



UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE BACHARELADO EM DIREITO

IGOR NOGUEIRA DINIZ

ANÁLISE CRÍTICA CONSTITUCIONAL DA TERCEIRIZAÇÃO
NA REFORMA TRABALHISTA

Salvador

2018

IGOR NOGUEIRA DINIZ

**ANÁLISE CRÍTICA CONSTITUCIONAL DA TERCEIRIZAÇÃO
NA REFORMA TRABALHISTA**

Monografia apresentada ao Programa de Graduação em Direito, Universidade Federal da Bahia, como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Fabio Periandro de Almeida Hirsch

Salvador

2018

TERMO DE APROVAÇÃO

IGOR NOGUEIRA DINIZ

**ANÁLISE CRÍTICA CONSTITUCIONAL DA
TERCEIRIZAÇÃO NA REFORMA TRABALHISTA**

Memorial aprovado como requisito para a obtenção do grau de Bacharel em Direito na Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia, pela seguinte comissão de avaliação:

Iran Furtado de Souza Filho _____
Mestre em Direito pela Universidade Federal da Bahia, Brasil (2007)
Universidade Federal da Bahia (UFBA)

Rodolfo Mário Veiga Pamplona Filho _____
Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Brasil (2000)
Universidade Federal da Bahia (UFBA)

Fábio Periandro de Almeida Hirsch - Orientador _____
Doutor em Direito pela Universidade Federal da Bahia, Brasil (2012)
Universidade Federal da Bahia (UFBA)

Salvador, 9 de março de 2018.

AGRADECIMENTOS

Antes de mais nada, quero agradecer aos meus pais, José Péricles Diniz Bahia e Juciara Maria Nogueira Barbosa, pela paciência e dedicação digna de verdadeiros mentores com que eles me apoiaram, não só na produção desta monografia, mas em toda minha jornada durante a faculdade. Meu irmão Arthur Nogueira Diniz, também graduado por esta mesma Egrégia Faculdade, foi uma figura modelo, fonte de inspiração e suporte em minha formação. Cabem menções honrosas aos colegas e companheiros que tornaram o desafio da graduação mais agradável: Alexandre Figueiredo; Renata dos Anjos; Luana Goes; Érico Gláucio, Verônica Hassler; Amanda da Silveira; Giovana Augusta; Pedro Trindade.

Importantíssimo não esquecer do apoio da mão invisível de Luísa Tapioca: apesar de nunca tê-la conhecido pessoalmente, ajudou a mim e muitos outros graduandos a se formar, através de seus cadernos didáticos. Não tenho dúvida que muitos colegas também lhe têm grande e merecida estima.

Finalmente, faço questão de agradecer ao meu orientador, Doutor Fábio Periandro, por acreditar e me acolher como orientando quando mais precisava e ao Professor Johnson Meira pelo contínuo suporte e incentivo durante esta pesquisa.

RESUMO

Essa pesquisa consiste em uma análise crítica da constitucionalidade nos diplomas legais da Reforma Trabalhista de 2017, principalmente no que diz respeito às Leis nº 13.429 de 31 de Março de 2017 e nº 13.467 de 13 de Julho de 2017. Seu objetivo é identificar incompatibilidades das aludidas normas no sistema jurídico vigente e propor possíveis soluções neste sentido. O principal método de pesquisa empregado é o da revisão bibliográfica, utilizando, também, um método de abordagem de Investigação Histórica, Análise Quantitativa, Qualitativa e Pesquisa Jurídica. No decorrer da pesquisa foi constatado que há, de fato, incongruências nas normas positivadas pela Reforma Trabalhista, ao ponto de prejudicar sua eficácia ou restarem prejudicadas prerrogativas constitucionais. Estas incongruências se apresentam na forma de terceirizações irrestritas, sem levar em conta o caráter de especialidade, bem como terceirização de mão de obra em contraposição à terceirização de atividades. Também existem incoerências de cunho legal e fiscal em empresas que prestem serviços incompatíveis com sua capacidade econômica, malgrado disposição legal da própria Reforma. Finalmente, também é incompatível o instituto da “pejotização” de maneira irrefreada, em todos os setores do trabalho. A conclusão tirada desta análise foi a de que é necessária uma interpretação mais abrangente ou flexível das normas da Reforma para que elas possam ser aplicáveis no ordenamento jurídico hodierno sem entrar em contradição direta com disposições Constitucionais.

Palavras-chave: Terceirização; Constitucional; Reforma Trabalhista; Direitos Fundamentais; Direitos Trabalhistas; Pejotização.

ABSTRACT

This research consists in a critical analysis of the constitutionality of the legal ordinations in the Labor Reform of 2017, mainly in regard of the Laws n° 13.429 of March 31st of 2017 and n° 13.467 of July 13th of 2017. It's objective is to identify incompatibilities of the aforementioned laws in the current legal system and propose possible solutions in this regard. The main research method used is the literature review, utilizing an approach method of Historic Investigation, Quantitative, Qualitative analysis and Legal Research. During the process of the research it has been determined that there is, in fact, incongruities in the laws established in the Labor Reform, to the point of impairing it's efficiency or crippling constitutional prerogatives. These incongruities pose themselves in the form of unrestricted outsourcing, not taking in account the specialty characteristic, as well as outsourcing labor force instead of outsourcing labor activities. There are also inconsistencies of the legal and fiscal kind in companies that outsource work incompatible with its economic capacity, even though the Labor Reform law states otherwise. Finally, the creation of legal personalities in every work sector is also incompatible. The conclusion reached from this analysis is that a broader or more flexible interpretation of the Labor Reform laws is necessary so that they can be applied in the current legal system without entering in direct contradiction with Constitutional directives.

Keywords: Outsourcing; Constitutional; Labor Reform; Fundamental Rights; Labor Rights.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	07
2. METODOLOGIA	09
2.1 MÉTODO DE ABORDAGEM	09
2.2 ETAPAS DE PESQUISA	10
3. FUNDAMENTAÇÃO TEÓRICA	11
3.1 DA NATUREZA JURÍDICA DA TERCEIRIZAÇÃO	11
3.1.1 Definição de Empregado	11
3.1.2 Definição de Trabalho Temporário	13
3.1.3 Definição de Terceirização	14
3.2 CARÁTER FUNDAMENTAL DOS DIREITOS SOCIAIS	14
3.2.1 Os Direitos Trabalhistas como Direitos Sociais	14
3.2.2 Cláusulas Pétreas e os Direitos Sociais	16
4. ASPECTOS HISTÓRICOS DA TERCEIRIZAÇÃO NO BRASIL	18
4.1 ORIGEM E CONTEXTO HISTÓRICO	18
4.2 DA LEI 6019/74 ATÉ A REFORMA DE 2017	20
4.3 ACEITAÇÃO PÚBLICA, PESQUISAS E DADOS RELEVANTES	22
5. DAS DISSONÂNCIAS LEGAIS	26
5.1 QUADRO COMPARATIVO ANTES E APÓS AS LEIS 13.429/2017 E 13.467/17	26
5.2 LIMITES CONSTITUCIONAIS DA NEGOCIAÇÃO COLETIVA	35
5.3 DAS INCONSTITUCIONALIDADES DA REFORMA TRABALHISTA E SEUS REFLEXOS NO QUE TANGE A TERCEIRIZAÇÃO	42
5.4 PROPOSTA DE SOLUÇÃO	50
6. CONSIDERAÇÕES FINAIS	56
REFERÊNCIAS	58

1. INTRODUÇÃO

A terceirização é um fenômeno que vem ganhando notoriedade desde que foram outorgadas as chamadas Reformas Trabalhistas no ano de 2017. A flexibilização das normas trabalhistas no sentido de prevalecer o acordado sobre o legislado e permitir a contratação de mão de obra temporária para exercer atividade-fim se tornou um ponto focal de interesse e discussão tanto na sociedade civil quanto no mundo jurídico.

O tema desta pesquisa é a análise crítica da existência de conformidade constitucional efetiva no instituto da terceirização concernente às Leis nº 13.429 de 31 de março de 2017 e nº 13.467 de 13 de julho de 2017. O recorte epistemológico deste estudo esboça especificamente o caráter constitucional das novas leis trabalhistas, no que dizem respeito à terceirização.

Estabelecido isto, proutifica-se como objetivo geral desta monografia analisar os pontos de dissonância constitucional na nova lei, identificando incompatibilidades e propondo soluções dentro da realidade jurídica. Como objetivos específicos a pesquisa se presta a apresentar aspectos considerados relevantes da revisão bibliográfica centrada no Direito Constitucional, Fundamental e Trabalhista no Brasil; comparar a legislação anterior com a nova lei sancionada de forma a apontar eventuais discrepâncias com o que fora analisado na revisão de literatura; apresentar doutrina, pesquisas e jurisprudências que serviram de fulcro para a argumentação.

A metodologia adotada na presente pesquisa tem como base a revisão de bibliografia pertinente nas áreas de: Direitos Fundamentais, Direitos Sociais e Direitos Trabalhistas. Em busca de subsídios para o trabalho, foi feita uma investigação de doutrina e jurisprudência eivada pelos critérios da variedade e atualidade.

Alguns dos questionamentos que este trabalho se propõe a analisar são: o que significa exatamente a Reforma Trabalhista para o trabalhador, no que tange a terceirização? Como isto afetaria ele, as empresas e os sindicatos? Há o que se falar em uma violação da Constituição? Se não, como deve ser interpretada a Lei para tanto? Se sim, o que pode ser feito?

Tamanha é a repercussão que a Reforma Trabalhista traz para a realidade brasileira que fica evidente a necessidade de se analisar seus possíveis reflexos e impactos. Tão premente é o caso que o Ministério Público do Trabalho decidiu ajuizar a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.735 contra a lei da terceirização nº 13.429, assinada pelo presidente Michel Temer em 31 de março de 2017.

A alegada inconstitucionalidade da lei alcança aspectos como o desvirtuamento do regime de emprego, terceirização para atividade-fim de empresas, flexibilização da jornada de trabalho, exclusão ou redução de responsabilidade e restrições de acesso à Justiça do Trabalho para o operário. A redação da lei da terceirização é familiar àquela apresentada na Lei nº 13.467 de 13 de julho de 2017, também conhecida como Reforma Trabalhista.

Deste modo, após estabelecida a metodologia, o terceiro capítulo trata da fundamentação teórica, buscando apresentar conceitos estabelecidos na doutrina e elucidar detalhes sobre as novas leis trabalhistas. Examina-se o conceito de vínculo empregatício, empregado, trabalho temporário e terceirização. Em seguida, faz-se uma análise do caráter fundamental dos direitos sociais, como os direitos trabalhistas se encaixam neste rol e pondera-se sobre a hipótese destes direitos figurarem como cláusulas pétreas.

O capítulo seguinte trata da evolução histórica do instituto da terceirização e como ela veio culminar na forma estabelecida atualmente no Brasil. Quais suas origens, que normas tratavam dela e como se deram suas transformações até atingir a forma que se conhece hoje, são todos tópicos abordados neste tópico.

Por fim, o último capítulo trata de discernir dissonâncias nas novas normas trabalhistas dentro do ordenamento jurídico brasileiro sob o prisma do Direito Constitucional. Quais impedimentos essas normas encontram, como foram positivadas à luz da análise da doutrina e que repercussões pode-se esperar no âmbito trabalhista? O capítulo finda apresentando breve análise sobre a legalidade, legitimidade e aplicabilidade das normas tratadas.

2. METODOLOGIA

2.1 MÉTODO DE ABORDAGEM

O método de abordagem utilizado foi a revisão de literatura, abrangendo processos de pesquisa bibliográficos e documentais. Entendendo-se por pesquisa a busca sistemática de soluções de problemas ainda não resolvidos ou resolvíveis, foi imprescindível dedicar certo foco na Investigação Histórica, privilegiando a pesquisa que estuda as relações entre variáveis dependentes e independentes, método este reputado por Fred N. Kerlinger como o mais importante no processo de investigação científica (BOAVENTURA, 2004, p. 57).

Também foi empregada a metodologia quantitativa e qualitativa, conforme o trabalho exigiu expressões em números – em especial no tocante a dados estatísticos. Nada obstante, o prisma central foi aquele da pesquisa jurídica, consoante a visão de João Maurício Adeodato¹ que a classifica como a “que tem por fim descrever e criticar os fenômenos definidos como objeto” e define a dogmática como “destinada a sugerir estratégias de argumentação e decisão diante de conflitos a partir das normas jurídicas estabelecidas”.

Esta pesquisa também se alinha com a definição de pesquisa jurídica sob o viés apresentado pelo professor Edivaldo M. Boaventura, que aduz:

A natureza do fenômeno jurídico comporta tratamento metodológico em atenção à redação, ao uso da documentação jurídica, ao estabelecimento de todo o processo de verificação de hipóteses e questões, quer pelo uso da pesquisa bibliográfica, documental, eletrônica, quer pelo emprego de outras metodologias (BOAVENTURA, 2004, p. 58).

Ainda nas palavras do professor Boaventura, em virtude das peculiaridades do direito há uma predominância evidente na pesquisa bibliográfica, que constitui não somente uma fase preliminar de toda a investigação, mas se constitui também em um tipo de

¹ ADEODATO, João Maurício. Bases para uma metodologia da pesquisa em direito. Disponível em: <http://cjb.gov.br/bvirtual>. (2000) Acesso em 30 jan. 2018.

abordagem metodológica pela sistematização do uso de fontes bibliográficas e documentais. Também é aduzido que o método histórico combinado com a pesquisa legal e o levantamento ajuntam-se a natureza do fenômeno jurídico.

2.2 ETAPAS DE PESQUISA

A etapa inaugural da pesquisa consistiu no acúmulo de material doutrinário, que se consolidou principalmente através de recomendações de professores e pesquisas na biblioteca da Faculdade de Direito. O critério de escolha dos títulos foi sua relevância temática e grau de atualização, levando em conta quão recente o tema é, sem discriminação de autores.

Também houve extração de informação por meio de endereços eletrônicos para consulta, à exemplo da página do Planalto para acessar leis e do portal do Ministério Público do Trabalho (MPT). Selecionado material suficiente, procedeu-se a análise, fichamento e separação por tópicos, já vislumbrando a divisão de capítulos. Foi também nesta etapa que houve a coleta de jurisprudência, largamente graças às referências dos autores estudados.

Após a revisão bibliográfica inicial, uma última coleta de material foi feita com o intuito de contrapor paradigmas sobre o tema, visto que a maioria das informações consultadas até então eram uníssonas em seu viés. Com o intuito de não haver alienação ou “visão de túnel”, doutrinas com perspectivas distintas daquelas estudadas até então se tornaram um novo critério para equacionar a pesquisa na última etapa de consulta às referidas fontes e revisão.

Dispondo de material suficiente, a pesquisa avançou em sua análise de doutrina, jurisprudência e estudos. Neste ínterim, uma porção considerável de dados empíricos relevantes para o tema e a abordagem pretendida foi descoberta, propiciando o amadurecimento intelectual necessário para a última etapa do trabalho: a elaboração da monografia.

3. FUNDAMENTAÇÃO TEÓRICA

3.1 DO TRABALHO TEMPORÁRIO

3.1.1 Definição de Empregado

“Empregado”, para o Direito Trabalhista, é aquele indivíduo (pessoa física) que possui uma relação jurídica com um “Empregador” (pessoa física ou jurídica) eivada de um vínculo de atributividade, é dizer, um contrato de emprego. Esse contrato pode ser, todavia, tácito ou expresso, mas é imprescindível para que a relação de emprego exista. Esta relação conta uma série de características que lhe definem, sem as quais incorre-se em uma descaracterização ou desvirtuação da relação de emprego. São estas a pessoalidade, onerosidade, não assunção dos riscos da atividade do tomador de serviços pelo prestador, duração contínua ou não eventual e a subordinação.

Em breve sumário, pessoalidade remete à “[...] idéia de *intransferibilidade*, ou seja, de que somente *uma específica pessoa física*, e nenhuma outra em seu lugar, pode prestar o serviço ajustado” (MARTINEZ, 2017, p. 172). Assim sendo, não se trata de contrato de emprego sempre que um trabalhador pode ser substituído sem vênias, mas de outro tipo de ajuste contratual.

Onerosidade, por sua vez, é definida principalmente por seu objetivo. Para ser considerado trabalho, seu objetivo deve ser a subsistência humana. Trabalho sem fim remuneratório é considerado negócio jurídico de “atividade em sentido estrito”, como por exemplo contratos de estágio e serviços voluntários.

“Não assunção de riscos da atividade do tomador de serviços pelo prestador” implica na regra geral de que o trabalhador não está envolvido nos riscos da atividade econômica na qual ele trabalha. Inclusive, a assunção de riscos é característica definidora do conceito de empregador, de maneira a constar no *caput* do art. 2º da CLT.

Duração não eventual ou contínua remete a uma relação empregatícia perene, não eventual. Por eventual, entende-se segundo a jurisprudência dominante aquela relação de imprevisibilidade de repetição e descontínua, que se fraciona. Seja como for, insta salientar que o prestador de serviços em caráter eventual não é, portanto, empregado, mas sim trabalhador eventual segundo definição legal.

Finalmente, subordinação alude ao fato de que o tomador do serviço determina, comanda ou define o tempo e modo de execução do serviço. “[...] a subordinação, no plano jurídico, é uma situação que limita a ampla autonomia da vontade do prestador dos serviços (MARTINEZ, 2017, p. 176).

Posto isto, note-se que a cumulação a absolutamente todos os elementos supracitados é absolutamente imprescindível para a caracterização legal de um contrato de emprego. Ausência de uma única característica implica na desvirtuação ou vício do contrato empregatício.

Onde se encaixa então o trabalhador terceirizado? Luciano Martinez define “Empregado” da seguinte maneira:

No contexto do contrato de emprego, o empregado aparece como sujeito prestador do trabalho, vale dizer, aquele que pessoalmente, sem auxílio de terceiros, despende, em caráter não eventual e sob direção alheia, sua energia laboral em troca de salário; aquele que, por não exercer atividade por conta própria, não assume riscos da atividade na qual está incurso. Assim, diante desse conjunto de caracteres – **pessoalidade, não eventualidade, não assunção dos riscos, subordinação e onerosidade** – “considera-se empregado toda pessoa física que presta serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário (art. 3º da CLT) (MARTINEZ, 2017, p. 215).

Ao falar de trabalhador terceirizado alude-se, necessariamente, a um empregado, *lato sensu*, vinculado através de um contrato de emprego por tempo determinado, ou seja, cuja vigência depende de termo pré-fixado ou contratados para a execução de um serviço específico, de previsão estimável.

3.1.2 Definição de Trabalho Temporário

Elucida bem a definição de trabalho temporário Sérgio Pinto Martins:

Trabalho temporário é aquele prestado por pessoa física contratada por uma empresa de trabalho temporário que coloca à disposição de uma outra empresa tomadora de serviços para atender a necessidade de substituição transitória de pessoal permanente ou a demanda complementar de serviços (art. 2º da Lei n. 6.019/74). Considera-se complementar a demanda de serviços que seja oriunda de fatores imprevisíveis ou, quando decorra de fatores previsíveis, tenha natureza intermitente, periódica ou sazonal (§2º do art. 2º da Lei nº 6019/74). Fator previsível de natureza periódica pode ser o afastamento da grávida durante 120 dias. Natureza sazonal pode ser a safra (MARTINS, 2017, p. 125).

Para fins relevantes à essa pesquisa, convém se ater à definição trazida na Lei 13.467/2017. Isto porque ao se adotar a teoria objetivista, que define o trabalho temporário pela atividade, a referida lei, em comparação com as alterações prévias feitas pela Lei 13.429/2017, disciplina a matéria de maneira mais específica e completa.

Abaixo, o artigo 2º da Lei 13.429/2017, que adotava a teoria subjetivista, definindo Trabalho Temporário pelo sujeito, no caso a empresa prestadora de serviços:

Art. 2º Trabalho temporário é aquele prestado por pessoa física contratada por uma empresa tomadora de serviços, para atender a necessidade de substituição transitória de pessoal permanente ou a demanda complementar de serviços.

Em seguida a redação do artigo 4º-A que substituiu o diploma legal anterior:

Art. 4º-A. Considera-se prestação de serviços a terceiros a transferência feita pela contratante da execução de quaisquer de suas atividades, inclusive sua atividade principal, a pessoa jurídica de direito privado prestadora de serviços que possua capacidade econômica compatível com sua execução.

3.1.3 Definição de Terceirização

Embora seja difícil precisar exatamente um conceito de terceirização em virtude da existência de suas várias possíveis naturezas (fornecimento de bens ou serviços; de empreitada; de franquia; de locação de serviços; de concessão; etc.), é seguro afirmar que sua natureza jurídica é indubitavelmente a de um contrato de prestação de serviços (MARTINS, 2017, p. 33).

O que é fácil de se afirmar, todavia, é o que a terceirização não é: empreitada ou *locatio operis*. O objetivo da empreitada é o resultado da obra, sem uma relação de parceria entre o contratante e contratado. A característica da parceria na terceirização, por outro lado, é indispensável. A distinção se dá precipuamente pelo fato da terceirização ser uma relação triangular (trabalhador, prestador de serviços, tomador de serviços), ao passo em que contratos de trabalho são bilaterais (empregado e empregador).

3.2 CARÁTER FUNDAMENTAL DOS DIREITOS SOCIAIS

3.2.1 Os Direitos Trabalhistas como Direitos Sociais

A Constituição de 1988 logrou estabelecer um Estado Democrático de Direito com fulcro em três conceitos fundamentais: a pessoa humana com sua dignidade, a sociedade política e a sociedade civil. Essas bases interpretadas através do ordenamento jurídico colocam a pessoa humana em seu ápice, assim como se verifica em diversos campos sociais do Direito, entre eles o Direito da Seguridade Social, do Consumidor e do Trabalho.

É inserido neste ordenamento jurídico que a sociedade civil consegue assegurar à pessoa humana, logo ao trabalhador, um patamar de equidade para que sua inserção econômica e social seja efetiva. Na conceituação de Estado Democrático de Direito é imprescindível a eficácia das instituições da sociedade civil, se quisermos igualar o

consumidor ou trabalhador com suas contrapartes legais no que tange o contraditório e paridade de armas, especialmente levando em conta suas hipossuficiências.

Outros parâmetros constitucionais que não podem ser olvidados ao se falar em direitos trabalhistas no Brasil são aqueles de cunho humanísticos e sociais, previstos na Constituição da República. Nada obstante o caráter constitucional outorgado às normas que tratam da propriedade privada (art. 5º, XXII, CF) e livre iniciativa (art. 1º, IV, *in fine*, art. 170, todos da CF), estas não gozam de plenitude absoluta como o era expresso nas Constituições de 1824 e 1891.

Na ordem jurídica atual a propriedade privada está vinculada com sua função social (art. 5º, XXIII, CF) e a livre iniciativa, similarmente, é classificada como valor social ao invés de meramente valor econômico, razão pela qual as aludidas prerrogativas encontram-se hierarquicamente paralelas, e não superiores, ao valor social do trabalho (art. 1º, IV, CF).

Sobre o tema, Maurício Godinho Delgado (2017) leciona:

Relembrem-se tais princípios, já exaustivamente estudados no Capítulo I desta obra atual. São os denominados *princípios constitucionais do trabalho*: 1) princípio da dignidade da pessoa humana; 2) princípio da centralidade da pessoa humana na vida socioeconômica e na ordem jurídica; 3) princípio da valorização do trabalho e do emprego; 4) princípio da inviolabilidade do direito a vida; 5) princípio do bem-estar individual e social; 6) princípio da justiça social; 7) princípio da propriedade a sua função socioambiental; 8) princípio da não discriminação; 9) princípio da igualdade em sentido material; 10) princípio da segurança; 11) princípio da proporcionalidade e da razoabilidade; 12) princípio da vedação do retrocesso social (DELGADO, 2017, p. 36-100).

Os princípios exaustivamente listados acima gozam de caráter fundamental amparado por status de Direito Social, o que significa que não admitem retrocessos. O que não implica em óbices para alterações de disposições legais, vale ressaltar, mas sim em impedimentos no que concerne conflito de normas.

3.2.2 Cláusulas Pétreas e os Direitos Sociais

No tocante a condição de não ser objeto de deliberação de proposta de emenda dos Direitos Sociais propriamente ditos, há na doutrina um impasse entre duas interpretações. Uma delas, mais literal, alega que o parágrafo 4º, inciso IV do art. 60 da Constituição da República compreende por cláusula pétrea somente “direitos e garantias individuais”, de forma a excluir os Direitos Sociais, especialmente os de caráter coletivo. Sobre este argumento, Paulo Bonavides (2011) aduz:

a expressão “direitos e garantias”, ali textualmente nomeada e gramaticalmente compreendida, exprime os limites teóricos, históricos e específicos traçados para traduzir na essência o breviário da escola liberal e positivismo jurídico ... a interpretação comprimida e restrita do sobredito § 4º só é factível, pois, mediante conceitos jurídicos de aplicação rigorosa que estampam a face de um constitucionalismo desde muito abalado e controvertido em suas fronteiras materiais, bem como nas suas antigas sustentação e legitimidade; seria, por conseguinte, um constitucionalismo inconformado com o advento de novos direitos que penetram a consciência jurídica de nosso tempo e nos impõem outorgar-lhes o mesmo grau de recolhimento, em termos de aplicabilidade, já conferido aos que formam o tecido das construções subjetivas onde se teve sempre por meta estruturar a normatividade constitucional dos direitos e garantias individuais (BONAVIDES, 2011, p. 652-653).

O segundo viés, por sua vez, afirma ser cabível a prerrogativa de cláusula pétrea aos Direitos Sociais. Corroborando com este paradigma, seguem os seguintes argumentos:

Primeiramente, a defesa dos direitos sociais se faz em contra ponto aos direitos individuais no sentido de que a ausência destes limitaria a execução daqueles, vejamos: “Interpretando-se restritivamente o artigo 60, §4º, IV, da CF, poder-se-ia dizer que a expressão “direitos e garantias individuais” deve ser encarada de tal forma, que apenas os direitos fundamentais equiparáveis aos direitos individuais do artigo 5º poderiam ser considerados cláusulas pétreas. Contudo, mostra-se de complexa dificuldade diferenciar direitos individuais e os não-individuais. Aliás, aqui, se faz necessária uma indagação: qual o direito social que antes, lá na origem, não é individual? (GARCIA, 2002).

Em favor deste argumento, insta salientar que a supressão de um Direito Social em abrangência implicaria em tendência paulatina de supressão subsequente de Direitos Individuais. Para ilustrar o ponto, basta notar que com o afastamento de

um Direito Social a amplitude de outros Direitos Individuais seria indiretamente cerceada, a exemplo do direito à livre iniciativa ser limitado por conseguinte lógico em eventual supressão do direito do consumidor.

A fim de evitar este cenário, um paradigma bem estabelecido é aquele com fulcro na proibição do retrocesso social, que impede a restrição ou supressão de Direitos Sociais reconhecidos como Direitos Fundamentais dentro de um ordenamento jurídico. Este viés é elucidado por Canotilho:

[...] a partir do momento que o Estado cumpre (total ou parcialmente) as tarefas constitucionais impostas para realizar um direito social, o respeito constitucional deste deixa de consistir (ou deixa de consistir apenas) numa obrigação positiva, para se transformar ou passar também a ser uma obrigação negativa. O Estado, que estava obrigado a atuar para dar satisfação ao direito social, passa a estar obrigado a abster-se de atentar contra a realização dada ao direito social (CANOTILHO, 1993 *apud*; GARCIA, 2002).²

Ainda sobre esta pauta, vale ressaltar o argumento que consta na ementa nº 1730-10/STF, justificando voto proferido pelo Ministro Celso de Mello:

Tivemos, Senhor Presidente, o estabelecimento de direitos e garantias de uma forma geral. Refiro-me àqueles previstos no rol, que não é exaustivo, do art. 5º da Carta, os que estão contidos, sob a nomenclatura de direitos sociais, no art. 7º e, também, em outros dispositivos da Lei Básica Federal, isto sem considerar a regra do §2º, do art. 5º, segundo o qual 'os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados...'. Logo em havendo direitos individuais não apenas no artigo 5º, mas também em demais normas do ordenamento constitucional, seriam também proteção de cláusula pétrea os direitos sociais pois, como já dissemos, qual direito social não adveio de um direito individual. Por essas razões, entendo que os direitos sociais encontram proteção nas disposições do artigo 60, §4º, da CF, embora a primeira interpretação seja defensável.³

² CANOTILHO, 1993 *apud* GARCIA, 2002. Disponível em: <http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/files/anexos/14279-14280-1-PB.htm>. Acessado em 13 fev. 2018.

³ Disponível em: <http://www.camara.gov.br/sileg/integras/1479899.pdf>. Acessado em 14 fev. 2018.

4. ASPECTOS HISTÓRICOS DA TERCEIRIZAÇÃO NO BRASIL

4.1 ORIGEM E CONTEXTO HISTÓRICO

A terceirização é um fenômeno de transfiguração da dinâmica de trabalho tradicional, através da qual surge uma relação triangular (empregado, empregador e tomador de serviços) ao invés de bilateral (empregado e empregador). O conceito de trabalho temporário é bem remoto, ao ponto de existirem registros de alugueis de escravos para trabalharem nas minas de outrem na Grécia Antiga.

A terceirização é um reflexo de crises econômicas e desemprego, uma tentativa de diminuição de custos de mão de obra. Este reflexo pode ser plenamente notado no período da Segunda Guerra Mundial, quando a indústria bélica estava sobrecarregada com a demanda e tiveram a ideia de delegar serviços a terceiros com a finalidade de dar suporte e assegurar o aumento da produção.

No Brasil, a noção de terceirização foi importada dos Estados Unidos por multinacionais, em meados de 1950. A preocupação em focar apenas na essência do negócio, oriunda do modelo fordista de produção, trouxe consigo a ideia da prestação de serviços por terceiros visando a produção de componentes de automóveis para a indústria automobilística que se instalava no Brasil à época, cabendo à fábrica apenas reunir peças pré-fabricadas pelos terceirizados e fazer a montagem final do veículo.

Neste contexto, algumas décadas mais tarde o Deputado Federal João Alves (1919-2004) apresentou o Projeto de Lei nº 1.347, que veio culminar na Lei nº 6.019/74. A justificativa do projeto aduz que o:

contingente de trabalhadores é representado, por exemplo, por estudantes que não dispõem de um tempo integral para um emprego regular; por donas de casa que, apenas em certas horas, ou em dias de semana, podem se dedicar a um trabalho para o qual tenham interesse e qualificação, sem prejuízos para os seus encargos domésticos; para os jovens em idade de serviço militar, que encontram dificuldades de emprego justamente pela iminência de convocação; para os trabalhadores com mais de 35 anos, ou já aposentados mas ainda aptos e que não encontram emprego permanente, ou não o querem em regime regular e rotineiro. Serve, também, aqueles

trabalhadores que ainda não se definiram por uma profissão definitiva e que, pela oportunidade de livre-escolha entre várias atividades, podem se interessar por uma delas e, afinal, consolidar um emprego permanente. E, por outro aspecto, não se deixam de atender aqueles que, apesar de já empregados, desejam, com um trabalho suplementar, aumentar seus rendimentos (*Diário do Congresso Nacional*, de 30 de junho de 1973, p. 3.766).

Registrava-se no Brasil em 1973 que a locação de mão de obra era uma realidade incontroversa, visto os mais de 50.000 trabalhadores, apenas na capital paulista, que prestavam serviço a 10.000 empresas (ALMEIDA, 1974, p.4). Neste momento histórico é que surgiu a primeira lei que versava sobre o trabalho temporário, em uma tentativa de regulá-lo: a Lei 6019 de 3 de janeiro de 1974.

Como é de costume o legislador buscou inspiração na Lei nº 72-1 de 3 de janeiro de 1972, na França, que trata do trabalho temporário. A aludida lei trazia a definição legal do *entrepreneur*, ou empreiteiro/empresário, como pessoa física ou jurídica que dispunha mão de obra provisória para tomadores ou clientes. Essa mão de obra consistia em um contingente de trabalhadores que eram reenumerados para exercerem fins específicos e determinados.

Desde então a terceirização vem crescendo como fenômeno em uma escala global. Neste contexto, insta salientar uma transição da era industrial para a era da prestação de serviços, protagonizada pela China e alguns países Europeus, a exemplo da Espanha - como será explanado posteriormente.

Com a Lei nº 13.429, de 31 de março de 2017, que alterou a Lei nº 6.019/74, a terceirização passou a ter um diploma legal dedicado ao tema na legislação brasileira, ainda que inserido na lei modificada que, originalmente, versa sobre trabalho temporário.

4.2 DA LEI 6019/74 ATÉ A REFORMA DE 2017

Em maio de 2014, fora editado o Decreto nº 8.243 que instituiu a Política de Participação Social (PNPS), de forma a prever a criação de um Sistema Único de Trabalho (SUT). Sob sua égide, nota-se a intenção do legislador em negar o caráter de indisponibilidade da legislação trabalhista, em clara inspiração a antiga Emenda nº 3 de março de 2007.

Evoluindo de forma paulatina e intrínseca com o cenário político, fora editado pelo governo em 30 de dezembro de 2014 as MPs número 664 e 665, bem como a de nº 680, em 6 de julho de 2015, intitulada “Programa de Proteção ao Emprego”.

Foi neste contexto que o Partido do Movimento Democrático Brasileiro (PMDB) anunciou, em 29 de outubro de 2015, o programa “Uma Ponte para o Futuro”, prevendo a realização de reformas estruturais de cunho trabalhista e mencionando até mesmo mudanças de cunho Constitucional.

Assim, seguiu o Projeto de Lei nº 4.330/04 (Terceirização), já aprovado na Câmara dos Deputados em 23 de abril de 2015, para tramitar no Senado Federal sob o nome de PLC n. 30/15, logo a partir de 28 de abril de 2015. A situação evoluiu com celeridade tamanha que, conforme foi veiculado pelo jornal *Folha de São Paulo*,⁴ era evidente a intenção do governo de enviar para o Congresso Nacional três propostas de reforma trabalhista até o final de 2015.

A partir de então, já se tornava notável uma mudança de paradigma na jurisprudência com a decisão do Ministro Roberto Barroso no RE 590.415 em 30 de abril de 2015, cuja linha de raciocínio era partilhada pelo Ministro Teori Zavascki no processo RE 895.759 (1159) em 8 de setembro de 2016, de forma a acolher a validade de norma coletiva fixando o limite máximo de horas *in itinere*.

⁴ Disponível em: <http://www.redetv.uol.com.br/jornalismo/marianagodoyentrevista/blog/blog-do-programa/precisamos-readequar-a-legislacao-trabalhista-diz-ministro-do-trabalho>. Acesso em 30 jan. 2018.

Refletindo este momento político o Supremo declarou inconstitucional o art. 5º da Lei nº 11.901/09, que fixa em 12 horas a jornada de trabalho dos bombeiros civis, seguida por 36 horas de descanso e com limitação a 36 horas semanais, durante o julgamento da ADIN nº 4.842, cujo relator foi o Ministro Celso de Melo. Este julgamento marcou uma clara incompatibilidade do legislado com o disposto no artigo 7º, XIII da Constituição por contrariar a limitação diária de horas de trabalho.

No dia 23 de dezembro de 2016 foi apresentado ao Congresso Nacional o anteprojeto da reforma trabalhista, enumerado PL. nº 6.787/16. Ele constava com 9 páginas e alterava 7 artigos da CLT, bem como propunha uma reformulação da Lei nº 6.019/16 (trabalho temporário). Nada obstante, em 3 de março de 2017 foi divulgada a notícia⁵ de que a Câmara pretendia retomar a tramitação do Projeto de Lei nº 4.302/98, que já versava sobre trabalho temporário.

O diferencial deste último era a prerrogativa da permissão da terceirização para atividade-fim das empresas. Em 21 de março do mesmo ano o projeto fora encaminhado para o plenário e então aprovado em 22 de março de 2017. Ele então foi sancionado pelo presidente Michel Temer em 31 de março de 2017, dando origem a Lei nº 13.429/17, publicada imediatamente no *Diário Oficial da União*.

Já no que diz respeito à lei da reforma propriamente dita, em 4 de julho de 2017 o plenário do Senado aprova o regime de urgência para a votação do PLC nº 38/17³. Logo, no dia 11 de julho de 2017 o Plenário aprovou o Projeto de Lei oriundo da Câmara. O governo sancionou o projeto de lei da reforma em 13 de julho de 2017. Em 14 de Julho de 2017, ocorreu a publicação da Lei nº 13.467/17.

⁵ Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/mercado/2016/07/1793537-governo-enviara-ao-congresso-ate-final-do-ano-tres-propostas-trabalhistas.shtml>. Acesso em 30 jan. 2018.

4.3 ACEITAÇÃO PÚBLICA, PESQUISAS E DADOS RELEVANTES

À época da votação do PCL nº 38/17 que culminou na Lei da Reforma Trabalhista, em pesquisa disponível no portal do Senado, 172.168 pessoas se posicionaram contra a reforma, com somente 16.791 a favor⁶. Insta salientar também que em pesquisa realizada pelo Datafolha em primeiro de maio de 2017, fora divulgado que 64% dos brasileiros compreendiam que a reforma trabalhista privilegia os interesses empresariais⁷ e que 71% eram contra a reforma previdenciária⁸.

Em resposta à pesquisa o jornal *Folha de São Paulo* publicou uma matéria intitulada “Dores da Democracia”⁹, onde aduziu, em suma, que os governos não devem atender aos desejos da maioria da população se assim exigirem as necessidades econômicas.

O Ministro da Casa Civil, Eliseu Padilha, com o intuito de justificar as alterações às leis trabalhistas, fez um pronunciamento em 18 de junho de 2016 com o seguinte teor: “[...] a década de 1940, 1946, ficou para trás há muito tempo”, de modo a afirmar que o contexto da legislação criada no período de Getúlio Vargas não mais se encaixava nos dias hodiernos¹⁰. Seu discurso continua:

[...] temos que olhar rumo ao amanhã, (ver o que) os países desenvolvidos estão fazendo e temos que fazer aqui. Essa questão do pactuado *versus* legislado, com sobreposição do pactuado sobre o legislado, isso é o mundo. Nós não estamos aqui inventando a roda. Isso é no mundo hoje, diante da competitividade que se estabeleceu para se ter emprego. Todo mundo (está) tentando buscar o pleno emprego. Então tem que se facilitar as formas de contratação.¹¹

⁶ Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/ecidadania/visualizacaomateria?id=129049> Acesso em 30 jan. 2018.

⁷ Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/mercado/2017/05/1880028-para-60-dos-brasileiros-novas-leis-trabalhistas-beneficiam-os-patroes.shtml>. Acesso em 30 jan. 2018.

⁸ Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/mercado/2017/05/1880028-71-dos-brasileiros-sao-contrario-reforma-da-previdencia-mostra-datafolha.shtml>. Acesso em 30 jan. 2018.

⁹ Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/opiniaio/2017/05/1880242-dores-da-democracia.shtml>. Acesso em 30 de jan. 2018.

¹⁰ Disponível em: <http://www.redebrasilatual.com.br/trabalho/2016/06/ministro-eliseu-padilha-defende-acabar-com-a-clt-como-solucao-para-a-201ccompetitividade201d-2592-2592.html> Acesso em 30 jan. 2018.

¹¹ Disponível em: <http://www.redebrasilatual.com.br/trabalho/2016/06/ministro-eliseu-padilha-defende-acabar-com-a-clt-como-solucao-para-a-201ccompetitividade201d-2592-2592.html> Acesso em 30 jan. 2018.

Ora, o pleno emprego é um princípio do qual logra a ordem econômica no tocante à existência ou não de relação de emprego segundo o disposto no inciso VIII do art. 170 da Constituição Federal, incorrendo, portanto, o senhor ministro em contradição.

Neste íterim, é oportuno mencionar que a Reforma Trabalhista é notoriamente inspirada naquelas ocorridas na Espanha durante o governo de Mariano Rajoy em 2012. Analisando os efeitos da reforma espanhola em seus cinco anos e algumas frações, até a data em que este trabalho fora redigido, nota-se uma indubitável queda na taxa de desemprego do país, de 22,5 para 18,6%¹².

Nada obstante, em nada pode se falar no “pleno emprego” aduzido pelo Ministro da Casa Civil em seu discurso, uma vez que o aumento do número de postos de trabalho possui relação direta com a redução dos custos de mão de obra nas empresas. Em outras palavras, a renda média dos assalariados caiu em 800 euros entre 2011 e 2015.

A facilitação dos incumprimentos dos convênios coletivos e a redução do custo de demissão dos trabalhadores com contratos indefinidos através da facilitação do procedimento e da diminuição das indenizações fez com que os empregos temporários constituíssem 26,5% do total, sendo este o segundo maior índice entre toda a Europa. Como resultado, outros indicadores de precariedade aumentaram: menor duração dos contratos temporários e maior quantidade de empregos não logrados pelo trabalhador.

A desvalorização salarial fora agravada também pela recontração por salários mais baixos daqueles que perderam seus empregos, fato evidenciado pela média salarial da Espanha ser a mais baixa entre os grandes países da União Europeia, segundo dados oficiais de 2014. Diante do exposto, mesmo o Fundo Monetário Internacional (FMI) que elogiou a reforma espanhola reconheceu o problema da precariedade de empregos e salários, propondo como solução outra reforma trabalhista.

¹² Disponível em: https://brasil.elpais.com/brasil/2017/04/27/internacional/1493296487_352960.html. Acesso em 30 jan. 2018.

Observando tabela aqui reproduzida conforme apresentada por Martins (2017, p. 26), deduz-se que as estatísticas do Tribunal Superior do Trabalho (TST) apontam para uma predominância da tendência de crescimento de litigância sobre terceirização ao longo do tempo.

Ano	Número de Processos
2011	9.296
2012	16.181
2013	16.438
2014	15.082
Até 5/4/15	16.323

No que concerne o objeto principal deste trabalho, especificamente no que diz respeito à flexibilização da terceirização, é relevante considerar a nota técnica que fora apresentada ao Senado pela Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho (Anamatra) em conjunto com outras entidades trabalhistas, entre elas: Associação Nacional do Ministério Público do Trabalho (MPT), Associação Brasileira dos Advogados Trabalhista (ABRAT), Associação Nacional dos Auditores Fiscais do Trabalho, Associação dos Juízes para a América Latina. Segue uma transcrição da nota:

O art. 2º do PLC n.38/2017 promove a alteração da Lei n. 6019/74 fixando no art. 4º-A desta lei a ampla e indiscriminada permissão para a terceirização de serviços em benefício das empresas tomadoras de serviço.

O trabalhador brasileiro conhece os problemas da terceirização e que ela representa apenas lucro para o patrão no fim do mês. Em nada beneficia o trabalhador! O salário de trabalhadores terceirizados é 24% menor do que o dos empregados formais, segundo a Dieese (Departamento Intersindical de Estatística e Estudos Socioeconômicos). A terceirização também provoca desemprego, sendo seu índice de rotatividade no mercado de trabalho quase o dobro dos empregados diretamente contratados (33% x 64,4%). Terceirizados trabalham por 3 horas a mais por semana, em média, do que contratados diretamente. Com mais trabalhadores fazendo jornadas maiores, deve cair o número de vagas em todos os setores. Se o processo fosse inverso e os terceirizados passassem a trabalhar o mesmo número de horas que os contratados, seriam criadas 882.959 novas vagas de emprego, segundo a Dieese.

A terceirização também cria uma verdadeira fábrica de acidentados no Brasil. Os trabalhadores terceirizados são prejudicados porque as empresas de menor porte não têm as mesmas condições econômicas das grandes para garantirem segurança na atividade de trabalho. Além disso, elas recebem menos cobrança para manter um padrão de segurança e saúde, equivalente ao seu porte. Na Petrobrás, por exemplo, mais de 80% dos mortos em serviço entre 1995 e 2013 eram subcontratados. Os trabalhadores terceirizados são os que mais sofrem acidentes (In: LIMA; LIMA, 2017, p. 172-173).

À luz do exposto e uma vez identificado o problema, logra-se através desta pesquisa analisar a razão das discrepâncias entre o legislado e a realidade brasileira, sem olvidar de contemplar os Direitos Fundamentais.

5. DAS DISSONÂNCIAS LEGAIS

5.1 QUADRO COMPARATIVO ANTES E APÓS AS LEIS 13.429/2017 E 13.467/17

Em 2017, dois novos diplomas legais que tratavam sobre terceirização de serviços foram outorgados, sendo estes a Lei nº 13.429, de 13 de março de 2017 e a Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017. Com o intuito de melhor apontar os reflexos trazidos com a alteração das normas trabalhistas, há de se listar um quadro comparativo que servirá de roteiro para a análise jurídica desta pesquisa:

Alteração na Lei 6.019/74¹³

Lei 6.019/1974 (Original)	Lei 6.019/1974 (após Lei 13.429/17 e 13.467/17)
Art. 1º - É instituído o regime de trabalho temporário, nas condições estabelecidas na presente Lei.	Art. 1º As relações de trabalho na empresa de trabalho temporário, na empresa de prestação de serviços e nas respectivas tomadoras de serviço e contratante regem-se por esta Lei
Art. 2º - Trabalho temporário é aquele prestado por pessoa física a uma empresa, para atender à necessidade transitória de substituição de seu pessoal regular e permanente ou à acréscimo extraordinário de serviços.	Art. 2º 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 substituição transitória de pessoal permanente ou à demanda complementar de serviços. § 1º É proibida a contratação de trabalho temporário para a substituição de trabalhadores em greve, salvo nos casos previstos em lei. § 2º Considera-se complementar a demanda de serviços que seja oriunda de fatores imprevisíveis ou, quando decorrente de fatores previsíveis, tenha natureza intermitente, periódica ou sazonal.
Art. 3º - É reconhecida a atividade da empresa de trabalho temporário que passa a integrar o plano básico do enquadramento sindical a que se refere o art. 577, da Consolidação da Leis do Trabalho.	Art. 3º - É reconhecida a atividade da empresa de trabalho temporário que passa a integrar o plano básico do enquadramento sindical a que se refere o art. 577, da Consolidação da Leis do Trabalho.
Art. 4º - Compreende-se como empresa de trabalho temporário a pessoa física ou	Art. 4º Empresa de trabalho temporário é a pessoa jurídica, devidamente registrada no

¹³ Quadro comparativo disponível em:

https://www.forumensinosuperior.org.br/cms/images/downloads/Fatos-e-Analises-CBPI-11_11_2017-Sintese-e-Quadro-Comparativo-Trabalho-Temporario-e-Terceirizacao-com-mudancas-da-leis-13429-e-13467-2017-Forum.pdf. Acesso em 14 fev. 2018.

<p>jurídica urbana, cuja atividade consiste em colocar à disposição de outras empresas, temporariamente, trabalhadores, devidamente qualificados, por elas remunerados e assistidos.</p>	<p>Ministério do Trabalho, responsável pela colocação de trabalhadores à disposição de outras empresas temporariamente.</p>
<p>Art. 4-A. A Empresa prestadora de serviços a terceiros é pessoa jurídica de direito privado destinada a prestar à contratante serviços determinados e específicos.</p>	<p>Art. 4-A. Considera-se prestação de serviços a terceiros a transferência feita pela contratante da execução de quaisquer de suas atividades, inclusive sua atividade principal, à pessoa jurídica de direito privado prestadora de serviços que possua capacidade econômica compatível com sua execução.</p> <p>§ 1º A empresa prestadora de serviços contrata, remunera e dirige o trabalho realizado por seus trabalhadores, ou subcontrata outras empresas para realização desses serviços.</p> <p>§ 2º Não se configura vínculo empregatício entre os trabalhadores, ou sócios das empresas prestadoras de serviços, qualquer que seja o seu ramo, e a empresa contratante.</p>
	<p>Art. 4º-B. São requisitos para o funcionamento da empresa de prestação de serviços a terceiros: I - prova de inscrição no Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica (CNPJ); II - registro na Junta Comercial; III - capital social compatível com o número de empregados, observando-se os seguintes parâmetros: a) empresas com até dez empregados - capital mínimo de R\$ 10.000,00 (dez mil reais); b) empresas com mais de dez e até vinte empregados - capital mínimo de R\$ 25.000,00 (vinte e cinco mil reais); c) empresas com mais de vinte e até cinquenta empregados - capital mínimo de R\$ 45.000,00 (quarenta e cinco mil reais); d) empresas com mais de cinquenta e até cem empregados - capital mínimo de R\$ 100.000,00 (cem mil reais); e e) empresas com mais de cem empregados - capital mínimo de R\$ 250.000,00 (duzentos e cinquenta mil reais).</p>
<p>Sem previsão anterior</p>	<p>Art. 4-C. São asseguradas aos empregados da empresa prestadora de serviços a que se refere o art. 4ª-A desta Lei, quando e enquanto os serviços, que podem ser de qualquer uma das atividades da contratante, forem executados nas dependências da tomadora as mesmas condições:</p> <p>I – relativas a:</p>

	<p>a) alimentação garantida aos empregados da contratante, quando oferecida em refeitórios;</p> <p>b) direito de utilizar os serviços de transporte;</p> <p>c) atendimento médico ou ambulatorial existente nas dependências da contratante ou local por ela designado;</p> <p>d) treinamento adequado, fornecido pela contratada, quando a atividade o exigir.</p> <p>II – sanitárias, de medidas de proteção a saúde e de segurança no trabalho e de instalações adequadas a prestação do serviço.</p> <p>§1º Contratante e contratada poderão estabelecer, se assim entenderem, que os empregados da contratada farão jus a salário equivalente ao pago aos empregados da contratante, além de outros direitos não previstos neste artigo.</p> <p>§2º Nos contratos que impliquem mobilização de empregados da contratada em número igual ou superior a 20% dos empregados da contratante, esta poderá disponibilizar aos empregados da contratada os serviços de alimentação e atendimento ambulatorial em outros locais apropriados e com igual padrão de atendimento, com vistas a manter o pleno funcionamento dos serviços existentes.</p>
<p>Art. 5º - O funcionamento da empresa de trabalho temporário dependerá de registro no Departamento Nacional de Mão-de-Obra do Ministério do Trabalho e Previdência Social.</p>	<p>Art. 5º Empresa tomadora de serviços é a pessoa jurídica ou entidade a ela equiparada que celebra contrato de prestação de trabalho temporário com a empresa definida no art. 4º desta Lei.</p>
<p>Art. 5-A. Contratante é a pessoa física ou jurídica que celebra contrato com empresa de prestação de serviços determinados e específicos.</p>	<p>Art. 5-A. Contratante é a pessoa física ou jurídica que celebra contrato com empresa de prestação de serviços relacionados a quaisquer de suas atividades, inclusive sua atividade principal.</p> <p>§ 1º É vedada à contratante a utilização dos trabalhadores em atividades distintas daquelas que foram objeto do contrato com a empresa prestadora de serviços.</p> <p>§ 2º Os serviços contratados poderão ser executados nas instalações físicas da empresa contratante ou em outro local, de comum acordo entre as partes.</p>

	<p>§ 3º É responsabilidade da contratante garantir as condições de segurança, higiene e salubridade dos trabalhadores, quando o trabalho for realizado em suas dependências ou local previamente convencionado em contrato.</p> <p>§ 4º A contratante poderá estender ao trabalhador da empresa de prestação de serviços o mesmo atendimento médico, ambulatorial e de refeição destinado aos seus empregados, existente nas dependências da contratante, ou local por ela designado.</p> <p>§ 5º A empresa contratante é subsidiariamente responsável pelas obrigações trabalhistas referentes ao período em que ocorrer a prestação de serviços, e o recolhimento das contribuições previdenciárias observará o disposto no art. 31 da Lei no 8.212, de 24 de julho de 1991.</p>
Sem previsão anterior.	<p>Art. 5º-B. O contrato de prestação de serviços conterà: I - qualificação das partes; II - especificação do serviço a ser prestado; III - prazo para realização do serviço, quando for o caso; IV – valor.</p>
Sem previsão anterior.	<p>Art. 5-C. Não pode figurar como contratada, nos termos do art. 4-A desta lei, a pessoa jurídica cujos titulares ou sócios tenham, nos últimos dezoito meses, prestado serviços a contratante na qualidade de empregado ou trabalhador sem vínculo empregatício, exceto se os referidos titulares ou sócios forem aposentados.</p>
Sem previsão anterior.	<p>Art. 5-D. O empregado que for demitido não poderá prestar serviços para esta mesma empresa na qualidade de empregado de empresa prestadora de serviços antes do decurso de prazo de dezoito meses, contados a partir da demissão do empregado.</p>
<p>Art. 6º - O pedido de registro para funcionar deverá ser instruído com os seguintes documentos:</p> <p>a) prova de constituição da firma e de nacionalidade brasileira de seus sócios, com o competente registro na Junta Comercial da localidade em que tenha sede;</p> <p>b) prova de possuir capital social de no mínimo quinhentas vezes o valor do maior salário mínimo vigente no País;</p> <p>c) prova de entrega da relação de trabalhadores a que se refere o art. 360, da</p>	<p>Art. 6º São requisitos para funcionamento e registro da empresa de trabalho temporário no Ministério do Trabalho:</p> <p>I - prova de inscrição no Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica (CNPJ), do Ministério da Fazenda;</p> <p>II - prova do competente registro na Junta Comercial da localidade em que tenha sede;</p> <p>III - prova de possuir capital social de, no mínimo, R\$ 100.000,00 (cem mil reais).</p>

<p>Consolidação as Leis do Trabalho, bem como apresentação do Certificado de Regularidade de Situação, fornecido pelo Instituto Nacional de Previdência Social;</p> <p>d) prova de recolhimento da Contribuição Sindical;</p> <p>e) prova da propriedade do imóvel-sede ou recibo referente ao último mês, relativo ao contrato de locação;</p> <p>f) prova de inscrição no Cadastro Geral de Contribuintes do Ministério da Fazenda.</p> <p>Parágrafo único. No caso de mudança de sede ou de abertura de filiais, agências ou escritórios é dispensada a apresentação dos documentos de que trata este artigo, exigindo-se, no entanto, o encaminhamento prévio ao Departamento Nacional de Mão-de-Obra de comunicação por escrito, com justificativa e endereço da nova sede ou das unidades operacionais da empresa.</p>	
<p>Art. 7º - A empresa de trabalho temporário que estiver funcionando na data da vigência desta Lei terá o prazo de noventa dias para o atendimento das exigências contidas no artigo anterior.</p> <p>Parágrafo único. A empresa infratora do presente artigo poderá ter o seu funcionamento suspenso, por ato do Diretor Geral do Departamento Nacional de Mão-de-Obra, cabendo recurso ao Ministro de Estado, no prazo de dez dias, a contar da publicação do ato no Diário Oficial da União</p>	<p>Art. 7º - A empresa de trabalho temporário que estiver funcionando na data da vigência desta Lei terá o prazo de noventa dias para o atendimento das exigências contidas no artigo anterior.</p> <p>Parágrafo único. A empresa infratora do presente artigo poderá ter o seu funcionamento suspenso, por ato do Diretor Geral do Departamento Nacional de Mão-de-Obra, cabendo recurso ao Ministro de Estado, no prazo de dez dias, a contar da publicação do ato no Diário Oficial da União.</p>
<p>Art. 8º - A empresa de trabalho temporário é obrigada a fornecer ao Departamento Nacional de Mão-de-Obra, quando solicitada, os elementos de informação julgados necessários ao estudo do mercado de trabalho.</p>	<p>Art. 8º - A empresa de trabalho temporário é obrigada a fornecer ao Departamento Nacional de Mão-de-Obra, quando solicitada, os elementos de informação julgados necessários ao estudo do mercado de trabalho.</p>
<p>Art. 9º - O contrato entre a empresa de trabalho temporário e a empresa tomadora de serviço ou cliente deverá ser obrigatoriamente escrito e dele deverá constar expressamente o motivo justificador da demanda de trabalho temporário, assim como as modalidades de remuneração da prestação de serviço.</p>	<p>Art. 9º O contrato celebrado pela empresa de trabalho temporário e a tomadora de serviços será por escrito, ficará à disposição da autoridade fiscalizadora no estabelecimento da tomadora de serviços e conterá:</p> <p>I - qualificação das partes;</p> <p>II - motivo justificador da demanda de trabalho temporário;</p> <p>III - prazo da prestação de serviços;</p> <p>IV - valor da prestação de serviços;</p> <p>V - disposições sobre a segurança e a saúde do trabalhador, independentemente do local de realização do trabalho;</p>

	<p>§ 1º É responsabilidade da empresa contratante garantir as condições de segurança, higiene e salubridade dos trabalhadores, quando o trabalho for realizado em suas dependências ou em local por ela designado.</p> <p>§ 2º 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.</p> <p>§ 3º O contrato de trabalho temporário pode versar sobre o desenvolvimento de atividades-meio e atividades-fim a serem executadas na empresa tomadora de serviços.</p>
<p>Art. 10 - O contrato entre a empresa de trabalho temporário e a empresa tomadora ou cliente, com relação a um mesmo empregado, não poderá exceder de três meses, salvo autorização conferida pelo órgão local do Ministério do Trabalho e Previdência Social, segundo instruções a serem baixadas pelo Departamento Nacional de Mão-de-Obra.</p>	<p>Art. 10. Qualquer que seja o ramo da empresa tomadora de serviços, não existe vínculo de emprego entre ela e os trabalhadores contratados pelas empresas de trabalho temporário</p> <p>§ 1º O contrato de trabalho temporário, com relação ao mesmo empregador, não poderá exceder ao prazo de cento e oitenta dias, consecutivos ou não.</p> <p>§ 2º O contrato poderá ser prorrogado por até noventa dias, consecutivos ou não, além do prazo estabelecido no § 1º deste artigo, quando comprovada a manutenção das condições que o ensejaram.</p> <p>§ 4º Não se aplica ao trabalhador temporário, contratado pela tomadora de serviços, o contrato de experiência previsto no parágrafo único do art. 445 da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943.</p> <p>§ 5º O trabalhador temporário que cumprir o período estipulado nos §§ 1º e 2º deste artigo somente poderá ser colocado à disposição da mesma tomadora de serviços em novo contrato temporário, após noventa dias do término do contrato anterior.</p> <p>§ 6º A contratação anterior ao prazo previsto no § 5º deste artigo caracteriza vínculo empregatício com a tomadora.</p> <p>§ 7º A contratante é subsidiariamente responsável pelas obrigações trabalhistas referentes ao período em que ocorrer o trabalho temporário, e o recolhimento das contribuições previdenciárias observará o disposto no art. 31 da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991.</p>

<p>Art. 11 - O contrato de trabalho celebrado entre empresa de trabalho temporário e cada um dos assalariados colocados à disposição de uma empresa tomadora ou cliente será, obrigatoriamente, escrito e dele deverão constar, expressamente, os direitos conferidos aos trabalhadores por esta Lei. Parágrafo único. Será nula de pleno direito qualquer cláusula de reserva, proibindo a contratação do trabalhador pela empresa tomadora ou cliente ao fim do prazo em que tenha sido colocado à sua disposição pela empresa de trabalho temporário.</p>	<p>Art. 11 - O contrato de trabalho celebrado entre empresa de trabalho temporário e cada um dos assalariados colocados à disposição de uma empresa tomadora ou cliente será, obrigatoriamente, escrito e dele deverão constar, expressamente, os direitos conferidos aos trabalhadores por esta Lei. Parágrafo único. Será nula de pleno direito qualquer cláusula de reserva, proibindo a contratação do trabalhador pela empresa tomadora ou cliente ao fim do prazo em que tenha sido colocado à sua disposição pela empresa de trabalho temporário.</p>
<p>Art. 12 - Ficam assegurados ao trabalhador temporário os seguintes direitos:</p> <p>a) remuneração equivalente à percebida pelos empregados de mesma categoria da empresa tomadora ou cliente calculados à base horária, garantida, em qualquer hipótese, a percepção do salário mínimo regional;</p> <p>b) jornada de oito horas, remuneradas as horas extraordinárias não excedentes de duas, com acréscimo de 20% (vinte por cento);</p> <p>c) férias proporcionais, nos termos do artigo 25 da Lei nº 5.107, de 13 de setembro de 1966;</p> <p>d) repouso semanal remunerado;</p> <p>e) adicional por trabalho noturno;</p> <p>f) indenização por dispensa sem justa causa ou término normal do contrato, correspondente a 1/12 (um doze avos) do pagamento recebido;</p> <p>g) seguro contra acidente do trabalho;</p> <p>h) proteção previdenciária nos termos do disposto na Lei Orgânica da Previdência Social, com as alterações introduzidas pela Lei nº 5.890, de 8 de junho de 1973 (art. 5º, item III, letra "c" do Decreto nº 72.771, de 6 de setembro de 1973).</p> <p>§ 1º - Registrar-se-á na Carteira de Trabalho e Previdência Social do trabalhador sua condição de temporário.</p> <p>§ 2º - A empresa tomadora ou cliente é obrigada a comunicar à empresa de trabalho temporário a ocorrência de todo acidente cuja vítima seja um assalariado posto à sua disposição, considerando-se local de trabalho, para efeito da legislação específica, tanto aquele onde se efetua a prestação do trabalho, quanto a sede da empresa de trabalho temporário.</p>	<p>Art. 12 - Ficam assegurados ao trabalhador temporário os seguintes direitos:</p> <p>a) remuneração equivalente à percebida pelos empregados de mesma categoria da empresa tomadora ou cliente calculados à base horária, garantida, em qualquer hipótese, a percepção do salário mínimo regional;</p> <p>b) jornada de oito horas, remuneradas as horas extraordinárias não excedentes de duas, com acréscimo de 20% (vinte por cento);</p> <p>c) férias proporcionais, nos termos do artigo 25 da Lei nº 5.107, de 13 de setembro de 1966;</p> <p>d) repouso semanal remunerado;</p> <p>e) adicional por trabalho noturno;</p> <p>f) indenização por dispensa sem justa causa ou término normal do contrato, correspondente a 1/12 (um doze avos) do pagamento recebido;</p> <p>g) seguro contra acidente do trabalho;</p> <p>h) proteção previdenciária nos termos do disposto na Lei Orgânica da Previdência Social, com as alterações introduzidas pela Lei nº 5.890, de 8 de junho de 1973 (art. 5º, item III, letra "c" do Decreto nº 72.771, de 6 de setembro de 1973).</p> <p>§ 1º - Registrar-se-á na Carteira de Trabalho e Previdência Social do trabalhador sua condição de temporário</p> <p>§ 2º - A empresa tomadora ou cliente é obrigada a comunicar à empresa de trabalho temporário a ocorrência de todo acidente cuja vítima seja um assalariado posto à sua disposição, considerando-se local de trabalho, para efeito da legislação específica, tanto aquele onde se efetua a prestação do trabalho, quanto a sede da empresa de trabalho temporário.</p>

<p>Art. 13 - Constituem justa causa para rescisão do contrato do trabalhador temporário os atos e circunstâncias mencionados nos artigos 482 e 483, da Consolidação das Leis do Trabalho, ocorrentes entre o trabalhador e a empresa de trabalho temporário ou entre aquele e a empresa cliente onde estiver prestando serviço.</p>	<p>Art. 13 - Constituem justa causa para rescisão do contrato do trabalhador temporário os atos e circunstâncias mencionados nos artigos 482 e 483, da Consolidação das Leis do Trabalho, ocorrentes entre o trabalhador e a empresa de trabalho temporário ou entre aquele e a empresa cliente onde estiver prestando serviço.</p>
<p>Art. 14 - As empresas de trabalho temporário são obrigadas a fornecer às empresas tomadoras ou clientes, a seu pedido, comprovante da regularidade de sua situação com o Instituto Nacional de Previdência Social.</p>	<p>Art. 14 - As empresas de trabalho temporário são obrigadas a fornecer às empresas tomadoras ou clientes, a seu pedido, comprovante da regularidade de sua situação com o Instituto Nacional de Previdência Social.</p>
<p>Art. 15 - A Fiscalização do Trabalho poderá exigir da empresa tomadora ou cliente a apresentação do contrato firmado com a empresa de trabalho temporário, e, desta última o contrato firmado com o trabalhador, bem como a comprovação do respectivo recolhimento das contribuições previdenciárias.</p>	<p>Art. 15 - A Fiscalização do Trabalho poderá exigir da empresa tomadora ou cliente a apresentação do contrato firmado com a empresa de trabalho temporário, e, desta última o contrato firmado com o trabalhador, bem como a comprovação do respectivo recolhimento das contribuições previdenciárias.</p>
<p>Art. 16 - No caso de falência da empresa de trabalho temporário, a empresa tomadora ou cliente é solidariamente responsável pelo recolhimento das contribuições previdenciárias, no tocante ao tempo em que o trabalhador esteve sob suas ordens, assim como em referência ao mesmo período, pela remuneração e indenização previstas nesta Lei.</p>	<p>Art. 16 - No caso de falência da empresa de trabalho temporário, a empresa tomadora ou cliente é solidariamente responsável pelo recolhimento das contribuições previdenciárias, no tocante ao tempo em que o trabalhador esteve sob suas ordens, assim como em referência ao mesmo período, pela remuneração e indenização previstas nesta Lei.</p>
<p>Art. 17 - É defeso às empresas de prestação de serviço temporário a contratação de estrangeiros com visto provisório de permanência no País.</p>	<p>Art. 17 - É defeso às empresas de prestação de serviço temporário a contratação de estrangeiros com visto provisório de permanência no País.</p>
<p>Art. 18 - É vedado à empresa do trabalho temporário cobrar do trabalhador qualquer importância, mesmo a título de mediação, podendo apenas efetuar os descontos previstos em Lei. Parágrafo único. A infração deste artigo importa no cancelamento do registro para funcionamento da empresa de trabalho temporário, sem prejuízo das sanções administrativas e penais cabíveis.</p>	<p>Art. 18 - É vedado à empresa do trabalho temporário cobrar do trabalhador qualquer importância, mesmo a título de mediação, podendo apenas efetuar os descontos previstos em Lei. Parágrafo único. A infração deste artigo importa no cancelamento do registro para funcionamento da empresa de trabalho temporário, sem prejuízo das sanções administrativas e penais cabíveis.</p>
<p>Art. 19 - Competirá à Justiça do Trabalho dirimir os litígios entre as empresas de serviço temporário e seus trabalhadores.</p>	<p>Art. 19 - Competirá à Justiça do Trabalho dirimir os litígios entre as empresas de serviço temporário e seus trabalhadores.</p>
<p>Sem previsão anterior.</p>	<p>Art. 19-A. O descumprimento do disposto nesta Lei sujeita a empresa infratora ao pagamento de multa. Parágrafo único. A fiscalização, a autuação e o processo de imposição das multas reger-</p>

	se-ão pelo Título VII da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1o de maio de 1943.
Sem previsão anterior.	Art. 19-B. O disposto nesta Lei não se aplica às empresas de vigilância e transporte de valores, permanecendo as respectivas relações de trabalho reguladas por legislação especial, e subsidiariamente pela Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei no 5.452, de 1o de maio de 1943.
Sem previsão anterior.	Art. 19-C. Os contratos em vigência, se as partes assim acordarem, poderão ser adequados aos termos desta Lei.

A Lei nº 13.429/17 focou suas mudanças no sentido de ampliar o prazo padrão para esta forma especial de contrato, que passou de três meses para até 180 dias, consecutivos ou não (§1º do art. 10 da Lei 6.019/74 modificada). Além disso, também estipula a nova Lei que o contrato de trabalho temporário poderá ser prorrogado por até 90 dias, consecutivos ou não, além do prazo de 180 dias supracitado (§2º do art. 10 da Lei nº 6.019/74 modificada).

Há também previsão de um período de quarentena relativa ao contrato temporário que envolva trabalhador relacionado ao mesmo tomador de serviço. Sob a égide da nova Lei o trabalhador temporário que tiver cumprido o período estipulado nos §§1º e 2º do art. 10 “somente poderá ser colocado à disposição da mesma tomadora de serviços em novo contrato temporário, após período de noventa dias do término do contrato anterior”.

Outra alteração relevante é o acentuamento da responsabilidade subsidiária da empresa contratante por obrigações trabalhistas oriundas do período em que ocorrer o trabalho temporário, sem prejuízo da responsabilidade solidária estabelecida pela Lei de Organização e pelo Plano de Custeio da Seguridade Social (Lei nº 8.212/1991, art. 31), no que se refere a verbas de caráter previdenciário.

No que concerne a Lei 13.467/17, precipuamente insta salientar o estabelecimento legal da terceirização para atividade-fim como principal alteração no diploma legal. Anteriormente não reconhecida, altera-se sua finalidade com o novo texto inserido no art. 4-A.

Ademais, constava na Lei 6.019/74 em seu artigo 12 a prerrogativa de equiparação salarial do empregado terceirizado. Nada obstante as mudanças concernentes a isonomia trazidas pelo artigo 4-C da Lei 13.467/17, ele falha em garantir a aludida equiparação salarial prevista na lei alterada, vez que o contratado e contratante podem pactuar um salário não equiparado, efetivamente olvidando do princípio da isonomia.

Assim asseveram Maurício Godinho Delgado e Gabriela Neves Delgado (2017) sobre o assunto:

Pela literalidade do texto normativo inserido pela Lei n.13.467/2017, há referência a terceirização de quaisquer das atividades da empresa contratante, inclusive a sua atividade principal.

A segunda mudança muito impactante promovida pela Lei n.13.467/2017 consiste na consagração da ideia da discriminação salarial entre os trabalhadores terceirizados e os empregados da empresa contratante (art. 4º-C §1º, Lei n.6019/74). Ou melhor: a possibilidade de escolha contratual, pelas empresas, entre adotar uma prática discriminatória ou não quanto aos salários dos trabalhadores terceirizados (DELGADO; DELGADO, 2017, p. 209).

5.2 LIMITES CONSTITUCIONAIS DA NEGOCIAÇÃO COLETIVA

A negociação coletiva, prevista no art. 8º, inciso VI da Constituição da República, é o procedimento através do qual são celebradas convenções coletivas e acordos coletivos de trabalho, com base na autonomia coletiva dos particulares. Estas convenções e acordos são consideradas normas jurídicas autônomas e negociadas.

Com o Artigo 611 acrescentado a CLT pela Lei 13.467/17, fica estabelecido que a convenção coletiva e o acordo coletivo de trabalho prevalecem sobre a lei quando tratarem das matérias arroladas em seus incisos:

Art. 611-A. A convenção coletiva e o acordo coletivo de trabalho têm prevalência sobre a lei quando, entre outros, dispuserem sobre:

I - pacto quanto à jornada de trabalho, observados os limites constitucionais;

II - banco de horas anual;

III - intervalo intrajornada, respeitado o limite mínimo de trinta minutos para jornadas superiores a seis horas;

IV - adesão ao Programa Seguro-Emprego (PSE), de que trata a Lei nº 13.189, de 19 de novembro de 2015;

V - plano de cargos, salários e funções compatíveis com a condição pessoal do empregado, bem como identificação dos cargos que se enquadram como funções de confiança;

VI - regulamento empresarial;

VII - representante dos trabalhadores no local de trabalho;

VIII - teletrabalho, regime de sobreaviso, e trabalho intermitente;

IX - remuneração por produtividade, incluídas as gorjetas percebidas pelo empregado, e remuneração por desempenho individual;

X - modalidade de registro de jornada de trabalho;

XI - troca do dia de feriado;

XII - enquadramento do grau de insalubridade;

XIII - prorrogação de jornada em ambientes insalubres, sem licença prévia das autoridades competentes do Ministério do Trabalho;

XIV - prêmios de incentivo em bens ou serviços, eventualmente concedidos em programas de incentivo;

XV - participação nos lucros ou resultados da empresa.

Apesar do princípio notório e incontroverso de que a norma mais favorável ao empregado tem preferência em face de disposições menos benéficas (art. 7º, *caput*, da Constituição da República Federativa do Brasil), sob a alcunha de *flexibilização* a Reforma Trabalhista insiste em pautar sobre a admissão da ampla prevalência do

negociado sobre o legislado, muito embora isto não seja possível quando esta negociação diz respeito à negociação de direitos hierarquicamente superiores àquilo que pode ser barganhado, à exemplo dos Direitos Sociais.

Neste íterim, constata-se que não são válidas negociações de acordos coletivos de trabalho quando versam sobre hipóteses que contrariem a essência do Estado Democrático de Direito (arts. 1º e 3º da Constituição da República de 1988). Ora, na própria Constituição são elencados, de maneira excepcional e taxativa, hipóteses de flexibilização das condições de trabalho cujo objetivo é resguardar empregos e evitar dispensas em massa (art 7º, incisos VI, XIII e XIV da Constituição).

Convenções coletivas e acordos coletivos de trabalho nada mais são que negócios jurídicos dotados de eficácia normativa, portanto adstritos ao princípio da força obrigatória dos contratos (GOMES, 2008, p. 38). O artigo 611-A da CLT supera este entendimento, aduzindo a prevalência do acordo coletivo sobre a lei nas hipóteses elencadas. Neste tópico, a ponderação do doutrinador Gustavo Garcia (2017) é proveitosa:

Não obstante, o art. 611-A da CLT vai além, ao prever que a convenção coletiva e o acordo coletivo de trabalho *prevalecem* sobre a lei nas hipóteses ali indicadas de forma exemplificativa. E possível dizer que a previsão em destaque pode gerar a violação do *princípio fundamental da legalidade*, inerente ao Estado (Democrático) de Direito, quando a convenção coletiva e o acordo coletivo afrontarem normas legais imperativas, eliminando ou reduzindo direitos trabalhistas de ordem pública (GARCIA, 2017, p. 228).

Trata-se de ensedar status de norma constitucional a acordos coletivos quando, bem em verdade, auferir hierarquia supralegal no ordenamento jurídico brasileiro sem os requisitos formais previstos no art. 5º, §3º da Constituição da República presume pelo menos um reconhecimento jurisprudencial oriundo do Supremo Tribunal Federal, como o Recurso Extraordinário 349.703¹⁴.

¹⁴ STF, Pleno, RE 349.703/RS, Rel. p/Ac. Min. Gilmar Mendes. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=595406> Acessado em 2 fev. 2018.

Segundo este dispositivo, que fora acrescentado pela Emenda Constitucional 45/2004, tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, através de votação em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por pelo menos 3/5 dos votos de seus respectivos membros, tem equivalência a emendas constitucionais.

Isto posto, nada obstante a convenção coletiva e acordo coletivo de trabalho sejam previstos na Constituição Federal de 1988 na capacidade de direitos dos trabalhadores urbanos e rurais em seu art. 7º, inciso XXVI, não se pode olvidar que as disposições dos mesmos não podem contrariar leis de ordem pública de maneira a atropelar o princípio constitucional da legalidade.

Diga-se, não há afronta ao princípio da legalidade quando a negociação coletiva é conduzida com o intuito de melhores condições trabalhistas, vez que isto implica em consonância com os limites fundamentais da função social do contrato e dos princípios da probidade e boa-fé (arts. 421 e 422 do Código Civil). O ponto em questão é: negócios jurídicos não gozam de obrigatoriedade irrestrita, estando adstritos às normas do sistema jurídico como um todo.

Para ratificar essa assertiva, há de se remeter ao parágrafo único do art. 2035 do Código Civil, que aduz que “nenhuma convenção prevalecerá se contrariar preceitos de ordem pública”. Finalmente, cabe observar que preceitua o parágrafo único do art. 8º e o art. 769 da CLT que, nos casos omissos, será considerada fonte subsidiária o direito processual comum exceto naquilo que for incompatível com suas normas.

O artigo 8º da CLT dispõe que as decisões feitas por autoridades administrativas e pela Justiça do Trabalho devem ser sempre no sentido de prevalecer o interesse público e social.

Com o intuito de nortear esse interesse, são elencados alguns fundamentos no art. 1º da Constituição Federal de 1988: I – a soberania; II – a cidadania; III – a dignidade da pessoa humana; IV – os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V – o pluralismo político.

Na forma do art. 3º, são elencados como objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I – construir uma sociedade livre, justa e solidária; II – garantir o desenvolvimento nacional; III – erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV – promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Norteados por estes preceitos constitucionais é que se estabelece a determinação de que prevalece, em regra, a norma mais favorável ao empregado, consoante art. 7º, *caput*, da Constituição Federal.

Isto posto, é no inciso XXVI deste mesmo artigo, ao arrolar os direitos dos trabalhadores, que fica estabelecido o instituto das convenções e acordos coletivos de trabalho. Imputa razão, portanto, que nesta estrutura não há o que se falar em convenções ou acordos coletivos que cerceiem direitos trabalhistas. Neste prisma, ratifica Pedro Paulo Teixeira Manus:

Temos, portanto, que o ordenamento jurídico trabalhista estabelece a regra de possibilidade de ajuste entre as partes, ou de fixação pelo legislador de direitos e obrigações, mas sempre respeitado o mínimo garantido aos trabalhadores. Em síntese, podem-se estabelecer condições mais favoráveis aos trabalhadores, mas não se podem retirar as garantias mínimas asseguradas (MANUS, 2001, p. 116).

A regra da aplicação da norma mais favorável é derivada do princípio da proteção, que engloba três vertentes: o *in dubio pró operário*, a aplicação da norma mais favorável e a condição mais benéfica (GARCIA, 2006, p. 94-97). O princípio da norma mais favorável estipula que, em havendo mais de uma norma jurídica válida, vigente e aplicável a uma mesma situação, prevalece aquela que for mais favorável ao empregado, mesmo que esta seja hierarquicamente inferior no sistema jurídico.

A título de exemplo, na hipótese de um acordo coletivo estabelecer condições mais proveitosas do que aquelas previstas na Constituição, aquele deve ser aplicado em detrimento desta, respeitados os demais limites constitucionais. Este princípio também assegura a manutenção destes direitos mais vantajosos enquanto seu contrato de trabalho for vigente, não admitindo retrocessos.

É uma espécie de aplicação do princípio do direito adquirido previsto no art. 5º, inciso XXXVI da Constituição Federal, só que no âmbito da relação empregatícia (MARTINS, 2004, p. 127-128) e previsto no art. 468 da CLT. Outras disposições legais neste sentido podem ser constatadas, como por exemplo, na Súmula 51, item I do TST que aduz:

Norma regulamentar. Vantagens e opção pelo novo regulamento. Art. 468 da CLT. I – As cláusulas regulamentares, que revoguem ou alterem vantagens deferidas anteriormente, só atingirão os trabalhadores admitidos após a revogação ou alteração do regulamento. II – Havendo a coexistência de dois regulamentos da empresa, a opção do empregado por um deles tem efeito jurídico de renúncia as regras do sistema do outro.

Bem como a Súmula 288, item I do TST, no seguinte sentido:

Complementação dos proventos de aposentadoria. I – A complementação dos proventos de aposentadoria, instituída, regulamentada e paga diretamente pelo empregador, sem vínculo com as entidades de previdência privada fechada, é regida pelas normas em vigor na data de admissão do empregado, ressalvadas as alterações que forem mais benéficas (art. 468 da CLT).

Finalmente, assevera Arnaldo Sussekind que o referido princípio:

[...] determina a prevalência das condições mais vantajosas para o trabalhador, ajustadas no contrato de trabalho ou resultantes do regulamento de empresa, ainda que vigore ou sobrevenha norma jurídica imperativa prescrevendo menor nível de proteção e que com esta não sejam elas incompatíveis (SÜSSENKIND, 1999, p. 215).

Como já mencionado anteriormente a previsão de flexibilização, propriamente dita, das normas trabalhistas consta no art. 7º, incisos VI, XIII e XIV da Constituição Federal. Trata-se de um rol taxativo, *numerus clausus*, cuja incidência é igualmente excepcional. São estas hipóteses: a redução do salário, a compensação de horário, redução da jornada de trabalho e o turno ininterrupto de revezamento.

A admissão se dá com o intuito de proteger o emprego e evitar dispensas coletivas, durando apenas pelo intervalo de tempo que for estritamente necessário. Ademais,

por se tratar fundamentalmente de uma transação, não é admissível renúncias de direitos sem concessões recíprocas.

Apesar disto o art. 611-A, §2º da CLT que fora acrescentado pela Lei 13.467 determina que a inexistência de expressa indicação de contrapartidas recíprocas em convenção ou acordos coletivos não implica em sua nulidade por não caracterizar um vício do negócio jurídico. O artigo vai de encontro com o diploma legal constitucional e também com a jurisprudência, conforme se observa na Súmula 364, item II, do TST:

Adicional de periculosidade. Exposição eventual, permanente e intermitente (inserido o item II) – Res. 209/2016, DEJT divulgado em 01, 02 e 03.06.2016. [...] II – Não é válida cláusula de acordo ou convenção coletiva de trabalho fixando o adicional de periculosidade em percentual inferior ao estabelecido em lei e proporcional ao tempo de exposição ao risco, pois tal parcela constitui medida de higiene, saúde e segurança ao trabalho, garantida por norma de ordem pública (arts. 7º, XXII e XXIII, da CF e 193, §1º, da CLT).

Nada obstante, assevera Gustavo Garcia (2017, p. 238) que há na jurisprudência atual do Supremo Tribunal Federal a tendência de se fazer reconhecer e prevalecer as normas coletivas negociadas sobre a legislação trabalhista, especialmente no que diz respeito a salário de jornada de trabalho, baseado no art. 7º, incisos VI, XIII, XIV e XXVI da Constituição Federal.

Não se trata, todavia, de uma orientação uníssona, vez que há jurisprudência suficiente no sentido oposto, tal qual a Orientação Jurisprudencial 31 da SDC do TST:

Estabilidade do acidentado. Acordo homologado. Prevalência. Impossibilidade. Violação do art. 118 da Lei nº. 8.213/91 (inserida em 19.08.1998). Não é possível a prevalência de acordo sobre legislação vigente, quando ele é menos benéfico do que a própria lei, porquanto o caráter imperativo dessa última restringe o campo de atuação da vontade das partes.

Por fim vale reforçar que o art. 611-A, §3º da CLT que fora acrescentado pela Lei 13.467/17 dispõe que no caso da cláusula pactuada reduzir o salário ou jornada, a convenção ou acordo coletivo de trabalho deve prever a proteção dos empregados contra dispensa imotivada pelo prazo de vigência do instrumento coletivo sob o qual foi firmado.

5.3 DAS INCONSTITUCIONALIDADES DA REFORMA TRABALHISTA E SEUS REFLEXOS NO QUE TANGE A TERCEIRIZAÇÃO

Após exposição minuciosa dos pontos relevantes até então abordados, nota-se algumas dissonâncias de ordem normativa, lógica e interpretativa que finalmente serão exploradas a partir de agora.

Importa frisar mais uma vez a Lei 13.467/2017, que alterou a Lei 6.019/74, quando versa sobre relações de trabalhistas em empresas de trabalho temporário e de prestação de serviços. De acordo com a redação dada pelo novo diploma legal, é considerada prestação de serviço a terceiros a transferência feita pelo contratante de qualquer de suas atividades (inclusive sua atividade principal) à pessoa jurídica de direito privado prestadora de serviços que possua capacidade econômica compatível com sua execução.

Assim sendo, observa-se uma superação do entendimento jurisprudencial uma vez dominante que discriminava atividade fim de atividade meio (consoante a Súmula 331, item III do TST).

Nada obstante, ao se ater as normas de status efetivamente constitucionais entende-se que a intermediação de mão de obra irrestrita não é admitida por constituir em efetiva fraude de vínculo empregatício (art. 9º da CLT) e em violação direta com o valor social do trabalho (art. 1º, inciso IV, da Constituição Federal) por tratar o trabalhador como mercadoria. Neste tópico, elucida Jorge Luiz Souto Maior:

Concretamente, o advento da Lei n.13.429/17, acima citada, assim como o da Lei n. 13.467/17 (da “reforma trabalhista), que reforçou os termos da primeira, geração como efeito jurídico o paradoxo da declaração da ilegalidade da terceirização (na atividade-fim ou na atividade-meio, sendo que, quanto a esta última se perdeu qualquer parâmetro legal de excepcionalidade), pois o que resulta da generalidade conferida a terceirização é a sua visualização como mera intermediação de mão de obra, o que agride o princípio fundamental do Direito Internacional do Trabalho, fixado no Tratado de Versalhes, de 1919, no sentido de que o trabalho humano não é simples mercadoria de comércio (MAIOR, 2017, p. 211).

Cabe não esquecer também a Declaração da Filadélfia, ratificando o seguinte: “I – A Conferência reafirma os princípios fundamentais sobre os quais repousa a Organização, principalmente os seguintes: a) o trabalho não é mercadoria [...]”¹⁵.

Mas o que implica na intermediação irrestrita do trabalho configurar fraude ao vínculo trabalhista? Ocorre que a intermediação irrestrita de mão de obra culmina em uma descaracterização tanto da figura do empregado quanto do empregador: se a especialização do empregado não importa para a execução de seu trabalho, tampouco importa à quem esse trabalho é direcionado.

Configura-se uma desvirtualização do caráter da personalidade. Não há nesse sistema um valor intrínseco àquele trabalhador em particular, nem há uma identidade sólida de seu empregador quando se exime tantas responsabilidades (pejotização) e há até mesmo previsão de “quarteirização”.

Mais uma vez, é ratificada a justificativa da aludida suspeita sobre a constitucionalidade das leis em pauta quando elas falham em levar em consideração o entendimento de que deve haver um grau de especialidade no trabalho exercido pelo empregado terceirizado. Isto é evidente mesmo em artigo incluído pela própria Reforma, na forma do art. 5º- B da Lei 6.019/74, que aduz que deve estar presente no contrato de prestação de serviços, entre outros aspectos, a especificação do serviço a ser prestado.

Sem o caráter de especialidade, fica violado o princípio constitucional da igualdade perante a lei, pois permite-se remunerações diferentes a trabalhadores que exerçam a mesma função. Ademais, terceirizações em empresas públicas ou de economia mistas seriam uma forma de burlar concursos públicos para a contratação destes funcionários.

¹⁵ Declaração da Filadélfia, da Organização Internacional do Trabalho (OIT) (In: SUSSENKIND, Arnaldo. **Direito Internacional do Trabalho**. 3ª ed. São Paulo: LTr, 2000. p. 23.)

No que concerne o desvio de responsabilidades pelas obrigações trabalhistas e encargos fiscais nos termos da Reforma, constata-se uma situação confusa, para se dizer o mínimo. Em tentativa de extrair sentido: a empresa contratante é subsidiariamente responsável pelas obrigações trabalhistas referentes ao período em que ocorrer a prestação de serviços ¹⁶, e o recolhimento das contribuições previdenciárias seguirá o disposto no art. 31 da Lei 8.212/1991 (art. 5º-A, §5º, incluído pela Lei 13.429/2017).

Acontece que “o inadimplemento dos encargos trabalhistas dos empregados do contratado não transfere automaticamente ao Poder Público contratante a responsabilidade pelo seu pagamento, seja em caráter solidário ou subsidiário, nos termos do art. 71, §1º, da Lei 8.666/93”¹⁷.

Vejamos o que Homero Batista Mateus da Silva explana sobre o tópico:

Aliás, até mesmo o enquadramento tributário me parece que ficará em cheque, porque se uma metalúrgica não desenvolve a metalurgia, mas delega todo o processo produtiva para uma empresa prestadora de serviços de metalurgia, então talvez ela não seja uma metalúrgica, mas uma empresa de gerenciamento de contratos de terceirização. Desnecessário dizer da confusão que haverá no enquadramento sindical e na negociação coletiva, pois a empresa suscitada talvez não tenha nenhum empregado metalúrgico, ao passo que a empresa terceirizada dirá que ela não é metalúrgica mas empreendimento especializado em prestação de serviços terceirizados (SILVA, 2017, p. 190).

O fulcro do argumento contra a intermediação irrestrita é o fato de que a identificação jurídica da relação de emprego como questão de ordem pública não vai ao ponto de negar o contrato de trabalho firmado entre as partes, mas sim de invalidar a cláusula que tenta transferir a configuração de relação de emprego para as empresas prestadoras de serviço.

Neste ponto a Reforma Trabalhista não só vai de encontro com o artigo 2º e 3º da CLT, que trazem a definição de empregado e empregador pressupondo uma

¹⁶ Súmula 331, itens IV e VI, do TST

¹⁷ STF, Pleno, RE 760.931/DF, Dje 02.05.2017.

responsabilização jurídica do capital com o trabalho, como ela também falha em defletir essa responsabilidade. Mais uma vez Jorge Souto Maior explicita:

E nem se diga que a Lei n. 13.429/17 ao fixar a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços teria garantido a responsabilização do capital. Primeiro, porque, como o próprio nome diz, essa responsabilidade meramente patrimonial, uma espécie de garantia (em geral ineficaz que pune o credor) para as obrigações de terceiro, não havendo, pois, compromisso específico e direto de índole social. E, segundo, porque o efeito maior que a terceirização generalizada produz, que é o da pulverização da classe trabalhadora, já se teria por concretizado, destruindo todo o aparato jurídico do projeto constitucional (MAIOR, 2017, p. 208).

Mesmo a doutrina favorável à Reforma é vaga e imprecisa neste quesito, em uma tentativa de determinar a responsabilidade dos encargos trabalhistas e fiscais que acaba afastando a isonomia:

Não se configura vínculo empregatício entre os trabalhadores, ou sócios das empresas prestadoras de serviços, qualquer que seja o seu ramo, e a empresa contratante (§2º do art. 4º-A da Lei n. 6019/74). A exceção diz respeito a existência de fraude, em que se aplicará o art. 9º da CLT. Se a subordinação direta se dá com o tomador de serviços, **provavelmente** (grifo nosso) ele será o verdadeiro empregador. [...] Não se estabeleceu de forma expressa na Lei n. 6019/74 que os trabalhadores da empresa prestadora de serviços terão o mesmo piso salarial dos da tomadora ou que seria aplicável a norma coletiva da tomadora aos primeiros. Haverá entendimento de que deve ser observado o piso salarial da tomadora para os trabalhadores da prestadora de serviços, por questão de isonomia, mas não há previsão legal nesse sentido e as empresas não são iguais, tanto que são enquadradas em categorias diversas. **Provavelmente** (grifo nosso) o TST irá aplicar a Orientação Jurisprudencial 383 da SBDI-I do TST (MARTINS, 2017, p. 181-183)

Muito apesar do exposto acima e remetendo ao ponto de que o trabalho terceirizado deve ser evitado de um grau de especialização, especificamente no que diz respeito a aeronautas, de acordo com o art. 20 da Lei 13.475/2017 a função renumerada dos tripulantes a bordo da aeronave deve, obrigatoriamente, ser formalizada por meio de contrato de trabalho firmado diretamente como o operador da aeronave.

Conforme exemplificou Garcia (2017, p. 368), de acordo com essa legislação específica, não se admite a terceirização pelo operador da aeronave das atividades

relativas a mencionada função dos tripulantes a bordo da aeronave. Igualmente, não há o que se falar na contratação dos aludidos empregados pelo operador da aeronave de forma intermediada (por meio de terceiro) ou interposta, como é de praxe no trabalho temporário.

Sublinha Jorge Luiz Souto Maior (2017, p. 210) que o conceito de subordinação é construção da atuação jurisprudencial na França, onde se notou que os ajustes contratuais, determinados largamente por aqueles que detêm o poder econômico, logravam impedir a responsabilização dos detentores dos meios de produção no que diz respeito a acidentes de trabalho.

Segundo aponta o historiador François Ewald (1996, p. 214), era prática comum de alguns empregadores, a fim de defletir qualquer responsabilidade, forjar contratos para “colocar o operário na posição de ser ele mesmo juridicamente encarregado de sua própria segurança”.

Prática essa comum nos tempos hodiernos, especialmente notória no campo da medicina, através da famigerada “pejotização”. Todavia, relata o autor que “Os tribunais desvendam o artifício e declaram na ocasião, como verdadeiro critério da relação salarial, o poder de direção do empregador e a situação de subordinação do assalariado” (EWALD, 1996, p. 214).

Isto posto, dos cinco critérios indispensáveis para que se reconheça a relação de emprego, por parte do empregado, restam prejudicados dois: a personalidade e a subordinação. Isso sem contar com a própria assunção de riscos, completamente desvirtuada da figura do empregador. De fato, um trabalho executado por uma peça substituível, sem quaisquer garantias e sem ninguém para assumir responsabilidade não pode ser chamado de relação de emprego.

Outra incompatibilidade a ser suscitada tem a ver com a seguinte disposição, presente no art. 4º-A da Lei 6.019/1974 de acordo com a redação dada pela Lei 13.467/2017: A empresa de serviços (contratada) é considerada pessoa jurídica de direito privado

prestadora de serviços que possua capacidade econômica compatível com sua execução. O artigo em questão merece ser apreciado:

Art. 4º-A. Considera-se prestação de serviços a terceiros a **transferência** (grifo nosso) 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** (grifo nosso) com a sua execução.

De acordo com este dispositivo, ainda que não tenha sido o intuito original do legislador, estaria interdita a situação onde uma empresa contrata outra para lhe oferecer força de trabalho. Isto porque o que fora autorizado consiste, na letra da lei, unicamente na “transferência” de atividades e não a mera locação de mão de obra.

Resta elucidar, pois, que não há precedente para que uma empresa se constitua apenas para a finalidade de locar força de trabalho no ordenamento jurídico atual nem no pretérito. O que existia era, justamente, transferência de atividade, empreendida e gerida integralmente pela prestadora e que, por consequência, tem que possuir a expertise, *know-how* e meios de produção necessários à sua execução, traduzidos como capacidade econômica compatível na letra da lei.

À título de exemplo: não é juridicamente válida a terceirização onde uma escola contrate uma empresa para que esta contrate professores sem que esta segunda empresa seja, propriamente, uma instituição ligada ao ensino. Do contrário o que se estabelece é uma transferência de “mercadoria” e não de profissionais qualificados para exercer uma determinada atividade.

A realização dessa modalidade de terceirização generalizada efetivamente desqualifica a contratante como uma empresa empreendedora, de capacidade econômica compatível, tornando-a mera gerenciadora de negócios. Neste caso, não há mais o que se falar em terceirização, mas sim em grupo econômico, consoante §2º do art. 2º da CLT. Jorge Souto Maior (2017) traz outros exemplos:

[...] também não se pode conceber como regular, da mesma forma a terceirização em que uma empresa contrate outra para simplesmente lhe oferecer operadores de máquina, mantendo-se a propriedade da

máquina com a empresa dita “tomadora” dos serviços, ou quando houver a contratação de mais de uma empresa para a execução da mesma atividade, ou, ainda, a hipótese em que os empregados da prestadora sejam deslocados de uma tomadora para outra apenas como forma de dificultar a socialização do trabalhador e a efetividade de seus direitos.

Na construção civil está interrompida a aberração de uma empresa construtora realizar suas obras por meio de empresas cuja *expertise* se resume a encontrar pedreiros no mercado e colocá-los nas obras. As atividades de fundação, de esquadria, de concretização etc. poderiam ser terceirizadas, mas para empresas especializadas e devidamente habilitadas para esses serviços (MAIOR, 2017, p.211-212).

Imputa razão que, em uma sociedade juridicamente organizada, certas atividades pressuponham habilitação para serem exercidas, tais como a medicina e a advocacia, por exemplo. Assim sendo é consequente lógico que o mesmo se aplique na atividade empresarial.

Se para empreender uma atividade no mercado é necessário autorização legal ou que a mesma não seja juridicamente proibida, locação de mera mão de obra sem especialização significa, necessariamente, em uma forma de burlar a autorização legal conferida a uma empresa para realização de determinada atividade.

Note-se, não se está alegando que uma empresa contrataria leigos para exercer papel de médicos, mas sim que ela contrataria médicos sem ser, efetivamente, uma empresa qualificada para tanto.

Ademais, mesmo que haja autorização expressa para exercer medicina, por exemplo, por parte da empresa empregadora, esta autorização não é transmissível para a empresa tomadora de serviços.

Ainda tratando sobre o exercício de atividade econômica compatível, cabe destacar uma ponderação de Homero Batista Mateus da Silva (2017):

Logo, aquela plethora de empresas de fachada que atravancavam o fluxo das audiências trabalhistas, bem como todos os numerosos aliciadores de mão de obra, popularmente chamados de “gatos”, e, ainda, aqueles esquemas de colocar o *mâitre* como prestador de

serviços terceirizados de garçons ou o *motoboy* mais antigo como fornecedor dos serviços de entregas motorizadas feitas pelos colegas, nada disso poderá ser considerado modalidade válida de terceirização – agora por força da própria lei. **Terceirizar serviços para empresas sem capacidades financeiras compatível com sua execução já desafiava a lógica e, agora, desafia o texto legal. Será considerada terceirização ilegal** (grifo nosso) (SILVA, 2017, p. 190).

Retomando o tópico sobre a “pejotização”, há de se observar que a Reforma conta com uma cláusula que serve como um impeditivo para a prática, embora temporário. Nada obstante, mesmo essa medida acabou sendo mais prejudicial que benéfica no fim das contas, como será elucidado em seguida.

Um trabalhador “Pejotizado”, em breve sumário, é aquele contratado para prestar serviços como pessoa jurídica, ou seja, o empregado forma uma empresa prestadora de serviços terceirizados e figura ele mesmo como prestador de serviços desta empresa.

Um argumento comum é o de que o empregado optou por abdicar das garantias contratuais e previdenciárias em troca de um salário maior. Ocorre que não é incomum denúncias no sentido de que essa era, em realidade, a única forma de contratação admitida pela empresa tomadora, ou de que por vezes a Pessoa Jurídica já era previamente formada, cabendo ao trabalhador apenas assinar os papéis assumindo responsabilidade.

Sobre os efeitos da pejotização, constata-se que “O crescimento alarmante da pejotização, como uma técnica habitual de planejamento tributário e trabalhista, banalizou a terceirização a níveis irreversíveis, varrendo do mapa do emprego categorias inteiras na área da saúde, da informática e da consultoria” (SILVA, 2017, p. 191).

Silva (2017, p. 191), ainda ao tratar da suscitada cláusula da Reforma, observa que o legislador estipulou um período de quarentena de 18 meses para que um ex-empregado ou terceirizado possa reingressar na empresa. O que se estabeleceu fora a presunção absoluta de fraude à legislação trabalhista, posto que a única interpretação legal cabível quando o trabalhador é recontratado dentro deste período

de 18 meses é a declaração ou estabelecimento de relação de emprego entre ele e a suposta tomadora de serviços. Por outro lado, esta cláusula também implica que toda pejetização pós 18 meses é lícita e genuína.

Outra preocupação sobre a pejetização que também remete à confusão tributária aludida anteriormente vem do art. 5º-C, na forma do aposentado-pejetizado:

Art. 5º-C. Não pode figurar como contratada, nos termos do art. 4º-A desta Lei, a pessoa jurídica cujos titulares ou sócios tenham, nos últimos dezoito meses, prestado serviços à contratante na qualidade de empregado ou trabalhador sem vínculo empregatício, exceto se os referidos titulares ou sócios forem aposentados. (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)

Esta preocupação advém do fato de que incentivar a contratação de aposentados através da formação de pessoas jurídicas, efetivamente alimenta a fuga de recolhimentos previdenciários.

Para recapitular os principais argumentos apresentados neste tópico: a incidência das normas da Reforma Trabalhista concernentes à terceirização, na forma como estão, implica em: necessária descon sideração dos princípios constitucionais presentes nos arts. 1º e 3º da Constituição Federal; fraude ao vínculo empregatício por descaracterização da figura do empregado e do empregador; problemas de cunho fiscal na forma de evasão das responsabilidades trabalhistas e previdenciários, bem como a fuga de recolhimentos previdenciários na figura do aposentado pejetizado.

5.4 PROPOSTA DE SOLUÇÃO

Ao chegar na conclusão de que as alterações trazidas pela Reforma Trabalhista não são compatíveis com o ordenamento jurídico constitucional da maneira como foram apresentadas, propõe-se uma solução viável através da interpretação constitucional. Por via deste instrumento legal, é possível alcançar uma eficácia e aplicabilidade ao ponto de não descartar completamente os diplomas legais em questão.

Sobre o tema, aduz Luís Roberto Barroso (BARROSO, 2011, p.292): “a interpretação jurídica consiste na atividade de revelar ou atribuir sentido a textos ou outros

elementos normativos (como princípios implícitos, costumes, precedentes), notadamente para o fim de solucionar problemas (...)”¹⁸.

Sendo a Constituição, por natureza própria, um texto legal que perfaz uso de termos amplos e cláusulas generalizadoras tais quais igualdade, dignidade da pessoa humana, moralidade, devido processo legal, etc., cabe à hermenêutica auxiliar a tutelar situações que não tiveram a oportunidade de ser minuciadas em seu corpo.

Insta salientar os princípios da Interpretação Constitucional antes de se prosseguir, sendo estes: Princípio da Unidade Constitucional; Princípio do Efeito Integrador; Princípio da Conformidade Funcional; Princípio da Força Normativa da Constituição; Princípio da Máxima Efetividade; Princípio da Interpretação Conforme a Constituição.

O princípio da unidade constitucional estipula que a Constituição deve ser considerada como um todo ao invés de um conjunto de normas, a fim de ser considerada um ordenamento jurídico propriamente dito. Esta interpretação harmônica e sistemática impede que a Constituição seja interpretada de forma alienante, exclusivamente a partir de si mesma. Este princípio também determina que não há hierarquia entre as normas da Carta Magna.

Nas diretrizes do Princípio do Efeito Integrador, fica determinado que a Constituição deve buscar sempre imperar critérios favorecedores da integração política e social sobre os demais. É um pressuposto que logra pelo fortalecimento da unidade política e integração social do país.

A hermenêutica no Princípio da Conformidade Funcional estabelece que a Constituição deve ser interpretada de forma a encontrar um resultado que invada as competências estabelecidas em sua própria estrutura (Legislativa, Executiva, Judiciária). Este princípio visa impedir que o intérprete alcance uma interpretação através de uma violação da competência que lhe fora atribuída.

¹⁸ BARROSO, Luís Roberto. Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 292.

O Princípio da Força Normativa da Constituição basicamente ratifica a aplicabilidade das normas Constitucionais, lembrando sempre que a força normativa que elas carregam tem caráter impositivo e imperativo, não sendo sujeitas à discricionariedades quando aplicáveis. São impostas à seus destinatários independentemente de sua concordância.

Princípio da Máxima Efetividade alude ao fato de que as normas da Constituição devem ser interpretadas de modo a adotar o sentido que lhes proporcione a maior eficácia possível. É uma imposição de prioridade ao intérprete.

Princípio da Interpretação Conforme a Constituição se refere à máxima de que normas constitucionais devem ser interpretadas de modo a adotar sentido que seja compatível com o texto constitucional. Este princípio é aplicado justamente para salvar leis que incorrem ou aparentam incorrer em inconstitucionalidade, fixando-se à norma um sentido que esteja de acordo com o texto da Constituição e desprezando sentidos que forem contrários.

Para os fins desta pesquisa será adotado o método interpretativo Sistemico, que parte do pressuposto de que a ordem jurídica é um sistema dotado de unidade e harmonia. Esta unidade é mantida pela Constituição, ao passo que a harmonia deve ser mantida pela prevenção e solução de conflitos normativos. Em favor deste paradigma, é notável o argumento de que no Brasil quando uma nova Constituição entra em vigor a anterior é ab-rogada, cabendo à leis infraconstitucionais serem recepcionadas de acordo com critérios materiais de norma comparativa.

Frisa-se a escolha deste método sobre demais outros por dois motivos: 1 – Por não se incorrer em contradição com o aduzido nesta própria pesquisa, ao afirmar que a lei deve ser interpretada em consonância com as prerrogativas constitucionais apesar da intenção do legislador; 2 – Por ecoar os princípios interpretativos supracitados em sua totalidade.

A título de reforço, traz-se a decisão monocrática do Ministro Celso de Mello, no AI 401.337/PE, DJU 3.3.2005:

Em suma: a lei vale por aquilo que nela se contém e que decorre, objetivamente, do discurso normativo nela consubstanciado, e não pelo que, no texto legal, pretendeu incluir o legislador, pois, em havendo divórcio entre o que estabelece o diploma legislativo ('mens legis') e o que neste buscava instituir o seu autor ('mens legislatoris'), deve prevalecer a vontade objetiva da lei, perdendo em relevo, sob tal perspectiva, a indagação histórica em torno da intenção pessoal do legislador.

Em face ao exposto, defende-se o seguinte posicionamento: a interpretação das normas contidas na Reforma Trabalhista no sentido de desconsiderar as hipóteses de incompatibilidade com o texto Constitucional é uma solução válida para a sua vigência efetiva.

Retomando exemplo trazido no ponto anterior, quando se analisa o texto do artigo 4-A da Lei 6.019/74, tem-se:

Art. 4º-A. Considera-se prestação de serviços a terceiros a transferência feita pela contratante da execução de quaisquer de suas atividades, inclusive sua atividade principal, à pessoa jurídica de direito privado prestadora de serviços que possua capacidade econômica compatível com a sua execução.

Todavia, fora analisado no ponto anterior que não é possível a transferência de mera força de trabalho, apenas de atividades compatíveis com a capacidade econômica e legal da prestadora de serviços. Assim sendo, uma interpretação plausível seria:

Art. 4º-A. Considera-se prestação de serviços a terceiros a transferência (de atividades) feita pela contratante da execução de quaisquer de suas atividades (especializadas), inclusive sua atividade principal, à pessoa jurídica de direito privado prestadora de serviços que possua capacidade econômica (,legalmente hábil e) compatível com a sua execução.

Não se estaria incorrendo, todavia, em violação à competência do legislador ao interpretar o artigo desta maneira, conforme o princípio da conformidade funcional? A mesma indagação poderia ser feita à interpretação extensiva do Supremo Tribunal Federal que determinou, no julgamento conjunto da ADI nº 4.277-DF e ADPF nº 132-RJ, a possibilidade da união estável entre homossexuais mesmo apesar da literalidade do art. 1723 do Código Civil. Segue transcrição de parte relevante da ementa:

EMENTA: 1. ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL (ADPF). PERDA PARCIAL DE OBJETO. RECEBIMENTO, NA PARTE REMANESCENTE, COMO AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. UNIÃO HOMOAFETIVA E SEU RECONHECIMENTO COMO INSTITUTO JURÍDICO. CONVERGÊNCIA DE OBJETOS ENTRE AÇÕES DE NATUREZA ABSTRATA. JULGAMENTO CONJUNTO. Encampação dos fundamentos da ADPF no 132-RJ pela ADI no 4.277-DF, com a finalidade de conferir “interpretação conforme à Constituição” ao art. 1.723 do Código Civil. Atendimento das condições da ação.

2. PROIBIÇÃO DE DISCRIMINAÇÃO DAS PESSOAS EM RAZÃO DO SEXO, SEJA NO PLANO DA DICOTOMIA HOMEM/MULHER (GÊNERO), SEJA NO PLANO DA ORIENTAÇÃO SEXUAL DE CADA QUAL DELES. A PROIBIÇÃO DO PRECONCEITO COMO CAPÍTULO DO CONSTITUCIONALISMO FRATERNAL. HOMENAGEM AO PLURALISMO COMO VALOR SÓCIO-POLÍTICO-CULTURAL. LIBERDADE PARA DISPOR DA PRÓPRIA SEXUALIDADE, INSERIDA NA CATEGORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO INDIVÍDUO, EXPRESSÃO QUE É DA AUTONOMIA DE VONTADE. DIREITO À INTIMIDADE E À VIDA PRIVADA. CLÁUSULA PÉTREA. O sexo das pessoas, salvo disposição constitucional expressa ou implícita em sentido contrário, não se presta como fator de desigualação jurídica. Proibição de preconceito, à luz do inciso IV do art. 3º da Constituição Federal, por colidir frontalmente com o objetivo constitucional de “promover o bem de todos”. Silêncio normativo da Carta Magna a respeito do concreto uso do sexo dos indivíduos como saque da kelseniana “norma geral negativa”, segundo a qual “o que não estiver juridicamente proibido, ou obrigado, está juridicamente permitido”. Reconhecimento do direito à preferência sexual como direta emanção do princípio da “dignidade da pessoa humana”: direito a auto-estima no mais elevado ponto da consciência do indivíduo. Direito à busca da felicidade. Salto normativo da proibição do preconceito para a proclamação do direito à liberdade sexual. O concreto uso da sexualidade faz parte da autonomia da vontade das pessoas naturais. Empírico uso da sexualidade nos planos da intimidade e da privacidade constitucionalmente tuteladas. Autonomia da vontade. Cláusula pétrea.

A interpretação não-reducionista é imperiosa para resguardar a Constituição dentro de um ordenamento jurídico funcional. Ademais, artigo incluído pela própria Reforma (art. 5º-B da Lei 6.019/74) aduz que deve estar presente no contrato de prestação de serviços, entre outros aspectos, a especificação do serviço a ser prestado. Não é absurdo completar sentido à outra norma com fulcro em entendimento dentro do próprio diploma legal. É através deste embasamento que se propõe a solução da interpretação constitucional não-reducionista para a problemática trazida por esta pesquisa.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Após sistematizar a pesquisa envolvendo análise histórica, doutrinária, jurisprudencial e comparativa, esta monografia culmina com a observação de pontos precípuos.

Os dados empíricos indicam que a Reforma Trabalhista, mais precisamente as Leis 13.429/2017 e 13.467/17, não foi bem recebida pela população em sua maioria. O conjunto de normas foi agregado em um dos regimes de urgência mais apressados já testemunhados, cuja inspiração advém de um diploma legal oriundo da Espanha.

Embora os países possuam realidades sociais largamente distintas, é válida a comparação pois o que se constata cinco anos após a Reforma espanhola é a precarização dos empregos e redução do piso salarial, malgrado o aumento de postos de trabalho. É prudente considerar estes dados como um indicador negativo de uma possível realidade vindoura no Brasil.

Neste íterim, seguido de uma conceituação e contextualização minuciosa, notou-se uma dissonância entre o largamente alegado na doutrina e a realidade em que as leis da Reforma são aplicadas, no que concerne o âmbito constitucional. A jurisprudência se divide de maneira que o Supremo Tribunal Federal costuma decidir em consonância com os novos dispositivos legais, ao passo em que o Tribunal Superior do Trabalho manteve uma forte instância contra as alterações.

Munido de material teórico em favor de ambos os paradigmas, nota-se uma imprecisão nos termos empregados pela doutrina favorável à Reforma. Por um lado, é de se esperar que haja dúvidas na aplicabilidade de um diploma legal tão novo quanto o em pauta. Por outro, convém lembrar que se está lidando com um Direito Social e fundamental, de amparo Constitucional. No caso da lei ser omissa ou ambígua, é imprescindível uma interpretação no sentido de não incorrer em retrocessos sociais, nada obstante a literalidade da lei.

Para comprovar o alegado a pesquisa se debruça sobre a definição de “empregado”, “vínculo empregatício” e “terceirização” propriamente dita para, através dos

fundamentos jurídicos do próprio sistema, apontar inconsistências na aplicabilidade das normas da Reforma dentro do próprio ordenamento jurídico.

Na última fase é feita uma conclusão dialética com base nas definições e conceitos explorados até esta etapa: constata-se que há, de fato, violações a princípios constitucionais nas normas da Reforma Trabalhista que tratam de terceirização. A violação do princípio do valor social do trabalho (art. 1º, inciso IV, da Constituição Federal) e a fraude ao vínculo empregatício por descaracterização da figura do empregado e do empregador, por exemplo, são destrinchados de maneira enfática.

Ao final das contas, a problemática que esta pesquisa se propôs a responder foi: identificar incompatibilidades constitucionais das normas trabalhistas no que concerne o instituto da terceirização e e propor possíveis soluções neste sentido. O que se constatou foram a confirmação das suspeitas das aludidas inconstitucionalidades e a necessidade de uma interpretação mais ampla, não-reducionista, para garantir tanto a eficácia das normas alteradas quanto os direitos sociais dos trabalhadores, vez que o diploma legal como está incorre ou em inconstitucionalidade ou em atecnia.

REFERÊNCIAS

- ALMEIDA, Isis de. **O regime de trabalho temporário**. São Paulo: Saraiva, 1977.
- BOAVENTURA, Edivaldo M. **Metodologia da pesquisa**: monografia, dissertação e tese. São Paulo: Atlas, 2004.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 26ª Ed. Malheiros: 2011.
- BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.
- BRASIL. **Consolidação das Leis do Trabalho**. Decreto-Lei nº 5.442, de 01.mai.1943. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm. Acesso em: 30 out. 2017.
- BRASIL. **LEI Nº 13.429, DE 31 DE MARÇO DE 2017**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13429.htm. Acesso em: 30 out. 2017.
- BRASIL. **LEI Nº 13.467, DE 13 DE JULHO DE 2017**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13429.htm. Acesso em: 30 out. 2017.
- CASSAR, Vólia Bomfim; BORGES, Leonardo Dias. **Comentários a REFORMA TRABALHISTA**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017.
- DELGADO, Mauricio Godinho: **Princípios Constitucionais do Trabalho e Princípios de Direito Individual e Coletivo do Trabalho**. 5ª Ed. São Paulo: LTr, 2017.
- DELGADO, Mauricio Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. **A REFORMA TRABALHISTA NO BRASIL COM OS COMENTÁRIOS A LEI N.13.467/2017**. São Paulo: LTr, 2017.
- EWALD, François. **Historie de l'état providence**: les origines de la solidarité. Paris: Grasset, 1996.
- FELICIANO, Guilherme Guimarães; TREVISO, Marco Aurélio Marsiglia; FONTES, Saulo Tarcísio de Carvalho. **Reforma trabalhista**: visão, compreensão e crítica. São Paulo: TLr, 2017.
- GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **Reforma Trabalhista, Análise Crítica da Lei 13.467/2017**. 2ª Ed. Bahia: Juspodivm, 2017.
- _____. **Reforma Trabalhista, Análise Crítica da Lei 13.467/2017**. 2ª Ed. Bahia: Juspodivm, 2017.
- GARCIA, Nei Comes. **Cláusulas pétreas – Direitos Sociais**. Porto Alegre, RS: 2002. Disponível em: <http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/files/anexos/14279-14280-1-PB.htm>. Acessado em 13 fev. 2018.
- GOMES, Orlando. **Contratos**. 26ª ed. Atualizadores: Antônio Junqueira de Azevedo; Francisco Paulo de Crescenzo Marino. Rio de Janeiro: Forense, 2008.
- LIMA, Francisco Meton Marques de; LIMA, Rodrigues Marques de. **Reforma trabalhista**: entenda ponto por ponto. São Paulo: LTr, 2017.
- MAIOR, Jorge Luiz Souto. Terceirização da atividade-fim é o fim do fetiche da terceirização. In: FELICIANO, Guilherme Guimarães; TREVISO, Marco Aurélio Marsiglia; FONTES, Saulo Tarcísio de Carvalho. **Reforma trabalhista**: visão, compreensão e crítica. São Paulo: TLr, 2017.
- MANNRICH, Nelson. **A modernização do contrato de trabalho**. São Paulo: LTr, 1988.

MANUS, Pedro Paulo Teixeira. **Negociação coletiva e contrato individual de trabalho**. São Paulo: Atlas, 2001.

MARTINEZ, Luciano. **Curso de Direito do Trabalho**. 8ª Ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2017.

MARTINS, Sergio Pinto. **A continuidade do contrato de trabalho**. 19ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. **Comentários às Súmulas do TST**. 4ª Ed. São Paulo: Atlas, 2008.

_____. **Terceirização no Direito do Trabalho**. 14ª Ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2017.

MINGLIORANZI, Juliana Migot; HABERMANN, Raíra Tuckmantel. **Comentários à Reforma Trabalhista**. São Paulo: Habermann Editora, 2017.

SILVA, Homero Batista Mateus da. **Comentários a reforma trabalhista, análise da lei 13.467/2017 – artigo por artigo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais Ltda., 2017.

SUSSENKIND, Arnaldo. **Instituições de direito do trabalho**. 18ª Ed. São Paulo: LTr, 1999. v1.