

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ  
FACULDADE DE DIREITO**

**GISELLE MOTA FYLYK CAMACHO FERREIRA SILVA**

**TERCEIRIZAÇÃO E DIREITO DO TRABALHO: A LIBERDADE DE INICIATIVA EM  
FACE DO VALOR SOCIAL DO TRABALHO**

**CURITIBA**

**2016**

**GISELLE MOTA FYLYK CAMACHO FERREIRA SILVA**

**TERCEIRIZAÇÃO E DIREITO DO TRABALHO: A LIBERDADE DE INICIATIVA EM  
FACE DO VALOR SOCIAL DO TRABALHO**

**Trabalho de conclusão de curso  
apresentado como requisito para a  
obtenção do título de Bacharel em Direito  
pela Faculdade de Direito da  
Universidade Federal do Paraná.  
Professor Orientador: Dr. Sandro Lunard  
Nicoladeli**

**CURITIBA**

**2016**

## **AGADECIMENTOS**

Sou grata aos meus pais, Vitor e Ester, e aos meus irmãos, Vitor e Gustavo, que sempre me apoiaram à sua maneira. Aos meus pais, especialmente, por me guiarem em caminhos de Vida.

Sou grata ao meu marido e melhor amigo, Leandro Camacho, por suportar minha ausência e os momentos difíceis, me proporcionando todo apoio, amor e carinho necessários ao longo de toda a minha formação acadêmica.

Sou grata aos meus colegas Donizete e Diogo, os “amigos da faculdade”, por simplesmente estarem dispostos a me ajudar, mesmo ficando para trás.

Agradeço, especialmente, ao professor Sandro Lunard Nicoladeli pela orientação, correções e sugestões deste trabalho, em tempo, fora de tempo e a qualquer e todo tempo.

Acima de tudo, agradeço a Deus pelo sustento pleno que apenas Ele soube como precisei durante esse tempo e que sempre me proporcionou em abundância.

## RESUMO

A terceirização de trabalhado ganhou força no Brasil, nas últimas três décadas, sob a crença de que pode otimizar a produção de capitais e a especialização das atividades da empresa, reduzindo seus custos. Todavia, seu uso desenfreado traz uma crescente precarização ao mundo do trabalho, com a fragmentação dos direitos coletivos dos trabalhadores e exclusão social. Nossa constituição eleva o trabalho à condição de direito fundamental, ao prevendo a valorização do trabalho e da livre iniciativa como base da ordem econômica, não podendo haver, *a priori*, uma supervalorização de um preceito sobre outro. As previsões legais e jurisprudenciais atuais, todavia, têm preconizado o exercício da livre iniciativa, disseminando uma ideologia neoliberal. O reconhecimento de repercussão geral no Recurso Extraordinário n. 713.211/MG e o Projeto de Lei 4330/2004, aprovado pela Câmara dos Deputados, em abril de 2015 privilegiam o interesse do capital em detrimento do valor do trabalho, pelo que corremos o risco de regredir muito mais do que avançar.

**Palavras-chave:** Terceirização – Precarização – Valor Social do Trabalho – Regulamentação.

## ABSTRACT

Outsourcing has gained strength in Brazil over the last three decades, under the belief that it can optimize capital production and specialize the company's activities, reducing its costs. However, its unrestrained use brings increasing precariousness to the world of work, with the fragmentation of workers' collective rights and social exclusion. Our constitution elevates labor to the status of a fundamental right, by providing for the valuation of labor and free enterprise as the basis of the economic order, and there can not be, a priori, an overvaluation of one precept on another. Current legal and jurisprudential predictions, however, have advocated the exercise of free initiative, dissociating a neoliberal ideology. The recognition of general repercussion in Extraordinary Appeal no. 713,211 / MG and Bill 4330/2004, approved by the Chamber of Deputies, in April 2015 privilege the interest of capital to the detriment of the value of labor, so we run the risk of regressing much more than advancing.

**Key words:** Outsourcing - Precariousness - Social Value of Labor - Regulation.

## SUMÁRIO

<b>1. INTRODUÇÃO .....</b>	<b>2</b>
<b>2. A TERCEIRIZAÇÃO E O DIREITO DO TRABALHO.....</b>	<b>4</b>
2.1. CONCEITO. TERCEIRIZAÇÃO LÍCITA E ILÍCITA.....	4
2.2. AS VANTAGENS E DESVANTAGENS DA TERCEIRIZAÇÃO.....	9
<b>3. O TRATAMENTO CONSTITUCIONAL DOS PRINCÍPIOS DO VALOR SOCIAL DO TRABALHO E DA LIVRE INICIATIVA.....</b>	<b>17</b>
3.1. A ORDEM ECONÔMICA E SOCIAL DO ESTADO BRASILEIRO .....	20
3.2. O VALOR SOCIAL DO TRABALHO .....	23
3.3. A LIVRE INICIATIVA DO EMPREGADOR.....	26
<b>4. A COLISÃO A LIVRE INICIATIVA AO VALOR SOCIAL DO TRABALHO .....</b>	<b>28</b>
<b>5. CONSIDERAÇÕES FINAIS .....</b>	<b>42</b>
<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>46</b>
<b>ANEXO .....</b>	<b>48</b>

## 1. INTRODUÇÃO

Os últimos 30 anos do século XX foram cenário da incorporação do instituto da terceirização – fenômeno mais empresarial do que trabalhista - independentemente da existência de previsões legais específicas sobre o tema.

Uma vez que na época de formação da CLT o fenômeno não tinha a abrangência que tem hoje e não representava grande significação socioeconômica no processo de industrialização do país, tal instituto não foi tratado por nossa legislação pátria, de tal forma que existem muitas controvérsias acerca do tema.

Essa prática ganha força no Brasil nas últimas três décadas, diante da necessidade de reorganização da produção para e aumento da circulação de capitais. Diversos setores tem buscado atingir tais aspirações de desenvolvimento através da redução do número de trabalhadores, da intensificação da jornada de trabalho e da aplicação de sistemas de produção como o *just in time*<sup>1</sup> e o *kanban*<sup>2</sup>.

Assim, com a expansão do uso da terceirização por diversos setores da economia, sob o suposto entendimento de que se apresenta como uma boa estratégia de desenvolvimento, nasce a necessidade de interferência pelo legislador brasileiro, pois, como ensina Maurício Godinho Delgado, a terceirização é uma questão cultural e que, se um país resolve não a evitar, o legislador logo deve interferir para minimizar seus efeitos contingenciais de exploração e desvalorização da força de trabalho.

Os primeiros passos normatizadores da terceirização no Brasil se deram no âmbito da prática de descentralização administrativa, através dos Decreto-Lei n.200/67 e Lei n.5.645/70, que induziam a terceirização de atividades meramente operacionais da Administração Pública. Tais regulamentações logo passam a atingir o mercado privado através dos modelos de contratação do trabalho temporário e do

---

<sup>1</sup> O sistema *just in time* é um sistema de administração baseado no conceito de produção por demanda, onde primeiramente vende-se o produto para depois comprar a matéria prima e posteriormente fabricá-lo ou montá-lo. Ele implica em que os fornecedores sejam treinados, capacitados e conectados para que possam fazer entregas de pequenos lotes na frequência desejada, além de que a mão-de-obra contratada seja mínima.

<sup>2</sup> Variante do *just in time*, o sistema *kanban* se baseia em não produzir mais peças do que a capacidade de consumo do processo posterior, com um melhor aproveitamento do ritmo de trabalho. Também demandaria um número equilibrado de trabalhadores, limitados à demanda final.

trabalho de vigilância bancária que, pelas previsões da Lei n.6.019/74 e da Lei n.7102/83, dissociavam o fato do trabalho do vínculo jurídico inerente à relação.

Mais a frente, diante da necessidade de normatização de casos além dos já abarcados pelas leis especiais, o Tribunal Superior do Trabalho edita, em 1986, a Súmula 256, que mais tarde viria a ser revisada pela Súmula 331, em dezembro de 1993, a fim de fornecer os necessários instrumentos normativos reguladores de sua aplicação.

Tal previsão, contudo, é insuficiente à matéria, de tal forma que se discute hoje tal questão no Supremo Tribunal Federal. Ademais, o próprio TST reconhece que o uso da fórmula desacompanhada de limites, requisitos e proteção provoca a precarização do trabalho e do trabalhador. Mas, em que pese tal reconhecimento, o Tribunal não fixa taxativa e concretamente referidos limites.

Enquanto isso, seu uso desenfreado traz uma crescente precarização ao mundo do trabalho, com a fragmentação dos direitos coletivos dos trabalhadores e exclusão social.

O presente trabalho pretende estudar a questão da terceirização sob o prisma dos princípios constitucionais da livre iniciativa e do valor social do trabalho, que têm sido usados como principais bases daqueles que defendem e – do lado oposto – dos que afastam a aplicabilidade do instituto da terceirização nas relações de trabalho. A pesquisa buscará compreender se existe um diferente nível hierárquico entre tais princípios e qual deve prevalecer como argumento de justificação da aplicação ou não da terceirização para além das atividades-meio dos empregadores e das demais hipóteses hoje lícitas. O debate analisa também a nova discussão levada ao STF e do reconhecimento de repercussão geral no ARE 713211, bem como as perspectivas abordadas pelo Projeto de Lei n.º 4.330-A/2004, que trata da terceirização no Direito brasileiro, aprovado pela Câmara dos Deputados.

O trabalho partirá da análise de tais princípios constitucionais e sua posição em termos de aplicabilidade entre as normas do direito brasileiro, passando-se à esfera do Direito do Trabalho e às relações de trabalho terceirizado como se encontram em casos atuais.



## 2. A TERCEIRIZAÇÃO E O DIREITO DO TRABALHO

### 2.1. CONCEITO. TERCEIRIZAÇÃO LÍCITA E ILÍCITA.

O fenômeno da terceirização tem sua origem no âmbito empresarial, como uma estratégia de organização e administração consistente na possibilidade de contratar um terceiro, por meio de outro sujeito interposto, para a realização de atividades que não constituem a busca principal da empresa. Neste sentido, ainda que o presente trabalho busque o tema sob o viés jurídico, seria totalmente impróprio deixar de analisar o fenômeno da terceirização também sob seu aspecto originário, qual seja aquele de caráter mercantil, pois, o instituto foi criado fora do direito e antes que chegasse a ele.

Assim é que, em uma análise inicial, a terceirização pode ser entendida como uma forma de organização que permite a uma empresa transferir a outra a execução de determinadas atividades, objetivando a reserva de recursos para atividades vistas como mais relevantes, de forma a reduzir a estrutura operacional, diminuir custos, economizar recursos e desburocratizar sua administração.

Ou seja, é a operação pela qual uma empresa delega suas funções secundárias a outras empresas com o fim de diminuir gastos e concentrar o foco produtivo no desenvolvimento qualitativo da atividade que elegeu como objeto econômico.

De um ponto de vista empresarial e administrativo, a terceirização pode ser associada a um processo econômico, que busca um terceiro mais competente, especializado e qualificado para realizar determinada atividade em condição de parceria.

É vista, neste sentido, como técnica de administração, na medida em que busca implementar a competitividade empresarial através da redução de custos de produção para maximização de lucros.

Para os manuais de Administração, portanto, a terceirização é vista como um mecanismo de gestão ou como uma técnica moderna, cujo uso é justificado pelas exigências do processo de globalização. Seu objetivo deve ser a busca pela

qualidade através do foco na atividade principal da empresa e, sendo bem empregada, trazendo como consequência a redução de custos<sup>3</sup>.

Fazendo certa crítica a uma adequação do Direito ao domínio econômico, Ana Paula Tauceda Branco aborda a terceirização como sendo

uma expressão cujo significado é inconciliável em relação à Teoria Clássica dos Contratos, já que, em sendo o contrato um instrumento jurídico que envolve duas partes - contratante e contratado -, esse tal 'terceiro' é, no máximo, alguém estranho, alheio à relação contratual, razão pela qual dito fenômeno mais se ajusta a uma 'externalização' das atividades da empresa para terceiros, visando que a execução de alguns de seus serviços se deem por conta de outrem<sup>4</sup>.

Uma possível conceituação ampla e conclusiva é dada por Paula Marcelino, que afirma: "terceirização é todo processo de contratação de trabalhadores por empresa interposta, cujo objetivo último é a redução de custos com a força de trabalho e/ou a externalização dos conflitos trabalhistas"<sup>5</sup>.

Ainda que o instituto possa ser visto como uma figura de planejamento empresarial, é inegável que sua aplicação tem repercussões muito mais amplas e significativas na seara trabalhista, na medida em que o que os empresários pretendem, em verdade e na grande maioria dos casos, é a diminuição de encargos trabalhistas e previdenciários.

É assim que, ainda que criada fora do Direito, a terceirização foi por ele internalizada, tornando-se de relevante preocupação para o atual direito laboral.

No contexto justtrabalhista, então, são significativos os conceitos do fenômeno.

Baraúna caracteriza a terceirização como a

repartição do trabalho para com um terceiro, cuja responsabilidade contratual é de manter e cumprir as estipulações avençadas em "contrato de prestação de serviços" entre as partes compactuantes<sup>6</sup>.

---

<sup>3</sup> MARCELINO, Paula. **Trabalhadores terceirizados e luta sindical**. Curitiba: Appris, 2013, p. 22

<sup>4</sup> BRANCO, Ana Paula Tauceda. **A colisão de princípios constitucionais no direito do trabalho, sob a perspectiva da dignidade da pessoa humana**. 2006. 153 fls. Dissertação (mestrado) - Faculdades de Vitória. Disponível em <http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp075248.pdf>; acesso em 16/10/2016, p.112.

<sup>5</sup> MARCELINO, op. cit., p. 50.

<sup>6</sup> BARAUNA, Augusto Cezar Ferreira de. **A terceirização a luz do direito do trabalho**. São Paulo: LED, 1997, p.244.

Maurício Godinho Delgado<sup>7</sup> afirma, ainda, que a terceirização é “o fenômeno pelo qual se dissocia a relação econômica de trabalho da relação trabalhista que lhe seria correspondente”, provocando uma relação trilateral formada 1) pelo obreiro, prestador de serviços à empresa tomadora, 2) a empresa terceirizante, que mantém o vínculo jurídico com o obreiro, e 3) a empresa tomadora dos serviços<sup>8</sup>.

Sobre essa triangulação, Livia Mendes Moreira Miraglia sintetiza o entendimento de diferentes doutrinadores:

Em outras palavras, o empregado terceirizado é contratado pela empresa interveniente ou fornecedora, que será responsável pela celebração do contrato de trabalho e pelos correspondentes encargos. Assim, o obreiro submete-se ao poder diretivo da empresa terceirizante, posto que essa terá liberdade de alocá-lo ou transferi-lo entre as empresas tomadoras de acordo com a necessidade e conveniência dessas.<sup>9</sup>

Também Gabriela Neves Delgado ensina que

pode-se compreender a terceirização dos serviços como a relação trilateral que possibilita à empresa tomadora de serviços descentralizar e intermediar suas atividades acessórias (atividades-meio), para empresas terceirizantes, pela utilização de mão-de-obra terceirizada, o que, do ponto de vista administrativo, é tido como instrumento facilitador para a viabilização da produção global, vinculada ao paradigma da eficiência nas empresas.<sup>10</sup>

Afirma ainda que a terceirização pode se dar de forma *interna*, quando a empresa se serve de trabalhadores alheios, ou *externa*, quando, inversamente, a empresa descarta etapas de sua produção e seus respectivos trabalhadores. A terceirização externa fragmenta a empresa em diversos parceiros, enquanto a interna divide a empresa internamente, criando oposição entre os trabalhadores efetivos e os terceirizados<sup>11</sup>.

<sup>7</sup> DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo: LTR, 2012, p.435.

<sup>8</sup> Neste sentido, o autor afirma ainda que “essa dissociação entre relação econômica de trabalho (firmada com a empresa tomadora) e relação jurídica empregatícia (firmada com a empresa terceirizante) traz graves desajustes em contraponto aos clássicos objetivos tutelares e redistributivos que sempre caracterizaram o Direito do Trabalho ao longo de sua história”. *Ib idem*, p.435

<sup>9</sup> MIRAGLIA, Livia Mendes Moreira. **A terceirização Trabalhista no Brasil**. São Paulo: Quartier Latin, 2008, p.122.

<sup>10</sup> DELGADO, Gabriela Neves. **Terceirização**. Paradoxo do direito do trabalho contemporâneo. São Paulo: LTR, 2003, p.142.

<sup>11</sup> Cf. DELGADO, Gabriela Neves. **Terceirização – Aspectos gerais. A última decisão do STF e a Súmula 331 do TST. Novos enfoques**. Rev. TST, Brasília, vol. 77, no 1, jan/mar 2011, p.57.

Conclui a autora que

em consequência, a terceirização afeta duramente – e de três modos – as fontes do Direito do Trabalho. Primeiro, dificultando a criação de normas protetivas. Segundo, facilitando a edição de normas precarizantes. Terceiro, enfraquecendo aquela sanção paralela e, desse modo, debilitando cada artigo da CLT<sup>12</sup>.

A doutrina justrabalhista faz distinção, ainda, entre a terceirização lícita e ilícita.

Para uma compreensão inicial, é possível dizer que a terceirização lícita se caracteriza pela contratação de prestação de serviços relacionados às atividades-meio do tomador, ou seja, aquelas que são necessárias ao seu sistema produtivo mas não são o objetivo final a ser alcançado, ao passo que a terceirização ilícita se caracteriza pela prestação do trabalho em atividades-fim da empresa.

Na primeira, o vínculo empregatício se forma entre a empresa empregadora e o obreiro, enquanto a segunda tem como consequência a formação do vínculo direto com a tomadora dos serviços.

Sabe-se que o vínculo empregatício se completa pela incidência de cinco elementos sobre a relação de trabalho: pessoalidade, subordinação, onerosidade, pessoa física e não-eventualidade.

Uma relação terceirizante é aquela na qual, entre tomador e prestador dos serviços, apenas se perfazem a onerosidade, a não-eventualidade e a execução por pessoa física.

Já a pessoalidade e a subordinação do obreiro deve se dar apenas entre este e a empresa terceirizante, sob pena de se descaracterizar a subcontratação, expondo o objetivo fraudulento de mascarar a existência de uma relação empregatícia direta entre o tomador e o prestador<sup>13</sup>.

Não pode importar ao tomador quem, especificamente, realiza o serviço, mas apenas o cumprimento da tarefa. Igualmente quanto à subordinação, não pode o tomador ter o poder diretivo sobre o prestador de serviços, mas apenas o seu real empregador pode dirigi-lo e deter sobre ele o poder disciplinar.

Maurício Godinho Delgado afirma que

---

<sup>12</sup> *Ibidem*.

<sup>13</sup> Cf. MIRAGLIA, Livia Mendes Moreira. **A terceirização Trabalhista no Brasil**. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

(...) na verdade, a jurisprudência admite a terceirização apenas enquanto modalidade de contratação mediante a qual a empresa terceirizante responde pela direção dos serviços efetuados por seu trabalhador no estabelecimento da empresa tomadora. A subordinação e a pessoalidade, desse modo, terão de se manter perante a empresa terceirizante e não diretamente em face da empresa tomadora dos serviços terceirizados.<sup>14</sup>

Hoje, o que delimita as hipóteses – excetivas e taxativas - da terceirização lícita é a previsão firmada pelo Tribunal Superior do Trabalho através da Súmula 331.

A primeira hipótese de terceirização lícita, prevista pelo referido enunciado, é a contratação para trabalho temporário.

O trabalho temporário, expressamente regulado pela Lei n.6.019/74, caracteriza-se pela necessidade transitória de substituição de pessoal regular da empresa ou pela necessidade de acréscimo de pessoal para atender à uma demanda extraordinária.

Veja-se aqui que, para a doutrina, o trabalho temporário é a única hipótese de terceirização que não exige a falta da pessoalidade e da subordinação, uma vez que nessa modalidade o prestador de serviços se insere no estabelecimento do tomador tomando o lugar do trabalhador permanente ou cumprindo o trabalho extraordinariamente acrescido ao tomador, falando-se em uma integração plena por período temporário<sup>15</sup>.

Em segundo lugar estão as atividades de vigilância, reguladas pela Lei n. 7.102/83. Note-se que a Súmula 331 ampliou a previsão anteriormente trazida pela Súmula 256, que limitava essa hipótese apenas ao segmento bancário. Pelo texto vigente, a terceirização de vigilantes pode ser aplicada licitamente a qualquer segmento do mercado.

A terceira situação possível de contratação terceirizada lícita envolve as atividades de conservação e limpeza, exemplo clássico de atividade-meio de grande parte dos segmentos do mercado.

Por fim, a última hipótese diz respeito a serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, ou seja, atividades que não se ajustam ao núcleo das atividades empresariais do tomador.

A respeito desse ponto, Maurício Godinho Delgado ensina que

---

<sup>14</sup> DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo: LTR, 2012, p.451.

<sup>15</sup> Cf. Ibidem.

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 da essência da dinâmica empresarial do tomador dos 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.<sup>16</sup>

A terceirização ilícita é aquela, portanto, que se dá sem a observação das previsões estabelecidas acima. Fora das situações-tipo aqui descritas, as normas trabalhistas não conferem legalidade a nenhum outro tipo de contratação laboral triangulada.

Ainda, detectada a presença dos elementos de subordinação e pessoalidade entre a pessoa prestadora dos serviços e a tomadora, será ilícita a terceirização, restando entendida como uma forma de burlar a lei trabalhista. Nesse caso, desfaz-se vínculo empregatício entre a empresa terceirizante e o obreiro e se perfaz a ligação entre o prestador e o tomador, com todas as suas consequências legais.

## 2.2. AS VANTAGENS E DESVANTAGENS DA TERCEIRIZAÇÃO

Como dito, a terceirização (sem falar em licitude ou ilicitude) é prática empresarial corriqueira, vista como suposta forma de concentração de renda e tempo na atividade empresarial principal e diminuição de gastos com as atividades secundárias.

A exposição das implicações, vantajosas ou não, que a aplicação desse instituto traz pode nos ajudar a compreender porque a relação triangular de trabalho tem sido buscada pelas sociedades empresariais brasileiras.

Perceba-se que a pertinência de compreender o entendimento desse fenômeno para além do Direito, assim como o fizemos ao analisar seu conceito, é fundamental na medida em que a criação de uma norma jurídica, do ato legislativo propriamente dito, não se restringe a levar em consideração apenas às considerações traçadas pelos estudiosos do Direito; pelo contrário, a lei, como fruto

---

<sup>16</sup> DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo: LTR, 2012, p.450.

de representantes eleitos pelo povo, deve – ou ao menos deveria – refletir os interesses de toda uma coletividade social, onde se incluem não só os juristas, mas também empresários, trabalhadores, desempregados, estudantes, e uma infinidade de tipos sociais,

Assim, para o resultado que nos interessa atingir nesse trabalho no que diz respeito à atual colocação da questão da terceirização, não podemos analisar o isoladamente apenas aquilo que toca ao direito, visto que a lei e a jurisprudência também se submetem aos demais anseios sociais, pelo que também passaremos pela análise do âmbito empresarial do fenômeno, a fim de se compreender como ele se reflete no cenário atual.

Neste sentido, entre aqueles que apoiam a terceirização por suas características de cunho empresarial e administrativo, a principal vantagem apontada seria a de melhorar a qualidade do produto ou serviço vendido, bem como a possibilidade de se assumir o controle total da qualidade da produção. Estrategicamente, o objetivo visado pelos empresários é a redução de encargos trabalhistas e previdenciários para reduzir o preço final do produto, além da simplificação da estrutura empresarial.

Alega-se ainda que a terceirização, ao gerar novas empresas, gera novos empregos e o aumento da arrecadação de outros impostos incidentes sobre as diversas operações empresariais.

Lívia Miraglia entende, também quanto às supostas vantagens, que a terceirização surge como uma forma de desonerar as empresas da execução de atividades acessórias a fim de que concentre sua renda e atenção na produção principal<sup>17</sup>. Neste sentido, complementa que

Pode-se dizer que os empresários são os maiores, senão os únicos beneficiados com a prática terceirizante. A transferência da atividade-meio para uma empresa prestadora, ao menos teoricamente, reduz o tamanho e o custo do empreendimento. Sob o ponto de vista empresarial, propõe o aprimoramento da qualidade dos serviços, uma vez que os empregados terceirizados devem caracterizar-se pela especialidade em determinada função.<sup>18</sup>

---

<sup>17</sup> Cf. MIRAGLIA, Lívia Mendes Moreira. **A terceirização Trabalhista no Brasil**. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

<sup>18</sup> *Ibidem*, p.215.

Do ponto de vista da Administração Empresarial, Paula Marcelino resume as vantagens da terceirização em:

Focalização; flexibilidade (ou maior capacidade de adaptação a mudanças); desburocratização ou agilização dos processos; melhoria da qualidade do produto ou do serviço; melhoria da produtividade, proporcionando maior competitividade; redução de custos; redução de imobilizados (imóveis não utilizados); liberação de espaços; criação de ambiente propício ao surgimento de inovações; formalização de parcerias e sinergia entre empresas; valorização profissional com oportunidades para funcionários terem seus próprios negócios; estabelecimento de novas micro, pequenas e médias empresas; ampliação dos mercados para empresas e aumento do número de postos de trabalho.<sup>19</sup>

Todavia, essas supostas vantagens se dão sob a supressão de diversos outros valores, caros aos trabalhadores, pelo que, como se verá, podemos afirmar que existem muito mais desvantagens do que vantagens em se aplicar a terceirização.

A própria ciência da administração também reconhece certas desvantagens em se adotar referido mecanismo:

1- o canto da sereia da redução de custos que pode levar à desestruturação da empresa e à queda da qualidade de seu produto quando mal planejada e realizada a terceirização; 2- nem sempre é mais barato terceirizar; 3- não avaliar com clareza quais são as áreas da empresa que devem estar sob sigilo, se é que alguma deve estar; 4- o temor de certos executivos de que a terceirização possa diminuir o contingente de funcionários e o tamanho da estrutura sob seu comando direto; 5- montar estruturas muito grandes para administrar as subcontratadas; 6- escolha errada de terceiros; 7- confundir a dose e o remédio virar veneno, ou seja, exagerar na terceirização; 8- criação de laços paternalistas com os terceiros, tornando-os dependentes economicamente; 9- o risco da empresa subcontratada arcar com o ônus das flutuações econômicas e de demanda; 10- o perigo do sindicalismo se tornar um empecilho para a terceirização; 11- encarar a legislação como um problema, quando, na verdade, ela não é; pois ela é ampla e ambígua o suficiente para evitar problemas para as empresas.<sup>20</sup>

Na seara do Direito do Trabalho, Maurício Godinho Delgado aponta, em primeiro lugar, a inobservância do preceito constitucional da proibição da distinção entre trabalho manual, técnico e intelectual ou entre os profissionais respectivos (art. 7º, XXXII, CF).<sup>21</sup> *In verbis*:

<sup>19</sup> MARCELINO, Paula. **Trabalhadores terceirizados e luta sindical**. Curitiba: Appris, 2013, p.25.

<sup>20</sup> MARCELINO, Paula. **Trabalhadores terceirizados e luta sindical**. Curitiba: Appris, 2013, p.26.

<sup>21</sup> Cf. DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo: LTR, 2012, p.450.



Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: (...)XXXII - proibição de distinção entre trabalho manual, técnico e intelectual ou entre os profissionais respectivos.<sup>22</sup>

Mesmo na terceirização lícita, ao prestador de serviços é garantida a remuneração equivalente à do trabalhador empregado da mesma categoria na empresa tomadora ou cliente, garantia esta assegurada pela Lei do Trabalho Temporário (Lei n. 6.019/74).

Neste sentido, o autor supracitado afirma quanto à terceirização que

se não acompanhada do remédio jurídico da comunicação remuneratória, transforma-se em mero veículo de discriminação e aviltamento do valor da força de trabalho, rebaixando drasticamente o já modesto padrão civilizatório alcançado pelo mercado de trabalho no país. Reduzir a terceirização a simples mecanismo de tangenciamento da aplicação da legislação trabalhista é suprimir o que pode haver de tecnologicamente válido em tal fórmula de gestão trabalhista, colocando-a contra a essência do Direito do Trabalho, enquanto ramo jurídico finalisticamente dirigido ao aperfeiçoamento das relações de trabalho na sociedade contemporânea.<sup>23</sup>

Se por um lado as empresas conseguem enxugar seus custos, por outro lado essa economia *“implica na mitigação dos direitos trabalhistas, em clara afronta aos princípios da irrenunciabilidade dos direitos trabalhistas, da valorização do trabalho e da dignidade da pessoa humana”*<sup>24</sup>, preconizados em nossa Constituição.

Através do que temos chamado de processo de flexibilização, consistente no processo de mundialização do sistema capitalista através de condicionantes econômicos, a volatilidade do mercado contamina o mundo social e do trabalho, precarizando-o.

A terceirização viola diretamente o princípio da proteção ao trabalhador, que busca a proteção jurídica do obreiro na posição de parte hipossuficiente na relação de trabalho, além de mitigar os demais princípios trabalhistas decorrentes daquele: o da aplicação da norma mais favorável e o da condição mais benéfica ao trabalhador. A ausência de um contrato de trabalho clássico retira a proteção jurídica do obreiro terceirizado.

<sup>22</sup> BRASIL. **Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm). Acesso em 16/11/2016.

<sup>23</sup> DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo: LTR, 2012, p.454.

<sup>24</sup> MIRAGLIA, Livia Mendes Moreira. **A terceirização Trabalhista no Brasil**. São Paulo: Quartier Latin, 2008, p.125.

Lívia Miraglia conclui que

As vantagens ao trabalhador são ínfimas, ou até mesmo inexistentes, diante do atual processo terceirizante, enquanto para os empresários parece ser a solução para o alcance de tão desejada empresa enxuta, exigida pelo modelo de produção atual. E, mesmo assim, frise-se que os fatos e estudos recentes demonstram a tenuidade das vantagens propaladas.<sup>25</sup>

Ainda, pode-se acusar que a visão de que a terceirização gera novos postos de trabalho dentro e fora da empresa, encobre o fato obvio de que “os terceirizados de hoje são os efetivos de ontem”<sup>26</sup>.

Conforme estudos do DIEESE em parceria com a CUT<sup>27</sup>, os trabalhadores contratados em regime de terceirização perfazem cerca de 25,5% do mercado de trabalho formal do país - ou seja, 1/4 de todos os trabalhadores, sem contar os que estão alocados no mercado informal, que geralmente caracteriza a maioria da classe.

O mesmo estudo aponta, ainda, que a terceirização provoca a redução dos patamares salariais, em contraposição ao aumento da jornada de trabalho, sem falar na condição permanente de rotatividade desses trabalhadores e os altos índices de acidentes de trabalho.

Assim é que Gabriela Neves Delgado afirma que a estratégia de otimização dos lucros via terceirização está fortemente baseada na precarização do trabalho.

A verdade é que a sistemática da terceirização compromete a afirmação da individualidade pessoal e profissional do trabalhador. Realmente, na terceirização, o obreiro deixa de se identificar como ser especializado e profissionalizado, detentor de uma habilidade e profissão específicas, passando a ser identificado por um epíteto genérico, fluído, impreciso, qual seja, 'trabalhador terceirizado'. Não é mais bancário, metalúrgico, petroleiro, químico, comerciante, etc: é simplesmente um trabalhador terceirizado<sup>28</sup>.

No processo de terceirização há a desumanização do trabalhador, que é inserido na estrutura empresarial do tomador como mero instrumento de persecução

---

<sup>25</sup> *Ibidem*, p.133.

<sup>26</sup> DELGADO, Gabriela Neves. **Terceirização – Aspectos gerais. A última decisão do STF e a Súmula 331 do TST. Novos enfoques.** Rev. TST, Brasília, vol. 77, no 1, jan/mar 2011, p.58.

<sup>27</sup> \_\_\_\_\_. 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. DIEESE/CUT, set.2011. Disponível em <<https://www.cut.org.br/system/uploads/ck/files/Dossie-Terceirizacao-e-Desenvolvimento.pdf>> Acesso em 02/11/2014.

<sup>28</sup> DELGADO, Gabriela Neves. **Os limites constitucionais da terceirização.** São Paulo: LTR, 2014, p.16.

de um determinado fim, sem que importe quem seja esse obreiro. Veja-se, ademais, que esse trabalhador é submetido às direções da empresa tomadora, ainda que indiretamente, a qual pode a qualquer momento solicitar sua substituição à empresa terceirizante.

Ainda, os trabalhadores terceirizados são caracterizados, em geral, pela baixa qualificação profissional, já que não passam por treinamentos e qualificação adequados ao trabalho. Uma vez que não fazem parte do quadro permanente da empresa tomadora, esta não teria interesse em investir neles. Ele aceita reduzir seus direitos na tentativa de, um dia, ser empregado da empresa tomadora.

Disso surge o problema de perda da identidade do trabalhador, que, não se inserindo de forma permanente na estrutura empresarial em que é colocado, muitas vezes fica até mesmo sujeito a discriminações em relação aos trabalhadores internos. À tomadora apenas importa o que o obreiro produz, e não como ele o faz e quem ele é.

É neste sentido que Gabriela Neves Delgado afirma:

Em termos objetivos, a terceirização afeta aos terceirizados, que em geral trabalham em condições mais precárias; os permanentes, cujos salários, por isso mesmo, tendem a se aviltar; e às vezes a própria empresa tomadora, que além de lidar com o embate histórico entre capital e trabalho, vê-se a braços com um conflito inédito entre trabalho e trabalho. Já em termos subjetivos, a terceirização atravessa as paredes do Parlamento para invadir corações e mentes, dificultando não só a luta para se pôr o direito, mas a luta pelo direito posto. E isso vale tanto para o terceirizado como para o efetivo, pois o que o primeiro transmite ao segundo não é apenas a degradação do salário ou do trabalho, mas o individualismo, a concorrência, a corrosão do caráter.<sup>29</sup>

O trabalhador terceirizado acaba assumindo essa posição, de um empregado de outra empresa, que não a tomadora, com outras políticas de gestão, passando a acreditar que seu vínculo com a contratante e como outros trabalhadores são fracos. Ele não percebe que seu trabalho é resultado de uma precarização e acaba não percebendo que há motivos para lutar por isonomia salarial e benefícios trabalhistas.

A terceirização, nestes termos, seria uma estratégia de poder, que divide a classe trabalhadora. “Assim, enquanto no preocupamos apenas com a norma, é o

---

<sup>29</sup> DELGADO, Gabriela Neves. **Terceirização – Aspectos gerais. A última decisão do STF e a Súmula 331 do TST. Novos enfoques.** Rev. TST, Brasília, vol. 77, no 1, jan/mar 2011, p.59.

próprio sujeito que se flexibiliza. Mas ele também contribui – por isso mesmo – para flexibilizá-la toda vez que sofre calado uma violação em seus direitos”<sup>30</sup>. Também:

Nesse sentido, talvez se possa dizer que o Direito do Trabalho não é apenas um conjunto de normas e institutos – mas é o próprio trabalhador. E é por isso que as transformações de um deles provoca transformações no outro. Esse talvez seja o maior problema da terceirização. Embora não seja a única, ela é uma espécie de bomba que ajuda a implodir o Direito do Trabalho.<sup>31</sup>

Helder Santos Amorin também aponta sérios efeitos produzidos pela terceirização sobre o sistema constitucional de proteção social do trabalhador, tais como:

(a) enseja empregos precários e transitórios porque as empresas fornecedoras ou prestadoras precisam de grande flexibilidade, conforme os movimentos do mercado, já que estão submetidas a ambiente de acirrada concorrência pelos contratos de prestação de serviços e, nesse movimento, promovem a redução salarial e de benefícios sociais dos trabalhadores terceirizados como meio de sobrevivência; (b) promove a piora sensível das condições de saúde e segurança no trabalho dos empregados terceirizados, o que enseja a maior incidência de acidentes de trabalhos entre estes trabalhadores; (c) enseja a insegurança no emprego, com ampliação da rotatividade de mão de obra; (d) promove tratamento desigual e discriminatório entre trabalhador terceirizado e o trabalhador contratado diretamente pela empresa tomadora do serviço para exercício de idêntica função; e (e) pulveriza a ação sindical, em face da transferência de grande contingente de empregados diretos, para empresas prestadoras de serviços, desintegrando a identidade de classe dos trabalhadores desmobilizando os movimentos de pressão voltados à conquista de novo direitos.<sup>32</sup>

Em síntese ao exposto, afirmamos que analisar as vantagens ou desvantagens afirmadas como existentes não só pelo direito mas também pela ciência da administração, nos ajuda a compreender as razões que podem levar a determinadas escolhas políticas feitas pelos tribunais e pelo legisladores contemporâneos, como será exposto no item 4 desse trabalho.

Podemos ver que as supostas vantagens trazidas pela aplicação da terceirização são, sobretudo, de cunho empresarial, ou seja, dizem respeito a objetivos buscados pelas sociedades empresariais, usando a exteriorização de

---

<sup>30</sup> *Ibidem*.

<sup>31</sup> *Ibidem*, p.60.

<sup>32</sup> AMORIM, Helder Santos. **A inconstitucionalidade da terceirização sem limite**. IN: FIGUEIREDO, Bruno Reis de ; HAZAN, Ellen Mara Ferraz (Coords.). Alguns aspectos sobre terceirização. Belo Horizonte: RTM, 2014, p.105.

processos produtivos, principais ou secundários, como uma estratégia econômica para otimizar o capital investido e seu resultado, sem se desconsiderar o fato de que, em casos concretos, essas vantagens ainda podem acabar por não se realizar.

Para além disso e ao que mais interessa ao direito, no que diz respeito às repercussões que atingem as relações de trabalho traçadas a partir do contrato de triangulação podemos dizer que as desvantagens lá experimentadas superam quaisquer dos benefícios apontados, sobretudo porque traz precarização das condições de trabalho do empregado contratado por empresa interposta, subtraindo características e elementos claramente essenciais às relações de trabalho.

O trabalho no contexto de empresas terceirizadas acaba desprovido da efetivação das garantias mais fundamentais conferidas ao trabalhador, tanto pela lei infraconstitucional quanto pela própria Constituição. Como veremos nos próximos capítulos, a terceirização, portanto, acaba por ferir direitos humanos, fundamentais e sociais dos trabalhadores postos sobre sua incidência.

### 3. O TRATAMENTO CONSTITUCIONAL DOS PRINCÍPIOS DO VALOR SOCIAL DO TRABALHO E DA LIVRE INICIATIVA

O art. 1º da Constituição da República de 1988 preceitua que “*a República Federativa do Brasil (...) constitui-se em Estado Democrático de Direito*”, o que significa dizer que

[...] tem um conteúdo transformador da realidade, não se restringindo, como o Estado Social de Direito, a uma adaptação *melhorada* das condições sociais de existência. Assim, seu conteúdo ultrapassa ao aspecto material de concretização de uma vida digna do homem e passa a agir simbolicamente como fomentador da participação pública [...]. E mais, a ideia de democracia contém e implica, necessariamente, a questão da solução do problema das condições materiais de existência.<sup>33</sup>

Os Estados Democráticos, então, são caracterizados pela centralização desses direitos fundamentais através da previsão de princípios que positivam os valores mais caros à sociedade e “*informam algumas normas e inspiram (...) uma série de soluções pelo que podem servir para (...), orientar a interpretação das existentes e resolver os casos não previstos*”<sup>34</sup>.

Os direitos do homem assumem diferente importância de acordo com o momento histórico em questão, pelo que diversos constitucionalistas têm dividido esses direitos em gerações ou dimensões, com conteúdos diferenciados em razão das necessidades predominantes.

A chamada primeira geração, típica do século XVIII, abrange os chamados direitos subjetivos naturais, as liberdades, quando predomina a ideia de que o Estado deve se abster de interferir nas ações dos indivíduos, reconhecendo-se direitos civis e políticos. Neste período prevaleciam os direitos frutos das lutas da burguesia, inspirados em ideais iluministas e liberais. Esses direitos buscam proteger o indivíduo ante o Estado. Paulo Bonavides<sup>35</sup> os denomina de direitos civis e políticos.

A segunda geração, por sua vez, corresponde aos chamados direitos sociais, que, agora no século XX e diferentemente daquelas liberdades anteriores, envolvem prestações sociais por parte do Estado a fim de garantir a defesa dos

<sup>33</sup> STRECK, 2004, apud MARQUES, Rafael da Silva. **Valor social do trabalho na ordem econômica, na Constituição Brasileira de 1988**. São Paulo: LTr: 2007.p.30.

<sup>34</sup> MARQUES, Rafael da Silva. **Valor social do trabalho na ordem econômica, na Constituição Brasileira de 1988**. São Paulo: LTr: 2007, p.61.

<sup>35</sup> BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo. Malheiros: 2004, p.570.

interesses sociais, inclusive dos direitos trabalhistas. São os direitos econômicos, sociais e culturais.

Já a terceira geração de direitos, por fim, refere-se aos direitos de solidariedade, os chamados direitos metaindividuais.

Pode-se dizer, portanto, que é a partir do século XX, entre os direitos de segunda geração (ou dimensão), que o Direito do Trabalho passa a atingir preocupação de nível constitucional.

Considerando a importância que os direitos sociais atingem após a primeira Guerra Mundial, a primeira constituição a dispor sobre direitos dos trabalhadores foi a do México, em 1917, seguida pela Constituição de Weimar e o Tratado de Versalhes (criação da OIT), ambos de 1919<sup>36</sup>. Mas é com a Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, que efetivamente se instaura a era dos direitos fundamentais.

O objetivo desses direitos sociais é *"corrigir as desigualdades sociais e econômicas, procurando solucionar os graves problemas da chamada 'questão social', surgida com a Revolução Industrial"*<sup>37</sup>.

Não se pode deixar de reconhecer que são justamente aqueles direitos que preconizam garantias e preservações da pessoa humana que ganham maior espaço em sede constitucional, positivando-se como direitos de magnitude superior, tanto em nível interno como em nível internacional.

Neste sentido, no núcleo da ordem constitucional brasileira está o sistema de direitos fundamentais, com o privilégio da dignidade da pessoa humana e a incorporação de princípios que dão unidade à Constituição Federal.

A Constituição de 1988 eleva os direitos e garantias individuais, previstos no art. 5º, ao nível de cláusula pétrea<sup>38</sup>, apontando-se como exemplos de direitos inerentes ao trabalho o princípio da norma mais benéfica e o princípio protetor (art. 7º, caput da CF/88).

Ademais,

---

<sup>36</sup> Cf. GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **Direitos fundamentais e relação de emprego: trabalho, constituição, processo**. São Paulo: Gen : Método: 2008, p.22.

<sup>37</sup> *Ibidem*.

<sup>38</sup> Cf. interpretação extensiva do art.60, §4º, IV da Constituição Federal, que prevê que não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir os direitos e garantias individuais.

Existem ainda *princípios constitucionais do trabalho*, presentes no texto da Constituição Federal de 1988, que figuram como verdadeiros alicerces na regulação da matéria, os quais são abrangidos pela disposição do art. 5º, §2º, da CF/1988, com importantes repercussões aos limites materiais ao poder constituinte derivado de reforma. Nesse sentido, a República Federativa do Brasil constitui-se em Estado Democrático de Direito, tendo como "fundamentos": a soberania; a *cidadania*; a *dignidade da pessoa humana*; os *valores sociais do trabalho* e da livre iniciativa (art. 1º da CF/1988).<sup>39</sup>

Em termos de garantias trabalhistas, são de grande relevância as previsões da Constituição vigente.

O art. 170 é de extrema importância ao prever que a ordem econômica é "fundada na valorização do trabalho e na livre iniciativa", objetivando "assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social", observando-se os princípios da função social da propriedade, da defesa do meio ambiente, da redução das desigualdades regionais e sociais, da busca pelo pleno emprego.

Ainda, o art. 5º, XIII da Constituição assegura a liberdade de exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, consagrando-se o chamado princípio da liberdade de trabalho, condicionado e limitado ao atendimento das qualificações profissionais estabelecidas em lei. O mesmo artigo, ademais, em seu caput, fundamenta o princípio da isonomia salarial.

Também merece grande destaque o art. 7º da CF, que prevê o direito ao trabalho, a garantia de igualdade formal e material, vedando a discriminação salarial e de critérios de admissão do trabalhador portador de deficiência, além da proibição da distinção entre trabalho manual, técnico e intelectual ou entre profissionais. Prevê ainda o princípio da proteção da despedida arbitrária ou sem justa causa, o princípio da irredutibilidade salarial, a proteção em face da automação, o direito de representação dos trabalhadores em face da empresa e o princípio da autonomia coletiva dos particulares.

Vê-se, portanto, que, na qualidade de Estado Democrático de Direito, o sistema constitucional brasileiro não apenas garantiu as conquistas sociais do Estado de Bem-Estar social, mas também criou novas formas de participação e valorização do trabalhador junto ao seu empregador.

O Estado Democrático de Direito é, portanto, "*uma ruptura para transformar a sociedade de acordo com os seus princípios, levando em conta, principalmente, a*

---

<sup>39</sup> GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **Direitos fundamentais e relação de emprego: trabalho, constituição, processo**. São Paulo: Método, 2008, p.30.



*igualdade e a dignidade da pessoa humana"* <sup>40</sup>, estando indissociavelmente ligada à realização dos direitos fundamentais.

A dignidade da pessoa humana é irrenunciável e inalienável, não podendo ser destacada do ser humano, por fazer parte de sua essência, guiar a sua conduta como pessoa, bem como formar a sua existência. É por isso que Ingo Wolfgang Sarlet aduz que a dignidade da pessoa humana é limite e tarefa dos poderes do Estado, da comunidade, de todos e de cada um, sendo ela atingida sempre que a pessoa se encontre na condição de coisa, de objeto, ou seja, quando descaracterizada a sua condição de sujeito de direitos. Assim, onde não houver respeito à vida ou à integridade física, psíquica e moral do ser humano, onde as condições mínimas de existência não forem asseguradas ou respeitadas, onde não houver limitação do poder, "onde a liberdade e a autonomia, a igualdade (em direitos e dignidades) e os direitos fundamentais não forem reconhecidos e minimamente assegurados, não haverá espaço para a dignidade da pessoa humana e esta (pessoa), por sua vez, poderá não passar de mero objeto de arbítrio e injustiças. <sup>41</sup>

Os direitos fundamentais sociais, especificamente, encontram capítulo próprio na Constituição de 1988, sendo direitos sociais, segundo o art. 6º, a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados.

A carta, portanto, coloca os direitos dos trabalhadores como direitos sociais, e o trabalho como base da ordem econômica.

### 3.1. A ORDEM ECONÔMICA E SOCIAL DO ESTADO BRASILEIRO

A Constituição brasileira trata tanto da ordem econômica quanto da ordem social, o que, para Rafael da Silva Marques, conduz a ambiguidades, uma vez que a previsão de uma ordem econômica separada da ordem social *"reproduz o equívoco semântico que supõe econômica a produção e social a repartição, isso porque a produção e a repartição constituem duas faces de uma única cadeia de fatos, os fatos econômicos"* <sup>42</sup>.

<sup>40</sup> MARQUES, Rafael da Silva. **Valor social do trabalho na ordem econômica, na Constituição Brasileira de 1988**. São Paulo: LTr, 2007, p.30.

<sup>41</sup> SARLET, 2004, apud MARQUES, Rafael da Silva. **Valor social do trabalho na ordem econômica, na Constituição Brasileira de 1988**. São Paulo: LTr, 2007, p.68.

<sup>42</sup> MARQUES, op. cit., p. 92.

Para Eros Grau<sup>43</sup>, no mesmo sentido, a Constituição fala em “Ordem Econômica e Social”, sendo a noção de ordem social paralela à noção de ordem econômica, na medida em que a repartição – como noção de justiça social de natureza econômica – não está oposta às noções de produção e circulação, mas, antes, as preocupações sociais estão presentes em todas essas ordenações. Seria, então, um equívoco fazer separação entre ordem econômica e ordem social, visto que essas atividades de produção, circulação e repartição seriam todas matérias essencialmente econômicas. Além disso, sendo todos os problemas econômicos também problemas sociais, visto que “*o econômico é uma fração do social*”, todas as matérias contidas na constituição são de natureza social, e não apenas econômicas.

Para referido autor, a ordem econômica é o conjunto de normas que define, institucionalmente, determinado modo de produção econômica, o conjunto de medidas tomadas pelos poderes públicos tendentes a organizar as relações econômicas. Essa seria uma concepção restritiva, na medida em que aponta como seu objeto apenas as relações de cunho econômico.

A ordem econômica, “*assim, é o conjunto de princípios de organização da vida econômica, consagrados no Direito Positivo*”<sup>44</sup>, cujo objetivo é a conformação do processo econômico a uma determinada construção ideológica.

Sua base constitucional, no Brasil, se encontra nos artigos 170 a 192 da CF/88, além de normas esparsas nos artigos 3º, 5º e 6º e outros princípios constitucionalmente previstos, quais sejam: a dignidade da pessoa humana, a soberania nacional, o valor social do trabalho, o valor social da livre iniciativa, a construção de uma sociedade livre, justa e igualitária, a erradicação da pobreza e da marginalização e a redução das desigualdades sociais e regionais, sujeição da ordem econômica aos ditames da justiça social, a propriedade e sua função social, a busca do pleno emprego, a defesa do consumidor, o tratamento favorecido às empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no país, e a livre concorrência.

Nossa ordem econômica se baseia, portanto, no modo de produção capitalista, garantido a propriedade privada dos bens e meios de produção, e isso

---

<sup>43</sup> GRAU, Eros Roberto. **Elementos de direito econômico**. São Paulo: R. dos Tribunais, 1981. p.46-47.

<sup>44</sup> *Ibidem*, p. 43-44.

não se altera diante do caráter prestacional do Estado em relação aos direitos dos trabalhadores. Ou seja, mesmo capitalista,

a ordem econômica prioriza o valor do trabalho humano sobre todos os valores da economia de mercado, devendo o Estado intervir na economia de forma que proteja os direitos sociais dos trabalhadores, direitos estes ligados à dignidade da pessoa humana, até porque são estes mesmos trabalhadores sem os quais não existiria modo de produção capitalista.<sup>45</sup>

Luís Roberto Barroso<sup>46</sup> ensina que a livre iniciativa e o valor do trabalho humano são dois dos princípios que fundamentam a ordem econômica, segundo as disposições dos arts. 1º, IV e 170, *caput* da Constituição, subordinando à sua observação todos os agentes da iniciativa privada e do próprio Estado.

Neste sentido, ainda, Eros Grau afirma que *“a ordem econômica (...) marca o perfil de tal organização [a organização econômica], condicionando juridicamente a atividade econômica a determinados fins políticos do Estado”*<sup>47</sup>.

O art. 170 da CF88 acaba por preconizar o valor do trabalho humano antes mesmo de quaisquer aspectos ligados à livre iniciativa ou ao mercado e seus aspectos gerais. O mesmo artigo, em seu inciso VIII eleva o pleno emprego à princípio da ordem econômica. Na medida em que apenas o trabalho altera a natureza e, por isso, é capaz de gerar riqueza, é que a ele se deve dar importância. Vê-se, então, a preconização de diretrizes determinadas em razão dos mencionados *fins políticos do Estado*.

A atuação das pessoas e da sociedade, entenda-se entidades públicas, empresas e trabalhadores, ante a ordem econômica deve pautar-se, sempre, no valor social do trabalho humano. E isso deve ser feito considerando o modo de produção capitalista que se mantém e sobrevive do trabalho humano de quem retira a 'mais valia'. Dentro deste aspecto, deve-se também ter em mente a dignidade da pessoa humana, o fazendo, no momento em que leva em consideração antes de tudo o valor do trabalho humano, a fim de eliminar ou diminuir ao máximo as desigualdades sociais e regionais, buscando a inclusão social de todos os membros da sociedade, trabalhadores ou não, mesmo que a ordem econômica se tenha fundado no trabalho, porquanto aqueles que, no momento, não exercem qualquer atividade remunerada ou estão à procura de trabalho ou estão a

<sup>45</sup> MARQUES, Rafael da Silva. **Valor social do trabalho na ordem econômica, na Constituição Brasileira de 1988**. São Paulo: LTr, 2007, p.80.

<sup>46</sup> BARROSO, Luís Roberto. **A ordem econômica Constitucional e os Limites à Atuação Estatal no Controle de Preços**. Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (RADAE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº. 14, maio/junho9julho, 2008, Disponível na Internet: <[www.direitodoestado.com.br/redae.asp](http://www.direitodoestado.com.br/redae.asp)>. Acesso em 17/10/2016, p.03.

<sup>47</sup> GRAU, Eros Roberto. **Elementos de direito econômico**. São Paulo: R. dos Tribunais, 1981, p.44.

se preparar para o mercado de trabalho, considerando os aposentados, antigos trabalhadores e que continuam possuindo, por óbvio, dignidade, já que o benefício material à existência capitalista aí está fruto desde trabalho.<sup>48</sup>

Note-se os direitos fundamentais sociais e os direitos de liberdade se baseiam, ambos, na dignidade da pessoa humana, não estando, portanto, em posições contrárias. Pelo contrário, a importância dos direitos sociais está justamente em realizar uma igualdade social niveladora.

Neste sentido é nos cabe no presente estudo analisar os fundamentos do valor social do trabalho em face da liberdade de iniciativa do empregador e como esses princípios se opõem frente à questão da terceirização trabalhista.

### 3.2. O VALOR SOCIAL DO TRABALHO

O valor social do trabalho, além de princípio da ordem econômica brasileira, é previsto como fundamento da República, nos termos do art. 1º, IV da CF/88, e dizer que ele é um fundamento significa afirmar que o ordenamento jurídico deve seguir por tal preceito. Assim, no contexto constitucional, deve ser lido por completo, levando-se em conta seus preceitos dentro de todas as divisões do texto legal, especialmente nos títulos relativos aos Princípios Fundamentais, à Ordem Econômica e à Ordem Social.

A Constituição trata do tema em quatro artigos: o art. 1º prevê que a República Federativa do Brasil, constituída em Estado Democrático de Direito, tem como fundamento, entre outros, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; o art. 6º preconiza o trabalho como direito social; o art. 170 estabelece que a ordem econômica é fundada na valorização do trabalho humano, tendo por fim assegurar a todos uma vida digna; e o art. 193 coloca o trabalho como base da ordem social.

Pode-se afirmar que trabalho humano é o que mantém o modo de produção capitalista, pelo que sua proteção é fundamental também à economia. Todavia, não se tem valorizado e identificado essa relação:

O que ocorre, entretanto, na sociedade moderna, especialmente na brasileira, é que se está confundindo o custo do trabalho para as empresas com tributos e forma de se inviabilizar a livre iniciativa. Definitivamente não é isso, mas a mensagem passada, principalmente pelos economistas, é a

---

<sup>48</sup> MARQUES, Rafael da Silva. **Valor social do trabalho na ordem econômica, na Constituição Brasileira de 1988**. São Paulo: LTr, 2007, p.106.

de que o trabalho onera a produção e emperra o crescimento nacional. Definitivamente não é assim. Sem trabalho, não há capital, não há capitalismo, quando a recíproca não é verdadeira e estão para atestar isso tudo os quase um mil e oitocentos anos da era cristã sem capitalismo.<sup>49</sup>

Considerando que os princípios gerais de direito objetivam orientar a interpretação e aplicação da lei, Eros Grau ensina que o valor social do trabalho e a valorização do trabalho humano

consubstanciam cláusulas principiológicas que, ao par de afirmarem a compatibilização - conciliação e composição - (...) portam em si evidentes potencialidades transformadoras. Em sua interação com os demais princípios contemplados no texto constitucional expressam prevalência dos valores do trabalho na conformação da ordem econômica (...). Poderão, conteúdo - e aí o temor de Raul Machado Horta - se tanto induzido pela força do regime político, reproduzir em atos, efetivos, suas potencialidades transformadoras.<sup>50</sup>

Como a finalidade da ordem econômica é a potencialização do ser humano, faz sentido que ela priorize o trabalho como meio de alcançar esse objetivo, pois a valorização do trabalho está diretamente ligada à valorização na própria pessoa humana, na medida em que trabalhar traz dignidade e sustento ao homem, podendo levar ao alcance de uma vocação. É até mesmo um fator de aceitação pessoal e social, sem a qual o homem não sabe viver.

Ana Paula Tauceda Branco afirma neste sentido que

Assim pensado, o Princípio do Valor Social do Trabalho não constitui tão somente uma regra juridicamente ordenada, mas antes um "cordão umbilical" em que o sistema é realimentado pelo Princípio Constitucional Fundamental da Dignidade da Pessoa Humana que, a nosso ver, inegavelmente, ocupa local e função (informadora, normativa e interpretadora) em primazia às demais normas, vinculando-as a posicionamentos hermenêuticos que reconheçam a pessoa humana, especialmente na figura do trabalhador e do seu trabalho, como pilar estruturante do sistema.<sup>51</sup> (2006, p.58)

---

<sup>49</sup> MARQUES, Rafael da Silva. **Valor social do trabalho na ordem econômica, na Constituição Brasileira de 1988**. São Paulo: LTr, 2007, p.97.

<sup>50</sup> GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. 8ª ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2003, p.179.

<sup>51</sup> BRANCO, Ana Paula Tauceda. **A colisão de princípios constitucionais no direito do trabalho, sob a perspectiva da dignidade da pessoa humana**. 2006.153 fls. Dissertação (mestrado) - Faculdades de Vitória. Disponível em <http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp075248.pdf>. Acesso em 16/10/2016, p.58.

O valor social do trabalho, assim, abrange possibilidade de que o homem, por meio de seu trabalho, possa concretizar planos e projetos de vida<sup>52</sup>, ainda mais considerando que

[...] da forma como foi redigida a Carta de 1988, dando ênfase ao trabalho humano, quer como fundamento da República, que como princípio base da ordem econômica e da ordem social, não há como interpretar os dispositivos constitucionais sem, necessariamente, dar destaque ao trabalho humano, em suas mais variadas formas, se sobrepondo ele aos demais elementos ligados principalmente ao mercado, por se tratar, também, de elemento de dignidade da pessoa humana. Não se pode, com isso, desvalorizar-se e precarizar as relações de trabalho, pois isso geraria, por certo, um aumento das desigualdades sociais e prejudicaria a busca do pleno emprego, marginalizando boa parte da população economicamente ativa.<sup>53</sup>

É inegável, ainda, de que a valorização do trabalho e do trabalhador é diretamente traduzido pela premissa máxima da dignidade da pessoa humana, tanto em um contexto individual como social, sendo, aliás, justamente pela contraposição desses princípios à livre iniciativa que se compreende o princípio da proteção no Direito do Trabalho e se interpretam as demais normas trabalhistas. Amauri Mascaro Nascimento chega até mesmo a falar em *princípio da valorização da dignidade do trabalhador*<sup>54</sup>.

Na qualidade de preceito realizador do ideal de justiça social, o trabalho deve ser valorizado não apenas através de uma condizente atribuição salarial ou pela realização de objetivos econômicos, mas pela valorização da condição humana do trabalhador, tanto pelo empregador quanto pelo próprio Estado, através do estabelecimento de normas que estabeleçam condições dignas e assecuratórias dos direitos trabalhistas.

A inserção do valor do trabalho no âmbito econômico, visa, portanto, à busca de um equilíbrio, mostrando a consciência do constituinte originário de que quem desenvolve a economia e o mercado é o trabalho, pelo que os dois - economia e trabalho - devem viver harmoniosamente.

---

<sup>52</sup> No mesmo sentido, ainda, é o Maurício Godinho Delgado afirma que “a centralidade do trabalho na vida pessoal e comunitária da ampla maioria das pessoas humanas é percebida pela Carta Magna, que, com notável sensibilidade social e ética, erigiu-a como um dos pilares de estruturação da ordem econômica, social e, por consequência, cultural do país”. DELGADO, Maurício Godinho. **Princípios de direito individual e coletivo do trabalho**. 2. ed. São Paulo: LTR, 2004, p. 34.

<sup>53</sup> MARQUES, Rafael da Silva. **Valor social do trabalho na ordem econômica, na Constituição Brasileira de 1988**. São Paulo: LTr, 2007, p.115-116.

<sup>54</sup> NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de Direito do Trabalho**. 29.ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p.479.

O que se tem experimentado, todavia, é uma desconfiguração dessa intenção diante do processo de flexibilização das normas trabalhistas vivido nos últimos anos por conta de exigências postas pelos agentes econômicos na persecução pela diminuição dos custos de produtos e serviços.

### 3.3. A LIVRE INICIATIVA DO EMPREGADOR

Referida logo após o valor social do trabalho, o princípio da livre iniciativa, base das sociedades capitalistas, também referido como fundamento da ordem econômica constitucional, pode ser conceituada como "o direito que todas as pessoas têm de se lançar no mercado por sua conta e risco"<sup>55</sup>.

Eros Grau apresenta a noção de livre iniciativa referida pela Constituição Federal da seguinte maneira:

Inúmeros os sentidos, de toda sorte, podem ser divisados no princípio, em sua dupla face, ou seja, enquanto liberdade de comércio e indústria e enquanto liberdade de concorrência. A este critério classificatório acoplado-se outro, que leva à distinção entre liberdade pública e liberdade privada, poderemos ter equacionado o seguinte quadro de exposição de tais sentidos: a) liberdade de comércio e indústria (não ingerência do Estado no domínio econômico): a.1) faculdade de criar e explorar uma atividade econômica a título privado - liberdade pública; a.2) não sujeição a qualquer restrição estatal senão em virtude de lei - liberdade pública; b) liberdade de concorrência: b.1) faculdade de conquistar a clientela, desde que não através de concorrência desleal - liberdade privada; b.2) proibição de formas de atuação que deteriam a concorrência - liberdade privada; b.3) neutralidade do Estado diante do fenômeno concorrencial, em igualdade de condições dos concorrentes – liberdade pública.<sup>56</sup>

José Afonso da Silva, nesse sentido, ensina que a livre iniciativa,

num contexto de uma Constituição preocupada com a realização da justiça social (o fim condiciona os meios), não pode significar mais do que 'liberdade de desenvolvimento da empresa no quadro estabelecido pelo poder público, e, portanto, possibilidade de gozar das facilidades e necessidade de submeter-se às limitações postas pelo mesmo'. É legítima, enquanto exercida no interesse da justiça social. Será ilegítima, quando exercida com objetivo de puro lucro e realização pessoal do empresário.<sup>57</sup>

<sup>55</sup> MARQUES, Rafael da Silva. **Valor social do trabalho na ordem econômica, na Constituição Brasileira de 1988**. São Paulo: LTr, 2007, p.117.

<sup>56</sup> GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 8. ed. São Paulo: Malheiros: 2003, p. 184.

<sup>57</sup> DA SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 15.ed., São Paulo: Malheiros: 1998, p. 760.

Desde já se vê que tal princípio deve ter necessariamente um valor social, nos ditames do art. 1º, IV da CF/88, sendo sempre considerada socialmente, e não apenas individualmente.

A amplitude conferida ao termo "livre iniciativa" pode ser levar à errônea conclusão de que ela se esgota na liberdade econômica ou na liberdade de iniciativa econômica. Todavia essa liberdade, descrita por Eros Grau como "*sensibilidade e acessibilidade a alternativas de conduta e de resultado*" não pode ser interpretada apenas como uma condição relacionada a assuntos econômicos ou até mesmo capitalistas.

Antes, a liberdade de iniciativa é um desdobramento da liberdade em sentido amplo, constitucionalmente protegida, e não um atributo exclusivo da empresa.

Tércio Sampaio Ferraz Jr. trata a liberdade de iniciativa como atributo inalienável do ser humano:

"Nestes termos, o art. 170, ao proclamar a livre iniciativa e a valorização do trabalho humano como fundamentos da ordem econômica está nelas reconhecendo a sua base, aquilo sobre o que ela se constrói, ao mesmo tempo sua *conditio per quam* e *conditio sine qua non*, os fatores sem os quais a ordem reconhecida deixa de sê-lo, passa a ser outra, diferente, constitucionalmente inaceitável. (...) Afirma-se, pois, que a estrutura da ordem está centrada na atividade das pessoas e dos grupos e não na atividade do Estado. Isto não significa, porém, uma ordem do '*laissez faire*', posto que a livre iniciativa se conjuga com a valorização do trabalho humano, mas a liberdade, como fundamento, pertence a ambos. Na iniciativa, em termos de liberdade negativa, da ausência de impedimentos e da expansão da própria criatividade. Na valorização do trabalho humano, em termos de liberdade positiva, de participação sem alienações na construção da riqueza econômica. (...)<sup>58</sup>.

Luís Roberto Barroso<sup>59</sup>, por sua vez, afirma que o princípio da livre iniciativa pode ser decomposto em elementos esparsos no texto constitucional: propriedade privada, liberdade de empresa, livre concorrência e liberdade de contratar.

Assim, ainda que a liberdade de iniciativa econômica, intimamente relacionada com a liberdade, seja pautada também pelos ditames da livre concorrência, sua análise não pode ser meramente mercadológica, mas deve, antes,

---

<sup>58</sup> FERRAZ JR, Tércio Sampaio. **A economia e o controle do Estado**. parecer publicado no jornal "O Estado de S. Paulo", p. 50, em 04.06.1989, apud GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 5ª ed., São Paulo, Malheiros, 2000, p. 232.

<sup>59</sup> BARROSO, Luís Roberto. **A ordem econômica Constitucional e os Limites à Atuação Estatal no Controle de Preços**. Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (RADAE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº. 14, maio/junho9julho, 2008, Disponível na Internet: <www.direitodoestado.com.br/redae.asp>. Acesso em 17/10/2016. p.04.



considerar sua função social, o que significa dizer que essas liberdades não podem ser tomadas isoladamente como fundamentos de um determinado anseio ou do exercício de determinado direito.

Assim é que, em um determinado caso concreto, o direito que se pretende ver garantido pode estar claramente conformado aos ditames da liberdade de contratar; mas se o exercício desse direito, ao mesmo tempo em se respeita os limites de tal liberdade viola outros ditames de cunho social, não podemos falar em uma conformação total. Ou seja, a valor social do trabalho e a liberdade de iniciativa são valores equânimes e postos sob um mesmo patamar dentro de uma mesma relação jurídica. Neste sentido, poderíamos falar então em um conflito baseado não na sobreposição de um princípio sobre outro de mesmo ou maior valor no caso concreto, mas sim em um conflito no qual há a supressão de um princípio que o ordenamento constitucional apontou como limite de interpretação e aplicação de outros. É o que se dá, como veremos, no âmbito das relações trabalhistas terceirizadas.

#### **4. A COLISÃO A LIVRE INICIATIVA AO VALOR SOCIAL DO TRABALHO**

Seguindo o que apontamos no item anterior, tanto o direito à livre iniciativa e quanto o princípio do valor social do trabalho estão colocados no mesmo contexto de aplicação constitucional, sendo ambos corolários fundamentais da ordem

econômica e social brasileira. Porém, é preciso ter em vista que essa aparente ligação não os exime de estarem em contínua tensão. Antes, é justamente sua colocação justaposta que traz conflitos de aplicação na medida em que a busca do lucro, característica da sociedade capitalista, se apregoa apenas em uma liberdade mercantil absoluta, coloca em risco a dignidade do ser humano em suas diversas dimensões, ponto em que toca as relações de trabalho.

Para se falar sobre esse conflito existente entre os princípios apontados e como seu resultado se aplica à questão do uso da terceirização no Brasil, podemos analisar brevemente o conceito de princípio e os principais doutrinadores do direito.

Ana Paula Tauceda Branco afirma que os princípios gerais do direito são os verdadeiros *"alicerces da engenharia do Direito que, muitas vezes, restam visíveis e patentes - como é o caso daqueles que foram transformados em normas positivadas pelo próprio ordenamento jurídico"*<sup>60</sup>.

Luís Roberto Barroso, por sua vez, define os princípios constitucionais como *"normas eleitas pelo constituinte como fundamentos ou qualificações essenciais da ordem jurídica que os instrui"*, sendo que os princípios - chamados de normas-princípios, em oposição às normas-disposição - *"têm, normalmente, maior teor de abstração e uma finalidade mais destacada dentro do sistema"*<sup>61</sup>.

Miguel Reale, em sua Teoria Geral do Direito, ensina que os princípios são

enunciações normativas de valor genérico, que condicionam e orientam a compreensão do ordenamento jurídico, quer para a sua aplicação e integração, quer para a elaboração de novas normas. (...) Alguns deles se revestem de tamanha importância que o legislador lhes confere força de lei, com a estrutura de modelos jurídicos, inclusive no plano constitucional, consoante dispõe nossa constituição sobre os princípios da isonomia (igualdade de todos perante a lei), da irretroatividade da lei para proteção dos direitos adquiridos, etc.<sup>62</sup>

Partindo-se de tais conceitos, pode-se afirmar certa supremacia dos princípios sobre as normas jurídicas. No sistema brasileiro, em que os princípios mais valorizados são positivados na Constituição, tais preceitos não só ocupam uma

<sup>60</sup> BRANCO, Ana Paula Tauceda. **A colisão de princípios constitucionais no direito do trabalho, sob a perspectiva da dignidade da pessoa humana**. 2006. 153 fls. Dissertação (mestrado) - Faculdades de Vitória. Disponível em <http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp075248.pdf>. Acesso em 16/10/2016. P.24

<sup>61</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**. São Paulo: Saraiva, 1996, p.141.

<sup>62</sup> REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 27ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p.304-305.

posição superior dentro do ordenamento jurídico como também são hierarquizados entre si, conforme seu conteúdo material e a escolha política que se faz em proteger determinados temas em detrimento de outros, ressaltando-se a prevalência daqueles princípios de proteção dos direitos fundamentais do homem.

Já Ronald Dworkin<sup>63</sup> ensina que o princípio é um modelo a ser seguido, uma vez que representa uma exigência da justiça ou da equidade. São padrões vinculados a propósitos políticos voltados a um fim social ou a uma conotação moral atrelada à noção de equidade e justiça.

Adentrando à questão da possível colisão entre princípios, para referido autor havendo um conflito de normas deve haver a prevalência de uma regra sobre outra, sendo prevalente a que for de maior relevância para o caso concreto.

Para tanto, Dworkin defende a formação de uma lógica de "tudo ou nada", a qual prega a prevalência de uma regra em detrimento de outra mesmo que ambas sejam igualmente válidas. Já os princípios, sendo amplos a ponto de não ser possível a aplicação de uma mera subsunção jurídica, devem ser aplicados de acordo com seu valor, peso ou força.

Robert Alexy<sup>64</sup>, representando uma corrente pós-positivista, elastece o conceito de princípio apresentado por Dworkin, desprendendo-o do plano dos direitos individuais e firmando seu status de norma jurídica. Para ele, os princípios compõem a categoria daquilo que é considerado obrigatório, conferindo lógica ao sistema ao evitar contradições quanto ao dever-ser das regras; são mandados de otimização, normas que determinam que algo seja realizado na maior medida possível.

É assim que, partindo-se da premissa de que *"os Direitos Fundamentais têm status de princípios ao assumirem a forma de Enunciados Normativos, deduz-se que sempre que os Direitos Fundamentais foram alçados ao grau de Princípios poderá haver colisão entre eles"*<sup>65</sup>. Tais colisões podem se dar de maneira estrita - quando

---

<sup>63</sup> DWORKIN, Ronald. 2002, apud BRANCO, Ana Paula Tauceda. **A colisão de princípios constitucionais no direito do trabalho, sob a perspectiva da dignidade da pessoa humana**. 2006. 153 fls. Dissertação (mestrado) - Faculdades de Vitória. Disponível em <http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp075248.pdf>. Acesso em 16/10/2016;

<sup>64</sup> ALEXY, Robert. 1999 apud BRANCO, Ana Paula Tauceda. **A colisão de princípios constitucionais no direito do trabalho, sob a perspectiva da dignidade da pessoa humana**. 2006. 153 fls. Dissertação (mestrado) - Faculdades de Vitória. Disponível em <http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp075248.pdf>. Acesso em 16/10/2016

<sup>65</sup> Ana Paula Tauceda. **A colisão de princípios constitucionais no direito do trabalho, sob a perspectiva da dignidade da pessoa humana**. 2006. 153 fls. Dissertação (mestrado) - Faculdades

envolve dois direitos fundamentais de caráter idêntico ou não - ou de maneira ampla - quando se dá entre direitos fundamentais individuais e interesses fundamentais coletivos.

Para resolver esses conflitos, Alexy cria uma lei de colisão que pretende ponderar precedências e pesos, verificando as consequências fáticas e jurídicas que podem advir da aplicação de um ou outro princípio. Essa ponderação se dá por um critério de proporcionalidade, composto por três fases: de análise da adequação, análise da necessidade e análise de proporcionalidade, sendo esta última consistente na análise do custo-benefício e da dimensão de intervenção no direito fundamental.

Canotilho se serve da mesma classificação das colisões em sentido amplo e sentido estrito, mas adverte que nenhuma norma pode ser reconhecida como absoluta ou primária em relação a outra, devendo qualquer tensão ser resolvida pela ponderação.

Para os objetivos desse trabalho, adotaremos a concepção apontada por Ana Paula Tauceda Branco, para quem, em resumo, a hermenêutica constitucional deve observar três estágios:

I. Na hipótese de existência de colisão entre os Princípios Constitucionais (ou Direitos Humanos Fundamentais), há que se atentar para a lógica jurídica adotada pelo Sistema que, naturalmente, impõe às atividades interpretativas e aplicativas em relação à norma jurídica constitucional uma solução que tenha passado, necessariamente, pela busca de reconhecer, no Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, a origem de todos os demais Princípios Constitucionais (e Direitos Humanos Fundamentais), tratando-se ele de um desdobramento natural, de um núcleo irradiador da razão de ser de todos eles; II. Caso se verifique uma colisão entre Princípios Constitucionais (e/ou Direitos Humanos Fundamentais), o embate há de ser resolvido conforme o fato concreto e com base nas três fases da Máxima da Proporcionalidade elaborada por Alexy, quais sejam: a) adequação; b) necessidade; c) proporcionalidade, momento este em que, na hipótese da colisão ainda prevalecer, há de ser solucionada, sucessivamente, através das 1ª e 2ª Leis da Ponderação; III. No contexto do Estado Social de Direito, a interpretação e a aplicação das normas constitucionais, referidas no capítulo "2", devem ser iluminadas prioritariamente pelo Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e não, simplesmente, pelo da proteção da Propriedade e da Livre Iniciativa, típicas do Estado Liberal.<sup>66</sup>

---

de Vitória. Disponível em <http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp075248.pdf>. Acesso em 16/10/2016, p.87.

<sup>66</sup> *Ibidem*.

Diante de tais teorias e já adentrando ao tema da colisão dos princípios específicos que desejamos analisar, Luís Roberto Barroso<sup>67</sup>, afirma que nenhum princípio é absoluto e a colisão de normas constitucionais deve ser neutralizada por meio da técnica de equilíbrio, assegurando-se a convivência de princípios que podem acabar por se chocar. Assim é que o Ministro afirma que o princípio da livre iniciativa deve ser ponderado com outros valores constitucionais, pelo que

sujeita-se, assim, à atividade reguladora e fiscalizadora do Estado, cujo fundamento é a efetivação das normas constitucionais destinadas a neutralizar ou reduzir as distorções que possam advir do abuso da liberdade de iniciativa e aprimorar-lhe as condições de funcionamento.<sup>68</sup>

Neste sentido, sendo tanto a valorização do trabalho quanto a livre iniciativa princípios da ordem econômica e fundamentos da República, a pretensão da Constituição é que ambos os preceitos se apliquem de forma conciliatória.

Mas sabemos que na realidade eles vivem em conflito<sup>69</sup>.

Ana Paula Tauceda Branco, já citada, falando especificamente tais princípios, aponta que

[...] enquanto o princípio constitucional da livre iniciativa se apresenta como um corolário natural do direito fundamental à liberdade (incisos II, XIII e XVII do art.5º), o princípio constitucional do valor social do trabalho, por seu lado, se dá por conhecer por via da igualdade (caput do art. 5º). Na verdade, isso só serve para robustecer a posição do constituinte originário de abarcá-los de modo a integrar todas as dimensões de Direitos Fundamentais do Homem, numa postura de plena harmonia com a doutrina

---

<sup>67</sup> BARROSO, Luís Roberto. **A ordem econômica Constitucional e os Limites à Atuação Estatal no Controle de Preços**. Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (RADAE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº. 14, maio/junho9julho, 2008, Disponível na Internet: <[www.direitodoestado.com.br/redae.asp](http://www.direitodoestado.com.br/redae.asp)>. Acesso em 17/10/2016, p. 05-06.

<sup>68</sup> *Ibidem*.

<sup>69</sup> Também Rafael Marques se posiciona no sentido de que "O que deve ser feito, e isso cabe ao intérprete, é que quando este se deparar com alguma situação que diga respeito ao trabalho humano, a forma de se resolver o impasse é levando-se em conta que este mesmo trabalho tem um valor social, que é elemento de dignidade da pessoa humana, a fim de fazer valer os fundamentos e objetivos fundamentais da República (arts.1ºe 3º) e os princípios da ordem econômica e social (arts. 170 e 193)". (MARQUES, Rafael da Silva. **Valor social do trabalho na ordem econômica, na Constituição Brasileira de 1988**. São Paulo: LTr, 2007, p.116). No mesmo sentido, "a valorização do ser humano, portador do direito fundamental à igualdade e à liberdade, portador da dignidade, deve ser o objetivo principal do intérprete da Constituição. Concretizar esta mesma Constituição, tendo por norte os princípios fundamentais, trazendo, portanto, à baila uma nova hermenêutica constitucional é que deve ser o caminho a ser seguido. Dispensar velhas interpretações liberais que visem apenas à proteção do mercado e do capital, em detrimento do ser humano devem ser eliminadas e descartadas, para, efetivamente chegar-se a um Estado Democrático de Direito." (MARQUES, Rafael da Silva. **Valor social do trabalho na ordem econômica, na Constituição Brasileira de 1988**. São Paulo: LTr, 2007, p.147)

que aponta como sendo algumas das características desses direitos à indivisibilidade e à universalidade.<sup>70</sup>

Não há dúvidas de que tanto o trabalho humano quanto o capital são indispensáveis ao desenvolvimento econômico de uma sociedade, não podendo haver, *a priori*, uma supervalorização de um preceito sobre outro. Caberia ao Estado, portanto, proporcionar formas de equilibrar forças, valorizando o trabalho ao mesmo tempo em que proporciona oportunidades de crescimento aos agentes econômicos.

Neste sentido, nenhuma forma de flexibilização, demandada por necessidades econômicas, poderia subtrair o valor do trabalho. Mas o que se vê hoje é justamente uma ruptura das concepções trabalhistas tradicionais promovidas pelo domínio do mercado econômico sobre o Direito.

Voltando-se ao tema específico que buscamos analisar, a terceirização trabalhista traz a tona o conflito entre o direito fundamental individual que a empresa tem de poder contratar outras empresas prestadoras de serviço contra o direito do empregado, em nome de toda a sociedade, de manter a preservação da vida digna e a percepção do mínimo vital através de sua contraprestação salarial por parte de quem contratou sua atividade. Ou seja, há um conflito entre uma liberdade jurídica e um princípio fundamental coletivo, entre a livre iniciativa do empregador e o valor social do trabalho.

A princípio, esse conflito poderia ser facilmente resolvido pela regra de ponderação teorizada por Alexy, para a qual, ao fim e ao cabo, prevaleceria o princípio coletivo tendo em vista o dever do Estado de existir em função da pessoa humana.

Todavia, a tratativa atual acerca dos limites de aplicação da terceirização revela justamente o contrário. Prova de tal afirmação pode ser vista na transformação do entendimento do Tribunal Superior do Trabalho acerca da terceirização trabalhista, cujos conceitos e fundamentos foram estudados no início desse trabalho.

Até as décadas de 70 e 80 o TST tinha entendimento claro sobre a formação direta de vínculo empregatício com a empresa tomadora de serviços caso

---

<sup>70</sup> Ana Paula Tauceda. **A colisão de princípios constitucionais no direito do trabalho, sob a perspectiva da dignidade da pessoa humana**. 2006. 153 fls. Dissertação (mestrado) - Faculdades de Vitória. Disponível em <http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp075248.pdf>. Acesso em 16/10/2016, p.68.

houvesse a contratação de trabalhadores por empresa interposta fora dos casos previstos em lei, revelado a posição da Corte contrária à terceirização.

Em 1993, todavia, seu posicionamento foi tomado pela suposta necessidade de adequar o direito aos fatos sociais concretos e referido Tribunal buscou se amoldar às regras do mercado econômico ao editar Súmula 331 que ampliou as hipóteses de terceirização lícita, admitindo a possibilidade de terceirização de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, segundo a *teoria do foco*, da ciência da administração<sup>71</sup>.

Desde então, a Súmula tem sido o único marco regulador do fenômeno.

Aqui, Ana Paula Tauceda Branco se presta a afirmar que

encontramos uma explícita 'flexibilização' do Direito do Trabalho tutelada pela mais alta Corte Trabalhista deste país, já que, para além de permitir a 'terceirização' de acordo com algumas regras aparentes, na verdade o que se depreende é que tal posicionamento se traduz numa evidente flexibilização do Princípio Protetor do Direito do Trabalho, deixando os chãos da fábrica – onde nasceu, cresceu e se fortaleceu visando a uma maior produtividade agregada à rentabilidade do capital –, para, a partir do final da década de 80 (oitenta) e durante toda a década de 90 (noventa), encontrar repouso e amparo no seio do entendimento jurisprudencial do Tribunal Superior do Trabalho deste país.<sup>72</sup>

No mesmo sentido, Ellen Mara Ferraz Hazan afirma que *"a Súmula 331 do TST é o marco, da porta arrombada, para a aceitação indiscriminada e generalizada, de um fenômeno ilegal (...) e sem qualquer justificativa na Ciência Jurídica"*<sup>73</sup>.

Assim, a Súmula não só garante o exercício da livre iniciativa como também a valoriza mais do que a proteção ao valor social do trabalho, estando contaminada com uma ideologia neoliberal.

<sup>71</sup> "Segundo essa teoria administrativa, a empresa enxuta do mercado contemporâneo deve concentrar seus esforços e recursos no que constitui a especialidade do seu processo produtivo, transferindo (contratando) a terceiras empresas todas as demais atividades que lhe sejam instrumentais e periféricas, a fim de obter a máxima especialização produtiva, capaz de lhe assegurar melhor qualidade do produto e menor custo de produção". AMORIM, Helder Santos. **A inconstitucionalidade da terceirização sem limite**. IN: FIGUEIREDO, Bruno Reis de ; HAZAN, Ellen Mara Ferraz (Coords.). Alguns aspectos sobre terceirização. Belo Horizonte: RTM, 2014, p.104.

<sup>72</sup> Ana Paula Tauceda. **A colisão de princípios constitucionais no direito do trabalho, sob a perspectiva da dignidade da pessoa humana**. 2006. 153 fls. Dissertação (mestrado) - Faculdades de Vitória. Disponível em <http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp075248.pdf>. Acesso em 16/10/2016, p.118.

<sup>73</sup> HAZAN, Ellen Mara Ferraz. **Terceirização: um fenômeno ofensivo, danoso e ilegal**. IN: FIGUEIREDO, Bruno Reis de; HAZAN, Ellen Mara Ferraz (Coords.). Alguns aspectos sobre terceirização. Belo Horizonte: RTM, 2014, p.60.

Mas ainda recentemente, em 2014, o tema ganhou novo fôlego com o recebimento do Recurso Extraordinário n. 713.211/MG, interposto por *Celulose Nipo Brasileira S/A - CENIBRA*, no qual se reconheceu a existência de repercussão geral quanto ao tema da terceirização trabalhista de atividades-fim da empresa tomadora.

O recurso em questão tem origem em ação civil pública interposta pelo Ministério Público do Trabalho em face da apuração de condições de trabalho em caráter inseguro, insalubre e precário nas empresas contratadas para o plantio, corte e transporte de eucalipto.

Em inquérito investigativo instaurando anteriormente à ação, o MPT apurou que a Cenibra se valia de empresa terceirizada para consecução de atividades constitutivas de seu objeto social, razão pela qual o requerente pediu a condenação da empresa a se abster de contratar terceiros serviços relacionados à sua atividade-fim, sob pena de multa.

O acórdão recorrido, inclusive, apontou que, nas áreas em que o relevo assim permitia, a empresa se utilizava de colheita modernizada e empregados registrados em seus quadros de funcionários, ao passo que nas áreas em que o solo é irregular e de relevo acentuado os trabalhadores eram terceirizados. Ou seja, a estes últimos restava as condições mais perigosas, insalubres ou penosas.

As razões de reforma do recurso extraordinário alegam que a decisão recorrida teria violado o art. 5º, II da Constituição ao proibir a contratação de prestadores de serviços sem fundamento em previsão legal, ao passo que a CF garantiria a liberdade de contratação. A isso soma a discussão de que o conceito de atividade-fim adotado pela justiça do trabalho estaria defasada em face das evoluções tecnológicas.

O recurso, em um primeiro momento, teve seu exame impedido pela falta de prequestionamento da matéria, além da ofensa indireta à Constituição e de exigir revolvimento fático, gerando a interposição de agravo interno.

Este último mecanismo, não alterando o entendimento do relator, logo foi suplantado pela interposição de embargos de declaração, cuja decisão, agora sim, deu seguimento ao recurso extraordinário, além de reconhecer a existência de Repercussão Geral sobre o tema, sob a seguinte ementa:

Embargos de declaração no agravo regimental no recurso extraordinário com agravo. Ação civil pública. Terceirização ilícita. Tmissão. Discussão sobre a liberdade de terceirização. Fixação de parâmetros para a identificação do que representa atividade-fim. Possibilidade. Provimento dos embargos de declaração para dar seguimento ao recurso extraordinário.



1. A liberdade de contratar prevista no art. 5º, II, da CF é conciliável com a terceirização dos serviços para o atingimento do exercício-fim da empresa.
2. O thema decidendum, in casu, cinge-se à delimitação das hipóteses de terceirização de mão-de-obra diante do que se compreende por atividade-fim, matéria de índole constitucional, sob a ótica da liberdade de contratar, nos termos do art. 5º, inciso II, da CRFB. Patente, outrossim, a repercussão geral do tema, diante da existência de milhares de contratos de terceirização de mão-de-obra em que subsistem dúvidas quanto à sua legalidade, o que poderia ensejar condenações expressivas por danos morais coletivos semelhantes àquela verificada nestes autos.
3. Embargos de declaração providos, a fim de que seja dado seguimento ao Recurso Extraordinário, de modo que o tema possa ser submetido ao Plenário Virtual desta Corte para os fins de aferição da existência de Repercussão Geral quanto ao tema ventilado nos termos da fundamentação acima.<sup>74</sup>

Ainda que a discussão recursal tenha se iniciado em razão da omissão normativa sobre o que seria atividade-fim, o relator invocou o princípio da liberdade de contratar – desdobramento do princípio da livre iniciativa - como princípio conciliável com a terceirização de serviços para o atingimento do exercício-fim da empresa, trazendo ao caso a questão principiológica.

Veja-se que o julgador se pautou nesse único princípio, sem mencionar qualquer valor relacionado ao trabalho, falando, ainda, em contratos de terceirização sem falar em terceirização de trabalhadores. Não nos esqueçamos, aqui, que estamos falando de um recurso interposto em ação originária da justiça do trabalho, pautada em interesse coletivo protegido pelo Ministério Público do Trabalho em que se apurou a existência de condições precárias de trabalho em um contexto no qual foi aplicada a terceirização.

Nosso texto constitucional expressa o direito do trabalho como fundamental, tanto pela prevalência dada à dignidade da pessoa humana, como paradigma de direitos, quanto pela afirmação expressa de direitos sociais trabalhistas na qualidade de direitos humanos fundamentais inseridos no Título dedicado aos "Direitos e Garantias Fundamentais".

Os direitos fundamentais, sabe-se, são hierarquicamente superiores às demais normas do sistema jurídico, tendo aplicabilidade imediata e vinculante.

À luz do art.1º, IV, tanto o direito constitucional ao trabalho como o direito constitucional à livre iniciativa e da liberdade de contratar estão condicionados à

---

<sup>74</sup> STF - ARE: 713211 MG, Relator: Min. LUIZ FUX, Data de Julgamento: 01/04/2014, Primeira Turma, Data de Publicação: ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-074 DIVULG 14-04-2014 PUBLIC 15-04-2014. Disponível em <http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25047461/embdecl-no-agreg-no-recurso-extraordinario-com-agravo-are-713211-mg-stf>. Acesso em 05.11.2016.

valorização do trabalho. A Constituição não permite a interpretação ou aplicação da livre iniciativa isoladamente. Isso porque

A exacerbação do valor da livre iniciativa - em ilógico desrespeito ao princípio constitucional da proporcionalidade - levaria à justificativa do trabalho escravagista, do trabalho degradante, do trabalho informal, da exploração de crianças e adolescentes, da terceirização sem limites, vez que todas essas modalidades de utilização do trabalho, sob a perspectiva efetivamente econômica, seriam mais favoráveis e rentáveis para a iniciativa privada.<sup>75</sup> (DELGADO, 2014, p.91)

Os direitos dos trabalhadores, particularmente, ainda são dotados de grande densidade normativa diante de sua formação histórica, ao passo que a liberdade de contratação sobre o impacto da restrição da autonomia da vontade imposta pela Constituição ao consagrar a relação de emprego como fonte dos direitos fundamentais sociais.

Essa autonomia da vontade e da contratação asseguradas à livre iniciativa não têm, no âmbito das relações de trabalho, a mesma amplitude que ostenta no campo das relações privadas, mas deve assegurar a valorização do trabalho e a dignidade da pessoa humana.

É por esta razão, na visão de Gabriela Delgado, que

na lógica constitucional, o mecanismo da exacerbação de poder de desigualdade e de precarização trabalhista, como a terceirização, somente pode ser acolhida em situações excepcionais, jamais de maneira genérica, ampla e irrefreada. Ou seja, para as normas internacionais da OIT vigentes no país e para a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, a livre iniciativa é subordinada e condicionada à sua função social e aos princípios e regras constitucionais, especialmente os de valorização e proteção do emprego, do trabalho e da pessoa humana que vive do trabalho.<sup>76</sup>

Por tais razões então, segundo a autora, é que o entendimento do STF de que a liberdade de contratar seria conciliável com a terceirização de serviços para o atingimento do exercício-fim da empresa nega os elementos centrais da relação de emprego,

que lhe garantem a utilidade como fonte matriz do sistema constitucional de proteção social do trabalhador, e que são profundamente esvaziados pela terceirização a atividade-fim, quais sejam: a pretensão de máxima

<sup>75</sup> DELGADO, Gabriela Neves. **Os limites constitucionais da terceirização**. São Paulo: LTR, 2014, p.91.

<sup>76</sup> *Ibidem*, p. 73.

integração do trabalhador ao empreendimento econômico (elemento espacial) e a pretensão de máxima continuidade do vínculo de trabalho (elemento temporal).<sup>77</sup>

O enunciado da Repercussão Geral, portanto, nega a proteção social do emprego.

Se a prática da terceirização, segundo aferimos, pode ser vista como vedada pela Constituição, na medida em que atenta contra os princípios da ordem econômica, e ao mesmo tempo permitida - segundo as teses patronais - por estar em consonância com a liberdade de contratar, o silêncio legislativo trás grandes desafios normativos.

Assim é que tramita atualmente o Projeto de Lei 4330/2004, que já foi aprovado pela Comissão de Desenvolvimento Econômico, Indústria e Comércio (CDEIC), em 2006, e pela Comissão de Trabalho, Administração e Serviço Público (CTASP), em 2011, e lei já foi votado e aprovado pela Câmara dos Deputados, em abril de 2015, sendo que atualmente se encontra aguardando apreciação do Senado Federal. Já passou por 240 emendas e sua última redação data de 22/04/2015.

O PL deixa claro, em primeiro lugar, que suas previsões se aplicam às empresas privadas sociedades de economia mista, empresas públicas, produtores rurais e profissionais liberais, excluindo a administração pública direta.

O segundo ponto do projeto que nos chama atenção são as conceituações trazidas pelo projeto quando aos sujeitos da relação triangular. *In verbis*:

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

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

II - contratante: a pessoa jurídica que celebra contrato de prestação de serviços determinados, específicos e relacionados a parcela de qualquer de suas atividades com empresa especializada na prestação dos serviços contratados, nos locais determinados no contrato ou em seus aditivos; e

III - contratada: as associações, sociedades, fundações e empresas individuais que sejam especializadas e que prestem serviços determinados e específicos relacionados a parcela de qualquer atividade da contratante e que possuam qualificação técnica para a prestação do serviço contratado e capacidade econômica compatível com a sua execução.

Veja-se que o projeto busca ampliar a aplicação da terceirização a quaisquer atividades da contratante, representando um regresso do Direito do Trabalho diante da tratativa dada hoje pela Súmula nº 331 do TST. Uma previsão

---

<sup>77</sup> *Ibidem*, p. 74.

assim acaba por estimular o uso desses contratos, expandido sua incidência sobre as relações de trabalho atuais e deturpando a posição de cada sujeito dessa relação e os tornando vulneráveis.

O projeto prevê ainda que podem ser terceirizadas quaisquer atividades da empresa contratante, de meio ou fim, sendo que o contrato de prestação de serviços pode versar sobre o desenvolvimento de atividades intrínsecas, acessórias ou complementares à atividade econômica da contratante. *In verbis*:

Art. 4º É lícito o contrato de terceirização relacionado a parcela de qualquer atividade da contratante que obedeça aos requisitos previstos nesta Lei, não se configurando vínculo de emprego entre a contratante e os empregados da contratada, exceto se verificados os requisitos previstos nos arts. 2º e 3º da Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943.

Este já seria um ponto crítico, por levar a uma fuga do objetivo principal da terceirização, que seria justamente a permissão de que empresas especializadas realizem uma competência para a contratante para que esta última se ocupe de sua finalidade principal.

Ainda, o protejo dispõe sobre a tratativa igualitária entre os terceirizados e os empregados diretos, no seguinte sentido:

Art. 12. São asseguradas aos empregados da contratada quando e enquanto os serviços forem executados nas dependências da contratante ou em local por ela designado as mesmas condições:

I — relativas a:

- a) alimentação garantida aos empregados da contratante, quando oferecida em refeitórios;
- b) direito de utilizar os serviços de transporte;
- c) atendimento médico ou ambulatorial existente nas dependências da contratante ou local por ela designado;
- d) treinamento adequado, fornecido pela contratada, quando a atividade o exigir;

II - sanitárias, de medidas de proteção à saúde e de segurança no trabalho e de instalações adequadas à prestação do serviço.

Parágrafo único. Nos contratos que impliquem mobilização de empregados da contratada em número igual ou superior a 20% (vinte por cento) dos empregados da contratante, esta poderá disponibilizar aos empregados da contratada os serviços de alimentação e atendimento ambulatorial em outros locais apropriados e com igual padrão de atendimento, com vistas a manter o pleno funcionamento dos serviços existentes.

Ainda que traga melhorias em relação a alguns pontos que já discutimos, como o treinamento profissional do empregado, note-se que o dispositivo não prevê a equiparação salarial necessária, que é justamente um dos pontos de maior

precarização das relações terceirizadas. Seria então, possível, que dois trabalhadores que exercem o mesmo trabalho nas mesmas condições recebam remunerações diversas, legalmente.

Ainda o parágrafo único do mesmo dispositivo igualmente reforça outro ponto de precarização do trabalhador terceirizado, qual seja a segregação e diferenciação entre os empregados do contratante e da contratada, ao prever que caso a quantidade de terceirizados seja igual ou superior a 20% dos empregados da contratante, “esta poderá disponibilizar aos empregados da contratada os serviços de alimentação e atendimento ambulatorial em outros locais apropriados e com igual padrão de atendimento”.

Outro ponto crítico do projeto diz respeito à sindicalização dos trabalhadores, na medida em que os empregados da contratada apenas serão representados pelo mesmo sindicato dos empregados da contratante se as empresas pertencerem à mesma categoria econômica. Considerando que a nova empregadora não estará obrigada a cumprir normas e benefícios concedidos através de acordos e convenções coletivas de trabalho que ela não pactuou e de cujas negociações sindicais não participou, se os empregados forem representados por diferentes sindicatos haverá mais um fator de diferenciação entre os trabalhadores que estão prestando serviços a uma mesma empresa.

Também se altera a tratativa da responsabilidade da empresa tomadora dos serviços. Atualmente, a contratante tem sua responsabilidade subsidiária, de forma que apenas paga se e devedor principal não pagar, ainda que possa ser judicialmente acionada desde o início de uma demanda de exigência de pagamento das verbas trabalhistas e previdenciárias. Com a redação do projeto, a contratante deverá fiscalizar o correto pagamento das verbas salariais e previdenciárias ao empregado terceirizado, ficando com uma responsabilidade apenas secundária, ao passo que apenas será solidariamente responsável se não houver prova da fiscalização sobre a empresa prestadora.

Em termos objetivos, pode-se apontar que a lei se preocupou muito mais com os aspectos empresariais, societários e administrativos da terceirização do que com seu aspecto trabalhista, deixando de regular pontos que caracterizam os maiores quesitos de precarização das relações triangulares, como a equiparação salarial, a responsabilidade do tomador dos serviços, a segregação e diferenciação dos empregados, a sindicalização, etc.

Para o relator do PL na CCJC, o Deputado Arthur Maia, o projeto está em conformidade com a Constituição e todos os princípios relacionados ao tema, quais sejam, os princípios da livre iniciativa, da dignidade humana e dos limites da liberdade de contratar.

Mas, como já exposto ao longo de nosso estudo, a terceirização sem limites viola o equilíbrio necessário entre os princípios constitucionais em conflito, privilegiando o interesse do capital em detrimento do valor do trabalho. O projeto de lei claramente prioriza a liberdade de iniciativa e de contratação, fragilizando a condição jurídica do trabalhador.

Assim, a aprovação definitiva do projeto de lei seria um retrocesso social, uma vez que geraria a flexibilização dos níveis de efetividade já alcançados pelos direitos fundamentais sociais.

Neste ponto, Helder Santos Amorim aponta que

A limitação da terceirização a um nível aceitável social e juridicamente é medida de justa proporção entre os interesses constitucionais colidentes, do capital e do trabalho. Por outro lado, a ausência de equilíbrio entre esses interesses vicia a norma jurídica com severa inconstitucionalidade, em face da violação do princípio da proporcionalidade, vetor de interpretação da norma constitucional que visa a garantir a unidade da Constituição.<sup>78</sup>

O interesse constitucional da livre iniciativa - apregoado tanto pelo STF nos autos da Repercussão Geral quanto pelo Projeto de Lei - só pode ser legitimamente satisfeito com a limitação a um patamar mínimo de ponderação com o valor social do trabalho.

---

<sup>78</sup> AMORIM, Helder Santos. **A inconstitucionalidade da terceirização sem limite**. IN: FIGUEIREDO, Bruno Reis de ; HAZAN, Ellen Mara Ferraz (Coords.). Alguns aspectos sobre terceirização. Belo Horizonte: RTM, 2014, p.109.

## **5. CONSIDERAÇÕES FINAIS**

O fenômeno da terceirização nasce no âmbito empresarial, sendo inicialmente uma estratégia de organização e administração consistente na possibilidade de contratar um terceiro, por meio de outro sujeito interposto, para a realização de atividades que não constituem a busca principal da empresa.

A terceirização de trabalho ganhou força no Brasil, nas últimas três décadas, diante da necessidade de reorganização da produção para e aumento da circulação de capitais. Sob a crença de que esse sistema pode otimizar a produção de capitais e a especialização das atividades da empresa, reduzindo seus custos,

nasce a necessidade de interferência do legislador para minimizar seus efeitos contingenciais de exploração e desvalorização da força de trabalho.

Enquanto isso, seu uso desenfreado traz uma crescente precarização ao mundo do trabalho, com a fragmentação dos direitos coletivos dos trabalhadores e exclusão social.

Vimos que as supostas vantagens trazidas pela terceirização ao âmbito empresarial se dão sob a supressão de diversos outros valores, caros aos trabalhadores, pelo que existem muito mais desvantagens do que vantagens em aplicá-la.

Nossa constituição eleva o trabalho à condição de direito fundamental, ao prever que a ordem econômica é "fundada na valorização do trabalho e na livre iniciativa", objetivando "assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social", observando-se os princípios da função social da propriedade, da defesa do meio ambiente, da redução das desigualdades regionais e sociais, da busca pelo pleno emprego, entendendo-se a ordem econômica como o conjunto de princípios de organização da vida econômica, consagrados no Direito Positivo.

Ainda que baseada no sistema capitalista, nossa ordem econômica prioriza o valor do trabalho humano sobre os demais valores de mercado, visto o caráter prestacional do Estado em relação aos direitos dos trabalhadores, direitos estes diretamente ligados à dignidade da pessoa humana. Isso porque o art. 170 da CF88 acaba por preconizar o valor do trabalho humano antes mesmo de quaisquer aspectos ligados à livre iniciativa ou ao mercado e seus aspectos gerais. O mesmo artigo, em seu inciso VIII eleva o pleno emprego à princípio da ordem econômica. Na medida em que apenas o trabalho altera a natureza e, por isso, é capaz de gerar riqueza, é que a ele se deve dar importância. Vê-se, então, a preconização de diretrizes determinadas em razão dos fins políticos do Estado.

Podemos afirmar, nesse sentido, que o princípio da valorização do trabalho visa buscar equilíbrio, entre mercado e trabalho, tendo em vista que é este quem move aquele. Assim é que o trabalho deve ser valorizado não apenas através de uma condizente atribuição salarial ou pela realização de objetivos econômicos, mas pela valorização da condição humana do trabalhador, tanto pelo empregador quanto pelo próprio Estado, através do estabelecimento de normas que estabeleçam condições dignas e assecuratórias dos direitos trabalhistas.



O princípio da livre iniciativa, a seu passo, decomposto em elementos esparsos no texto constitucional como propriedade privada, liberdade de empresa, livre concorrência e liberdade de contratar, não pode ser analisado por uma perspectiva meramente mercadológica, mas deve, antes, considerar sua função social.

Mas ainda que esses princípios tenham sido pensados e criados para regular uma mesma ordem, são dois elementos antagônicos, em contínua tensão, na medida em que a busca do lucro, característica da sociedade capitalista, coloca em risco a dignidade do ser humano em suas diversas dimensões.

Como já afirmado, não há dúvidas de que tanto o trabalho humano quanto o capital são indispensáveis ao desenvolvimento econômico de uma sociedade, não podendo haver, *a priori*, uma supervalorização de um preceito sobre outro, pelo que caberia ao Estado proporcionar formas de equilibrar forças, valorizando o trabalho ao mesmo tempo em que proporciona oportunidades de crescimento aos agentes econômicos. Neste sentido, nenhuma forma de flexibilização, demandada por necessidades econômicas, poderia subtrair o valor do trabalho.

Mas o que se vê hoje é justamente uma ruptura das concepções trabalhistas tradicionais promovidas pelo domínio do mercado econômico sobre o Direito.

O próprio TST, através da Súmula nº 331, não só garante o exercício da livre iniciativa como também a valoriza mais do que a proteção ao valor social do trabalho, estando contaminada com uma ideologia neoliberal.

Da mesma forma, a nova perspectiva dada ao tema pelo STF através do reconhecimento de repercussão geral no Recurso Extraordinário n. 713.211/MG, ao entender que a liberdade de contratar - desdobramento do princípio da livre iniciativa - seria conciliável com a terceirização de serviços para o atingimento do exercício-fim da empresa é conflituosa, pois a autonomia da vontade e da contratação asseguradas à livre iniciativa não têm, no âmbito das relações de trabalho, a mesma amplitude que ostenta no campo das relações privadas, mas deve assegurar a valorização do trabalho e a dignidade da pessoa humana. Esse entendimento nega os elementos centrais da relação de emprego.

A mesma criticidade se pode aplicar ao Projeto de Lei 4330/2004, aprovado pela Câmara dos Deputados, em abril de 2015. Pela análise feita neste trabalho, podemos apontar que o projeto se preocupou muito mais com os aspectos

empresariais, societários e administrativos da terceirização do que com seu aspecto social e a valorização dos trabalhadores, uma vez que legaliza uma terceirização sem limites e viola o equilíbrio necessário entre princípios constitucionais em conflito, privilegiando o interesse do capital em detrimento do valor do trabalho.

Ainda que não tenhamos uma legislação consolidada e firme a respeito do fenômeno da terceirização, a aprovação do projeto nas condições em que atualmente se encontram não trará benefícios significativos às relações trabalhistas que tanto almejam uma regulação específica.

Pelo contrário, muitas das implicações negativas trazidas pela terceirização acabariam se legitimando: a inobservância do preceito constitucional da proibição da distinção entre trabalho manual, técnico e intelectual ou entre os profissionais respectivos, preconizada pelo art. 7º, XXXII da Constituição Federal; a violação direta do princípio da proteção ao trabalhador, que busca a proteção jurídica do obreiro na posição de parte hipossuficiente na relação de trabalho, e a mitigação do princípio da aplicação da norma mais favorável e o da condição mais benéfica ao trabalhador; a ausência de um contrato de trabalho clássico, que retira a proteção jurídica do obreiro terceirizado; a redução dos patamares salariais, em contraposição ao aumento da jornada de trabalho, sem falar na condição permanente de rotatividade desses trabalhadores e os altos índices de acidentes de trabalho; a desumanização do trabalhador inserido na estrutura empresarial do tomador como mero instrumento de persecução de um determinado fim; a falta de investimento em treinamento de qualificação profissional do trabalhador terceirizado.

A bem da verdade, hoje o direito do trabalho apenas busca apagar os focos de incêndio ao invés de prevenir a péssima utilizados da terceirização e, ao que se vê, se mantidos os passos que a jurisprudência e a lei estão seguindo, corremos o risco de regredir muito mais do que avançar.

## REFERÊNCIAS

AMORIM, Helder Santos. **A inconstitucionalidade da terceirização sem limite**.IN: FIGUEIREDO, Bruno Reis de; HAZAN, Ellen Mara Ferraz (Coords.). Alguns aspectos sobre terceirização. Belo Horizonte: RTM, 2014.

BARROSO, Luís Roberto. **A ordem econômica Constitucional e os Limites à Atuação Estatal no Controle de Preços**. Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (RADAE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº. 14, maio/junho9julho, 2008, Disponível na Internet: <[www.direitodoestado.com.br/redae.asp](http://www.direitodoestado.com.br/redae.asp)>. Acesso em 17/10/2016.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**. São Paulo: Saraiva, 1996.

BARAUNA, Augusto Cezar Ferreira de. **A terceirização a luz do direito do trabalho**. São Paulo: LED, 1997.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2004.

BRANCO, Ana Paula Tauceda. **A colisão de princípios constitucionais no direito do trabalho, sob a perspectiva da dignidade da pessoa humana**. 2006. 153 fls. Dissertação (mestrado) - Faculdades de Vitória. Disponível em <http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp075248.pdf>. Acesso em 16/10/2016.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição: República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

DELGADO, Gabriela Neves. **Terceirização**. Paradoxo do direito do trabalho contemporâneo. São Paulo: LTR, 2003.

DELGADO, Gabriela Neves. **Terceirização – Aspectos gerais. A última decisão do STF e a Súmula 331 do TST. Novos enfoques**. Rev. TST, Brasília, vol. 77, no 1, jan/mar 2011.

DELGADO, Gabriela Neves. **Os limites constitucionais da terceirização**. São Paulo: LTR, 2014.

DELGADO, Maurício Godinho. **Princípios de direito individual e coletivo do trabalho**. 2.ed. São Paulo: LTR, 2004.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo: LTR, 2012.

DRUCK, Graça; FRANCO, Tânia (Org.). **A perda da razão social do trabalho: terceirização e precarização**. São Paulo: Boitempo, 2007.

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **Direitos fundamentais e relação de emprego: trabalho, constituição, processo**. São Paulo: Gen.Método, 2008.

GRAU, Eros Roberto. **Elementos de direito econômico**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981.

GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. 8ª ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2003.

FILHO, Wilson Ramos; LOGUÉRCIO, José Eymard; MENEZES, Mauro de Azevedo (Coords.). **Terceirização no STF: elementos do debate constitucional**. Bauru: Calan 6, 2015.

HAZAN, Ellen Mara Ferraz. **Terceirização: um fenômeno ofensivo, danoso e ilegal**. IN: FIGUEIREDO, Bruno Reis de; HAZAN, Ellen Mara Ferraz (Coords.). **Alguns aspectos sobre terceirização**. Belo Horizonte: RTM, 2014.

MARCELINO, Paula. **Trabalhadores terceirizados e luta sindical**. Curitiba: Appris, 2013.

MARQUES, Rafael da Silva. **Valor social do trabalho na ordem econômica, na Constituição Brasileira de 1988**. São Paulo: LTr, 2007.

MIRAGLIA, Livia Mendes Moreira. **A terceirização Trabalhista no Brasil**. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de Direito do Trabalho**. 29.ed. São Paulo: Saraiva: 2014.

\_\_\_\_\_. 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. DIESSE/CUT, set.2011. Disponível em <<https://www.cut.org.br/system/uploads/ck/files/Dossie-Terceirizacao-e-Desenvolvimento.pdf>> Acesso em 02.11.2014.

PIRES, Fabiano. **A terceirização no mundo do trabalho: a visão da jurisprudência e as consequências desta prática**. 2011. 98 f. Monografia (graduação) - Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas, Curso de Graduação em Direito.

REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 27ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 3 ed. rev. atual. ampl. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado: 2004.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 15.ed., São Paulo: Malheiros, 1998.

STRECK, Lênio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: uma nova crítica do direito**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

## ANEXO

**Projeto de Lei n.º 4.330-A/2004, que trata da terceirização no Direito brasileiro, aprovado pela Câmara dos Deputados.**