



FACULDADE BAIANA DE DIREITO E GESTÃO

CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO *LATO SENSU*

DIREITO E PROCESSO DO TRABALHO

EMÍLIA BARRETO BITTENCOURT LAGE MAGALHÃES

TERCEIRIZAÇÃO: A SUBORDINAÇÃO ESTRUTURAL E A PRECARIZAÇÃO DAS RELAÇÕES DE TRABALHO

Salvador
2018

EMÍLIA BARRETO BITTENCOURT LAGE MAGALHÃES

**TERCEIRIZAÇÃO: A SUBORDINAÇÃO ESTRUTURAL E A
PRECARIZAÇÃO DAS RELAÇÕES DE TRABALHO**

Monografia apresentada a Faculdade Baiana de Direito e Gestão como requisito parcial para a obtenção de grau de Especialista em Direito e Processo do Trabalho.

Salvador
2018

EMÍLIA BARRETO BITTENCOURT LAGE MAGALHÃES

**TERCEIRIZAÇÃO: A SUBORDINAÇÃO ESTRUTURAL E A
PRECARIZAÇÃO DAS RELAÇÕES DE TRABALHO**

Monografia aprovada como requisito para obtenção do grau Especialista em Direito e
Processo do Trabalho, pela seguinte banca examinadora:

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Salvador, ____/____/ 2018.

Dedico o presente trabalho a todos que acreditaram em mim ao longo desta trajetória.

AGRADECIMENTOS

A Deus por ter me dado saúde e força para superar as dificuldades.

Aos professores desta instituição que compartilharam o conhecimento.

Aos meus pais, pelo amor, incentivo e apoio incondicional.

Aos meus familiares por sempre acreditarem em mim.

E a todos que direta ou indiretamente fizeram parte da minha formação: obrigada!

“O que pensávamos ser o futuro está em débito conosco. Para superar a crise, temos de ‘voltar ao passado’, a um modo de vida imprudentemente abandonado”.

Zygmunt Bauman

RESUMO

Este trabalho monográfico aborda uma reflexão sobre a terceirização, apresentando os efeitos da subordinação estrutural que tem repercutido na precarização nas relações de trabalho. Para tanto, ressalta-se, primeiro, a evolução histórica e normativa das relações de trabalho que constroem o perfil do trabalhador na empresa. Em seguida, a preservação do princípio da proteção e da não mercantilização do trabalho nas relações de trabalho configuradas, inclusive as novas formadas com os efeitos da globalização e com o uso de tecnologias. O entendimento de uma parte da doutrina pela flexibilização dos direitos trabalhistas no que tange ao desenvolvimento de oportunidades no mercado de trabalho através da terceirização de mão de obra. Por outra parte da doutrina que defende pela aplicabilidade de mudanças legislativas que preservem os direitos trabalhistas conquistados. Situação na qual o TST terá que rever e atualizar a sua jurisprudência porque muitas das súmulas com a redação atual colidem com a Reforma Trabalhista. Dentro desse cenário, a questão da responsabilidade da empresa tomadora de serviço e a empresa terceirizada pela previsão legal.

Palavras-chave: Direito do Trabalho. Terceirização. Subordinação Estrutural. Flexibilização dos direitos trabalhistas. Precarização das relações de trabalho. Responsabilidade.

LISTA DE ABREVIATURAS

CF Constituição Federal

CLT Consolidação das leis trabalhistas

IBGE Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística

MP Medida Provisória

TST Tribunal Superior do Trabalho

STF Supremo Tribunal Federal

ADI Ação Declaratória de Inconstitucionalidade

CNTQ Confederação Nacional dos Trabalhadores na Indústria Química

Conacovest Confederação Nacional dos Trabalhadores nas Indústrias Têxtil, Vestuário, Couro e Calçados

CNPL Confederação Nacional das Profissões Liberais

PCdoB Partido Comunista do Brasil

PT Partido dos Trabalhadores

OIT Organização Internacional do Trabalho

CC Código Civil

CTPS Carteira de Trabalho e Previdência Social

FGTS Fundo de Garantia do Tempo de Serviço

OGMO Órgão Gestor de Mão de Obra

DIEESE/CUT Departamento Intersindical de Estatística e Estudo Socioeconômico e da Central Única dos Trabalhadores

MTE Ministério do Trabalho e Emprego

PNAD Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO

2 RELAÇÃO DE TRABALHO

2.1 CONCEITO, EVOLUÇÃO HISTÓRICA E NORMATIVA

2.2 PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO E DA NÃO MERCANTILIZAÇÃO DO TRABALHO

2.3 CONTRATO DE TRABALHO

3 TERCEIRIZAÇÃO

3.1 CONCEITO, EVOLUÇÃO HISTÓRICA E NORMATIVA

3.2 TERCEIRIZAÇÃO LICÍTA X TERCEIRIZAÇÃO ILICÍTA

3.3 TRABALHADOR AVULSO X TRABALHADOR AUTÔNOMO

3.4 TERCEIRIZAÇÃO NO CASO DE TRABALHO TEMPORÁRIO

4 SUBORDINAÇÃO ESTRUTURAL

4.1 CONCEITO, EVOLUÇÃO HISTÓRICA E NORMATIVA

4.2 EFEITOS DA TERCEIRIZAÇÃO NAS RELAÇÕES DE TRABALHO

4.3 TEORIA DA CEGUEIRA DELIBERADA E A RESPONSABILIDADE NA TERCEIRIZAÇÃO

5 CONCLUSÃO

REFERÊNCIAS

1. INTRODUÇÃO

As alterações legislativas nos direitos dos trabalhadores brasileiros são um assunto contemporâneo, atraente e divergente, pois há inovações nas relações de trabalho ocorridas com a globalização e está imbuído de um caráter altamente social.

Como sabido, a globalização é o processo de integração entre povos, empresas, governos e mercadorias ao redor do planeta, caracterizando um mundo integrado pelo comércio, com menos intervenção estatal e maior flexibilidade no mercado de trabalho.

A partir dessa premissa, novas relações de trabalho surgiram e estão surgindo, inclusive com as novas tecnologias e plataformas digitais ofertadas no mundo globalizado. Ao lado disso, atualmente, o Brasil enfrenta uma das piores crises econômicas que envolvem desempregos, inflação nos preços e queda no Produto Interno Bruto.

Ao lado disso, o Brasil também enfrenta uma crise na sua política, com o impeachment da Presidente Dilma Rousseff e a posse do cargo pelo seu Vice Michel Temer. O presente Presidente alegou para a população que o objetivo central de seu governo seria a Reforma Trabalhista, juntamente com promessas de estabilidade política, pacificação social, retomada da confiança e do crescimento.

Como o processo evolutivo da legislação do trabalho mantém relação direta com o cenário político, social e econômico da sociedade, as propostas de flexibilização dos direitos trabalhistas foram geradas no contexto da crise como solução aos principais problemas.

Muitos argumentos foram alegados em favor da reforma trabalhista ao longo do processo de aprovação como “a Consolidação das leis Trabalhistas é velha”, porque foi editada em 1943; que foi uma “dádiva” de Getúlio Vargas, fruto do fascismo italiano; inspirada na *Carta del Lavoro*, com artigos arcaicos, em completo desacordo com a realidade socioeconômica do Brasil. Assim, as normas trabalhistas foram elaboradas, em sua maioria, na era industrial e não corresponderiam às necessidades atuais das relações de trabalho da fase da revolução tecnológica.

Contudo, a Constituição Federal de 1988 inovou o Direito do Trabalho e levou o Brasil a se destacar entre os países mais avançados nesse assunto. Assim, mudanças

no ordenamento jurídico trabalhista serviriam para modernizar e dinamizar o mercado de trabalho.

Outro argumento alegado foi “o custo do trabalho”. Os avanços das conquistas trabalhistas tornaram-se excessivamente onerosos para as empresas, com encargos altos e salários baixos, que fazem o trabalhador receber pouco e custar muito para a empresa, provocando inevitáveis cortes de pessoal e aumento no nível de desemprego.

Quando a relação capital-trabalho regula-se somente pelo segmento econômico a fim de empreender a competitividade das empresas no mercado, mediante a redução do desembolso financeiro da mão de obra de trabalho, é uma grande fantasia política, já que os custos básicos legais mínimos atingem a todas as empresas de maneira uniforme.

Os defensores da reforma alegaram também que “é preciso eliminar a insegurança jurídica”. Todavia, quem, efetivamente convive com insegurança jurídica nas relações de trabalho no Brasil são os trabalhadores, até porque os empregadores detêm o que, em direito processual se denomina, autotutela dos próprios interesses. Na relação jurídica trabalhista quem estipula as obrigações e determina o modo de execução dos serviços é o empregador.

A flexibilização de direitos trabalhistas deveria ser um ajuste das normas à realidade das novas relações de trabalho, com o objetivo de simplificar e tornar melhor a sua aplicação nos casos concretos. Entretanto, por outro lado, os doutrinadores contrários defendem que não seria a solução aos problemas de conteúdo social, mas a primazia dos interesses patronais favorecida em detrimento do crescimento profissional e social dos trabalhadores.

Há autores, todavia, que contestam que os custos trabalhistas com a mão de obra tenham impacto significativo na formulação do quadro da crise econômica. Eles argumentam que não apenas o custo do trabalho contribui para crise, mas que múltiplos elementos a causam, como as práticas desleais entre empresas quebrando a concorrência justa, bem como excessivos tributos para manutenção de um estabelecimento, tornando o poder aquisitivo e diretivo do mercado interno comprimido.

Dessa forma, a Reforma foi dita como necessária para gerar o aumento da competitividade das empresas, reduzir o desemprego e favorecer as pequenas e médias empresas.

Assim, rapidamente e com pouco debate, as alterações trabalhistas foram colocadas em pauta. Apesar de uma questão com efeitos claros nas relações de trabalho, em um governo que faz parte de diversos processos judiciais que envolvem corrupção. Temer solicitou urgência na tramitação do projeto e uma nova legislação sobre a terceirização do trabalho foi aprovada e entrou em vigor em março de 2017.

A expectativa do planalto e do Chefe do Poder Executivo é que a adoção de alterações na lei do contrato temporário e na Consolidação das Leis do Trabalho, conjunto de regras que definem as relações entre patrões e empregados, aumentará o grau de confiança na economia brasileira, atraindo mais investimentos nacionais e estrangeiros para o setor produtivo e, assim, gerar novas vagas no mercado de trabalho e impulsionar o país para o fim da crise.

A terceirização configura-se quando uma empresa contrata outra para transferir a execução de um serviço específico. Anteriormente à aprovação da lei, a terceirização era restrita às atividades-meio, que eram atividades não principais do negócio, por exemplo, os serviços de limpeza de uma empresa de contabilidade. Posteriormente, com o advento da lei, os trabalhadores das atividades-fim, as primordiais de uma empresa, não precisam mais fazer parte do quadro de funcionários, pois podem ser contratados mediante uma empresa intermediária.

Essa proposta contesta a rigidez implantada durante décadas pelo Direito do Trabalho tradicional. Diante do quadro de crise econômica e do avanço tecnológico aceleradíssimo, gera uma redução no volume de empregos e um crescimento na economia informal.

Assim, a flexibilização dos direitos laborais pela nova lei de terceirização possibilita que as empresas possuam procedimentos jurídicos que permitem a conciliação de vantagens econômicas com utilização de trabalhadores na atividade principal do negócio que não fazem parte da estrutura da empresa. Haja vista os acontecimentos econômicos mundiais, determinados pelas rápidas e contínuas

oscilações financeiras, pelas novas tecnologias desenvolvidas e outras situações que exigem respostas céleres dentro do sistema capitalista.

Uma reforma trabalhista eficaz deve reafirmar os valores essenciais previstos no caput do artigo 170 da Constituição Federal de 1988, ou seja, preservar na ordem econômica as dimensões do capitalismo idealizado no contexto social, com ações interventivas do estado na seara da livre-iniciativa e a proteção das condições mínimas de trabalho digno, não considerando que o progresso social represente uma limitação para o desenvolvimento econômico.

Entretanto, percebe-se que a alteração retirou e suprimiu direitos trabalhistas presentes durante anos na vida do operário brasileiro. Embora ignorados pelo sistema capitalista, os operários dependem do emprego para a sua subsistência e de sua família, inclusive a Constituição Federal assegura o direito à dignidade da pessoa humana, o que provoca o Poder Judiciário na interlocução entre empregados e empregadores na prolatação de futuras decisões. A empresa tem o poder de não contratar o trabalhador para contratar outra empresa que disponibiliza qualquer tipo de mão de obra, independente de ser atividade-fim ou atividade-meio, por conseguinte, o trabalhador aceita a oferta para não ser mais um desempregado.

Outrossim, o Estado Democrático de Direito garante o mínimo de direitos, que não poderiam sofrer violação, para assegurar uma vida digna para o trabalhador na sociedade. Apesar disso, por outro, a classe política e patronal movimentou-se claramente na tentativa de retirar o crescimento financeiro, econômico e social do trabalhador dentro da empresa e na comunidade.

O acréscimo de novos postos de trabalho no ambiente econômico interno como resultado final da modernização do Direito do Trabalho, provocada pelo Governo Temer, não representa a negação dos ideais de justiça social idealizados no plano constitucional, visto que, as propostas pretéritas não alcançaram resultados satisfatórios, como prova a história, em especial, o agravamento do desequilíbrio orçamentário representado com a desoneração da folha de pagamento como forma de reversão do custo indireto dos encargos sociais incidentes.

Reformas pró-mercado a fim de melhorar a estagnação econômica com índices significativos de produtividade parte da reformulação do mercado de trabalho, o que

possivelmente acarrete a precarização das condições de trabalho alcançadas ao longo dos últimos tempos.

Não obstante a existência de súmula e da nova legislação acerca do tema, o instituto da terceirização trabalhista suscita grande interesse, pois sua aplicação pode ser o caminho permissivo para a sonegação de direitos no âmbito laboral sob diversos aspectos, ensejando demandas trabalhistas para o recebimento das verbas devidas, cuja responsabilidade do tomador pode se dar de forma direta, subsidiária ou solidária, conforme o caso, havendo até mesmo situações nas quais não responderá.

2. RELAÇÃO DE TRABALHO

O homem não pode ser considerado fora da sociedade, pois vive em sociedade e para a sociedade.

Como tratado por Bauman¹, a palavra “comunidade” sugere coisa boa, pois o homem deseja viver entre amigos bem intencionados e confiáveis, principalmente, por viver em tempos competitivos. Nada obstante, Bauman capta em sua obra, que as pessoas mais bem sucedidas “escondem o jogo” e não se interessam em ajudar os mais fracos, como consequência eles ficam pela sua própria conta.

Dessa forma, a palavra “comunidade” recorda o sentimento de que o ser humano precisa viver seguro e confiante. Entretanto, Bauman² acerta novamente, a assimilar que existe um custo, pequeno e invisível, que dura enquanto o sonho da comunidade existe. Tal valia é a retirada da “autonomia” do homem, do seu “direito à autoafirmação” e “à identidade”, mas por outro lado, o homem sem a comunidade não tem proteção. Logo, são valores importantes para ambos que necessitam de um equilíbrio, porém nunca são inteiramente acordados.

O trabalhador vive em sociedade, para si e para os outros, como membro do “sistema de dependência”, a fim de obter objetivos próprios. Assim, o trabalho configura-se como o “desgaste de energia” que constitui um modo de ascender financeiramente e socialmente na comunidade. Logo, o trabalho é uma atividade habitual e necessária à vida do homem que se representa dentro da comunidade, podendo depender da vontade de quem executa ou subordinado à vontade de outrem.

¹ Bauman, Zygmunt, 1925. Comunidade: a busca por segurança no mundo atual. Tradução Plínio Dentzien. -Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2003; p. 8/9

² Ibid., loc. cit.

2.1 CONCEITO, EVOLUÇÃO HISTÓRICA E NORMATIVA

A relação de trabalho é o gênero, termo mais amplo, de várias espécies, entre elas, a relação de emprego. Toda relação de emprego é uma relação de trabalho, mas nem toda relação de trabalho é uma relação de emprego.

Relação de trabalho é qualquer vínculo jurídico por meio do qual uma pessoa física ou natural assume o compromisso de prestar serviços em favor de outrem, seja pessoa física, jurídica ou ente despersonalizado. Por outro lado, a relação de emprego seria uma relação de trabalho com os requisitos caracterizadores do vínculo empregatício, conforme os artigos 2º e 3º da CLT. Os requisitos são legais e cumulativos: pessoa física, pessoalidade, não eventualidade, onerosidade e subordinação.

Embora muitas empresas exijam que os trabalhadores criem uma pessoa jurídica como condição imprescindível para contratação da prestação dos serviços, fenômeno conhecido como a “pejotização”, a Justiça do Trabalho entendia que tal fenômeno constituiria fraude a legislação trabalhista, atingindo os artigos 9º e 444 da CLT. De modo consequente, gerava nulidade de pleno direito e possível ajuizamento de reclamação trabalhista, com pleito de constatação do vínculo empregatício com base no princípio da primazia da realidade.

A pessoalidade significa que o empregado é contratado para prestar os serviços pessoalmente e somente poderá ser substituído por outro com anuência do empregador e em situações excepcionais, ou seja, não é uma situação absoluta. Com efeito, o próprio empregado não poderá se deixar substituir por outra pessoa. Caso haja substituição, tem que ser por vontade do empregador.

Ainda, como regra não há pessoalidade em relação ao empregador, conforme o princípio da despersonalização da figura patronal, presente nos artigos 10 e 448 da CLT, quando traz a hipótese da sucessão de empregadores, em que o vínculo empregatício permanece intacto, caracterizando o princípio da continuidade da relação de emprego. Portanto, o empregado vincula-se ao empreendimento empresarial, pouco importando a figura do empregador. Todavia, em algumas relações trabalhistas também

haverá pessoalidade em relação ao empregador, como no caso do vínculo empregatício doméstico.

Acerca da não eventualidade, o empregado é contratado para desenvolver habitualmente as atividades normais da empresa. Em tese são atividades-fim, segundo a teoria dos fins normais da empresa ou do estabelecimento. No Brasil, ainda temos uma definição clara da frequência semanal necessária para configuração da habitualidade na Lei Complementar nº 150/2015, que dispõe sobre o contrato de trabalho doméstico no artigo 1º, ao prever que “ao empregado doméstico, assim considerado aquele que presta serviços de forma contínua, subordinada, onerosa e pessoal e de finalidade não lucrativa à pessoa ou à família, no âmbito residencial destas, por mais de 2 (dois) dias por semana”.

Onerosidade caracteriza o recebimento de uma contraprestação onerosa como o salário.

Em relação ao requisito subordinação, principal requisito, prevalece o entendimento de que a subordinação jurídica é a que importa para configuração do vínculo, pois é a vinculação do empregado ao poder empregatício do empregador, que se expressa mediante o poder diretivo disciplinar, regulamentar e fiscalizatório do empregador na relação.

Embora a obra de Zygmunt Bauman³ retrate o século XX, descreve uma situação tão atual que a população mundial vive: a globalização. A globalização está na ordem do dia, nos jornais e nos noticiários percebe-se o seu efeito colateral, como dito por Bauman, para alguns, seria pré-requisito para felicidade e para outros, é a causa da infelicidade, mas com certeza para todos é o “destino irremediável do mundo”, bem como um processo que dissipa seus efeitos na mesma medida e da mesma maneira em todos.

Percebe-se que, enquanto a crise ocorre no Brasil e em outros países, há fatores de produção disponíveis no mercado, principalmente, mão de obra em excesso, pois os trabalhadores desejam “vender” sua força de trabalho. Contudo, a taxa de lucro no sistema capitalista depende diretamente da taxa de exploração da força de trabalho.

³ Bauman, Zygmunt, 1925. Globalização: as consequências humanas. Tradução Marcus Penchel. — Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 1999; p.7.

Dessa forma, o sistema capitalista objetiva o aumento do lucro, e para isso, a exploração do trabalho é intensificada.⁴

A comunidade deve tentar atender às necessidades de um maior número de cidadãos, independentemente de origem étnica, cultural, social, sem deixar seus integrantes à mercê dos interesses capitalistas de mercado, pois a CF/1988, no seu artigo 1º, incisos III e IV, tem como fundamentos a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho.

Nesse sentido, a terceirização é o resultado da redução de custos salariais das organizações capitalistas para a adoção de táticas preservativas, tendo em vista a recomposição das margens de lucro; ou, no caso de repartições públicas que terceirizam serviços, pela racionalização da máquina estatal no contexto da redução de custos orçamentários em virtude da “crise fiscal do Estado”.⁵

Em decorrência da Revolução Industrial do século XVIII, o Direito do Trabalho mostrou-se como uma reação humanitária para assegurar a dignidade do trabalhador na execução das atividades industriais. Diante das transformações no processo de produção de bens, houve a necessidade da ordem jurídica munir-se de uma disciplina para reger as relações individuais e coletivas de trabalho.⁶

Entre as conquistas da Revolução Industrial do século XVIII, destaca-se a utilização das forças motrizes, distintas da força muscular do homem e dos acontecimentos de maior destaque, o que permitiu a evolução do maquinismo.⁷

O desenvolvimento agudo da industrialização conduziu o progresso do maquinismo e os ofícios mecânicos se aperfeiçoaram juntamente com a eletricidade e energia a vapor. Com a concentração da mão de obra na indústria, o uso geral da máquina conduziu a diversos acidentes na produção. Situações que direcionaram a regulamentação do trabalho com a finalidade de prevenir e reparar os acidentes

⁴ <https://periodicos.ufsc.br/index.php/revistacf/article/viewFile/23488/21152>. Revista de ciências humanas, V. 15, n. 22, Florianópolis-SC. Ed. UFSC, 22SEM./1997. Acumulação flexível & Direito do Trabalho. Alexandre Luiz Ramos. p. 78-79. (acesso 11/11/2017)

⁵ <http://piwik.seer.fclar.unesp.br/estudos/article/viewFile/4513/3960>. Terceirização e acumulação flexível do capital: notas teórico-críticas sobre as mutações orgânicas da produção capitalista. Giovanni ALVES. Estud. sociol., Araraquara, v.16, n.31, p.409-420, 2011, p. 411 (acesso 11/11/2017)

⁶ Nascimento, Amauri Mascaro/Nascimento, Sônia Mascaro. Curso de direito do trabalho: história e teoria geral do direito do trabalho: relações individuais e coletivas do trabalho. 29. Ed., São Paulo: Saraiva, 2014; p. 36.

⁷ Ibid., p. 38.

ocasionados nas fábricas, bem como evitar as substituições do trabalhador especializado por uma mão de obra não preparada ou por crianças.⁸

Normalmente, o proletário é um trabalhador que presta serviços em jornadas longas, que não tem oportunidades de desenvolvimento intelectual, que habita em condições abaixo da linha da pobreza, em geral, próximo do local de trabalho, tem prole numerosa e ganha salário com a expectativa de uma mudança de cenário.⁹

A imposição de condições de trabalho pelo empregador, a exigência de excessivas jornadas de trabalho, a exploração das mulheres e menores, que eram a mão de obra mais barata, os acidentes com os trabalhadores no desempenho das suas atividades, a insegurança quanto ao futuro, e aos momentos nos quais fisicamente não tivessem condições de trabalhar foram as constantes da nova era no meio proletário, às quais se podem acrescentar também os baixos salários.¹⁰

Com a iluminação artificial, houve uma tendência de aumento da jornada de trabalho. Vários estabelecimentos passaram, então, a funcionar no período noturno. Na verdade, o excesso de trabalho não era novidade que pudesse ser atribuída ao nascimento da grande indústria porque, mesmo antes, já se verificava na atividade artesanal. Porém, é certo que houve um endurecimento dessas condições.¹¹

A precariedade das condições de trabalho durante o desenvolvimento do processo industrial oferecia grandes chances de riscos graves à saúde e à integridade física do trabalhador. Embora acidentes e enfermidades ocorressem no ambiente laboral, especialmente nas minas e metalúrgicas, enquanto o operário estava incapacitado, ele não percebia salário, o que gerava uma insegurança por não haver leis que o resguardasse, e pelo o outro lado, o empregador, em sua maioria, não visualizava vantagem na existência dessas leis.¹²

O Estado capitalista sustenta-se com base na não intervenção do Poder público nas relações privadas e no trabalho sujeito à lei da oferta e da procura. Logo, no sistema capitalista predomina “a ideia do individual, da plena expressão da

⁸ Nascimento, Amauri Mascaro/Nascimento, Sônia Mascaro. Curso de direito do trabalho: história e teoria geral do direito do trabalho: relações individuais e coletivas do trabalho. 29. Ed., São Paulo: Saraiva, 2014, p. 39.

⁹ Ibid., p. 40

¹⁰ Ibid.; p. 43

¹¹ Ibid., p.47

¹² Ibid., p.48

personalidade, na libertação das faculdades de cada um para um desenvolvimento que ao Estado competiria assistir”.¹³

Em conformidade com a Revolução Francesa de 1789, o liberalismo político, econômico e jurídico orientados nos princípios da "Liberdade, Igualdade, Fraternidade" consagrados no momento histórico não favoreceu o Direito do Trabalho. De maneira oposta, motivou o aumento de situações laborais que clamavam a sua necessidade. A concepção de liberdade total do homem, independente da interferência do Estado, acarretou no afastamento das corporações de ofício que “mediante estatutos elaboraram uma primeira regulamentação trabalhista”.¹⁴

O Direito do Trabalho tem um papel fundamental ao longo da história de contribuir para a justiça social. Não obstante não seja a única forma de participação, é uma das medidas que abarcam normas e princípios das relações de trabalho subordinado que colaboram na distribuição de riquezas, na aplicação de políticas de convivência e na garantia da liberdade social do homem quando pretende atingir a justiça social.¹⁵

¹³ Nascimento, Amauri Mascaro/Nascimento, Sônia Mascaro. Curso de direito do trabalho: história e teoria geral do direito do trabalho: relações individuais e coletivas do trabalho. 29. Ed., São Paulo: Saraiva, 2014; p.51

¹⁴ Ibid., p.52

¹⁵ Ibid.; p.64-65

2.2. PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO E DA NÃO MERCANTILIZAÇÃO DO TRABALHO

Os princípios têm natureza normativa. Entre uma norma e um princípio, este último deve prevalecer, como previa a CLT de 1943, no parágrafo único do artigo 8º, “o direito comum será fonte subsidiária do direito do trabalho, naquilo em que não for incompatível com os princípios fundamentais deste.” Contudo, com a redação dada pela lei nº 13.467 de 2017, observe-se que, a nova redação do parágrafo 1º do artigo 8º suprimiu a expressão “naquilo em que não for incompatível com os princípios fundamentais deste” e afirma que a jurisprudência não poderá restringir direitos legalmente previstos e nem criar obrigações não previstas em lei.

A moderna doutrina (pós-positivista) classifica as normas em duas categorias: normas-princípio e normas-disposição. As normas-disposição (leis) regulam situações específicas, “descrevendo fatos”. As normas-princípio (princípios) regulam situações inespecíficas, possuindo, portanto, um grau mais elevado de abstração, já que o seu objeto são valores.¹⁶

Além da própria função normativa, os princípios também têm natureza de fonte supletiva do direito, como dispõe o art. 8º, caput, da CLT. Diante de lacunas legais, é comum o aplicador do direito procurar princípios jurídicos para sanar lacunas extrínsecas, quando não existe lei para determinada situação, ou intrínsecas, quando existe lei, mas que não soluciona determinado conflito. Assim, os princípios também atuam de forma descritiva na interpretação do direito.¹⁷

Em relação aos princípios, o princípio da proteção merece destaque. O princípio da proteção informa que “o direito do trabalho, estrutura em seu interior, com suas regras, institutos, princípios e presunções próprias, uma teia de proteção à parte hipossuficiente na relação empregatícia, visando atenuar, no plano jurídico, o desequilíbrio inerente ao plano fático do contrato de trabalho”¹⁸. Esse princípio é

¹⁶ Cisneiros, Gustavo. Direito do trabalho sintetizado. 1. ed. - Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2016. p.25.

¹⁷ Ibid.,loc.cit.

¹⁸ Ibid.,loc.cit.

dividido em três subespécies: *in dubio pro operário*, norma mais favorável e condição mais benéfica.

Caso uma norma admita várias interpretações, deve-se aplicar a norma mais favorável ao trabalhador, conforme o princípio do *in dubio pro operário*. Entretanto, se há mais de uma norma aplicável ao caso concreto, deve escolher a mais favorável ao trabalhador, segundo o princípio da norma mais favorável.

Além disso, o princípio da condição mais benéfica se caracteriza pela garantia da preservação das cláusulas mais benéficas ao empregado ao longo de todo o contrato, como pode ser percebido no artigo 468 da CLT, que determina “nos contratos individuais de trabalho só é lícita a alteração das respectivas condições por mútuo consentimento, e ainda assim desde que não resultem, direta ou indiretamente, prejuízos ao empregado, sob pena de nulidade da cláusula infringente desta garantia”.

O princípio tutelar repercute predominantemente no Direito do Trabalho, o que configura em regras essencialmente protetivas, que tutelam a vontade e os interesses dos obreiros. Os princípios do Direito do Trabalho são fundamentalmente favoráveis ao trabalhador, tanto que as presunções jurídicas são elaboradas com o objetivo de atenuar as diferenças sociais. Com efeito, a ideia protetiva–retificadora do Direito do Trabalho apoia-se na história.¹⁹

A CLT define empregador em seu art. 2º: “considera-se empregador a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviços”. Qualquer pessoa pode assumir a condição de empregador, seja ela física, jurídica, de fato ou irregular. Mesmo aqueles entes despersonalizados, tais como a massa falida e o espólio, podem ser empregadores.

Dessa forma, o empregador “admite, assalaria e dirige” a prestação pessoal de serviços. O empregador é o “chefe” e titular do poder de comando sobre a massa trabalhadora. A subordinação jurídica do empregado corresponde ao poder diretivo do empregador que assume exclusivamente o risco do negócio. Contudo, há limites ao

¹⁹ DELGADO, Maurício Godinho. Curso de direito do trabalho. 15.ed.São Paulo: LTr, 2016. p.201.

poder diretivo do empregador, principalmente quando envolve a dignidade do trabalhador.²⁰

À medida que a relação de trabalho e relação de emprego são modalidades de relação jurídica, configuram a “situação da vida social disciplinada pelo Direito, mediante a atribuição a uma pessoa de um direito subjetivo e a correspondente imposição à outra de um dever ou de uma sujeição” sua estrutura forma-se por sujeitos, objeto, causa e garantia.²¹

A relação jurídica pressupõe a existência de, no mínimo, duas pessoas e de uma norma jurídica qualificadora. Assim, a relação jurídica se apresenta subjetivamente como o “poder de exigir ou pretender de outra pessoa um determinado comportamento positivo ou negativo”²² e potestativamente como “poderes jurídicos, por um ato livre de vontade, só de *per si* ou integrado por uma decisão judicial, produzir efeitos jurídicos que inelutavelmente se impõem a outra parte”.²³

A relação de emprego tem natureza contratual, exatamente porque é gerada pelo contrato de trabalho. Os principais elementos da relação de emprego gerada pelo contrato de trabalho são: a pessoalidade, o empregado tem o dever jurídico de prestar os serviços em favor de outrem pessoalmente; a natureza não eventual do serviço, serviço necessário à atividade normal do empregador; a remuneração do trabalho a ser executado pelo empregado; a subordinação jurídica da prestação de serviços ao empregador.²⁴

Não é, portanto, qualquer relação de trabalho que atrai a aplicação do direito do trabalho, mas apenas aquela dotada da configuração específica mencionada no parágrafo anterior. O direito do trabalho brasileiro, à semelhança de outros países, caracterizou-se no curso de sua elaboração por um núcleo que é o contrato de trabalho subordinado, via de acesso às formas de proteção legal. Acontece que, contraditoriamente, as medidas utilizadas para atenuar a perda do emprego são

²⁰ CISNEIROS, Gustavo. Direito do trabalho sintetizado. 1. ed. - Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2016. p.64.

²¹ ANDRADE, Manuel Domingues de. A teoria geral da relação jurídica, v.i, Coimbra: Livraria Almedina, 1997, p.2.

²² *Ibid.*, p.10.

²³ PINTO, Carlos Alberto da Mota. Teoria geral do direito civil. 3 ed., Coimbra: Editora Coimbra, 1990, p. 174

²⁴ BARROS, Alice Monteiro de. Curso de direito do trabalho. 10 ed. São Paulo: LTr, 2016. p.147.

insuficientes, o que compromete as formas de proteção. A tutela dos trabalhadores fora da relação de emprego é ineficaz, pois o mercado informal, por sua vez, desenvolve-se em um cenário dramático.²⁵

²⁵BARROS, Alice Monteiro de. Curso de direito do trabalho. 10 ed. São Paulo: LTr, 2016, p.148.

2.3 CONTRATO DE TRABALHO

A atividade profissional do trabalhador fica sujeita à vontade daquele a quem se oferece o trabalho, e que passa a controlá-lo e dirigi-lo. A livre atividade profissional sofre a interferência de outrem e aproveita essa mesma atividade, interpondo-se entre o trabalhador e a sociedade, surgindo assim o contrato de trabalho.

O contrato de trabalho é um negócio jurídico de índole “não solene”, ou seja, a lei não exige formalidade essencial para o seu surgimento. Por isso, a origem da expressão “contrato realidade”. O princípio da primazia da realidade “encontra, na informalidade do pacto trabalhista, a pilastra de sua sustentação”.²⁶

O conceito de contrato de trabalho previsto no artigo 442 da CLT como sendo “o acordo tácito ou expresso, correspondente à relação de emprego” é criticado pela doutrina sob o argumento de que o contrato não corresponde à relação de emprego, mas cria esta relação jurídica. A relação jurídica, por sua vez, é o vínculo que impõe a subordinação do prestador de serviços ao empregador, detentor do poder diretivo.

Verifica-se, portanto, que a relação jurídica trabalhista estabelece, por força de lei, nos artigos 2º e 3º da CLT, a posição de poder de uma pessoa e a respectiva posição de dever da outra, para a tutela de um interesse.

Então, o contrato de trabalho é o acordo escrito, verbal ou tácito firmado entre uma pessoa física, que seria o trabalhador e outra pessoa física, jurídica ou entidade, que seria o empregador, mediante o compromisso do primeiro em executar, pessoalmente, perante o segundo um serviço de natureza não eventual, mediante salário e subordinação jurídica. Esta última distinguirá o contrato de trabalho dos demais que lhe são semelhantes e o trabalho subordinado do trabalho autônomo.

Vale registrar que a redação dada pela Medida Provisória nº 808 de 2017 para o art. 442-B, § 6º, em relação ao autônomo, “a contratação do autônomo, cumpridas por este todas as formalidades legais, de forma contínua ou não, afasta a qualidade de empregado prevista no art. 3º desta Consolidação” e “presente a subordinação jurídica, será reconhecido o vínculo empregatício”.

²⁶ CISNEIROS, Gustavo. Direito do trabalho sintetizado. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2016. p.35.

Entre os caracteres do contrato de trabalho apontados pela doutrina, poderão ser arrolados os seguintes: trata-se de um contrato, negócio jurídico bilateral, de direito privado, sinalagmático, de execução continuada, consensual, *intuitu personae* em relação ao empregado, oneroso e do tipo subordinativo. Alguns autores²⁷ acrescentam a alteridade entre esses caracteres, o que significa ser o trabalho executado em favor de outrem, que auferir os frutos do trabalho de alguém e, portanto, deverá assumir os riscos do empreendimento.

Não obstante o Direito do Trabalho se caracterize pela predominância de normas imperativas, o contrato de trabalho, na constatação de Martins Catarino²⁸, enquadra-se no campo do direito privado. Destarte, o princípio da autonomia da vontade aplica-se nos contratos de trabalho, bem como se trata de um contrato sinalagmático, no qual as partes obrigam-se de comum acordo de vontades a uma prestação e a outra a uma contraprestação. Neste caso, a cada obrigação de prestar o serviço corresponde uma obrigação de pagar o salário equivalente.²⁹

A prestação de serviços no contrato de trabalho é de trato sucessivo, visto que não termina com a realização de um ato, bem como pressupõe a execução de atividades na empresa. O ajuste contratual não necessita de formalidades, salvo algumas exceções, previstas em lei, e, em regra, é consensual, já que se caracteriza pela ausência de formas especiais legais, sendo suficiente para sua celebração o simples consentimento.³⁰

O contrato de trabalho é *intuitu personae* em relação ao empregado. Com isso, o empregado não poderá se fazer substituir por outrem na prestação de serviços, salvo esporadicamente e com a concordância do empregador.

O caráter personalíssimo da relação de emprego deriva, segundo alguns autores³¹, do fato de o empregado colocar à disposição do empregador sua energia psicofísica e não da infungibilidade da prestação de serviços, pois é sabido que no âmbito da organização empresarial existem funções que pressupõem qualificações

²⁷ BARROS, Alice Monteiro de. Curso de direito do trabalho. 10 ed. São Paulo: LTr, 2016. p.159.

²⁸ CATHARINO, José Martins. Contrato de emprego: com comentários aos arts. 442-510 da CLT, Imprensa: Rio de Janeiro, Ed. Trabalhistas, 1965.

²⁹ BARROS, Alice Monteiro de. Curso de direito do trabalho. 10 ed. São Paulo: LTr, 2016. p.159.

³⁰ Ibid., p.158.

³¹ SCOGNAMIGLIO, Renato. *Manuale di diritto* del lavoro. Napoli: Jovene editore, 2003, p.84.

relativamente homogêneas, em que é normal a substituição de um trabalhador por outro, como também em um regime de revezamento.³²

A doutrina admite, excepcionalmente, o caráter *intuitu personae* em relação ao empregador e cita, como exemplo, a situação de um jornalista cuja empresa em que trabalhava sofreu mudança radical na orientação. Nesse caso, segundo alguns doutrinadores, pode o empregado não aceitar a mudança de titularidade da empresa, rompendo o contrato com direito às reparações³³. A onerosidade é também um dos caracteres do contrato de trabalho.³⁴

³² BARROS, Alice Monteiro de. Curso de direito do trabalho. 10 ed. São Paulo: LTr, 2016. p.159.

³³ XAVIER, Bernardo da Gama Lobo. Contratos de trabalho dos profissionais de espetáculos (direito aplicável), Revista de direito e de estudos sociais. Coimbra: Almedina, jan/mar. 1986, p. 124-125.

³⁴ BARROS, Alice Monteiro de. Curso de direito do trabalho. 10 ed. São Paulo: LTr, 2016. p.159.

3. TERCEIRIZAÇÃO

A empresa é captadora de lucros, pois o negócio pertence às pessoas que nela investem, não aos seus empregados, fornecedores ou à localidade em que se situa. Com a redução no corpo da empresa por meio da terceirização, percebe-se que há uma maior concentração do capital e espera-se uma “melhoria” na oferta de emprego no mercado de trabalho.

A terceirização tem origem no modelo de administração de empresas, sendo sua criação atribuída às indústrias bélicas. Alguns doutrinadores³⁵ pronunciam que, com a Segunda Guerra Mundial, houve o aumento da demanda por armas e os fabricantes procuraram acelerar a produção com a participação de terceiros no processo produtivo.

No Brasil, a terceirização surgiu em meados da década de 1960, com o intuito de especializar os serviços administrativos do Estado, através da edição do Decreto-Lei nº 200/67 e da Lei nº 5.645/70, com disposições sobre a organização da Administração Federal com diretrizes para a Reforma Administrativa e para a classificação de cargos do Serviço Civil da União e das autarquias federais.

Assim, a terceirização começou com a descentralização administrativa que objetivava a especialização para melhorar a prestação de serviços. A partir disso, a iniciativa privada passou a utilizar a terceirização como instrumento para suprir necessidades empresariais relevantes, como as atividades de vigilância bancária e os trabalhos temporários.

Logo, as empresas visualizaram uma possibilidade de retirar direitos legítimos conferidos aos trabalhadores, e a terceirização foi utilizada de forma indevida e indiscriminada, o que gerou um grande número de questionamentos judiciais. Situação que exigiu a atividade interpretativa dos tribunais e culminou com a edição da súmula nº 256 pelo TST, que posteriormente foi convertida e atualizada, gerando a atual súmula nº331. Registre-se que as súmulas são enunciados elaborados a partir de decisões da Justiça do Trabalho que funcionam como referência na ausência de lei ou falta clareza sobre algum aspecto.

³⁵ DELGADO, Maurício Godinho. Curso de direito do trabalho. 15.ed.São Paulo: LTr, 2016, p. 101.

Posteriormente foi editada a Lei nº 6.019/74 que trata da possibilidade de contratação de trabalhadores temporários em hipóteses específicas e a Lei nº 7.102/83 que trata da possibilidade de terceirização em serviço de vigilância bancária, cujo objeto foi posteriormente ampliado para qualquer serviço de vigilância.

A Lei nº 6.019/74 foi atualizada pela Lei nº 13.429 de 31 de março de 2017, conhecida como a nova Lei da Terceirização. Entretanto, observa-se que o instituto da terceirização não foi regulamentado claramente. Não obstante a súmula nº 331 do TST traga alguns esclarecimentos e a nova legislação tente esclarecer, a ausência específica de legislação sobre a terceirização permite sua utilização indevida, principalmente direcionada a burlar direitos trabalhistas, bem como a utilização do instituto pelas empresas ainda enseja questionamentos diversos dos operadores do direito.

3.1 CONCEITO, EVOLUÇÃO HISTÓRICA E NORMATIVA

Buscando conceituar terceirização, Maurício Godinho Delgado define o instituto como sendo “o fenômeno pelo qual se dissocia a relação econômica de trabalho da relação justrabalhista que lhe seria correspondente”.³⁶ Como complemento, Alice Monteiro de Barros conceitua terceirização como “o fenômeno que consiste em transferir para outrem atividades consideradas secundárias, ou seja, de suporte, atendo-se a empresa à sua atividade principal”.³⁷

A terceirização é um fenômeno relativamente novo no ordenamento jurídico pátrio, embora seja atribuído à demanda por armas nas indústrias da Segunda Guerra quando descentralizaram o sistema de produção e delegaram a terceiros à execução de serviços para se concentrarem na atividade principal.

Os serviços desvinculados das atividades primordiais das indústrias bélicas foram delegados, como a limpeza e a conservação, com o objetivo de dedicação maior e especialização ao seu objetivo principal de fabricação de armas, conseqüentemente ocorreu um aumento na produtividade e na qualidade de produtos.

A terceirização é um modelo de administração de empresas baseado no toyotismo, com a desconcentração industrial para o enxugamento dos recursos humanos vinculados ao empreendimento, mantendo apenas o negócio principal, e o aparecimento de novas empresas especializadas em fornecimento de mão de obra qualificada para determinada atividade, gravitando como “satélites” ao redor da empresa tomadora do serviço.

O sistema toyotista, ao horizontalizar a fábrica, criando o conceito de trabalho por células, passou a exigir trabalhadores mais qualificados e em menos quantidade, de maneira a reduzir os custos e aumentar o lucro, adequando a empresa à demanda do mercado.

Nessa busca pela “mais valia”, um modelo trilateral de relação socioeconômica, presentes na empresa prestadora de serviços terceirizados, o trabalhador e a empresa

³⁶ DELGADO, Maurício Godinho. Curso de direito do trabalho. 15.ed.São Paulo: LTr, 2016, p. 18.

³⁷ BARROS, Alice Monteiro de. Curso de direito do trabalho. 10 ed. São Paulo: LTr, 2016, p. 54.

tomadora dos serviços, que a figura da terceirização foi criada como instrumento de especialização e meio de concentração da empresa em suas atividades principais.

O trabalhador possui vínculo empregatício com a empresa prestadora de serviços terceirizados. Apesar disso, o trabalhador é inserido no ambiente laboral da empresa tomadora de serviços, trabalhando, na maioria das vezes, lado a lado, com os empregados desta, sem que, contudo, detenha os mesmos direitos destes.

Essa estrutura difere do modelo tradicional de relação empregatícia, bilateral, na qual o trabalhador e a empresa tomadora de seus serviços estabelecem um vínculo direto. Diante desse choque, a legislação, a doutrina e a jurisprudência historicamente têm imposto limites à terceirização.

No Brasil, a origem do instituto remonta ao Decreto-lei 200/67 e à Lei 5.645/70, que previam a terceirização de serviços na administração pública federal. Essa legislação previa a possibilidade da administração pública utilizar-se dos serviços de empresas especializadas na prestação de serviços, para desonerar-se e concentrar-se em sua atividade principal, melhor servindo os administrados.

O art. 10 do Decreto-lei nº200/67, estipulava expressamente que a execução das atividades da administração federal deveria ser amplamente descentralizada.

A Lei nº 5.645/70 trazia exemplificamente os serviços que poderiam ser terceirizados pela administração pública: transporte, conservação, custódia, operação de elevadores, mediante contrato, de acordo com o artigo 10, § 7º, do Decreto-lei nº 200/1967.

Na iniciativa privada, apesar de a CLT fazer menção à figura de subcontratação através da empreitada e subempreitada desde a edição de seu texto original, datado de 1943, a possibilidade de terceirização veio com a edição da Lei nº 6.019/74, que prevê a possibilidade de contratação de trabalhadores temporários para suprir necessidade transitória de substituição de pessoal regular e permanente da empresa tomadora ou necessidade resultante de acréscimo extraordinário de serviços dessa empresa.

Ampliando as possibilidades de terceirização, foi editada a Lei nº 7.102/83 possibilitando a transferência a terceiros especializados dos serviços de vigilância bancária, especificamente. Essa lei foi alterada pela Lei nº 8.863/94, ampliando seu rol permissivo para alcançar serviços de vigilância em estabelecimento público ou privado,

inclusive segurança de pessoas físicas, além do transporte ou garantia do transporte de qualquer tipo de carga.

Apesar da pouca regulamentação, o instituto da terceirização passou a ser largamente utilizado pelas empresas, muitas vezes esvaziando por completo seu objetivo social e viabilizando a precarização das relações de trabalho, pois visava apenas reduzir custos com a criação de novas categorias de trabalhadores detentoras de menos direitos.

Esses abusos foram objeto de reclamações perante a justiça trabalhista, e após intensa atividade judicial, o TST editou a súmula nº 256, cujo texto inicial era o seguinte: “Salvo os casos de trabalho temporário e de serviço de vigilância, previstos nas Leis nºs 6.019, de 03.01.1974, e 7.102, de 20.06.1983, é ilegal a contratação de trabalhadores por empresa interposta, formando-se o vínculo empregatício diretamente com o tomador dos serviços.”

Com a edição dessa súmula, as únicas hipóteses passíveis de terceirização na iniciativa privada eram os serviços temporários e os serviços de vigilância, sendo possível ainda a terceirização pela Administração pública, conforme o Decreto-lei 200/67 e a Lei nº 5.645/70.

Promulgada a CF/1988, afastou-se a possibilidade de terceirização na administração pública, ante a expressa exigência constitucional de concurso público para ingresso em cargo ou emprego público, conforme o artigo 37, inciso II, e §2º, o que culminou com a revogação expressa do parágrafo único do art. 3º da Lei nº 5.645/70 pela Lei nº 9.527/97.

Não obstante, atualmente é admitida a terceirização no âmbito da administração pública federal, com fundamento no Decreto nº 2.271/97, que regulamentou a Medida Provisória nº 1.606/96, transformada na Lei nº 9.632/98. Posteriormente, a súmula nº 256 foi revista e depois cancelada, dando origem à súmula nº 331.

O Trabalho Temporário nas Empresas Urbanas tem amparo legal na Lei nº 6.019 de 3 de janeiro de 1974 e foi atualizada pela Lei nº 13.429 de 31 de março de 2017, conhecida como a nova Lei da Terceirização que trouxe nova redação para os artigos 1º, 2º, 4º, 5º, 6º, 9º, 10, parágrafo único, 11, 12; e inseriu os artigos 4º-A, 4º-B, 5º-A, 19-

A, 19-B, 19-C. Entretanto, a Lei não foi muito clara na diferenciação entre o trabalho temporário e a terceirização.

Anteriormente a aprovação, a nova Lei da Terceirização abalou debates e encontros jurídicos, inclusive associações e trabalhadores, e como resposta surgiram manifestações pelo país e propositura de algumas ações no Poder Judiciário.

Em 17 de abril de 2017, logo após a publicação da Lei 13.429/2017, em 31 de março de 2017, o STF recebeu ADI 5695³⁸ contra a Lei da Terceirização, que foi distribuída ao ministro Gilmar Mendes, ajuizada pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Indústria Química (CNTQ) e pela Confederação Nacional dos Trabalhadores nas Indústrias Têxtil, Vestuário, Couro e Calçados (Conaccovest).

Essas entidades de classe requereram a concessão de liminar para a suspensão integral dos artigos da referida lei e, no mérito, que o STF julgasse a norma inconstitucional. Nas suas razões, as confederações alegaram que o texto feriria princípios constitucionais, como por exemplos, o da isonomia, a proteção ao trabalhador, a livre associação sindical, e a preservação da função social da propriedade.

Segundo afirmaram na petição inicial, as alterações introduzidas pela norma, na nova redação da Lei nº 6.019/1974, passaram a admitir expressamente que o trabalho temporário poderia versar sobre o desenvolvimento de atividades-meio e atividades-fim a serem executadas na empresa tomadora de serviços.

Amparam que tal medida demonstraria a abertura para a terceirização ampla e irrestrita e não somente ao trabalho temporário regulado pela Lei nº 6.019/1974, tendo em vista que “a prática da terceirização na atividade-fim esvazia a dimensão comunitária da empresa, pois a radicalização desse mecanismo pode viabilizar a extrema figura da empresa sem empregados, que terceiriza todas as suas atividades, eximindo-se, por absoluta liberalidade, de inúmeras responsabilidades sociais, trabalhistas, previdenciárias e tributárias”.

³⁸ <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=5170951> (acesso em 23/10/2017)

Além dessa, também está sob análise do ministro Gilmar Mendes a ADI 5685³⁹, ajuizada pela Rede Sustentabilidade, a ADI 5686⁴⁰, protocolada pela Confederação Nacional das Profissões Liberais (CNPL) e a ADI 5687⁴¹, de autoria do Partido dos Trabalhadores (PT) e do Partido Comunista do Brasil (PCdoB).

Em 27 de junho de 2017, Rodrigo Janot Monteiro de Barros, Procurador-Geral da República apresentou ao STF a ADI 5735 contra a Lei 13.429/2017 e elencou vícios na tramitação do projeto legislativo que resultou na lei, bem como argumenta que o texto aprovado viola dispositivos constitucionais.

Segundo o procurador-geral, a ampliação “desarrazoada” do regime de locação de mão de obra temporária para atender “demandas complementares” das empresas, aliada à triplicação do prazo máximo do contrato temporário de três meses para 270 dias, rompe com o caráter excepcional do regime de intermediação de mão de obra, viola o regime constitucional de emprego socialmente protegido (artigo 7º, inciso I, da Constituição Federal de 1988), esvazia a eficácia dos direitos fundamentais sociais dos trabalhadores (artigos 1º, 7º a 11, 170, incisos VII e VIII, e 193) e vulnera o cumprimento, pelo Brasil, da Declaração de Filadélfia e das Convenções 29 e 155 da Organização Internacional do Trabalho (OIT).

A Declaração referente aos fins e objetivos da OIT, conhecida como a Declaração de Filadélfia⁴² é anexo da Constituição da OIT, desde em 1944, após a Segunda Guerra Mundial e reafirma os princípios fundamentais sobre os quais repousa a Organização, entre eles que o trabalho não é uma “mercadoria”, e afirma que convém “integralmente a todos os povos e que sua aplicação progressiva, tanto àqueles que são ainda dependentes, como aos que já se podem governar a si próprios, interessa o conjunto do mundo civilizado, embora se deva levar em conta, nas variedades dessa aplicação, o grau de desenvolvimento econômico e social atingido por cada um”.

³⁹<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=5163507> (acesso em 23/10/2017)

⁴⁰<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=5165589> (acesso em 23/10/2017)

⁴¹<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=5165590> (acesso em 23/10/2017)

⁴²http://www.oitbrasil.org.br/sites/default/files/topic/decent_work/doc/constituicao_oit_538.pdf (acesso 08/11/2017)

O Procurador – Geral pediu a suspensão liminar da eficácia de diversos dispositivos da lei e argumentou que a manutenção dos efeitos “grande contingente, de milhares de postos de emprego direto, pode ser substituído por locação de mão de obra temporária e por empregos terceirizados em atividades finalísticas, com precaríssima proteção social”. Conforme o pedido, “novos postos de trabalho em atividades finalísticas de empresas públicas e privadas também podem ser submetidos a regime de terceirização, enquanto se aguarda o julgamento de mérito da demanda, com afronta de difícil reversão às normas constitucionais afetadas e impacto direto na vida dos trabalhadores”.

Após uma avalanche de mudanças em julho, com a Lei 13.467, a edição extra do Diário Oficial de 14 de novembro de 2017, ocorreu a publicação do texto da Medida Provisória nº808/2017 sobre regras trabalhistas. A Medida Provisória realizou mudanças pontuais, em especial nos institutos recém-criados, como o trabalho intermitente, a representação dos empregados, autônomo exclusivo entre outras. Principalmente em relação à previsão da aplicação no tempo no artigo 2º prevê que “o disposto na Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017, se aplica, na integralidade, aos contratos de trabalho vigentes”, com isso, há uma previsão expressa de que as regras da reforma trabalhista aplicam-se integralmente aos contratos de trabalho vigentes, inclusive àqueles celebrados antes da reforma e a redação dada pela Medida Provisória nº 808 de 2017 para o art. 442-B, § 6º, em relação ao autônomo, “a contratação do autônomo, cumpridas por este todas as formalidades legais, de forma contínua ou não, afasta a qualidade de empregado prevista no art. 3º desta Consolidação” e “presente a subordinação jurídica, será reconhecido o vínculo empregatício”.

O TST informou que avaliará a alteração de súmulas para adequá-las ao conteúdo da Lei nº 13.467/2017, bem como a redação da MP nº808/2017. De acordo com a redação da MP nº808, as regras não seriam apenas para os contratos a partir de 11 de novembro, mas também seriam levadas em consideração em processos judiciais ajuizados antes mesmo da entrada em vigor da reforma. A MP ainda não foi convertida em Lei e pode não ser efetivada pelo Congresso Nacional.

Contudo, as garantias previstas na CF/88, especialmente no artigo 7º, que trata dos direitos trabalhistas, associadas ao princípio do não retrocesso impediriam a

aplicação das regras aos contratos vigentes em 10 de novembro do ano passado e às ações ajuizadas antes desse dia, pois seria inconstitucional, a mudança das regras para trabalhadores com garantias anteriores incorporadas ao contrato de trabalho, como previsto no artigo 468 da CLT, que não foi revogado.

Registre-se que o princípio da vedação ao retrocesso é uma garantia constitucional implícita, decorrente do denominado bloco de constitucionalidade, tendo origem nos princípios da segurança jurídica, da máxima efetividade dos direitos constitucionais e da dignidade da pessoa humana.

Em princípio, o contrato de trabalho do trabalhador temporário é uma relação jurídica que envolve três personagens: a Empresa Tomadora de Serviços, o Trabalhador Temporário e a Empresa de Trabalho Temporário. De um lado da relação jurídica, há o trabalhador temporário que tem relação de trabalho com a Empresa Tomadora de Serviços e uma relação de emprego com a Empresa de Trabalho Temporário. Do outro lado, a Empresa Tomadora de Serviços tem uma relação contratual civil empresarial com a Empresa de Trabalho Temporário.

Houve uma atualização em relação ao artigo 4º-A, § 1º, porém, a lei não deixa claro quais seriam as diferenças entre a Empresa Tomadora de Serviços e a Empresa Prestadora de Serviços, pois a empresa prestadora de serviços contrata, remunera e dirige o trabalho realizado por seus trabalhadores ou subcontrata outras empresas para realização dos seus serviços, ou seja, envolve a contratante, o trabalhador terceirizado e a empresa prestadora de serviços que poderia subcontratar outras empresas para uma quarteirização, como ocorre nas indústrias têxteis⁴³.

Vale registrar que a quarteirização difere da terceirização em cadeia. Essa última trata-se de modalidade de reengenharia organizacional mediante a qual uma empresa prestadora de serviços a terceiros, que tem por objeto social a prestação de determinado e específico serviço e que foi contratada para oferecer esse serviço, subcontrata outra empresa do mesmo ramo para fazer exatamente aquilo que era sua atribuição originária e assim sucessivamente. Há, de fato, uma subcontratação. Como consequência, a responsabilidade da empresa que deu início à cadeia se enfraquece

⁴³<http://www.prt2.mpt.mp.br/189-mpt-firma-tac-que-beneficia-trabalhadores-que-costuravam-para-a-empresa-lojas-renner> (acesso 08/11/2017)

para dificultar a sua responsabilização patrimonial, bem como a fiscalização no tocante ao cumprimento da legislação trabalhista, previdenciária e fiscal.⁴⁴

Enquanto que a terceirização consiste na delegação da gestão administrativa das relações com os demais prestadores de serviços em determinado projeto a uma terceira empresa especializada, conhecida por *facilities management*. Na terceirização, ocorre a contratação de empresa especializada com o objetivo de gerenciar o fornecimento de serviços por terceiros para a empresa contratante.

Não se verifica na terceirização a subcontratação a que se refere o art. 4º-A, § 1º, parte final, da Lei nº 6.019/74, com a redação dada pela Lei nº 13.467/2017, “considera-se prestação de serviços a terceiros a transferência feita pela contratante da execução de quaisquer de suas atividades, inclusive sua atividade principal, à pessoa jurídica de direito privado prestadora de serviços que possua capacidade econômica compatível com a sua execução” e § 1º “a empresa prestadora de serviços contrata, remunera e dirige o trabalho realizado por seus trabalhadores, ou subcontrata outras empresas para realização desses serviços”.

Contudo, é possível, a partir dos princípios constitucionais e a constatação da nocividade da terceirização que implica a precarização das relações de trabalho defender a responsabilidade, no mínimo, subsidiária, no tocante ao pagamento das verbas trabalhistas, previdenciárias e fiscais em relação à terceirização em cadeia, tendo em vista que a CF/88 consagra o valor social do trabalho e a dignidade da pessoa humana como fundamentos do Estado em seu artigo 1º, incisos III e IV, e que a ordem social tem como base o primado do trabalho no seu artigo 193, bem como que a ordem econômica está fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa e tem por fim assegurar a todos uma existência digna no artigo 170.

A Lei nº 6.019/1974 dispõe de cinco conceitos dos personagens que compõe essa relação de trabalho. Alguns conceitos já conhecidos com alterações dadas pela Lei nº 13.429, como leciona o artigo 2º, *caput*, o trabalho temporário “é aquele prestado por pessoa física contratada por uma empresa de trabalho temporário que a coloca à disposição de uma empresa tomadora de serviços, para atender à necessidade de

⁴⁴ MARTINEZ, Luciano. A terceirização na era Temer. In: Revista Magister de direito do trabalho. Ano XIII, nº 77. p. 9.

substituição transitória de pessoal permanente ou à demanda complementar de serviços”.

No artigo 4º, a empresa de trabalho temporário “é a pessoa jurídica, devidamente registrada no Ministério do Trabalho, responsável pela colocação de trabalhadores à disposição de outras empresas temporariamente”. Observe-se que a pessoa física era permitida antes de ser classificada como empresa de trabalho temporário.

O artigo 5º da Lei define a empresa tomadora de serviços como sendo “a pessoa jurídica ou entidade a ela equiparada que celebra contrato de prestação de trabalho temporário com a empresa”.

Além desses conceitos, há novos conceitos como o da empresa prestadora de serviço previstos no artigo 4º-A “empresa prestadora de serviços a terceiros é a pessoa jurídica de direito privado destinada a prestar à contratante serviços determinados e específicos”. E o contratante no artigo 5º-A “é a pessoa física ou jurídica que celebra contrato com empresa de prestação de serviços determinados e específicos”.

Conclui-se que o trabalho temporário (empresa tomadora dos serviços, trabalhador temporário, empresa de trabalho temporário) é uma espécie da terceirização (contratante, trabalhador terceirizado, empresa prestadora de serviços) que é o gênero.

Nesse cenário, a terceirização foi percebida como “um modelo de gestão capaz de transformar custos fixos em variáveis, tornando as organizações mais competitivas e reduzindo os riscos decorrentes de potenciais passivos trabalhistas”⁴⁵. Assim, a terceirização oferecia “o benefício de uma operação mais enxuta”⁴⁶, já que permitia contratar empresas de prestação de serviços para coordenar a execução de atividades não vinculadas ao negócio principal da empresa. Contudo, diversas fragilidades sociais e dificuldades financeiras surgiram em relação aos trabalhadores.⁴⁷

⁴⁵FARIA, Maria da Graça Druck de. Terceirização: (des)fordizando a fábrica. São Paulo, Boitempo, 2001, p. 37.

⁴⁶ SANTOS, Maria Luiza Leitão dos. Terceirização no cluster calçadista na ótica das empresas subcontratadas. Revista Acadêmica São Marcos, v. 6, n. 2, p. 106-129, 2017, p. 118. <http://www.saomarcos.com.br/ojs/index.php/rasm/article/view/163> (acesso 20/10/2017)

⁴⁷ GIOSA, Lívio Antônio. Terceirização: uma abordagem estratégica. São Paulo: Pioneira, 1993, p. 21.

3.2 TERCEIRIZAÇÃO LICÍTA X TERCEIRIZAÇÃO ILICÍTA

A súmula nº 331, TST, prevê a relação de trabalho temporário formada com a terceirização:

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

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

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

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

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

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

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

Essa súmula é a evolução da súmula nº 256, TST que foi cancelada: .

CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LEGALIDADE (cancelada) - Res. 121/2003, DJ 19, 20 e 21.11.2003. Salvo os casos de trabalho temporário e de serviço de vigilância, previstos nas Leis nº 6.019, de 03.01.1974, e 7.102, de 20.06.1983, é ilegal a contratação de trabalhadores por empresa interposta, formando-se o vínculo empregatício diretamente com o tomador dos serviços.

A partir da mencionada súmula do TST, observam-se quatro tipos de terceirização lícita.

A primeira hipótese relativa ao trabalho temporário, caracterizada como atividade-fim, relacionada ao núcleo da dinâmica empresarial. Em duas hipóteses de substituição transitória de pessoal permanente, por exemplo, férias e licença; e de demanda complementar de serviços, que antes tinha o acréscimo extraordinário de serviços.

Considera-se complementar a demanda de serviços que seja oriunda de fatores imprevisíveis ou quando decorrentes de fatores previsíveis de natureza intermitente, periódica ou sazonal. Em relação à natureza intermitente, periódica, sazonal, a lei não traz as diferenças.

Registre-se que é proibida a contratação de trabalho temporário para substituição de trabalhadores em greve, salvo nos casos previstos em lei, com previsão do direito de greve no artigo 9º da CF/88 e a Lei nº 7.783/89.

A segunda hipótese relativa aos serviços de vigilância, previstos na Lei nº 7.102/1983, item III da súmula nº 331, TST, é caracterizada como uma atividade-meio, periférica, instrumental ou de apoio.

A terceira hipótese relativa aos serviços de conservação e limpeza, item III da súmula nº 331, TST, é caracterizada como atividade-meio.

A quarta hipótese relativa corresponde aos serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador de serviços.

Com base na súmula nº 331, TST, para que a terceirização seja lícita envolvendo atividade-meio não poderão estar presentes a pessoalidade e a subordinação direta.

Registre-se que o TST terá que rever e atualizar a sua jurisprudência porque muitas das súmulas com a redação atual colidem com a Reforma Trabalhista.

O artigo 9º, § 3º, da Lei nº 6.019/74, com a redação da Lei nº 13.429/17, prevê que o contrato de trabalho temporário poderá versar sobre o desenvolvimento de atividades-meio e atividade-fim a serem executadas na empresa tomadora de serviço.

A regra da responsabilidade trabalhista das empresas é que, na terceirização lícita, a Empresa de Trabalho Temporário e a Empresa Prestadora de Serviços tenham um vínculo de emprego direto e principal com o trabalhador. Por outro lado, a Empresa Tomadora de Serviço e o Contratante tenham um vínculo de emprego indireto e secundário com o trabalhador, conforme previsão no item IV, da súmula nº 331 do TST. A mencionada responsabilidade subsidiária depende de participação na fase de conhecimento e que conste no título executivo extrajudicial.

O artigo 10, § 7º, da Lei nº 6.019/74, dispõe, erroneamente, que a empresa de trabalho temporário e a empresa prestadora de serviços terão responsabilidade trabalhista subsidiária. Também dispõe no artigo 5º-A, § 5º, da Lei nº 6.019/74 com a

mesma redação para a empresa prestadora de serviço e contratante. Assim, serão ambos contratantes e com responsabilidade subsidiária.

O artigo 16, da Lei nº 6.019/74 prevê que, no caso de falência da Empresa de Trabalho Temporário, a Empresa Tomadora de Serviço tem responsabilidade solidária, consagrando o previsto no artigo 265 do CC, “a solidariedade não se presume; resulta da lei ou da vontade das partes”, que é a solidariedade legal. Registre-se que não se aplica para recuperação judicial ou extrajudicial.

No caso de fraude caracterizando uma terceirização ilícita, modifica a ordem que pode atingir empresas. A Empresa Tomadora de Serviços e a Contratante teriam vínculo de emprego direto e principal, e já a Empresa de Trabalho Temporário e a Empresa Prestadora de Serviços teriam vínculo de emprego indireto e secundário.

Assim, a responsabilidade das últimas empresas será solidária, conforme previsão: nos artigos 9º, “serão nulos de pleno direito os atos praticados com o objetivo de desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação dos preceitos contidos na presente Consolidação”, e 444, “as relações contratuais de trabalho podem ser objeto de livre estipulação das partes interessadas em tudo quanto não contravenha às disposições de proteção ao trabalho, aos contratos coletivos que lhes sejam aplicáveis e às decisões das autoridades competentes”, da CLT, interpretados, conjuntamente, com o artigo 942, “os bens do responsável pela ofensa ou violação do direito de outrem ficam sujeitos à reparação do dano causado; e, se a ofensa tiver mais de um autor, todos responderão solidariamente pela reparação”, do CC e o artigo 8º, § 1º, “o direito comum será fonte subsidiária do direito do trabalho”, da CLT.

A Empresa de Trabalho Temporário, prevista no artigo 4º da Lei nº 6.019/74, tem que registrar a pessoa jurídica no Ministério do Trabalho, como requisito para funcionamento e registro. Diante do disposto no artigo 6º da Lei, também serão necessários: a prova de inscrição do CNPJ no Ministério da Fazenda; a prova do competente registro na junta comercial na localidade que tenha sede e a prova de possuir capital social de no mínimo 100 mil reais.

Em relação às normas de higiene, saúde e segurança do trabalho, previstas no artigo 9º, § 1º e 2º da Lei nº 6.019/74, é responsabilidade da empresa contratante garantir as normas de segurança e higiene, bem como de salubridade dos

trabalhadores quando o trabalho for realizado em suas dependências ou em local por ela designado. Nada mais óbvio.

Além disso, a contratante estenderá ao trabalhador da Empresa de Trabalho Temporário, o mesmo atendimento médico ambulatorial e de refeição destinado aos seus empregados existente nas dependências da contratante ou local por ela designado.

O contrato entre a Empresa de Trabalho Temporário e a Empresa Tomadora de Serviços é obrigatoriamente escrito, tem natureza jurídica civil-empresarial, é uma inovação da Lei nº 13.429/2017, e ficará à disposição da autoridade fiscalizadora no estabelecimento da tomadora de serviços. Demonstra uma preocupação com a fiscalização do Ministério do Trabalho.

Há cinco requisitos cumulativos desse contrato previstos no artigo 9º da Lei nº 6.019/74: a qualificação das partes, motivo justificador do trabalho temporário (necessidade de substituição temporária de pessoal permanente ou demanda complementar de serviços), prazo, valor, disposições sobre a segurança e a saúde do trabalhador, independentemente do local de realização do trabalho.

O artigo 10 da Lei nº 6.019/74 prevê que qualquer que seja o ramo da empresa tomadora de serviços não existe vínculo de empregado entre ela e os trabalhadores contratados pelas empresas de trabalho temporário.

O art. 10, § 1º ao 6º, da Lei nº 6.019/74, que dispõe sobre as regras de prazos de contratação, prevê que o contrato de trabalho temporário com relação ao mesmo empregador não poderá exceder ao prazo de 180 dias, sejam consecutivos ou não. Contudo, o contrato poderá ser prorrogado por até 90 dias, consecutivos ou não, comprovada a manutenção das condições que a ensejar. Com isso, ampliou o prazo e perdeu eficácia a Portaria nº 789/2014 do Ministério do Trabalho que previa o limite de nove meses.

Além disso, não se aplica ao trabalhador temporário contratado pela tomadora de serviços o contrato de experiência. O trabalhador temporário que cumprir os mencionados períodos somente poderá ser colocado à disposição da mesma tomadora de serviços em novo contrato temporário após 90 dias do término do contrato anterior.

Seria similar a uma “quarentena”. Caso ocorra a contratação anterior ao prazo da “quarentena”, caracteriza o vínculo empregatício com a tomadora.

O contrato individual de trabalho entre o Trabalhador Temporário e a Empresa de Trabalho Temporário caracteriza vínculo empregatício e será obrigatoriamente escrito. O artigo 12 da Lei nº 6.019/74 prevê um rol de direitos, juntamente com o artigo 7º da CF/88, entre eles: anotação na CTPS e salário equitativo, caracterizando isonomia salarial ou comunicação remuneratória. Trata-se do principal direito, constituindo remuneração equivalente a percebida pelos empregados de mesma categoria da empresa tomadora ou cliente.

É importante registrar que o salário equitativo é para diferentes empregadores e a equiparação salarial é para divergência no grupo econômico como empregador único.

Além disso, repouso semanal remunerado, 13º salário proporcional, férias proporcionais acrescidas do terço constitucional, depósito do FGTS, indenização por dispensa sem justa causa ou término normal do contrato correspondente a 1/12 do pagamento recebido, prevista no artigo 7º, inciso III da CF/88, e Lei nº 8.036/90. Nesse contexto jurídico, registre-se que há controvérsia doutrinária e jurisprudencial se essa indenização continua em vigor ou não com o sistema obrigatório do FGTS.

Também prevê a duração do trabalho normal não superior a 8 horas diárias e 44 horas semanais; adicional de hora extra no mínimo 50%; adicional noturno no mínimo 20% sobre a hora diurna, caracterizando o trabalho no meio urbano; seguro contra acidente de trabalho; proteção previdenciária. Registre-se que o local de acidente de trabalho será na Empresa de Trabalho Temporário e na Empresa Tomadora dos Serviços.

Há duas relações jurídicas: o trabalhador temporário com vínculo de emprego com a empresa de trabalho temporário, configurando uma subordinação indireta, e o trabalhador temporário com relação à empresa tomadora de serviços, configurando uma subordinação direta.

Registre-se que é proibida a contratação de trabalhador estrangeiro com visto provisório de permanência no país. Uma postura protecionista da Lei ao propor uma medida que favorece os trabalhadores internos em detrimento da concorrência

estrangeira, uma postura utilizada por praticamente todos os países com maior ou menor intensidade.

A Lei também proíbe a cobrança de qualquer valor por parte da empresa de trabalho temporário, ainda que sob o fundamento de mediação.

Há uma cláusula de reserva que proíbe a contratação definitiva do trabalhador temporário pela empresa tomadora de serviço ao final do trabalho temporário. A cláusula será nula de pleno direito, uma vez que o objetivo do trabalho temporário é inserir o trabalhador na vitrine de mercado. Outros reflexos da Lei nº 13.429/2017 são os requisitos cumulativos para o funcionamento da empresa prestadora dos serviços previstos nos artigos 4º-A e 4º-B, da Lei nº 6.019/74.

Conforme esclarecido acima, a terceirização não poderá ter conotação de flexibilização de direitos trabalhistas, não podendo ser utilizada como meio de debilitar os direitos já conquistados nem ser utilizado com o exclusivo intuito de sonegar direitos trabalhistas, inclusive por outros institutos como o trabalho cooperativado e o contrato facção.

O parágrafo único do artigo 442 da CLT, acrescido pela Lei nº 8.949/94, introduziu na ordem jurídica uma possibilidade de terceirização. Dispõe o preceito que “qualquer que seja o ramo de atividade da sociedade cooperativa, não existe vínculo empregatício entre ela e seus associados, nem entre estes e os tomadores de serviços daquela”.

Essas terceirizações evidentemente correspondem às terceirizações ilícitas e representam evidente discriminação, já que os supostos cooperativados não gozam dos mesmos direitos reservados aos empregados das empresas “terceirizantes”.

Contudo, a previsão do parágrafo único do artigo 442 da CLT não traz uma presunção absoluta da inexistência de vínculo empregatício. Presentes os requisitos dos artigos 2º, “considera-se empregador a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviço”, e 3º, “considera-se empregado toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual ao empregador, sob a dependência deste e mediante salário” da CLT, será reconhecido esse vínculo, ainda que o serviço fosse prestado através de cooperativa, em virtude do que dispõe o artigo 9º da CLT “serão

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

Quanto ao contrato de facção, trata-se de situação na qual há uma partição do processo produtivo industrial, com a remessa do produto ao terceirizado para a realização de determinada etapa do processo produtivo. O contrato de facção também pode ser utilizado como forma de terceirização ilícita, pois pode resultar no total esvaziamento da atividade principal da empresa, quando esta transfere todas as etapas produtivas a terceiros.

Na administração pública, a terceirização será ilícita quando destinada a burlar a exigência constitucional de concurso para admissão no serviço público, prevista no artigo 37, inciso II, da Lei Maior. Será também ilícita, a terceirização que viole o disposto no § 2º do artigo 1º do Decreto nº 2.271/97, que regulamentou a Medida Provisória nº 1.606/96, transformada na Lei nº 9.632/98, que prevê que “não poderão ser objeto de execução indireta as atividades inerentes às categorias fundacionais abrangidas pelo plano de cargos do órgão ou entidade, salvo expressa disposição legal em contrário ou quando se tratar de cargo extinto, total ou parcialmente, no âmbito do quadro geral de pessoal”.

Na seara do Direito Administrativo, a terceirização ou subcontratação versa em repassar para um terceiro, estranho à relação de emprego, o exercício de atividades acessórias, por intermédio de uma empresa contratada. Um dos elementos definidores da terceirização envolve a realização de atividades que não constituem o objeto principal do tomador, expresso na súmula nº 331 do TST que considera ilícita a terceirização da atividade-fim.

A súmula 331 do TST trazia em seu item IV previsão de responsabilização subsidiária da administração pública pelas verbas trabalhistas na terceirização, com a seguinte disposição “IV- o inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços, quanto àquelas obrigações, inclusive quanto aos órgãos da administração direta, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista, desde que hajam participado da relação processual e constem também do título executivo judicial (art. 71 da lei 8666, de 21/06/1993)”.

Contudo, o TST terá que rever e atualizar a sua jurisprudência porque muitas das súmulas com a redação atual colidem com a Reforma Trabalhista. De fato, com a Reforma Trabalhista, a Lei permitiu a terceirização da atividade principal da empresa, apesar de tornar possível uma fraude aos direitos trabalhistas, consoante a lógica do artigo 3º da CLT, “considera-se empregado toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário.”

Em sentido amplo, pode-se definir terceirização ilícita como aquela que tenha por finalidade violar as regras trabalhistas existentes, permitindo a sonegação de direitos aos trabalhadores ou a redução de seus rendimentos, bem como aquela que ofenda as disposições constitucionais e legais no tocante a contratação pela administração pública.

Embora a terceirização seja uma realidade com a qual não há um posicionamento consolidado de seus benefícios para o trabalhador, a utilização de terceiros na empresa desconforta os operadores do Direito Trabalho, principalmente, em razão da pulverização dos trabalhadores que provoca e da perda de força coletiva dos obreiros que ocorre quando atuam junto ao seu próprio empregador.

Ademais, há um natural distanciamento do empregador dos terceirizados, tornando a relação entre eles menos afetuosa e dificultando a percepção de anseios e necessidades cotidianos.

Isso talvez seja a causa de situações em que são encontrados trabalhadores em condições extremamente precárias, sem água ou possibilidade de atender suas necessidades fisiológicas, sem que o empregador se aperceba da ausência de humanidade na forma que está tratando seu empregado. Assim, mesmo nas denominadas terceirizações consideradas “lícitas” pode haver algo que beira ao ilícito e até mesmo ao inconstitucional.

3.3 TRABALHADOR AVULSO

O trabalhador avulso não é empregado, apesar de ter os mesmos direitos constitucionais deste, conforme previsão no artigo 7º, inciso XXXIV, da CF. O trabalhador avulso caracteriza-se por manter uma relação de trabalho com o órgão gestor de mão de obra (OGMO), que é o responsável pelo pagamento dos salários. A empresa tomadora de mão de obra mantém relação com o órgão gestor, não com o avulso, pois paga diretamente àquele e fica responsável pelos encargos sociais. É uma relação trilateral que remete a uma lembrança da terceirização. O avulso, entretanto, não mantém relação de emprego com o OGMO, pois não é empregado.⁴⁸

A Lei nº 12.023/2009 dispõe sobre o trabalho avulso. As atividades de movimentação de mercadorias em geral, exercidas por trabalhadores avulsos, são aquelas desenvolvidas em áreas urbanas ou rurais sem vínculo empregatício, mediante intermediação obrigatória do sindicato da categoria, por meio de acordo ou convenção coletiva de trabalho, para execução das atividades.

São atividades da movimentação de mercadorias em geral: cargas e descargas de mercadorias a granel e ensacados, costura, pesagem, embalagem, enlonamento, ensaque, arrasto, posicionamento, acomodação, reordenamento, reparação da carga, amostragem, arrumação, remoção, classificação, empilhamento, transporte com empilhadeiras, paletização, ova e desova de vagões, carga e descarga em feiras livres e abastecimento de lenha em secadores e caldeiras, operações de equipamentos de carga e descarga, pré-limpeza e limpeza em locais necessários à viabilidade das operações ou à sua continuidade.

No caso do trabalhador avulso não portuário, cabe ao sindicato ou ao OGMO. No caso do trabalhador avulso portuário, repassar, aos respectivos beneficiários, no prazo máximo de 72 horas úteis, contadas a partir do seu arrecadamento, os valores devidos e pagos pelos tomadores do serviço relativos à remuneração. Em caso de inadimplência, serão responsáveis, pessoal e solidariamente, os dirigentes da entidade sindical.

⁴⁸ CISNEIROS, Gustavo. Direito do trabalho sintetizado. 1. ed. - Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2016. p.43.

São deveres do tomador de serviços⁴⁹:

(a) pagar ao sindicato os valores devidos pelos serviços prestados ou dias trabalhados, acrescidos dos percentuais relativos a repouso remunerado, 13º salário e férias acrescidas de 1/3 (um terço), para viabilizar o pagamento do trabalhador avulso, bem como os percentuais referentes aos adicionais extraordinários e noturnos; (b) efetuar o pagamento a que se refere o inciso I, no prazo máximo de 72 (setenta e duas) horas úteis, contadas a partir do encerramento do trabalho requisitado; (c) recolher os valores devidos ao Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, acrescido dos percentuais relativos ao 13º salário, férias, encargos fiscais, sociais e previdenciários, observando o prazo legal (observem que os encargos sociais são de responsabilidade do tomador, bem diferente, portanto, da típica terceirização).

⁴⁹ CISNEIROS, Gustavo. Direito do trabalho sintetizado. 1. ed. - Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2016, p.43/44.

4. SUBORDINAÇÃO ESTRUTURAL

O trabalho deve ser considerado uma das formas do ser humano se expressar. Através dele, o homem foi capaz de construir civilizações e desenvolver laços culturais ao longo dos anos. O conceito de trabalho é amplo e vem sofrendo modificações, desde a antiguidade até os dias atuais. No entanto, um instrumento capaz de ajudar na evolução humana pode se transformar em dor e sofrimento para muitos. A busca do ser humano por riquezas tem evidenciado a maldade humana com o seu semelhante.

Segundo o filósofo alemão Karl Marx⁵⁰, “o trabalho é o prolongamento da atividade natural do homem e, com a sociedade capitalista, a força de trabalho é uma mercadoria que, para sobreviver, o proletário a vende em troca de dinheiro”.

O sistema capitalista da sociedade atual objetiva o lucro em detrimento da aplicação dos direitos trabalhistas protetivos. Com isso, muitos empregadores afastam os olhos das leis trabalhistas e se aproveitam da necessidade de manutenção familiar dos trabalhadores mediante a exploração da força do trabalho.

No começo da industrialização, era comum pessoas trabalharem durante muitas horas, dormirem nas fábricas, serem mutiladas pelas máquinas e afastadas da atividade, sem respeito aos seus direitos trabalhistas, como demonstrado no filme “Daens, um Grito de Justiça”.

A caracterização da relação de emprego exige, cumulativamente, a presença de quatro requisitos, quais sejam: pessoalidade, não eventualidade, onerosidade e a subordinação jurídica. Entretanto, o conceito de subordinação jurídica é fruto de uma construção doutrinária e jurisprudencial decorrente da necessidade de se destacar qual espécie de trabalho, ou de trabalhador, seria tutelado pelo Direito do Trabalho.⁵¹

No âmbito do Direito do Trabalho, o artigo 3º da CLT prevê o termo “dependência”, na medida em que considera empregado “toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregadora sob a dependência deste e mediante salário”. A Lei nº 12.551/2011 incorporou a expressão “subordinação jurídica”,

⁵⁰ MARX, Karl; Salário, Preço e Lucro; In: Obras escolhidas de Marx e Engels. Moscou: Ediciones em Lenguas Extranjeras, 1953, p. 42.

⁵¹ GASPAR, Danilo Gonçalves. Subordinação potencial: encontrando o verdadeiro sentido da subordinação jurídica.. Edição 2016. Editora LTr80. p.100.

expressamente, à CLT ao inserir o parágrafo único no artigo 6º, “os meios telemáticos e informatizados de comando, controle e supervisão se equiparam, para fins de subordinação jurídica, aos meios pessoais e diretos de comando, controle e supervisão do trabalho alheio”. A Medida Provisória nº 808 de 2017 deu nova redação para o art. 442-B, § 6º, em relação ao autônomo e também trouxe a previsão da expressão, “presente a subordinação jurídica, será reconhecido o vínculo empregatício”.

Subordinação deriva de sub (baixo) e ordinare (ordenar), traduzindo a noção etimológica de estado de dependência ou obediência em relação a uma hierarquia de posição ou de valores⁵². Nessa mesma linha etimológica, transparece na subordinação uma ideia básica de “submetimento, sujeição ao poder de outros, às ordens de terceiros, uma posição de dependência”⁵³.

A subordinação corresponde ao pólo contrário ao poder de direção existente no contexto da relação de emprego. Consiste, assim, na situação jurídica derivada do contrato de trabalho, pela qual o empregado compromete-se a acolher o poder de direção empresarial no modo de realização de sua prestação de serviços. Traduz-se, em suma, na “situação em que se encontra o trabalhador, decorrente da limitação contratual da autonomia de sua vontade, para o fim de transferir ao empregador o poder de direção sobre a atividade que desempenhará”⁵⁴.

No Direito do Trabalho, a subordinação é encarada sob um prisma objetivo, pois atua sobre o modo de realização da prestação e não sobre a pessoa do trabalhador. Apesar de a sujeição sobre a pessoa do trabalhador possa ocorrer, ela não explica, do ponto de vista jurídico, a subordinação na relação. Observe-se que a visão subjetiva é incapaz de captar a presença de subordinação na hipótese de trabalhadores intelectuais e altos empregados.

A concepção subjetiva do fenômeno da subordinação se aproxima da palavra “dependência” presente no *caput* do artigo 3º da CLT. A expressão “dependência” acentua o vínculo pessoal entre as partes componentes da relação de emprego, o que

⁵² FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. Novo dicionário da língua portuguesa. 2 ed. Rio de Janeiro: nova fronteira, 1986. p. 1.621.

⁵³ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Compendio de direito do trabalho. São Paulo: LTr/ EDUSP, 1976, p.351

⁵⁴ Id. Iniciação ao direito do trabalho. 14 ed. São Paulo:LTr, 1989, p.103.

corresponde “a uma fase teórica em que não se havia ainda firmado a noção essencialmente jurídica do fenômeno da subordinação”.⁵⁵

⁵⁵ DELGADO, Maurício Godinho. Curso de direito do trabalho. 15.ed.São Paulo: LTr, 2016. p.311.

4.1 CONCEITO, EVOLUÇÃO HISTÓRICA E NORMATIVA

Dessa forma, fica evidente que o legislador brasileiro adotou a teoria de dependência para definir a relação de emprego. Assim, poderia classificar a dependência, que pode ser entendida como subordinação, em técnica, econômica e social.

Na dependência técnica, “o empregado estaria submetido tecnicamente em face do empregador, contudo, essa teoria não vingou, pois, a existência de trabalhadores especializados demonstra a independência técnica, principalmente na era do desenvolvimento tecnológico e industrial, em relação ao tomador de serviços”.⁵⁶

O critério de dependência econômica defende que o estado de inferioridade econômica no qual se encontra o empregado, é o que define a existência ou não da relação de emprego. O critério em questão foi rejeitado basicamente por revelar um elemento extrajurídico, sendo, portanto, para grande parte da doutrina, falho, já que podem existir trabalhadores que não necessitam daquele trabalho para sobreviver e, nem por isso, deixariam de ser empregados.⁵⁷

O critério de dependência social também falha, já que não se preocupa com a determinação do elemento característico do contrato de trabalho, mas na qualidade do trabalhador no meio social.⁵⁸

A subordinação configura uma relação recíproca de dependência entre os contratantes na qual o trabalhador está à disposição e no dever de obediência às ordens do empregador. Por conseguinte, a expressão subordinação estabelece semelhanças com a sujeição de uma pessoa ao poder de outrem, o que justifica o nascedouro da subordinação jurídica como “contraface do poder diretivo do empregador”.⁵⁹

⁵⁶ GASPAR, Danilo Gonçalves. Subordinação potencial: encontrando o verdadeiro sentido da subordinação jurídica. Edição 2016. Editora LTr80. p.101

⁵⁷ Ibid., p.102

⁵⁸ Ibid., p.104-105

⁵⁹ Ibid., p.105

O próprio vocábulo subordinação jurídica já induz a compreensão de que a subordinação que caracteriza a relação de emprego possui uma natureza contratual, ou seja, deriva do contrato de trabalho celebrado entre empregado e empregador.⁶⁰

O fundamento da existência da subordinação confunde-se com o fundamento da existência do poder diretivo do empregador. Não é à toa que a subordinação jurídica se solidificou como sendo a contraface do poder diretivo do empregador. Assim, “a subordinação e poder de direção são verso e reverso da mesma medalha; a subordinação é a situação em que fica o empregado e o poder de direção é faculdade conferida ao empregador”.⁶¹

Sendo assim, o fundamento da alteridade justifica “a existência de um poder por parte do empregador de dirigir a prestação de serviços do empregado e a existência de uma subordinação”.⁶²

A alteridade representa a assunção dos riscos da atividade por parte do empregador que reúne, em sua empresa, os diversos fatores de produção, dentre eles, o trabalho.⁶³

A subordinação ganha maior proeminência na conformação do tipo legal da relação empregatícia. De fato, a subordinação é que marcou a diferença específica da relação de emprego perante as tradicionais modalidades de relação de produção que já foram hegemônicas na história dos sistemas socioeconômicos ocidentais. A subordinação será também o elemento principal para configuração da relação de emprego.

De qualquer modo, hoje a compreensão dominante acerca do poder de direção e a subordinação permite a “matriz objetiva no tratamento desse tema, pois se considera que a intenção da lei é se referir à ideia de subordinação quando utiliza a expressão dependência na definição celetista de empregado”⁶⁴.

⁶⁰ GASPAR, Danilo Gonçalves. Subordinação potencial: encontrando o verdadeiro sentido da subordinação jurídica. Edição 2016. Editora LTr80, p.106

⁶¹ SILVA, Otavio Pinto e. Subordinação, autonomia e parassubordinação nas relações de trabalho. São Paulo: LTr, 2004. p.16.

⁶² GASPAR, Danilo Gonçalves. Subordinação potencial: encontrando o verdadeiro sentido da subordinação jurídica. Edição 2016. Editora LTr80. p.108.

⁶³ Ibid., p.109

⁶⁴ DELGADO, Maurício Godinho. Curso de direito do trabalho. 15.ed.São Paulo: LTr, 2016. p.312.

Então, a subordinação classifica-se como um fenômeno jurídico, derivado do contrato estabelecido entre trabalhador e tomador de serviços, pelo qual o primeiro acolhe o direcionamento do segundo que efetua a contraprestação da execução do trabalho. Assim, a subordinação que deriva do contrato de trabalho é de caráter jurídico, ainda que o fundamento originário seja a assimetria social.

A subordinação jurídica é o polo reflexo e combinado do poder de direção empresarial com a utilização do trabalho humano. Logo, quando a subordinação era caracterizada como sendo uma dependência econômica, a concepção assentava-se na “hierarquia rígida e simétrica” da estrutura socioeconômica da organização empresarial que se projeta na “assimetria econômica que separa empregador e empregado”.⁶⁵

Não obstante, por essa perspectiva, a subordinação incorpora um “padrão genérico típico na relação entre trabalhador e empregador na moderna sociedade industrial”. Embora o critério econômico abranja um inquestionável valor social e histórico, trata-se de um elemento externo na relação jurídica, não explicando o nexo da “assimetria entre o poder de direção e a subordinação”. As diferenças econômicas e sociais entre os dois sujeitos da relação de emprego não modifica as prerrogativas e deveres inerentes ao poder empregatício.⁶⁶

A subordinação já foi considerada também decorrente da técnica. A partir do momento que o empregador controlaria o poder de conhecimento para execução do processo de produção. Não obstante, a noção de dependência técnica é frágil, pois não corresponde a uma concepção correta do processo organizativo da empresa moderna com tecnologia avançada, controlada pelo empresário mediante institutos jurídicos.

Como legítimo organizador dos meios de produção, o empregador contrata o *know-how* do trabalhador, pois não possui o controle individual sobre ele, capta a tecnologia mediante empregados especializados, que reúnem as informações e conhecimentos, e subordina-os sem ter a pretensão de absorvê-los.

Assim, a subordinação configura um fenômeno social que sofre ajustes e adequações ao longo da história em decorrência de alterações na realidade do mundo

⁶⁵ DELGADO, Maurício Godinho. Curso de direito do trabalho. 15.ed.São Paulo: LTr, 2016. p.312.

⁶⁶ Ibid.loc.cit.

do trabalho, e em virtude de novas situações aferidas pelo Direito do Trabalho acerca desse crucial elemento fático- jurídico da relação empregatícia.

Nesse contexto, a subordinação apresenta três dimensões: a clássica, a objetiva e a estrutural. Na dimensão clássica, a mais comum e recorrente nas relações socioeconômicas empregatícias, a subordinação consiste na “situação jurídica derivada do contrato de trabalho na qual o trabalhador compromete-se a acolher o poder de direção empresarial no tocante ao modo de realização de sua prestação laborativa” que denota as ordens do tomador de serviços sobre o trabalhador.⁶⁷

A dimensão objetiva é a subordinação que se manifesta pela integração do trabalhador nos fins e objetivos do empreendimento do tomador de serviços, ainda que afrouxadas “as amarras do vínculo empregatício”⁶⁸. Na doutrina, o jurista Paulo Emílio Ribeiro de Vilhena⁶⁹ entende que esta perspectiva “vincula a subordinação a um critério exclusivamente objetivo: o poder jurídico sobre a atividade e atividade que se integra em atividade”. Com isso, a subordinação caracteriza-se como uma “relação de coordenação ou de participação integrativa ou colaborativa, através da qual a atividade do trabalhador como que segue, em linhas harmônicas, a atividade da empresa, dela recebendo o influxo próximo ou remoto de seus movimentos”.⁷⁰

A dimensão estrutural da subordinação proclama “pela inserção do trabalhador na dinâmica do tomador de seus serviços, independentemente de receber (ou não) suas ordens diretas, mas acolhendo, estruturalmente, sua dinâmica de organização e funcionamento”⁷¹. Nessa noção, “não importa que o trabalhador se harmonize (ou não) aos objetivos do empreendimento, nem que receba ordens diretas das específicas chefias deste: o fundamento é que esteja estruturalmente vinculado à dinâmica operativa da atividade do tomador de serviços”.⁷²

A conjugação dessas três dimensões da subordinação, que se completam, permite a superação das recorrentes dificuldades de enquadramento dos fatos novos

⁶⁷ DELGADO, Maurício Godinho. Curso de direito do trabalho. 15.ed.São Paulo: LTr, 2016, p.312-313.

⁶⁸ VILHENA, Paulo Emílio Ribeiro de. Relação de emprego – estrutura legal e supostos. São Paulo: Saraiva, 1975, p. 235.

⁶⁹ Ibid., loc. cit.

⁷⁰ Ibid., loc. cit.

⁷¹ DELGADO, Maurício Godinho, Direitos fundamentais na relação de trabalho, Revista LTr, São Paulo: LTr, v. 70, n.06, 2006, p. 667.

⁷² Id. Curso de direito do trabalho. 15.ed.São Paulo: LTr, 2016. p.314.

do mundo do trabalho, retomando-se o clássico e civilizatório expansionismo do direito do trabalho.

Na essência, o trabalhador subordinado atrela-se à organização e dinâmica operacional da empresa tomadora, qualquer que seja sua função ou especialização, incorporando, necessariamente, a cultura cotidiana empresarial ao longo da prestação de serviços realizada. Essa moderna e renovada compreensão do fenômeno da subordinação, que efetivamente possui nítido caráter multidimensional, tem sido percebida não só pela doutrina e jurisprudência, mas, atentas e atualizadas, como também pelo próprio legislador.

Nesta linha, a Lei nº 12.551/2011 conferiu redação ao caput do artigo 6º da CLT no parágrafo único, “os meios telemáticos e informatizados de comando, controle e supervisão se equiparam, para fins de subordinação jurídica, aos meios pessoais e diretos de comando, controle e supervisão do trabalho alheio”, bem como a redação promovida pela Medida Provisória nº 808 de 2017 para o art. 442-B, § 6º, em relação ao autônomo, “presente a subordinação jurídica, será reconhecido o vínculo empregatício”. Os preceitos da CLT permitem considerar subordinados os profissionais que realizem trabalho a distância, submetidos a meios telemáticos e informatizados de comando, controle e supervisão, bem como os trabalhadores autônomos que sejam subordinados juridicamente à empresa.

A compreensão dessas três dimensões do fenômeno subordinativo permite adequar o conceito jurídico, pela via interpretativa, às modificações da realidade, renovando o necessário expansionismo do ramo juslaborativo, como também relativiza a utilidade de fórmulas jurídicas restritivas de direitos sociais e fundamentais. Demonstra, ademais, a elevada capacidade de adaptação do direito do trabalho aos desafios da sociedade e economia capitalistas.⁷³

A partir dessa premissa, novas relações de trabalho estão surgindo no atual estágio da globalização, inclusive com as novas tecnologias e plataformas digitais, como a Uber, uma empresa que busca gerar lucros com o transporte de pessoas. Embora seja fundamental o motorista para a consecução de sua atividade empresarial, os motoristas não são contratados diretamente pela Uber.

⁷³ DELGADO, Maurício Godinho. Curso de direito do trabalho. 15.ed.São Paulo: LTr, 2016. p.315-316.

A empresa Uber alega ser apenas uma plataforma que conecta motoristas autônomos e usuários de serviços, não efetuando controle da mão de obra e da prestação de serviços. Nesse contexto, a subordinação chama atenção, pois a Uber representa a clássica exploração da mão de obra para execução de suas finalidades econômicas, contudo realiza por meio da intermediação de um software.

A Uber é uma empresa de transporte de passageiros, não apenas um aplicativo que disponibiliza para os usuários, já que conecta o trabalhador e controla a prestação de serviços realizada por ele. O trabalhador não tem qualquer autonomia para fixar o valor de seu trabalho, pois a remuneração pelo trabalho é estabelecida, bem como a do tempo trabalhado é definida pela empresa Uber⁷⁴.

Importante ressaltar, também, que o consumidor do serviço Uber avalia os motoristas pelo aplicativo. Apesar de a avaliação ser efetuada pelos usuários, a avaliação faz parte de um sistema de critérios desenvolvidos, definidos e controlados pela Uber. Dessa forma, a empresa afasta os motoristas com avaliações ruins, o que caracteriza uma presença da subordinação entre a empresa e o motorista, pois aquele se sujeita ao controle deste para a venda de sua força de trabalho.

Algumas decisões foram proferidas, no TRT da 3ª Região (MG), no processo nº 0011359-34.2016.5.03.0112 ⁷⁵, na primeira instância, o juiz entendeu que configurava vínculo de emprego entre Uber e motorista, porque a Uber somente permite que o trabalhador ceda seu veículo a outros motoristas previamente cadastrados em seu sistema, o que evidencia o controle exercido, bem como remunera e premia motoristas que atingiam condições pré-estabelecidas. Contudo, na segunda instância, em decisão unânime, não foi reconhecido o vínculo empregatício, pois os motoristas teriam a liberdade de escolha de horário para trabalhar.

Outra decisão acerca do tema foi proferida no TRT da 10ª região (DF), no processo nº0001995-46.2016.5.10.011⁷⁶, na primeira instância, a juíza decidiu que a

⁷⁴ <http://www.psafef.com/blog/entrevista-guilherme-telles-executivo-uber-no-brasil/> (acesso 08/11/2017)

⁷⁵ https://pje.trt3.jus.br/consultaprocessual/pages/consultas/DetalhaProcesso.seam?p_num_pje=130956&p_grau_pje=2&p_seq=11359&p_vara=112&dt_autuacao=03%2F04%2F2017&cid=135120 (acesso 20/10/2017)

⁷⁶ https://pje.trt10.jus.br/consultaprocessual/pages/consultas/DetalhaProcesso.seam?p_num_pje=188143&p_grau_pje=1&popup=0&dt_autuacao=&cid=2665709 (acesso 20/10/2017)

relação entre Uber e motorista era de parceria, porque o reclamante trabalhava de forma autônoma partilhando ganhos com a reclamada.

Outra decisão acerca do tema foi proferida no TRT da 2ª região (SP), no processo nº1001492-33-2016-5-02-0013⁷⁷, na primeira instância, o juiz não aceitou a argumentação da Uber de que se trata de uma empresa de tecnologia que fornece um aplicativo, e reconheceu que a Uber é uma empresa que “oferece no mercado um produto principal: o transporte” e “os consumidores do produto da ré não são os motoristas, mas sim os passageiros”. O juiz destacou que “é a ré que fixa o preço do serviço de transporte que o passageiro irá pagar” e a Uber usa “a mão de obra de motoristas cadastrados em sua plataforma”.

Em vários outros países, há ações trabalhistas que questionam a caracterização da relação de emprego entre trabalhadores e a empresa Uber. As decisões estrangeiras têm decidido que motoristas do Uber são funcionários da empresa e não apenas prestadores autônomos de serviços⁷⁸. Até o momento, o Tribunal Superior do Trabalho ou o Supremo Tribunal Federal não se manifestaram sobre o assunto.

A situação do aplicativo Uber demonstra a postura que os estados capitalistas adotam de redução da sua intervenção na reprodução da força de trabalho empregada e amplia a contenção da massa crescente de trabalhadores desempregados, preparando-os para a subordinação direta ao capital.

Lembre-se que a etimologia da palavra subordinação significa ordenar, comandar, dirigir a partir de um ponto superior àquele onde se encontra outro sujeito. A subordinação evidencia-se quando o tomador dos serviços “define o tempo e o modo de execução” da prestação de serviços contratada. Entende-se como definição de tempo “toda interferência do tomador dos serviços no que diz respeito ao instante de início e de término da atividade contratada, inclusive em relação aos momentos de fruição dos intervalos para descanso acaso existentes”.⁷⁹

⁷⁷ https://consulta.pje.trtsp.jus.br/consultaprocessual/pages/consultas/DetalhaProcesso.seam?p_num_pje=193753&p_grau_pje=2&p_seq=1001492&p_vara=13&dt_autuacao=12%2F07%2F2017&cid=460708 (acesso 20/10/2017)

⁷⁸ <https://g1.globo.com/economia/noticia/justica-manda-uber-reconhecer-motorista-como-funcionario-e-pagar-salario-minimo-em-londres.ghtml> (acesso 10/11/2017)

⁷⁹ MARTINEZ, Luciano. Curso de direito do trabalho: relações individuais, sindicais e coletivas do trabalho. 7 ed. São Paulo : Saraiva, 2016. p. 163.

Nesse contexto, além de ser uma estratégia de redução de custos, a terceirização acontece na nova reestruturação produtiva do capital, já que atinge os coletivos organizados do trabalho, implicando na precarização do trabalho em relação à destruição de direitos trabalhistas e deterioração das condições salariais dos trabalhadores.

4.2 EFEITOS NAS RELAÇÕES DE TRABALHO

As demissões em massa são um dos reflexos da crise econômica prolongada, conforme dados do IBGE⁸⁰. Não atingindo somente o Brasil. Segundo a OIT⁸¹, o número de desempregados no mundo deve superar 200 milhões, afirma o novo relatório lançado.

Diferentemente do que os patronos das mudanças na legislação trabalhista defendem, que a reforma seria uma batalha contra o desemprego, os exemplos com a terceirização, conforme os estudos do Departamento Intersindical de Estatística e Estudo Socioeconômico e da Central Única dos Trabalhadores - DIEESE/CUT⁸², demonstram que a terceirização tem implicado em visível precarização das relações de trabalho, por meio da redução dos salários e da extrema vulnerabilidade do vínculo de emprego⁸³.

Essa pesquisa demonstrou que, em dezembro de 2010, a diferença entre a remuneração salarial dos trabalhadores terceirizados para os contratados foi de menos 27,1% para os trabalhadores terceirizados. Em relação à jornada de trabalho contratada, os trabalhadores terceirizados realizaram uma jornada de 3 horas a mais semanalmente, isso sem considerar as horas extras ou banco de horas, que não são objeto do levantamento realizado pelo Ministério do Trabalho e Emprego – MTE.

O tempo de permanência no emprego também apresenta variação entre trabalhadores terceirizados e trabalhadores contratados diretamente. Enquanto a permanência no trabalho é de 2,6 anos para os primeiros, os trabalhadores diretamente contratados apresentam um tempo de trabalho de 5,8 anos, circunstância que implica a alta rotatividade dos trabalhadores terceirizados. A pesquisa do DIEESE/CUT demonstra ainda uma concentração dos salários dos trabalhadores terceirizados nas faixas de 1 a 2 salários mínimos; e de 3 a 4 salários mínimos em detrimento dos trabalhadores contratados.

⁸⁰ Primeiro semestre de 2017, dados do IBGE, taxa desocupação no Brasil aumento 13,7% na comparação com os 10,9% registrados no mesmo período de 2016. Média de desempregados? Pesquisa nacional por amostra de domicílios contínua (Pnad).

⁸¹ http://www.ilo.org/global/research/global-reports/weso/2017/WCMS_540901/lang--pt/index.htm (acesso 20/10/2017)

⁸² <http://www.dieese.org.br/analiseped/ped.html> (acesso 20/10/2017)

⁸³ <https://www.dieese.org.br/notatecnica/2017/notaTec172Terceirizacao.pdf> (acesso 20/10/2017)

O desemprego é uma das consequências mais graves da crise econômica que chegou ao Brasil no segundo trimestre de 2014. Naquele ano, a taxa de desocupação medida pelo IBGE foi de, em média, 6,8%. Após três anos, com a retração na economia brasileira, a taxa média chegou a 12,7%.⁸⁴ No resultado divulgado, a desocupação entre dezembro e fevereiro ficou em 12,6%.

A taxa de desocupação, medida pela PNAD⁸⁵ (Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios), mede a parcela da força de trabalho que procura trabalho e não encontra. No último trimestre de 2017, 11,8% da força de trabalho estava desocupada e 88,2% estava ocupada. Porém, uma crise da magnitude da enfrentada pelo Brasil traz consequências mais profundas no mercado.

O número de pessoas ocupadas no final de 2017 é pouco menor do que no mesmo período de 2014 - eram 92,1 milhões de brasileiros com ocupação contra 92,8 milhões três anos antes, porém aumentou o número de pessoas procurando trabalho. A taxa de desemprego recuou durante quase todo o ano de 2017, mas o número de brasileiros trabalhando com carteira assinada vem diminuindo seguidamente desde 2014. O Brasil tinha em 2014, no auge do emprego, 92,8 milhões de pessoas ocupadas. Agora tem 92,1, mas o número de desempregados quase dobrou - aumentou 5,9 milhões.

Logo, a PNAD demonstra indícios de redução na taxa de desocupação, com uma população desocupada menor. O número de trabalhadores com carteira assinada está em queda e há também um aumento significativo nos postos de trabalho informais. Os sinais da PNAD são de que o mercado está amortizado pela desocupação por causa do emprego informal.

⁸⁴ <https://www.ibge.gov.br/estatisticas-novoportal/sociais/trabalho/9173-pesquisa-nacional-por-amostra-de-domicilios-continua-trimestral.html?=&t=destaques> (acesso 20/10/2017)

⁸⁵ *Ibid.* loc.cit.

4.3 TEORIA DA CEGUEIRA DELIBERADA E A RESPONSABILIDADE NA TERCEIRIZAÇÃO

Conforme ensina o doutrinador e professor Raimundo Simão de Melo⁸⁶, a responsabilidade do tomador de serviços na terceirização corresponde à responsabilidade por ato de terceiro, regulada no Código Civil, aplicado ao Direito do Trabalho por analogia, conforme autoriza o artigo 8º da CLT, “as autoridades administrativas e a Justiça do Trabalho, na falta de disposições legais ou contratuais, decidirão, conforme o caso, pela jurisprudência, por analogia, por equidade e outros princípios e normas gerais de direito, principalmente do direito do trabalho, e, ainda, de acordo com os usos e costumes, o direito comparado, mas sempre de maneira que nenhum interesse de classe ou particular prevaleça sobre o interesse público”.

Prosseguindo, esclarece o doutrinador mencionado que, na forma da lei civil, há três tipos de responsabilidade: a principal, a solidária e a subsidiária.

A principal é a responsabilidade única de alguém, que responde sozinho por uma obrigação. A responsabilidade solidária é a compartilhada, no mesmo grau de abrangência, entre diversas pessoas, ativa ou passivamente. Nesse caso, as responsabilidades situam-se no mesmo plano, igualando-se horizontalmente os corresponsáveis.

Já a responsabilidade subsidiária é uma espécie de responsabilidade solidária, porque é secundária e se aplica quando o devedor principal não tem condições de arcar com as obrigações. O devedor subsidiário somente é acionado depois de esgotadas as possibilidades de cobrança contra o principal.

Em relação às terceirizações ocorridas na iniciativa privada, firmou-se a jurisprudência no sentido de que a responsabilidade do tomador de serviços será principal quando tratar-se de hipótese de simples intermediação de mão de obra, fora das situações admitidas. Nesse sentido, a súmula 331, I, do TST:

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

⁸⁶ MELO, Raimundo Simão de. A necessária revisão da súmula 331 do TST diante do novo código civil, revista LTR, janeiro de 2011.

Essa súmula concorda com o entendimento de que o ser humano não é uma mercadoria, não permitindo a mercantilização da mão de obra nas relações trabalhistas e a obtenção de lucro, sem limites, com a disponibilização de trabalhadores a outras empresas, salvo exceções legais, como é o caso de permissão trazida na Lei nº 6.019/74.

Tratando-se, contudo, das hipóteses consideradas lícitas acima elencadas, a responsabilidade do tomador de serviços será subsidiária à do prestador de serviços, conforme item IV da súmula 331:

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

Conquanto seja pacífico o entendimento descrito acima, é pertinente a sugestão apresentada pelo doutrinador Raimundo Simão Melo, em artigo já citado, no sentido de que há a necessidade de alteração da súmula nº 331 no tocante à responsabilidade subsidiária, que deveria se tornar solidária.

Segundo diz o doutrinador, o Código Civil de 2002 alterou a sistemática anterior, prevista nos artigos 1521 e 1523 do Código Civil de 1916, prevendo responsabilidade objetiva e solidária por atos de terceiro nos artigos 932, 933 e 942.

Art. 932. São também responsáveis pela reparação civil:

I - os pais, pelos filhos menores que estiverem sob sua autoridade e em sua companhia;

II - o tutor e o curador, pelos pupilos e curatelados, que se acharem nas mesmas condições;

III - o empregador ou comitente, por seus empregados, serviçais e prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir, ou em razão dele;

IV - os donos de hotéis, hospedarias, casas ou estabelecimentos onde se albergue por dinheiro, mesmo para fins de educação, pelos seus hóspedes, moradores e educandos;

V - os que gratuitamente houverem participado nos produtos do crime, até a concorrente quantia.

Art. 933. As pessoas indicadas nos incisos I a V do artigo antecedente, ainda que não haja culpa de sua parte, responderão pelos atos praticados pelos terceiros ali referidos.

Art. 942. Os bens do responsável pela ofensa ou violação do direito de outrem ficam sujeitos à reparação do dano causado; e, se a ofensa tiver mais de um autor, todos responderão solidariamente pela reparação.

Na terceirização, conforme o doutrinador acima destacado, o tomador de serviços é equiparado ao preponente, e o prestador de serviços ao preposto, tendo o

Código Civil de 2002 consagrado à responsabilidade objetiva e solidária dos empregadores pelos atos de seus empregados, serviçais e prepostos, tornando prejudicada a súmula nº 341 do STF, que se referira à culpa presumida.

Terceirização indubitavelmente se trataria de preposição, portanto, do ato de terceiro, em que a responsabilidade do comitente é objetiva e solidária. Desta forma, para o doutrinador mencionado, a súmula nº 331 deve ser modificada para prever a responsabilidade objetiva e solidária, em consonância.

A ideia de alteração da forma de responsabilização do tomador de serviços terceirizados é muito pertinente e merece reflexão, principalmente após a Reforma Trabalhista. Assim, pode-se tomar como norte para a responsabilização entendimento similar que ocorre no âmbito penal- administrativo.

No âmbito penal- administrativo, em relação à responsabilização, há a Teoria da Cegueira Deliberada ou da Ignorância Deliberada, também conhecida como Doutrina da Cegueira Intencional, Teoria das Instruções de Avestruz ou Doutrina do Ato de Ignorância Consciente, criada pela Suprema Corte Norte Americana (Willful Blindness Doctrine), cuja síntese diz respeito à tentativa de se afirmar ignorância deliberada e fingida acerca da situação de ilicitude, com vistas a objetar uma determinada vantagem⁸⁷.

A Teoria foi desenvolvida pela Suprema Corte dos Estados Unidos e aplica-se em situações nas quais o agente finge não enxergar a ilicitude da procedência de bens, direitos e valores com a intenção deliberada de auferir vantagens. Por isso, também chamada de Teoria das Instruções de Avestruz, pois seria uma metáfora comparando o agente público ao avestruz, que enterra sua cabeça na terra para não tomar conhecimento de algo que ocorre ao seu redor, no caso do agente, a natureza ou extensão do ilícito em curso.

Os desembargadores do Egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo entenderam ser o caso de manter a condenação de ex-prefeito por improbidade administrativa, nos seguintes termos:

Na verdade, o caracterizado superfaturamento da contratação da prestação do serviço posto em disputa iniciou a partir da realização do Termo de Parceria (fls.

⁸⁷ <https://esaj.tjsp.jus.br/cposg/show.do?processo.foro=990&processo.codigo=RI0023IL10000#?cdDocumento=40> (acesso em 20/10/2017)

111/112), em valor muito superior ao praticado pela empresa anterior (fls. 133/136), para efetivar o mesmo serviço, porém, sem demonstrar o atingimento das gloriosas metas a que tinha se comprometido.

A teoria aplica-se na prática de ilícitos penais, principalmente, em relação ao crime de lavagem de dinheiro, como fez o eminente Ministro Celso de Mello⁸⁸, bem como ficou conhecida no famoso caso do furto ao Banco Central, em Fortaleza⁸⁹. A aplicação da teoria no caso justifica-se pelo lícito administrativo praticado, já que os corréus fingiram não perceber o superfaturamento e objetivavam lesar o patrimônio público para se beneficiarem da própria torpeza.

O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo aplicou tal teoria, seguindo o exemplo do STF. No entanto, para que ocorra a aplicação da Teoria da Cegueira Deliberada, é necessário que o agente tenha conhecimento de que os bens, direitos ou valores sejam provenientes de crimes e, ainda, que tenha agido de modo indiferente a esse conhecimento, e tal evidência deve restar minimamente comprovada nos autos.

Com isso, sua aplicação busca punir aquele que se coloca, de modo intencional, em estado de ignorância ou desconhecimento para não saber com detalhes as circunstâncias fáticas de uma situação suspeita, o que demanda ao menos a existência de um contexto probatório nesse sentido.

Como o tipo penal da lavagem de capitais traz como elementar a infração penal antecedente, depreende-se que, na hipótese de o agente desconhecer a procedência ilícita dos bens, faltar-lhe-á o dolo de lavagem, com a conseqüente atipicidade de sua conduta, ainda que o erro de tipo seja evitável, porquanto não se admite a punição da lavagem a título culposo, conforme previsão do inciso II do parágrafo 2º do artigo 1º da Lei nº 9.613/98, com a redação dada pela Lei nº 12.683/12, “ocultar ou dissimular a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente, de infração penal. § 2º Incorre, ainda, na mesma pena quem: II - participa de grupo, associação ou escritório tendo conhecimento de que sua atividade principal ou secundária é dirigida à prática de crimes previstos nesta Lei”, que exige a ciência expressa, e não apenas o dolo eventual.

⁸⁸ ftp://ftp.stf.jus.br/ap470/InteiroTeor_AP470.pdf (acesso 20/10/2017)

⁸⁹ https://www4.trf5.jus.br/data/2008/10/200581000145860_20081022.pdf (acesso 20/10/2017)

Por isso, o terceiro responsável pela lavagem de capitais procura evitar a “consciência” quanto à origem ilícita dos valores camuflados. Com isso, caso venha a ser responsabilizado pelo crime de lavagem de capitais, o agente poderá sustentar a ausência do elemento cognitivo do dolo e justificar o decreto absolutório mediante a atipicidade da conduta.

Daí a importância da denominada Teoria da Cegueira Deliberada, a ser aplicada nas hipóteses em que o agente tem consciência da possível origem ilícita dos bens por ele ocultados ou dissimulados, mas, mesmo assim, deliberadamente cria mecanismos que o impedem de aperfeiçoar sua representação acerca dos fatos.

Por força dessa teoria, aquele que renuncia a adquirir um conhecimento hábil a subsidiar a imputação dolosa de um crime responde por ele como se tivesse tal conhecimento. Segundo a doutrina, essa teoria fundamenta-se na seguinte premissa: o indivíduo que, suspeitando que pode vir a praticar determinado crime, opta por não aperfeiçoar sua representação sobre a presença do tipo objetivo em um caso concreto, reflete certo grau de indiferença em face do bem jurídico tutelado pela norma penal tão elevado quanto o daquele que age com dolo eventual, daí por que pode responder criminalmente pelo delito se o tipo penal em questão admitir a punição a título de dolo eventual.⁹⁰

O delito configura-se a título de dolo eventual, quando comprovado que o autor da lavagem de capitais escolheu continuar ignorante, decidiu permanecer indiferente ao conhecimento dos fatos e desconhecer a origem dos bens, direitos ou valores. Afinal, nos mesmos moldes que a *actio libera in causa*, positivada no artigo 28, inciso II, do CP, ninguém pode beneficiar-se de uma causa de exclusão da responsabilidade penal provocada por si próprio.⁹¹

⁹⁰ LIMA, Renato Brasileiro de. Legislação criminal especial comentada: volume único. 4. Ed., rev., atual. e ampl. – Salvador: Juspodivm, 2016; p.319

⁹¹ Ibid., p.320

5. CONCLUSÃO

A partir do fenômeno da globalização, dos elevados encargos sociais e trabalhistas que incidem sobre a folha de pagamento na contratação de empregados para os quadros das empresas, bem como pela crise econômica que assola o país, a modificação legislativa seria bem-vinda, mas não bastaria para solucionar a situação atual.

Embora autores defensores dos direitos dos trabalhadores sejam contrários à flexibilização, a modernização das relações de trabalho se impõe, tendo em vista que o Brasil não pode ser considerado isoladamente e que faz parte de um todo: o mundo globalizado.

Uma modernização era necessária, já que a CLT foi criada há quase 80 anos e refletia outro cenário econômico e laboral. Entretanto, não de forma abrupta, sem considerar o trabalhador, que vende sua força de trabalho para o detentor da mão de obra a fim de manter sua família e a si mesmo, e que aceitará qualquer tipo de trabalho para sobreviver.

Diante da impossibilidade de deter os avanços tecnológicos e de eliminar a competição, os países não têm outra opção, senão alterar suas legislações. Essa situação vem conduzindo a maioria das nações para a flexibilização dos direitos trabalhistas.

Seria necessário que se pensasse em uma ampla reforma trabalhista que propiciasse a negociação direta das condições de trabalho entre as partes interessadas, com maior liberdade de escolha e menor interferência de terceiros. Contudo, essa reforma deveria respeitar os direitos já conquistados e consolidados nas relações de trabalho.

Antes da tramitação da Reforma Trabalhista no Congresso Nacional, outra medida alterou a legislação e a regulamentação da terceirização da mão de obra entrou em vigência em março de 2017. Com efeito, essa alteração foi considerada o vértice da Reforma e algumas mudanças ocorreram nos pilares das relações de trabalho. Uma das mudanças mais sensíveis foi em relação às atividades fim.

Essa alteração foi voltada para o interesse do empresário, que reclama que a legislação anterior era bastante onerosa para manutenção dos funcionários no quadro da empresa. Esses empresários visam principalmente, o lucro, quanto menos pagarem aos seus empregados, mais ganharão, mais sobrarão.

As mudanças na legislação trabalhista geraram expectativas iniciais boas na população e nos representantes políticos, entre elas, o estímulo aos investimentos, o aumento de contratações, o reaquecimento da economia, e, assim, afastar a diminuição da atividade econômica, a queda da produção e o aumento do desemprego. Contudo, a realidade demonstra que as mudanças produzem um quadro de precarização dos direitos trabalhistas, pois retiram e reduzem direitos históricos e dificultam o acesso do trabalhador à Justiça.

Dessa forma, a alteração da normatização da terceirização provocou efeitos significativos no cenário brasileiro que envolveu a diminuição de direitos e a ofensa à isonomia salarial, que precariza as relações trabalhistas, pois há redução nas contratações e possíveis demissões, aumentando o desemprego e a procura de trabalhos informais.

Com o aumento das terceirizações nas empresas, o Estado também é atingido, pois arrecadará menos e terá mais dificuldade em realizar a fiscalização do cumprimento normativo nas empresas que subcontrata empregados. A terceirização aumenta as rotatividades dos trabalhadores nas empresas e pressiona a mão de obra a aceitar salários menores nas contratações.

O prejuízo da terceirização para os direitos dos trabalhadores é histórico. O primeiro é a redutibilidade salarial, vedada pela CF/88, mas autorizada, apenas, em caso excepcional, por meio de acordo ou convenção coletiva de trabalho. Entretanto, quando se terceiriza uma atividade, o empregador diferencia os salários.

Outro direito trabalhista prejudicado é a equiparação salarial, que a CLT assegura a mesma remuneração entre trabalhadores de um mesmo estabelecimento e que exercem a mesma atividade. Contudo, a terceirização afeta a isonomia salarial, já que haverá a possibilidade de trabalhos idênticos remunerados de forma desigual, pois um trabalhador estará registrado como empregado da Empresa Terceirizada e o outro na Empresa Tomadora dos Serviços. Com a Reforma Trabalhista, é necessário para

configuração da equiparação salarial que seja o mesmo empregador, mas na terceirização os empregadores são “distintos”, o que não a configurará.

Além desses prejuízos dispostos, também são prejudicados os benefícios outorgados por acordos ou convenções coletivas de trabalho, pois ao terceirizar a atividade desempenhada pela empresa, fará com que o trabalhador terceirizado não receba todos os benefícios previstos nas normas coletivas.

As empresas buscam condições mais favoráveis para produzir e competir no mercado. Assim, para proteger o capital, a empresa procura circunstâncias que permitam uma mão de obra de baixo custo especializada e de alta qualidade, bem como flexibilidade para contratar, descontratar e remunerar a força de trabalho.

Diante das possíveis vantagens e desvantagens da flexibilização, não se pode promover de forma irrefletida qualquer Reforma Trabalhista. A adoção de uma postura flexível pode agravar a condição dos hipossuficientes, sem contribuir, de maneira alguma, para o fortalecimento das relações de trabalho.

Então pouco resta fazer para fugir ao dilema, é um tema que merece ser resolvido. Contudo, conforme Bauman⁹², uma boa coisa a fazer é “avaliar as chances e perigos das soluções já propostas e tentadas, pois armados de tal conhecimento, poderá evitar a repetição de erros do passado; ou mesmo tentar evitar ir muito longe por caminhos que podem ser percebidos por antecipação como sem saída”.

⁹² BAUMAN, Zygmunt, 1925- Comunidade: a busca por segurança no mundo atual. Tradução Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2003; p. 11

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Manuel Domingues de. A teoria geral da relação jurídica, v.i, Coimbra: livraria Almedina, 1997.

BARROS, Alice Monteiro de. Curso de direito do trabalho. 10 ed. São Paulo: LTr, 2016.

BARROS, Alice Monteiro de. Curso de direito de trabalho. 3ª edição. São Paulo. SP: LTr, 2007.

BAUMAN, Zygmunt, 1925- Comunidade: a busca por segurança no mundo atual. Tradução Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2003.

BAUMAN, Zygmunt, 1925- Globalização: as consequências humanas. Tradução Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 1999.

CATHARINO, José Martins. Contrato de emprego: com comentários aos arts. 442-510 da CLT, Imprensa: Rio de Janeiro, Ed. Trabalhistas, 1965.

CISNEIROS, Gustavo. Direito do trabalho sintetizado. 1. ed. - Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2016.

DELGADO, Maurício Godinho. Curso de direito do trabalho. 15.ed.São Paulo: LTr, 2016

DELGADO, Maurício Godinho. Direitos fundamentais na relação de trabalho, Revista LTr, São Paulo: LTr, v. 70, n.06, 2006.

FARIA, Maria da Graça Druck de. Terceirização: (des) fordizando a fabrica. São Paulo,Boitempo, 2001.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. Novo dicionário da língua português. 2 ed. Rio de janeiro: nova fronteira, 1986.

GIOSA, Lívio Antônio. Terceirização: uma abordagem estratégica. São Paulo: Pioneira, 1993

GASPAR, Danilo Gonçalves. Subordinação potencial: encontrando o verdadeiro sentido da subordinação jurídica.. Edição 2016. Editora LTr80.

LIMA, Renato Brasileiro de. Legislação criminal especial comentada: volume único. 4. Ed., rev., atual. e ampl. – Salvador: Juspodivm, 2016.

MARTINEZ, Luciano. A terceirização na era Temer. In: Revista Magister de direito do trabalho. Ano XIII, nº 77.

MARTINEZ, Luciano. Curso de direito do trabalho: relações individuais, sindicais e coletivas do trabalho. 7 ed. São Paulo : Saraiva, 2016.

MELO, Raimundo Simão de. A necessária revisão da súmula 331 do TST diante do novo código civil, revista LTR, janeiro de 2011.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro/NASCIMENTO, Sônia Mascaro. Curso de direito do trabalho: história e teoria geral do direito do trabalho: relações individuais e coletivas do trabalho. 29. Ed., São Paulo: Saraiva, 2014.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Compendio de direito do trabalho. São Paulo: LTr/EDUSP, 1976.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Iniciação ao direito do trabalho. 14 ed. São Paulo:LTr, 1989.

O'DONNELL, G. Poliarquias e a (in) efetividade da lei na América Latina. Novos Estudos, São Paulo, n.51, 1998.

PINTO, Carlos Alberto da Mota. Teoria geral do direito civil. 3 ed., Coimbra: Editora Coimbra, 1990.

SANTOS, Maria Luiza Leitão dos. Terceirização no cluster calçadista na ótica das empresas subcontratadas. Revista Acadêmica São Marcos, v. 6, n.2, 2017. <http://www.saomarcos.com.br/ojs/index.php/rasm/article/view/163> (acesso 20/10/2017)

SCOGNAMIGLIO, Renato. Manuale di diritto del lavoro. Napoli: Jovene editore, 2003.

SILVA, Otavio Pinto e. Subordinação, autonomia e parassubordinação nas relações de trabalho. São Paulo: LTr, 2004.

VILHENA, Paulo Emílio Ribeiro de. Relação de emprego – estrutura legal e supostos. São Paulo: Saraiva, 1975.

XAVIER, Bernardo da Gama Lobo. Contratos de trabalho dos profissionais de espetáculos (direito aplicável), revista de direito e de estudos sociais. Coimbra: Almedina, jan/mar. 1986.

<http://www.psafec.com/blog/entrevista-guilherme-telles-executivo-uber-no-brasil/>(acesso 08/11/2017)

https://pje.trt3.jus.br/consultaprocessual/pages/consultas/DetalhaProcesso.seam?p_nu_m_pje=130956&p_grau_pje=2&p_seq=11359&p_vara=112&dt_autuacao=03%2F04%2F2017&cid=135120 (acesso 20/10/2017)

https://pje.trt10.jus.br/consultaprocessual/pages/consultas/DetalhaProcesso.seam?p_num_pje=188143&p_grau_pje=1&popup=0&dt_autuacao=&cid=2665709 (acesso 20/10/2017)

https://consulta.pje.trtsp.jus.br/consultaprocessual/pages/consultas/DetalhaProcesso.seam?p_num_pje=193753&p_grau_pje=2&p_seq=1001492&p_vara=13&dt_autuacao=12%2F07%2F2017&cid=460708 (acesso 20/10/2017)

<https://g1.globo.com/economia/noticia/justica-manda-uber-reconhecer-motorista-como-funcionario-e-pagar-salario-minimo-em-londres.ghtml> (acesso 10/11/2017)

http://www.ilo.org/global/research/global-reports/weso/2017/WCMS_540901/lang-pt/index.htm (acesso 20/10/2017)

<http://www.dieese.org.br/analisedped/ped.html> (acesso 20/10/2017)

<https://www.dieese.org.br/notatecnica/2017/notaTec172Terceirizacao.pdf> (acesso 20/10/2017)

<https://esaj.tjsp.jus.br/cposg/show.do?processo.foro=990&processo.codigo=RI0023IL10000#?cdDocumento=40> (acesso 20/10/2017)

ftp://ftp.stf.jus.br/ap470/InteiroTeor_AP470.pdf (acesso 20/10/2017)

https://www4.trf5.jus.br/data/2008/10/200581000145860_20081022.pdf(acesso 20/10/2017)

<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=5170951> (acesso em 23/10/2017)

<https://periodicos.ufsc.br/index.php/revistacfh/article/viewFile/23488/21152>. REVISTA DE CIÊNCIAS HUMA-NAS, V. 15, N. 22, FLORIANÓPOLIS-SC ED. UFSC, 22SEM./1997. Acumulação flexível &Direito do Trabalho. Alexandre Luiz Ramos. (acesso em 23/10/2017)

<http://piwik.seer.fclar.unesp.br/estudos/article/viewFile/4513/3960>. Terceirização e acumulação flexível do capital: notas teórico-críticas sobre as mutações orgânicas da produção capitalista. Giovanni ALVES. Estud. sociol., Araraquara, v.16, n.31. (acesso em 23/10/2017)

<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=5163507>(acesso em 23/10/2017)

<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=5165589>(acesso em 23/10/2017)

<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=5165590>(acesso em 23/10/2017)

http://www.oitbrasil.org.br/sites/default/files/topic/decent_work/doc/constituicao_oit_538.pdf (acesso 20/10/2017)

<http://www.prt2.mpt.mp.br/189-mpt-firma-tac-que-beneficia-trabalhadores-que-costuravam-para-a-empresa-lojas-renner> (acesso 20/10/2017)