XXIV CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI - UFMG/FUMEC/DOM HELDER CÂMARA

EFICÁCIA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES DO TRABALHO, SOCIAIS E EMPRESARIAIS

CARLOS LUIZ STRAPAZZON

LUIZ FERNANDO BELLINETTI

SÉRGIO MENDES BOTREL COUTINHO

Copyright © 2015 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos.
Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – Conpedi
Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UFRN
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. José Alcebíades de Oliveira Junior - UFRGS
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcílio Pompeu - UNIFOR
Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes - IDP
Secretário Executivo -Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC
Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Conselho Fiscal
Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG /PUC PR
Prof. Dr. Roberto Correia da Silva Gomes Caldas - PUC SP
Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini Sanches - UNINOVE
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS (suplente)
Prof. Dr. Paulo Roberto Lyrio Pimenta - UFBA (suplente)

Representante Discente - Mestrando Caio Augusto Souza Lara - UFMG (titular)

Secretarias
Diretor de Informática - Prof. Dr. Aires José Rover – UFSC
Diretor de Relações com a Graduação - Prof. Dr. Alexandre Walmott Borgs – UFU
Diretor de Relações Internacionais - Prof. Dr. Antonio Carlos Diniz Murta - FUMEC
Diretora de Apoio Institucional - Profa. Dra. Clerilei Aparecida Bier - UDESC
Diretor de Educação Jurídica - Prof. Dr. Eid Badr - UEA / ESBAM / OAB-AM
Diretoras de Eventos - Profa. Dra. Valesca Raizer Borges Moschen – UFES e Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - UNICURITIBA
Diretor de Apoio Interinstitucional - Prof. Dr. Vladmir Oliveira da Silveira – UNINOVE

E278

Eficácia de direitos fundamentais nas relações do trabalho, sociais e empresariais [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UFMG/FUMEC/Dom Helder Câmara; coordenadores: Carlos Luiz Strapazzon, Luiz Fernando Bellinetti, Sérgio Mendes Botrel Coutinho – Florianópolis: CONPEDI, 2015.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-108-1
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: DIREITO E POLÍTICA: da vulnerabilidade à sustentabilidade

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Direitos fundamentais. 3. Relações sociais. 4. Relações empresariais. I. Congresso Nacional do CONPEDI - UFMG/FUMEC/Dom Helder Câmara (25. : 2015 : Belo Horizonte, MG).

CDU: 34

CONPEDI
Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Florianópolis – Santa Catarina – SC
www.conpedi.org.br

XXIV CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI - UFMG/FUMEC /DOM HELDER CÂMARA

EFICÁCIA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES DO TRABALHO, SOCIAIS E EMPRESARIAIS

Apresentação

O Grupo de Trabalho de nº 62, do XXIV Congresso Nacional do CONPEDI, intitulado Eficácia de direitos fundamentais nas relações de trabalho, sociais e empresariais, contou com a apresentação de 29 trabalhos.

Os temas expostos pelos participantes, e as discussões e debates desenvolvidos, confirmaram que a tensão entre sistema de direito interno e sistema internacional de direitos humanos, esfera pública e esfera privada, assim como os conflitos ideológicos de vertentes de pensamento social e liberal, se intensificam à medida em que a vida em sociedade se torna mais complexa.

Defendeu-se, durante as exposições e discussões, que o modelo de produção capitalista do século XXI, que em alguns setores da economia provoca verdadeira ruptura com o modelo fordista, impõe uma revisão do modo pelo qual o direito do trabalho é produzido e interpretado, a fim de que os direitos fundamentais envolvidos sejam harmonizados e sua proteção efetivamente concretizada.

A investigação dos efeitos das propostas de terceirização da atividade-fim geraram intensa polêmica nos debates. A contraposição de entendimentos sobre o tema resume-se ao fato de que enquanto alguns enxergam na terceirização da atividade-fim uma necessidade para que o País e suas empresas aumentem sua competitividade no mercado internacional, outros vislumbram um verdadeiro retrocesso, sob o argumento de que a vantagem competitiva das empresas estaria sendo alcançada em detrimento de direitos dos trabalhadores.

Destacou-se, também, pesquisa demonstrando que sob a bandeira da sustentabilidade, algumas empresas têm demonstrado preocupação com a reinserção de idosos no mercado de trabalho. De fato, existem linhas de financiamento destinadas para empreendimentos econômicos com impacto social. A reinserção de idosos no mercado de trabalho parece se enquadrar neste contexto. Haveria, nesse caso, uma natural adequação das práticas do mercado com a ordem constitucional?

A importação do instituto norte-americano dos punitive damages e sua adequação à ordenamento pátrio, com enfoque no direito do tralho, foi objeto de apresentação em que se sustentou que referido instituto pode servir à efetivação dos direitos sociais trabalhistas. Resta-nos aguardar para constatar de que forma os tribunais pátrios se posicionarão sobre esse tema.

No âmbito do direito do consumidor, foi apresentado trabalho em que se propôs uma análise entre o absolutismo e o relativismo da tutela constitucional dos direitos fundamentais do consumidor.

A rigor, uma análise holística dos trabalhos apresentados demonstra que, em linha com a ementa do GT 62, as diversas vertentes de abordagem utilizaram o reconhecimento da eficácia direta e imediata dos direitos fundamentais nas relações privadas como elemento de legitimação das mais distintas propostas e conclusões.

É por isso que os coordenadores têm a satisfação de levar à publicação mais essa obra coletiva, que representa o resultado do trabalho do CONPEDI e seus associados, reunindo estudos e pesquisas sobre a temática da eficácia de direitos fundamentais nas relações de trabalho, sociais e empresariais.

Esperando que a obra seja bem acolhida, os organizadores se subscrevem.

Prof. Dr. Carlos Luiz Strapazzon

Prof. Dr. Luiz Fernando Bellinetti

Prof. Dr. Sérgio Mendes Botrel Coutinho

EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS TRABALHISTAS E DA JUSTIÇA SOCIAL DIANTE DO PROJETO DE LEI N. 4330/2004 QUE AUTORIZA A TERCEIRIZAÇÃO DA ATIVIDADE FIM DA CONTRATANTE

EFECTIVIDAD DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DEL TRABAJO Y LA JUSTICIA SOCIAL EN EL PROYECTO DE LEY 4330/2004 QUE AUTORIZA A LA EXTERNALIZACIÓN DE LA ACTIVIDAD PRINCIPAL DE LA CONTRATISTA

Maria Aparecida Alkimin
Milena Zampieri Sellmann

Resumo

O presente trabalho busca uma abordagem da eficácia dos direitos fundamentais dos trabalhadores, principalmente do direito à igualdade de tratamento no âmbito da relação de trabalho, diante do Projeto de Lei n. 4.330/2004 que regulamenta a terceirização e em cujo teor está prevista a terceirização da atividade-fim do tomador dos serviços terceirizados, adotando-se como ponto de partida o valor social do trabalho e sua vinculação à dignidade da pessoa humana, enquanto direito social e fundamental que visa a garantia de uma vida digna. Ressaltar-se-á que a globalização operou transformações profundas na organização produtiva e do trabalho, com reflexos nos direitos fundamentais dos trabalhadores, contudo, tratando-se de garantias denominadas cláusulas pétreas, impõe ao Estado o dever de praticar ação positiva no sentido de proteger e concretizar e ao mesmo tempo negativa, no intuito de não violar, inclusive através da atividade legislativa. Portanto, a terceirização da atividade-fim da tomadora, proposta apresentada no Projeto de Lei n. 4.330/2004 deve ser analisada à luz do princípio da proteção dos direitos trabalhistas, da função social do contrato que espelha a valorização da dignidade humana do trabalhador e também à luz da justiça social que exige o amparo à classe trabalhadora, como uma das prioridades do Estado do Bem-Estar Social.

Palavras-chave: Direitos fundamentais, Terceirização, Direitos trabalhistas, Justiça social

Abstract/Resumen/Résumé

Este estudio tiene como objetivo acercarse a la eficacia de los derechos fundamentales de los trabajadores, en especial el derecho a la igualdad de trato en virtud de la relación de trabajo, antes de que el proyecto de ley no. 4330/2004 que regula la subcontratación y cuyo contenido está previsto la subcontratación de la actividad principal del prestatario de servicios externalizados, adoptando como punto de partida el valor social del trabajo y su relación con la dignidad humana, como un derecho social y dirigida fundamental a garantizar una vida digna. Se hará hincapié en que la globalización forjado cambios profundos en la organización productiva y el trabajo, que afecta a los derechos fundamentales de los trabajadores, sin embargo, en el caso de las denominadas cláusulas de garantía inmutables, impone al Estado el deber de ejercer una acción positiva para proteger y poner en práctica y al mismo tiempo negativo, con el fin de no violar, incluso a través de la actividad legislativa. Por lo tanto, la

externalización de la actividad principal del prestatario, presentó en el Proyecto de Ley no. 4330/2004 debe ser examinada a la luz del principio de protección de los derechos laborales, la función social del contrato que refleja la apreciación de la dignidad humana de los trabajadores y también a la luz de la justicia social que exige la protección de la clase obrera, como una de las prioridades de la Bienestar Social del Estado.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Derechos fundamentales, La externalización, Los derechos laborales, Justicia social

Introdução

A sociedade vivenciou a conquista histórica dos direitos humanos, cujos direitos foram incorporados no ordenamento jurídico dos Estados Democráticos de Direito sob o manto dos direitos e garantias fundamentais, com o fim de concretizar da dignidade da pessoa humana. Contudo, a mesma sociedade está a vivenciar as atrocidades e ameaças que cercam essa conquista histórica, seja em razão de violências, guerras frias etc, seja em razão do processo globalizante que impõe reestruturação do processo produtivo e dotrabalho, gerando muitas formas de precarização das condições de trabalho e de vida do trabalhador.

Dentre os direitos humanos positivados, encontram-se os de segunda dimensão que são os direitos sociais e fundamentais dos trabalhadores, foco da presente pesquisa, e que também representam uma conquista histórica, cujo marco foi a Revolução Industrial que culminou com a constitucionalização dos direitos sociais trabalhistas.

Os direitos trabalhistas, como direitos fundamentais, constituem extensão da dignidade humana, portanto, não apenas abrangidos pela dogmática do princípio da proteção que habilita a intervenção estatal para controlar o dirigismo e liberdade contratual em favor do economicamente mais fraco, que é o trabalhador, como também, a partir do momento em que foram constitucionalizados, assumindo o *status* de direitos fundamentais, tornaram-se cláusula pétrea. Por isso, o Direito do Trabalho, lembrando Bobbio (2004), compõe a categoria da especialização do direito, protegendo o vulnerável na relação contratual, convergindo com a busca da justiça social que é, em suma, atribuir a cada um o que é seu, segundo a sua condição jurídico-social-trabalhista.

Nesse viés, o presente trabalho objetiva uma análise crítica em torno do Projeto de Lei n. 4.330/2004 que regulamenta a terceirização nas relações de trabalho, cuja análise está focada no ponto do projeto que autoriza a terceirização da atividade-fim do tomador dos serviços terceirizados, trazendo aspectos positivos do projeto e, concomitantemente, fazendo uma análise da terceirização da atividade-fim à luz da constitucionalização dos direitos fundamentais dos trabalhadores, dentre eles a igualdade de tratamento, o dever de proteção que se impõe a terceiros e ao próprio Estado e também uma análise à luz do princípio da vedação do retrocesso social.

Busca-se uma abordagem acerca do valor humano do trabalho e sua ligação com a dignidade da pessoa humana, e, nesse aspecto, adentra-se à função social do contrato que deve nortear todas as espécies de contrato de trabalho, inclusive, o contrato de trabalho terceirizado, visando o bom senso, a razoabilidade e a ponderação no estabelecimento das condições de trabalho, primando pela igualdade entre trabalhadores dentro da mesma

empresa, com o fim precípuo que é a realização da justiça social, que deve atentar às necessidades econômicas e organizativas da classe patronal, mas também às necessidades sociais da classe trabalhadora, sob pena de vilipêndio à dignidade da pessoa humana do trabalhador.

1 Os direitos fundamentais dos trabalhadores e a relação de trabalho

1.1 O trabalho e a dignidade da pessoa humana

O trabalho humano é um valor inarredável da condição humana, portanto, trata-se de um direito humano fundamental que integra a essência global da dignidade da pessoa humana.

A dignidade da pessoa humana, enquanto princípio-valor-regra comporta uma abordagem sob a ótica naturalista e positivista, pois a primeira trata da origem e sentido, enquanto a segunda da conquista histórica da humanidade.

Sob a ótica naturalista, a dignidade humana é um bem imaterial, um valor ligado intrinsicamente à pessoa humana, que se relaciona com a condição humana desde a concepção, enquanto perdurar a sua existência e mesmo após a morte, dessa forma, basta existir ou ter existido para que a dignidade humana acompanhe a essência dessa pessoa, pois toda pessoa é digna, assumindo a dignidade humana uma conotação abstrata, que justifica a existência humana, cuja existência, segundo a filosofia Kantiana, significa reconhecer o Homem como ser racional e dotado de autodeterminação e sendo assim existe como fim em si mesmo.

Sob a ótica positivista a dignidade humana foi reconhecida pelos documentos internacionais da ONU, a começar pela Declaração Universal dos Direitos Humanos, e incorporada pelo ordenamento jurídico dos países membros, impondo ação positiva e negativa por parte do Estado, visando a sua concretização e não apenas mera declaração sem força vinculante.

A dignidade da pessoa humana é que justifica a construção histórica dos direitos humanos, inclusive, o valor do trabalho humano ligado à dignidade da pessoa humana é o fim da formulação dos princípios de proteção na seara do contrato de trabalho.

Os direitos humanos estão fundados na dignidade da pessoa humana, contudo, somente perderam o caráter meramente declaratório a partir do momento em que foram institucionalizados e incorporados no ordenamento jurídico constitucional dos Estados Democráticos de Direito, sob a forma de direitos e garantias fundamentais, cujos direitos inerentes à condição humana saíram da esfera do “ser” e penetraram na esfera do “dever ser” (ALKIMIN, 2009, p. 40).

Como bem assevera Sarlet (2011, p. 102), “onde houver direitos fundamentais há dignidade.” E continua esse doutrinador

> É comum a doutrina afirmar que os direitos humanos estão em uma instância mais abstrata em relação aos chamados “direitos fundamentais”. Os direitos humanos são tratados como direitos inalienáveis que têm sua origem na própria natureza humana e que aspiram à validade universal, sem estarem adstritos a uma determinada ordem constitucional. Assim, estariam previstos em documentos internacionais e não possuiriam, em regra, meios jurídicos eficazes para a sua exigência. Por sua vez, os direitos fundamentais são considerados aqueles direitos humanos que estão consagrados, positivados, que têm previsão precisa e restrita, estando em consonância com uma determinada ordem constitucional; existe, assim, em caso de violação, a previsão de um recurso judicial para a sua exigência e a sua concretização prática.

O reconhecimento e positivação dos direitos humanos revelou ao longo da história que foi uma forma de materializar e retirar da abstração a dignidade da pessoa humana, dessa forma, além de “direitos inatos e tidos como verdade evidente, a compelir a mente” (LAFER, p. 123), são direitos de caráter subjetivo, universal, absoluto, vinculador de todos e do próprio Estado, ou seja, está acima do poder Estatal,assumindo os direitos humanos o caráter formal e material a partir do momento que passaram pelo processo de constitucionalização, tornando-se princípio-valor-regra incorporado ao direito positivo sob o manto dos direitos e garantias fundamentais.

Os direitos fundamentais, segundo Bobbio (2004), correspondem a um construído histórico que tem sua base axiológica na liberdade, igualdade e fraternidade, não são dados pela natureza, mas frutos da vontade estatal de reconhecê-los e incorporá-los na ordem jurídica, passando a reger a condição de vida de cada cidadão.

Segundo George Marmelstein:

> Os direitos fundamentais são normas jurídicas, intimamente ligadas à ideia de dignidade da pessoa humana e de limitação do poder, positivadas no plano constitucional de determinado Estado Democrático de Direito, que, por sua importância axiológica, fundamentam e legitimam todo o ordenamento jurídico. (2011, p. 20)

A positivação dos direitos fundamentais dos trabalhadores é corolário para o reconhecimento da dignidade humana do trabalhador, e, nesse sentido já se afirmou noutra passagem que a dignidade humana do trabalhador leva em consideração duas dimensões, a primeira relativa ao dever de consideração e respeito à pessoa do trabalhador, atentando-se aos seus direitos da personalidade, e a segunda relativa ao dever de proteção e promoção das garantias e direitos fundamentais visando a garantia de uma vida digna. (ALKIMIN, 2009, p.42-43)

O direito do trabalho, considerando seu caráter ideológico e axiológico, constitui extensão da dignidade da pessoa humana, e é fruto da segunda dimensão dos direitos fundamentais[1], que fez despertar o Estado Social de proteção social, envolvendo os direitos econômicos, sociais e culturais, com base na igualdade, solidariedade e fraternidade, abrangendo os direitos sociais o trabalho, à saúde, à infância etc.

Os direitos sociais, econômicos e culturais, conforme assevera Marmelstein, "são inegavelmente instrumentos de proteção e concretização da dignidade da pessoa humana, pois visam garantir as condições necessárias à fruição de uma vida digna." (2011, p. 203)

Canotilho (2010, p. 408) assevera que os direitos sociais são direitos a prestações ou "pretensões prestacionais", ou seja, impõe ao Estado uma prestação positiva e, concomitantemente, uma negativa, constituindo-se a negativa em abstenção de lesão.

Para Alexy, a ação positiva da parte do Estado acontece por intermédio de uma ação fática (para satisfação do mínio existencial) ou normativa (com a criação de normas para proteção dos direitos fundamentais) (2009, p. 201-202). Noutra passagem esse doutrinador lembra que "o objeto dos clássicos direitos de defesa limita-se a omissões ou ações negativas do Estado" (ALEXY, 2009, p. 340) e continua afirmando que a esses direitos foram acrescidos direitos a ações positivas do Estado, ou seja, direitos à prestação. (Idem, p. 340).

Dessa forma, no exercício da atividade legislativa, o legislador deve se manter vinculado aos direitos fundamentais, e toda norma infraconstitucional deve estar em conformidade com os direitos fundamentais reconhecidos pela ordem jurídica constitucional ou até mesmo garantias mínimas previstas no ordenamento infraconstitucional, cujas garantias mínimas estão ligadas àquelas previstas no ordenamento constitucional.

1.2 A constitucionalização dos direitos fundamentais dos trabalhadores e o Princípio da Proteção

O marco para o surgimento dos direitos sociais dos trabalhadores foi a Revolução Industrial do Sec. XIX, quando foi anunciado o progresso econômico sob o sistema do liberalismo (*laissezfaire, laissezpasser*), contudo, às custas de condições desumanas de trabalho, com o mais absoluto vilipêndio à dignidade humana do trabalhador.

[1]A doutrina moderna, considerando o desenvolvimento histórico dos direitos fundamentais, lançou sua classificação por dimensões: a primeira dimensão é de caráter individual, ou seja, centrada na liberdade do indivíduo (direitos de liberdade no exercício de direitos civis e políticos); a segunda dimensão é a social que tem como questão de fundo a igualdade na fruição dos bens da vida, cuja titularidade diz respeito à toda coletividade, ou seja, corresponde aos direitos sociais, econômicos e culturais que exigem uma prestação positiva por parte do Estado; os de terceira dimensão dizem respeito à fraternidade e solidariedade entre povos e nações, visando a preservação ambiental e da espécie humana; e os de quarta dimensão ligado à preservação da espécie e ao genoma humano(COMPARATO, 2010).

Nessa ocasião, o liberalismo econômico que imperava sofreu abalo diante não apenas da revolta da classe operária que passou a se organizar e lançar reivindicações, bem como em razão da defesa humanista promovida pela da Igreja Católica, que através da Encíclica *RerumNovarum* proclamava a necessidade de se reconhecer direitos trabalhistas para a classe operária, com limite ao poderio econômico do sistema capitalista da época.

Conforme exposto alhures, os direitos sociais, como segunda dimensão dos direitos fundamentais, fez nascer o Estado do Bem-Estar Social (*WelfereState*) que avocou a função de promover a igualdade social buscando garantir direitos sociais para uma vida digna, cujos direitos socais, de natureza trabalhista, em especial, passaram a integrar alguns ordenamentos constitucionais como foi o caso da Constituição do México de 1917 e a Constituição da Alemanha (Weimar, 1919), as quais foram as precursoras na positivação dos direitos socais trabalhistas.

É certo que o Estado do Bem-Estar social, passou a garantir para a manutenção de uma vida digna, além dos direitos sociais (trabalho, educação, saúde), os direitos econômicos e os culturais, tendo em vista o caráter interdepende desses direitos e garantias, sendo os direitos sociais trabalhistas erigidos à categoria de direitos fundamentais da classe trabalhadora.

Os direitos sociais dos trabalhadores devem ser considerados como direitos fundamentais que foram garantidos a certo grupo, ou seja, trabalhadores, portanto, detentores da titularidade desses direitos, e que correspondem a dados construídos durante o período da Revolução Industrial, representando uma construção a partir do reconhecimento e declaração da dignidade da pessoa humana, fundamento de todas as normas de proteção à pessoa humana.

Por outro lado, os direitos trabalhistas não integram a essência humana, portanto, não são direitos humanos. Nesse sentido afirma Amauri Mascaro Nascimento que reconhecer os direitos dos trabalhadores como direitos humanos, seria o mesmo que reconhece-los como direitos integrantes da natureza humana “em todos os tempos e acima do direito positivo” (2011, p. 279).

Os direitos sociais e fundamentais do trabalhador estão disciplinados no art. 7º. da CF/88, portanto, são formalmente constitucionais posto que enumerados e protegidos por norma constitucional, cujo rol não é taxativo, havendo outros direitos sociais e fundamentais do trabalhador dispersos na CF/88 e em normas infraconstitucionais. Essa afirmativa encontra respaldo no caput do art. 7º., parte final, que indica como direito fundamental do trabalhador “...outros que *visem à melhoria da condição social”*.

Outrossim, sob o aspecto material, os direitos fundamentais trabalhistas são extensão do princípio da dignidade da pessoa humana, cujos direitos sociais, também constituem o "dever prestacional" por parte do Estado, e, segundo Sussekind, a proteção social ao trabalhador é "a raiz sociológica do Direito do Trabalho e é imanente a todo o seus sistema jurídico" (1996, p.133)

O Direito do Trabalho gira em torno do princípio da proteção, o qual "resulta das normas imperativas e, portanto, de ordem pública, que caracterizam a intervenção básica do Estado nas relações de trabalho, visando a opor obstáculos à autonomia de vontade."(SUSSEKIND, 1996, p. 133).

O princípio da proteção tem como fundo axiológico a dignidade da pessoa humana do trabalhador, e foi positivado pela CLT e pela Constituição Federal no art. 7º. que trata dos direitos fundamentais do trabalhador, sendo certo que à luz CF/88 trata-se de princípio implícito na natureza e alcance das normas de direito fundamental trabalhista.

Dessa forma, muito embora a Constituição Federal não tenha feito referência expressa ao princípio da proteção como princípio informador do Direito do Trabalho, o legislador constituinte o exaltou através do rol de direitos sociais e fundamentais do trabalhador no art. 7º., de caráter eminentemente protetivo, além disso, ao referir-se o legislador constituinte no art. 1º. , III à dignidade da pessoa humana e no inciso IV aos valores sociais do trabalho, referindo ainda no art. 170 à "valorização do trabalho humano" (caput); "justiça social" (caput); e "busca do pleno emprego" (VIII), como princípios que regem a ordem e atividade econômica, também manteve-se arraigado ao dogmático princípio da proteção.

O princípio de proteção[2]justifica a positivação e inclusão na ordem jurídica constitucional dos direitos fundamentais dos trabalhadores, inclusive, tal como os direitos fundamentais, o princípio de proteção do trabalhador detém caráter normativo, cujas normas trabalhistas que tutelam as condições de trabalho são normas dotadas de imperatividade, e, em razão de serem de ordem pública, permite a intervenção estatal nas relações de trabalho, impondo limites ao dirigismo contratual e ao exercício do poder de direção por parte do empregador.

Para *Deveali,* o Direito do Trabalho é "um direito especial, que se distingue do direito comum, especialmente porque, enquanto o segundo supõe a igualdade das partes, o

[2] Amauri Mascaro Nascimento lembrando Plá Rodrigues, lembra que o princípio da proteção se subdivide em outros três princípios: *in dubio pro operário;* prevalência da norma favorável ao trabalhador e a preservação da condição mais benéfica. (2011, p. 455). O Direito do Trabalho tem como princípios específicos, além do princípio da proteção, o princípio da realidade, razoabilidade e da irrenunciabilidade dos direitos trabalhistas.

primeiro pressupõe uma situação de desigualdade que ele tende a corrigir com outras desigualdades." (Apud SUSSEKIND, 1996, p. 133). Adotando-se a linha de pensamento de Bobbio (2004, p. 34), merece tratamento como ramo de especificação de direitos em razão de condições especiais ou peculiares em que se posicionam certas categorias de sujeitos, como é o caso do trabalhador, da criança, do idoso etc.

Insta destacar que os direitos sociais e fundamentais dos trabalhadores uma vez inseridos na CF formal e materialmente, receberam uma carga axiológica que os coloca em posição acima da categoria de meros direitos trabalhistas inseridos na CLT e que gozam de proteção por parte do Estado, haja vista que na interpretação e aplicação deverá ser visada a situação mais favorável ou benéfica ao trabalhador, e também, como direitos fundamentais trabalhistas, estão erigidos ao patamar de cláusulas pétreas, logo, não podem ser suprimidos ou até mesmo reduzidos, quiçá, permutados sob o falacioso discurso da manutenção da empregabilidade diante da globalização econômica.

Na verdade, o processo de globalização e criação de institutos flexibilizadores, dentre eles a terceirização, podem representar mecanismos para amenizar os efeitos maléficos que intensificam o desemprego diante da nova organização produtiva e do trabalho, implantada pelo mercado tecnológico e competitivo cuja consequência é redução de mão-de-obra humana, porém, no mesmo viés, representa ameaça aos direitos fundamentais dos trabalhadores, provocando a fragilidade do dogmatismo do princípio da proteção.

Se no passado a própria dignidade humana se fazia ameaçada e violada pelas atrocidades das Grandes Guerras, no período contemporâneo estamos a vivenciar ameaças e violações fruto do processo econômico globalizante, que reflete diretamente na condição de trabalho e, consequentemente, na conquista histórica da classe trabalhadora, que são os direitos trabalhistas.

Na linha do pensamento de Alexy, a estrutura dos direitos fundamentais de proteção, como é o caso dos direitos dos trabalhadores, tem o mandamento de defender e salvaguardar ao mesmo tempo, logo, é proibida qualquer ação que "represente destruição ou prejuízo" (ALEXY, p. 343).

Nesse sentido, o Projeto de terceirização no. 4330/2004, em especial, no ponto que autoriza a terceirização da atividade-fim do tomador, deve ser analisado sob a vertente da imposição do mandamento de proteção aos direitos fundamentais dos trabalhadores, sob pena de se praticar uma ação estatal inconstitucional, pois intensificadora da violação a direitos consagrados como fundamentais, dentre eles a igualdade entre trabalhadores, posto que a

empresa tomadora poderá ter, concomitantemente, empregado diretamente contratado e terceirizado desempenhando ambos as mesmas funções.

Essa realidade no mundo do trabalho – globalização e flexibilização negociada e legislada - poderá conduzir à relativização da eficácia dos direitos fundamentais trabalhistas, gerando o retrocesso social diante da conquista histórica dos trabalhadores, manifestada através do reconhecimento e imposição dirigida ao Estado para atribuição de condições decentes de trabalho e com garantias mínimas através de normas de direitos fundamentais que garantem o mínimo para uma existência digna da classe trabalhadora.

2 A Terceirização no Direito do Trabalho Brasileiro

2.1 Flexibilização e terceirização das relações trabalhistas

O Direito do Trabalho no Brasil nasceu num momento histórico onde a economia e a organização do trabalho prosperavam com grande escala de produção e que demandava a intensa empregabilidade, notadamente, no setor automobilístico, e, visando coibir a exploração capitalista da mão-de-obra humana, o Estado passou a controlar as relações de trabalho criando um sistema legislativo que valorizou a pessoa do trabalhador, garantindo-lhe direitos sociais e fundamentais sob o manto da proteção estatal.

Contudo, desde o surgimento da CLT em 1943, que implantou o sistema de contratação bilateral, sob a forma de trabalho subordinado com garantias trabalhistas protegidas pelo Estado-interventor, a economia e o sistema capitalista que dita as regras da organização do trabalho passaram por profundas modificações, e certo que em âmbito mundial, com profícuo reflexo no mundo do trabalho, de forma que se a revolução industrial representou avanço e oportunidade de empregos com a garantia por parte do Estado de direitos trabalhistas protegidos por normas estatais cogentes, na atualidade a revolução tecnológica, surgida no período pós-industrial, representou o marco da crise da empregabilidade, haja vista que impôs maior concorrência e competitividade, notadamente entre as décadas de 70 e 80 com a crise do petróleo, que resultou no desemprego estrutural e nascimento de uma nova forma de organização produtiva e do trabalho com inserção da robótica e da telemática.

Nesse contexto mundial de modernização da economia e da organização produtiva, conforme bem pontua Amauri Mascaro Nascimento, “afetou a sociedade comprometendo princípios que sempre foram consagrados como o valor social do trabalho, a dignidade da pessoa humana e a erradicação da pobreza com a redução das desigualdades sociais” (p. 71, 2011), fazendo nascer uma questão social a ser defendida pelo Estado e pelos sindicatos que é

o ajuste das relações do trabalho às transformações da economia e modernização do sistema produtivo.

Diante dessa realidade do mercado produtivo e da organização do trabalho, a flexibilização, amplamente defendida desde a década de 70 com o surgimento da crise do petróleo, tornou-se o ponto de equilíbrio entre a modernização da produção, onde as empresas buscam investir em tecnologia, com substituição cada vez mais dos empregados pela telemática e pela robótica, reduzindo custos com a contratação formal de empregados, adotando também como mecanismo de redução de custos operacionais, produtivos e com mão de obra através da descentralização de atividades produtivas, transferindo para terceiros ou subcontratando mão-de-obra com salários menores e com menos encargos trabalhistas (terceirização).

Segundo Nascimento, "A reengenharia do processo produtivo, a informática e a globalização levaram as empresas a estruturar os serviços transferidos para unidades menores e a dispensar por motivos econômicos, tecnológicos ou estruturais, aumento a produção com um número menor de empregados." (2011, p. 73)

Denota-se que a flexibilização passou a representar "a crise" do garantirismo estatal em matéria de proteção à relação de emprego, significa abrandamento do princípio da proteção ao trabalhador, e da consequente irrenunciabilidade e inderrogabilidade das normas de proteção ao trabalho subordinado, prestigiando a organização produtiva, através da flexibilização das condições de trabalho, seja através da negociação coletiva, da contratação individual, Lei ordinária e até mesmo pelas normas constitucionais flexibilizadoras inseridas na CF/88, como exemplo: redução salarial negociada, jornada em turno de revezamento etc.

A terceirização, embora não prevista na CF, tão menos na CLT, é um instrumento oriundo do processo da flexibilização das relações trabalhistas, que está incorporado na prática produtiva e dos serviços, pois permite a redução dos custos com mão de obra e encargos trabalhistas, ou seja, é uma forma que as empresas buscam de baratear a produção, mantendo a qualidade e competitividade no mercado produtivo global.

A expressão terceirização, enquanto não aprovado o projeto de Lei n. 4330/2004 que passará a incorporar no ordenamento jurídico a terceirização das relações de trabalho, ainda representa um neologismo da palavra terceiro (DELGADO, 2011, p. 426), advertindo-se que no âmbito jurídico, terceiro representa um estranho que integra a relação jurídica, ao passo que a terceirização representa uma relação trilateral, composta de três figuras: o trabalhador terceirizado, a empresa tomadora dos serviços do terceirizado e a empresa de trabalho terceirizado que faz o elo entre o terceirizado e a empresa tomadora/contratante.

A terceirização é uma forma atípica de contratação e inserção de mão-de-obra dentro do empreendimento econômico, havendo uma dissociação entre a relação econômica de trabalho que deu causa à contratação e a relação juslaboralista desenvolvida pelo contratado dentro da contratante (DELGADO, 2011, p. 426), ou seja, os trabalhadores são inseridos no empreendimento da contratante, sem vincular a contratante aos "laços juslaboralistas", ou seja, não assume a posição de empregadora do terceirizado, cuja vinculação trabalhista se mantém preservada com uma empresa interveniente, que é, justamente, a empresa de trabalho terceirizado, empregadora do trabalhador terceirizado.

Importante ressaltar que o Projeto de Lei n. 4330/2004 busca regulamentar a prática da terceirização no Brasil, haja vista que o instituto trabalhista da terceirização possui tão somente disciplina jurídica traçada pelo Tribunal Superior do Trabalho através da Súmula n. 331, segundo a qual a inserção do terceirizado junto à empresa tomadora só pode abranger atividades que não constituam objeto principal da atividade econômica, produtiva ou de serviços por parte da empresa tomadora, portanto, apenas atividade meio, cuja questão – terceirização da atividade-fim - constitui a grande celeuma do Projeto de Lei n. 4330/2004, que está provocando acalorada discussão no Congresso Nacional.

Na verdade, a terceirização é um modelo de contratação laboral onipresente no mundo do trabalho, fruto do processo de flexibilização das relações trabalhistas, com o objetivo de reduzir custo operacional e com mão-de-obra por parte das empresas, mas, por outro lado, não deixa representar um rompimento com a tradicional dogmática protetiva do direito do trabalho, gerando uma certa precarização das condições de trabalho do terceirizado, uma vez comparada com as condições de trabalho dos empregados regulares da empresa tomadora, ferindo garantias fundamentais, dentre elas a igualdade de tratamento.

2.2 Evolução histórica da terceirização e da sua disciplina jurídica

No Brasil, a terceirização despontou pela primeira vez na década de 1960 no setor público, como forma de descentralização de atividades operacionais e executivas no setor público e delegação para a iniciativa privada, e nesse sentido foi editado Decreto-Lei n. 200/67, regulamentado pela Lei n. 5.645/70, a qual passou a enumerar as atividades executivas, instrumentais ou operacionais que seriam delegadas para a iniciativa privada, tais como transporte, conservação, custódia, operação de elevadores, limpeza e outras assemelhadas (art. 3º., parágrafo único).

No setor privado, o instituto surgiu no início da década de 70 com a inserção no ordenamento jurídico da Lei n. 6019/74 que regula o trabalho temporário, tornando-se uma

forma de terceirização reconhecida e regulada pelo Estado, limitando a possibilidade de contratação de temporários (terceirizados) em duas hipóteses apenas: substituição de pessoal regular e permanente e em caso de necessidade de serviço com acréscimo extraordinário de serviços por um tempo determinado (3 meses).

Em 1983 foi editada a Lei n. 7.102 que passou a autorizar a contratação de terceirizados para o trabalho de vigilância bancária com contratação permanente. A Lei n. 8.863 de 1994 buscou ampliar a hipótese de contratação de terceirizados no ramo da segurança e vigilância patrimonial tanto de instituição bancária, como de estabelecimento público ou privado, inclusive segurança de pessoas físicas, abrangendo também o transporte ou garantia do transporte de valores ou outro tipo de carga.

Contudo, com o alastramento da terceirização e constante ajuste e reestruturação do processo produtivo e do trabalho, gerou uma grande pressão por parte do capital que passou a terceirizar outras atividades por tempo permanente e certo que ao arrepio da lei n. 6019/74 e das Leis 7.102 e 8.863, gerando várias demandas acerca da matéria que passaram a congestionar os Tribunais, e como bem afirma Delgado, a iniciativa privada não se ateve aos limites da terceirização, passou a incorporar cada vez mais práticas de terceirização, “independentemente da existência de texto legal autorizativo da exceção ao modelo empregatício clássico.” (2011, p. 428)

Essa pressão por parte do setor produtivo e de serviços, levou o TST no ano de 1986 a se pronunciar pela primeira vez acerca do fenômeno da terceirização, editando a súmula de jurisprudência uniforme de n. 256 que dispunha o seguinte:“Salvo nos casos da Lei 6019/74 e da Lei n. 7012/83 é ilegal a contratação de trabalhador por interposta empresa, formando-se vínculo empregatício diretamente com a empresa tomadora dos serviços”.

Verifica-se que o TST limitou a duas hipóteses de admissibilidade da terceirização: trabalho temporário e serviço de vigilância. Só que essa Súmula era muito restrita, não atendeu às necessidades do mercado produtivo e de serviços, inclusive essa Súmula chocou-se com o Decreto 200/67 que permitia ao poder público terceirizar (descentralizar) serviço de transporte, elevadores, limpeza).

Diante das divergências e da extrema restrição da S. 256, o TST procedeu à revisão do seu posicionamento acerca da terceirização, e em 1993 cancelou a S. 256 e editou a Súmula 331 que se tornou o regime jurídico disciplinador da terceirização no Brasil, portanto, a terceirização é regulada por decisão do TST, a qual passou a vincular os Tribunais, contudo, a Súmula é extremamente lacunosa e gera divergências de interpretação e aplicação pelos variados TRTs do Brasil, daí a necessidade de regulamentação dessa forma de prestação

laboral, buscando-se a tão necessária segurança jurídica e efetivação dos direitos fundamentais dos trabalhadores.

De acordo com a Súmula 331, as hipóteses de terceirização ainda são restritas, o que o TST fez foi ampliar através da Súmula 331 as hipóteses de terceirização e traçar a responsabilidade subsidiária da empresa tomadora dos serviços do trabalhador terceirizado. Em linhas gerais a Súmula 331 do TST, substituiu o critério taxativo da S. 256, pelo critério finalístico, estatuindo responsabilidade trabalhista à contratante, inclusive.

2.3 A terceirização e a sua regulamentação jurisprudencial através da Súmula 331 do TST

A Súmula 331 do TST teve, a princípio, a finalidade de gerar segurança jurídica acerca da terceirização e, além de incorporar as hipóteses de terceirização previstas no Decreto-lei n. 200/67 e na Lei n. 5.645/70, passou a traçar uma disciplina jurídica para atribuir legitimidade e licitude ao processo de terceirização nas empresas, e, dessa forma, passou a regular as seguintes questões jurídicas que sempre geraram grandes controvérsias diante da redação da anterior Súmula 256: a) as hipóteses ou atividades em que a terceirização será considerada legal; b) a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços do trabalhador terceirizado e c) terceirização no setor público e a responsabilidade trabalhista do poder público.

Dessa forma, atualmente a terceirização está assim disciplinada pela Súmula 331 do TST:

> I - A contratação de trabalhadores por empresa interposta é ilegal, formando-se o vínculo diretamente com o tomador dos serviços, salvo no caso de trabalho temporário (Lei nº 6.019, de 03.01.1974).
> II - A contratação irregular de trabalhador, mediante empresa interposta, não gera vínculo de emprego com os órgãos da Administração Pública direta, indireta ou fundacional (art. 37, II, daCF/1988).
> III - Não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância (Lei nº 7.102, de 20.06.1983) e de conservação e limpeza, bem como a de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistente a pessoalidade e a subordinaçãodireta.
> IV - O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços quanto àquelas obrigações, desde que haja participado da relação processual e conste também do título executivo judicial.
> V - Os entes integrantes da Administração Pública direta e indireta respondem subsidiariamente, nas mesmas condições do item IV, caso evidenciada a sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei n.º 8.666, de 21.06.1993, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora. A aludida responsabilidade não decorre de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada.

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

Passa-se a analisar, a seguir, os efeitos jurídicos da terceirização à luz da Súmula 331, tanto no setor privado como no setor público.

2.3.1 Licitude da terceirização

Tratando-se de terceirização regular, lícita, o vínculo trabalhista será incólume em relação à empresa de trabalho terceirizado, em contrapartida, tratando-se de terceirização ilícita, ou seja, contrária aos requisitos da Súmula 331, o vínculo trabalhista originário com a empresa terceirizada contratante será desfeito, formando-se vínculo trabalhista com a empresa tomadora. Conforme se verifica no inciso I da referida Súmula 331, a terceirização será lícita desde que se enquadre em um dos "quatro grandes grupos de situações sociojurídicas delimitadas" (DELGADO, 2011, p. 437) pela S. 331, portanto, somente será juridicamente possível terceirizar nas hipóteses de:

a) Trabalho temporário

O trabalho temporário é regulado pela Lei n. 6019/74 que prevê a contratação de trabalhador temporário pelo prazo de 3 meses, prorrogável mediante autorização do MTE, para atender necessidades transitórias de substituição de pessoal regular e permanente na empresa tomadora ou também na hipótese de acréscimo extraordinário de serviços da tomadora.

b) Serviços de vigilância

Nos termos da Lei n. 7.102/83, lembrando que a Súmula 256 e 331 ampliou a hipótese de contratação dos serviços de vigilância e segurança, abrangendo além da atividade bancária, outras atividades econômicas e produtivas, inclusive, segurança prestada à pessoa física, conforme regulamentação legislativa através da Lei n. 8.863/94.

c) Serviços de conservação e limpeza

Ao inserir serviços de conservação e limpeza, a Súmula 331 tratou de corrigir a omissão da cancelada Súmula 256 que regulou a terceirização, contudo, omitiu as hipóteses de conservação e limpeza, expressamente previstas na Lei n. 5.645/70.

d) Serviços ligados à atividade-meio do tomador, sem que haja subordinação e pessoalidade em relação ao terceirizado

Denota-se que a Súmula 331 não adotou o critério taxativo, mas genérico-finalístico, ou seja, a terceirização será considerada lícita desde que abranja as atividades-meio da empresa tomadora, ou seja, atividades periféricas, de mero apoio ou instrumentais ligadas ao

desenvolvimento do empreendimento econômico, mas que não têm relação com o objetivo principal da empresa tomadora, é aquela atividade "que não é essencial na constituição da própria empresa e nem definidora da sua manutenção ou continuidade, mas contribuem para o funcionamento do empreendimento. (ROMAR, 2013, p. 132).

O "calcanhar de aquiles" da Súmula 331 é justamente esse, não esclarecer sentido e alcance da expressão "atividade-meio", posto que a realidade do setor econômico, produtivo e do trabalho revela que todos os ramos da economia terceirizam diversas atividades do empreendimento econômico, inclusive, estão adotando, principalmente, no setor produtivo automobilístico, a organização do trabalho verticalizada, onde transferem certos serviços da linha de produção para empresas menores, especializadas e com empregados especializados na atividade contratada, como, por exemplo, é o caso da Volkswagen que está terceirizando os serviços de fundição, montagem de pneus e pintura; empresas de telefone com terceirização de "call-center", enfim, a árdua tarefa dos tribunais é justamente distinguir atividade-fim de atividade-meio e caracterizar a terceirização como lícita ou ilícita.

Sérgio Pinto Martins adota uma postura flexível acerca da terceirização da atividade-fim na indústria e na construção civil, contudo, contraditório, haja vista que num primeiro momento é taxativo ao afirmar que "só se admite a terceirização da atividade-meio e não da atividade-fim" (2014, p. 207), em seguida, com argumento flexibilizador, adverte que "é possível a terceirização da atividade-fim da empresa, como ocorre na indústria automobilística e na construção civil, desde que não exista fraude". (Id.)

Contudo, aplicando-se uma interpretação restritiva à Súmula 331 do TST, a mera terceirização da atividade-fim já é fator preponderante para a caracterização da fraude, e, por via de consequência, o reconhecimento da terceirização ilícita. Dessa forma, chega-se à conclusão óbvia de que a Súmula 331 do TST não está se adequando à moderna organização produtiva e do trabalho e a questão da distinção da atividade-fim da atividade-meio está longe de ser pacifica.

Convém ponderar que, para caracterização da licitude da terceirização, conforme a redação da S. 331, deve ser observado o requisito a não inserção do terceirizado na atividade meio da tomadora, e também o requisito da ausência de pessoalidade e subordinação ao poder de comando da empresa tomadora, sob pena de formar vínculo empregatício diretamente com tomador dos serviços. Logo, a pessoalidade (escolha e decisão do trabalhador que prestará os serviços) e subordinação só podem existir em relação ao trabalhador terceirizado e a empresa de trabalho terceirizado, empregadora direta do terceirizado.

2.3.2 Responsabilidade trabalhista do tomador dos serviços

A Súmula 331, em matéria de responsabilidade trabalhista do tomador dos serviços trouxe um grande avanço, e, de certa forma, almejou atribuir eficácia aos direitos fundamentais e dignidade humana do trabalhador, ao prever no inciso IV a responsabilidade subsidiária da empresa tomadora no caso de inadimplementotrabalhista por parte da empresa de trabalho terceirizado, desde que a empresa tomadora dos serviços tenha integrado a lide, na condição de litisconsórcio passivo necessário e cuja responsabilidade da tomadora seja reconhecida, constando expressamente no título executivo judicial (sentença). Para Delgado,atenuou-se a responsabilidade pelo débito trabalhista ao considerar a subsidiariedade e não solidariedade.(2011, p. 463)

A questão da responsabilidade trabalhista era abordada de forma restrita pela Lei n. 6019/74 (Trabalho Temporário) que trata de responsabilidade solidária do tomador dos serviços do temporário diante do inadimplemento das verbas remuneratórias, indenização pela rescisão contratual e pelas contribuições previdenciárias e, mesmo assim, somente diante da falência da empresa de trabalho temporário. (art. 16, Lei n. 6019/74)

No que tange à terceirização no âmbito do serviço público e a questão da responsabilidade do poder público, a terceirização, mesmo que ilícita, não poderá gerar vínculo trabalhista entre o terceirizado e a administração pública, em razão da vedação expressa do art. 37 da CF, que impõe o requisito do concurso público. Nesse sentido o STF já se pronunciou reconhecendo constitucional o art. 71 da Lei de Licitação que veda a responsabilidade automática da administração pública, contudo, reconhece a responsabilidade subsidiária da administração pública com base na culpa “in vigilando”, conforme se depreende do teor da Súmula 331, n. V.

2.4 Pontos relevantes do Projeto de Lei n. 4.330 de 2004 que dispõe sobre a terceirização

O aludido Projeto de Lei sobre a terceirização divide opiniões de juristas e sindicalistas, haja vista que para uma corrente atende às necessidades emergentes do mercado produtivo e atribui garantias sociais mínimas ao terceirizado, pois da forma como se vem praticando a terceirização representa aviltamento da força de trabalho e precarização do trabalho humano, sendo certo que a regulamentação da terceirização visa garantir proteção trabalhista à classe trabalhadora dos terceirizados, já que a realidade do processo produtivo não é mais vertical e sim horizontal, o que demanda por parte das empresas, cada vez mais, a

transferência para terceiros das atividades especializadas, visando reduzir custo e ao mesmo tempo garantir a empregabilidade.

Por outro lado, há corrente que sustenta o entendimento de que o Projeto de Lei atribui liberdade à empresa de terceirizar atividade-fim, e isso gerará redução proporcional e gradativa do número de empregados contratados diretamente, podendo prevalecer na empresa um número maior de terceirizados em relação aos empregados contratados diretamente, com desigualdade de tratamento entre eles, já que o terceirizado manterá vínculo trabalhista com a empresa de trabalho terceirizado que o contratou.

Na verdade, o Projeto de Lei que busca regulamentar a terceirização e, não obstante gere controvérsias e discussões acirradas acerca da possibilidade de terceirização da atividade-fim da tomadora, traz pontos relevantes de caráter positivo que merecem destaque nessa oportunidade, a saber:

-obrigação de a empresa contratante (tomadora) fiscalizar o cumprimento das obrigações trabalhistas, fiscais e previdenciárias por parte da empresa de terceirização. (art. 5º.,IV e art. 16, do Projeto de Lei n. 4330/2004);

-se na prestação de contas a contratante detectar descumprimento de obrigações deverá interromper o pagamento para a contratada; reter o pagamento e pagar diretamente ao terceirizado (art. 5º.,V, do Projeto de Lei);

-a contratada deverá prestar caução em dinheiro, seguro garantia ou fiança bancária, em percentual sobre o contrato de terceirização, visando resguardar pagamento de direitos trabalhistas para os terceirizados;

-terceirizado terá direito de pertencer à mesma categoria econômica profissional do empregado da tomadora que exerça a mesma função (art. 8º. do Projeto de Lei);

-o terceirizado não pode ser utilizado em atividades diferentes daquela prevista no contrato (art. 11 do Projeto de Lei);

-quando o terceirizado trabalhar nas dependências da contratante terá direito à alimentação no refeitório, transporte e atendimento médico ambulatorial;

-havendo terceirização sucessiva, o terceirizado terá direito ao mesmo salário previsto no contrato anterior e também no contrato sucessivo o terceirizado deve gozar férias dentro do período de um ano;

-haverá responsabilidade solidária entre a contratante e a terceirizada e não mas subsidiária.

Em suma, a terceirização é um caminho sem volta, deve regulamentar a condição de trabalho dos terceirizados visando a segurança jurídica que falta na Súmula 331 do TST, contudo, não pode ter como objetivo primordial cortar custos, baratear produtos para tornar a

empresa mais competitiva à custa do sacrifício do trabalho humano e com violação a direitos mínimos dos trabalhadores, deve-se, antes de mais nada, primar pela igualdade de direitos entre trabalhadores para efetivação da justiça social e vedação do retrocesso social.

3 Os direitos fundamentais dos trabalhadores e sua eficácia: terceirização da atividade fim e aproibição do retrocesso social

O objetivo central do Estado Democrático de Direito é assegurar e proteger a dignidade da pessoa humana, e, para consecução desse objetivo, por obviedade o Estado está alicerçado na construção e promoção dos direitos fundamentais, os quais visam assegurar a todo cidadão a liberdade, a igualdade, a fraternidade, a cidadania e a justiça social, competindo ao Estado a proteção a tais direitos, além de empreender meios e mecanismos eficazes não apenas para sua validação, mas concretização.

Na expressão de Bobbio (2004), não adianta reconhecer e proclamar direitos fundamentais, o cerne dos direitos fundamentais é sua eficácia e a concretização da dignidade da pessoa humana, através de ações positivas e protetivas das garantias mínimas. Na verdade, os fins que justificam os direitos fundamentais se resumem na realização de uma vida digna para todo cidadão e na limitação do poder do Estado, tornando-o, de certa forma, provedor e realizador.

Nesse sentido, o legislador constituinte atribuiu às normas constitucionais garantidoras de direitos sociais e fundamentais, não apenas da classe trabalhadora contida no art. 7º. da CF, mas de todo e qualquer cidadão (art. 5º. da CF) a eficácia plena, ou seja, são normas de aplicação imediata, direta e integral, conforme mandamento contido no parágrafo 1º. do art. 5º. da CF/88, portanto, aptas a produzir de forma imediata os efeitos de garantia e proteção nelas contidos e desejados pelo legislador constituinte.

A eficácia plena induz ao estabelecimento do sistema de proteção por parte do Estado, responsável pela sua real concretização, além de se dirigir no âmbito das relações privadas, que impõe a observação dos direitos fundamentais em prol da dignidade da pessoa humana, daí a afirmação no sentido de que as normas de direitos fundamentais elencadas na CF possuírem eficácia vertical e horizontal.

Certamente o não agir ou o agir no plano infraconstitucional de forma contrária a essas garantias e direitos, produz a inocuidade dos direitos sociais e fundamentais garantidos constitucionalmente, comprometendo a eficácia plena das normas constitucionais, além de gerar um retrocesso social diante da conquista histórica materializada através da inserção no

ordenamento jurídico sob a forma de direitos e garantias fundamentais, inarredáveis da condição humana digna.

Nesse viés, o Projeto de Terceirização, em especial, no que tange à terceirização da atividade-fim do tomador, representa um manifesto retrocesso social, pois gerará redução dos direitos trabalhistas, bem como retrocederá permitindo a desigualdade de tratamento entre trabalhadores, ao passo que os direitos dos trabalhadores como direitos fundamentais devem ser protegidos e efetivados visando a vida digna e, para tanto, elementar a igualdade.

Importante asseverar que a proteção à relação de trabalho com igualdade de tratamento é um direito fundamental consagrado no art. 7º. da CF, cujo direito foi erigido à condição de cláusula pétrea, logo, o Projeto n.4330/2004 que autoriza a terceirização da atividade-fim equivale à violação da cláusula pétrea de igualdade de tratamento *(modus operandi* para inserção na organização produtiva e dotrabalho) entre trabalhadores e de condições de trabalho (salário, jornada etc). (CF, art. 60, parág. 4º, IV, CF/88)

Tem-se que o Estado do Bem-Estar Social deve proporcionar um equilíbrio razoável entre a ordem econômica e produtiva e a organização do trabalho com garantias mínimas trabalhistas, tais como aquelas inseridas no art. 7º. da CF, visando igualdade social e realização plena da justiça social.

O projeto de terceirização em referência deve ser analisado sob a ótica do art. 5º. e do art. 7º. da CF, pois a incompatibilidade com as disposições constitucionais conduzirá à ilegalidade e ao retrocesso social, não afastando a inconstitucionalidade, pois mesmo que se garanta direitos sociais aos terceirizados, não afastará, na prática, a ocorrência da desigualdade de tratamento, violando o princípio-regra da igualdade insculpido no art. 5º. do texto constitucional.

Portanto, tal projeto deve ser analisado sob a ótica da conformidade com o texto constitucional, sendo certo que o legislador está vinculado aos direitos e garantias fundamentais do trabalhador disciplinados na CF, não podendo haver supressão e nem redução, sob pena de retrocesso social.

A terceirização é fruto do processo de modernização das relações de trabalho, tratando-se de um caminho sem volta, havendo pontos positivos no referido Projeto de terceirização que busca regulamentá-la, destacando-se como pontos favoráveis a solidariedade entre terceirizada e tomadora dos serviços terceirizados e dever de fiscalização mensal por parte da tomadora, contudo, não guarda conformidade com o texto constitucional que trata da igualdade entre trabalhadores como direito e garantia fundamental na parte que regula a terceirização da atividade-fim do tomador.

A eficácia plena, com aplicação imediata das normas trabalhistas disciplinadoras de direitos fundamentais e do princípio de proteção, não pode produzir a reversibilidade das conquistas alcançadas pelos trabalhadores e relativização das normas definidoras de direitos fundamentais, sob pena de reverter a conquista histórica dos direitos fundamentais em prol do interesse capitalista, e essa reversibilidade da conquista dos direitos fundamentais trabalhistas está implícita no estado de direito democrático e na própria cláusula da dignidade da pessoa (art. 1º, *caput* e inc. III, da CF/88).

A pretexto da necessidade de regulamentação da terceirização, o Projeto de Lei n. 4330 que regulamenta a terceirização proporcionará uma proteção deficiente ao trabalhador terceirizado e, certamente, conduzirá ao comprometimento da máxima eficácia dos direitos fundamentais. (CANOTILHO, 2010, p. 276)

Logo, a adoção de instrumentos legislativos que possam gerar a desigualdade entre trabalhadores formal e materialmente iguais, conduzirá, certamente, ao retrocesso social, ameaçará os direitos sociais e fundamentais desses trabalhadores, sendo imperioso "separar o joio do trigo", pois deve-se avaliar até que ponto significará ajuste da condição de trabalho dos terceirizados que estão no mercado produtivo e do trabalho e até que ponto, com a terceirização da atividade-fim, representará barateamento da mão-de-obra e consequente ampliação da lucratividade do empresariado, levando a uma retrocessão das conquistas sociais, notadamente, do direito humano fundamental à igualdade de tratamento e das condições de trabalho.

Dessa forma, visando a segurança jurídica e a justiça social, imperioso se faz a invocação do princípio da vedação do retrocesso social em matéria de terceirização da atividade-fim da empresa tomadora dos serviços terceirizados. Para Sarlet:

> Negar reconhecimento do princípio da proibição de retrocesso significaria, em última análise, admitir que os órgãos legislativos (assim como o poder público de modo geral), a despeito de estarem inquestionavelmente vinculados aos direitos fundamentais e às normas constitucionais em geral, dispõem do poder de tomar livremente suas decisões mesmo em flagrante desrespeito à vontade expressa do Constituinte. (2004, p. 121-168)

Qualquer medida legislativa deve ter em mira o disposto na parte final do artigo 7º., caput da CF, ou seja, são direitos sociais e fundamentais dos trabalhadores todos aqueles elencados no aludido artigo 7º., "além de outros que visem a melhoria da sua condição social...", logo, a admissão da terceirização da atividade-fim da tomadora, tal como previsto no aludido Projeto de Terceirização, poderá comprometer a melhoria na condição social, pois gerará desigualdade de tratamento e de condições de trabalho entre trabalhadores.

Imperioso atentar para o detalhe de que não existe um marco regulatório para caracterização da atividade-fim do empreendimento econômico, mas, em linhas gerais atividade-fim é aquela ligada ao objetivo econômico do empreendimento, e, de certa forma a falta de regulação do que caracteriza atividade-fim gera uma insegurança jurídica diante da redação do Projeto de Lei sobre a terceirização da atividade-fim, tal como se apresenta. Importante, acima de tudo, é preservar a dignidade humana do trabalhador, garantindo todos os direitos sociais e fundamentais conquistados.

4. Função social do contrato

O ser-humano é desprovido de autossuficiência, o que faz com que precise se relacionar com outros, não só na esfera trabalhista, mas também na consumerista, civilista, empresarialista e também com o Estado, nas esferas administrativa, tributária e previdenciária, a fim de que consiga extrair todos os meios necessários para sua sobrevivência.

O meio pelo qual as pessoas se relacionam juridicamente com as outras e com o Estado é denominado de obrigação (dar, fazer ou não fazer), ou seja, vínculo jurídico que liga credor e devedor. Quando não emanadas por responsabilidade pela prática de ato ilícito (artigo 927 c/c 186, do CC), as obrigações se exteriorizam por meio das relações contratuais (contratos), tal qual acontece na relação de trabalho.

Com o advento do Código Civil de 2002, evidenciou-se a preocupação do legislador em tirar o enfoque individualista que as relações contratuais possuíam, espírito este que se encontrava presente no Código Civil de 1916, uma vez que o artigo 421, do CC/2002 positivou o entendimento de que "A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato".

Ademais, o artigo 2.035, parágrafo único, coloca a função social como princípio de ordem pública, cogente, aplicável independentemente da vontade das partes:

> Art. 2.035. A validade dos negócios e demais atos jurídicos, constituídos antes da entrada em vigor deste Código, obedece ao disposto nas leis anteriores, referidas no art. 2.045, mas os seus efeitos, produzidos após a vigência deste Código, aos preceitos dele se subordinam, salvo se houver sido prevista pelas partes determinada forma de execução.
> **Parágrafo único. Nenhuma convenção prevalecerá se contrariar preceitos de ordem pública, tais como os estabelecidos por este Código para assegurar a função social da propriedade e dos contratos** (grifo nosso).

A preocupação do legislador foi no sentido de que o vínculo contratual não fosse mais analisado apenas numa visão intrínseca, como, por exemplo, um contrato de compra e venda afirmar que apenas estão presentes os interesses individuais das partes (comprador e vendedor), pois, em dias atuais, é cristalino que o Direito Contratual reconhece a função social dessas relações, dando enfoque às repercussões e benefícios que sobreditos vínculos possam gerar para toda uma coletividade, onerando e sancionando as relações que desobedecem a esse preceito, bem como trazendo privilégios e benefícios para as que a cumprem.

Assim, a fim de evitar que os atos e negócios jurídicos tenham caráter estritamente individualista, a ideia é de que o interesse coletivo, direito ou indireto, deve ser tomado como base na formação das mais diversas relações jurídicas, incentivando e beneficiando aquelas que cumprem sua função social e desestimulando ou sancionando as que vão em sentido contrário.

Muito embora as relações entre pessoas, principalmente na esfera privada,como, por exemplo, as relações trabalhistas, possam parecer apenas de interesse próprio, fato é que nenhum direito é tido atualmente como absoluto (nem o direito de propriedade) e que se volta a satisfazer o interesse tão somente dos particulares nele envolvidos, como se percebia claramente na elaboração do Código Civil de 1916 e nos Direitos Romano e Francês do século XIX.

O Código Civil de 2002, como se percebe, dá ênfase à função social das relações contratuais, por meio de princípios como Relativização das Obrigações Contratuais, Boa-fé Objetiva e também por adotar expressamente no artigo 187 a Teoria do Abuso de Direito, transcrita abaixo:

> Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

Sobre o assunto, Tatiana Bonatti Pires aduz que

> O Código Civil anterior foi elaborado em uma época em que vigorava o absolutismo dos direitos, isto é, a ideia de inexistência de limites para o seu exercício.
> O referido diploma legal adotava de forma preponderante o método casuístico, isto é, pretendia regrar a vida dos membros da sociedade de modo exaustivo, de modo a ser pretensamente completo e sem lacunas.
> Tal sistema foi, ao longo dos anos, revelando-se falho e acolhedor de situações injustas praticadas com fundamento de terem amparo no direito positivo.
> […]

> A partir da segunda metade do século XIX, a jurisprudência começou a reconhecer que o absolutismo dos direitos, especialmente do direito de propriedade (o mais absoluto de todos) era um mito, ressurgindo, após o eclipse individualista, a noção de abuso de direito, originada, ainda que de forma tímida, no direito romano.
> […]
> Com a frequente prática de atos dessa natureza, tornou-se necessária a limitação do exercício dos direitos subjetivos no âmbito dos limites estabelecidos por sua própria finalidade social e econômica.
> […]
> A teoria do abuso de direito foi expressamente consagrada no artigo 187, do CC.
> […]
> Na esfera contratual, ainda que não houvesse norma específica, aplicar-se-ia a teoria do abuso de direito.
> Os artigos 421 e 422 do CC/2002 são identificados como desdobramentos da norma do art. 187 do CC/2002 no campo contratual, isto é, assim como o exercício dos direitos subjetivos, também a liberdade contratual encontra limites decorrentes da função social e da boa-fé; […]
> Desde a vigência do Código Civil muito tem se falado sobre a função social do contrato, princípio que limita a liberdade contratual. (2009, p. 292-297).

Andrea Cristina Zanetti identifica positivado o princípio da função social dos contratos no artigo 170, da CF, ao falar sobre a livre iniciativa com a finalidade do desenvolvimento e Justiça Social.

> A função social está presente na Constituição Federal de 1998. Expressamente voltada à propriedade, no art. 170, inciso III, da CF e implicitamente relacionado à área de contratos, no art. 170, *caput*, e artigo 1º, inciso IV, por meio do conceito de livre iniciativa, em busca do desenvolvimento e justiça social. (2012, p. 105)

Flávio Tartuce, em sua obra *Função Social dos Contratos*, enfoca as passagens em que o princípio da função social das relações contratuais aparece de forma expressa do Diploma Civil e, também, destaca a sua constitucionalização no âmbito do Direito Contratual, dando a ele importância que vai além de norma legal.

Aduz, ainda, que se trata de norma cogente, aplicável a todos os ramos do Direito e de caráter inafastável, mesmo por vontade das partes ou por cláusulas. É aplicável a todos os ramos do Direito, pois se encontra expressamente previsto no Código Civil no artigo 421, de forma que esse diploma, de acordo com o artigo 4º, da Lei de Introdução ao Ordenamento Jurídico Brasileiro, é fonte subsidiária de todos os outros ramos dessa ciência.

> Em matéria de contratos, assunto que nos interessa no presente trabalho, faz-se necessária a transcrição do disposto no art. 421 do novo CC, que traz preceito pelo qual a ‘liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato’.
> […]

> Pois bem, pela vanguarda da nova tese, os contratos devem ser interpretados de acordo com a concepção lógica do meio social em que estão inseridos, não trazendo onerosidades excessivas às partes contratantes, garantindo que a igualdade entre elas seja respeitada, equilibrando a relação em que houver a preponderância da situação de um dos contratantes sobre a do outro. Valoriza-se a equidade, a razoabilidade, o bom senso, afastando-se o enriquecimento sem causa, ato unilateral vedado expressamente pela própria codificação emergente, nos seus arts. 884 a 886.
> […]
> Antes de qualquer mergulho mais profundo na matéria, é pertinente deixar claro que entendemos ser a função social dos contratos verdadeiro princípio geral do ordenamento jurídico, abstraído das normas, do trabalho doutrinário, da jurisprudência, dos aspectos sociais, políticos e econômicos da sociedade. A função social do contrato é um preceito básico, explícito no Código atual, verdadeira fonte secundário do direito átrio, pelo que o art. 4º. da LICC prevê.
> Em reforço, a função social do contrato é princípio que interessa à coletividade, constituindo tanto o art.421 quando o 2035, parágrafo único, ambos do Novo CC, norma de ordem pública, inafastáveis por convenções ou disposição contratual.
> Conceituamos o princípio da função social do contrato, nesse sentido, como um regramento contratual, de ordem pública a despeito do que o art. 2035, parágrafo único, do novo CC prevê –, pelo qual o contrato deverá ser, necessariamente, analisado e interpretado de acordo com o contexto da sociedade.
> Não se pode afastar o fundamento constitucional desse preceito, pelas razões que passamos a expor. Inicialmente, a função social do contrato está intimamente ligada à proteção dos direitos inerentes à dignidade humana, amparada no art. 1, III, da CF 1988. Ademais, tendo em vista ser um dos objetivos da República a "justiça social" (art. 170, caput, do Texto Maior), bem como a solidariedade entre todos (art. 3º, III), aqui também residiria a função social dos pactos e negócios. (2005, p. 195-200)

Silvio de Salvo Venosa reconhece a existência do princípio da função social nos contratos e dá enfoque para o fato de que ele é um freio, um limitador a vontade de contratar, mas de caráter abstrato e genérico, devendo ser preenchida pelo julgador nos casos em concreto.

> Destacamos que a função social do contrato que norteia a liberdade de contratar, segundo art. 421, está a indicar uma norma aberta ou genérica, a ser preenchida pelo julgador no caso em concreto.
> […]
> Na contemporaneidade, a autonomia da vontade clássica é substituída pela autonomia privada, sob a égide de um interesse social. Nesse sentido o Código aponta para a liberdade de contratar sob o freio da função social. Há, portanto, uma nova ordem jurídica contratual, que se afasta da teoria clássica, tendo em vista mudanças históricas tangíveis. O fenômeno do interesse social na vontade privada não decorre unicamente do intervencionismo do Estado nos interesses privados, com o chamado dirigismo contratual, mas da própria modificação de conceitos históricos em torno da propriedade. No mundo contemporâneo há infindáveis interesses interpessoais que devem ser sopesados, algo nunca imaginado em passado recente, muito além dos princípios do simples contrato de adesão. (2008, p. 387-388)

Fábio Ulhoa Coelho, no mesmo sentido dos autores supracitados, leciona ser a função social dos contratos princípio que limita a vontade de contratar, devendo nortear e estar presente em todas as relações. Alega, ainda, que o contrato que não cumpre esse princípio terá de ser considerado nulo, uma vez que estará infringindo norma cogente, aplicável a todos.

> Por tudo que se examinou acerca da evolução do direito dos contratos, pode-se afirmar, desde logo, que a função social insculpida como cláusula geral no Código Civil (art. 421. 'a liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato') não se refere à consolidação da civilização ou à afirmação da individualidade. A função social referida na lei é uma limitação da liberdade de contratar, no sentido da invalidade dos contratos que não a cumprem. Tanto assim que considera o Código, numa regra de caráter transitório, que o contrato sem função social é nulo por contrariar norma de ordem pública (art. 2035, parágrafo único). (2010, p. 50)

Portanto, percebe-se a necessidade da observância do princípio da função social nas relações contratualistas, nas mais diferentes esferas em que ela possa surgir, especialmente nas relações trabalhistas, assim como nos contratos de terceirização, sob pena de nulidade da avença por violação a norma cogente.

4.1 Função Social, Justiça Social e terceirização da atividade-fim de acordo com Projeto de Lei n. 4.330/2004

Um dos pontos mais controvertidos do Direito é a definição do que vem a ser Justiça. Tomando como base a relatividade e as diversas facetas que essa palavra pode assumir, certo é que o positivismo jurídico a define como dar tratamento igual aos iguais e desigual aos desiguais, tanto que a Carta Constitucional, em seu artigo 5º, *caput*, preceitua que todos são iguais perante a lei. Todavia, trata-se de uma igualdade formal, que só é estabelecida após a obtenção da igualdade material (tratar os iguais de maneira igual e os desiguais de maneira desigual).

> Assim, o que desde logo se pode perceber é que a antiga e conhecida máxima aristotélica, segundo a qual deve haver tratamento igual aos iguais e desigual aos desiguais, na medida dessa desigualdade, apesar de correta, não concretiza explicação adequada quanto ao sentido e ao alcance do princípio da isonomia, porque a grande dificuldade reside exatamente em determinar, em cada caso concreto, quem são os iguais, quem são os desiguais e qual a medida dessa desigualdade.(2013, p. 179)

Nesse ponto, vale ressaltar que as medidas afirmativas, políticas públicas transitórias utilizadas pelos Governos (Federal, Estadual e Municipal), como cotas em universidades para negros, programas de assistência (bolsa-família), não ferem o princípio da igualdade previsto

no texto constitucional, uma vez que trabalham em prol da igualdade material, para, então, se chegar na formal.

Sobre o tema Justiça, Paulo Nader a coloca como o mais controvertido do Direito, de forma que, para se chegar a uma definição do justo, vários fatores devem ser sopesados, como a sociedade em que se vive, a época e a forma de organização do Estado, por exemplo.

> A justiça é o magno tema do Direito e, ao mesmo tempo, permanente desafio aos filósofos do Direito, que pretendem conceituá-la, e ao próprio legislador que, movido por interesse de ordem prática, pretende consagrá-la nos textos legislativos. A sua definição clássica foi uma elaboração da cultura greco-romana. Com base nas concepções de Platão e Aristóteles, o jurisconsulto Ulpiano assim a formulou: *Justitia est constans et perpetua voluntas jus suum cuique tribuendi*(Justiça é a constante e firme vontade de dar a cada um o que é seu). Inserida no *Corpus Juris Civilis*, a presente definição, além de retratar a justiça como virtude humana, apresenta a ideia nuclear desse valor: *Dar a cada um o que é seu.* Esta colocação, enganadamente alguns consideram ultrapassada em face da justiça social, é verdadeira e definitiva; válida para todas as épocas e lugares, por ser uma definição de natureza formal, que não define o conteúdo do seu de cada pessoa. O que sofre variação, de acordo com a evolução cultural e sistemas políticos, *é o que deve ser atribuído a cada um.* O capitalismo e o socialismo, por exemplo, não estão de acordo quanto às medidas de repartição dos bens materiais na sociedade. (2010, p. 105)

Fica nítido que, para o autor, o tema Justiça toma como base a definição de “dar a cada um o que é seu”, de forma que o que altera é a concepção de se definir o que é de cada um, fato que só pode ser delimitado analisados os contextos sociais e culturais em que vivem as pessoas.

John Rawls traz a justiça como o cerne, o centro e a base de qualquer sociedade e suas instituições sociais. Aduz que a criação de qualquer Estado ou instituições que não a tome como base deverá ser reformulada.

> A justiça é a virtude primeira das instituições sociais, assim como a verdade o é dos sistemas de pensamento. Por mais elegante e econômica que seja, deve-se rejeitar ou retificar a teoria que não seja verdadeira; da mesma maneira que as leis e as instituições, por mais eficientes e bem organizadas que sejam, devem ser reformuladas ou abolidas se forem injustas. Cada pessoa possui uma inviolabilidade fundada na justiça que nem o bem-estar de toda a sociedade pode desconsiderar. Por isso, a justiça nega que a perda da liberdade de alguns se justifique por um bem maior desfrutado por outros. Não permite que os sacrifícios impostos a poucos sejam contrabalançados pelo número maior de vantagens que desfrutam muitos. Por conseguinte, na sociedade justa as liberdades da cidadania igual são consideradas irrevogáveis; os direitos garantidos pela justiça não estão sujeitos a negociações políticas nem ao cálculo de interesses sociais. (2008, p. 4)

Para Amartya Sen, a Justiça não deve ser analisada na ótica transcendentalista, analisando apenas suas instituições e regras, mas, sim, numa ótica de "ponto de partida", analisando como se chegar a uma sociedade justa e não somente estudando se esta possui instituições justas ou não.

> Devemos atribuir importância ao ponto de partida, em especial à seleção de algumas questões a serem respondias (por exemplo, 'como a justiça seria promovida?') em lugar de outras (por exemplo, 'o que seriam instituições perfeitamente justas?'). Esse ponto de partida tem como efeito uma dupla divergência: primeiro, toma-se a via comparativa, em vez da transcendental; segundo, focam-se as realizações que ocorrem nas sociedades envolvidas, em vez de focar apenas as instituições e as regras. Dado o presente balanço de ênfase na filosofia política contemporânea, esse efeito vai exigir uma mudança radical na formulação da teoria da justiça. (2014, p. 39)

Por sua vez, Hans Kelsen explica:

> O que realmente significa dizer que uma ordem social é justa? Significa que essa ordem regula a conduta dos homens de modo satisfatório a todos, ou seja, que todos os homens encontram nela sua felicidade. O anseio por justiça é o eterno anseio do homem pela felicidade. É a felicidade que o homem não pode encontrar como indivíduo isolado e que, portanto, procura em sociedade. A justiça é a felicidade social. (2005, p. 9).

Como visto, o conceito de Justiça não é uníssono, tampouco assente entre os filósofos, tomando a maioria como ponto de partida a expressão *dar a cada um o que é seu* para se chegar à conclusão.

No entanto, sob o prisma jurídico, dentre as várias facetas que a Justiça pode ganhar, uma delas é a Justiça Social, segundo a qual as instituições, a sociedade e o Direito devem trabalhar em prol dos menos favorecidos, adotando políticas que atendam a esse fim, pautando-se na proporcionalidade, tratando, dessa maneira, os iguais de maneira igual e os desiguais de maneira desigual.

Para Paulo Nader,

A finalidade da Justiça Social consiste na proteção aos mais pobres e aos desamparados, mediante a adoção de critérios que favoreçam uma repartição mais equilibrada das riquezas.

> […] A justiça social observa os princípios da igualdade proporcional e considera a necessidade de uns e a capacidade de contribuição de outros. No plano internacional é defendida atualmente com o objetivo de que as nações mais ricas e poderosas favoreçam às que se acham em fase de desenvolvimento. (2010, p. 112)

Analisado os conceitos sobre Justiça e, em especial a Justiça Social, bem como após estudo da Função Social, percebe-se quem ambos os institutos estão intimamente relacionados, sendo a função social importante instrumento de atendimento à Justiça Social, pois atualmente ela é tida como princípio inserto no Texto Constitucional e, também, em diversas outras legislações infraconstitucionais, não permitindo que as relações entre particulares ou/e entre Estado/Particular possam adotar critérios e interesses individuais que atendam ou satisfaçam apenas a vontade das partes.

A função social, sem sombra de dúvidas, é um instrumento jurídico pelo qual a desigualdade social poderá ser diminuída, uma vez que o Direito criará normas que dificultem ou sancionem a formação de relações jurídicas que vão de encontro a ela e, por outro lado, normas que estimulem as relações que dão atendimento a ela.

Hoje, para a criação de leis e jurisprudências, deve-se sopesar as circunstâncias e impactos sociais, e não somente individuais que um precedente jurisprudencial ou um texto legal poderá ensejar, alcançando-se, dessa maneira, uma sociedade menos desigual e mais próxima o possível de sua Justiça Social.

Conclusão

À guisa de conclusão**,** não pairam dúvidas de queos direitos dos trabalhadores são direitos fundamentais e são inarredáveis da dignidade da pessoa humana do trabalhador, corresponde a garantias mínimas para uma vida digna. Dessa forma, sob pretexto de moderna organização produtiva e do trabalho não podem ser precarizados sob pena de violar princípio-regra-valor que é a dignidade da pessoa humana e gerar injustiça social.

É neste contexto que deve ser analisado o Projeto de Terceirização (Projeto de Lei n. 4330/2004), posto que, muito embora tenha pontos positivos, conforme restou demonstrado, no que se refere à terceirização da atividade-fim do tomador, além de representar um retrocesso social, viola a função social do contrato e a justiça social na medida em que gera desigualdades entre trabalhadores material e formalmente iguais, violando direitos sociais e fundamentais dos trabalhadores, já que reduzirá os direitos trabalhistas, os quais deveriam ser protegidos e efetivados com fulcro a uma vida digna.

Diante da aprovação do Projeto de Lei n. 4.330/2004 haverá um grande número de demissões para posterior contratação de trabalhadores terceiros, culminando com uma terceirização discriminatória e a precarização das condições laboral, gerando, consequentemente, a diminuição da qualidade de vida e injustiça social, o que viola a função social do contrato.

Outrossim, admitir a hipótese da terceirização da atividade-fim do tomador significaria permitir o regresso dos direitos conquistados pelos trabalhadores em prol dos interesses capitalistas, o que não se coaduna com os fins buscados pela justiça social

Referências

ALEXEY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. de Virgílio Afonso da Silva. 2ª. ed.(5ª. ed. Alemã). São Paulo: Malheiros, 2009.

ALKIMIN, Maria Aparecida. **Violência na Relação de Trabalho e a Proteção à Personalidade do Trabalhador.** Curitiba: Juruá, 2009.

ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de Direito Constitucional.** 18. ed. São Paulo: Verbatim, 2013.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Nova Ed.Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Apresentação Celso Lafer. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BRASIL, Projeto de Lei n. 4330, de 10 de novembro de 2004. Dispõe sobre os contratos de terceirização e as relações de trabalho deles decorrentes. Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=267841. Acesso em 25 jul 2015.

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria a Constituição**. 7. ed. Almedina: Portugal, 2010.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Civil.** v. 3, 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos Direitos Humanos.** 3 ed, rev e ampl. São Paulo: Saraiva, 2003.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho.** São Paulo: LTr, 2011.

KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do estado**. Tradução Luís Carlos Borges. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais.** 3 ed. São Paulo: Atlas, 2011.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Direitos Fundamentais Trabalhistas.**São Paulo: Atlas, 2008.

NADER, Paulo. **Introdução ao Estudo do Direito**. 32. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de Direito do Trabalho.** 26 ed.São Paulo: Saraiva, 2011.

PERES, Tatiana Bonatti. Função Social do Contrato. **Revista de Direito Privado**, ano 10, n. 40, out.-dez. 2009.

RAWLS, John**. Uma Teoria da Justiça**. São Paulo: Marins Fontes, 2008.

ROMAR, Carla Teresa Martins. **Direito do Trabalho esquematizado.** São Paulo: Saraiva, 2013.

SARLET, Ingo Wolfgand. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988.** 3. ed., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

_____. Direitos fundamentais sociais e proibição de retrocesso:algumas notas sobre o desafio da sobrevivência dos direitos sociais num contexto de crise. Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica. Porto Alegre, n. 2, 2004.

SEN, Amartya. **A ideia de justiça.** São Paulo: Companhia das Letras, 2014.

SUSSEKIND, Arnaldo. **Instituições de Direito do Trabalho.** 16 ed.atual. São Paulo: RT, 1996;

TELLES JUNIOR, Goffredo. **Iniciação na Ciência do Direito**. 4ª. ed. ver. e atual., São Paulo: Saraiva: 2008.

TARTUCE, Flávio. **Função Social dos Contratos: do Código de Defesa do Consumidor ao novo Código Civil**. São Paulo: Método, 2005.
VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos.** 8. ed., v. 2. São Paulo: Atlas, 2008.
ZANETTI, Andrea Cristina. **Princípio do Equilíbrio Contratual**. São Paulo: Saraiva, 2012