SEMINÁRIO NACIONAL DE FORMAÇÃO DE PESQUISADORES E INICIAÇÃO CIENTÍFICA EM DIREITO DA FEPODI

S472
Seminário Nacional de Formação de Pesquisadores e Iniciação Científica em Direito da FEPODI [Recurso eletrônico on-line] organização Federação Nacional dos Pós-Graduandos em Direito - FEPODI;

Coordenadores: Beatriz Souza Costa, Lívia Gaigher Bosio Campello, Yuri Nathan da Costa Lannes – Belo Horizonte: ESDH, 2017.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-383-2
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

1. Direito – Estudo e ensino (Graduação e Pós-graduação) – Brasil – Congressos nacionais. 2. Direito Constitucional. 3. Direito ambiental. 4. Direito Administrativo. 5. Direito Civil. 6. Direito Penal. 7. Direitos Humanos. 8. Direito Tributário. 9. Filosofia Jurídica. 10. Gênero. 11. Diversidade Sexual. I. Seminário Nacional de Formação de Pesquisadores e Iniciação Científica em Direito da FEPODI (1:2016 : Belo Horizonte, MG).

CDU: 34

FEPODI
FEDERAÇÃO NACIONAL DOS PÓS-GRADUANDOS EM DIREITO

SEMINÁRIO NACIONAL DE FORMAÇÃO DE PESQUISADORES E INICIAÇÃO CIENTÍFICA EM DIREITO DA FEPODI

Apresentação

É com imensa satisfação que a Escola Superior Dom Helder Câmara e a Federação Nacional dos Pós-graduandos em Direito – FEPODI apresentam à comunidade científica os Anais do Seminário Nacional de Formação de Pesquisadores e Iniciação Científica em Direito. Tal produção resulta do exitoso evento sediado nas dependências da Escola Superior Dom Helder Câmara, em Belo Horizonte-MG, nos dias 10 e 11 de outubro de 2016, que contou com o valioso apoio do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito – CONPEDI e da Associação Brasileira de Ensino do Direito – ABEDi.

Trata-se de obra coletiva composta por 263 (duzentos e sessenta e três) resumos expandidos apresentados no seminário e que atingiram nota mínima de aprovação dentre os 318 (trezentos e dezoito) trabalhos submetidos ao evento. As comunicações científicas estão organizadas em 21 (vinte e um) Grupos de Trabalho ligados a diversas áreas do direito, inseridos num ambiente de ricos debates e profundas trocas de experiências entre os representantes das mais diversas localidades do Brasil.

Os referidos Grupos de Trabalho contaram, ainda, com a contribuição de proeminentes docentes ligados a renomadas instituições de ensino superior do país, os quais indicaram os caminhos para o aperfeiçoamento dos trabalhos dos autores, afim de que eles estejam aptos, após desenvolvimento, a serem publicados posteriormente nos periódicos jurídicos nacionais.

Neste prisma, os presentes anais, de inegável valor científico, já demonstram uma contribuição para a pesquisa no Direito e asseguram o cumprimento dos objetivos principais do evento de fomentar o aprofundamento da relação entre pós-graduação e graduação em Direito no Brasil, bem como de desenvolver os pesquisadores em Direito participantes do evento por meio de atividades de formação em metodologias científicas aplicadas.

Uma boa leitura a todos!

Beatriz Souza Costa

Lívia Gaigher Bosio Campello

Yuri Nathan da Costa Lannes

Coordenadores Gerais do Seminário Nacional de Formação de Pesquisadores e Iniciação Científica em Direito.

A INDISPENSABILIDADE DA NEGOCIAÇÃO COLETIVA COMO INSTRUMENTO JURÍDICO POSSIBILITADOR DO CONTROLE CIVILIZATÓRIO DA TERCEIRIZAÇÃO

LA INDISPENSABILIDAD DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA COMO INSTRUMENTO JURÍDICO HABILITADOR DEL CONTROL CIVILIZATORIO DE LA TERCEIRIZACIÓN

Vladimir Andrei Ferreira Lima [1]

Resumo

A terceirização, fenômeno que ganhou grande destaque em todo mundo, tem-se apresentado como supostamente incontrolável, perpetuando-se, no Brasil, à revelia de autorização legislativa. Em virtude de seu caráter flexibilizante, importou em precarização das condições de labor e aviltamento do valor social do trabalho. Incumbe, assim, à doutrina, o importante papel de apontar instrumentos jurídicos aptos a refrear esse modelo, atendendo ao caráter teleológico do Direito do Trabalho. Neste norte, o estudo pretende apresentar a necessidade da negociação coletiva, como ferramenta capaz de contribuir para o controle civilizatório da terceirização, atendendo ao caráter progressista do Direito Laboral.

Palavras-chave: Terceirização, Necessidade de negociação coletiva, Controle civilizatório da terceirização

Abstract/Resumen/Résumé

La Terceirización, fenómeno que ganó prominencia mundial, se presenta como supuestamente incontrolable, se perpetuando en Brasil, independientemente de autorización legislativa. Debido su carácter flexibilizante, ha conducido a condiciones precarias de labor y a la degradación del valor social del trabajo. Es, pues, de la doctrina, la importante función de apuntar los instrumentos jurídicos capaces de frenar este modelo, en atención al carácter teleológico de la legislación laboral. Por lo tanto, el estudio tiene como objetivo presentar la necesidad de negociación colectiva, como herramienta capaz de contribuir para el control civilizatório de la terceirización, dada la naturaleza progresiva del Derecho Laboral.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Terceirización, Necesidad de la negociación colectiva, Control civilizatório de la terceirización

[1] Pós-graduado em Direito do Trabalho pela PUC-MG. Pós-graduado em Processo Civil pela Faculdade de Direito Damásio de Jesus. Bacharel em Direito pela UFMG. Advogado.

INTRODUÇÃO

A terceirização é um fenômeno que já se sedimentou mundialmente, estando presente em maior ou menor intensidade em alguns países. Tem como objetivo, em síntese, a desoneração dos custos por parte do empresário tomador de serviços e a obtenção de eficiência organizacional com a utilização deste método de gestão da mão de obra.

O tratamento jurídico legislativo pontual sobre o tema tem sido interpretado pelo empresariado como autorização para se terceirizar. Desde a década de 70 do século passado, quando o fenômeno começou a ter contornos mais sólidos, as empresas começaram a terceirizar determinadas atividades à revelia de autorização legal, o que ocorreu, ilustrativamente, com os serviços de limpeza e conservação.

A falta de regulamentação do instituto, de maneira ampla, deu ensejo à sua disseminação, implicando precarização das relações de emprego, pois, rompe-se com o modelo bilateral clássico que possibilita assegurar os direitos justrabalhistas com maior efetividade. Dentre as conseqüências do fenômeno apontadas pela doutrina pode-se apontar o fato de que, frequentemente, os terceirizados recebem salários menores do que os dos empregados da empresa-cliente que executam as mesmas funções, são mais vitimados em acidentes de trabalham quando comparados aos obreiros da tomadora, possuem uma organização sindical incipiente em virtude da sua vinculação ao sindicato da empresa prestadora de serviço, sentem-se deslocados em virtude do recebimento de tratamento diferenciado, possuem dificuldades em receber seus créditos em virtude do debate acerca do labor atividade-meio e fim, e da diferenciação da responsabilidade das empresas, dentre outros fatores.

Tendo em vista que este contexto fático implica aviltamento do valor social do trabalho executado pelos empregados terceirizados, objetiva-se nessa breve exposição sugerir, através da adoção da vertente metodológica jurídico-dogmática, e em especial, das técnicas investigativas histórico-jurídica, jurídico-propositiva e jurídico-projetiva, analisar alguns aspectos do instituto de maneira sucinta, mas não superficial, bem como propor mecanismo jurídico capaz de auxiliar no controle civilizatório da terceirização.

1. A (IN)EVITABILIDADE DO MODELO TERCEIRIZANTE

Tem-se difundido o discurso, que a terceirização, enquanto modelo decorrente do processo globalizante do capital, é uma realidade inevitável, indispensável às empresas que

desejam sobreviver em um ambiente altamente competitivo, de modo que, através dela, possam concentrar-se em seus objetivos finalísticos, delegando atividades acessórias a outras empresas especializadas.

Maurício Godinho Delgado, nesse sentido, destaca a terceirização trabalhista é parte de um avanço desregulamentador e flexibilizador do ordenamento juslaboral, que ocorreu à revelia de autorização legal, realizando-se como fato "supostamente incontrolável", acima de todo o direito (2006, p. 65/66). Acrescenta que o incentivo a esse modelo, ou a submissão a ele, traduz muito mais o domínio de uma conjuntura de desvalorização do trabalho e emprego (e, naturalmente, do trabalhador), do que uma conseqüência inexorável de algum determinismo econômico (2006, p. 52/52).

Em apontamento crítico a esta concepção determinista do fenômeno, marcada, sobretudo, pelo sofisma da inevitabildiade, Jorge Luiz Souto Maior pondera que o ponto de partida de todo discurso que envolve a terceirização trabalhista é de que ela seria um "fenômeno que veio para ficar", de maneira que o raciocínio que envolve o modelo seria limitado "à busca de idéias para que se aprenda a conviver com a terceirização, deixando-se de lado qualquer avaliação sobre o fenômeno em si" (2010. p. 46). Partindo-se deste pressuposto, posicionamentos que objetivam reparar ou compensar a desigualdade factual dos terceirizados tem sido julgados ultrapassados e contrários à modernidade, sobressaindo-se, assim, a terceirização trabalhista "não só como fenômeno modernizante, mas, sobretudo, inexorável" (ALMEIDA, 2010, p. 315).

A terceirização "impõe uma lógica de atentados aos direitos sociais, valendo-se da perversidade de se apresentar, meramente, como técnica moderna, inevitável e irreversível de produção". Assim, se prestaria unicamente a mascarar a relação existente entre capital e trabalho, de maneira que "o único aspecto irreversível da terceirização é o rebaixamento da condição humana". (MAIOR, 2010. p. 54). Para Delgado:

> o que é intolerável para as empresas, regra geral, são condições desiguais de concorrência em um mesmo mercado, sendo semelhante tais condições, todas elas podem se ajustar ao custo básico da mercadoria produzida, projetando-o no preço final do produto. Se a terceirização passa a ser tolerada ou mesmo estimulada, todo o empresariado tem de adotá-la em seus estabelecimentos, sob pena de passar a se submeter a condições desiguais de competição. (2006, P. 51/52).

Assim, a primeira premissa indispensável à análise de qualquer instrumento que possa propiciar o controle civilizatório da terceirização, é a de que ela não constitui um fenômeno implacável, sendo papel da doutrina apontar mecanismos jurídicos capazes de refrear sua prática, atendendo ao caráter teleológico do Direito do Trabalho. Os países europeus resistiram a terceirização, onde "a prática é restrita às hipóteses em que se afigure

imprescindível para o desenvolvimento empresarial, sem que isso signifique a mitigação dos direitos trabalhistas" (MIRAGLIA, 2008, p. 116).

2. A NECESSIDADE DE AUTORIZAÇÃO LEGISLATIVA.

No que diz respeito à sua regulamentação legislativa no Brasil, ainda que de forma incipiente no início, a terceirização teria se mostrado presente desde a década de 40 do século passado, nos arts. 455, e 652, "a", III, ambos da CLT, embora não recebesse qualquer epíteto designativo especial (DELGADO, 2012, p. 436). Ao final dos anos 60 e início dos 70, despontaram novas referências legislativas ao fenômeno (ainda sem qualquer designação especial, ressalte-se), restritas ao setor público, a exemplo do art. 10º do Decreto Lei 200/67 e da Lei 5.645/70, sendo tratada mais especificamente na década de 1970 nas Leis 6.019/74 e 7.102/83 (DELGADO, 2012, p. 436) (SILVA, 2015, p. 201). Embora não mencionado pela doutrina majoritária, acredita-se que a Lei do Rural, Lei 5.889/73, tenha possibilitado a terceirização também nesse meio, em seu art. 4º, desde que não se caracterize pela intermediação ilícita, como a realizada pelos "testas-de-ferro" ou "gatos" (PRUNES, 1995, p. 359)[1]. Depois da Constituição Federal de 1988, surgiram novas referências legislativas ao tema, como na Lei 8.987/95 e Lei 9.472/97.

Inicialmente o Tribunal Superior do Trabalho admitia, na Súmula 256, a terceirização apenas nas hipóteses em que a Lei a autorizava expressamente (trabalho temporário e serviços de vigilância armada). Contudo, com a edição da Súmula 331, ampliou significativamente as hipóteses de terceirização, ao admiti-la em qualquer serviço especializado ligado à atividade-meio do tomador, desde que inexistente pessoalidade e subordinação direta.

A doutrina majoritária não deixa dúvidas de que ela é uma forma de flexibilização do Direito do Trabalho, uma vez que rompe com o clássico modelo bilateral, dando origem ao surgimento de uma relação triangular em que há a desconexão da relação econômica de trabalho da relação justrabalhista que lhe é correspondente. Insere-se o obreiro no processo produtivo do tomador, sem, contudo, que se lhe estenda os laços justrabalhistas correlatos (DELGADO, 2006, p. 43). Acaba, assim, por implicar em precarização do labor e nas conseqüências mencionadas alhures.

[1] "A Lei 5.889, que dá proteção ao trabalhador rural, além de uma previsão útil e defensável, num momento de rara infelicade, abriu também possibilidade de legitimidade ao nefasto atravessador de mão-de-obra, eis que engloba uma série de possibilidade no art. 4º. (...) Bem se sabe que alguns trabalhos dessa natureza são de antiga tradição e realmente coordenados por pequenos empreendedores autônomos, como é o caso das equipes de tosa de ovelhas no interior do rio Grande do Sul. Mas também não se pode ignorar que existe a figura do <<gato>>, o intermediador de mão-de-obra entre os ruralistas e os <<bóias-frias>>". (PRUNES, 1995, p. 359)

Deste modo, tratando-se a terceirização de forma de flexibilização do Direito do Trabalho, dever-se-ia interpretá-la, à luz da Carta Magna de 1988, como a exceção e não como regra, dependendo, pois, de autorização legislativa. Miraglia acentua que:

> no Brasil, a Constituição é comumente interpretada à luz das leis infraconstitucionais (esquecendo-se, talvez propositalmente, que o correto é a leitura das leis em face das normas constitucionais), estabelecendo-se verdadeiro caos jurídico nas relações terceirizadas, pois a falta de norma regulamentadora faz parecer que tudo é possível, ainda que contrário aos preceitos constitucionais. (2008, p.146)

Defende-se, assim, que o legislador infraconstitucional expressamente teria mencionado o que poderia ser terceirizado, tendo por base determinada realidade sócio-econômica do país. Cite-se como exemplo a necessidade transitória de substituição do pessoal regular e permanente e acréscimo extraordinário de serviço (art 2º da Lei. 6.019/74), a dificuldade de se obter mão-de-obra no meio rural para prestar determinados serviços (art. 4º da Lei 5.889/73), ou até mesmo as peculiaridades de determinadas atividades (Lei 7.102/83 e art. 94, II, da Lei 9.472/97).

3. A NECESSIDADE DE NEGOCIAÇÃO COLETIVA

O Constituinte de 1988, atento às mudanças no mundo promovidas pela globalização e a rápida ascensão de novas tecnologias e modelos de produção e organização da mão-de-obra, para equilibrar a livre iniciativa com o valor social do trabalho (art. 1º, IV, e 170, "caput", CF/88), aumentou as hipóteses de flexibilização em relação ao ordenamento anterior (art. 7º, VI, XIII e XIV), mas exigiu em contrapartida a tutela sindical (art. 7º, XXVI, 8º, III e VI). A legislação infraconstitucional também acentua a necessidade de negociação coletiva quando se pretenda flexibilizar direitos trabalhistas. Ilustrativamente, cite-se na CLT, a fixação do tempo médio de deslocamento (horas *in itinere*) nas microempresas e empresas de pequeno porte (art. 58, §3º), a jornada a tempo parcial para atuais empregados (art. 58-A, §2º), a compensação anual de horas extras (art. 59, §2º), a redução ou fracionamento do intervalo intrajornada para alguns trabalhadores do setor de transporte coletivo de passageiros (art. 71, §5º), a conversão de 1/3 das férias coletivas em abono pecuniário (art. 143, §2º), a extensão da jornada do motorista rodoviário por mais 4 horas extraordinárias ou a fixação da jornada 12 x 36 (art. 235-C, *caput* e 235-F) e a suspensão do contrato de trabalho para qualificação profissional (art. 476-A).

Na jurisprudência consolidada do TST, a necessidade de negociação coletiva se para se flexibilizar algumas matérias se faz presente, exemplificativamente, na instituição de

"banco de horas" (súmula 85, V), na jornada de até 8 horas em TIR, sem que as 7ª e 8ª horas sejam computadas como extras (súmula 423), no estabelecimento excepcional de jornada 12 x 36 (súmula 444), na fixação de jornada superior a 6 horas para o empregado horista que trabalha em TIR (OJ 275 SDI-1) e na adoção do sistema de compensação denominado "semana espanhola" (OJ 323 SDI-1).

Ainda existem determinadas legislações esparsas que admitem a flexibilização das condições de trabalho, mediante negociação coletiva, sendo que é o que ocorre com o contrato por prazo determinado regulamentado pela Lei 9601/98, o Programa de Proteção ao Emprego instituído pela Lei 13.189/15, a contratação temporária de empregado rural sem anotação na CTPS (art. 14-A, II, "a" da Lei 5.889/73), a intermediação de trabalhador avulso por sindicato para as atividades de movimentação de mercadoria em geral (art. 1º, *caput*, Lei 12.023/09).

Ademais, nem mesmo através de negociação coletiva podem ser flexibilizados determinados direitos. Neste sentido, a jurisprudência do TST veda que mesmo através dela, se estabeleça compensação de jornada em atividades insalubres sem prévia inspeção e autorização da autoridade competente (súmula 85, VI), fixe-se adicional de insalubridade em percentual inferior ao estabelecido em lei e proporcional ao tempo de exposição ao risco (súmula 364, II), suprima-se ou reduza-se o intervalo intrajornada (súmula 437, II), haja o elastecimento do limite de 5 minutos que antecedem e sucedem a jornada de trabalho para fins de horas extras (súmula 449), restrinja-se a percepção da PLR em razão da não vigência do contrato de trabalho à época de seu pagamento (súmula 451) altere-se a natureza do auxílio-alimentação de forma retroativa (OJ 413 SDI-1), regulamente-se jornada de trabalho em TIR de forma retroativa (OJ 420 SDI-1), estabeleça-se a possibilidade de renúncia ou transação pela gestante das garantias referentes à manutenção no emprego e salário (OJ 30 SDC).

Tendo em vista a natureza flexibilizatória inerente à terceirização, que fragmenta o clássico modelo protetivo da relação de emprego trazido pela CLT e resulta, por conseqüência, em uma estrutura precarizante do labor do empregado terceirizado, tornar-se-ia indispensável a negociação coletiva nesse processo.

A tomadora de serviços deveria negociar com o sindicato da categoria quando pretender terceirizar alguma de suas atividades, pois o sindicato obreiro teria melhores condições de verificar a indispensabilidade da terceirização, tendo em vista a fase econômica da empresa, as condições de trabalho dos empregados terceirizados, dentre outras questões. Sérgio Pinto Martins afirma que:

> Os sindicatos [...] não simpatizam com a terceirização, pois há perda de postos de trabalho, inibição do sindicalismo, com a desagregação dos filiados da categoria, o que pode afetar as bases sindicais, reduzindo a dimensão da categoria e a

> representatividade do sindicato. O sindicato tem perda de receitas, tanto em reação à mensalidade dos associados, que deixam de sê-lo, como a menor possibilidade da cobrança da contribuição confederativa, sindical e assistencial. (1996, p. 33)

Logo, a negociação coletiva poderia propiciar a aplicação de instrumentos jurídicos sugeridos pela doutrina, capazes de atenuar ou inibir as mazelas que acompanham o modelo precarizante que a terceirização traz consigo. Cite-se dentre estes mecanismos jurídicos trazidos pela doutrina, que aos poucos o TST incorpora em sua jurisprudência, a necessidade de isonomia salarial entre trabalhadores terceirizados e empregados da tomadora de serviço; responsabilização da empresa-cliente; vinculação à entidade sindical da categoria dos trabalhadores da empresa tomadora; a indispensabilidade de se garantir isonomia no que se refere às condições de saúde e segurança no ambiente de trabalho (DELGADO, 2012) (DELGADO, 2003) (MIRAGLIA, 2008) e o enfrentamento dos efeitos negativos para o perfil psicológico dos trabalhadores (TERRA, 2008);

Assim, negociação coletiva entre sindicato da categoria e o tomador de serviços, poderia regulamentar desde aspectos salariais na contratação de terceirizados, até pontos relacionados às condições ambientais de trabalho, representatividade sindical, benefícios da categoria extensíveis aos terceirizados, dentre outras questões, respeitado, o patamar civilizatório mínimo, os princípios da adequação setorial negociada, da isonomia e do caráter progressista do Direito do Trabalho.

4. CONCLUSÃO

Resulta dessa breve análise que a terceirização não seria um modelo implacável, em relação ao qual do Direito do Trabalho deveria se submeter e aceitar suas inevitáveis conseqüências. E, ainda, não parece que a terceirização possa ser praticada em toda e qualquer hipótese, nos moldes como vem sendo realizada, à revelia de autorização legislativa, pois a livre iniciativa não pode se divorciar da valorização do trabalho humano (arts. 1º, IV e 170, "caput", CF/88), enumerando, assim, a lei, as situações em que ambos os princípios podem conviver harmonicamente. Sustenta-se, neste giro, a tese de que a terceirização, fora das hipóteses legais, seria ilícita.

Ademais, mesmo as atuais legislações que autorizam a terceirização deveriam ser interpretadas à luz da Constituição de 1988. Embora a Carta Magna tenha ampliado as hipóteses de flexibilização, trouxe um importante balizador: a necessidade de negociação coletiva. Deste modo, poder-se-ia deduzir a hipótese de que, para haver terceirização é necessário que haja não só autorização legislativa (arts 1º, IV; 7º, "caput", 170, "caput" e 193,

CF, 2º; 3º e 9º, CLT), mas também negociação coletiva (arts. 7º, XXVI, 8º, III e VI), para, assim, se alcançar seu controle civilizatório.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Magarida Barreto de. Relação de Trabalho e Relação de Emprego: Atuação do Ministério Público do Trabalho. *In* SENA, Adriana Goulart de; DELGADO, Gabriela Neves; NUNES, Raquel Portugal. **Dignidade e Inclusão Social: Caminhos para a Efetividade do Direito do Trabalho no Brasil**. São Paulo: LTr, 2010.

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

DELGADO, Maurício Godinho. **Capitalismo, Trabalho e Emprego: Entre o** Paradgma da Destruição e os Caminhos da Reconstrução. São Paulo: LTR, 2006.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 11ª ed. São Paulo: LTR, 2012.

MAIOR, Jorge Luiz Souto. A Terceirização e a Lógica do Mal. *In* SENA, Adriana Goulart de; DELGADO, Gabriela Neves; NUNES, Raquel Portugal. **Dignidade e Inclusão Social: Caminhos para a Efetividade do Direito do Trabalho no Brasil**. São Paulo: LTr, 2010.

MARTINS, Sérgio Pinto. **A Terceirização e o Direito do Trabalho**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

MIRAGLIA, Lívia Mendes Moreira. **A Terceirização Trabalhista no Brasil**. São Paulo: Quartier Lain, 2008.

PRUNES, José Luiz Ferreira. **Terceirização do Trabalho**. 1ª ed. Curitiba: Juruá, 1995, pg. 359.

SILVA, Homero Batista Mateus da. **Curso de Direito do Trabalho aplicado**. Volume 1 – parte geral. 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.