artigos acima, fica evidente que a proposta da CLT é a tutela do trabalhador, garantindo condições mínimas para o pleno exercício das suas funções. Com a proposta de normatizar a relação justralhista da terceirização, foi editado um Projeto de Lei (PL) de nº 4330/2004 com o fito de regulamentar quem são as pessoas do contrato de trabalho terceirizado, a relação da empresa terceirizada com a tomadora dos serviços desta e as consequências trabalhistas desta relação.

A proposta mais danosa do Projeto de Lei (PL) 4330 de 2004, que acabaria revogando tacitamente a presente Súmula nº331, destacada acima, é a permissão da terceirização “ampla, geral e irrestrita” das atividades de uma empresa, cujo argumento para esta ampliação das possibilidades de terceirização é o aumento do lucro das empresas exploradoras da força de trabalho, em todos os ramos de atuação, indústria, comércio e serviços, com o escopo de propiciar um ambiente favorável tão somente à parte mais forte da relação de emprego que é o empregador, conseguindo isto através do vilipêndio à direitos e garantias trabalhistas, recepcionados e garantidos constitucionalmente.

Tal afirmação resta comprovada, quando na redação final do art. 2º, inciso I da PL4330/04, que dispõe o seguinte, “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”(grifo nosso).

Essa forma de terceirização, não impondo limites a sua utilização, acabaria por criar empregados de 1ª e 2ª categoria, pelo simples fato de que, dentro da realidade de uma empresa, um funcionário que possui vínculo direto com o tomador dos seus

serviços, realizando capacitações e demonstrando novas aptidões poderá ser promovido dentro da empresa, tendo melhor posição hierárquica e consequentes benefícios dessa ascensão. Por outro lado, o empregado terceirizado, que terá vínculo com a empresa fornecedora do serviço e não com o tomador especificamente, ainda que seja capacitado para exercer funções de maior complexidade e importância, restará impedido, tendo em vista a natureza do contrato entre as empresas, que é de prestação de serviço e conforme o próprio Projeto de Lei 4330/2004, é um contrato específico, em que só se pode prestar aquela função exclusivamente.

O ordenamento jurídico trabalhista possui além dos princípios gerais do direito que constituem sua base jurídica e por conseguinte sua admissão no ordenamento jurídico pátrio, possui também princípios decorrentes da sua matéria, os chamados princípios informadores, dentre eles existe o princípio da Continuidade da Relação de Emprego que em síntese determina que o contrato de trabalho deve ser permanente, ou seja, indeterminado com relação a data de seu término. Com o fenômeno da terceirização irrestrita, teríamos como regra, o contrato de trabalho temporário, tendo em vista que, a relação contratual entre a pessoa jurídica tomadora do serviço e a fornecedora deste pode ter prazo de validade e ser reincluído de acordo com cláusulas contratuais específicas.

A terceirização das atividades-fim, conforme o exposto acima, tornará a exceção uma regra e, em decorrência disto, aparentemente violará princípios básicos da estrutura trabalhista brasileira.

Maurício Godinho Delgado, a respeito do Princípio da Continuidade da Relação de Emprego, explica o seguinte:

I) Princípio da Continuidade da Relação de Emprego – Informa tal princípio que é de interesse do Direito do Trabalho a permanência do vínculo empregatício, com a integração do trabalhador na estrutura e dinâmica empresariais. Apenas mediante tal permanência e integração é que a ordem trabalhista poderia cumprir satisfatoriamente o objetivo teleológico do Direito do Trabalho, de assegurar melhores condições, sob a ótica obreira, de pactuação e gerenciamento da força de trabalho em determinada sociedade.

Conforme o dito acima, as relações de emprego segundo o ordenamento jurídico trabalhista estão evadidas do princípio da continuidade da relação de emprego que é a garantia dada ao empregado, parte mais frágil da relação de emprego, de que seu contrato de trabalho só será extinto se houver fato superveniente que impeça o seu prosseguimento.

Dentre os riscos apontados, quando da possível aprovação do PL4330/04, está a unificação de profissionais, ligados a uma única empresa, tendo igualdade de salários e condições, dificultando a atuação de sindicatos dessas profissões especificamente, visto que tais profissionais estariam ligados por um contrato de prestação de serviço, não mais um contrato de trabalho, e se submeteriam a igualdade de salários para continuar no mercado de trabalho gerando a precarização de certas profissões e a exposição dos trabalhadores à condições degradantes, perigosas e insalubres.

Todos esses pontos elencados acima, encontram guarida fática nos dados disponibilizados pelo Ministério do Trabalho e Emprego (MTE) onde descreve que 90% (noventa por cento) do trabalho escravo pós-moderno detectado entre 2010 e 2014 advém do contrato de trabalho terceirizado.

Dadas às causas que impedem a sanção desse projeto de lei, nos termos pelos quais foi redigido, fica evidente que não podemos precarizar direitos e agredir todo o ordenamento jurídico criado com o pretexto de aumentar a competitividade e a margem de lucro das empresas brasileiras, pois, não se pode construir um país a partir do rebaixamento profissional do ser humano.

A princípio, para que se entenda o fenômeno jurídico da terceirização, foi demonstrado os principais elementos históricos que corroboraram para o nascimento do direito do trabalho, para em seguida ser demonstrada a relação jurídica de emprego, seus elementos e os pontos gerais que a constituem.

Já o segundo capítulo, inicia com a explanação do instituto jurídico da flexibilização trabalhista, sua aplicação na Constituição Federal e qual sua relação com a terceirização das relações de emprego, para em seguida demonstrar que a provável liberação para exercício da terceirização nas atividades-fim viola o princípio constitucional da vedação do retrocesso social, havendo a análise do nascimento e efetividade do princípio, encerrando o presente capítulo, têm-se a análise jurisprudencial do Tribunal Superior do Trabalho (TST) no que tange às Súmulas que já regeram e que atualmente regem a terceirização no Brasil, destrinchando ponto a ponto a Súmula 331 do TST, atualmente em vigor.

Depois da análise da flexibilização do direito do trabalho, dentro da seara da terceirização e após a análise jurisprudencial vigente sobre o tema, o próximo capítulo se debruçará sobre a diferença entre atividade-meio e atividade-fim, bem como explicitará a realidade brasileira no que tange à terceirização lícita, para assim, se

debruçar sobre o conteúdo do Projeto de Lei 4330/04, que após aprovação da redação do mesmo e da emenda aglutinativa que alterou alguns pontos do projeto, o mesmo fora encaminhado para o Senado Federal, o projeto, agora PLC 30/2015 passa por análise das comissões.

Sobre o projeto será realizada uma demonstração dos danos trazidos pela possível aprovação desses documentos legais da forma que estão escritos, aos direitos adquiridos dos trabalhadores, principalmente no que tange à terceirização das atividades-fim.

# 1. A RELAÇÃO DE EMPREGO NA ORDEM JURÍDICA BRASILEIRA

É cediço o entendimento de que as relações empregatícias existentes na realidade brasileira atual não foram obras prontas, nem tampouco surgiram dessa forma como estar posto. Foram necessários anos de evolução humana e social para que se chegasse ao que temos hoje como estrutura laboral, bem como, foram depreendidos esforços por parte dos legisladores brasileiros com a finalidade de garantir o mínimo de direitos aos trabalhadores e trabalhadoras.

Sabe-se que no Direito do Trabalho, as primeiras leis, surgiram após a revolução industrial, que se deu após o descobrimento das máquinas à vapor como forma de geração de energia. Neste contexto, a mão-de-obra humana passou a ser substituída pelas máquinas.

Nas fábricas da era da Revolução Industrial, os trabalhadores e trabalhadoras eram submetidos a jornadas de trabalhos extenuantes de 14 horas diárias, aumentando exponencialmente os acidentes graves e fatais, tendo como os mais prejudicados as mulheres e os menores de idade, pois a estes, eram reservados uma jornada de trabalho superior e em detrimento disto uma contraprestação inferior àquela paga ao homem trabalhador.

Neste contexto, iniciaram-se as primeiras grandes reuniões de trabalhadores e surgiram as primeiras greves e revoltas, sendo esta realidade histórica o ponto de partida para a instituição das primeiras leis que versariam sobre os direitos sociais e sobre a proteção aos trabalhadores.

No século XVIII, em 1808 foi instituída a Lei de Peel, que versava sobre o trabalho dos aprendizes paroquianos nos moinhos que em seu escopo proibia a jornada de trabalho de 14 horas, ocorrendo a redução para 12 horas de trabalho diárias excluídos os intervalos para descanso. Ficando vedados ainda o início do labor antes das 06 horas da manhã e o término depois das 21h.

Em decorrência da Lei de Peel, houveram alguns avanços no que tange ao trabalho infantil, sendo instituído em 1813 a proibição do trabalho por menores de idade em minas, sejam elas de qualquer natureza. Demonstrando o zelo por parte do legislador francês para com a fragilidade da infância e adolescência. Já em 1839, a primeira lei, mais benéfica, fora revogada, passando a vigor o entendimento de que ficava proibido o trabalho de crianças menores de 9 anos, limitando-se a jornada dos menores de 16 anos à 10 horas de trabalho diárias.

Já no final do século XVIII, a Igreja Católica, na pessoa do Papa Leão XIII, através das encíclicas veiculadas, começou a trazer uma perspectiva social para o tratamento sobre o trabalho, sendo inclusive essas encíclicas, ainda que não houvesse imposição de cumprimento do que estes documentos preconizavam, utilizadas para fundamentar muitas constituições futuras no que diz respeito ao direito dos trabalhadores e suas garantias.

Mas, tal temática só se tornou um assunto de preocupação mundial, depois do fim da 1ª Grande Guerra, pois a partir daí viu-se o interesse por parte dos Estados Republicanos para a regulamentação Constitucional dos direitos dos trabalhadores.

Ocorrendo o chamado Neoconstitucionalismo, que nas palavras de Walber de Moura Agra:

O neoconstitucionalismo tem como uma de suas marcas a concretização das **prestações materiais prometidas pela sociedade**, servindo como ferramenta para a implantação de um **Estado Democrático Social de Direito**. Ele pode ser considerado como um movimento caudatário do pós-modernismo. Dentre suas principais características podem ser mencionados: **a)** positivação e concretização de um catálogo de direitos fundamentais; **b)** onipresença dos princípios e das regras; **c)** inovações hermenêuticas; **d)** densificação da força normativa do Estado; **e)** desenvolvimento da justiça distributiva. (grifos conforme original) (sic). (AGRA, Curso de Direito Constitucional, 4. Ed., pag. 31.)

Assim, após a evolução do pensamento à respeito dos direitos sociais, especialmente a evolução das proteções trabalhistas, se iniciou no Brasil uma constitucionalização desse pensamento, que acarretou transformações sociais e trouxe para a cobertura do Judiciário, de forma especial, os direitos trabalhistas, tendo como um dos principais avanços, a instituição da Justiça do Trabalho como órgão do Terceiro Poder da República com competência exclusiva para dirimir conflitos de ordem justrabalhista.

## **1.1 A construção jurídica trabalhista de 1934 à Constituição Federal de 1988**

Esta Constituição foi a terceira aprovada em nosso regime republicano, dentre as mudanças trazidas por esta carta constitucional está o antagonismo com a Lei Maior de 1891 que tinha dispositivos liberais, dando assim maior liberdade a iniciativa privada, bem como trouxe para o texto constitucional os direitos sociais, direitos

humanos de 2ª geração, dando maior proteção e garantia de cumprimento aos direitos e garantias trabalhistas.

Tem inspiração na Constituição Alemã de Weimar e tem seu nascedouro nas revoluções de 1930 e 1932.

A revolução de 1930 foi o primeiro grande movimento contra o modelo de república pregado na Constituição Federal de 1891, tendo como principal intuito a mudança desse modelo e, por conseguinte a inclinação do pensamento liberal para o pensamento socialista, que foi um dos grandes intuits do Presidente Getúlio Vargas, tendo este período como o prólogo do Estado Social Brasileiro.

Já em 1932 houve uma maior intensificação do discurso socialista e uma grande massificação do pensamento de esquerda, desembocando no discurso social na política brasileira.

Dentre os direitos trabalhistas constitucionalmente tutelados pela Constituição Federal de 1934 estão a garantia ao “salário mínimo, conforme condições de cada região, capaz de satisfazer as necessidades normais do trabalhador”, a vedação de jornada de trabalho ordinária superior a 8 horas de trabalho diárias, sendo vedada sua prorrogação salvo em casos expressamente previstos em lei, podendo ser reduzida.

Na redação da presente carta constitucional ficou proibido o trabalho do menor de 14 anos e a vedação ao trabalho noturno para o menor de 16 anos, férias anuais remuneradas, foi instituída a indenização para o trabalhador demitido sem justa causa, a garantia do repouso remunerado aos domingos e não menos importante o reconhecimento das convenções coletivas.

Sobre o reconhecimento das convenções coletivas garantidos por esta Lei, deve-se registrar que durante este período, havia no Brasil grandes sindicatos, integrados e organizados com poder para modificar situações de trabalho degradantes bem como lutar pelo alcance de melhores condições de trabalho para classes de trabalhadores específicas, tuteladas por estes sindicatos.

É de iniciativa do constituinte de 1934 a instituição da Justiça do Trabalho, que em seu escopo, tinha o condão de cuidar das lides existentes na seara trabalhista entre empregado e empregador, dirimindo tais conflitos.

Por fim, no texto da presente Constituição, tais direitos acima relatados estavam dispostos no Art. 121, §1º e Art. 122, caput e parágrafo único, como vê-se:

Art 121 - A lei promoverá o amparo da produção e estabelecerá as condições do trabalho, na cidade e nos campos, tendo em vista a proteção social do trabalhador e os interesses econômicos do País.

§ 1º - A legislação do trabalho observará os seguintes preceitos, além de outros que colimem melhorar as condições do trabalhador:

a) proibição de diferença de salário para um mesmo trabalho, por motivo de idade, sexo, nacionalidade ou estado civil;

b) salário mínimo, capaz de satisfazer, conforme as condições de cada região, às necessidades normais do trabalhador;

c) trabalho diário não excedente de oito horas, reduzíveis, mas só prorrogáveis nos casos previstos em lei;

d) proibição de trabalho a menores de 14 anos; de trabalho noturno a menores de 16 e em indústrias insalubres, a menores de 18 anos e a mulheres;

e) repouso hebdomadário, de preferência aos domingos;

f) férias anuais remuneradas;

g) indenização ao trabalhador dispensado sem justa causa;

h) assistência médica e sanitária ao trabalhador e à gestante, assegurando a este descanso antes e depois do parto, sem prejuízo do salário e do emprego, e instituição de previdência, mediante contribuição igual da União, do empregador e do empregado, a favor da velhice, da invalidez, da maternidade e nos casos de acidentes de trabalho ou de morte;

i) regulamentação do exercício de todas as profissões;

j) reconhecimento das convenções coletivas, de trabalho.

Art 122 - Para dirimir questões entre empregadores e empregados, regidas pela legislação social, fica instituída a Justiça do Trabalho, à qual não se aplica o disposto no Capítulo IV do Título I.

Parágrafo único - A constituição dos Tribunais do Trabalho e das Comissões de Conciliação obedecerá sempre ao princípio da eleição de membros, metade pelas associações representativas dos empregados, e metade pelas dos empregadores, sendo o presidente de livre nomeação do Governo, escolhido entre pessoas de experiência e notória capacidade moral e intelectual.

Diante desta breve análise sobre o início do Estado Social Brasileiro à partir da consideração do que preconizava a Lei Maior no que tange aos direitos sociais, deve-se registrar que a presente Constituição possuía vícios na sua redação que contribuíram poderosamente para a sua reforma, pois mesmo sendo uma carta que combateu muitos ideais liberais e não-intervencionistas, tentou conciliar em seu texto as duas matrizes ideológicas ausentes de congruência, a liberdade e garantias constitucionais como as eleições livres, a autonomia dos partidos de um lado e do outro um caráter centralizador e intervencionista com a grande interferência do Estado na economia. Tal discrepância na redação da lei maior, foi crucial para torna-la inexecutável.

Por conta disso, com a instituição do governo totalitário de Getúlio Vargas, as Constituições posteriores cuidaram de preservar os direitos sociais já previamente garantidos neste Diploma Legal, ocorrendo assim posterior incremento do seu texto e delimitando os alcances dos sindicatos.

Durante o governo totalitarista de Getúlio Vargas, em um cenário permeado pela preocupação na instauração de movimentos radicais de esquerda e direita no

Brasil, houve um aumento na reflexão sobre os problemas sociais, bem como o pensamento sobre as garantias dos trabalhadores.

Neste cenário, Getúlio Vargas utilizou-se de uma política nacionalista e populista, tendo como principal alicerce do seu governo o contínuo crescimento dos direitos trabalhistas, com esta estratégia, na situação política brasileira, Vargas conseguiu retirar poderes dos Estados da Federação e províncias, bem como enfraqueceu os movimentos fascistas e comunistas que existiam no Brasil à época.

Assim, em uma perspectiva histórica, mas de forma didática necessário se faz relatar três fases primordiais que culminaram com a criação da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), quais sejam:

Na primeira fase desse processo, datada de 1930 houve a instituição do Ministério do Trabalho, Indústria e Comércio, bem como no ano de 1934 os Ministros obtiveram a adoção de vários decretos legislativos, regulamentadores da vida laboral.

Já na segunda fase deste processo, no período de vigência da CF de 1934, houve um maior ativismo por parte do Congresso Nacional sobre a matéria trabalhista, como já devidamente explanado no tópico anterior. Tendo como data final o ano de 1937.

Por fim, na terceira fase, com a promulgação da Constituição Federal de 1937 que levou ao fechamento do Congresso Nacional, ocorreu a expedição de diversos decretos legislativos por parte dos ministros do governo de Getúlio Vargas que regulamentaram a Justiça do Trabalho, bem como foram dispendidos esforços por parte do Governo Federal para organizar o sistema sindical com o intuito de preparar as corporações para a eleição dos membros do Conselho Econômico Federal, como previsto na própria CF de 1937.

Este processo de criação foi coordenado e bastante célere, em 1942, foi instituído uma comissão de juristas para a elaboração do pré-projeto, comandada por Marcondes Filho, com o intuito de instituir uma consolidação que versasse não só sobre questões trabalhistas como também previdenciárias, mas que, logo foi descartada tal hipótese para se tratar iminentemente de assuntos trabalhistas.

Depois de realizada a elaboração do pré-projeto o mesmo foi submetido para apreciação do Presidente da República Getúlio Vargas, tendo sido aprovado, logo em seguida partindo para a fase de recepção de sugestões e críticas sobre o mesmo, tendo o referido Decreto recebido mais de 2000 sugestões. Após essa fase, no dia 1º de Maio, como explanado introdutoriamente o presente Decreto-Lei foi aprovado, só

adquirindo eficácia quase 3 meses depois, pois o Presidente prestou vários esclarecimentos sobre a Consolidação das Leis do Trabalho como forma de conscientização e preparação prévia para a recepção da Consolidação.

A presente Consolidação das Leis do Trabalho, possui em seu esqueleto regramentos que versam sobre direito individual e coletivo do trabalho, normas de fiscalização do cumprimento de direitos trabalhistas bem como trata de questões processuais do trabalho.

Frise-se que a CLT não é um código, é uma lei equiparada a lei federal, de caráter-geral, tratando-se de uma compilação de normas existentes desde a década de 1920, que foram aglutinadas e modificadas sem deixar de existir a instituição de novos direitos e garantias aos trabalhadores. Com aplicação para todos os obreiros de forma geral, por força do seu art. 7º, sem distinção da natureza do trabalho técnico, manual ou intelectual, sendo a principal fonte do Direito do Trabalho. Conforme vê-se:

Art. 7 – Os preceitos constantes da presente Consolidação, salvo quando for, em cada caso, expressamente determinado em contrário, não se aplicam:

- a) aos empregados domésticos, assim considerados, de um modo geral, os que prestam serviços de natureza não econômica à pessoa ou à família, no âmbito residencial destas;
- b) aos trabalhadores rurais, assim considerados aqueles que, exercendo funções diretamente ligadas à agricultura e à pecuária, não sejam empregados em atividades que, pelos métodos de execução dos respectivos trabalhos ou pela finalidade de suas operações, se classifiquem como industriais ou comerciais;
- c) aos funcionários públicos da União, dos Estados e dos Municípios e aos respectivos extranumerários em serviço nas próprias repartições;
- d) aos servidores de autarquias para-estatais, desde que sujeitos a regime próprio de proteção ao trabalho que lhes assegure situação análoga à dos funcionários públicos.

Resta evidente que o papel da CLT no contexto da evolução do direito do trabalho foi de crucial importância do ponto de vista da integração de leis, com o intuito de organizar as relações de trabalho pré-existentes e delimitar a atuação do poder do empregador sobre os contratos de emprego firmados com seus respectivos empregados. Deve-se ponderar que a criação de um Código do Trabalho, contemplando expressamente quais são os direitos individuais, coletivos e difusos fundamentais dos trabalhadores, que facilitaria sobremaneira a atuação dos jurisdicionados e operadores do direito, mas enquanto tal código não é editado, cabe ao intérprete interpretar e reinterpretar a CLT, com base no que preconiza a Constituição Federal atualmente em vigor, de 1988, bem como à luz dos tratados e convenções internacionais com os quais o Brasil seja signatário.

A Constituição Federal de 1988 mesmo evidenciando se tratar de uma constituição pautada em uma ideia política e social de natureza liberal clássica, ela possui mecanismos de proteção dos direitos sociais, elevando-os à condição de direitos fundamentais, inaugurando uma nova fase na evolução dos direitos sociais no Brasil, dentro da ótica do Estado Democrático de Direito, quando o Constituinte Originário, no preâmbulo da presente já deixa claro quais são os direitos e garantias que serão norteadores do Estado Democrático:

Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o **exercício dos direitos sociais** e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça **como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos**, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte Constituição da República Federativa do Brasil. (grifo nosso)

Da análise fragmentada da presente Constituição, percebe-se que o Constituinte passa a considerar o direito do trabalho como integrante dos direitos sociais e o insere no título de “Direitos e Garantias Fundamentais”, destacando no seu artigo 7º os direitos individuais dos trabalhadores urbanos e rurais, mas sem excluir demais leis que visem à melhoria da condição social daquele hipossuficiente, que é o trabalhador na relação de emprego.

Em contraponto ao que preconiza o art. 7 da CLT, com a Emenda Constitucional 72/2013, que alterou o parágrafo único do Art. 7º da CF/88, foram acrescentados como direito dos empregados e empregadas domésticas, os incisos IV, VI, VII, VIII, X, XIII, XV, XVI, XVII, XVIII, XIX, XXI, XXII, XXIV, XXVI, XXX, XXXI e XXXIII, bem como sua integração à previdência social e a simplificação do cumprimento das obrigações tributárias, decorrentes da relação de trabalho e suas nuances.

Em suma, a presente Constituição desponta no quesito de proteção aos direitos sociais e a consideração destes como direitos fundamentais inerentes ao homem, mas com os recentes acontecimentos históricos, como a queda do muro de Berlim, tem sido enfraquecido em todo o mundo as conjunturas políticas de inspiração socialista, principalmente depois do crescimento dos grandes blocos econômicos, abrindo espaço para o crescimento de discussões de cunho libertário como a terceirização dos direitos trabalhistas.

## 1.2 Os elementos fáticos-jurídicos da relação de emprego

Introdutoriamente, necessário se faz tratar sobre dois termos jurídicos e tratar sobre suas ligações, que são a “relação de emprego” e o “contrato de trabalho”, existiam juristas que defendiam que os dois termos eram distintos e que não havia semelhanças entre os mesmos, ocorre que, com a evolução da doutrina, restou evidenciado e consagrado o seguinte entendimento a respeito desses institutos jurídicos, nas palavras de Amauri Mascaro Nascimento (2010, p. 295):

A tendência que se observa nessas manifestações caracteriza-se pela harmonização entre duas figuras e não pela sua dissolução como se pensava antes, ambas coexistindo como aspectos de uma mesma realidade, daí justificar-se a afirmação de Catharino: o contrato de emprego é um complexo autônomo-heterônomo.

No mesmo entendimento arremata Orlando Gomes, nos comentários ao artigo 442 da CLT que descreve quais são os elementos fático-jurídicos da relação de emprego, quando diz que:

Conceito formulado neste artigo é tecnicamente insustentável. Dizer que contrato corresponde à relação jurídica que o informa importa redundância. Todo contrato é o aspecto subjetivo da relação, com ela se confundindo, conseqüentemente. A dissociação entre as duas ideias é uma pura abstração do espírito. Portanto, a correspondência é logicamente necessária, tendo sido redundantemente salientada pelo legislador. Com efeito, se a existência da relação de emprego implica, *ipso facto*, na presença do contrato de trabalho, toda relação dessa natureza é, inevitavelmente contratual, uma não podendo subsistir sem o outro. Essa presunção não carecia de ser explícita, num país em que há liberdade de trabalho. Toda relação jurídica de natureza pessoal nasce de um ato jurídico. Não basta a existência de dois sujeitos de direito e de um objeto para que uma relação de direito se forme. Mister se faz que os sujeitos se vinculem juridicamente; que, por outras palavras, se liguem por um negócio jurídico. Em suma, a relação jurídica só se concretiza sob o impulso de um fato jurídico. No direito obrigacional, esse fato é o acordo de vontades, entre dois sujeitos de direito. Normalmente, esse acordo de vontades é um contrato que, como ato jurídico propulsor da relação, a precede, nenhum se travando sem que tenha havido o concurso de vontades. Também na relação de emprego, o ato que lhe dá nascimento é o contrato. Por conseqüência, decorre aquela deste. Se assim é, o contrato não é propriamente o acordo correspondente à relação de emprego, porque esta é que deriva daquele. (2005, p. 119)

Sendo assim, deve-se considerar que a relação de emprego se forma depois da existência prévia do contrato de trabalho, não podendo ser considerado sua separação como institutos jurídicos. Para consolidar tal entendimento, necessário se faz discorrer sobre o que é dito no art. 114 da CF/88, pois este, mesmo antes da Emenda Constitucional 45/2004 fez a distinção entre a relação de emprego e relação de trabalho, sendo considerada a primeira como aquela que é ensejada pelo dissídio individual entre trabalhador e empregadora e a segunda diz respeito a todo e qualquer

dissídio que não tenha natureza empregatícia, que à partir da EC nº 45/2004 passou a ser de competência da Justiça do Trabalho. Em suma, a relação de trabalho poderá ser considerada como gênero e a relação de emprego uma espécie.

Como determina Maurício Godinho Delgado, assim se verifica a presente distinção:

A primeira expressão tem caráter genérico: refere-se a todas as relações jurídicas caracterizadas por terem sua prestação essencial centrada em uma obrigação de fazer consubstanciada em labor humano. Refere-se, pois, a toda modalidade de contratação de trabalho humano modernamente admissível. A expressão relação de trabalho englobaria, desse modo, a relação de emprego, a relação de trabalho autônomo, a relação de trabalho eventual, de trabalho avulso e outras modalidades de pactuação de prestação de labor (como trabalho de estágio, etc.). Traduz, portanto, o gênero a que se acomodam todas as formas de pactuação de prestação de trabalho existentes no mundo jurídico atual. [...]

A relação de emprego, do ponto de vista técnico-jurídico, é apenas uma das modalidades específicas de relação de trabalho juridicamente configuradas. Corresponde a um tipo legal próprio e específico, inconfundível com as demais modalidades de relação de trabalho ora vigorantes".(sic) (GODINHO, P. 285, 2007).

Depois de elencadas a relação entre relação de trabalho e relação de emprego, serão tratados agora o que se entende por elementos fático-jurídicos.

Os elementos da relação de emprego são considerados fático-jurídicos, pois os mesmos devem ser detectados na realidade do emprego, no mundo dos fatos, bem como, são considerados jurídicos pois sua relevância social é tão importante que foi captada pelo Direito.

Na CLT são identificados tais elementos nos art. 2º, §§1º e 2º, pois é o artigo que conceitua o que se entende por empregador, bem como estar descrito no art. 3º caput e parágrafo único o que o legislador entende por empregado, conforme vê-se:

Art 2º - Considera-se empregador a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal do serviço.

§1º - Equiparam-se ao empregador, para efeitos exclusivos da relação de emprego, os profissionais liberais, as instituições de beneficência, as associações recreativas ou outras instituições sem fins lucrativos, que admitem trabalhadores como empregados.

§2º - Sempre que uma ou mais empresas, tendo, embora, cada uma delas, personalidade jurídica própria, estiverem sob a direção, controle ou administração de outra, constituindo grupo industrial, comercial ou de qualquer outra atividade econômica, serão, para os efeitos da relação de emprego, solidariamente responsáveis a empresa principal e cada uma das subordinadas.

Art. 3º - Considera-se empregado toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário;

Parágrafo único – Não haverá distinção relativas à espécie de emprego e à condição de trabalhador, nem entre o trabalho intelectual, técnico e manual.

Assim, deve-se compreender os elementos primordiais para a caracterização do vínculo de emprego, tendo como primeiro ponto o exercício de Trabalho por pessoa física, que só pode ser efetivada com a presença, na condição de empregado, de pessoa física ou natural, aquelas que são tutelados direitos como vida, saúde, lazer, que são inerentes à pessoa natural e, por conseguinte estranhos à pessoa jurídica.

Neste contexto, a figura do trabalhador deve ser sempre de uma pessoa natural.

Sendo assim, Maurício Godinho Delgado (2015,p.211), quando versa sobre tal matéria, relata que:

Por essa razão, a pactuação – e efetiva concretização – de prestação de serviços por pessoa jurídica, sem fixação específica de uma pessoa física realizadora de tais serviços, afasta a relação jurídica que se estabelece no âmbito justralhista. **Pela mesma razão, apenas o empregador é que, indistintamente, pode ser pessoa física ou jurídica – jamais o empregado.**

Obviamente que a realidade concreta pode evidenciar a utilização simulatória da roupagem da pessoa jurídica para encobrir prestação efetiva de serviços por uma específica pessoa física, celebrando-se uma relação jurídica sem a indeterminação de caráter individual que tende a caracterizar a atuação de qualquer pessoa jurídica. Demonstrado, pelo exame concreto da situação examinada, que o serviço diz respeito apenas e tão somente a uma pessoa física, surge o primeiro elemento fático-jurídico da relação empregatícia. (grifo nosso)

Conforme descrito pelo nobre Ministro Dr. Maurício Godinho Delgado, o mesmo deixa claro que a relação de emprego, na pessoa do trabalhador, só é considerada de tal maneira se este sujeito for uma pessoa natural, não havendo qualquer restrição no que tange à personalidade da pessoa do empregador.

Sendo assim, para o efetivo cumprimento deste requisito, necessário se faz prestar observância à realidade fática que circunda a relação de emprego para que aja a determinação desse pressuposto de reconhecimento da relação empregatícia.

Na realidade da relação de emprego, muito além da necessidade do trabalhador ser pessoa física, existe a necessidade da aferição da personalidade, que é um requisito diretamente vinculado à pessoa do trabalhador, pois, aqui, o empregado deverá cumprir suas atividades pessoalmente, adotando o caráter *intuito personae*.

Sobre tal caráter, necessário dizer que no âmbito dos contratos, o *intuito personae* indica um contrato de natureza personalíssima, em que somente a pessoa contratada é capaz e possui legitimidade para cumprir à obrigação assumida, no mundo do Direito do Trabalho, só o empregado contratado tem legitimidade para executar a função para o qual foi chamado não podendo se fazer substituir.

A respeito de tal elemento fático-jurídico, necessário se faz trazer à baila o posicionamento de Carlos Henrique Bezerra Leite, a respeito do presente tema:

O contrato de trabalho é, via de regra, *intuito personae* com relação ao empregado, que é sempre pessoa física. Vale dizer, o empregado deve prestar pessoalmente o trabalho e somente em casos excepcionais, com consentimento, tácito ou expresso, do empregador tem-se admitido a substituição do prestador do trabalho. Não há, porém, pessoalidade em relação ao empregador, que pode ser pessoa física ou jurídica ou, ainda, ente despersonalizado, como a massa falida. (2015, p. 150)

Conforme explicitado acima, o contrato de emprego é de natureza personalíssima, sendo assim, tal elemento é de crucial importância tanto para a celebração do contrato de trabalho, como para o seu encerramento, pois, em caso de morte do empregado, tal atividade não se transmite para sucessores e herdeiros, extinguindo-se a relação jurídica existente no momento pré-morte.

Necessário também, elencar quais são as modalidades de substituição do trabalhador, autorizadas por lei, como as férias, a licença-maternidade, nesses casos, se o empregador decidir substituir o empregado por outro funcionário, tal atitude pode suspender ou interromper o contrato de trabalho do empregado, sem haver nenhum prejuízo ou descaracterização da pessoalidade, elemento inerente à relação empregatícia.

Sobre a figura do empregador, não incide tal elemento, uma vez que, no ordenamento jurídico pátrio, é autorizada a mudança do empregador sem limites, como ocorre no caso da sucessão trabalhista.

Na evolução sobre os pressupostos de caracterização do vínculo empregatício, necessário se faz relatar o que se entende por não eventualidade. Este elemento remonta a ideia de habitualidade, constante e regular da relação de emprego.

Podendo ser levantados, neste ponto, dois lados do que se entende por não-eventualidade; de um lado temos a normatização e a imposição jurídica para a manutenção dos vínculos de emprego por tempo indeterminado.

Existindo, para o presente, uma forte ligação com o princípio da continuidade da relação de emprego, destacando-se a consideração do legislador quando determina a exceção constante nos casos de trabalho por prazo determinado.

Contudo, o presente elemento é bastante controverso, tanto no âmbito da legislação trabalhista vigente, como na interpretação doutrinária e jurisprudencial à respeito do tema, pois, o legislador, quando da redação da Consolidação das Leis do Trabalho, em seu artigo 3º, nomeou o elemento como trabalho de natureza “não-eventual”, outro diploma legal, que trata do trabalho das domésticas, regulamentado

pela Lei Complementar nº 150/2015 em seu artigo 1º, *caput*, versou sobre o mesmo elemento mas trazendo uma nova formulação, nomeando como “serviços de forma contínua”. Sendo assim, por incorrer o legislador nessa ausência de uniformização sobre o que se entende por “não-eventualidade” ou “continuidade”, será elencado abaixo, teorias norteadoras do presente elemento, que devem ser avaliadas como um todo para que ocorra uma maior precisão quando da determinação da “não-eventualidade” do contrato de emprego.

Na teoria da descontinuidade quando existe grandes lapsos temporais durante o cumprimento das atividades do empregado, entende-se que este labor é de natureza eventual, frise-se que a presente teoria é incompatível com a CLT, justamente pela existência de grandes lapsos temporais significativos.

Já a teoria do evento em seu escopo relata que a ocorrência de um fato ou evento que necessite da contratação exatamente para o exercício de dada atividade naquele momento específico, é chamado de trabalho eventual.

Ainda existe a teoria dos fins do empreendimento, que determina que pode ser considerado trabalho eventual aquele que não esteja ligado aos fins para os quais se destina à empresa.

Por fim, a teoria da fixação jurídica ao tomador ensina que são considerados trabalhadores eventuais aqueles que não estão ligados a um único tomador de serviços, aquele trabalhador que não possui uma fonte de trabalho fixa, se distinguindo daquele trabalhador que a possui.

No Brasil, existe o impedimento constitucional do trabalho escravo, sendo assim, para que aja a perfeita caracterização de um vínculo de emprego conforme preconiza a Carta Maior em vigência, a presente relação deve se valer do pressuposto da onerosidade, uma vez que a relação de trabalho é uma relação iminentemente de fundo econômico, pois a partir da contraprestação ou pecúnia fornecida pelo desprendimento de mão-de-obra é que o sistema econômico atual conseguirá ligar o trabalhador ao sistema de produção atual. Em suma, a presente contraprestação, de natureza salarial, revertida em favor do obreiro, compreende todas as verbas salariais decorrentes do fornecimento de mão-de-obra colocada à disposição do empregador, dando-se ao trabalho um valor econômico, tudo isso em virtude da relação empregatícia firmada.

Registre-se que a onerosidade deve ser considerada sobre a ótica do prestador de serviços, para que assim, assumam a identidade de elemento fático-jurídico da

relação de emprego. Bem como deve-se ter ciência que o trabalho gratuito, não-oneroso não guarda relação com o direito do trabalho, justamente por ser a onerosidade um requisito intrínseco do contrato de emprego e ser um elemento fático-jurídico para sua identificação. Devendo ser afastado o atraso de salário como agente capaz de descaracterizar o elemento da onerosidade, pois, nestes casos, pode representar mora ao empregador pelo atraso no pagamento dos referimentos vencimentos.

Em última análise dos pressupostos determinantes do vínculo de emprego, existe a subordinação hierárquica ou jurídica que é considerado como o elemento principal da relação de emprego, pois o presente elemento distingue a relação de emprego das antigas relações escravagistas e servis.

A subordinação existe quando o prestador de serviços estar vinculado, pelo contrato de emprego, a uma dinâmica organizacional pela qual ele cumpre ordens diretas ou indiretas do tomador de serviços.

Na realidade trabalhista pode haver alteração na intensidade da subordinação, podendo ser mais sutil ou mais enfática. Basta considerar o trabalho manual, chamado popularmente de serviço braçal, como a figura do servente de pedreiro, onde são determinadas ordens muito rígidas e enfáticas, como o que realizar, qual parede pintar e a forma como a pintura deve ser feita, enfim; são ordens mais incisivas, em contrapartida tratando-se do trabalho intelectual, como a figura do professor, não se percebe na realidade trabalhista a presença de tantas ordens sobre por exemplo, a forma como realizar suas aulas, como estruturar suas provas etc. O que se percebe é uma variação de acordo com a natureza da função exercida.

Pois, mesmo em se tratando de um empregado com a mais alta capacitação e treinamento, tal fato não enseja a ausência de subordinação. Pois o empregado adentra na cultura da empresa e lá dentro reconhece a existência de hierarquia, obedecendo certas regras.

Sendo assim, percebe-se que o elemento da subordinação foi evoluindo ao longo do tempo, passando a ser identificado pela doutrina em três dimensões, conforme leciona Luana Cordeiro Teixeira, como segue:

A dimensão Tradicional ou Clássica se percebe de forma clara, é aquela intensidade de ordens, como percebe-se no exemplo acima colacionado do servente de pedreiro, onde toda a sua função e forma de execução estão vinculadas

diretamente ao desejo, ao mando, do empregador. Estando muito vinculada ao serviço manual, onde se percebe uma presença forte de ordens cotidianas.

Revelando-se como um dever do empregado em submeter-se às ordens, a fiscalização e a disciplina do empregador, atos estes que decorrem do poder de direção.(TEIXEIRA, Luana Cordeiro,2014)

Com a dimensão da Subordinação Direta o trabalhador será considerado subordinado quando este cumpre os objetivos da empresa, podendo ser entendido, do ponto de vista prático, o caixa que trabalha em uma agência bancária. Tal dimensão estar diretamente ligada a função exercida pelo empregado, suas competências dentro da estrutura da empresa. (TEIXEIRA, Luana Cordeiro,2014)

Por fim, a dimensão da Subordinação estrutural discorre que mesmo considerando que o empregado não cumpra os objetivos da empresa se o mesmo se encontra inserido dentro da cultura da empresa, está vinculado a forma intrínseca da empresa, já se percebe a sua subordinação. (TEIXEIRA, Luana Cordeiro,2014)

Para que seja possível identificar com precisão qual dessas dimensões é mais importante, deve-se considerar o caso concreto para que se identifique qual dimensão da subordinação é mais relevante e/ou mais se adequa ao caso em estudo.

### **1.3 Elementos jurídicos-formais da relação de emprego**

Sabe-se que o contrato de trabalho constitui uma espécie de negócio-jurídico, de natureza bilateral pois é acordo de vontades, que regulamenta interesses entre as partes, que tem como objetivo criar, modificar ou extinguir relações jurídicas de natureza patrimonial.

Contratos dessa natureza possuem duas características primordiais. A primeira delas é a estrutural, a alteridade que se evidencia no contrato sinalagmático, onde há obrigações mútuas entre as partes contratantes.

A segunda característica é a funcional, aqui é a apresentação de interesses opostos das partes, é justamente à partir dessa característica que se percebe a função social e econômica do contrato de trabalho, pois com a realização do contrato todos esses interesses se harmonizam.

Como o contrato é um tipo de negócio-jurídico, por ser assim, ele deve estar carregado de requisitos formais para que seja válido. Neste ponto, será necessário

trazer questões do direito civil, pois esta é a natureza dos contratos no ordenamento jurídico pátrio, fazendo uma adequação lógica à realidade do contrato de emprego.

Dentre os elementos essenciais jurídico-formais que serão elencados, os mais importantes que são a capacidade civil do agente, a forma prescrita e não defesa em lei, a licitude do objeto do contrato, que deve ser além de lícito, possível e determinado.

Assim, conforme disciplina o art. 166 do Código Civil, sabe-se que os requisitos dividem-se em extrínsecos e intrínsecos.

Os requisitos extrínsecos, existem independente da materialização da relação empregatícia, pois são naturais à todos os tipos de contratos, já os intrínsecos passam a existir após a materialização da relação de emprego.

O art. 166 do C.C./2002, assim dispõe:

Art. 166. É nulo o negócio jurídico quando:  
I – celebrado por pessoa absolutamente incapaz;  
II – for ilícito, impossível ou indeterminável o seu objeto;  
III – o motivo determinante, comum a ambas as partes, for ilícito;  
IV – não revestir a forma prescrita em lei;  
V – for preterida alguma solenidade que a lei considere essencial para a sua validade;  
VI – tiver por objeto fraudar lei imperativa;  
VII – a lei taxativamente o declarar nulo, ou proibir-lhe a prática, sem cominar sanção.

Para que o contrato seja revestido de validade, ele deve cumprir o que determina o Art. 104, do Código Civil para que seja reconhecido sua forma e consequentemente sua validade.

Art. 104. A validade do negócio jurídico requer:  
I - agente capaz;  
II - objeto lícito, possível, determinado ou determinável;  
III - forma prescrita ou não defesa em lei.

Conforme se depreende da leitura do artigo acima colacionado, os agentes devem ser civilmente capazes.

Devendo ser esta capacidade ser entendida como de fato que é quando o agente pode praticar todos os atos da vida civil. Também chamada de capacidade civil ou de exercício, temos a definição de Rodrigues Pinto, quando determina que “Aptidão do homem para ser sujeito ativo ou passivo de relações jurídicas, de adquirir e gozar de direitos e contrair obrigações.”

Necessário destacar que a capacidade civil não deve ser confundida com condições administrativas para o exercício de um determinado ato isolado.

Pois, a capacidade civil habilita o exercício do agente para os atos da vida civil em geral, já a determinadas condições intrínsecas à determinados atos enseja responsabilização penal e administrativa, o que pode acarretar a nulidade do contrato, se o descumprimento de determinado requisito essencial, como por exemplo a não inscrição nos quadros de registro daquela determinada profissão, tal atitude pode ensejar a nulidade do contrato como um todo.

Deve se diferenciar também a capacidade civil genérica, da legitimidade, pois esta última é o poder de exercitar um direito que só o legitimado tem. Como por exemplo, todos podem firmar contratos de emprego, em geral, após atingir a maioridade civil de 18 anos, contudo só aqueles que possuem 21 anos podem trabalhar como vigilante, por exemplo e esta imposição é fruto da Lei 7.102/83, que disciplina a profissão de vigilante.

Neste interim, merece observância um julgado da corte trabalhista, a respeito da matéria:

VÍNCULO DE EMPREGO. EXERCÍCIO DE VIGILANCIA ARMADA SEM CURSO DE FORMAÇÃO PROFISSIONAL. CONTRATO NULO. O exercício da profissão de vigilante necessita de aprovação em curso de formação profissional e registro prévio na polícia federal. O trabalho sem estes requisitos, conjugado com o uso de arma sem autorização legal para tanto, acarreta na nulidade do contrato. TRT, 1ª Região. 8ª T, RO 00535-2002-023-01-00-9, Rel. Vólia Bomfim Cassar, sessão dia 25/05/05.

Quando além da maioridade e do exercício da capacidade civil, são necessários outros requisitos para o exercício de determinado cargo como habilitação técnica e registro em quadro profissional, a ausência desses requisitos peculiares, implica incapacidade específica e não genérica.

Do ponto de vista da CLT, sabe-se que a capacidade plena para o exercício do trabalho foi concedido pelo legislador da referida Consolidação, no seu artigo 402, que foi alterado depois da EC nº 20/1998, que considera relativamente capaz o trabalhador entre 16 e 18 anos e absolutamente incapaz o trabalhador menor de 16 anos, que só poderá trabalhar na condição de menor aprendiz (art. 7º, XXXIII, da CF/88).

Devendo salientar que quando existem profissões com regramento específico, deve-se ter observância ao que preconiza estes textos legais, pois os mesmos podem sofrer variação no que tange a idade para a aceitação de trabalhadores.

Um dado relevante é que, mesmo na constância do Código Civil de 1916 que pregava a capacidade plena para os atos da vida civil apenas aos 21 anos, o Direito do Trabalho já reconhecia a capacidade para o trabalho desde os 18 anos.

A forma prescrita ou não defesa em lei refere-se a forma do negócio jurídico celebrado, ou seja, de acordo com a interpretação gramatical do que preconiza o art. 104 do Código Civil, resta evidente que se o contrato for celebrado de uma forma que não respeite as normas e diretrizes previstas em lei, este contrato será considerado nulo. Como exemplo, se a lei determinar que o contrato deverá ser escrito e registrado, se ele for realizado de forma diversa, será nulo.

Do ponto de vista do contrato de emprego, a CLT em seu artigo 443, determina que o contrato pode ser realizado de forma escrita ou verbal, contudo, do ponto de vista da condição do trabalhador, que é um lado hipossuficiente da relação jurídica firmada, é pedido o contrato de trabalho por escrito pois é uma forma de defesa do empregado.

Apesar do presente requisito se referir ao ajuste do contrato, a sua formalização, o meio como o mesmo se realizou, a doutrina tem entendido, que o presente requisito versa sobre a proibição da formação de um contrato de trabalho, ou seja, afirmam que o presente requisito trata do trabalho proibido.

Nesse ponto de vista, sabe-se que no ordenamento justrabalhista existem trabalhos que, se realizados, não constituirão vínculo de emprego, um exemplo clássico de imposição dada pela lei para o exercício de determinado cargo é o que nós vemos no art. 37, II da CF/88, que determina que para que exista o exercício pleno de cargo público deve ter existido aprovação prévia em concurso público.

Trabalho proibido não se confunde com trabalho ilícito, pois o trabalho proibido não viola a moral, o ordenamento jurídico, nem contraria a ordem pública ou os bons costumes, o que se há, para eles, é uma imposição quanto a sua formação e determinação, bem como, o preenchimento obrigatório de certos requisitos para o exercício pleno dessa profissão.

Em uma avaliação civilista sobre o tema, sabe-se que conforme disciplina o art. 182 do Código Civil, este prega que se não forem cumpridos os requisitos obrigatórios do art. 104, acima colacionado, o contrato é nulo, devendo ser as partes restituídas do momento anterior à celebração do contrato por se tratar este vício de nulidade absoluta do ato, ocorre que, na seara trabalhista, não é tão simples assim. Pois, além de haver uma maior proteção ao trabalhador no que tange a formação do contrato de emprego, não se pode restituir a força de trabalho despendida até aquele momento de detecção da nulidade.

Sobre estes aspectos existem duas correntes à respeito do tema, a primeira delas defende que este contrato deve ser de fato considerado nulo, por violar requisitos essenciais para a sua validade, tendo o trabalhador apenas o direito de ter restituído apenas os salários devidos e não pagos por não haver a possibilidade de se restituir à situação anterior a formação daquele contrato. A também a posição majoritária na jurisprudência que o termino do contrato por nulidade absoluta possibilita o levantamento do FGTS depositado até a data do termino deste contrato viciado.

Já a segunda corrente defende que todos os direitos trabalhistas devem ser pagos como 13º salário, FGTS, férias, salários vencidos mas quitados na condição de indenização por haver a mesma impossibilidade de devolver o trabalhador à situação anterior ao início do labor pois não se pode devolver a energia de trabalho despendida anteriormente

Por fim, existe uma posição tímida, se considerar àqueles que aceitam tal teoria, que determina que em face da condição hipossuficiente do trabalhador e para evitar o enriquecimento sem causa do empregador pelo uso de força de trabalho proibida, tal teoria prega a validação do contrato de trabalho.

Em suma, deve-se entender que o presente requisito cuida da formalidade intrínseca a realização do contrato de trabalho, que sua inobservância pode gerar repercussões distintas, de acordo com cada caso.

No que tange ao Objeto Ilícito, deve-se determinar introdutoriamente o que entende-se por objeto do contrato, visto que este é intrínseco ao contrato firmado entre as partes, o objetivo do contrato, ou seja, é o bem ou vantagem sobre o que o sujeito exerce o poder conferido pela ordem jurídica.

É considerado ilícito, o objeto que violar à lei, à moral, aos princípios de ordem pública e aos bons costumes, então, se o objeto desse contrato constituir atividade ilícita, criminosa ou contraria aos bons costumes, será considerado nulo de pleno direito por inteligência do artigo 104 do CC, acima já colacionado. Neste caso, pela ausência do requisito de “objeto lícito, possível, determinado ou determinável”.

Podem ser considerados como objetos ilícitos, o apontador do jogo do bicho, conforme Orientação Jurisprudencial de nº 199 da SDI-I do TST; o médico que realiza aborto clandestino em clínica especializada.

Em todos esses casos e em outros determinados pela doutrina, o contrato de trabalho será considerado nulo pois o empregado trabalhou de forma ativa na ilicitude. Conforme já disciplina o presente julgado desta corte Trabalhista sobre o tema:

CONTRATO DE TRABALHO. JOGO DO BICHO. NULIDADE. O contrato de trabalho, como ato jurídico que é, exige a presença de três requisitos descritos nos arts. 82 do CC/1916 e 104 do CC/2002: agente capaz, forma prescrita ou não defesa em lei e objeto ilícito. O reclamante declarou-se vendedor de bilhetes do “jogo do bicho”, o que, por força do que dispõe o art. 58 do DL 6.259/44, importa em contravenção penal. Assim, o objeto do contrato de trabalho entre o reclamado (banqueiro de jogo do bicho) e o reclamante (cambista) constitui-se em atividade ilegal e, portanto, **ilícito o objeto, nulo é o contrato**. Ac. (unânime) TRT 23º Reg. (RO 00206.2004.03.23.00-5) Rel. Juiz. José Simioni, julgado em 21/08/05 e publicado no DJ/MT de 06/10/05.(grifo nosso)

Pode incorrer na nulidade contratual, o professor que disciplina determinada matéria sem ter habilitação profissional para tanto, sendo nulo o contrato por exercício ilegal da profissão.

Diferentemente do que prega, diversas teorias elencadas sobre a forma que o contrato foi realizado, como explana o sub-tópico anterior, aqui, se houver detecção do vício de objeto, não há que se falar em pleito de salários e verbas de natureza trabalhista, pois entende o Direito do Trabalho que não se pode premiar a atividade ilícita se o empregado dele participou diretamente. Como veda o art. 594 do Código Civil, quando “toda a espécie de serviço ou trabalho lícito, material ou imaterial, pode ser contratada mediante retribuição.”

Existem posicionamentos distintos, na doutrina, sobre a sanção ao trabalhador que incorre nesta prática.

Uma das correntes defende que se o trabalhador não sabia que determinada conduta era ilícita, bem como não participou efetivamente da realização daquela atividade, defende-se que o mesmo tem direito a todas as verbas vencidas, pois restou comprovado que o mesmo agiu de boa-fé desde o início do contrato de trabalho. O mesmo defendido para o empregado que não sabia que determinada atividade era ilícita e contribuiu.

Outra corrente é dividida na situação em que o trabalhador sabia que determinava atividade era ilícita mas não contribuiu de forma efetiva, nesse caso, existe quem defenda que o mesmo tem direito à percepção de verbas salariais tão somente, bem como existe quem acredite que o trabalhador não tem direito a qualquer percepção de salário à título de indenização, pois tinha ciência da ilicitude do objeto do contrato, mesmo não tendo trabalhado efetivamente nesta atividade ilícita.

Assim, sob a análise do objeto do contrato, se lícito ou não, a corte trabalhista procura identificar a conduta isolada do trabalhador no caso concreto, desconsiderando a *priori* se a natureza econômica da relação de trabalho se esta é lícita ou não, contudo se for identificado que o trabalho do obreiro é imoral, ilícito ou contrário aos bons costumes, será decretada a nulidade do contrato de emprego e não serão devidos nem mesmo os salários por ventura não pagos quando da decretação da nulidade.

Quando tratado do trabalho proibido, acima, deve-se destacar que o labor proibido não se assemelha ao ilegal, fruto do estudo deste sub-tópico, pois, o objeto quando é ilícito, quando o trabalho é ilícito, ele viola questões de ordem moral, legal, principiológica ou viola o determinado pelos bons costumes, não se equiparando ao que é entendido por trabalho proibido.

Um exemplo nítido do alegado acima é um auxiliar de serviços gerais de uma clínica de aborto clandestino, onde é facilmente perceptível que o obreiro não participou diretamente da atividade de seus empregadores, neste interim, o trabalho do empregado é considerado lícito ainda que seja decretada a ilicitude da atividade do seu empregador, pois ocorre a análise isolada da conduta do obreiro.

O contrato deve ter todos os requisitos para que se possa determinar a natureza do seu objeto, pois, se o objeto for indeterminado o contrato será considerado nulo, por violação do art. 104 do Código Civil, por isso o presente contrato deve conter todas as características minuciosas do objeto como o gênero, espécie, a quantidade e as características individuais.

Na seara trabalhista, se um funcionário é contratado para construir algo, deve conter no seu contrato todos os elementos necessários do objeto do contrato, como o que será construído, qual o material que será utilizado, em que horário se dará o labor do empregado, se serão fornecidas as ferramentas hábeis etc.

Sendo assim, depois de concluídos todos os pontos do presente capítulo, ficou estabelecido que o Direito do Trabalho como conhecemos hoje não nasceu desta forma, houve toda uma estrutura histórica e lógica para embasar o direito que é conhecido hoje. Viu-se até o presente momento que a relação de emprego firmada entre empregador e empregado deve ser pautada em requisitos previamente elencados e bem distribuídos na lei trabalhista e cível para que sejam admitidos como contratos de trabalho propriamente. Neste interim, fica registrado que os elementos fáticos-jurídicos e jurídicos-formais da relação de emprego são dependentes entre si,

devendo ser considerados em sua integralidade dada as peculiaridades trazidas pela relação de emprego.

Assim, o próximo capítulo falará sobre as teorias e inovações que estão para ser propostas, que pretendem culminar na modificação deste direito como é conhecido e defendido hoje.

## 2. FLEXIBILIZAÇÃO TRABALHISTA, NO CONTEXTO DA TERCEIRIZAÇÃO

Como já visto até o presente sabe-se que o Direito do Trabalho tem como principal função a de garantir proteção jurídico/legislativa, mediante o risco de sanção, à parte hipossuficiente da relação de emprego, que é o empregado.

Dentre os mecanismos de efetivação da proteção ao hipossuficiente, nesta relação jurídica, estão os princípios trabalhistas e as normas gerais dispostas na CLT.

O direito do trabalho é uma ciência jurídica que sofre influência direta do contexto social, econômico e político que estar inserido, tendo sido alvo de fortes mudanças durante toda a sua trajetória, como relatado no capítulo anterior.

Contudo, ainda que exista essa necessidade de adequação da norma à realidade prática sob pena de ser considerada como letra morta, deve-se partir do pressuposto de que determinadas garantias não podem ser suplantadas independente das condições as quais a sociedade se encontre.

Assim, toda e qualquer proposta que vise à relativização ou flexibilização de normas e realidades jurídicas sobre determinados assuntos, devem ser tratadas com cautela para que não seja utilizado um elemento legal como precursor da criação de maior desigualdade social e propicie prejuízos graves àqueles as quais a lei se destinou, deste à carta magna de 1988 a proteger.

Neste interim, leciona Ives Gandra da Silva Martins Filho:

A flexibilização representa a atenuação da rigidez protetiva do Direito do Trabalho, com a adoção de condições trabalhistas menos favoráveis do que as previstas em lei, mediante negociação coletiva, em que pese a perda de vantagens econômicas poderá ser compensada pela instituição de outros benefícios de cunho social, que não onerarão excessivamente a empresa, nos períodos de crise econômica ou de transformação na realidade produtiva. (sic) (MARTINS, 2002).

Etimologicamente o termo flexibilização que advém do latim “*flexibilitate*” é entendido como a capacidade de adaptação de determinado direito ao meio.

Em virtude da necessidade de trazer o presente instituto para a interpretação jurídica, necessário se faz estudar a sua legalidade e demonstrar por fim, os prejuízos decorrentes.

Assim, questiona-se a legalidade ou ilegalidade da flexibilização trabalhista:

Nesta senda, pode-se determinar como legal, a flexibilização trabalhista permitida através de dispositivo legal, como a redução da jornada de trabalho

permitida no texto da Constituição Federal de 1988 no seu art. 7º, inciso XIII, que prediz:

Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

XIII - duração do trabalho normal não superior a oito horas diárias e quarenta e quatro semanais, facultada a compensação de horários e a redução da jornada, mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho; (vide Decreto-Lei nº 5.452, de 1943)

Bem como, no texto do mesmo artigo, agora no inciso VI, quando trata da possibilidade de redução salarial mediante negociação coletiva com o sindicato que represente determinada categoria, “VI - irredutibilidade do salário, salvo o disposto em convenção ou acordo coletivo”.

Assim, Amauri Mascaro do Nascimento, quando trata da flexibilização trabalhista, ele cita que o direito do trabalho, segundo sua análise, possui diferentes fases, que são:

[...] a da conquista, a promocional e a de adaptação à realidade atual, com as convenções coletivas do trabalho desenvolvendo cláusulas *in melius* (para melhor) e *in pejus* (para pior), na tentativa de dar atendimento às condições de cada época e de cada setor.(sic) (NASCIMENTO, 1997)

Conforme dito pelo professor Amauri Mascaro, o direito do trabalho passa por uma fase inicial denominada como a fase da conquista, que pode ser entendida como a fase ainda não acabada de luta de classes com o intuito de melhora das condições de vida do trabalhador no ambiente laboral, culminando com a adoção de medidas legislativas e protecionistas para esta classe hipossuficiente.

Tendo como segunda fase, a denominada promoção de direitos trabalhistas, que em seu escopo pode-se dizer que é a efetivação das medidas protetivas e legais antes alcançadas, o exercício do direito.

Por fim, a adaptação do direito do trabalho à realidade, onde, de acordo com variáveis da vida pode se moldar através de acordos coletivos e a estipulação de cláusulas que podem repercutir de forma benéfica ou de forma prejudicial ao direito dos trabalhadores.

A flexibilização trabalhista será reconhecida como ilegal quando forem utilizados institutos com o intuito de prejudicar a vida obreira, para que se alcance vantagens ilícitas como o enriquecimento ilícito advindo da exploração de mão de obra barata, mediante trabalho extenuante culminando com um aumento exponencial nos lucros. Sobre esta matéria, Pedro Manus ao abordar o tema:

Todavia, a redução de custos deve ser feita de forma lícita, isto é, buscando reduzir despesas possíveis de se evitar, sob pena de infringir a lei. Nesse sentido é que se condena a terceirização, quando se busca utilizá-la de forma

ilícita, precarizando as condições de trabalho. É possível terceirizar quando a empresa que passa a prestar aqueles serviços tem condições de fazê-lo de forma melhor que a tomadora de serviços por conta própria. Mas tal modificação encontra óbice quando as condições contratuais dos novos trabalhadores passam a ser desvantajosas em relação aos contratos mantidos pela tomadora de serviços. (2006, p. 130)

Assim, depois de toda explanação a respeito do elemento flexibilização, chega-se a conclusão de que para se tratar de direitos trabalhistas, deve-se manter o assegurado desde a sua criação, bem como, respeitar o aludido em sede Constitucional para que se mantenha o entendimento de que a parte hipossuficiente na relação jurídica de emprego, deve ser a parte privilegiada na tomada de decisões que visem a alteração da realidade laboral.

E ainda que se faça necessário à adequação legal da realidade justrabalhista advinda da necessidade de adequação do direito à realidade, tal modificação deve ser tomada com a observância de suas repercussões.

Sobre a flexibilização trabalhista, assim ensina Vólia Bonfim Cassar (2009, p. 43):

A flexibilização é possível e necessária, desde que as normas por ela estabelecidas através da convenção ou do acordo coletivo, como previsto na Constituição, ou na forma que a lei determinar, sejam analisadas sob duplo aspecto: respeito à dignidade do ser humano que trabalha para a manutenção do emprego e redução dos direitos apenas em casos de comprovada necessidade econômica, quando destinada a sobrevivência da empresa. Não alcançando esse objetivo mínimo, conquistado arduamente ao longo da história pelo trabalhador, o acordo ou convenção coletiva deverão ser considerados inconstitucionais, uma vez que valores maiores são aqueles protegidos pelos direitos fundamentais, afinal, os princípios norteiam a aplicação do direito.

A doutrinadora acima, revela o principal ponto no que tange a permissibilidade para a flexibilização dos direitos trabalhistas, que é a manutenção dos direitos fundamentais bem como a preservação dos preceitos Constitucionais e porque não dos ditames gerais celetistas, para que, mesmo diante da necessidade de alterações contratuais frente a problemas de ordem estrutural ou econômica de uma empresa, determinados direitos permaneçam incólumes diante dessa adversidade.

Sabe-se que o direito nem sempre acompanha as transformações sociais, tornando-se muitas vezes obsoleto, para isso, foi dada a possibilidade de organização sindical ao trabalhador, estipulado no Art. 8º, caput, I, II e III da Constituição Federal de 1988, bem como, diante do explanado acima, ficaram autorizadas modificações no que tange ao pagamento de salário e alteração de jornada de trabalho à cargo das negociações e acordos coletivos.

Mas, toda relativização/flexibilização deve ser autorizada legalmente e não pode violar os direitos e ganhos sociais até então alcançados, sob pena de violência ao princípio da vedação do retrocesso social.

## **2.1 O Princípio da vedação do retrocesso social**

Este princípio surgiu com a promulgação da Constituição Federal de 1988, onde, com a sua entrada em vigor, questões de ordem social receberam considerável importância, tendo a Carta de 1988 o escopo de garantir, dentre tantas outras finalidades, a efetivação da conquista social na realidade brasileira.

A presente norma geral encontra-se, por entendimento da maioria da doutrina, implícita na Constituição vigente e é derivado da interpretação de outros princípios elencados expressamente na Lei Maior, nesta seara, leciona Luís Roberto Barroso:

Nessa ordem de ideias, uma lei posterior não pode extinguir um direito ou uma garantia, especialmente os de cunho social, sob pena de promover um retrocesso abolindo um direito fundado na Constituição. O que se veda é o ataque à efetividade da norma, que foi alcançada a partir de sua regulamentação. Assim, por exemplo, se o legislador infraconstitucional deu concretude à uma norma programática ou tornou viável o exercício de um direito que dependia de sua intermediação, não poderá simplesmente revogar o ato legislativo, fazendo a situação voltar ao estado de omissão legislativa anterior. (BARROSO, 2009; p. 158-159)

Em suma, o que pretende esse princípio é que os direitos sociais já efetivados, que se encontram em pleno gozo através de medidas legislativas preexistentes, devem alcançar garantia constitucional e sob este ponto serem decretadas inconstitucionais quaisquer medidas que visem a perda ou flexibilização prejudicial deste direito anteriormente tutelado. Se percebe, que quando o Estado impõe através da norma a criação de proteções e garantias ao efetivo cumprimento de determinado direito este mesmo Estado deve se comprometer a preservar esse direito adquirido, privando-se, por conseguinte de tomar decisões que aviltem tais conquistas sociais. O Estado não pode descumprir o que já cumpriu.

Na literatura doutrinária e jurisprudencial não se evidencia um debruçamento enfático sobre este princípio de ordem constitucional para determinar toda a extensão de sua eficácia, mas, existe no Supremo Tribunal Federal, julgado que importam observância no que tange à utilização deste princípio e sua aplicação prática. Como vê-se:

[...] A PROIBIÇÃO DO RETROCESSO SOCIAL COMO OBSTÁCULO CONSTITUCIONAL À FRUSTAÇÃO E AO INADIMPLEMENTO, PELO

PODER PÚBLICO, DE DIREITOS PRESTACIONAIS. – O princípio da proibição do retrocesso impede, em tema de direitos fundamentais de caráter social, que sejam desconstituídas as conquistas já alcançadas pelo cidadão ou pela formação social em que ele vive. – A cláusula que veda o retrocesso em matéria de direitos a prestações positivas do Estado (como o direito à educação, o direito à saúde ou o direito à segurança pública, v.g.) traduz, no processo de efetivação desses direitos fundamentais individuais ou coletivos, obstáculos a que os níveis de concretização de tais prerrogativas, uma vez atingidos, venham a ser ulteriormente reduzidos ou suprimidos pelo Estado. Doutrina. Em consequência desse princípio, o Estado, após haver reconhecido os direitos prestacionais, assume o dever não só de torná-los efetivos, mas, também, **se obriga, sob pena de transgressão ao texto constitucional, a preservá-los abstendo-se de frustrar – mediante supressão total ou parcial – os direitos sociais já concretizados.**- (ARE 639337 AgR, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 23/08/2011, DJe-177 DIVULG 14-09-2011 PUBLIC 15-09-2011 EMENT VOL-02587-01 PP-00125). (sic) (grifo nosso)

No tocante ao dito por Luís Roberto Barroso, entende-se que o presente princípio decorre de outros devidamente expressos no texto constitucional, como o Princípio do Estado Democrático de Direito e o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, que segundo Alexandre de Moraes, representa:

A dignidade da pessoa humana é um valor espiritual e moral inerente a pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, que constituindo-se um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que, somente excepcionalmente, possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas que enquanto seres humanos. (sic) (MORAES, 2003; p.128).

Em linhas gerais, o Jurista Felipe Derbli conceitua o Princípio da vedação ao retrocesso social, resumindo todo o exposto até o presente momento:

A particularidade do princípio da proibição do retrocesso social está, pois, na prevalência do caráter negativo de sua finalidade. Dizemos prevalência porque existe, ainda que em menor escala, um elemento positivo na finalidade do princípio em tela: é dever do legislador manter-se no propósito de ampliar, progressivamente e de acordo com as condições fáticas e jurídicas (incluindo-se orçamentárias), o grau de concretização dos direitos fundamentais sociais, através da garantia de proteção dessa concretização à medida que nela se evolui. Vale dizer, proibição de retrocesso social não se traduz em mera manutenção do status quo, antes significando também a obrigação de avanço social.(DERBLI, 2007, p.202)

Depois de todo o exposto sobre o princípio do retrocesso social e a determinação de que a novação legislativa não pode se dar de forma *in pejus*, deve-se por fim, relacionar o contexto da flexibilização trabalhista com o que se dedica o Projeto de Lei 4330/2004 que é a regulamentação da terceirização.

Na análise despretensiosa de sua redação, evidenciasse prejuízos latentes aos direitos dos trabalhadores, demonstrando uma completa ofensa aos direitos já adquiridos e contrariando por oportuno o princípio da vedação ao retrocesso social,

que prega justamente o contrário do que tenta a Câmara Legislativa na pessoa do relator do presente projeto.

Deve-se considerar que no que tange ao direito do trabalho, existem garantias que devem ser tomadas como base para qualquer alteração que se proponha na seara justrabalhista, dentre elas estar a garantia social da valorização do trabalho, que é decorrente do princípio da dignidade da pessoa humana e é uma garantia basilar do estado democrático de direito.

A percepção da nocividade do presente projeto de lei se evidencia da leitura do *caput* do Art. 7º da Constituição desta República, quando diz que: “são direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, **além de outros que visem à melhoria de sua condição social**”(grifo nosso), pela leitura do presente não se pode admitir que projetos de emenda à Constituição, bem como, projetos de lei infraconstitucionais tentem neutralizar, suprimir ou extinguir a possibilidade do trabalhador de alcançar melhorias para a sua condição social.

Adotando-se uma perspectiva universalista, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, na redação de três de seus artigos, corroboram com o entendimento de que a mudança não pode se dar de forma precarizadora, nem tampouco atentar contra os preceitos tutelados mundialmente no que tange aos direitos dos seres humanos, veja:

Art.1º **Todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos.** São dotados de razão e consciência e devem agir em relação uns aos outros com espírito de fraternidade. (grifo nosso)

Art. 7º **Todos são iguais perante a lei e tem direito, sem qualquer distinção, à igual proteção da lei.** Todos têm direito a igual proteção contra qualquer discriminação que viole a presente Declaração e contra qualquer incitamento a tal discriminação. (grifo nosso)

Art. 23º-1 **Todo homem tem direito ao trabalho, à livre escolha do emprego, a condições justas e favoráveis de trabalho e à proteção contra o desemprego.** (grifo nosso)

Da leitura do presente documento, resta óbvio que determinadas alterações que estão sendo propostas, não podem se dar de forma contrária ao preconizado antes da existência destas propostas. É descabido e atenta contra a Constituição Federal, visualizar um Estado que se propõe à deslegitimar e desregular o previamente tutelado pois gera insegurança jurídica, política e social. Pois acabaríamos dentro de um sistema jurídico-legislativo instável onde não haverá sentimento de permanência e manutenção de direitos.

Resta evidente a tentativa de flexibilização das leis trabalhistas, uma vez que é inconteste a precarização do trabalho terceirizado no Brasil, havendo a utilização

deste mecanismo legal com o único intuito de reduzir as folhas de pagamento do empregador e por conseguinte expondo o trabalhador terceirizado à situações análogas a de escravo, inadimplemento de verbas trabalhistas, atraso de salários, aumento do risco de acidentes de trabalho, demissões em massa, bem como, grande risco da execução trabalhista infrutífera, já que são gritantes os casos de empresas de terceirização de serviços “*de fachada*”.

Em suma, necessário se faz pontuar esses prejuízos para que se evidencie o risco ao trabalhador, bem como para que se averigüe a extensão do descumprimento ao princípio constitucional em apreço e se possa determinar a ausência de base constitucional para a manutenção deste projeto em pauta.

## **2.2 Análise jurisprudencial do Tribunal Superior do Trabalho: Uma reflexão sobre a súmula 256 e sua evolução até a edição da Súmula 331**

O direito do trabalho como já exhaustivamente aludido, é uma ciência social que vem sofrendo grandes modificações à cada nova era, contudo, mesmo com essa necessidade de modificação, algumas garantias e preceitos constitucionais devem ser mantidos para que o desenvolvimento econômico, consequência dessas modificações, não viole tais direitos.

Assim, considerando o fenômeno jurídico da terceirização, com base em toda a estrutura justralhista preexistente, deve-se considera-lo como exceção das modalidades de contratação de emprego, mantendo-se como regra, por ser mais benéfico, o contrato bilateral, onde o empregador formal é o mesmo empregador real, preenchendo os requisitos fático-jurídicos aludidos no início desse trabalho. Este é o pensamento do Tribunal Superior do Trabalho(TST), suprema corte trabalhista, que sempre foi bastante conservador no sentido da manutenção quase inquestionável dos contratos bilaterais e manifestando repúdio ao contrato “trilateral” ou de terceirização.

Mas, esta corte sofreu uma mudança de pensamento por conta do crescimento de casos versando sobre a matéria, culminando com a edição da Súmula n° 256 do TST, aprovada pela resolução administrativa de n° 04/1986.

A presente súmula, veio pautar o entendimento do tribunal, referendando situações de terceirização admitidas por leis anteriores, dando à iniciativa privada,

limites para atualização do instituto e sanções graves para o caso de descumprimento da presente súmula, a saber:

CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇO. LEGALIDADE. Salvo os casos de trabalho temporário e de serviço de vigilância; previstos nas leis nº 6.019 de 03.01.1974, e 7.102, de 20.06.1983, é ilegal a contratação de trabalhadores por empresa interposta, formando-se o vínculo empregatício diretamente com o tomador dos serviços.

Como se percebe da leitura da presente súmula, o Tribunal Superior do Trabalho, autorizou a interposição de empresa prestadora de serviço apenas em caso de trabalho temporário e de serviços de vigilância, atribuindo a sanção ao empresário tomador dos serviços, de ser reconhecido o vínculo de emprego diretamente com este, em casos não admitidos pelo texto da presente, caracterizando o *marchandage* (contratação por pessoa interposta); em havendo confronto da terceirização com o texto acima, ficava decretado o vínculo empregatício clássico, que é aquele atribuído ao tomador dos serviços.

A forma como esta súmula fora editada, levantou questionamentos na doutrina, onde fora alegado que o texto sumular era bastante generalizador, havendo a percepção da imputação de terceirização ilegal à todas as empresas que realizassem esta forma de contratação, sendo defendido por essa parte da doutrina, de que as possíveis fraudes deveriam ser comprovadas, se porventura existentes, para que houvesse atribuição de sanção: (HENRIQUE; DELGADO; 2004, p. 368):

[...] a jurisprudência pecou pela generalidade, como se todas as empresas prestadoras de serviços fossem ilegais; de outra feita, foi muito restrita, ao excepcionar apenas os casos de trabalho temporário e de serviço de vigilância. Existindo outros casos em que se mostrava necessária a terceirização, decorrente, por exemplo, da especialização da mão-de-obra, a contratação por empresa interposta não haveria de ser considerada ilegal. Há de se verificar cada caso, [...] como no caso da limpeza. Nesse caso, interessa ao tomador apenas a prestação do serviço, não podendo, de imediato, imputar-lhe o vínculo de emprego. A fraude deve ser comprovada [...].

Assim, foi defendido que o texto da Súmula não foi exemplificativo como deveria, nem objetivo com relação à sua real extensão, tornando passível de punição, inclusive, as formas de terceirização que não faziam apenas intermediação de mão de obra. (RAMOS, 2001).

Além desses fatores, outras situações foram cruciais para que o Egrégio Tribunal revisasse a redação desta súmula 256, dentre elas, podemos destacar a restrição, para a iniciativa privada, da terceirização apenas em caso de trabalho temporário e serviço de vigilância e transporte de valores, bem como, a referida Súmula não fez qualquer menção à terceirização realizada pela administração pública,

além de possuir, como já dito acima, uma redação genérica e pouca explicativa com relação ao procedimento que deveria ser adotado nos casos de terceirização de cargos de vigilância e transporte de valores, o que acarretou a celebração de contratos de terceirização das mais variadas formas com as mais variadas espécies de nulidades.

Como exemplo, pode-se destacar o preconizado na Lei 7.102/83, que restringia a terceirização de serviços de vigilância e transporte de valores para estabelecimentos bancários, que colidia com o defendido pela Súmula editada em 1986, que, segundo a leitura da mesma, não fazia nenhuma restrição à utilização dessa mão de obra terceirizada em determinados estabelecimentos específicos.

Assim, para que a terceirização dessas funções fosse permitida, dentro do ambiente bancário, foi necessária a aprovação da lei 8.863/1994, que alterou o Art. 10 da lei 7.102/83, normatizando o que antes encontrava-se disposto vagamente na Súmula 256.

Inicia-se o período de transição dessa Súmula 256 para a nova redação enumerada 331, após a aprovação da Constituição Federal de 1988 e a aprovação da nova lei de licitações e contratos da administração pública, lei nº 8.666/1993.

Necessário salientar que o presente trabalho visa tratar da terceirização sob o enfoque da iniciativa privada, contudo, para que se possa realizar uma progressão correta da Súmula 256 para a atual Súmula 331 tem-se que pontuar alguns acontecimentos relativos à administração pública.

Assim, conforme descrito no parágrafo supra, a lei de licitações e contratos aprovada em 21 de Junho de 1993, traz em seu bojo, um artigo em especial que alteraria todo o pensamento sobre terceirização e a participação da administração pública. Neste âmbito, assim dispõe o art. 71, *caput* e §1º, *in verbis*:

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. (Redação dada pela Lei nº 9.032, de 1995).

Assim, o que se percebeu foi o favorecimento dado à administração pública no que tange a contratação de profissionais terceirizados, bem como, o permissivo dado pelo Art. 5º da Lei 5.645/1970, com constitucionalidade duvidosa tendo em vista à nova constituinte de 1988, que autoriza uma maior gama de funções que poderiam ser submetidas à terceirização.

E de forma agravante, destaque-se a tentativa de tornar impossível a responsabilização trabalhista da administração pública, de empregados contratados, contudo, ainda que tenha havido o uso dos termos “não transfere à Administração Pública”, é cediço o entendimento de que por força dos artigos 55, inciso III e art. 67 da mesma lei 8.666/1993, sabe-se que a administração pública possui o dever de fiscalizar a execução dos seus contratos, bem como, a determinação preexistente a aprovação desta lei, de natureza constitucional, da responsabilidade objetiva imputada à administração pública pelos danos causados pela prática de seus atos, conforme determina o art. 37, §6º da CF/88. Abaixo, os referidos artigos:

Art. 55 (Lei 8.666/1993). São cláusulas necessárias em todo contrato as que estabeleçam:

III - o preço e as condições de pagamento, os critérios, data-base e periodicidade do reajustamento de preços, os critérios de atualização monetária entre a data do adimplemento das obrigações e a do efetivo pagamento;

Art. 67 (Lei 8.666/1993). A execução do contrato deverá ser acompanhada e fiscalizada por um representante da Administração especialmente designado, permitida a contratação de terceiros para assisti-lo e subsidiá-lo de informações pertinentes a essa atribuição.

Art. 37 (Constituição Federal de 1988). A administração pública direta, indireta ou fundacional, de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e, também, ao seguinte:

§ 6º As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nesta qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

Tais considerações ensejaram a mudança de pensamento do colendo tribunal, o que culminou com a alteração da Súmula 256, que foi cancelada pela resolução administrativa nº 121 do TST de 19 de novembro de 2003, que possuiu como fruto a edição da Súmula nº 331.

Para que seja possível o debruçamento sobre a nova súmula que trata da terceirização, necessário colacionar ao presente trabalho a sua redação, após a última alteração, datada de Maio de 2011, após resolução administrativa de nº 174 do mesmo ano, em especial decorrência desta resolução e dos recentes julgados que importaram na sua alteração:

**CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LEGALIDADE (nova redação do item IV e inseridos os itens V e VI à redação) – Res. 174/2011, DEJT divulgado em 27, 30 e 31/05/2011.**

I – A contratação de trabalhadores por empresa interposta é ilegal, formando-se o vínculo diretamente com o tomador dos serviços, salvo no caso de trabalho temporário (Lei nº 6.019 de 03.01.1974).

II – A contratação irregular de trabalhador, mediante empresa interposta, não gera vínculo de emprego com os órgãos da Administração Pública direta, indireta e 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 inexistentes 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 nº 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.(grifo no original)

A partir deste ponto, serão tratados os itens constantes da redação da Súmula 331, realizando as ponderações pertinentes para o perfeito entendimento do reflexo da presente sob a realidade da terceirização.

O item I da Súmula 331 do TST, assim dispõe:

**CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LEGALIDADE (nova redação do item IV e inseridos os itens V e VI à redação) – Res. 174/2011, DEJT divulgado em 27, 30 e 31/05/2011.**

I – A contratação de trabalhadores por empresa interposta é ilegal, formando-se o vínculo diretamente com o tomador dos serviços, salvo no caso de trabalho temporário (Lei nº 6.019 de 03.01.1974).(grifo no original)

Sobre este referido item, percebe-se que houve a preocupação no sentido de que verdadeiras relações de emprego fossem acobertadas pelo direito, como se fossem contratos civis.(RAMOS, 2001, p.65)

Permitindo a formação de contrato de emprego terceirizado com trabalhadores temporários, aqueles que são regidos pela lei 6.019/1974.

Compreende as situações transitórias que necessitem da substituição de algum empregado da empresa tomadora ou quando se verifica um aumento na demanda daquela empresa tomadora. (DELGADO, 2007, p.441)

Em síntese, com relação ao enunciado I desta súmula, deve-se prezar em todos os casos relativos à demandas trabalhistas, ao princípio da primazia da realidade, para que se averigüe se a realidade fática do contrato de emprego, cumpriu com o detectado no campo da formalidade.

O que se entende por fim, é que se os contratos por empresa interposta não respeitarem o dito neste enunciado, forma-se o vínculo de emprego com o tomador de serviços em uma clara manutenção do anteriormente defendido pela Súmula 256, revogada por esta presente.

Analisa-se a partir daqui, o texto do item II da Súmula 331 do TST, nesses termos:

**CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LEGALIDADE (nova redação do item IV e inseridos os itens V e VI à redação) – Res. 174/2011, DEJT divulgado em 27, 30 e 31/05/2011.**

II – A contratação irregular de trabalhador, mediante empresa interposta, não gera vínculo de emprego com os órgãos da Administração Pública direta, indireta e fundacional (Art. 37, II, da CF/1988).(grifo no original)

Aqui, fica a administração pública isente da formação de vínculo de emprego, podendo ser este órgão da administração pública direta, indireta ou fundacional, como bem dito no texto sumular.

Existe uma aparente tentativa de camuflagem das irregularidades praticadas pelo Estado, querendo-se utilizar dessa forma de contratação para precarizar a realidade de emprego do terceirizado, violando o princípio da isonomia. José Felipe Ledur (apud RAMOS, 2001,p.68).

Como se depreende da parte final do referido item II, o fundamento jurídico para sua redação foi o que encontra-se disposto no Art. 37, inciso II da Constituição Federal, que trata:

Art. 37 – A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

II – a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

Depois da leitura do referido inciso, acima colacionado, resta evidente que o texto da referida súmula prestou-se a evitar que os administradores públicos se utilizassem do mecanismo da terceirização para empregar seus apadrinhados em funções públicas. Havendo aqui a manutenção dos princípios da moralidade e legalidade.

Aqui houve uma limitação dada ao administrador, sob pena de, em caso de uso indevido do contrato de terceirização, o gestor responder nos termos da lei de improbidade administrativa, ser compelido a restituir o erário em caso de prejuízo, bem como, a possibilidade iminente do Estado ser compelido ao pagamento de indenização.

Neste interim, existe uma orientação jurisprudencial de nº 321 do Tribunal Superior do Trabalho que trata de um assunto relevante sobre o presente tema, veja-se:

**321. VÍNCULO DE EMPREGO COM A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. PERÍODO ANTERIOR À CF/1988 (nova redação) – DJ 20.04.2005**

Salvo nos casos de trabalho temporário e de serviço de vigilância, previstos nas Leis nºs 6.019, de 03.01.1974, e 7.102, de 20.06.1993, é ilegal a contratação de trabalhadores por empresa interposta, formando-se o vínculo empregatício diretamente com o tomador dos serviços, inclusive ente público, em relação ao período anterior à vigência da CF/1988.(grifo no original)

Vê-se que, no caso de provimento de cargo público por empresa interposta que tenha ocorrido em período anterior à promulgação da Constituição Federal de 1988, se a contratação não foi na modalidade de emprego temporário ou para a função de vigilância, o vínculo de emprego se formará com o tomador de serviço mesmo que a tomadora, beneficiária da força de trabalho, seja um órgão da administração pública.

Em continuidade a análise da Súmula 331 do TST, visualizaremos agora com mais ênfase o que disciplina o inciso III do presente documento:

**CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LEGALIDADE (nova redação do item IV e inseridos os itens V e VI à redação) – Res. 174/2011, DEJT divulgado em 27, 30 e 31/05/2011.**

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 inexistentes a pessoalidade e a subordinação direta.(grifo no original)

Como bem relatado, no início do presente trabalho, sabe-se que a maioria da doutrina trabalhista entende que para que aja o reconhecimento do vínculo empregatício deve-se preencher, no caso concreto, todos os elementos fáticos-jurídicos da relação de emprego, quais sejam; Pessoalidade, onerosidade, não eventualidade e subordinação.

Ocorre que, o item da III da presente súmula 331 do TST, afirma que é necessária a identificação de apenas dois elementos dos citados acima, para caracterização do vínculo de emprego, sendo necessário tão somente a detecção da subordinação direta e a pessoalidade.

Conforme se verifica, se a empresa prestadora de serviço terceirizado, que fornece serviço de vigilância, conservação e limpeza, bem como funções relativas à atividade-meio da empresa tomadora, que exista, entre o empregado terceirizado e esta tomadora, subordinação direta e pessoalidade, formar-se-á o vínculo de emprego diretamente com a tomadora.

Em caso negativo, o vínculo permanece com a empresa terceirizante.

Destaque-se da leitura do presente item III, que o colendo Tribunal faz referência à atividade-meio da empresa, atividade que compreende todos os serviços acessórios de uma empresa que não estejam vinculados ao seu objetivo primordial, neste interim, colaciona-se abaixo um julgado que demonstra o entendimento da maioria da doutrina e jurisprudência no que tange a terceirização para funções relativas as atividades-fim de uma empresa, que são aquelas funções e atividades cruciais da referida pessoa jurídica, como vê-se:

**EMPRESA DE TELEFONIA CELULAR – TRABALHO EM CALL CENTER – ATIVIDADE-FIM – TERCEIRIZAÇÃO ILÍCITA – RECONHECIMENTO DO VÍNCULO DE EMPREGO DIRETAMENTE COM A TOMADORA DOS SERVIÇOS – A prestação de serviços do trabalhador perante a tomadora, no desempenho de tarefas ligadas à atividade essencial da empresa, em hipótese distinta de labor temporário ou de misteres de vigilância, conservação e limpeza, conduz à ilegalidade da contratação.** Nesta hipótese, é de se reconhecer a formação do vínculo empregatício diretamente com a tomadora- No caso, a concessionária de telefonia móvel BCP S.A.- Real beneficiária da força de trabalho despendida pelo obreiro, atendente de call center. Aplicação da diretriz da Súmula 331, I e III, do Colendo Tribunal Superior do Trabalho. Recurso Ordinário autoral a que se dá provimento, neste aspecto. (TRT 6ª R. – RO 01042-2007-013-06-00-6- 2ª T. – Relª Juíza Dinah Figueirêdo Bernardo – J. 09.07.2008)(grifo nosso).

Percebe-se que muito além da preocupação no que tange ao preenchimento dos requisitos fático-jurídicos da relação de emprego, a simples diferenciação entre atividade-meio e atividade-fim, é o ponto crucial para que se evite a exploração da força de trabalho do trabalhador, nas condições de fragilização, flexibilização e precarização encontradas no contrato de emprego terceirizado, assim como, o agravamento de tudo isto que ocorrerá com a aprovação do projeto de lei 4330/04 e a liberação da terceirização das atividades-fim de forma ampla, geral e irrestrita.

Continuando o objeto de explanar com maior especificidade cada item da presente súmula, trazemos à baila o que determina o item IV da presente Súmula 331 do TST:

**CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LEGALIDADE (nova redação do item IV e inseridos os itens V e VI à redação) – Res. 174/2011, DEJT divulgado em 27, 30 e 31/05/2011.**

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.(grifo no original)

Sabe-se que muito além das possibilidades de terceirização em serviços de vigilância, conservação e limpeza, bem como da terceirização das atividades-meio da empresa tomadora, além do permissivo existente para terceirização de contratos temporários de emprego, o Item IV da presente Súmula afirma que é possível, na seara da responsabilidade, que ocorra a responsabilização do tomador de serviços,

quando este viola o Art. 9º da CLT, que determina que “Serão nulos de pleno direito os atos praticados com o objetivo de desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação dos preceitos contidos na presente Consolidação”, nesta senda, considerando a prática de ato ilícito por parte do tomador, no que tange a não fiscalização das obrigações trabalhistas pela empresa prestadora de serviços, bem como, pela ausência de critério e má escolha desta empresa terceirizada que prestará aquele respectivo serviço.(CASSAR, 2010).

Neste interim, mesmo que esteja diante de um caso de terceirização lícita, destacada no início do parágrafo anterior, pode-se haver a responsabilização subsidiária do tomador de serviços. (CASSAR, 2010).

Destaque-se por oportuno, que quando existirem mais de um tomador de serviços, a responsabilidade de cada um desses ficará condicionada ao tempo que o trabalhador ficou a serviço do respectivo tomador, neste caso, não há que se falar em responsabilidade solidária dos tomadores.

Involuntariamente, o presente item abre margem para a consideração da administração pública como tomadora de serviços e a possibilidade de configuração da responsabilidade subsidiária da mesma, que mesmo havendo o imperativo de não responsabilização constante no parágrafo primeiro do art. 71 da lei de licitações de 1993, é possível, através da interpretação legislativa, encontrar a possibilidade para a responsabilização do ente da administração pública.

A respeito da condenação do ente público para o pagamento, de forma subsidiária, das verbas trabalhistas, no caso concreto, detecta-se como tomador de serviço, algum ente da administração pública, seja ele da vertente direta, indireta ou fundacional, sendo assim, local do cumprimento das funções realizadas pelo trabalhador é o órgão público.

Considerando o dito introdutoriamente quando da análise do item IV da presente súmula, para que aja a responsabilização do tomador, necessário se faz comprovar que o mesmo não realizou a fiscalização do cumprimento das obrigações trabalhistas por parte da empresa prestadora de serviços, bem como, escolheu mal, sobre quem seria essa empresa que forneceria aquela referida atividade, o mesmo ocorre na averiguação da possibilidade de responsabilização subsidiária do agente público podendo-se averiguar as mesmas variáveis. Em caso de má escolha da empresa terceirizada, bem como quando se verifica a não fiscalização do

adimplemento de verbas trabalhistas, se percebe a atitude culposa da administração pública e o descumprimento da sua obrigação justralhista.

Sobre este ponto, necessário se estabelecer a culpa *in vigilando* e a culpa *in eligendo*, que ensina Maurício Godinho Delgado quando trata da responsabilização da administração pública.

Ora, a entidade estatal que pratique terceirização com empresa inidônea (isto é, empresa que se torne inadimplente com relação a direitos trabalhistas) comete **culpa *in eligendo* (má escolha do contratante)**, mesmo que tenha firmado a seleção por meio de processo licitatório (escolha licitada de empresa inidônea, manifestamente descumpridora de obrigações trabalhistas, sem lastro econômico e financeiro para gerir centenas ou milhares de contratos de terceirização, ou exemplo similar, obviamente não provoca a elisão de culpa *in eligendo*...). Ainda que não se admita essa primeira dimensão da culpa (dimensão *in eligendo* da culpa), incide, no caso, outra dimensão, relativa à **culpa *in vigilando* (má fiscalização das obrigações contratuais e seus efeitos)**. Passa, desse modo, o ente do Estado a responder pelas verbas trabalhistas devidas pelo empregador terceirizante no período de efetiva terceirização.(GODINHO, 2015, p. 508) (grifo nosso).

Como se percebe, entende-se por culpa *in eligendo* quando a empresa tomadora de serviços realiza a escolha, neste caso, ainda que mediante licitação, de uma empresa descumpridora de verbas trabalhistas, que possui um grande passivo trabalhista na justiça do trabalho, realiza atividades superiores às suas forças, culminando na responsabilização da tomadora de serviços.

De outro lado, quando falamos da culpa *in vigilando*, entende-se como responsável o tomador de serviços, quando mesmo contratando uma empresa aparentemente idônea, não fiscaliza o adimplemento das obrigações trabalhistas, que além de se referir ao inadimplemento de verbas trabalhistas, pode-se incluir nesse rol de obrigações, o fornecimento de equipamento de proteção individual, evitar o risco de acidentes no ambiente de trabalho através de tomada de atitudes de proteção coletiva, etc.

Foi levantado, em uma ação impetrada junto ao Supremo Tribunal Federal, um questionamento à respeito da constitucionalidade do art. 71 da lei de licitações e contratos de nº 8.666/1993, que é sintetizado pelo Ministro Maurício Godinho Delgado, quando trata desta matéria, nestes termos:

Registre-se, de todo modo, que a interpretação em conformidade com a Constituição do citado art. 71, §1º, da Lei de licitações conduziria a conclusão de que sua *mens legis* não visa a eliminar a responsabilidade subsidiária da entidade estatal tomadora de serviços, dirigindo-se essencialmente ao resguardo da responsabilidade original do efetivo empregador terceirizante, de maneira a preservar hígido o direito de regresso do tomador de serviços estatal.

Conforme já examinado, o Supremo Tribunal Federal, em julgamento da ADC 16, ocorrido em novembro de 2010, ao declarar *constitucional* o art. 71 da Lei

n. 8.666/93, considerou necessária a verificação da culpa *in vigilando* do Estado relativamente ao cumprimento trabalhista dos contratos de terceirização que celebra. A responsabilidade derivaria da inadimplência fiscalizatória pela entidade estatal tomadora de serviços sobre a empresa terceirizante (responsabilidade subjetiva, contratual, derivada de culpa), mas não diretamente do texto do Art. 71 da Lei de Licitações. O fato de não se aplicar, segundo o STF, a responsabilidade objetiva prevista no Art. 37, §6º, da Constituição, não torna as entidades estatais simplesmente irresponsáveis nessa relevante seara de direitos sociais fundamentais. Há sim, responsabilidade, porém derivada de culpa *in vigilando*, se configurada a omissão fiscalizatória no caso concreto. (GODINHO, 2015, p. 509).

A súmula 331, anteriormente à última alteração realizada em Maio de 2011, detinha tão somente 4 itens, após esta alteração, passou a compreender mais dois itens, sendo o V e VI, que disciplinam o seguinte:

SUM-331 CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LEGALIDADE (nova redação do item IV e inseridos os itens V e VI à redação) - Res. 174/2011, DEJT divulgado em 27, 30 e 31.05.2011

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 suma, a responsabilização da administração pública continua existindo, mesmo diante de vários questionamentos na seara trabalhista, contudo, deve haver a aferição da culpa no cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviços, descumprindo o regulamentado na Lei de Licitações de nº 8.666/93, sendo condenada, em caso de caracterização nos autos das modalidades de culpa acima descritas, nas verbas decorrentes do período de prestação laboral.

Depois da análise da flexibilização do direito do trabalho, dentro da seara da terceirização e após a análise jurisprudencial vigente sobre o tema, o próximo capítulo se debruçará sobre a diferença entre atividade-meio e atividade-fim, bem como explicitará a realidade brasileira no que tange à terceirização lícita, para assim, se debruçar sobre o conteúdo do Projeto de Lei 4330/04, que após aprovação da redação do mesmo e da emenda aglutinativa que alterou alguns pontos do projeto, o mesmo fora encaminhado para o Senado Federal, o projeto, agora PLC 30/2015 passa por análise das comissões.

Sobre o projeto será realizada uma demonstração dos danos trazidos pela possível aprovação desses documentos legais da forma que estão escritos, aos direitos adquiridos dos trabalhadores, principalmente no que tange à terceirização das atividades-fim.

### 3. DIFERENCIAÇÃO ENTRE ATIVIDADE-MEIO E ATIVIDADE-FIM

Sobre o instituto jurídico da terceirização, necessário se faz estabelecer o que se entende por atividade-meio e atividade-fim dentro da estrutura de uma empresa, pois é sabido que a Súmula 331 do TST, apresentada no capítulo anterior traz como terceirização legal, aquela quando a intermediação por empresa interposta nas funções de vigilância, conservação e limpeza, bem como nas atividades-meios das tomadoras.

Neste interim, necessário trazer à baila o que preconiza o art. 581, § 2º da CLT, quando o referido artigo destaca o que se entende por atividade-fim ou preponderante como se lê:

Art. 581, § 2º: Entende-se por atividade preponderante a que caracterizar a unidade de produto, operação ou objetivo final, para cuja obtenção todas as demais atividades convirjam, exclusivamente, em regime de conexão funcional.

Ainda que exista esta redação celetista sobre o que pode ser entendido por atividade preponderante, na prática, deve-se analisar o contrato social da empresa, para estabelecer qual é a sua principal finalidade, para que assim, possa se estabelecer se determinado empregado esta exercendo uma atividade fruto de terceirização lícita, ou, de acordo com a análise do contrato, uma terceirização ilícita e conseqüente responsabilização do tomador de serviços e o reconhecimento do vínculo empregatício com este, conforme determinação da Súmula 331 do TST.

Para que aja demonstração do que de fato ocorre na prática, colaciono abaixo ementa de julgado do TST no que tange a detecção da atividade-fim e por ventura da responsabilização do tomador de serviços pela contratação de terceirização ilícita:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA. RITO SUMARÍSSIMO. 1)" CALL CENTER "- ATIVIDADE-FIM. TERCEIRIZAÇÃO ILÍCITA. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. VÍNCULO EMPREGATÍCIO. CTPS - ANOTAÇÃO. 2) INSTRUMENTOS NORMATIVOS - VANTAGENS. DECISÃO DENEGATÓRIA DE SEGUIMENTO DO RECURSO DE REVISTA. MANUTENÇÃO. **As atividades-fim podem ser conceituadas como as funções e tarefas empresariais e laborais que se ajustam ao núcleo da dinâmica empresarial do tomador de serviços, compondo a essência dessa dinâmica e contribuindo inclusive para a definição de seu posicionamento e classificação no contexto empresarial e econômico.** Sendo a atividade principal da tomadora a exploração de serviços de telecomunicações em geral, o trabalho executado pelos atendentes de call center é essencial ao seu empreendimento. Nesse contexto, a contratação por empresa interposta é irregular, passível, inclusive, de formação do vínculo de emprego diretamente com o tomador de serviços, na forma da Súmula 331/I/TST, que preserva a compreensão já sedimentada na antiga Súmula 256/TST, no tocante aos efeitos jurídicos decorrentes da terceirização ilícita. O inciso II do art. 94 da Lei 9.472/97

(que dispõe sobre a organização dos serviços de telecomunicações) não comporta a interpretação de poder a concessionária contratar com terceiros o desenvolvimento de atividades-fim, já que tal exegese confrontaria com o texto da Súmula 331/TST. Aceitar a transferência do desenvolvimento de serviços essenciais a terceiros significaria um desajuste em face dos clássicos objetivos tutelares e redistributivos que sempre caracterizaram o Direito do Trabalho ao longo de sua história. O fenômeno da terceirização, por se chocar com a estrutura teórica e normativa original do Direito do Trabalho, sofre restrições da doutrina e jurisprudência justralhistas, que nele tendem a enxergar uma modalidade excetiva de contratação de força de trabalho. Precedentes desta Corte. Enfatize-se que o TST realizou, na primeira semana de outubro de 2011, audiência pública sobre o tema, em que se evidenciou o risco social de se franquear a terceirização sem peias, quer em face das perdas econômicas para os trabalhadores terceirizados, quer em face da exacerbação dos malefícios à saúde e segurança no ambiente laborativo, em contraponto às regras e princípios insculpidos na ordem jurídica legal e constitucional. Assim, não há como assegurar o processamento do recurso de revista, uma vez que o agravo de instrumento interposto não desconstituim os termos da decisão denegatória, que subsiste por seus próprios fundamentos. Agravo de instrumento desprovido". (g.n.) (Processo: AIRR - 2127-52.2012.5.03.0107 Data de Julgamento: 23/10/2013, Relator Ministro: Mauricio Godinho Delgado, 3ª Turma, Data de Publicação: DEJT 25/10/2013)(grifo nosso)

No mesmo entendimento, a jurisprudência é uníssona no reconhecimento de que o exercício de atividade vincula à atividade-fim da tomadora de serviço, por parte do empregado terceirizado, caracteriza terceirização ilícita e posterior reconhecimento do vínculo empregatício com o tomador de serviços:

EMENTA: TERCEIRIZAÇÃO ILÍCITA. FRAUDE ÀS NORMAS DE TUTELA AO TRABALHO. CARACTERIZAÇÃO – Comprovando-se que a instituição financeira recorrente promoveu a terceirização ilícita de sua atividade-fim com o objetivo de burlar a aplicação da legislação trabalhista, **impõe-se o reconhecimento do contrato de trabalho diretamente com a tomadora dos serviços** (Súmula nº 331, item I, do Tribunal Superior do Trabalho – TST), pois incide, na hipótese, o art. 9º da CLT, o qual estabelece que o ajuste entre empregadores com o intuito de impedir ou fraudar a aplicação dos preceitos da Consolidação são **nulos de pleno direito**. Recurso Ordinário provido parcialmente. (TRT 6ª Região – Primeira Turma – RO 00746-2009-005-06-00-9 – Relator Bartolomeu Alves Bezerra – p. 13/05/2010 – grifo nosso);

RECURSO DE REVISTA. TERCEIRIZAÇÃO ILÍCITA. TERCEIRIZAÇÃO ILÍCITA. VÍNCULO DE EMPREGO. CONDIÇÃO DE BANCÁRIO. NORMAS COLETIVAS APLICÁVEIS. **É ilegal a terceirização de atividades essenciais da empresa, formando-se o vínculo de emprego diretamente com o tomador dos serviços. Súmulas 331, I, e III, do TST.** Recurso de Revista não conhecido. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. Nos termos do item I da Súmula 219 do TST, a ausência de credencial sindical obsta o pagamento da verba honorária. Recurso de Revista conhecido e provido. Ressalva de entendimento da Relatora. (Processo: RR – 115-21-2011-5-04-0027, Data de julgamento: 29/04/2015, Relatora Ministra: Maria Helena Mallmann, 5ª Turma, Data de Publicação: DEJT 08/05/2015)(grifo nosso);

RECURSO DE REVISTA. TERCEIRIZAÇÃO ILÍCITA. ENQUADRAMENTO COMO BANCÁRIO. OPERADOR DE TELEMARKETING. O contexto probatório trazido no acórdão recorrido evidencia que a reclamante atuava no telemarketing, desenvolvendo atividades que consistiam no atendimento

de clientes e venda de produtos, especialmente empréstimo consignado e cartão de crédito do banco tomador dos serviços, o qual dirigia a prestação dos serviços. Assim, as atividades desempenhadas pela reclamante, como operadora detelemarketing, eram direcionadas para atender e prestar serviços a clientes e potenciais clientes do banco reclamado, o que é essencial à manutenção de uma instituição bancária. **Caracterizada a prestação de serviços na atividade-fim do banco reclamado, deve ser reconhecido o vínculo empregatício da reclamante diretamente com aquele, conforme preconiza a Súmula 331, I do TST.** Recurso de revista não conhecido. [...] EXPEDIÇÃO DE OFÍCIOS. No particular, o recurso encontra-se desfundamentado, pois não foram atendidos os pressupostos de admissibilidade do recurso de revista previstos no art. 896 da CLT. Recurso de revista não conhecido. (Processo: RR 248000-96.2009.5.03.0025, Data de julgamento: 17/02/2016, Relator Ministro: Augusto César Leite de Carvalho, 6ª Turma, Data de publicação: DEJT 19/02/2016)(grifo nosso).

Como bem evidenciado pelas decisões acima acostadas, percebe-se que é vedado no ordenamento jurídico trabalhista à terceirização de funções relativas à atividade-fim de uma empresa, sendo permitido, com base na súmula 331 do TST, tão largamente citada, apenas a terceirização das atividades-meio.

Por fim, destaca-se o que entende o Ministro Maurício Godinho Delgado à cerca do que pode se entender por atividades-fim e atividades-meio:

Atividades-fim podem ser conceituadas como as funções e tarefas empresariais e laborais que se ajustam ao núcleo da dinâmica empresarial do tomador dos serviços, compondo a essência dessa dinâmica e contribuindo inclusive para a definição de seu posicionamento e classificação no contexto empresarial e econômico. São, portanto, atividades nucleares e definitórias da essência da dinâmica empresarial do tomador de serviços.

Por outro lado, atividades-meio são aquelas funções e tarefas empresariais e laborais que não se ajustam ao núcleo da dinâmica empresarial do tomador dos serviços, nem compõem a essência dessa dinâmica ou contribuem para a definição de seu posicionamento no contexto empresarial e econômico mais amplo. São, portanto, atividades periféricas à essência da dinâmica empresarial do tomador dos serviços. São, ilustrativamente, as atividades referidas, originalmente, pelo antigo texto da Lei n. 5.645, de 1970: “transporte, conservação, custódia, operação de elevadores, limpeza e outras assemelhadas. São também outras atividades meramente instrumentais, de estrito apoio logístico ao empreendimento (serviço de alimentação aos empregados do estabelecimento, etc). (sic)

Após a necessária distinção entre o que se entende por atividade-meio e atividade-fim, deve-se determinar, de forma prática e comprovada, os efetivos danos causados pelo fenômeno jurídico da terceirização, dentro do cotidiano brasileiro de trabalho, para que se determine não só a comprovação dos direitos violados pela expansão desse fenômeno jurídico, como propõe o Projeto de Lei 4330/2004 com a autorização à terceirização das atividades-fim, mas demonstrar que, da forma autorizada, já se viola e agride demais os direitos garantidos e assegurados constitucionalmente e na Consolidação das Leis do Trabalho.

Para esta demonstração, o próximo tópico trará os gráficos e levantamentos mais preponderantes, realizados pelos membros da Central Única dos Trabalhadores, que utilizaram como fonte de pesquisa dados fornecidos pelo Ministério do Trabalho e Emprego do ano de 2013, com o auxílio do DIEESE (Departamento Intersindical de Estatística e Estudos Socioeconômicos), bem como de entidades sindicais de diversos setores e regiões do país.

### **3.1 Dados relevantes sobre a nocividade presente na terceirização legal dentro do cenário trabalhista brasileiro**

Como explicitado acima, o presente tópico trará a realidade trabalhista brasileira, no que tange à análise de dados entre empregados com contrato de emprego bilateral, firmado com o tomador de serviços, com a realidade dos trabalhadores terceirizados, na modalidade da terceirização lícita.

Inicialmente, deve ficar consignado que a quantidade de trabalhadores expostos à modalidade de contratação com empresa interposta no País, representam uma quantidade significativa de trabalhadores, que não podem estar longe dos olhos do Estado, no que tange à realidade precarizante que os mesmos estão envolvidos, como demonstra a Tabela de Distribuição dos trabalhadores em setores tipicamente terceirizados e tipicamente contratantes, levando-se em consideração os dados levantados no ano de 2013, conforme abaixo:

**TABELA 1 - Distribuição dos trabalhadores em setores tipicamente terceirizados e tipicamente contratantes, 2013**

Setores	2013	
	Número de Trabalhadores	%
Setores tipicamente contratantes	34.748.421	73,2
Setores tipicamente terceirizados	12.700.546	26,8
Total	47.448.967	100,00

Fonte: Rais 2013. Elaboração: DIEESE/CUT Nacional, 2014.

Nota: setores agregados segundo Class/CNAE2.0. Não estão contidos os setores da agricultura.

Verifica-se pela análise da referida tabela que o número de trabalhadores com vínculo de emprego com a terceira empresa, considerando apenas os contratos formais evidenciados, bem como, desconsiderando os setores agrícolas e a evolução gradual até o presente ano, totalizam mais de  $\frac{1}{4}$  (um quarto) do total de

trabalhadores formais no Brasil, representando uma gama de 12.700.546 (doze milhões cento e setenta mil quinhentos e quarenta e seis) trabalhadores, sendo 26,8% (vinte e seis vírgula oito por cento) do total.

Sabe-se que um dos principais fatores que contribuíram para a disseminação do contrato terceirizado, foi a alegação de que o mesmo desprenderia a empresa tomadora de serviços dos custos fixos, tornando-os variáveis.

Neste interim, será demonstrado na tabela abaixo, que a economia alegada pelas empresas para que a terceirização seja elevada à todas as atividades da empresa, tanto atividades-meio como atividades-fim, advém da precarização do trabalho humano, revelando os níveis salariais e a diferença do valor pago ao trabalhador que possui vínculo com a tomadora, em relação ao empregado em regime de contrato de terceirização, como vê-se:

**TABELA 2 - Condições de trabalho e terceirização, 2013**

Condições de trabalho	Setores tipicamente contratantes	Setores tipicamente terceirizados	Diferença Terceirizados/ Contratante
Remuneração média (R\$)	2361,15	1776,78	-24,7
Jornada semanal contratada (horas)	40	43	7,5
Tempo de emprego (anos)	5,8	2,7	-53,5

Fonte: Rais 2013. Elaboração: DIEESE/CUT Nacional, 2014.

Nota: setores agregados segundo Class/CNAE2.0. Não estão contidos os setores da agricultura. Remuneração média em dezembro.

Como esta evidenciado acima, a diferença salarial entre terceirizado e contratante foi de 24,7% (vinte e quatro vírgula sete por cento) menor, o que deixa claro, à partir do primeiro elemento da relação de emprego, a contraprestação, que o que se busca com a terceirização é o aumento indiscriminado da margem de lucro pelas empresas através da redução de “custos fixos” sendo estes, o bem mais precioso do trabalhador, que é o seu salário, culminando na inevitável redução da sua capacidade econômica.

A relativização e precarização trazidas por esta modalidade de contratação com empresa interposta, não recai unicamente sobre a redução da capacidade econômica do trabalhador, ela viola, conforme pesquisa abaixo, à integridade psicológica do trabalhador terceirizado.

Pois, como restará evidenciado, a condição de empregado terceirizado modifica o tratamento dispendido aos mesmos, importando em outros casos, na privação da participação efetiva do mesmo na realidade de trabalho da tomadora de serviços.

Em pesquisa realizada pela Mestranda Márcia Felizardo Fonseca Pinto em parceria com Osvaldo Luiz Gonçalves Quelhas, registrada na Universidade Federal Fluminense, ficou evidenciado que 86%(oitenta e seis por cento) dos empregados terceirizados que prestavam serviços em tomadoras responderam que existe diferença no tratamento dispendido aos mesmos em relação aos funcionários com vínculo de emprego direto com a tomadora.

Dentre as distinções, aquelas que ocorrem com mais frequência são: alguns programas de treinamento só eram oferecidos à funcionários contratados, além do impedimento do uso pelos trabalhadores terceirizados de espaços como o restaurante das empresas, bem como o acesso à internet e uso de telefone corporativo, também não eram convidados para os eventos festivos realizados na tomadora, além da queixa referente aos materiais fornecidos para o desenvolvimento de suas atividades que eram de qualidade inferior. (PINTO, QUELHAS. 2007, p. 244-253).

Com a presente pesquisa acima relatada, resta evidenciado a atitude discriminatória dispendida contra os empregados terceirizados, o que viola princípios fundamentais da Constituição Federal.

Para a Organização Internacional do Trabalho (OIT), o fenômeno da discriminação, na seara trabalhista, significa:

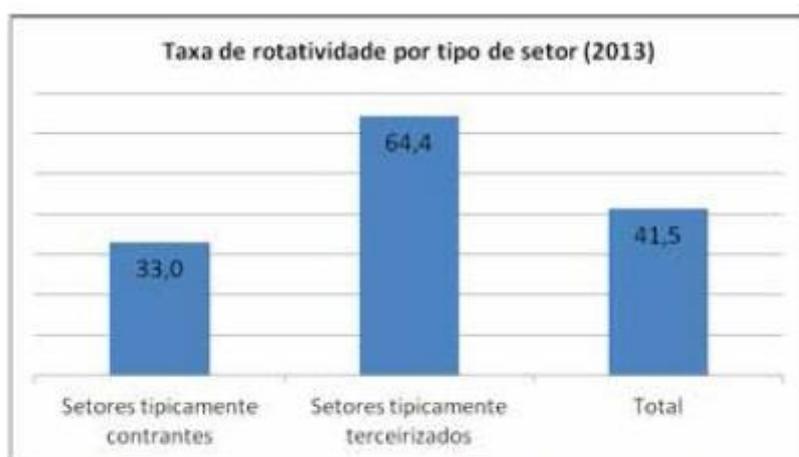
Toda distinção, exclusão ou preferência fundada na raça, cor, sexo, religião, opinião política, ascendência nacional ou origem social, que tenha por efeito destruir ou alterar a igualdade de oportunidades ou de tratamento em matéria de emprego ou profissão. (Artigo 1º, da Convenção nº 111 da OIT)

No referido documento anteriormente relatado, a Organização Internacional do Trabalho elenca como motivos que não podem ensejar distinção os mesmos determinados pela Constituição Federal de 1988, tendo esta, dado uma amplitude mais extensiva às possíveis causas ensejadoras de discriminação, quando se lê no *caput* do Art. 5º da mesma, que: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza[...]”.

Neste interim, considerando ser o texto constitucional mais abrangente, sendo este reconhecido como regramento maior no ordenamento jurídico brasileiro, resta evidente que a discriminação revelada pela pesquisa acima relatada, viola os

preceitos mais básicos da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, demonstrando a nocividade presente nas relações de contrato de emprego terceirizado.

Continuando a demonstração dos danos evidenciados em levantamento feito pela Central Única dos Trabalhadores, verificar-se-á abaixo, a duração dos contratos de emprego do contratante, aquele que possui vínculo direto com o tomador de serviços, em detrimento do empregado terceirizado. Evidenciando a rotatividade existente na presente modalidade de contratação, bem como a redução da expectativa do obreiro de manutenção do seu contrato de emprego, como se vê:



Fonte: Rais 2012 e Caged 2013. Elaboração: DIEESE/CUT Nacional, 2014. Nota: setores agregados segundo Class/CNAE2.0. Não estão contidos os setores da agricultura.

No próximo tópico do presente trabalho, serão evidenciados maiores problemas no que tange esta alta taxa de rotatividade presente nos contratos com empresa interposta.

Esta rotatividade evidenciada de forma tão exponencial em detrimento da rotatividade no setor contratante, prejudica o planejamento de vida do empregado terceirizado, impossibilitando-o de investir na sua própria educação, por exemplo, tendo em vista à volatilidade do seu contrato de emprego.

### 3.1.1 A terceirização e a saúde do trabalhador terceirizado

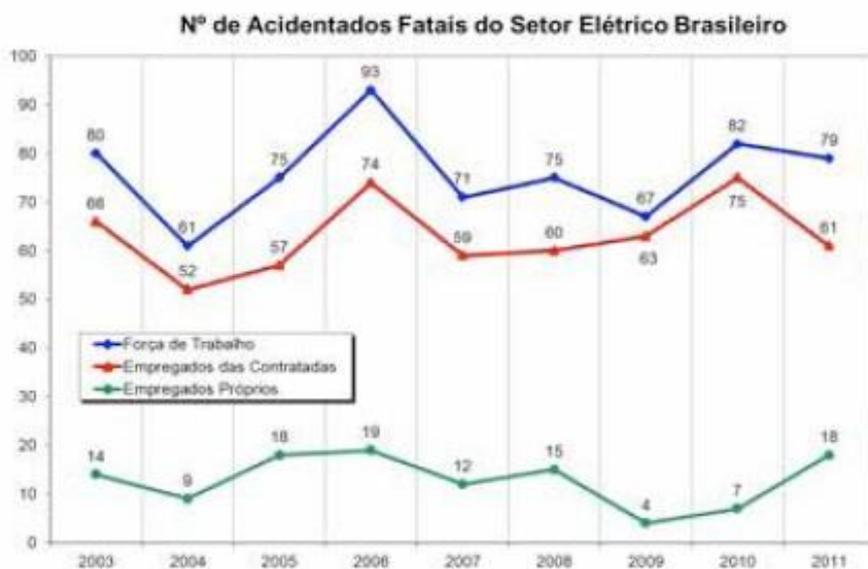
Como já visto no decorrer do presente trabalho foi evidenciado que sob a alegação de redução de custos, o trabalho terceirizado se mostrou bastante nocivo ao trabalhador, ocorrendo redução de salário em comparação com os trabalhadores contratados diretamente pela tomadora de serviços, bem como restou demonstrado o tratamento desigual sofrido por aqueles funcionários terceirizados, revelando

grave desrespeito à Constituição Federal de 1988 no que tange os seus princípios básicos.

Em decorrência disto, os empregados terceirizados são expostos a vários riscos no ambiente de trabalho à sua saúde e segurança.

O entendimento de que esses trabalhadores estão mais sujeitos à ocorrência de acidentes e mortes no âmbito do trabalho, infelizmente, é uníssono pois as tomadoras de serviços, por não possuírem vínculo de emprego com o empregado se sentem desobrigadas à cumprir normas básicas de segurança do trabalho, ou até mesmo, de exigir o uso de equipamento de proteção individual, acarretando maior vulnerabilidade dessa classe de trabalhadores.

Como será evidenciado abaixo, o setor elétrico é um dos setores da economia onde mais morrem trabalhadores terceirizados, para ratificar esta tese, colaciona-se abaixo pesquisa realizada pelo Comitê de Gestão Empresarial(COGE), realizado no ano de 2011, onde demonstra a quantidade de mortes de trabalhadores terceirizados sob a nomenclatura “Empregados das Contratadas” em detrimento do número de mortes daqueles que possuem vínculo direto, estes com a utilização da nomenclatura “Empregados Próprios”, neste teor:



Fonte: Fundação COGE.

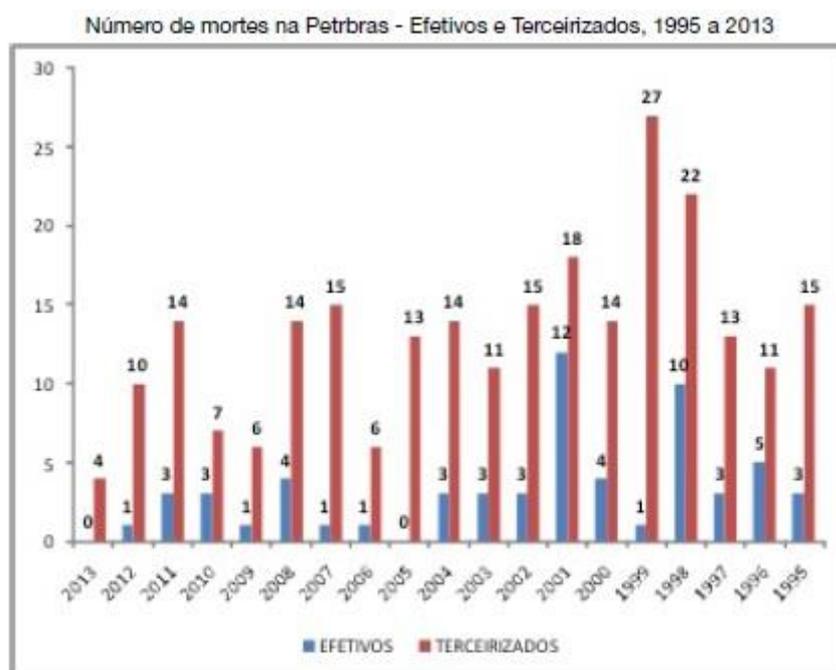
Assim, com base nesses levantamentos realizados pelo Comitê ficou detectado que trabalhadores terceirizados morrem 3,4 (três vírgula quatro) vezes mais do que àqueles que possuem vínculo direto nas empresas distribuidoras, geradoras e transmissoras de energia, o COGE concluiu que de 79(setenta e nove)

mortes registradas neste setor específico, 61 (sessenta e uma) delas se tratavam de morte de empregados terceirizados.

Para finalizar, será demonstrado o número estarrecedor de mortes de empregados terceirizados vinculados à maior empresa de petróleo brasileira, a Petrobrás, no período de 1995-2013, em um levantamento feito pela Federação Única dos Petroleiros (FUP) que demonstra a completa ausência de cuidado dos gestores no que tange o zelo pela vida humana no exercício digno de seus trabalhos e funções.

Outro elemento alarmante, divulgado pelo DIEESE, evidenciou que 98% (noventa e oito por cento) das terceirizações realizadas pela Empresa vislumbravam menores custos em detrimento de apenas 2% (dois por cento) que vislumbravam melhor capacidade técnica e menor custo. (DIEESE/FUP, Abril. 2011)

Essa terceirização de risco, acaba atingindo a parte hipossuficiente da relação de emprego, culminando no aumento da insegurança no ambiente de trabalho e consequente, como será visto abaixo, número de mortes à níveis alarmantes.



Fonte: Federação Única dos Petroleiros (FUP). Elaboração: Subseção DIEESE/FUP.

Conforme se depreende da leitura deste tópico, resta evidente que a terceirização, na forma autorizada pela Súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho, já se mostra bastante nociva à realidade obreira, não existindo argumento plausível, depois de todo o exposto, para a autorização da terceirização de forma ampla, geral e irrestrita, como prevê o Projeto de Lei 4330/2004.

Neste interim, o próximo tópico tratará do mérito específico do presente trabalho, no que tange aos prejuízos causados pela terceirização das atividades-fim, considerando que os elementos até aqui coletados serão potencialmente aumentados pois a modalidade de emprego precarizadora da terceirização, estaria estendida a vários outros setores e profissões, culminando no aumento proporcional dos danos causados.

### **3.2 O Projeto de Lei 4330/04 e a terceirização das atividades-fim e seus prejuízos intrínsecos ao direito dos trabalhadores**

O projeto de lei 4330/04, de relatoria do Deputado Sandro Mabel, teve redação final votada no Congresso Nacional no dia 22 de Abril de 2015, o presente, propõe regulamentar o instituto jurídico da terceirização, bem como os contratos e relação jurídica dele decorrentes sabe-se que até o presente momento a única regulamentação existente é a que esta proposta na redação da Súmula 331 do Colendo Tribunal Superior do Trabalho.

O projeto encontra-se pendente de apreciação do Senado Federal, sob a nomenclatura Projeto de Lei da Câmara - PLC30/2015, mas que se trata do mesmo texto legal;

Depois de esclarecido esse ponto importante no que tange a tramitação do referido projeto de lei, serão demonstrados a partir daqui as violações à direitos preconizados na Constituição Federal de 1988, provenientes da possível aprovação do Projeto de Lei 4330/04 e a liberação da terceirização das atividades-fim, danos esses exclusivamente decorrentes desta provável realidade.

Como primeiro grande problema que será enfrentado pelo trabalhador brasileiro, na constância do projeto de lei 4330/04, é a desvinculação do mesmo à uma categoria profissional e em decorrência disto, deixará de ser assistido pelo sindicato que antes abarcava a sua categoria, passando a ter assistência, se houver, do sindicato de prestadores de serviços, ocorrendo o evidente prejuízo de representatividade do trabalhador e conseqüente perda de força negocial no que tange à tentativa de alcance de melhores condições sociais.

Nesta senda, mesmo considerando que um projeto de lei ordinária não tem o condão de revogar artigo da Constituição, o artigo que trata da organização sindical (art. 8º CF), perderá sua eficácia e principalmente, sua função social.

Outro direito que será prejudicado pela terceirização das atividades-fim, é o disposto no Art. 7º, inciso XXVI da Constituição Federal de 1988, “Art. 7º - São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: XXVI – Reconhecimento das convenções e acordos coletivos de trabalho”, sobre este interm, quando o trabalhador esta condicionado à outra realidade sindical, este estará exposto aos ditames deste novo sindicato.

Considerando a realidade da terceirização das atividades-fim, os sindicatos representativos dessas empresas fornecedoras de mão de obra, que aglutinarão diversas funções, com certeza, na redação dos seus acordos e convenções coletivas a situação de cada profissional será igualada e haverá perdas de direitos, como por exemplo, o piso salarial da categoria.

Além de representar uma grave perda no que tange à ausência de função social do direito à recepção de acordos e convenções coletivas, no mesmo instante, restará violado o princípio trabalhista da norma mais favorável, que preconiza a manutenção de normas ou acordos e convenções coletivas que privilegiem o trabalhador em reconhecimento à sua hipossuficiência.

Além dos prejuízos acima elencados, a violação ao direito de greve, protegido por norma constitucional, no Art. 9º da CF/88 que diz: “é assegurado o direito de greve, competindo aos trabalhadores decidir sobre a oportunidade de exercê-lo e sobre os interesses que devam por meio deste defender.”, tal prerrogativa restou mitigada com relação à terceirização principalmente pela consideração de que esses referidos contratos são bastante rotativos, uma vez que está submetido à concorrência exponencial das relações de prestação de serviço.

A terceirização das atividades-fim, dada a possibilidade de terceirização de qualquer função dentro da empresa, pode ocorrer, no caso de uma universidade, a existência de um professor titular efetivo, que será acobertado pelo sindicato de sua categoria e terá uma remuneração justa e também, na mesma empresa, um professor titular terceirizado, que receberá um salário inferior, mesmo realizando as mesmas funções, violando a garantia da isonomia salarial.

Neste cenário, ainda que exista a alegação do instituto celetista da equiparação salarial por paradigma, esta não se efetivará no presente caso concreto, pois não preencherá todos os requisitos exigidos no *caput* do art. 461 da CLT, que diz:

Art. 461 – Sendo idêntica a função, a todo trabalho de igual valor, **prestado ao mesmo empregador**, na mesma localidade, corresponderá igual salário, sem distinção de sexo, nacionalidade ou idade. (Redação dada pela Lei 1.723 de 08/11/1952).(grifo nosso)

O não preenchimento do requisito “prestado ao mesmo empregador” se evidencia pela própria natureza do trabalho terceirizado, uma vez que, existe uma vinculação formal, um registro na Carteira de Trabalho e Previdência Social do trabalhador em nome da empresa prestadora de serviço, enquanto que em relação ao outro empregado efetivado, existe um registro em nome da instituição de ensino.

Neste caso, não havendo subordinação direta nem pessoalidade com o tomador de serviços, não há que se falar em existência de fraude, nem tampouco perquirir o referido direito de equiparação salarial que seria bastante plausível se não houvesse o fenômeno da terceirização.

Outro detalhe que merece observância, é que na maioria dos contratos de prestação de serviço terceirizado, não há vinculação do empregado à localidade, ou seja, não existe domínio sobre os espaços de labor, pois, um mesmo funcionário poderá prestar serviço em diversas tomadoras, assim, inviabilizará a tomada de atitudes de saúde e segurança do trabalho, prejudicando esse direito constitucionalmente garantido na redação do Art. 7º inciso XXII, que determina que é direito dos trabalhadores urbanos e rurais “redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança”.

Como lido, ainda que exista a imposição formal ao empresário para a manutenção de um espaço de trabalho o mais seguro possível para o trabalhador, a consideração da realidade do terceirizado, que prestará serviço à diversas tomadoras importa em impedimento material para a concretização satisfatória desse direito o que culminará no aumento de acidentes de trabalho e de doenças ocupacionais.

Ainda pode-se destacar como precarização à qual o trabalhador terceirizado estará exposto, pelas mesmas razões elencadas acima, será vivenciado o fim do ideal social de continuidade dos vínculos de emprego.

Uma vez que, a alegada rotatividade inerente característica da relação de emprego, culminará na perda de força da garantia constitucional contra a despedida arbitrária e sem justa causa, descrita no Inciso primeiro do art. 7º da Constituição Federal, que tem como principal intuito desmotivar a demissão desenfreada e sem

motivo aparente, mas que restará potencialmente prejudicada pelo fenômeno da terceirização irrestrita.

Esta rotatividade também implicará prejuízo ao direito às férias anuais remuneradas protegidas pelo Art. 7º, inciso XVII da Carta Magna de 1988 uma vez que a sucessividade de contratos de curta duração, inviabilizam a contagem de tempo de serviço para que seja possível auferir este direito.

Por fim e não menos importante, é necessário ponderar à cerca da aposentadoria descrita no Art. 7, inc. XXIV da CF/88, bem como a nova lei da aposentadoria. Em se tratando de contrato de terceirização na forma como é feita na praxe, de forma rotativa, esses contratos realizados de forma sucessiva e fragmentada importarão na dificuldade da percepção de eventual seguro-desemprego e prejudicará a contagem de contribuição previdenciária para fins de aposentadoria por tempo de serviço.

Os problemas acima relatados estão ligados à terceirização sem a consideração das práticas empresariais danosas, que são frequentes na realidade trabalhista da terceirização.

### 3.2.1 Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho (ANAMATRA) e o Conselho Nacional de Procuradores Gerais (CNPJ) e seus posicionamentos contrários à aprovação do Projeto de Lei 4330/2004

A ANAMATRA divulgou carta aberta onde os magistrados da Justiça do Trabalho brasileira, se posicionaram de forma contrária ao referido projeto, nas razões que seguem:

#### Carta Aberta

A Associação Nacional dos Magistrados do Trabalho (ANAMATRA), entidade representativa dos mais de 3.500 juizes do trabalho do Brasil, vem a público, nos termos de seu Estatuto – que determina a atuação em defesa dos interesses da sociedade, em especial pela valorização do trabalho humano, pelo respeito à cidadania e pela implementação da justiça social-, conchamar os partidos políticos e parlamentares comprometidos com os direitos sociais a rejeitarem integralmente o Projeto de Lei nº 4330/2004, que ora tramita na Comissão de Constituição Justiça e Cidadania da Câmara dos Deputados, e que dispõe sobre o contrato de prestação de serviço a terceiros e as relações de trabalho dele decorrentes.

O referido PL, a pretexto de regulamentar a terceirização no Brasil, na verdade expande essa prática ruínoza e precarizante para todas as atividades econômicas, com risco de causar sérios danos aos trabalhadores brasileiros, caso aprovado, pela ruptura da rede de proteção trabalhista que o constituinte consolidou em 1988. Entre os problemas do projeto estão a

liberação da prática na atividade-fim da empresa, bem como a ausência de responsabilidade solidária do empregador de forma efetiva.

A terceirização constitui manobra econômica destinada a reduzir custos de pessoal na empresa, pelo rebaixamento de salários e de encargos sociais, que tem trazido uma elevada conta para o país, inclusive no que se refere aos acidentes de trabalho, uma vez que em determinados seguimentos importantes da atividade econômica os índices de infortúnios são significativamente mais elevados.

É com perplexidade, incredulidade e espanto que notícias são lidas dando conta da adesão por parte de alguns Partidos e parlamentares ao relatório do deputado Artur Maia (PMDB-BA), abandonando linha histórica que legitimou a atuação de cada um.

Nesse sentido, a Anamatra reforça a conclamação aos parlamentares e partidos, comprometidos com as causas sociais, para que rejeitem o PL n° 4330/2004, e sigam em defesa de uma sociedade que busque a justiça social e não o aprofundamento da desigualdade social no Brasil.

Brasília, 02 de Setembro de 2013

Paulo Luiz Schmidt

(Presidente da Anamatra)

(ANAMATRA divulga carta aberta contra terceirização. 12 de maio de 2015)

No mesmo interim, posicionou-se o Conselho Nacional de Procuradores Gerais, através de nota-técnica as razões pelas quais o referido órgão e seus membros são contra a terceirização das atividades-fim proposta pelo referido projeto de lei, tendo sido tal nota protocolada no dia 29 de Agosto de 2016, conforme resta disposto em cópia do documento anexada ao presente trabalho.

### **3.3 Práticas empresariais danosas que obstam a percepção de direitos dos trabalhadores, na realidade da terceirização**

Um grave problema da terceirização da forma como ocorre hoje é a criação de empresas de terceirização sem aporte financeiro e patrimonial capaz de ensejar o adimplemento das obrigações trabalhistas, sendo fato público e notório o calote perpetrado pelas empresas terceirizadas em desfavor dos empregados terceirizados.

Com a redação do projeto de lei 4330/04, mesmo estando disposto que a empresa terceirizada deve comprovar sua capacidade econômica, mesmo assim, na prática, ainda haverá grandes riscos de inadimplemento, uma vez que o contrato social da empresa pode ser aparentemente de acordo com os ditames da proposta de lei, mas, no mundo dos fatos, não representar a realidade ali descrita.

É possível ainda identificar o risco existente na venda do serviço em valor inferior ao *quantum* necessário ao adimplemento das verbas trabalhistas.

Sendo possível a ocorrência desse tipo de negócio com a anuência do trabalhador, pela sua condição de hipossuficiência e ausência de representação

sindical, como já dito no tópico anterior, levando-o a cumprir jornadas de trabalho extenuantes e superiores às suas forças pela manutenção do emprego, ainda que este esteja contaminado de precarizações.

Todos esses pontos elencados acima, encontram guarida fática nos dados disponibilizados pelo Ministério do Trabalho e Emprego (MTE) onde descreve que quase 90%(noventa por cento) dos empregados contratados em trabalho análogo ao de escravo detectado pelo Ministério entre 2010 e 2014, possuíam nas suas relações de emprego uma empresa interposta, logo, eram terceirizados, como vê-se:

Ano	Dos 10 casos, quantos envolveram terceirizados?	Terceirizados Resgatados	Contratados diretos resgatados	TOTAL de resgatados
2010	9	891	47	938
2011	9	554	368	922
2012	10	947	0	947
2013	8	606	140	746
TOTAL	36	2998	555	3553

Fonte: DETRAE (Departamento de Erradicação do Trabalho Escravo). Elaboração própria.

Como visto acima, é incontestável a potencialidade precarizadora do instituto jurídico da terceirização, devendo os presentes fundamentos servir de base para o afastamento do referido projeto de lei 4330/2004 principalmente no que tange a terceirização das atividades-fim.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Através da presente pesquisa fora destacada de forma ampla a evolução gradativa da realidade justralhista brasileira, culminando na determinação dada pelo legislador constituinte, no preambulo da Constituição Federal vigente de que o Estado Brasileiro é um estado comprometido socialmente, bem como a concepção adotada pela legislação no que tange a modalidade de contrato de emprego adotada no país, que é a modalidade bilateral.

A evidenciação da construção de um Estado Social à partir das evoluções legislativas se contrapõem à flexibilização visualizada na Constituição Federal vigente no país, bem como na realidade advinda do fenômeno da terceirização, que surge em uma tentativa de redução de gastos com a produção de bens, com a finalidade de aumentar a competitividade das empresas.

A limitação imposta pela Súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho à terceirização, restringindo sua aplicação às atividades-meio, de vigilância, conservação e limpeza, bem como a aferição prática dos prejuízos trazidos pelo presente instituto jurídico, relatado no presente, representam o principal fundamento para obstar a ampliação dessa modalidade contratual às atividades-fim, sendo este o principal interesse do projeto de lei 4330/2004.

Neste interim, pela preservação dos fundamentos trabalhistas esculpidos no texto constitucional nos artigos 5º até o 11º artigo da Constituição Federal de 1988, bem como a limitação dada pelo princípio da vedação do retrocesso social, além da garantia determinada pelo Art. 9º da CLT leva a conclusão de que o projeto de lei 4330/2004 é inconstitucional.

Com a manutenção do regramento já existente para impedir a terceirização ilícita, das atividades-fim, pois importa retrocesso social, sendo fato gerador do aumento dos males existentes na intermediação de empresa interposta na contratação de força de trabalho.

Pois, a terceirização das atividades-fim, precariza inclusive o direito coletivo do trabalho, pois afasta o trabalhador especializado do sindicato da sua categoria, representando evidente prejuízo a várias classes de trabalhadores que estariam subordinados a um único sindicato, sendo este um dos grandes problemas trazidos pela terceirização das atividades finalísticas da empresa.

Resta evidente, que o presente projeto de lei, bem como a possibilidade de terceirização das atividades-fim esculpida como primeira medida trazida pelo projeto, deve ser afastado para que aja a manutenção da harmonia jurídico trabalhista e a garantia da efetividade das normas constitucionais, celetistas e as construções jurisprudenciais já existentes, culminando com o imprescindível arquivamento do referido projeto.

## REFERÊNCIAS

AGRA, Walber de Moura. **Manual de Direito Constitucional**. 4ª Ed.. Revista dos Tribunais, 2008, pag. 31;

BRASIL. Constituição (1934). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao34.html](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.html), acessado em: 29 de Agosto de 2016;

BRASIL. Constituição (1998). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Organização de Alexandre Moraes. 16.e.d. São Paulo: Atlas,2000;

BRASIL. Decreto-Lei 5452/1943, Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. *Diário Oficial da União*, Brasília,09.Ago.1943;

BRASIL. Projeto de Lei 4330/2004,Dispõe sobre os contratos de terceirização e as relações de trabalho deles decorrentes;

BRASIL. Lei n. 3.071, 01 de janeiro de 1916. Código Civil. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 01.01.1916;

BRASIL. Lei 7.102, de 20 de Junho de 1983, Dispõe sobre segurança para estabelecimentos financeiros, estabelece normas para constituição e funcionamento das empresas particulares que exploram serviços de vigilância e de transporte de valores, e dá outras providências. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L7102.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7102.htm), acessado em: 08 de novembro de 2016;

BRASIL. Lei 8.863, de 28 de Março de 1994, Altera a Lei nº 7.102, de 20 de Junho de 1983. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8863.htm#art1](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8863.htm#art1), acessado em: 08 de novembro de 2016;

BRASIL. Lei 8.666, de 21 de junho de 1993, Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8666cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8666cons.htm), acessado em: 08 de novembro de 2016;

BRASIL. Lei n. 10.406, 10 de janeiro de 2002. Código Civil. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 11 jan. 2002;

BRASIL. STF. (ARE 639337), Relator: Min. Celso de Mello, Segunda Turma, Julgado em 23/08/2011, publicado no DJe-177, DIVULG 14/09/2011 PUBLIC 15-09-2011 EMENT VOL-02587-01 PP-00125;

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Súmula nº 256. Salvo os casos de trabalho temporário e de serviço de vigilância; previstos nas leis nº 6.019 de 03.01.1974, e 7.102, de 20.06.1983, é ilegal a contratação de trabalhadores por empresa interposta, formando-se o vínculo empregatício diretamente com o tomador dos serviços. Disponível em: [www.tst.jus.br/sumulas/256](http://www.tst.jus.br/sumulas/256). Acessado em: 07 de novembro de 2016;

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Processo: AIRR - 2127-52.2012.5.03.0107 Data de Julgamento: 23/10/2013, Relator Ministro: Mauricio Godinho Delgado, 3ª Turma, Data de Publicação: DEJT 25/10/2013

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Processo: RR – 115-21-2011-5-04-0027, Data de julgamento: 29/04/2015, Relatora Ministra: Maria Helena Mallmann, 5ª Turma, Data de Publicação: DEJT 08/05/2015;

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Súmula nº 331. CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LEGALIDADE (nova redação do item IV e inseridos os itens V e VI à redação) – Res. 174/2011, DEJT divulgado em 27, 30 e 31/05/2011. Disponível em: [www.tst.jus.br/sumulas/331](http://www.tst.jus.br/sumulas/331). Acessado em: 08 de novembro de 2016;

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Processo: RR 248000-96.2009.5.03.0025, Data de julgamento: 17/02/2016, Relator Ministro: Augusto César Leite de Carvalho, 6ª Turma, Data de publicação: DEJT 19/02/2016;

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 6ª Região – Primeira Turma – RO 00746-2009-005-06-00-9 – Relator Bartolomeu Alves Bezerra – p. 13/05/2010;

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 6ª Região – RO 01042-2007-013-06-00-6-2ª T. – Relª Juíza Dinah Figueirêdo Bernardo – J. 09.07.2008;

BRASIL, Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região. 8ª T, RO 00535-2002-023-01-00-9, Rel. Vólia Bomfim Cassar, sessão dia 25/05/05;

BRASIL, Tribunal Regional do Trabalho da 23ª Região. (RO 00206.2004.03.23.00-5) Rel. Juiz. José Simioni, julgado em 21/08/05 e publicado no DJ/MT de 06/10/05. Ac. (unânime);

BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição Brasileira** – 9. Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009 , p. 158-159;

BONFIGLIOLI, José Carlos. **Trabalho Temporário e Terceirização de serviços – Aspectos Legais e Sociais**. JOBCENTER, Rio de Janeiro, Capítulo 5.2. Disponível em <<http://www.jobcenter.com.br/livro-recomendado/5-02-atividade-fim-e-atividade-meio-definicao/>> Acessado em: 26 Mar.2016;

CASSAR, Vólia Bonfim. **Direito do Trabalho**. 9. Ed., Revista Ampliada, Niterói: Impetus, 2009, p. 43;

CASSAR, Vólia Bonfim. **Direito do Trabalho**. 10. Ed., Revista Ampliada, Niterói: Impetus, 2010, p. 43;

CONSELHO NACIONAL DOS PROCURADORES-GERAIS DO MINISTÉRIO PÚBLICO DOS ESTADOS DA UNIÃO, **Ofício nº 240/2016**, protocolado em 11 de Outubro de 2016, inteiro teor; disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/120928>, Acessado em: 18 de Novembro de 2016; (Anexo A)

**CUT. Terceirização e desenvolvimento: uma conta que não fecha: / dossiê acerca do impacto da Terceirização sobre os trabalhadores e propostas para garantir a igualdade de direitos /** Secretaria. Nacional de Relações de Trabalho e Departamento Intersindical de Estatística e Estudos Socioeconômicos. - São Paulo: Central Única dos Trabalhadores, 2014. p. 13, 14, 16, 24, 44.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 6ª ed. 2ª Tiragem, São Paulo: LTr, 2007, p.441 ;

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 13ª ed. 1ª Tiragem, São Paulo: LTr, 2011, p.452 ;

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 14ª ed. São Paulo: LTr, 2015, pág. 211;

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 14ª ed. São Paulo: LTr, 2015, pág. 301;

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 14ª ed. São Paulo: LTr, 2015, pág. 473;

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 14ª ed. São Paulo: LTr, 2015, p. 489;

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 14ª ed. São Paulo: LTr, 2015, p. 508-509;

DERBLI, Felipe. O princípio da proibição do retrocesso social na Constituição de 1988. Rio de Janeiro; Renovar, 2007, p. 202;

**DIEESE, A Terceirização na Petrobras - Alguns Pontos Para Reflexão** - Versão Revisada/Atualizada com informações de dezembro/2010 - Subseção DIEESE FUP, Abril 2011. Disponível em: <https://www.google.com.br/amp/docplayer.com.br/amp/12243322-A-terceirizacao-na-petrobras-alguns-pontos-para-reflexao-versao-atualizada.html?client=ms-android-samsung>, acessado em: 24 de Novembro de 2016;

HENRIQUE, Carlos Augusto Junqueira (Coord); DELGADO, Gabriela Neves (Coord.). **Terceirização no Direito do Trabalho**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004, p. 368;

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de Direito do Trabalho**. 06ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p.150;

MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. **Manual Esquemático do direito e processo do trabalho**. 10ª Ed.. Editora Saraiva, 2002, pag. 09;

MANUS, Pedro Paulo Teixeira. **Direito do Trabalho**. 10 ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 130;

MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional**. Ed. Atlas – 2003, 2ª Ed. P. 128;

MTE. Ministério do Trabalho e Emprego, **90% dos empregados em situação análoga a de escravidão são terceirizados**, Disponível em: <http://www.cartacapital.com.br/sociedade/comissao-abranda-definicao-de-trabalho-escravo-1589.html>, acessado em: 13 de Novembro de 2016;

NASCIMENTO, Amauri Mascaro do. **Curso de Direito do Trabalho**. 14ª ed. São Paulo, Saraiva, 1997, p.115;

NASCIMENTO, Amauri Mascaro do. **Curso de Direito do Trabalho**. 25ª ed. São Paulo, Saraiva, 2010, p.295;

ONU. Declaração Universal dos Direitos Humanos. Disponível em: [http://www.onu-brasil.org.br/documentos\\_direitoshumanos.php](http://www.onu-brasil.org.br/documentos_direitoshumanos.php) Acesso em: 26 de Agosto de 2016;

PINTO, José Augusto Rodrigues. **Curso de Direito Individual do Trabalho**, 5. Ed. São Paulo; LTr. 2003, p. 171;

PINTO, Márcia Felizardo Fonseca; QUELHAS, Osvaldo Luiz Gonçalves. São os terceirizados "pessoas" para a organização? *Revista Organização & Estratégia*, v. 3, n. 3, set./dez. 2007, p. 244-253. Disponível em: <[http://www.latec.uff.br/bt/V2007/numero3/PDF/BT046\\_2006.pdf](http://www.latec.uff.br/bt/V2007/numero3/PDF/BT046_2006.pdf)> Acesso em: 10 nov. 2016;

RAMOS, Dora Maria de Oliveira. **Terceirização na Administração Pública**. São Paulo: LTr, 2001, p.59;

RAMOS, Dora Maria de Oliveira. **Terceirização na Administração Pública**. São Paulo: LTr, 2001, p.65;

RAMOS, Dora Maria de Oliveira. **Terceirização na Administração Pública**. São Paulo: LTr, 2001, p.68;

TEIXEIRA, Luana Cordeiro. **Teoria da subordinação estrutural na relação de emprego**. *Revista Jus Navigandi*, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 19, n. 4098, 20 de Set. 2014. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/29547>>. Acessado em: 05 de novembro de 2016;

## ANEXOS

### **ANEXO A – Projeto de Lei nº 4330 de 2004;**

PROJETO DE LEI Nº 4330, DE 2004 (Do Sr. Sandro Mabel)

Dispõe sobre o contrato de prestação de serviço a terceiros e as relações de trabalho dele decorrentes.

O Congresso Nacional decreta:

Art. 1º Esta Lei regula o contrato de prestação de serviço e as relações de trabalho dele decorrentes, quando o prestador for sociedade empresária que contrate empregados ou subcontrate outra empresa para a execução do serviço.

Parágrafo único. Aplica-se subsidiariamente ao contrato de que trata esta Lei o disposto no Código Civil, em especial os arts. 421 a 480 e 593 a 609.

Art. 2º Empresa prestadora de serviços a terceiros é a sociedade empresária destinada a prestar à contratante serviços determinados e específicos.

§ 1º A empresa prestadora de serviços contrata e remunera o trabalho realizado por seus empregados, ou subcontrata outra empresa para realização desses serviços.

§ 2º Não se configura vínculo empregatício entre a empresa contratante e os trabalhadores ou sócios das empresas prestadoras de serviços, qualquer que seja o seu ramo.

Art. 3º São requisitos para o funcionamento da empresa de prestação de serviços a terceiros: I – prova de inscrição no Cadastro Nacional de Pessoa Jurídica (CNPJ); II – registro na Junta Comercial; III – capital social compatível com o número de empregados, observando-se os seguintes parâmetros:

- a) empresas com até dez empregados: capital mínimo de R\$ 10.000,00 (dez mil reais);
- b) empresas com mais de dez e até vinte empregados: capital mínimo de R\$ 25.000,00 (vinte e cinco mil reais);
- c) empresas com mais de vinte e até cinquenta empregados: capital mínimo de R\$ 45.000,00 (quarenta e cinco mil reais);
- d) empresas com mais de cinquenta e até cem empregados: capital mínimo de R\$ 100.000,00 (cem mil reais); e
- e) empresas com mais de cem empregados: capital mínimo de R\$ 250.000,00 (duzentos e cinquenta mil reais).

§ 1º Convenção ou acordo coletivo de trabalho podem exigir a imobilização do capital social em até cinquenta por cento dos valores previstos no inciso III deste artigo.

§ 2º O valor do capital social de que trata o inciso III deste artigo será reajustado:

I – no mês de publicação desta lei, pela variação acumulada do Índice Nacional de Preços ao Consumidor (INPC), da Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), verificada de novembro de 2004, inclusive, ao mês imediatamente anterior ao do início de vigência desta lei;

II – anualmente, a partir do ano subsequente ao do reajuste mencionado no inciso anterior, no mês correspondente ao da publicação desta lei, pela variação acumulada do INPC nos doze meses imediatamente anteriores.

Art. 4º Contratante é a pessoa física ou jurídica que celebra contrato de prestação de serviços determinados e específicos com empresa prestadora de serviços a terceiros.

§ 1º É vedada à contratante a utilização dos trabalhadores em atividades distintas daquelas que foram objeto do contrato com a empresa prestadora de serviços.

§ 2º O contrato de prestação de serviços pode versar sobre o desenvolvimento de atividades inerentes, acessórias ou complementares à atividade econômica da contratante.

Art. 5º São permitidas sucessivas contratações do trabalhador por diferentes empresas prestadoras de serviços a terceiros, que prestem serviços à mesma contratante de forma consecutiva.

Art. 6º Os serviços contratados podem ser executados no estabelecimento da empresa contratante ou em outro local, de comum acordo entre as partes.

Art. 7º É responsabilidade da contratante garantir as condições de segurança e saúde dos trabalhadores, enquanto estes estiverem a seu serviço e em suas dependências, ou em local por ela designado.

Art. 8º Quando o empregado for encarregado de serviço para o qual seja necessário treinamento específico, a contratante deverá:

I – exigir da empresa prestadora de serviços a terceiros certificado de capacitação do trabalhador para a execução do serviço; ou

II – fornecer o treinamento adequado, somente após o qual poderá ser o trabalhador colocado em serviço.

Art. 9º A contratante pode estender ao trabalhador da empresa de prestação de serviços a terceiros benefícios oferecidos aos seus empregados, tais como atendimento médico, ambulatorial e de refeição destinado aos seus empregados, existentes nas dependências da contratante ou local por ela designado.

Art. 10. A empresa contratante é subsidiariamente responsável pelas obrigações trabalhistas referentes ao período em que ocorrer a prestação de serviços, ficando-lhe ressalvada ação regressiva contra a devedora.

Parágrafo único. Na ação regressiva de que trata o caput, além do ressarcimento do valor pago ao trabalhador e das despesas processuais, acrescidos de juros e correção monetária, é devida indenização em valor equivalente à importância paga ao trabalhador.

Art. 11. A empresa prestadora de serviços a terceiros, que subcontratar outra empresa para a execução do serviço, é solidariamente responsável pelas obrigações trabalhistas assumidas pela empresa subcontratada.

Art. 12. Nos contratos de prestação de serviços a terceiros em que a contratante for a Administração Pública, a responsabilidade pelos encargos trabalhistas é regulada pelo art. 71 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993.

Art. 13. O recolhimento das contribuições previdenciárias relativas aos trabalhadores contratados para a prestação de serviços a terceiros observa o disposto no art. 31 da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991.

Art. 14. O contrato de prestação de serviços a terceiros deve conter, além das cláusulas inerentes a qualquer contrato:

I – a especificação do serviço a ser prestado;

II – o prazo para realização do serviço, quando for o caso;

III – a obrigatoriedade de apresentação periódica, pela empresa prestadora de serviços a terceiros, dos comprovantes de cumprimento das obrigações trabalhistas pelas quais a contratante é subsidiariamente responsável.

Art. 15. O recolhimento da contribuição sindical prevista nos arts. 578 e seguintes da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) deve ser feito ao sindicato representante da categoria profissional correspondente à atividade exercida pelo trabalhador na empresa contratante.

§ 1º A contribuição sindical devida pelo trabalhador de empresa de prestação de serviços a terceiros, contratado para o cumprimento do contrato de que trata esta Lei, é proporcional ao período em que foi colocado à disposição da empresa contratante e consiste na importância correspondente a um doze avos da remuneração de um dia de trabalho por mês de serviço ou fração superior a quatorze dias.

§ 2º Não é devida a contribuição pelo trabalhador se este já houver pago, no mesmo ano, a título de contribuição sindical, importância correspondente à remuneração de um dia de trabalho, nos termos do art. 582 da CLT.

Art. 16. O disposto nesta Lei não se aplica:

I – à prestação de serviços de natureza doméstica, assim entendida aquela fornecida à pessoa física ou à família no âmbito residencial destas;

II – às empresas de vigilância e transporte de valores, permanecendo as respectivas relações de trabalho reguladas por legislação especial.

Art. 17. O descumprimento do disposto nesta Lei sujeita a empresa infratora ao pagamento de multa administrativa de R\$ 500,00 (quinhentos reais) por trabalhador prejudicado, salvo se já houver previsão legal de multa específica para a infração verificada.

§ 1º A fiscalização, a autuação e o processo de imposição de multas reger-se-ão pelo Título VII da CLT.

§ 2º As partes ficam anistiadas das penalidades não compatíveis com esta Lei, impostas com base na legislação anterior.

Art. 18. Os contratos em vigência serão adequados aos termos desta Lei no prazo de cento e vinte dias a partir da vigência.

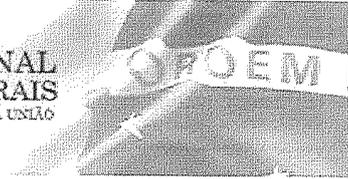
Art. 19. Esta Lei entra em vigor trinta dias após a publicação.

**ANEXO B** - Nota técnica do Conselho Nacional de Procuradores Gerais dos Estados da União contrária à terceirização das atividades-fim:

00300-192964/2016-71



**CONSELHO NACIONAL  
PROCURADORES-GERAIS**  
MINISTÉRIO PÚBLICO DOS ESTADOS E DA UNIÃO



Ofício n. 240/2016-PRES

Natal, 29 de agosto de 2016.

A Sua Excelência o Senhor  
**RENAN CALHEIROS**  
Presidente do Senado  
Senado Federal - Praça dos Três Poderes  
70165-900 – Brasília/DF

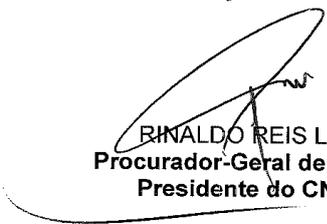
Junte-se ao processar do  
PLC  
nº 30, de 2015.  
Em 11/10/16

*Handwritten signature and notes:*  
- Renan  
valden  
Raupp

Assunto: **Nota Técnica.**

Senhor Presidente,

O Conselho Nacional de Procuradores-Gerais do Ministério Público dos Estados e da União – CNPJG, através do Grupo Nacional de Direitos Humanos – GNDH, encaminha a Vossa Excelência, para conhecimento, Nota Técnica que expõe o posicionamento desse Colegiado em relação ao PL nº 30/2015, que dispõe sobre a terceirização da atividade-fim.

  
**RINALDO REIS LIMA**  
Procurador-Geral de Justiça  
Presidente do CNPJG



## NOTA TÉCNICA CONTRA A TERCEIRIZAÇÃO DA ATIVIDADE-FIM

(PL 30/2015 DA CÂMARA, EM TRAMITAÇÃO NO SENADO FEDERAL)

**CONSIDERANDO** que o trabalho deve ser elemento produtor e organizador da vida social, orientando a política de desenvolvimento e econômica no sentido de gerar empregos e incrementar efetivamente a sua renda;

**CONSIDERANDO** que o desenvolvimento de um país está essencialmente ligado às oportunidades que ele oferece à população de fazer escolhas e exercer sua cidadania em conformidade com os direitos humanos, entre as quais está a livre escolha de emprego;

**CONSIDERANDO** que a Declaração de Filadélfia, estabelece que a justiça social é essencial para a paz social e afirma como um dos seus princípios basilares que “*o trabalho não é uma mercadoria*”;

**CONSIDERANDO** que a Declaração Universal dos Direitos Humanos, em especial nos artigos XXIII e XXIV, preconiza o direito ao trabalho sob condições justas e favoráveis, com direito a repouso, ao lazer e com remuneração justa e satisfatória que assegure ao trabalhador, assim como à sua família, uma existência compatível com a dignidade humana, garantida contra o desemprego e por meios de proteção social, com direito a organizar sindicatos e neles ingressar para proteção de seus interesses;

**CONSIDERANDO** o bloco de constitucionalidade dos direitos trabalhistas brasileiros inclui as normas internacionais assinadas ou ratificadas pelo país (art 5º, § 2º, CR), bem como normas gerais de proteção ao trabalho: Preâmbulo – o Estado brasileiro *está destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais*”; Fundamentos da República - Art. 1º, III – *Dignidade da pessoa humana*, e IV – *valores sociais do trabalho e da livre iniciativa*, Art. 3º, I – *construir uma sociedade livre, justa e solidária, reduzir as desigualdade sociais e regionais* e Art. 4º, II – *prevalência dos direitos humanos*; Bases para a Ordem Social: Art. 193 – *A ordem social tem como base o primado do trabalho, e como objetivo o bem-estar e a justiça sociais*”; Princípios Gerais da Atividade Econômica: Art. 170 – *A ordem econômica fundada na valorização do trabalho (...) função social da propriedade e busca do pleno emprego*;

**CONSIDERANDO** que a proteção ao trabalho abrange as ações e serviços públicos



de saúde pública organizada com vistas ao atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas (art. 198, *caput* e II) como mecanismos de valorização do trabalho;

**CONSIDERANDO** que as contribuições sociais, de intervenção no domínio econômico e de interesse das categorias profissionais ou econômicas (art. 149, *caput*), e o custeio da seguridade social por toda sociedade, de forma direta e indireta, mediante contribuições sociais dos trabalhadores e empregadores (art. 195, I e II) são instrumentos de atuação para a proteção do trabalho nas respectivas áreas;

**CONSIDERANDO** que, em 2007, a Comissão Européia, no Livro Verde como título “Modernizar o Direito do Trabalho para enfrentar os desafios do século XXI”, alerta para o fato de “*o aparecimento de distintas formas de trabalho atípicas esfumaça as fronteiras entre o Direito do Trabalho e o Direito Mercantil*”, facilitando a superveniência do “trabalho oculto”, ou seja, aquele em que uma pessoa trabalhadora por conta alheia não é considerada como tal, para dissimular sua verdadeira situação jurídica e evitar determinados custos como os impostos e as cotizações da previdência social.

**CONSIDERANDO** que o trabalho subordinado se caracteriza pelo trabalho prestado diretamente por uma pessoa física a uma pessoa física ou jurídica, mediante remuneração, de forma continuada e subordinada, que recebe proteção estatal, entre as quais se destacam o art. 7º, inciso I, que estabelece o direito à relação de emprego protegida contra despedida arbitrária; inciso II, que trata do seguro-desemprego, em caso de desemprego involuntário; inciso III, que prevê o FGTS; incisos IV, V, VI, VII, IX, X, XII, XVI, XXIII, XXX e XXXI, que tratam do salário e remuneração do empregado; incisos VIII, XVII, XVIII, XIX e XXI os quais dispõem sobre benefícios específicos dos empregados, como décimo terceiro salário e férias anuais remuneradas, licença gestante, licença paternidade e aviso prévio proporcional ao tempo de serviço; incisos XXII e XXVIII, que tutelam o meio ambiente laboral, com a redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança, e seguro contra acidentes de trabalho a cargo do empregador; e inciso XXXIII, que regula o trabalho dos adolescentes com menos de 18 anos;

**CONSIDERANDO** que o equilíbrio entre as partes contratantes em uma relação de emprego se realiza por entes e instrumentos coletivos previstos no artigo 7º, XXVI e nos arts. 8º ao 11º tratam dos direitos trabalhistas decorrentes do exercício do livre direito de associação e participação pública, tanto em sua vertente individual e quanto coletiva, os quais são a autonomia



coletiva para elaborar as normas relativas às condições de trabalho, a liberdade sindical, a unicidade sindical, o direito de greve, a representação de trabalhadores e empregadores nos colegiados dos órgãos públicos e a representação dos trabalhadores nas empresas com mais de 200 empregados, com a finalidade exclusiva de promover-lhes o entendimento direto com os empregadores;

**CONSIDERANDO**, ainda, que os direitos fundamentais aplicáveis às partes de uma relação de emprego privado, de forma específica, os artigos 5º a 11 do texto constitucional, são essenciais para a construção de democracia na sociedade brasileira e da cidadania na empresa;

**CONSIDERANDO** que a extensa indicação de normas constitucionais de cunho trabalhista impede a precarização das relações de trabalho, cuidando do equilíbrio entre capital e trabalho, imprescindível à garantia do desenvolvimento democrático nacional, bem como a redução das conquistas por emenda constitucional (art. 60, § 4º, IV);

**CONSIDERANDO** que o Tribunal Superior do Trabalho, pela Subseção I de Dissídios individuais, em sua composição plena, especifica que (Acórdão TST-E-ED-RR-2938-13.2010.5.12.0016, SBDI-1, DEJT 26/03/2013), há dois limites ou contrapesos essenciais para se aceitar a terceirização de serviços só ser admissível nas atividades-meio para possibilitar o fornecimento de mão de obra especializada por interposta pessoa que significasse um ganho de produtividade e de qualidade técnica na prática dessas atividades de apoio ou de auxílio à atividade essencial de cada empresa e para se organizar o setor econômico e deve ser afastada nas **atividades-fim, pois chegar-se-ia, em seu limite lógico, à possibilidade da existência de uma empresa sem empregados, que desenvolvesse todas as suas atividades apenas por meio de trabalhadores terceirizados**, desafiando o próprio conceito de empregador:

**CONSIDERANDO**, em aspectos pragmáticos, que as estatísticas confirmam que os trabalhadores que prestam serviços por empresas terceirizadas compõem 80% dos acidentados no trabalho, em vista da precária capacitação para a atividade e o insuficiente (ou ausente) fornecimento de equipamentos de proteção individual (EPI);

**CONSIDERANDO** que a possibilidade de desvincular o trabalhador da empresa beneficiária da prestação de serviços aumenta o risco de miséria, em vista do alto índice de inadimplência das empresas prestadoras de serviços terceirizados, bem como a drástica redução de direitos - menor salário, menos benefícios e maior rotatividade, uma vez que os trabalhadores contratados diretamente tem remuneração 27% superior ao trabalhador terceirizado, enquanto o



trabalhador terceirizado cumpre maior número de horas de trabalho (7, 1% a mais) e tem contrato de trabalho no mesmo local com duração 55,5% inferior (a média é de 2,6 anos para 5,8 do trabalhador direto). (RAIS, 2010, CAGED agosto 2011);

**CONSIDERANDO** que a interposição de pessoas físicas ou jurídicas entre o beneficiário do serviço e o trabalhador dificulta a fiscalização das condições de trabalho pelos órgãos públicos, aumentando a possibilidade de realização de serviços em condições análogas a de escravo;

**CONSIDERANDO** que a redução do quadro de trabalhadores diretamente contratados pela empresa interfere em mecanismos de formação e educação da mão de obra brasileira, como por exemplo no cálculo da cota de aprendizagem nas empresas, impedindo o pleno desenvolvimento das gerações futuras;

**CONSIDERANDO** que a redução do quadro de trabalhadores diretamente contratados pela empresa interfere em instrumentos de inclusão de grupos sociais mais vulneráveis, como as cotas para as pessoas com deficiência (Lei 8.213/90);

**CONSIDERANDO** a previsão legal de que, em regra, o enquadramento sindical do trabalhador obrigatoriamente se faz pela categoria preponderante da empresa e que a interposição de pessoas jurídicas diversas rompe os laços de solidariedade e impede o reconhecimento das normas coletivas do sindicato mais forte, empurrando o terceirizado a normas coletivas mais débeis, nas quais geralmente não se observa a especificidade da função e setor em que realiza suas atividades e configurando uma prática antissindical empresarial em ofensa ao artigo 1º, I, da Convenção n. 98 da OIT e artigo 8º, *caput* e II, da Constituição da República;

**CONSIDERANDO** que a terceirização de serviços aparece, nesse cenário, como um dos mecanismos de flexibilização da mão de obra, e que sua expansão para além da atividade-meio regulada na Súmula 331 do TST esbarra no núcleo essencial da empresa e pode desconstruir todo o Direito do Trabalho e a gama de direitos humanos a ele relacionados;

**CONSIDERANDO** a função institucional do Ministério Público de defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis (art. 127, *caput*, CR), bem como zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos aos direitos assegurados na Constituição, promovendo as medidas necessárias a sua garantia (art. 129, II, CR);



**O CONSELHO NACIONAL DE PROCURADORES-GERAIS DO  
MINISTÉRIO PÚBLICO, POR MEIO DE SEU GRUPO NACIONAL DE DIREITOS  
HUMANOS, VEM MANIFESTAR-SE CONTRA A TERCEIRIZAÇÃO IRRESTRITA  
(ATIVIDADE-FIM), OU SEJA, CONTRA A APROVAÇÃO DO PROJETO DE LEI DA  
CÂMARA Nº 30 /2015, DE RELATORIA DO DEPUTADO SANDRO MABEL, EM  
TRAMITAÇÃO NO SENADO FEDERAL.**

Salvador, 5 de maio de 2016.

**SENADO FEDERAL**  
SECRETARIA-GERAL DA MESA



Brasília, de outubro de 2016.

Senhor Rinaldo Reis Lima, Presidente do Conselho Nacional de Procuradores-Gerais do Ministério Público dos Estados e da União – CNPG,

Em atenção ao Ofício n. 240/2016-PRES, encaminhado a esta Secretaria-Geral pela Presidência do Senado, informo a Vossa Excelência que sua manifestação foi juntada ao processado do Projeto de Lei da Câmara nº 30, de 2015, que “Dispõe sobre os contratos de terceirização e as relações de trabalho deles decorrentes.”, conforme tramitação, disponível no endereço eletrônico <http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/120928>.

Atenciosamente,

  
Luiz Fernando Bandeira de Mello  
Secretário-Geral da Mesa

---