

INTRODUÇÃO

A presente monografia, sob o tema “A possível inconstitucionalidade da terceirização de atividade-fim”, tem por objetivo inquirir os aspetos jurídicos probatórios da possível inconstitucionalidade de legislação que viabilize a terceirização de atividade finalística na relação de emprego. Sendo assim, levanta-se como problema se a terceirização da atividade-fim, ainda que eventualmente regulamentada em lei, é inconstitucional, haja vista a não observância dos direitos sociais previstos na Constituição Federal.

A esse respeito, tem-se como metodologia a confecção de pesquisa teórico-dogmática, por se tratar de pesquisas bibliográficas, a partir das discussões e releituras meramente doutrinárias, de natureza teórica. No que tange aos setores de conhecimento, nota-se que a pesquisa em tela possui uma visão transdisciplinar, uma vez que abarca diversos ramos do direito como Direito do Trabalho e Constitucional.

Como marco teórico da monografia em epígrafe, tem-se o entendimento sustentado por Gabriela Neves Delgado e Helder Santos Amorina, qual seja:

A leitura integrada das regras constitucionais que regulam a proteção ao regime de emprego (arts. 7º a 11) e que regulam a contratação de serviços na atividade-meio (arts. 37, XXI, e art. 170, § 1º, III) conduzem à conclusão de que a terceirização, por sua repercussão restritiva ao emprego direto com o beneficiário final da mão de obra, regime este socialmente mais protegido, somente se legitima, excepcionalmente, na medida indispensável à promoção daquelas finalidades gerenciais, tornando-se ilegítima a sua prática além dessa medida, ou seja, na atividade-fim empresarial.

(...)

Essa interpretação evidencia, por fim, que a Constituição da República não deixa ao legislador infraconstitucional margem de ação para instituição ou autorização da terceirização na atividade-fim das empresas, seja em face da alta densidade de conteúdo das regras dos arts. 7º a 11 do Texto Constitucional, que conferem uma proteção constitucional específica ao trabalhador, dotada de integração à empresa e de pretensão de continuidade do vínculo de trabalho, seja em face dos princípios constitucionais que asseguram os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa como fundamento da República.¹

A partir de então, encontra-se substrato à confirmação da hipótese que, a terceirização de atividade finalística, mesmo se legalizada, é inconstitucional, pois fere

¹ DELGADO; AMORIM. Os Limites Constitucionais da Terceirização. Disponível em <<https://boitempoeditorial.files.wordpress.com/2015/04/artigo-terceirizacao-gabriela-delgado-e-helder-amorim-2014.pdf>> Acessado em 25 de maio de 2015.

os direitos sociais dos trabalhadores, os quais são direitos fundamentais previstos na Constituição Federal de 1988, além de retroagir os direitos já adquiridos, contrariando o princípio da vedação ao retrocesso.

Neste sentido, a presente monografia é dividida em três capítulos distintos. No primeiro deles, intitulado “Terceirização”, pretende-se abordar a evolução histórica da terceirização, bem como discorrer sobre as diversas formas de terceirização, além de desdobrar o Projeto de Lei 4.330/04, a fim de demonstrar sua finalidade e especificar de que maneira pretende-se regulamentar o supramencionado instituto.

Já no segundo capítulo, denominado “Direitos sociais ante à Constituição Federal de 1988”, faz-se uma análise dos direitos sociais e suas implicações face à Constituição de 1988, com enfoque nos direitos sociais trabalhistas, e ainda fomenta a importância do princípio da vedação ao retrocesso e sua aplicação no ordenamento jurídico brasileiro.

Por derradeiro, o terceiro capítulo, a saber, “Terceirização face aos direitos sociais”, encerra as discussões pretendidas ao dispor sobre ideias e fundamentos utilizados pela doutrina e pela jurisprudência, quanto aos reflexos da terceirização na relação empregatícia, demonstrar qual a relação e quais pontos o Projeto 4.330/04 são conflitante em relação aos direitos sociais previstos na Constituição, e por fim, versar acerca dos tipos de inconstitucionalidade, demonstrando qual se aplica ao Projeto de Lei 4.330/04.

CONSIDERAÇÕES CONCEITUAIS

Tendo em vista a importância da temática acerca da terceirização da atividade fim na relação de emprego é fundamental a análise de alguns conceitos centrais com o objetivo de investigar os impactos da possível regulamentação legislativa do dito instituto e, conseqüentemente, eventual inconstitucionalidade, haja vista o retrocesso de diversos direitos sociais previstos na Constituição Federal de 1988.

Nesse propósito, devem ser considerados os seguintes conceitos, dentre os quais se incluem a concepção de “terceirização”, o instituto da “atividade-fim”, a noção jurídica de “direitos sociais” e “princípio da vedação ao retrocesso”, bem como a visão doutrinária de “inconstitucionalidade”, os quais passa-se a explanar a partir de então.

O verbete terceirização é figura basilar na monografia em baila, o qual é caracterizado sob a ótica da doutrinadora Alice Monteiro de Barros, em referência a Washington Trindade, nos seguintes termos “terceirização consiste em transferir para outrem atividades consideradas secundárias, ou seja, de suporte, atendo-se a empresa à atividade principal. Assim a empresa se concentra na sua atividade-fim, transferindo as atividades-meio”².

Corroborando com essa conceituação Mauricio Godinho Delgado, aduz que terceirização:

(...) é o fenômeno pelo qual se dissocia a relação econômica de trabalho da relação justralhista que lhe seria correspondente. Por tal fenômeno insere-se o trabalhador no processo produtivo do tomador de serviços sem que se estendam a este os laços justralhistas, que se preservam fixados com uma entidade interveniente. A terceirização provoca uma relação trilateral em face da contratação de força de trabalho no mercado capitalista: o obreiro, prestador de serviços, que realiza suas atividades materiais e intelectuais junto à empresa tomadora de serviços; a empresa terceirizante que contrata esse obreiro, firmando com ele os vínculos jurídicos trabalhistas pertinentes; a empresa tomadora de serviços, que recebe a prestação de labor, mas não assume a posição clássica de empregadora desse trabalhador envolvido.³

Outrossim, faz-se necessário conceituação das atividades finalísticas, as quais não admitem terceirização no ordenamento jurídico brasileiro, pois não se encontra no rol de hipóteses passíveis de intermediação de mão-de-obra formando vínculo

² TRINDADE *apud* BARROS, 2006, p.427.

³ DELGADO, 2011, p.426.

empregatício diretamente com o tomador de serviços previsto na Súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho.

As atividades-fim são descritas por Maurício Godinho Delgado, como

(...) as funções e tarefas empresariais e laborais que se ajustam ao núcleo da dinâmica empresarial do tomador do serviço, 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.⁴

Em que pese o vil e principal argumento para criação de legislação que verse sobre terceirização das atividades nucleares das empresas, leia-se atividades-fim, seja a existência de lacuna legislativa em relação ao instituto da terceirização, há que observar os limites impostos pela Carta Magna, que embora não os façam explicitamente, impõem tais limites através da dignidade da pessoa humana, da valorização do trabalho, da busca por uma sociedade livre, justa e solidária, e da busca da promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. Além da valorização do trabalho através do enfoque no bem-estar e nas justiças sociais. Observa-se, portanto, que a consequência da terceirização em todas as esferas e sem limites, não é compatível com a ordem jurídica brasileira.

Ora, a terceirização de atividade-fim, caso seja regulamentada, divergirá do comando normativo constitucional, principalmente no que diz respeito à proteção ao regime de emprego e aos direitos sociais, os quais de acordo com André Ramos Tavares, são os direitos “que exigem do Poder Público uma atuação positiva, uma forma atuante de Estado na implementação da igualdade social dos hipossuficientes”.⁵

Continuando a esse respeito, José Afonso da Silva:

São prestações positivas proporcionadas pelo Estado direta ou indiretamente, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a igualização de situações sociais desiguais. São, portanto, direitos que se ligam ao direito de igualdade.⁶

⁴ DELGADO, 2011, p.438.

⁵ TAVARES, 2012, p.837.

⁶ SILVA, 2009, pp.286, 287.

Extraí-se do escólio dos supracitados doutrinadores que o Estado Social de Direito deve estabelecer um comportamento positivo para implementar os direitos sociais, expandindo este entendimento à atuação do legislador e ao julgador no caso de conflitos.

A partir da breve explanação sobre os direitos sociais nota-se a extrema importância destes direitos fundamentais, e para garanti-los de forma eficaz tem-se o princípio da vedação ao retrocesso, descrito por Pedro Lenza, da seguinte maneira:

O princípio da vedação ao retrocesso, isso quer dizer que, uma vez concretizado o direito, ele não poderia ser diminuído ou esvaziado, consagrando aquilo que a doutrina francesa chamou de *effet cliquet*. Entendemos que nem a lei pode retroceder, como, em igual medida, o poder de reforma, já que a Emenda Constitucional deve resguardar os direitos sociais já consagrados.⁷

No mesmo sentido, Sarlet, dispõe:

(...)a proibição de retrocesso atua como baliza para a impugnação de medidas que impliquem supressão ou restrição de direitos sociais e que possam ser compreendidas como efetiva violação de tais direitos, os quais, por sua vez, também não dispõem de uma autonomia absoluta no sistema constitucional, sendo, em boa parte e em níveis diferenciados, concretizações da própria dignidade da pessoa humana. Assim, na sua aplicação concreta, isto é, na aferição da existência, ou não, de uma violação da proibição de retrocesso, não se poderiam – como, de resto, tem evidenciado toda a produção jurisprudencial sobre o tema – dispensar critérios adicionais, como é o caso da proteção da confiança (a depender da situação, é claro), da dignidade da pessoa humana e do correlato mínimo existencial, do núcleo essencial dos direitos fundamentais sociais, da proporcionalidade, apenas para citar os mais relevantes.⁸

Não obstante, para que seja possível ingressar nesta pesquisa, deve-se analisar a palavra inconstitucionalidade, conceituada de forma sucinta por Lúcio Bittencourt, como "um estado – estado de conflito entre uma lei e a Constituição"⁹.

⁷ LENZA, 2.011, p.1089.

⁸ SARLET, 2009, p.126.

⁹ BITTENCOURT, 2010, p.132.

CAPÍTULO I – TERCEIRIZAÇÃO

No primeiro capítulo será abordado desdobramentos acerca da terceirização: evolução histórica, os tipos de terceirização e pontos essenciais do projeto de lei que visa regulamentar a terceirização de atividades finalísticas, qual seja o Projeto de Lei 4.330/04.

Portanto, preliminarmente, deve-se compreender em que consiste terceirização, definida por Vólia Bonfim Cassar como “a relação trilateral formada entre trabalhador, intermediador de mão de obra e o tomador de serviços, caracterizada pela não coincidência do empregador real com o formal”.¹⁰

Daniela Murada Reis descreve a terceirização como mecanismo adotado pelo setor empresarial para reduzir os custos de produção, acarretando em retrocessos sociais ao eliminar conquistas obreiras, ao dispor que:

Pode-se afirmar que a subcontratação e a terceirização são mecanismos próprios da Empresa Enxuta e do Estado Mínimo e tem por substrato comum a ideia de eficácia, razão instrumental aplicada à produção e ao serviço público com vistas à maximização dos resultados e minimização de custos de produção ou de gastos públicos. Para atender aos padrões de eficiência, combinam-se a especialização de atividades patronais, mediante a descentralização empresarial e a desconcentração administrativa, e precarização das condições laborais, através da utilização de figuras atípicas, flexíveis e com padrões sócio-jurídicos inferiores.¹¹

Nota-se que a terceirização é uma fórmula de gestão social, que tem tido grande impacto na redução dos ganhos do trabalho no mundo capitalista.¹²

O juiz trabalhista Grijalbo Fernandes Coutinho aduz que “a terceirização é uma escancarada fraude. O modelo trabalhista concebido para o encontro entre o capital e o trabalho é o que prestigia a realidade laboral do modo de produção capitalista”.¹³

A fim de ratificar as supramencionadas considerações, bem como entender os reflexos da terceirização é que se faz necessário estudo mais abrangente acerca do tema.

¹⁰ CASSAR, 2015, p.480.

¹¹ REIS, Terceirização e sindicatos: desafios e perspectivas. Disponível em: <http://www.alal.com.br/materia.asp?cod_noticia=6124>. Acesso em 08 de novembro de 2015.

¹² DELGADO, 2007, p.45.

¹³ COUTINHO, 2015, p.83.

1.1 EVOLUÇÃO DA TERCEIRIZAÇÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

A fim de compreender o surgimento da terceirização no Brasil, bem como sua evolução, faz-se necessária compreensão dos ciclos da economia brasileira, quais sejam: economia colonial de produtos destinados ao mercado externo e à subsistência (1500 - 1808); economia escravista cafeeira nacional (1808-1888); economia exportadora capitalista marcada pelo início do assalariamento no Brasil (1888 - 1930); industrialização restringida (1930 - 1956) e industrialização acelerada (1956 - 1961).¹⁴

Esta última fase terá maior relevância no estudo em baila, haja vista que o intuito é avaliar a exploração do trabalho, suas implicações até a atualidade, e foi justamente neste lapso temporal que a globalização evidenciou-se, e surgiu a terceirização.

Sem relegar a história do capitalismo brasileiro, mister pontuar que a acumulação de capitais é perceptível em todos os ciclos da história brasileira, a qual só foi possível mediante a exploração da força de trabalho alheia, seja através da exploração do trabalho (escravo ou servil), ou por meio do tráfico negreiro, ou ainda pela terceirização generalizada.¹⁵

É notório que a crise econômica mundial concomitante ao advento da globalização resultaram na fragilidade do mercado interno brasileiro, o qual para sobressair não vislumbrou outra alternativa a não ser a redução de custos, e o principal atingido foi o trabalhador, cujo teve seus direitos flexibilizados e outros revogados. O ideal seria, de acordo com o escólio de Vólia Bomfim Cassar, “a redução de impostos e da tributação sobre os salários, para beneficiar o empregador e pequenos empresários, aliviando o peso econômico do trabalhador sobre a empresa”.¹⁶

Ocorre que uma das estratégias encontradas foi a implantação do fenômeno da terceirização no Brasil, o qual é resultado do processo periódico, gradual e incisivo de inserção do modelo toyotista de produção do país, que se estendeu, sobretudo a

¹⁴ CARDOSO DE MELLO, 2009, p.31.

¹⁵ COUTINHO, 2015. p.102.

¹⁶ CASSAR, 2015. p.481.

partir da década de 1970, com a inserção dos “círculos de controle de qualidade” nas grandes empresas.¹⁷

Para entendermos o gênese da terceirização no toyotismo, faz-se necessária sua caracterização sob a ótica de Grijalbo Fernandes Coutinho:

O toyotismo é o modo de gestão projetado pelo engenheiro Ohno, aplicado primeiramente pela empresa Toyota, em seu processo produtivo de veículos. (...) O toyotismo desenvolve a sua produção de acordo com a demanda, com o elevado aproveitamento de tempo e eliminação de estoques. (...) prestigia o trabalho em equipe como pressuposto da multifuncionalidade ou polivalência de cada trabalhador e investe em programas de qualidade total e destina parte deste processo às empresas subcontratadas (terceirização), de quem é exigido acatamento ao padrão aplicado no interior bastante enxuto da empresa principal.¹⁸

Os impactos do toyotismo sobre as relações de trabalho são imensos. Em primeiro lugar, desaparecem paulatinamente as lideranças sindicais combativas, tanto pela cooptação dos dirigentes do sindicato por empresa, quanto pela repressão e pelo expurgo das lideranças formadas sob outra matriz ideológica. Depois disso, o caminho fica livre para o aumento da exploração da força de trabalho, com: jornadas de trabalho extenuantes; flexibilização dos processos de trabalho e dos direitos trabalhistas; controles rigorosos exercidos pelos próprios colegas de trabalho da equipe sobre o labor executado por integrante individual; terceirização intensa em todas as etapas do processo produtivo.¹⁹

Em decorrência dos reflexos causados pela terceirização, cada vez mais presente na relação empregatícia brasileira, o judiciário corroborou com a nova tendência e editou a Súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho, a fim de orientar as ditas relações e minimizar seus reflexos negativos, além de vislumbrar maior proteção aos direitos trabalhistas. Todavia, até a edição da supramencionada súmula, um longo caminho foi percorrido.

A terceirização é um fenômeno relativamente novo no Direito do Trabalho brasileiro, pois apenas nas três últimas décadas do segundo milênio ganhou concretude na relação de emprego em âmbito nacional, isto justifica o fato de a Consolidação das Leis do Trabalho, que sempre teve um pensamento avançado em relação às demais legislações, apenas mencionar duas figuras delimitadas de

¹⁷ DRUCK, 1999. p. 102.

¹⁸ COUTINHO, 2015. p.74.

¹⁹ *Ibidem*, p.76.

subcontratação de mão de obra, as quais à luz de Maurício Godinho Delgado, consistem em:

(...) empreitada e a subempreitada (art. 455), englobando também a figura da pequena empreitada (art.652, “a”, III, CLT). À época de elaboração da CLT, como se sabe (década de 1940), a terceirização não constituía fenômeno com a abrangência assumida nos últimos trinta anos do século XX, nem sequer merecia qualquer epíteto designativo especial.²⁰

Aos poucos este fenômeno foi ganhando concretude, através do artigo 10, parágrafo 7º do Decreto-Lei n.200/67, o qual visava a descentralização das atividades da Administração Pública, que assim dispõe:

Art. 10. A execução das atividades da Administração Federal deverá ser amplamente descentralizada.

(...)

§ 7º Para melhor desincumbir-se das tarefas de planejamento, coordenação, supervisão e controle e com o objetivo de impedir o crescimento desmesurado da máquina administrativa, a Administração procurará desobrigar-se da realização material de tarefas executivas, recorrendo, sempre que possível, à execução indireta, mediante contrato, desde que exista, na área, iniciativa privada suficientemente desenvolvida e capacitada a desempenhar os encargos de execução.²¹

O próximo passo foi a extensão da terceirização ao setor privado, através do advento da Lei do Trabalhador temporário, Lei n.6.019/74, e Lei 7.102/83, Lei dos Vigilantes, cuja à época de sua promulgação, limitava-se aos trabalhadores ligados à segurança bancária.

A lei n.6.019/74 permite somente contratos de curta duração (três meses com possibilidade de prorrogação por outros três meses, desde que autorizados pelo órgão competente), para atender à necessidade transitória de substituição de seu pessoal regular e permanente ou acréscimo extraordinário.²²

A terceirização era interpretada de forma restritiva e limitada às duas supracitadas leis, fato determinante para que o Tribunal Superior do Trabalho expedisse a Súmula 256, a fim de melhor regulamentar a nova relação trabalhista cada vez mais presente no cotidiano dos brasileiros, a qual continha o seguinte teor:

²⁰ DELGADO, 2015, p. 474.

²¹ BRASIL. Decreto Lei 200 de 25 de fevereiro de 1967. Dispõe sobre a organização da Administração Federal, estabelece diretrizes para a Reforma Administrativa e dá outras providências. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del0200.htm>. Acesso em 17 de novembro de 2015.

²² CASSAR, 2015, p.492.

Súmula 256 do TST. CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LEGALIDADE (cancelada) - Res. 121/2003, DJ 19, 20 e 21.11.2003
Salvo os casos de trabalho temporário e de serviço de vigilância, previstos nas Leis nºs 6.019, de 03.01.1974, e 7.102, de 20.06.1983, é ilegal a contratação de trabalhadores por empresa interposta, formando-se o vínculo empregatício diretamente com o tomador dos serviços.²³

O próximo passo foi a Constituição de 1988, que em seu art. 37, II, vedou o reconhecimento do vínculo de emprego com a Administração Pública sem a prévia aprovação em concurso público. Como diz respeito à Lei Maior, houve imediata limitação da Súmula n.256 do TST, pois a citada norma constitucional é de eficácia plena. Com isso, mesmo fora das hipóteses mencionadas na antiga Súmula n.256 do TST, ora cancelada, o vínculo não poderia se formar com a Administração Pública, salvo se o trabalhador tivesse sido contratado antes da Carta – OJ n.321 da SDI-I do TST.²⁴

Por conseguinte, tem-se a Lei 8.036/90, a qual visa igualar o empregador formal ao tomador de serviços.

Art. 15 (...)

§ 1º Entende-se por empregador a pessoa física ou a pessoa jurídica de direito privado ou de direito público, da administração pública direta, indireta ou fundacional de qualquer dos Poderes, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, que admitir trabalhadores a seu serviço, bem assim aquele que, regido por legislação especial, encontrar-se nessa condição ou figurar como fornecedor ou tomador de mão-de-obra, independente da responsabilidade solidária e/ou subsidiária a que eventualmente venha obrigar-se.²⁵

Vários foram os fatores e as modificações acerca da regulamentação da terceirização, quais sejam: globalização, crise financeira e a necessidade de redução de gastos viabilizando a competição com o mercado externo, fato que flexibilizou as relações de trabalho e conseqüentemente, fez-se necessário adequar a legislação brasileira.

²³ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Súmula n.º 256. Contrato de Prestação de Serviços. Disponível em: <http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_251_300.html#SUM-256>. Acesso em 09 de novembro de 2015.

²⁴ CASSAR, 2015. p.493.

²⁵ BRASIL. Lei 8.036 de 11 de maio de 1990. Dispõe sobre o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8036consol.htm>. Acesso em 17 de novembro de 2015.

Em virtude disto, a Súmula 256 do Tribunal Superior do Trabalho foi cancelada e criada a Súmula 331 do TST, a qual depois de algumas alterações tem o seguinte teor:

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

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

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

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

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

VI - A responsabilidade subsidiária do tomador de serviços abrange todas as verbas decorrentes da condenação referentes ao período da prestação laboral.²⁶

No que tange à Constituição Federal, embora não haja explicitamente regulamentação sobre a terceirização, a Carta Magna o faz de forma implícita através de seu conjunto normativo, quer nos princípios, quer nas regras assecuratórias da dignidade da pessoa humana, da valorização do trabalho e especialmente do emprego, da busca de construção de uma sociedade livre, justa e solidária, da busca da promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.²⁷

E continua a este respeito, Maurício Godinho Delgado:

²⁶ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Súmula n.º 331. Contrato de Prestação de Serviços. Disponível em: <http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_301_350.html#SUM-331>. Acesso em: 09 de novembro de 2015.

²⁷ DELGADO, 2015. p. 485.

A partir desse contexto principiológico e normativo é que a Constituição estabelece os princípios gerais de atividade econômica (Capítulo I do Título VII), fundando-a na valorização do trabalho e da livre iniciativa, tendo por fim asseguradas a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social (caput do art. 170). Por essa razão é que, entre esses princípios, destacam-se a função social da propriedade (art.170, VII), a busca do pleno emprego (art. 170, VIII). Na mesma linha de coerência, o Texto Máximo estabelece a disposição da ordem social (Capítulo I do Título VIII), enfatizando que esta tem como base o primado do trabalho, e como objetivo o bem-estar e a justiça social (art. 193).²⁸

Nota-se que a terceirização sem limites ultrapassa a intransponível barreira do comando normativo constitucional, principalmente no que diz respeito à proteção ao regime de emprego e aos direitos sociais.²⁹

1.2 FORMAS DE TERCEIRIZAÇÃO

A terceirização pode ser classificada de diversas formas, quais sejam:

a) Terceirização temporária ou permanente:

A terceirização permanente é a que pode ser contratada de forma contínua, para a necessidade permanente da empresa, como é o caso dos vigilantes (Lei n.7.012/83), por exemplo. No que tange à terceirização temporária, esta é adotada por um curto período, para atender uma demanda eventual, transitória.³⁰ As situações especificadas na Lei 6.019/74 são exemplos de terceirização temporária, trata-se de situações transitórias de substituição de pessoal regular e permanente da empresa tomadora ou de necessidade resultante de acréscimo extraordinário de serviços de determinada empresa.

b) Terceirização de atividade-fim ou de atividade-meio:

De acordo com Maurício Godinho Delgado, as atividades-meio:

(...) são aquelas funções e tarefas empresariais e laborais que não se ajustam ao núcleo da dinâmica empresarial do tomador de serviços, nem compõe a essência dessa dinâmica ou contribuem para 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 5.645, de 1970: "transporte, conservação, custódia, operação de elevadores, limpeza e outras assemelhadas". São também outras atividades meramente instrumentais, de

²⁸ DELGADO, 2015. p. 485.

²⁹ TAVARES, 2012, p. 837.

³⁰ CASSAR, 2015. p.484.

estrito apoio logístico ao empreendimento (serviço de alimentação aos empregados do estabelecimento, etc.).³¹

Já as atividades-fim contrapõem o conceito de atividades-meio, ao serem definidas como as funções e tarefas empresariais e laborais que se ajustam ao núcleo da dinâmica empresarial do tomador de serviços. Consistem em atividades nucleares e definitórias da essência da dinâmica empresarial do tomador dos serviços.³²

Há esta preocupação no que tange à divisão entre atividade-fim e atividade-meio no ordenamento jurídico brasileiro, pois a terceirização de atividades relacionadas à atividade-fim coisifica o trabalho humano, pois permitirá a subcontratação de serviços e não mais de pessoas.

Ademais, a Súmula 331 do TST, prevê somente a possibilidade de terceirização de atividades-meio, sendo possível terceirizar, excepcionalmente, serviços ligados à atividade-fim do tomador, como, por exemplo, para substituição de pessoal regular e permanente ou para acréscimo extraordinário de serviço, na forma prevista na Lei n.6.019/74.

De tal modo que, se o engenheiro chefe da empresa de engenharia saiu de férias, outro engenheiro poderá ser terceirizado, através de uma empresa que forneça mão-de-obra temporária, para substituir o titular durante suas férias. Também é possível terceirizar as atividades inerentes, como nos casos do art. 455 da CLT, e nas hipóteses previstas na Lei n.8.987/95 e na Lei n.9.472/97. Entende-se por atividade inerente aquela que é conexa e vinculada à atividade-fim e com ela pode ser confundida.³³

Em caráter excepcional a administração pública poderá terceirizar serviços relacionados à sua atividade-fim, quando, por exemplo, houver urgência na concessão dos serviços e não existir tempo hábil para aguardar a criação de nova lei para regulamentar a criação de novas vagas.

Nota-se que a terceirização de atividades finalísticas somente é admitida de forma insólita.

c) Terceirização voluntária ou obrigatória:

A terceirização obrigatória, de acordo com Vólia Bomfim Cassar, “é a terceirização que a lei impõe a contratação do trabalhador por interposta pessoa. Isto

³¹ DELGADO, 2015. p. 489.

³² *Ibidem*.

³³ CASSAR, 2015. p.485.

ocorrerá toda vez que o tomador não puder, por imposição legal, contratar diretamente o trabalhador.”³⁴

Ocorrerá a terceirização obrigatória, por exemplo, quando se tratar de serviço de vigilância armada, conforme dispõe a Lei 7.102/83.

De acordo com o artigo 3º da antedita lei a vigilância ostensiva e o transporte de valores só poderão ser executados por empresa especializada contratada ou pelo próprio estabelecimento financeiro.

Desta forma, só podem contratar diretamente vigilantes, sem terceirizar, as seguintes empresas: a) empresas especializadas; b) empresas possuidoras de serviços orgânicos de segurança; c) instituições financeiras.³⁵

Já as voluntárias, são aquelas que o empregador escolhe, se deseja ou não terceirizar.

d) Terceirização regular e terceirização irregular:

A regular é a terceirização de mão de obra ligada à atividade-meio, quando ausentes os requisitos do vínculo de emprego entre o trabalhador e o tomador, ou quando a Administração Pública contratar por licitação em caso de necessidade, desde que não seja em fraude ao concurso público.³⁶

A terceirização irregular é aquela que viola os princípios básicos do Direito de Trabalho e os princípios constitucionais, como é o caso da terceirização de atividade-fim, por exemplo.

1.3 PROJETO DE LEI 4.330/04

Visando regulamentar os contratos de terceirização e as relações de trabalho deles decorrentes, e objetivando a criação de lei infraconstitucional para normatizar uma terceirização sem freio ou peias, em 22 de abril de 2015 foi aprovado pela Câmara dos Deputados o Projeto de Lei 4.330/04, de autoria do deputado Sandro Mabel, e encaminhado para votação no Senado Federal do Brasil.

O dito projeto surgiu através de inúmeras manifestações das corporações empresariais objetivando, principalmente, conforme dispõe o artigo 2º, I a

³⁴ CASSAR, 2015, p.487.

³⁵ *Ibidem.*

³⁶ *Ibidem.*

terceirização de um modo geral, leia-se terceirização das atividades finalísticas, contrariando os limites impostos pela Súmula 331 do TST.

Ocorre que as disposições aparentemente protetoras da execução do contrato de prestação de serviços firmado entre empresas refletirão de modo que não apenas se perpetuem e se aprofundem as condições degradantes hoje oferecidas aos trabalhadores terceirizados, como também que essas condições sejam estendidas ao grande grupo que irá fatalmente se incorporar no rol de terceirizados, aumentando assim, os níveis de proletariedade social, precariedade salarial, bem como a fragmentação da classe trabalhadora em sua ação política, sindical e partidária.³⁷

Ainda sob o entendimento de Grijalbo Fernandes Coutinho, a regulamentação da terceirização de atividade-fim, da forma visada no Projeto de Lei 4.330/04, trará como consequência:

Humilhações, mortes, adoecimentos, desemprego, violação dos direitos imateriais, segregação, trabalho precário e degradante, trabalho análogo ao de escravo e outras mazelas sociais serão intensificadas em um grau tão elevado que os integrantes das instituições públicas da regulação e proteção do trabalho logo constatarão a sua absoluta inutilidade para fazer valer a justiça social inscrita como compromisso fundamental da Constituição de 1988.

(...)

Valorização do trabalho como princípio fundante da República, respeito à dignidade humana do trabalhador, necessidade da existência de ambiente saudável do trabalho, combate a qualquer tipo de trabalho degradante, função social da propriedade, livre iniciativa respeitando o primado do trabalho, entre tantos outros princípios e dispositivos previstos na Constituição Federal de 1988, far-se-ão tão eficazes quanto os direitos humanos civis clássicos durante a ditadura militar de 1964-1985.³⁸

Outrossim, face aos desdobramentos negativos e à vasta experiência em análise de milhares de processos referentes à terceirização, a maioria dos ministros do Tribunal Superior do Trabalho encaminharam ao presidente da Comissão de Constituição e Justiça da Câmara dos Deputados, órgão em que a matéria aguardava apreciação naquele momento, um ofício³⁹ alertando sobre os riscos do Projeto de Lei 4.330/04.

Por esses e outros motivos é que a sociedade civil reagiu em desfavor do Projeto de Lei n.4.330/04, razão pela qual o mesmo ainda não foi convertido em lei, pois foram diversos os atos contrários à sua aprovação, desde o seu nascedouro, até

³⁷ COUTINHO, 2015. p.238.

³⁸ *Ibidem*, p.274.

³⁹ O inteiro teor do ofício consta no Anexo II desta monografia.

a atual situação em que se encontra, qual seja: aguardando apreciação pelo Senado Nacional.

CAPÍTULO II – DIREITOS SOCIAIS TRABALHISTAS ANTE À CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Neste capítulo será demonstrada a importância dos direitos sociais trabalhistas face à Constituição Federal de 1988, pois o caráter fundamental dos direitos sociais dos trabalhadores, previstos nos artigos 7º a 11 da Constituição, lhes garante uma dignidade especial no sistema jurídico, tanto no aspecto formal, quanto no material.

No aspecto formal, Gabriel Neves Delgado e Helder Santos Amorina afirmam que:

(...) o caráter fundamental decorre da constitucionalização dos direitos, nas seguintes dimensões: a) as normas de direito fundamental têm superior hierarquia em relação as demais normas do sistema jurídico; b) estão submetidas aos limites formais e materiais de revisão e de emenda constitucional, previstos no art. 60, §4º, da Constituição; e c) em face do §1º do art.5º da Constituição, têm aplicabilidade imediata e vinculam todos os poderes públicos.⁴⁰

Por sua vez, no aspecto material, “o caráter fundamental relacionado à correspondência entre os direitos fundamentais dos trabalhadores e o núcleo de valores que informa a Constituição.”⁴¹

Portanto, preliminarmente deve-se conceituar direitos sociais, a fim de evidenciar que os mesmos são fundamentos da República Federativa do Brasil.

Face à tamanha significação dos direitos sociais trabalhistas, não só para o ordenamento jurídico brasileiro, mas sim para todos os cidadãos, vê-se a necessidade de garantir efetivamente que tais direitos não sejam revogados, tampouco esvaziados, e é nesse momento que surge o princípio da vedação ao retrocesso social.

O referido princípio será objeto de análise, a partir da sua conceituação, explanação acerca de sua relevância e aplicabilidade na jurisprudência nacional.

2.1 – DIREITOS SOCIAIS TRABALHISTAS

Preliminarmente ao estudo dos direitos sociais trabalhistas, faz-se necessário prévio entendimento acerca dos direitos sociais, os quais foram inseridos no ordenamento jurídico brasileiro em um momento de crise provocada pelo

⁴⁰ DELGADO, 2015, p.113.

⁴¹ *Ibidem*.

desenvolvimento exacerbado do processo de industrialização, no auge do capitalismo, com privilégio aos ganhos do capital, quando o único objetivo era o lucro e com isso foram descumpridas as promessas de desenvolvimento social. Logo, percebeu-se que a mera consagração constitucional de direitos formais de igualdade e liberdade era insuficiente, resultando na elevação dos direitos sociais ao patamar de direitos fundamentais, conferindo o caráter de cláusula pétrea que lhes garante a imutabilidade, bem como a sua aplicabilidade imediata.

Pedro Lenza define os direitos sociais como:

direitos de segunda dimensão, apresentam-se como prestações positivas a serem implementadas pelo Estado (Social de Direito) e tendem a concretizar a perspectiva de uma isonomia substancial e social na busca de melhores e adequadas condições de vida, estando ainda consagrados como fundamentos da República Federativa do Brasil (art. 1º, IV, da CF/88).⁴²

Nota-se que os direitos sociais abrangem não apenas direitos de cunho positivo, consubstanciados em uma prestação pelo Poder Público, mas, também, as liberdades sociais, que exigem do Estado uma abstenção e atuação, tais como o livre exercício do direito de greve, a liberdade de associação e sindicalização, além de direitos subjetivos trabalhistas individuais, como o direito ao salário mínimo, ao repouso semanal remunerado, limitação da carga horária, pagamento adicional para o trabalho despendido em condições que coloquem em risco a saúde do trabalhador, dentre outros.⁴³

Logo, políticas públicas de fomento ao emprego, acesso aos serviços de saúde, à moradia e à educação, por exemplo, não se constituem como ações estatais filantrópicas, faculdades de agir, mas deveres comissivos que são impostos ao poder público pela necessidade de proporcionar condições dignas de vida a todos os cidadãos.

A Constituição Federal de 1988 lastreia-se entre outros fundamentos da República Federativa do Brasil, na dignidade da pessoa humana e no valor social do trabalho. A ordem econômica prestigiada pela garantia do exercício da livre iniciativa encontra-se vinculada ao desenvolvimento dos pressupostos de respeito à classe trabalhadora como segmento social a merecer proteção do poder público contra a

⁴² LENZA, 2.011, p.1076.

⁴³ SARLET. Disponível em: <www.direitopublico.com.br/pdf/REVISTA-DIALOGO-JURIDICO-01-2001-INGO-SARLET.pdf>. Acesso em 01 de novembro de 2015.

voracidade do sistema capitalista, na valorização do trabalho humano, defesa do meio ambiente, incluindo o meio ambiente de trabalho, redução das desigualdades regionais e sociais, busca e função social da propriedade.⁴⁴

Mister salientar, em que pese a livre iniciativa seja um dos pilares dos direitos sociais trabalhistas, esta precisa fundamentalmente respeitar a força de trabalho utilizada para a consecução dos seus objetivos nucleares. O exercício da livre iniciativa demanda estrito cumprimento dos princípios e normas constitucionais protetores do valor trabalho humano, com fulcro nos direitos sociais trabalhistas, sob pena de flagrante inconstitucionalidade.

Destarte, todos os direitos assegurados pelo ordenamento jurídico somente podem ter sua leitura efetuada a partir da consideração da pessoa humana como fim primeiro e último da atuação estatal, restando o ente político como instrumento de garantia e promoção dos direitos fundamentais da pessoa humana.

A inscrição da dignidade humana como princípio basilar do ordenamento constitucional imputa ao Estado o dever de impedir que ações de terceiros atentem contra a dignidade da pessoa humana.

Dentre os diversos direitos sociais previstos à luz do artigo 6º da Carta Magna, tem-se os direitos sociais trabalhistas, importante instrumento para implementar e assegurar a todos uma existência digna conforme estabelece o art. 170, *caput*. Fundando-se na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa.

Os direitos sociais trabalhistas surgiram a partir de uma notória exploração do trabalhador, ferido em sua condição de ser humano digno, pelo que Daniel Sarmiento salienta que

se o Direito Civil, com absoluta desconsideração dos fatos reais, presumia a igualdade entre as partes contratantes- patrão e empregado- e, por isso, na sua crônica cegueira, confiava na autonomia da vontade, não intervindo, senão excepcionalmente, nas relações laborais, **o Direito do Trabalho vai evoluir para o reconhecimento do brutal desequilíbrio entre estas partes, para assim assumir a tarefa de proteção do empregado diante do empregador**, ampliando as normas cogentes e restringindo a liberdade contratual. (grifos nossos)⁴⁵

A partir dessa premissa, conclui-se que os direitos sociais trabalhistas devem ser respeitados, sobretudo levando em consideração as discrepâncias de condições

⁴⁴ COUTINHO, 2015. p.222.

⁴⁵ SARMENTO, 2004, p.70.

socioeconômicas existentes entre as partes envolvidas nas relações laborativas, sabendo-se que o trabalhador figura no polo mais fragilizado desta relação.

Se considerarmos que a dignidade humana constitui-se eixo axiológico dos direitos sociais, e do trabalho humano, é possível estabelecer que qualquer espécie de trabalho que coisifique o homem, o instrumentalize, ou em ambiente não saudáveis, descaracterizando sua condição de pessoa, é vedado pelo ordenamento jurídico.

Somente o trabalho exercido em condições dignas pode ser considerado como capaz de construir a identidade social do trabalhador, promovendo o desenvolvimento da sua personalidade, razão pela qual, existem alguns direitos que são de indisponibilidade absoluta, por se constituírem em um patamar mínimo necessário para a preservação da dignidade do trabalhador.

Segundo Maurício Godinho Delgado, os direitos trabalhistas de indisponibilidade absoluta estão estabelecidos em três grandes eixos jurídicos, quais sejam:

- direitos trabalhistas de amplitude universal constantes de tratados e convenções internacionais ratificadas pelo nosso país;
- direitos trabalhistas previstos na Constituição Federal;
- direitos trabalhistas constantes de normas infraconstitucionais, tais como a Consolidação das Leis Trabalhistas e leis esparsas que tratam sobre saúde e segurança no trabalho, proteção contra acidentes de trabalho, dentre outras.⁴⁶

Nota-se que diversos são os direitos assegurados aos trabalhadores, vislumbrando o mínimo necessário para desempenho das atividades laborativas, e buscando minimizar a hipossuficiência do trabalhador na relação de emprego. E uma vez que os direitos sociais trabalhistas são classificados como direitos fundamentais, para qualquer eventual regulamentação de normas infraconstitucionais ou atuações jurisdicionais estes direitos devem ser observados, objetivando impedir atos lesivos a qualquer deles, e conseqüentemente criação de normas inconstitucionais.

2.2 PRINCÍPIO DA VEDAÇÃO AO RETROCESSO SOCIAL

Como já foi abordado anteriormente, os direitos sociais trabalhistas são uma espécie de direitos fundamentais, os quais gozam de uma prerrogativa peculiar: a proibição ao retrocesso. Ou seja, entende-se ser impossível suprimir direitos sociais

⁴⁶ DELGADO, 2005, p.1321.

de carácter positivos que foram outorgados por norma constitucional. Nenhuma norma superveniente poderá diminuir ou esvaziar os direitos sociais, em especial os trabalhistas, previamente adquiridos.

Corroborando a este entendimento, Flávia Piovesan sustenta que os direitos sociais, por serem direitos constitucionais fundamentais, “são direitos intangíveis e irredutíveis, sendo providos de garantia da suprema rigidez, o que torna inconstitucional qualquer ato que tenda a restringi-los ou aboli-los.”⁴⁷

No mesmo sentido, Pedro Lenza aduz que:

(...) dentro de uma realidade de Estado Social de Direito, estabelece-se um comportamento positivo para a implementação dos direitos sociais, irradiando essa orientação para a condução de políticas públicas, para a atuação do legislador e para o julgador no caso de solução de conflitos.

(...)

Ainda, dentro desse contexto, deve ser observado o princípio da vedação ao retrocesso, isso quer dizer, uma vez concretizado o direito, ele não poderia ser diminuído ou esvaziado, consagrando aquilo que a doutrina francesa chamou de *effet cliquet*.

Entendemos que nem a lei poderá retroceder, como em igual medida, o poder de reforma, já que a emenda à Constituição deve resguardar os direitos sociais já consagrados.⁴⁸

A proibição ao retrocesso social implica no reconhecimento da inconstitucionalidade não apenas quando se cuida de revogação da lei, mas também quando há uma afronta legislativa ao conteúdo do direito fundamental social concretizado pelo legislador.⁴⁹

Em um país em que entre os diversos efeitos da crise e da globalização econômica, há vestígios de seus reflexos nos direitos sociais trabalhistas, no que tange à disseminação de políticas de flexibilização e até mesmo supressão de garantias dos trabalhadores, redução dos níveis de prestação social, aumento desproporcional de contribuições sociais por parte dos participantes do sistema de proteção social, incremento da exclusão social e das desigualdades, fatos que exigem uma espécie de regulamentação visando a garantia destes direitos, daí pode-se extrair a necessidade do princípio da vedação ao retrocesso social.

Ao tratar do princípio em baila, o autor Ingo Wolfgang Sarlet correlaciona-o ao direito fundamental da segurança jurídica, e de forma mais específica ao direito à

⁴⁷ PIOVESAN, 2000, p. 75.

⁴⁸ LENZA, 2.011, p.251.

⁴⁹ CARVALHO, 2.012, p. 805.

segurança social, garantidores de uma vida com dignidade. Aduz ainda que a segurança jurídica ao ser classificada com direito fundamental, expresso na Magna Carta, em sua parte preambular, além de incluí-la no rol de direitos fundamentais no caput do art. 5º é essencial à manutenção da dignidade da pessoa humana, ao dispor que

(...) não restará suficientemente respeitada e protegida em todo o lugar onde as pessoas estejam sendo atingidas por um tal nível de instabilidade jurídica que não estejam em condições de, com um mínimo de segurança e tranquilidade, confiar nas instituições sociais e estatais (incluindo o Direito) e numa certa estabilidade das suas próprias posições jurídicas.⁵⁰

Partindo do pressuposto que o princípio da proibição do retrocesso social está fundado na segurança jurídica, a fim de garantir a dignidade da pessoa humana e em função disto, propõe-se à construção de uma sociedade mais justa, buscando diminuir as desigualdades sociais, com enfoque nas trabalhistas, percebe-se que a efetividade desta teoria só tornar-se-á possível por tratar-se de direitos fundamentais sociais, já consolidados pelo legislador constitucional ou infraconstitucional, por não serem passíveis de reversão sem a criação de outros direitos socialmente equivalentes ou compensatórios.

O princípio em tela é considerado um princípio constitucional implícito, inerente ao Estado Democrático de Direito, sobretudo por ter o constituinte elevado os direitos sociais na Constituição de 1988 à condição de direitos fundamentais dotados de eficácia, e com expressa previsão de sua aplicabilidade imediata, nos termos do art. 5º, § 1º.

Para Ingo Wolfgang Sarlet, o princípio da proibição do retrocesso social está implícito no sistema constitucional, em função dos seguintes princípios:

- a - do princípio do estado democrático e social de Direito, que impõe um patamar mínimo de segurança jurídica, o qual necessariamente abrange a proteção de confiança e a manutenção de um nível mínimo de continuidade da ordem jurídica, além de uma segurança contra medidas retroativas e, pelo menos em certa medida, atos de cunho retrocessivo de um modo geral;
- b - do princípio da dignidade da pessoa humana que, exigindo a satisfação por meio de prestações positivas (e, portanto, de direitos fundamentais sociais) - de uma existência condigna para todos, tem como efeito, na sua perspectiva negativa, a inviabilidade de medidas que fiquem aquém deste patamar;
- c - do princípio da máxima eficácia e efetividade das normas definidoras de direitos fundamentais, contido no artigo 5º, parágrafo 1º, e que

⁵⁰ SARLET, 2004. p.304.

necessariamente abrange também a maximização da proteção dos direitos fundamentais.⁵¹

Também é possível extrair o princípio da proibição ao retrocesso social a partir do art. 7º da Constituição Federal de 1998, o qual estabelece como direitos dos trabalhadores aqueles elencados em seus incisos, “além de outros que visem à melhoria da sua condição social”, ou seja, impossibilita a admissão de emendas constitucionais ou normas infraconstitucionais que tendem a diminuir ou neutralizar direitos trabalhistas já alcançados ou ainda que impeçam o trabalhador de condições de vida mais dignas.

Outrossim, o dito princípio encontra-se implicitamente na redação do art. 114 do texto constitucional ao dispor que o estabelecimento de normas coletivas de trabalho, prevê, na parte final do seu parágrafo segundo, que o Poder Judiciário, quando suscitado a solucionar conflito coletivo de trabalho, deverá decidir “respeitadas as disposições legais mínimas de proteção ao trabalho, bem como as convencionadas anteriormente.”

A partir da elevação dos direitos sociais ao patamar de direitos fundamentais é que ocorreu o surgimento no âmbito jurídico do princípio da proibição do retrocesso social.

Uma das primeiras construções jurisprudenciais, em âmbito nacional do princípio da proibição do retrocesso social foi a decisão proferida na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.065-DF, em ação promovida pelo Partido Democrático Trabalhista, na qual arguia a constitucionalidade de Medida Provisória que extinguiu o Conselho Nacional de Seguridade Social e os Conselhos Estaduais e Municipais de Previdência Social, através do voto vencido do Ministro Sepúlveda Pertence, ao admitir a inconstitucionalidade de lei que simplesmente revogava lei anterior necessária à eficácia plena de norma constitucional que estabelece direito fundamental social, ao dispor que no sistema constitucional brasileiro, se o poder legiferante

editou lei integrativa necessária à plenitude de eficácia, pode subsequentemente o legislador, no âmbito de sua liberdade de conformação, ditar outra disciplina legal igualmente integrativa de preceito constitucional programático ou de eficácia limitada; **mas não pode retroceder sem violar a Constituição ao momento anterior de paralisia** de sua efetividade pela

⁵¹ SARLET, 2006, p.449.

ausência da complementação legislativa ordinária reclamada para implementação efetiva de uma norma constitucional.⁵² (grifos nossos)

Percebe-se que cada vez está mais presente na doutrina e jurisprudência brasileira o reconhecimento da importância e da necessidade do princípio da vedação ao retrocesso para manutenção dos direitos sociais. É possível concluir isso, através de diversas decisões do Tribunal Superior do Trabalho, dentre as quais, destacam-se as seguintes passagens de alguns acórdãos:

[...] Assim, tem-se que a complementação de aposentadoria instituída pelo banco-réu está submetida às regras de previdência privada, mas deve observância a princípios próprios do regime geral, como o da irredutibilidade do valor dos benefícios (inciso IV do parágrafo único do art. 194 da CF). Os princípios são normas do ordenamento jurídico que têm aplicação, por meio de ponderação, na criação da norma concreta (provimento jurisdicional). **O princípio em foco - irredutibilidade do valor dos benefícios previdenciários - instrumentaliza os princípios da progressão do direito social (aí incluído o direito do trabalho e o direito previdenciário), implícito no texto constitucional, bem como o princípio da vedação ao retrocesso social, em última análise. A imanência deste princípio constitucional.**⁵³(Grifo nosso).

[...] Sem dúvida, nos meses em que o reclamante laborou em horários de trabalho alternados, tem direito à jornada especial de seis horas, por ser visível que o trabalho em tais condições acarreta maior desgaste de energias e, em consequência, natural debilitação da saúde do empregado, além de evidente prejuízo às suas convivências familiar e social, pois que a programação das atividades de sua vida privada e social ficam condicionadas à sua peculiar situação profissional. Pasmem-se a assertiva da reclamada em razões recursais, onde **constata-se friamente a sujeição do trabalhador ao trabalho, quando afirma que mesmo que se admita a tese- de que a mudança de horário pudesse causar algum dano ao obreiro, necessária seria eis que deve se possibilitar a prestação do referido serviço. Tal concepção afronta a princípios constitucionais e humanos, acenando com o violento capitalismo dominando as relações, onde a proteção ao hipossuficiente desaparece, dando lugar ao retrocesso social.**⁵⁴ (Grifo nosso).

⁵² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.065 - DF. Relator para o acórdão Min. Maurício Corrêa. Diário da Justiça, Brasília, DF, 04 jun. 2004. Disponível em: <http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/780450/acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-2065-df/inteiro-teor-100496590>. Acesso em 19 de outubro de 2015.

⁵³ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Processo: RR - 1235/2004-028-04-00.4. Data de Julgamento: 24/06/2009. Relator Ministro: Aloysio Corrêa da Veiga, 6ª Turma. Data de Divulgação: DEJT 31 jul. 2009. Disponível em: <https://aplicacao.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiro>>. Acesso em 19 de outubro de 2015.

⁵⁴ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Processo: RR - 1274/1996-022-09-00.5 Data de Julgamento: 27/05/2009. Relator Ministro: Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira, 3ª Turma. Data de Divulgação: DEJT 19/06/2009. Disponível em: <https://aplicacao.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiro>>. Acesso em 21 de outubro de 2015.

Extrai-se que o judiciário tem utilizado o princípio da vedação ao retrocesso, como mecanismo para garantir os direitos sociais, vislumbrando uma sociedade mais justa, com fundamento no valor da dignidade da pessoa. Corroborando a esta afirmação, nota-se que os Tribunais Regionais do Trabalho são bastante adeptos ao princípio, como é possível observar ao teor desta ementa:

EMENTA: DANO MORAL - CASTIGO IMPOSTO EM RAZÃO DO NÃO CUMPRIMENTO DE METAS DE VENDAS - SITUAÇÃO DEGRADANTE E VEXATÓRIA. A ordem jurídica tutela de forma contundente a honra e a imagem das pessoas (art. 5o., X, da CR/88), sendo que o Novo Código Civil destinou um capítulo aos direitos da personalidade (arts. 11 a 21), assinalando a tendência moderna de sua preservação e reforçando a obrigação do magistrado acerca das punições que devem advir das violações ocorridas. Além disso, a proteção do meio ambiente do trabalho também tem cunho constitucional (art. 200, VIII), e é obrigação do empregador velar para que ele seja saudável e próprio às atividades desenvolvidas (art. 157/CLT). No caso em exame torna-se irrelevante o fato de as situações descritas (fazer flexões e vestir-se de mulher usando saia e batom), serem ou não determinadas pelos superiores hierárquicos da ré (o que restou afirmado por duas testemunhas), mas o foco da questão é que a empresa permitia que ocorressem, e deu a entender que o fazia porque lhe eram lucrativas, já que estimulavam o cumprimento das metas de vendas. A conduta da reclamada é extremamente reprovável, levando-se em conta que o empregador detém o poder diretivo e disciplinar na relação de emprego, sendo responsável objetivamente pelos atos praticados por seus empregados (art. 932, III, do Código Civil de 2002 e Súmula 341 do STF), não podendo sequer permitir que a prática de atos constrangedores ocorresse em suas dependências. **Os objetivos da empresa não podem ser atingidos à custa do sofrimento e tratamento degradante de seus empregados, num Estado Democrático de Direito que tem como fundamentos a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho (arts. 1o, III e IV, 6o, 170, 'caput', e 193 da CR/88).** Castigar ou permitir que seja castigado o empregado (pois este é o termo utilizado pelas testemunhas: castigo) **representa um retrocesso inaceitável no processo de melhoria das relações de trabalho, mais se assemelhando às circunstâncias típicas do trabalho servil ou até mesmo escravo, em que a sujeição do trabalhador não se resume às ordens atinentes à atividade da empresa, mas ultrapassa os limites da objetividade para atingir o íntimo da pessoa, com inevitáveis repercussões de cunho emocional e social.**⁵⁵ (grifos nossos)

É inegável que o princípio da vedação ao retrocesso social vem ganhando significativa ascensão na jurisprudência nacional e em especial na jurisprudência trabalhista, pois constitui um processo de construção positiva de defesa do núcleo essencial dos direitos sociais trabalhistas, impondo limites ao legislador na dignidade

⁵⁵ Id. Número único processo: RO - 01490-2003-002-03-00-9.TURMA: Terceira Turma do TRT 3ª Região. Diário da Justiça, Minas Gerais, 28 fev. 2004, p. 07. Disponível em: <<http://www.tst.jus.br/iframe.php?url=http://www.tst.jus.br/jurisprudencia/brs/juni.html>>. Acesso em 22 de outubro de 2015.

da pessoa humana e nos princípios e fins constitucionais de uma ordem pluralista e democrática.

CAPÍTULO III – TERCEIRIZAÇÃO FACE AOS DIREITOS SOCIAIS

Neste derradeiro capítulo, será abordada a terceirização face aos direitos sociais, e para viabilizar este estudo far-se-á previamente necessário apontarmos os reflexos da terceirização na relação laboral brasileira, a fim de demonstrar como este fenômeno é nocivo aos trabalhadores, mesmo que respeitando os limites impostos pela legislação, viabilizando um paralelo, para, caso seja regulamentada a terceirização de atividade-fim, vislumbrarmos as possíveis consequências.

O Projeto de Lei 4.330/04 também será trazido à baila, pois atualmente é através dele que se tem pleiteado a terceirização em qualquer das atividades contratadas. Ademais, será analisado, caso seja aprovado com atual redação, se o mesmo tornar-se-á inconstitucional, haja vista o retrocesso social de determinados direitos, os quais serão pormenorizados a seguir.

Finalizaremos com enfoque nos tipos de inconstitucionalidade, relacionando com a possível inconstitucionalidade, caso seja aprovado com atual redação, do Projeto de Lei 4.330/04.

3.1 – REFLEXOS DA TERCEIRIZAÇÃO NA RELAÇÃO EMPREGATÍCIA

Como já abordado anteriormente, a terceirização no Brasil, diferente do que aconteceu em outros países, não vislumbrou a qualificação do produto, mas essencialmente assegurar a própria sobrevivência empresarial, em um contexto de crise econômica e desleal competição internacional, vinculada à inserção da economia nacional à globalização.

Fato é que a terceirização encontrou no Brasil cenário bastante acolhedor, pois de acordo com dados reproduzidos pelo Departamento Intersindical de Estatística e Estudos Socioeconômicos em pareceria com a Central Única dos Trabalhadores, na atualidade os trabalhadores terceirizados perfazem cerca de 25,5% do mercado formal de trabalho no Brasil, isto sem considerar os inúmeros trabalhadores que estão na informalidade.⁵⁶

⁵⁶ Terceirização e desenvolvimento: uma conta que não fecha. Dossiê sobre o impacto da terceirização sobre os trabalhadores e propostas para garantir a igualdade dos direitos. São Paulo: DIEESSE/CUT, set. 2011. Disponível em: <<http://www.sinttel.org.br/downloads/dossie-terceirizacao-cut.pdf>>. Acesso em 09 de novembro de 2015, p.5.

Os referidos dados ainda demonstram que são as “populações mais vulneráveis do mercado de trabalho”, com destaque para mulheres, negros, jovens, migrantes e imigrantes, que preenchem o maior contingente de empregos terceirizados no mercado de trabalho brasileiro.⁵⁷

Esta parcela da população, em regra geral, submete-se a trabalhos precários, sem todas as garantias que lhes são cabíveis, por falta de opção e para garantir seu sustento. Fato que corrobora à expansão da terceirização nas relações empregatícias brasileiras.

Além destes fatores, que por si só já indicam certa vulnerabilidade aos empregados terceirizados, para compreender os reflexos da terceirização deve-se explaná-los concomitantemente aos limites impostos pelo ordenamento jurídico pátrio.

Conforme dito no primeiro capítulo da monografia em baila, o Tribunal Superior do Trabalho ao editar a Súmula 331 visa equilibrar os limites constitucionais e a terceirização ao retratar

(...) o pacto compromissório constitucional entre capital e trabalho. Assim a **Súmula n.331 compatibilizou a liberdade de contratação da terceirização nas atividades-meio com a preservação da função social na empresa em manejar o trabalho**, como fator de produção, em suas atividades essenciais, as atividades-fim, preservando nesse núcleo essencial da empresa o espaço indispensável à contratação direta de trabalhadores.⁵⁸ (grifos nossos)

Percebe-se que a jurisprudência trabalhista, visando não ultrapassar a barreira intransponível da Magna Carta, firmou o entendimento majoritário sobre a invalidade dos contratos de terceirização das atividades finalísticas, pois tal prática é compreendida como fraude contra aplicação das normas imperativas de proteção ao trabalhador, equiparável à comercialização de mão de obra.⁵⁹

Ademais, diversos juslaboralistas brasileiros ratificam tal posicionamento, pois são capazes de enxergarem os desdobramentos negativos da terceirização.

Grijalbo Fernandes Coutinho é categórico ao afirmar que:

a terceirização rompe as barreiras de conteúdo civilizatório conquistadas na democracia burguesa após secular luta obreira por transformações e direitos

⁵⁷ Terceirização e desenvolvimento: uma conta que não fecha. Dossiê sobre o impacto da terceirização sobre os trabalhadores e propostas para garantir a igualdade dos direitos. Disponível em: <<http://www.sinttel.org.br/downloads/dossie-terceirizacao-cut.pdf>>. Acesso em 09 de novembro de 2015, p.8.

⁵⁸ DELGADO; AMORIM, 2015, p.32.

⁵⁹ *Ibidem*.

sociais de natureza trabalhista capazes de afastar o mundo do trabalho indigno do século XIX. Com a terceirização, a mão de obra não é mais a única mercadoria a ser comprada. Negociações civis entre grandes empresas e seus apêndices transformam os trabalhadores dos conglomerados econômicos em empregados dos prepostos patronais, estabelecidos, por via de regra, precariamente em uma evidente farsa, sociológica e jurídica.⁶⁰

Ratificando este entendimento, Reginaldo Melhado exemplifica que:

‘Se antes os bancos entregavam a terceiros prosaicas tarefas de limpeza, impressão de talonário e transporte de numerário’ – descrevia um jornal brasileiro tempos atrás – ‘agora vão além: contratam empresas especializadas em serviços financeiros. Nessa nova fase, a terceirização atinge a gestão de fundos de investimento, de cartões de crédito, de riscos de seguro. Sem falar em outras áreas de cunho operacional, como a compensação de cheques’. Visa, Master Card e outras administradoras contratam empresas que se encarregam do processamento eletrônico do seu “dinheiro de plástico”. Empresas com CardSystem, Upsi e Cardway (no Brasil) fazem lançamentos contábeis dos cartões e administram o produto, estabelecendo as estratégias de marketing, gerindo as relações com estabelecimentos e outros serviços. A análise de riscos, elemento mais elementar da atividade de uma companhia seguradora e imprescindível para fixação do custo e portanto do preço de uma apólice, passou a ser realizada por empresas especializadas. Nas montadoras japonesas de veículos, como a Toyota, cerca de 75% de cada unidade são feitos fora da planta industrial da companhia. Ao Estado mínimo da onda neoliberal corresponde a empresa mínima. Minimalista em número de empregados a serem gerados através da atividade. **Minimalista em termos de custos operacionais e portanto de direitos e vantagens econômicas asseguradoras aos seus trabalhadores. Minimalista, enfim, para maximizar sua taxa de lucro.**⁶¹ (grifos nossos)

E ainda, Maurício Godinho Delgado conclui que a terceirização trata-se de “fórmula de gestão social, que tem tido grande impacto na redução dos ganhos do trabalho no mundo capitalista.”⁶²

Com efeito, a terceirização nunca objetivou melhoria à classe trabalhadora, mas sim implica em resultados catastróficos tanto do ponto de vista de organização política, como das condições gerais do trabalho.

Em que pese extraí-se da percepção dos anteditos juristas os reflexos negativos da terceirização, a Súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho apresenta um rol de quatro grupos de terceirização lícitas, cujos, em tese, produzem efeitos menos gravosos, quais sejam: trabalho temporário, serviço de vigilância, serviços de conservação e limpeza e serviços ligados à atividade-meio do tomador de serviços.

⁶⁰ COUTINHO, 2015, p.82.

⁶¹ MELHADO, 2006, p.39.

⁶² COUTINHO, 2015, p.82.

Ressalte-se que a evolução jurisprudencial promovida pela dita súmula foi no sentido de identificar as situações legais de terceirização com respaldo na proteção do trabalho humano, e repudiar as hipóteses ilícitas.

A jurisprudência trabalhista conferiu efetividade à Constituição da República de 1988, a seus diversos princípios humanísticos e sociais, além da prevalência que confere à relação de emprego no contexto do trabalho protegido que consagra. Ao mesmo tempo, não se impediu a flexibilização terceirizante no que tange às quatro hipóteses previstas na referida súmula.⁶³

Data maxima vênia, em que pese o objetivo principal tenha sido o equilíbrio entre as normas constitucionais, trabalhistas e a necessidade de terceirizar, as hipóteses lícitas de terceirização e aquelas que figuram no campo da informalidade implicam em reflexos catastróficos, além de contribuírem significativamente para discrepante desigualdade entre os empregados diretos e os terceirizados, como é possível observar nos dados que seguem.

O primeiro quadro, expõe as relações e condições de trabalho de terceirizados e efetivos com as mesmas atividades bancárias relativas à retaguarda e à compensação, entre os anos de 2003 e 2004. No dito quadro é notória a diferença entre a carga horária e a remuneração percebida entre estes empregados.

⁶³ DELGADO; AMORIM, 2015, p.48

	TERCEIRIZADOS			BANCÁRIOS
	<i>Terceirizados efetivados nas empresas terceirizadas</i>	<i>Terceirizados trabalhando como temporários¹⁰</i>	<i>Terceirizados Trabalhando por produção</i>	<i>Bancários efetivados nos bancos</i>
Local de Trabalho ¹¹	Banco ou empresa terceirizada	Banco ou empresa terceirizada	Empresa terceirizada	Banco
Salário	<i>Auxiliar Adm.: mínimo 300 reais e máximo de 500 reais</i>	<i>Auxiliar Adm.: mínimo 300 reais e máximo de 500 reais</i>	<i>“Free-lancer” ou horista: trabalhadores ganham por produção</i>	<i>Piso Escriturário: R\$ 702,00 Piso Caixa: R\$ 992,00</i>
Jornada de Trabalho	8:48 minutos	8:48 minutos	Média 12 h. ¹²	6 horas
Gratificação Compensador de Cheques	Não tem	Não tem	Não tem	R\$ 65,31
Ajuda Deslocamento Noturno	Não tem	Não tem	Não tem	R\$ 40,25
Média de autenticações por hora trabalhada (dias de pico)	250	250	250	108
PLR – Participação nos Lucros e Resultados	Não tem	Não tem	Não tem	80% salário recebido + Valor Fixo de R\$ 650,00

Fonte: SANCHES, Ana Tércia. Terceirização e terceirizados no setor bancário.⁶⁴

Reafirmando tais dados, na tabela a seguir intitulada Condições de Trabalho e Terceirização, referente ao ano de 2013, observam-se três indicadores relevantes das condições de trabalho, que reforçam que a estratégia de otimização dos lucros mediante terceirização está fortemente baseada na precarização do trabalho.

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: DEPARTAMENTO INTERSINDICAL DE ESTATÍSTICA E ESTUDOS SOCIOECONÔMICOS; CENTRAL ÚNICA DOS TRABALHADORES.⁶⁵

⁶⁴ SANCHES. Disponível em: <<http://www.estudosdotrabalho.org/anais6seminariodotrabalho/anaterciasanches.pdf>> Acesso em 08 de novembro de 2015

⁶⁵ DEPARTAMENTO INTERSINDICAL DE ESTATÍSTICA E ESTUDOS SOCIOECONÔMICOS. Disponível em:

Além de a remuneração média dos trabalhadores terceirizados ser inferior, ela é inversamente proporcional à jornada de trabalho, pois é superior à dos trabalhadores contratados propriamente ditos.

Outrossim, a incidência significativa de trabalhadores terceirizados em condições análogas à de escravos e em acidentes de trabalho é um dado real na relação de emprego brasileira. Ambas as tabelas abaixo expostas, corroboram com esta afirmativa.

**Trabalhadores em condição análoga à de escravos no Brasil
(informações concernentes aos dez maiores resgates em cada ano)**

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
2014	8	384	246	630
TOTAL	44	3382	801	4183

Fonte: FILGUEIRAS, Vítor Araújo. Terceirização e trabalho análogo só escravo: coincidência?⁶⁶

Composição da força de trabalho e acidentes de trabalho fatais no SEB

Ano	Média Contratados	Acidentes fatais contratados	Média Subcontratados	Acidentes fatais subcontratados	Total força de trabalho	Total acidente fatal
2002	96.741	23	-	55	-	78
2003	97.399	14	39.649	66	137.048	80
2004	96.591	9	76.972	52	173.563	61
2005	97.991	18	89.283	57	187.274	75
2006	101.105	19	110.871	74	211.976	93
2007	103.672	12	112.068	59	215.740	71
2008	101.451	15	126.333	60	227.784	75
2009	102.766	4	123.704	63	226.470	67
2010	104.857	7	127.584	72	232.441	79
2011	108.125	18	139.043	61	247.168	79

Fonte: SILVA, Luís Geraldo da. Os acidentes fatais entre os trabalhadores contratados e subcontratados do setor elétrico brasileiro.⁶⁷

Face ao apresentado, nota-se que a terceirização brasileira visa tão somente a redução de custos e aumento de produção. Os empregados, que via de regra, são a parte hipossuficiente da relação laboral e figuram em condição de maior

<http://www.cut.org.br/system/uploads/action_file_version/ccd1777535608a1ba65cfd753d36ae83/file/dossie-terceirizacao-e-desenvolvimento.pdf>. Acessado em 10 de novembro de 2015

⁶⁶ FILGUEIRAS. Disponível em: <http://indicadoresderegulacaodoemprego.blogspot.com.br/p/terceirizacao_10.html>. Acesso em 07 de novembro de 2015.

⁶⁷ SILVA. Disponível em: <http://www.estudosdotrabalho.org/RRET12_2.pdf>. Acesso em 10 de novembro de 2015.

vulnerabilidade ao serem terceirizados percebem menores salários, possuem carga horária maior, e estão em maior número entre os empregados vítimas de acidentes fatais e em condições análogas a de escravo.

3.2 – PROJETO DE LEI 4.330/04 X CONSTITUIÇÃO FEDERAL

A atuação redação do artigo 2º, I do Projeto de Lei 4.330/04, dispõe sobre os contratos de terceirização e as relações de trabalho deles decorrentes, objetivando principalmente, a liberação da terceirização de atividade-fim, *in verbis*:

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

I – terceirização: a transferência feita pela contratante da execução de parcela de qualquer de suas atividades à contratada para que esta a realize na forma prevista nesta Lei.⁶⁸

Conforme já foi demonstrado anteriormente, o cenário laborativo terceirizado apresenta situações degradantes, e não são simples especulações, este fato foi corroborado através de dados estatísticos. Ora, se só é admitida terceirização na hipóteses previstas na Súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho, excetuando as atividades finalísticas, e já é possível comprovar diferença salarial, crueldade na relação de trabalho ao esconder a face do dono do empreendimento capitalista para praticar largamente o trabalho escravo contemporâneo, violação de direitos imateriais, caso seja legalizada a terceirização de qualquer das atividades da empresa, esses números só tendem aumentar.

O principal argumento para legalização da terceirização das atividades principais é que tal medida cria mais empregos e reduz a informalidade. Ocorre, que o objetivo do projeto é a redução do custo da mão de obra com a diminuição do valor do salário, pois não será mais necessário respeitar o piso normativo, apenas o legal, e permitir a supressão de antigas conquistas da categoria, como os benefícios previstos nas convenções e acordos coletivos.⁶⁹

De forma extremamente hialina, Vólia Bomfim Cassar, exemplifica uma situação que, caso seja autorizada a terceirização de atividades finalísticas, tornar-se-á corriqueira:

⁶⁸ BRASIL. CONGRESSO NACIONAL. PROJETO DE LEI 4.330/04. ANO 2004. DISPONÍVEL EM: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=246979&filename=PL+4330/2004>. Acesso em 10 de novembro de 2015.

⁶⁹ CASSAR, 2015, p.486.

Imagine-se um caixa empregado de um banco que hoje tem, por força do artigo 224 da CLT, a jornada de 6 horas diárias e 30 semanais e, por aplicação da convenção coletiva, direito a piso salarial muito superior ao piso estadual, direito à gratificação de quebra de caixa, à gratificação de função, à estabilidade pré-aposentadoria, ao auxílio alimentação, plano de saúde e repouso semanal remunerado também aos sábados, além de muitos outros benefícios normativos. Se for aprovado o PL 4.330/2004, poderão ser contratados caixas bancários pela empresa X, cuja única atividade é a de terceirizar caixas bancários. Este empregado da empresa X vai trabalhar sob a subordinação estrutural do banco tomador de serviços, em sua atividade-fim, acessando os dados confidenciais dos clientes do banco, mas sua jornada será de 8 horas diárias e 44h semanais. Além disso, receberá o salário mínimo ou o piso estadual e nenhum outro benefício previsto na norma coletiva dos bancários. Ora, quem está lucrando com isto? Os empresários, e não a sociedade trabalhadora.⁷⁰

Sob o ponto de vista da isonomia o projeto é injusto, pois é inadmissível uma empresa tenha ao mesmo tempo empregados enquadrados em uma lei e categoria profissional e trabalhadores terceirizados desempenhando função idêntica, no mesmo ambiente de trabalho, sem os mesmos direitos. Esta medida viola o princípio do tratamento isonômico, além de retirar dos trabalhadores direitos sociais arduamente conquistados.⁷¹

Os ditos direitos previstos na Constituição Federal de 1988, os quais possuem entre outros fundamentos a dignidade da pessoa humana e o valor social (art. 1º, III e IV da CRFB). A ordem econômica encontra-se vinculada ao desenvolvimento dos pressupostos de respeito à classe trabalhadora como segmento social a merecer proteção do poder público contra a voracidade do sistema capitalista, na valorização do trabalho humano (art. 170, VI), redução das desigualdades regionais e sociais (art. 170, VII), busca pelo pleno emprego (art.170, VIII) e função social da propriedade (arts. 5º, XXIII, e 173, I).⁷²

Tais princípios constitucionais gozam de uma eficácia plena, e ainda impõe-se reconhecer que a ordem econômica guiada pela livre iniciativa precisa fundamentalmente respeitar a força de trabalho utilizada para a consecução dos seus objetivos nucleares, pois “a livre iniciativa não é um fim em si mesmo, especialmente do ponto de vista constitucional”. O seu exercício demanda estrito cumprimento dos

⁷⁰ CASSAR, 2015, p.486.

⁷¹ *Ibidem*, p.487.

⁷² COUTINHO, 2015, p.222.

princípios e normas constitucionais protetores do valor trabalho humano sob pena de flagrante inconstitucionalidade.⁷³

Pode-se dizer que a terceirização tornar-se inconstitucional, em virtude da sua tênue relação com o trabalho precário, ao ofender os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, do valor social do trabalho, da ordem social pautada na valorização do trabalho humano.

Ora, se a dignidade da pessoa humana é o eixo da Constituição de 1988, entende-se que nenhuma de suas normas deve ser interpretada para relegar a condição a condição de humano da pessoa trabalhadora, divergindo das condições laborais degradantes inerentes à terceirização.

Tais condições estão em desacordo com os dispositivos constitucionais que tratam o meio ambiente laboral como direito fundamental, tais como: arts. 6º, 7º, XXII, XXX, XXXI, XXXII, XXXIII e XXXIV, 170, VI, 200, VIII e 225.⁷⁴

Raimundo Simão de Melo, compreende que o meio ambiente de trabalho adequado é um direito fundamental, ao dispor que:

O meio ambiente de trabalho adequado e seguro é um direito fundamental do cidadão brasileiro (lato sensu). Não é um mero direito trabalhista vinculado ao contrato de trabalho, pois a proteção daquele é distinta da assegurada ao meio ambiente de trabalho, porquanto esta última busca salvaguardar a saúde e a segurança do trabalhador onde desenvolve as suas atividades. De conformidade com as normas constitucionais atuais, a proteção do meu ambiente do trabalho está vinculada diretamente à saúde do trabalhador enquanto cidadão, razão por que se trata de um direito de todos, a ser instrumentalizado pelas normas gerais que aludem à proteção dos interesses difusos e coletivos. O Direito do Trabalho, por sua vez, regula as relações diretas entre empregado e empregador, aquele considerado estritamente.⁷⁵ (grifos nossos)

Em síntese, a terceirização de mão de obra desafia a Constituição Federal, ao aniquilar a possibilidade da mais remota chance de oferecer um ambiente saudável de trabalho ao empregados subcontratados, sendo verdadeiramente, na atualidade, o elemento decisivo do processo produtivo para o exponencial aumento de adoecimentos, acidentes, mortes e mutilações relacionadas ao trabalho, o que se intensificará veementemente caso seja legalizada a terceirização de atividade fim.⁷⁶

⁷³ COUTINHO, 2015, p.223.

⁷⁴ *Ibidem*, p.225.

⁷⁵ MELO, 2004, p.31.

⁷⁶ COUTINHO, 2015, p.227.

Inegavelmente o trabalho e todas as suas instituições protetivas padecerão, caso a terceirização seja liberada de forma generalizada, pois

As pesquisas acadêmicas realizadas nas últimas décadas, bem como a atuação do MTE (fiscalização do trabalho), do MPT e da Justiça do Trabalho, segundo dados apresentados nas seções anteriores, revelam que a terceirização está associada ao caos no ambiente do trabalho. Adoecimentos laborais, mortes e mutilações no trabalho, trabalho análogo ao de escravo, direitos imateriais violados com maior intensidade, invisibilidade social, esfacelamento sindical e degradação geral das condições de trabalho terão as suas taxas exponencialmente elevadas na hipótese de qualquer um dos poderes da República permitir a terceirização com a moldura ora arquitetada pelo capital. O trabalho será o lixo das relações sociais por parte de quem lucra muito com o seu resultado, dado o desprezo a ser conferido a esse direito humano fundamental próprio da parte numérica mais expressiva da sociedade brasileira.⁷⁷

Liberada a terceirização da atividade-fim, a Constituição será de um vazio estrondoso e monumental em termos de Direitos Humanos. O risco é de a Constituição não valer para os trabalhadores brasileiros, porquanto os seus direitos ali previstos terão nenhuma ou reduzidíssima efetividade.

3.3 DAS INCONSTITUCIONALIDADES

O objetivo deste trabalho acadêmico é comprovar a possível inconstitucionalidade da terceirização na atividade-fim, com enfoque no Projeto de Lei 4.330/04. Embora já tenha sido expostos diversos argumentos que corroboram com esta afronta à Magna Carta, faz-se necessária explanação acerca das espécies de inconstitucionalidade.

Poderá verificar se uma norma infraconstitucional padecerá do vício de inconstitucionalidade em razão da ação ou omissão do Poder Público. Inconstitucionalidade por ação enseja a incompatibilidade vertical dos atos inferiores com a Constituição, e em sentido contrário, inconstitucionalidade por omissão decorre da inércia legislativa na regulamentação de normas constitucionais de eficácia limitada.⁷⁸

Extraindo destas sucintas conceituações, conclui-se que o Projeto de Lei 4.330/04 padece de inconstitucionalidade por ação. Haja vista tratar-se de uma tentativa parlamentar de regulamentar a terceirização de atividade finalística, ou seja,

⁷⁷ COUTINHO, 2015, p.253.

⁷⁸ LENZA, 2.011, p.250.

tem-se uma norma infraconstitucional em desacordo com a Constituição Federal, ensejando uma incompatibilidade vertical.

Pormenorizando, a inconstitucionalidade por ação, pode ser dividida em: formal e material.

A inconstitucionalidade formal “verifica-se quando a lei ou ato normativo infraconstitucional contiver algum vício em seu processo de formação, vale dizer no processo legislativo de sua elaboração, ou ainda, em razão da sua elaboração por autoridade competente.”⁷⁹

No que tange à inconstitucionalidade material, Pedro Lenza leciona:

(...) o vício material (de conteúdo, substancial ou doutrinário) diz respeito à “matéria”, ao conteúdo normativo. Assim, aquele ato normativo que afrontar qualquer preceito ou princípio da Lei Maior deverá ser declarado inconstitucional, por possuir um vício material. Não nos interessa saber aqui o procedimento de elaboração da espécie normativa, mas, de fato, o seu conteúdo. Por exemplo, uma lei discriminatória que afronta o princípio da igualdade.⁸⁰

Logo, conclui-se que, caso seja aprovado o Projeto de Lei 4.330/04, com a atual redação, o mesmo padecerá de inconstitucionalidade comissiva, na modalidade material, pois o que está em baila não é o processo de aprovação do mesmo, o qual até o presente momento não apresenta vícios, mas sim sua forma, mais especificamente o artigo 2º, I do antedito projeto ao dispor acerca da possibilidade de terceirização sem limites.

Como foi discorrido no primeiro capítulo desta monografia, o Projeto de Lei 4.330/04 encontra-se no Senado Federal para votação. É notório que o legislativo verificará, através de suas comissões de constituição e justiça, se o projeto de lei, que poderá virar lei, contém algum vício a ensejar a inconstitucionalidade.⁸¹

Diante o exposto, o controle preventivo do supramencionado projeto, a fim de evitar a aprovação de uma lei, visivelmente, inconstitucional deverá ser exercido de forma preventiva e através da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania – CCJ. Caso isto não ocorra, ainda de forma preventiva, este controle poderá ser exercido pelo executivo através do veto presidencial.

⁷⁹ LENZA, 2.011, p.251.

⁸⁰ *Ibidem*, p.254.

⁸¹ *Ibidem*, p.256.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Face ao exposto no trabalho de pesquisa elucidado conclui-se que a terceirização no Brasil nunca visou a qualificação do produto, tampouco proteger os direitos dos trabalhadores, mas sim reduzir os custos, a fim de assegurar a sobrevivência empresarial em um cenário de crise econômica e intensa concorrência do mercado externo.

Foi possível perceber que a terceirização, ainda que de forma lícita, implica em reflexos catastrófico aos trabalhadores, tais como: perceber menores salários, possuir carga horária maior, e estarem em maior número entre os empregados vítimas de acidentes fatais e em condições análogas a de escravo. Logo, caso seja aprovado com atual redação, o Projeto de Lei 4.330/04, aumentará significativamente tais efeitos, além de constituir fraude à Constituição Federal.

A Constituição Federal é bastante hialina ao dispor que a liberdade de contratação, garantia constitucional, deve ser exercida assegurando a valorização do trabalho, a dignidade da pessoa humana, a justiça social, meio ambiente de trabalho digno. Ora, se a liberdade contratual é favorável à viabilização da intermediação de mão de obra de atividades finalísticas, que constitui fator de redução protetiva do regime de emprego, a referida liberdade contratual sofre grave restrição constitucional.

Em razão da livre-iniciativa ser subordinada à função social e aos princípios e regras constitucionais, com fulcro na valorização e proteção do emprego, do trabalho, e do ambiente laborativo, é que a terceirização somente pode ser aceita em caráter excepcional, jamais de maneira ampla e irrefreada.

Pode-se extrair dos dados apresentados, bem como pela doutrina e jurisprudência colacionada neste trabalho monográfico, que a terceirização de atividade-fim, à luz da Constituição Federal, é inviável, pois afronta e todo o sistema constitucional de proteção ao emprego, banaliza o princípio fundante da dignidade da pessoa humana, e a subordinação da propriedade à sua função socioambiental, além de mercantilizar a mão de obra humana.

Ademais, a terceirização de atividades finalísticas viola o direito fundamental do trabalhador ao regime de emprego bilateral e direto com o empregador. Por esta razão essa modalidade de terceirização é considerada inconstitucional por violar o direito fundamental do trabalhador, à relação de emprego com o empreendedor final.

Mister salientar que a valorização do trabalho como princípio fundante da República, respeito à dignidade da pessoa humana, necessidade de ambiente saudável de trabalho, oposição a qualquer tipo de trabalho degradante, livre iniciativa respeitando os limites do trabalho dentre tantos outros princípios constitucionais e direitos sociais não mais serão considerados caso a terceirização de atividade-fim seja liberada. Haja vista o iminente e significativo retrocesso social.

Foi possível concluir que o Projeto de Lei 4.330/04, caso seja aprovado com a atual redação, padecerá de inconstitucionalidade comissiva material.

REFERÊNCIAS

BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. 2ª Ed. São Paulo, LTR, 2006.

BITTENCOURT, C. A. Lúcio. **O Controle jurisdicional da constitucionalidade das leis**. Atualizado por José Aguiar Dias. Brasília: Ministério da Justiça, 1997. (Série Arquivos do Ministério da Justiça).

BRASIL. CONGRESSO NACIONAL. **Projeto de Lei 4.330/04**. ANO 2004. DISPONÍVEL EM: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=246979&filenome=PL+4330/2004>. Acesso em: 10 de novembro de 2015.

BRASIL. **Decreto Lei 200 de 25 de fevereiro de 1967**. Dispõe sobre a organização da Administração Federal, estabelece diretrizes para a Reforma Administrativa e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del0200.htm>. Acesso em 17 de novembro de 2015.

BRASIL. **Lei 8.036 de 11 de maio de 1990**. Dispõe sobre o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8036consol.htm>. Acesso em 17 de novembro de 2015.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Súmula n.º 331**. Contrato de Prestação de Serviços. Disponível em: <http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_251_300.html#SUM-256>. Acesso em: 09 de novembro de 2015

CARDOSO DE MELLO, João Manuel. **O Capitalismo tardio**. Campinas: Unesp – Edições Facamp, 2009.

CARVALHO, Kildare Carvalho. **Direito Constitucional – Teoria do Estado e da Constituição Direito Constitucional Positivo**, 18ª edição. Belo Horizonte: Del Rey, 2.012.

CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do Trabalho**. 11ª edição. São Paulo. Editora Método. 2015.

COUTINHO, Grijalbo Fernandes. **Terceirização máquina de moer gente trabalhadora**. São Paulo. LTR. 2015

DELGADO, Gabriela Neves; AMORIM, Helder Santos. **Os limites constitucionais da terceirização**. 2ª edição. São Paulo. LTR Editora Ltda. 2015

DELGADO, Gabriela Neves; AMORIM, Helder Santos. **Os Limites Constitucionais da Terceirização**. Disponível em <<https://boitempoeditorial.files.wordpress.com/2015/04/artigo-terceirizacao-gabriela-delgado-e-helder-amorim-2014.pdf>> acessado em 25 de maio de 2015.

DELGADO, Maurício Godinho. **Capitalismo, trabalho e emprego: entre o paradigma da distribuição e dos caminhos da reconstrução**. São Paulo: LTr, 2007.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**, 10ª edição. São Paulo: LTR, 2.011.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 14ª edição. São Paulo: LTR Editora Ltda. 2015.

DEPARTAMENTO INTERSINDICAL DE ESTATÍSTICA E ESTUDOS SOCIOECONÔMICOS; CENTRAL ÚNICA DOS TRABALHADORES. **Terceirização e desenvolvimento: uma conta que não fecha – dossiê sobre o impacto da terceirização sobre os trabalhadores e propostas para garantir igualdades de direitos**. Disponível em: <http://www.cut.org.br/system/uploads/action_file_version/ccd1777535608a1ba65cfd753d36ae83/file/dossie-terceirizacao-e-desenvolvimento.pdf>. Acessado em 10 de novembro de 2015

DRUCK, Maria da Graça. **Terceirização: (des)fordizando a fábrica**. São Paulo: Boitempo, 1999.

FILGUEIRAS, Vítor Araújo. **Terceirização e trabalho análogo só escravo: coincidência? (online)**, 2014. Disponível em: <http://indicadoresderegulacaodoemprego.blogspot.com.br/p/terceirizacao_10.html>. Acesso em: 07 de novembro de 2015

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**, 16ª edição. São Paulo: Saraiva, 2.011.

MELO, Raimundo Simão de. **Meio ambiente do trabalho e saúde do trabalhador**. São Paulo: LTR, 2004.

MELHADO, Reginaldo. **Metamorfoses do capital e do trabalho**. São Paulo: LTr, 2006.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 4ª edição. São Paulo: Max Limonad, 2000.

REIS, Daniela Muradas. **Terceirização e sindicatos: desafios e perspectivas**. In: ENCONTRO INTERAMERICANO DE DIREITO DO TRABALHO E SEGURIDADE SOCIAL, 8., 12-14 mar. 2014. Havana. Disponível em: <http://www.alal.com.br/materia.asp?cod_noticia=6124>. Acesso em: 08 de novembro de 2015.

SANCHES, Ana Tércia. **Terceirização e terceirizados no setor bancário**. Disponível em: <<http://www.estudosdotrabalho.org/anais6seminariodotrabalho/anaterciasanches.pdf>> acesso em: 08 de novembro de 2015

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 6. d. rev. atual. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. P.449

SARLET, Ingo Wolfgang. **Notas sobre a assim designada proibição de retrocesso social no constitucionalismo latino-americano**. Revista TST, v.75, n.3, jul/set 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Os Direitos Fundamentais Sociais na Constituição de 1998**. Disponível em: <www.direitopublico.com.br/pdf/REVISTA-DIALOGO-JURIDICO-01-2001-INGO-SARLET.pdf>. Acesso em: 01 de novembro de 2015.

SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004.

SILVA, Luís Geraldo da. **Os acidentes fatais entre os trabalhadores contratados e subcontratados do setor elétrico brasileiro**. Estudos do Trabalho, ano VI, n.12, 2013. Disponível em: <http://www.estudosdotrabalho.org/RRET12_2.pdf>. Acesso em: 10 de novembro de 2015

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 10ª ed. Rev. E atual. – São Paulo: Saraiva, 2012.