

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL**  
**FACULDADE DE DIREITO**  
**DEPARTAMENTO DE DIREITO ECONÔMICO E DO TRABALHO**

**LEONARDO LUÍS ADOLFO**

**A RELAÇÃO DAS TERCEIRIZAÇÕES COM OS FUNDAMENTOS  
CONSTITUCIONAIS DA ORDEM ECONÔMICA**

**PORTO ALEGRE**

**2016**

**LEONARDO LUÍS ADOLFO**

**A RELAÇÃO DAS TERCEIRIZAÇÕES COM OS FUNDAMENTOS  
CONSTITUCIONAIS DA ORDEM ECONÔMICA**

Monografia apresentada ao Departamento de  
Direito Econômico e do Trabalho da  
Universidade Federal do Rio Grande do Sul  
como requisito parcial para obtenção do grau  
de bacharel em Direito.

Orientador: Ricardo Antônio Lucas Camargo

**PORTO ALEGRE**

**2016**

**LEONARDO LUÍS ADOLFO**

**A RELAÇÃO DAS TERCEIRIZAÇÕES COM OS FUNDAMENTOS  
CONSTITUCIONAIS DA ORDEM ECONÔMICA**

Monografia apresentada ao Departamento de  
Direito Econômico e do Trabalho da  
Universidade Federal do Rio Grande do Sul  
como requisito parcial para obtenção do grau  
de bacharel em Direito.

Orientador: Ricardo Antônio Lucas Camargo

Apresentada em 16 de dezembro de 2016.

**BANCA EXAMINADORA:**

---

Prof. Doutor Ricardo Antônio Lucas Camargo

Orientador

---

Prof<sup>a</sup>. Doutora Kelly Lisandra Bruschi

---

Prof<sup>a</sup>. Doutora Maria Cristina Pezzella

## **DEDICATÓRIA**

Dedico este singelo esforço à memória do operário Valzir Ribeiro Adolfo e da trabalhadora Jussara Claudete Adolfo, meus pais. Deles herdei o sangue, e o orgulho de fazer parte desta gente que com tanto esforço e delicadeza tece a vida, mesmo que muitas vezes não possa vesti-la.

## **AGRADECIMENTOS**

Agradeço à Universidade Federal do Rio Grande do Sul, pela educação pública, gratuita e de qualidade que me foi prestada. Se não fosse pública meu gosto por frequentá-la não seria tamanho, se não fosse gratuita, eu não teria condições de colar grau em um curso de nível superior, e se não fosse de qualidade, eu não conseguiria me aventurar, esboçando ideias sobre matérias das quais não tinha eu, conhecimento antes de ingressar na Faculdade Livre de Direito, que hoje compõe essa universidade.

Agradeço especialmente aos professores Francisco Rossal de Araújo, Alejandro Montiel e Ricardo Antônio Lucas Camargo. O primeiro, por ter despertado o meu interesse pelo Direito do Trabalho e por ser para mim um modelo de conduta. O segundo por ter me explicado os motivos pelos quais existe uma universidade pública, por ter me inspirado a fazer aquilo que gosto, por mais difícil que pareça, e por apesar da pouca idade, ter sido um dos grandes mestres desta casa, que levarei na memória. O terceiro, por ter tido a compreensão de que sou um jovem trabalhador, recém casado e que ainda está aprendendo a lidar com seus compromissos da vida adulta. Por jamais ter me cobrado de forma intimidadora, mesmo nas vezes em que não cumpri os prazos conjuntamente estipulados. Por ter desconstruído muitas ideias e ter me ajudado a enxergar não só as coisas que eu não enxergava, como também as coisas que eu pensava já ter enxergado. Pelo compromisso com o serviço público e com a docência, pela paixão pelo ensino que o fizeram mais do que um orientador, mas um grande mestre.

Agradeço a minha irmã Maira Adolfo, pelo costumeiro exemplo e incentivo e ao meu irmão Anderson Roberto Adolfo, que em tempos difíceis despertou em mim o hábito da leitura.

Agradeço a minha prima Bruna, pela ajuda com o idioma estrangeiro.

Agradeço a minha avó Naura por me ensinar com suas ações que coragem e gentileza são as duas maiores virtudes de um homem, mesmo que seguidamente sejam subestimadas, e a minha tia Lusana, por me ensinar aquilo que ninguém mais teve coragem.

E por fim, à minha amada esposa Viviane, por todo amor e dedicação, por acreditar que a UFRGS era o meu lugar, mesmo quando nem mesmo eu acreditava.

“Onde existe uma necessidade, nasce um  
direito.”

Eva Peron

## RESUMO

Esta monografia visa à análise do fenômeno econômico e trabalhista conhecido como “terceirização”, que consiste na relação trilateral nos contratos de trabalho, ao invés da relação bilateral consagrada na Consolidação das Leis do Trabalho, e a sua relação com os fundamentos da Ordem Econômica da Constituição Federal da República Federativa do Brasil de 1988, quais sejam, a “livre iniciativa” e a “valorização do trabalho humano”, fundamentos que estão presentes no artigo 170 desta Constituição. Analisaremos esta relação sob a perspectiva do Estado de Bem-Estar Social legitimado pela Constituição Federal de 1988. Demonstrar-se-á que o fenômeno das terceirizações, de forma irrestrita, como prevê o projeto de lei 4330/2004 de autoria do deputado Sandro Mabel é incompatível com a Ordem Econômica estatuída e com os objetivos que ela visa a alcançar, pois uma lei que visa a tratar das relações trabalhistas, mas que precipuamente visa à redução de custos, se valendo da liberdade empresarial como argumento, está reduzindo significativamente a função da livre iniciativa enquanto fundamento e ao mesmo tempo desrespeitando o trabalho humano e seu valor.

Palavras-chave: terceirização, livre iniciativa, valorização do trabalho humano.

## RESUMEN

Esta monografía visa al análisis del fenómeno económico y justabajista conocido como “terciarización”, que consiste en la relación trilateral en los contratos de trabajo, en vez de la relación bilateral consagrada en la Consolidación de las Leyes del Trabajo, y su relación con los fundamentos de la Orden Económica de la Constitución Federal de la República Federativa de Brasil de 1988, cuáles sean, a “libre iniciativa” y a “valorización del trabajo humano”, fundamentos que están presentes en el artículo 170 de esta Constitución. Analizaremos esta relación bajo la perspectiva del Estado de Bienestar Social legitimado por la Constitución Federal de 1988. Se demostrará que el fenómeno de las terciarizaciones de forma irrestricta, como prevé el proyecto de ley 4330/2004 de autoría del diputado Sandro Mabel es incompatible con la Orden Económica determinada y con los objetivos que ella visa a alcanzar, pues una ley que visa a tratar de las relaciones laborales pero que principalmente visa a la reducción de costos, valiéndose de la libertad empresarial como argumento, está reduciendo significativamente la función de la libre iniciativa mientras fundamento y a la vez desrespeitando el trabajo humano y su valor.

Palabras clave: Terciarización, Orden Económica, libre iniciativa, valorización del trabajo humano

## SÚMÁRIO

<b>1. INTRODUÇÃO.....</b>	<b>11</b>
<b>2.TERCEIRIZAÇÃO.....</b>	<b>14</b>
<b>2.1. Breve histórico.....</b>	<b>14</b>
<b>2.2. As formas lícitas e ilícitas de terceirização.....</b>	<b>20</b>
<b>3. OS FUNDAMENTOS DA ORDEM ECONÔMICA.....</b>	<b>26</b>
<b>3.1. Breve Histórico.....</b>	<b>26</b>
<b>3.2. Livre iniciativa.....</b>	<b>27</b>
<b>3.3. Valorização do Trabalho Humano.....</b>	<b>46</b>
<b>4. RELAÇÃO ENTRE A TERCEIRIZAÇÃO E OS FUNDAMENTOS DA ORDEM ECONÔMICA.....</b>	<b>64</b>
<b>5. CONCLUSÃO.....</b>	<b>70</b>
<b>Referências.....</b>	<b>72</b>

## 1. INTRODUÇÃO

Nem toda a relação de trabalho é protegida pelas normas de direito do trabalho, temos o trabalho autônomo e o trabalho eventual, que não são protegidas pelo direito do trabalho, por exemplo. O que interessa para as reflexões desta monografia é a relação de emprego, a qual é caracterizada por quatro elementos: A personalidade, a não-eventualidade, a onerosidade e a subordinação.

Pessoalidade quer dizer que a prestação laboral deve ser cumprida pelo próprio empregado, não pode ele mandar o irmão, por exemplo, para cumprir a prestação por ele. A não-eventualidade trata-se do caráter contínuo da prestação, observadas as jornadas de trabalho e os períodos de descanso previstos em lei. A onerosidade é o fato de haver contraprestação, caracteriza pelo trabalho, mediante pagamento de salário. E a subordinação reside no fato de o trabalhador estar sob o poder de comando de seu empregador. Estes elementos se encontram no artigo 3º da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT).

Segundo Cesarino Júnior, “Contrato individual de trabalho é a convenção pela qual uma ou várias pessoas físicas se obrigam, mediante remuneração, a prestar serviços não eventuais a outra pessoa, sob a direção desta”<sup>1</sup>. A descrição de Cesarino Júnior do contrato de trabalho tem base no artigo 442 da CLT, que descreve justamente a relação de emprego. “O contrato individual de trabalho é um contrato de direito social, consensual, sinalagmático perfeito, oneroso, comutativo, sucessivo e do tipo dos contratos de adesão”<sup>2</sup>.

É consensual, pois seu principal elemento é o acordo entre as partes, é sinalagmático perfeito, pois as partes se obrigam reciprocamente, é oneroso em função da remuneração, é comutativo pois presume-se que a remuneração paga pelo empregador é equivalente ao trabalho prestado pelo empregado, é sucessivo pois permanece durante um período de tempo, sua eficácia não é instantânea, e diz-se de adesão, pois normalmente os empregados não discutem as cláusulas do contrato<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> CESARINO JÚNIOR, Antônio Ferreira. **Direito Social** – São Paulo: LTr, 1980, p. 132.

<sup>2</sup> CESARINO JÚNIOR, Antônio Ferreira. **Direito Social** – São Paulo: LTr, 1980, p. 134.

<sup>3</sup> CESARINO JÚNIOR, Antônio Ferreira. **Direito Social** – São Paulo: LTr, 1980, p. 135 e 136.

Com o movimento conhecido como globalização, as empresas trataram de buscar novos mercados e reduzir os custos, sobretudo para diminuir seus preços e aumentar sua produtividade, maximizando seus lucros e tornando-se mais competitivas.

Como forma de redução de custos, as empresas passaram a buscar alternativas para as relações de emprego habituais.

Uma das primeiras manifestações deste fenômeno deu-se no setor público, com o decreto lei 200/67. No artigo 10 previa a ampla descentralização da administração federal. A notícia da “descentralização” acabou soando bem aos empregadores os quais já buscavam soluções.

O professor da UNB, Sebastião Machado Filho, escrevera em 1983 artigo chamado “Marchandage” – A degradação do direito do trabalho e o retrocesso ao trabalho escravo no Brasil pelas “empresas prestadoras de serviço”<sup>4</sup>. Um grande problema era que “Marchandage” era um termo vinculado a exploração dos trabalhadores. Fora proibida na França em 1848.

Na década de 1990 surgiu o termo “Terceirização” para definir esta relação trilateral de trabalho, na qual, o trabalhador mantém uma relação de emprego regida pela CLT com uma empresa prestadora de serviços, que por sua vez, mantém um contrato de natureza civil com uma empresa tomadora de serviços.

“O modelo trilateral de relação socioeconômica e jurídica que surge com o processo terceirizante é francamente distinto do clássico modelo empregatício, que se funda em relação de caráter essencialmente bilateral”<sup>5</sup>.

Segundo Maurício Godinho Delgado, o termo terceirização surge da literatura da administração de empresas, se trata de neologismo no qual terceiro tem significado de intermediário, só depois que o termo vem repercutir no mundo jurídico<sup>6</sup>.

---

<sup>4</sup> R. Inf. Legisl. Brasília a. 20 n. 79 jul./set. 1983.

<sup>5</sup> DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho** – São Paulo: LTr, 14ª Edição, 2015, p. 473.

<sup>6</sup> DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho** – São Paulo: LTr, 14ª Edição, 2015, p. 473.

A Constituição Federal de 1988 (CF/88), no seu Título VII trata da Ordem Econômica, e no Título II, trata dos direitos sociais, entre eles o trabalho, mas em nenhum deles consta nenhuma previsão parecida com o fenômeno terceirizante das relações de trabalho, na CLT também não.

Hoje no Brasil, o tema é regido por jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho (TST), a Súmula 331 do TST. No inciso III repousa boa parte da polêmica que a questão traz, quando a súmula usa a expressão “serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador. Que atividades seriam essas?

Na direção contrária à Súmula nasce o Projeto de Lei 4330/2004 (PL 4330/04) de autoria do deputado Sandro Mabel. Tal projeto visava a possibilidade irrestrita das terceirizações, e desvinculação das empresas que não fossem prestadoras de serviço da CLT. Qual a verdadeira natureza do PL 4330/04? Este projeto de lei é compatível com a Ordem Econômica estabelecida pela CF/88?

Ao longo desta monografia discorreremos sobre a relação da terceirização com os fundamentos da Ordem Econômica.

Entender-se-á terceirização como “fenômeno pelo qual se dissocia a relação econômica de trabalho da relação justralhista que lhe seria correspondente”<sup>7</sup>, relação pela qual um terceiro mantém contrato de trabalho com o trabalhador e um contrato de prestação de serviços regido pelo direito civil com a empresa dita tomadora de serviço.

Como livre iniciativa, entender-se-á liberdade dos particulares de empreender, e a preferência que detém para tanto, em relação ao ente Estatal.

E como valorização do trabalho humano entender-se-á “tomar como fundamental o valor social do trabalho”, ou seja, “conferir ao trabalho e seus agentes (os trabalhadores) tratamento peculiar”<sup>8</sup>.

---

<sup>7</sup> DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho** – São Paulo: LTr, 14ª Edição, 2015, p. 473.

<sup>8</sup> GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988** – São Paulo: Malheiros, 4ª edição revista e atualizada, 1998, p. 220.

## 2. TERCEIRIZAÇÃO

### 2.1. Breve histórico

O termo terceirização surge sob a perspectiva de organização empresarial, como solução para flexibilizar o modelo de produção, tanto que, o nome da obra cujo termo foi cunhado chama-se, terceirização: uma alternativa de flexibilidade empresarial<sup>9</sup>. Só depois tal termo alcançou nossa jurisprudência em virtude da proporção que o fenômeno tomou. Isso não quer dizer que o fenômeno da contratação de trabalhadores por empresas interpostas não existisse antes, por isso é desejável breve histórico de sua evolução a partir da análise de modelos anteriores.

No Brasil, o Código Civil de 1916 previa o contrato de empreitada e nele a subempreitada, segundo Carvalho Santos<sup>10</sup> o empreiteiro era muitas vezes mero intermediário da mão de obra alheia, o que faz sentido, pois o empreiteiro segundo o art. 1.237 do CC 1916 pode contribuir com a obra apenas com o seu trabalho, à medida que contrate mais mão de obra para a realização da tarefa, de fato, tornar-se-ia mero intermediário, vejamos alguns antecedentes históricos e a evolução do modelo no Brasil.

A marchandage é sem sombra de dúvida um antecedente da terceirização. “A marchandage é um tipo de subempreitada, sendo assim chamada quando visa exclusivamente lucrar em face do trabalho alheio”<sup>11</sup>. O marchandeur obtém seu lucro da diferença entre o preço estipulado com o empreiteiro principal e o salário pago ao trabalhador, sendo assim, tanto maior será sua margem de lucro quanto menor for o salário do trabalhador subcontratado. O marchandeur não detém os meios de produção e conta com a força de trabalho alheia, ou seja, em tese seria elemento totalmente dispensável na cadeia de produção.

O Ápice do marchandage ocorreu no início da revolução industrial. Com a revolução francesa de 1789 surge pela primeira vez a preocupação com a prática que acaba por ser proibida no ano de 1848 devido a frequentes queixas dos

---

<sup>9</sup> LEIRIA, Jerônimo Souto. Porto Alegre: Ortiz, 2001.

<sup>10</sup> SANTOS, J. M. Carvalho. **Código Civil Brasileiro interpretado, Direito das Obrigações, Volume XVII** - , Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 7ª edição, 1958, p. 176.

<sup>11</sup> ARAÚJO E COIMBRA, Francisco Rossal de, Rodrigo. **Direito do Trabalho I** – São Paulo: LTr, 2001, p. 403.

trabalhadores. Segundo o autor mexicano Mário de la Cueva o marchandage possui um nocivo duplo efeito: os baixos salários (pelos motivos já expostos acima) e também a possibilidade de insolvência do intermediário quando considerado o único responsável pelo débito trabalhista<sup>12</sup>.

Hoje a França não veda a intermediação da mão de obra, mas criminalizou o abuso sobre o trabalhador nos casos de intermediação, e deu a isso o nome de marchandage.

Outro antecedente da terceirização é o trabalho temporário, que tem sua origem nos países anglo-saxônicos através do personal-leasing, o qual correspondia a necessidades objetivas das empresas, expandindo-se depressa pela Europa<sup>13</sup>. Há quem defenda que a figura do personal-leasing remonta ao séc. XVIII nos serviços de estalagem, há quem defenda que seu surgimento tenha se dado no entre guerras com o surgimento de empresas de cedência de mão de obra, o que é pacífico, é a expansão do modelo na década de 1950 na Europa e nos EUA na década de 1970.

Mas o grande gatilho para a difusão maciça do modelo trilateral terceirizante sem sombra de dúvida é o movimento ao qual chamamos de globalização. O aumento da competitividade fez com que empresas buscassem minimizar processos e maximizar lucros, passando a exigir desse modo, a flexibilização dos direitos trabalhistas pois estes eram vistos como grande empecilho às inovações nos processos produtivos. Considerando como parâmetro histórico a globalização e os movimentos de flexibilização dos direitos trabalhistas, tem-se como marco inicial da terceirização a década de 1970<sup>14</sup>.

O Código Civil brasileiro de 1916, como já dito acima, e a CLT fizeram menção a apenas duas figuras delimitadas de subcontratação de mão de obra: a empreitada e subempreitada, englobando também a figura da pequena

---

<sup>12</sup> ARAÚJO E COIMBRA, Francisco Rossal de, Rodrigo. **Direito do Trabalho I** – São Paulo: LTr, 2001, p. 403.

<sup>13</sup> ARAÚJO E COIMBRA, Francisco Rossal de, Rodrigo. **Direito do Trabalho I** – São Paulo: LTr, 2001, p. 404.

<sup>14</sup> ARAÚJO E COIMBRA, Francisco Rossal de, Rodrigo. **Direito do Trabalho I** – São Paulo: LTr, 2001, p. 405.

empreitada<sup>15</sup>. Não houve outras alusões de destaque a figura da terceirização antes da década de 1960, isso se explica pelo fato social de que a despeito dos processos de industrialização do país nas décadas de 1930, 1940 e 1950 a organização das relações de trabalho mantiveram-se no tradicional vínculo bilateral entre o trabalhador e o detentor dos meios de produção e segundo o professor Mauricio Delgado Godinho não houve notícia de surgimento significativo no mercado privado de formação dos modelos trilaterais terceirizantes. A primeira menção vem no fim da década de 1960 com o decreto-lei n. 200/67, mas dizia respeito apenas ao setor público.

No direito romano existiam as figuras do *locatio operarum* e *locatio operis*, as quais aparecem no código civil de 1916 em espécies semelhantes, quais sejam respectivamente, a locação de serviços e a empreitada. A locação de serviços é a antecessora da figura celetista do contrato de trabalho, figura no art. 1216 do código civil de 1916, a locação de serviços é o contrato pelo qual uma pessoa se obriga a prestar certos serviços a uma outra, mediante remuneração<sup>16\*\*\*\*\*</sup>. Feita esta brevíssima referência, falemos do que mais nos importa no momento, a *locatio operis*, na figura da empreitada, prevista no art. 1.237 do código civil de 1916. A empreitada é sem dúvida um contrato de locação de serviços, mas por ter aspectos particulares foi tratada numa figura apartada. Na empreitada o objeto do contrato é uma obra realizada no todo ou em parte, e não o labor humano. A lei não previa expressamente a subempreitada, a doutrina, por sua vez tratava de melhor ilustrar a situação. Costa Sena diz que a empreitada supõe trabalho próprio ou alheio, podendo existir um contrato de locação de serviços dentro de um contrato de empreitada, afinal de contas, a natureza da obra pode demandar esforço coletivo para que sua realização se de a contento. Como já dito acima para Carvalho Santos o empreiteiro muitas vezes seria mero intermediário, no caso o contratante remunera o empreiteiro pela obra e o empreiteiro, o locatário pela sua força de trabalho.

A lei civil previa que a empreitada poderia ser de dois tipos, apenas com o labor, ou com o labor e seus materiais. No seu art. 1.240, esta lei previa a situação do perecimento da coisa antes de entregue, sem culpa do empreiteiro, situação na

---

<sup>15</sup> DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho** – São Paulo: LTr, 14ª Edição, 2015, p. 474.

<sup>16</sup> BEVILAQUA, Clóvis. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado volume IV** – Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 2ª edição, 1924, p. 406.

qual perderia o salário, o entendimento, segundo Beviláqua, era de que, não havendo culpa, arcaria o contratante com o preço dos materiais e o empreiteiro com o salário, supondo que o empreiteiro tivesse subcontratado mão de obra para a empreitada, como este cumpriria o seu contrato de locação de serviços? Como pagaria os trabalhadores se dependesse do preço pago pelo contratante para tanto? Ainda que esta visão esteja superada e hoje as leis, e os projetos prevejam responsabilidade solidária ou subsidiária nos casos de sublocação de mão de obra, na verdade, não é a crítica deste dispositivo em si que objetivamos, este raciocínio visa apenas a demonstrar o risco que corremos quando analisamos os contratos que tem por objeto o labor humano sob a ótica do direito civil. No momento em que esquecemos de que é hipossuficiente aquele que dispõe apenas de sua força de trabalho para negociar, e que este tipo de contrato possui natureza alimentar, podemos ter grande retrocesso social, portanto é mister proteger as normas trabalhistas.

Logo o fenômeno atingiu a iniciativa privada com a lei do trabalho temporário (6.019/74), em virtude das necessidades trazidas às empresas pela pelos movimentos de globalização. Contudo, depois de outras expressões legislativas acerca das relações trilaterais, e do crescimento maiúsculo desse tipo de relação, mesmo sem autorização legal expressa em muitos casos, as manifestações de maior abrangência, antes do PL 4330, acerca do tema vieram nos anos 1980 e 1990 de jurisprudências que deram origem às súmulas 256 (1986) e 331 (1993) do TST, as quais serão debatidas logo à frente quando trataremos da evolução jurídica do tema no Brasil. A partir destas breves considerações históricas já podemos perceber que as relações terceirizadas de trabalho tem como principal objetivo a maximização dos lucros a partir da precarização das condições de trabalho e flexibilização das normas trabalhistas, sendo assim missão ingrata ao jurista, admitir, conceituar e teorizar meios legais que possibilitem convivência pacífica entre as terceirizações e as normas de proteção ao trabalhador. No código civil de 2002 a empreitada está prevista nos arts que vão de 610 a 626.

Na lei especificamente, a figura da subempreitada aparece no art. 455 da CLT, e a figura da pequena empreitada no Art. 652, a. III que fala da competência das juntas de conciliação e julgamento para os casos em que o empreiteiro seja operário ou artífice.

Depois da lei civil e dos dispositivos celetistas as primeiras leis a tratarem o que de modo mais específico caracterizava o fenômeno que mais tarde chamaríamos de terceirização falavam da administração pública, o decreto lei 200/67 e a lei 5.645/70.

O decreto lei 200/67 tratava da organização da administração federal, no seu art. 10 postula que a administração pública federal deverá ser amplamente descentralizada. O §7º deste dispositivo traz a preocupação com o crescimento desmensurado da máquina administrativa. Desobrigar-se-ia de tarefas executivas contanto que existisse iniciativa privada suficientemente desenvolvida para desempenhar os encargos outorgados. Como a administração pública submete-se ao princípio da legalidade, deveria a administração transmitir a execução de determinadas tarefas à iniciativa privada. Ainda que o decreto trouxesse ideias, a extensão de tal descentralização ainda era nebulosa.

A posterior lei n. 5.645, de 1970, veio exatamente exemplificar alguns desses encargos de execução sugeridos pelo diploma anterior<sup>17</sup>. O parágrafo único do art. 3º desta lei falava das atividades relacionadas com o transporte, conservação, custódia, operação de elevadores, limpeza e outras assemelhadas, essa última expressão nos deixa claro o caráter exemplificativo do rol, ainda assim, delimita significativamente o campo da descentralização, pois notamos que as atividades sugeridas pela lei são de apoio, meramente instrumentais, logo, até aquele momento, não havia permissão da descentralização da atividade fim dos entes da administração pública, mas apenas das atividades meio.

Na iniciativa privada os primeiros diplomas legais são a lei 6.019/74 e 7.102/83 que tratam respectivamente do trabalho temporário e da vigilância bancária. Não é segredo que os processos terceirizantes expandiram-se para fora dos limites previstos pela lei, segundo Maurício Godinho Delgado a expansão fez-se muito além dos limites que já eram bastante amplos.

A lei 6.019/74 trata do trabalho temporário nas empresas urbanas, produziu uma inflexão no sistema trabalhista do país, já que contrapunha à clássica relação

---

<sup>17</sup> DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho** – São Paulo: LTr, 14ª Edição, 2015, p. 477.

bilateral de emprego<sup>18</sup>. Como o próprio nome sugere, esta lei limitava no tempo a relação trilateral, não autorizava a terceirização de modo permanente.

Quem veio fazer tal previsão foi a lei 7.102/83, ainda assim, seus efeitos eram substancialmente restritos. Dispunha tal lei da segurança em estabelecimentos financeiros, os quais deveriam contratar empresa especializada ou ser o estabelecimento devidamente organizado, não há dúvidas de que os estabelecimentos financeiros optavam por contratar, na maioria das vezes empresas especializadas. A lei 7.102/83 foi relativamente ampliada pela lei 8.863/94, a limitação da lei a estabelecimentos aos bancos já não existia mais. No art. 10 da lei 7.102/83 foi incluído o inciso I pela lei 8.863/94 o qual prevê a vigilância patrimonial de instituições financeiras e outros estabelecimentos públicos ou privados e até segurança de pessoas físicas.

Até mesmo o fenômeno cooperativista parece ter sido usado como tentativa de contornar a relação bilateral de trabalho. A lei n. 8.949/94 acrescentou um parágrafo único ao art. 442 da CLT, e apenas disso tratava a lei. O dispositivo legal inserido pela lei acima citada deixava clara a não existência de vínculo entre o sócio-cooperado e a cooperativa, tampouco com a tomadora de serviço. Este dispositivo parecia inserir novo tipo de relação terceirizada de trabalho, ou fomentar o surgimento de maciça onda de terceirizações com suporte na fórmula cooperada<sup>19</sup>. Em virtude do uso da figura das cooperativas como instrumento de fraudes trabalhistas em 2012 é publicada a lei 12.690, que revogou o parágrafo único do art. 442 da CLT. Esta lei previu que as cooperativas não podem ser utilizadas para intermediação de mão de obra subordinada. Deste modo se caracterizada a relação de emprego entre o trabalhador e a cooperativa, o trabalhador e o tomador ou não atendidos os princípios do cooperativismo, trazidos no art. 3º desta lei, prevalecerá a figura da relação de emprego sob a do cooperativismo.

A jurisprudência trabalhista tratou diretamente do tema através das súmulas 256 e 331, que por sinal é hoje, a grande referência da justiça do trabalho quando tratamos de terceirizações.

---

<sup>18</sup> DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho** – São Paulo: LTr, 14ª Edição, 2015, p. 478.

<sup>19</sup> DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho** – São Paulo: LTr, 14ª Edição, 2015, p. 479.

Na década de 80 antes da Constituição Cidadã o TST edita a súmula 256, a qual era bastante restritiva ao uso da subcontratação de mão de obra. Dizia a súmula que era ilegal a contratação de trabalhadores por empresa interposta, salvo os casos previstos nas leis 6.019/74 e 7.102/83. Definia essa súmula a terceirização como exceção, que a regra era o padrão estabelecido pela CLT, que nos casos de terceirização fora das exceções previstas pela súmula, seria reconhecido o vínculo do trabalhador direto com a empresa tomadora de serviços. Como está súmula parecia exaurir as possibilidades de terceirização, sua operacionalização pelos agente jurídicos restava prejudicada, pois não mencionava esta súmula as possibilidades previstas à época, no decreto lei 200/67 e lei 5.645/70, essas circunstâncias levaram o TST à revisão da súmula e posterior edição do enunciado de número 331 do TST.

A súmula 331 era bastante precisa e compunha-se de quatro incisos, não deixava dúvida sobre quais formas eram lícitas, o trabalho temporário, os casos previstos para a administração pública e os serviços de vigilância, conservação e limpeza. A súmula também tratava da responsabilidade subsidiária do tomador de serviços. Em 2000 o inciso IV recebeu nova redação. Em 2010 houve a adição de um quinto inciso tratando da responsabilidade da administração pública. Em 2011 a súmula recebeu o VI inciso com a finalidade de deixar clara a ampla responsabilidade da empresa tomadora de serviços.

## **2.2. As formas lícitas e ilícitas de terceirização**

A súmula 331 deu resposta às críticas feitas ao enunciado 256. Incorporou as hipóteses do decreto 200/67 e lei 5.645/70 e também a vedação constitucional da contratação de servidores públicos sem o devido concurso público. Examinou também a súmula a natureza da responsabilidade oriunda da relação terceirizada de trabalho. Por fim, outra virtude desta súmula foi esclarecer as formas lícitas e ilícitas da terceirização, esclarecendo que “o padrão genérico de contratação de força de trabalho, no país, mantém-se dentro da formula empregatícia clássica, conclui-se que as hipóteses de terceirização lícita são excetivas<sup>20</sup> Nos casos permitidos pela súmula, quando a relação fática entre o trabalhador e a empresa tomadora de serviços apresentar os quatro elementos da relação de emprego (pessoalidade, não

---

<sup>20</sup> DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho** –São Paulo: LTr, 14ª Edição, p.487

eventualidade, onerosidade e subordinação) também terá a terceirização caráter ilícito. Vejamos a súmula:

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

O inciso I da súmula 331 do TST diz que é lícita a interposição de contratação de mão de obra em caso de trabalho temporário, conforme o artigo 2º da lei 6.019/74 “Trabalho temporário é aquele prestado por pessoa física a uma empresa, para atender à necessidade transitória de substituição de seu pessoal regular e permanente ou à acréscimo extraordinário de serviços”.

O contrato de trabalho temporário tem a duração máxima de três meses, podendo o órgão local do Ministério do Trabalho estender este período<sup>21</sup>. Devem ser celebrados obrigatoriamente por escrito, a despeito da informalidade que rege os contratos de trabalho de acordo com o art. 442 da CLT<sup>22</sup>. No contrato temporário de trabalho a empresa de trabalho temporário delega o poder de comando à empresa tomadora de serviços, o que é exceção à regra da terceirização que diz que a direção dos trabalhos deve ser feita pelo prestador de serviços, e isso,

<sup>21</sup> SANTOS, Rodrigo Coimbra. **Relações Terceirizadas de Trabalho** – Curitiba: editora Giruá, 1ª edição, 3ª tiragem, 2008, p. 118.

<sup>22</sup> SANTOS, Rodrigo Coimbra. **Relações Terceirizadas de Trabalho** – Curitiba: editora Giruá, 1ª edição, 3ª tiragem, 2008, p. 119.

especificamente para o trabalho temporário, não prejudica o fato de que a relação de emprego se dá entre o trabalhador e a empresa prestadora de serviços<sup>23</sup>.

O inciso II da súmula 331 do TST fala da contratação irregular pelo ente público. Este inciso visa a guardar aquilo que estabelece o artigo 37, II da CF/88, que prevê que a investidura em cargos públicos se dê por aprovação prévia em concurso de provas, ou de provas e títulos. Entende-se que esta garantia teria esteio no fato de que a administração e o patrimônio público são de interesse de toda a coletividade, por isso, se sobreporiam aos interesses de um particular<sup>24</sup>.

Segundo Maurício Godinho Delgado, o problema de interpretação gerado pelo inciso II da súmula ainda não foi pacificado, três são as posições que existem a respeito do problema: A primeira posição é a de que as irregularidades nos casos do ente público, não gera vínculo empregatício, tampouco produz qualquer diferença justralhista ao trabalhador, a ilicitude nesse caso beneficiária o próprio agente que a ela deu causa; A segunda vertente ignora a regra constitucional, reconhecendo o vínculo empregatício e os direitos que dele decorrem; E a terceira vertente, reconhece o entendimento da primeira, no sentido de não violar a constituição, mas também reconhece o entendimento da segunda de reconhecer os direitos a que o trabalhador faria jus, esta terceira vertente é a que recebeu mais prestígio nos últimos tempos<sup>25</sup>.

O inciso III trata dos serviços de vigilância, conservação e limpeza e serviços ligados a atividade meio do tomador.

A lei 7.102 de 1983 tornou obrigatório nos estabelecimentos financeiros sistemas de segurança, vigilância ostensiva e transporte de valores<sup>26</sup>. Com o advento do “estatuto do desarmamento” (Lei 10.826 / 2003), o qual proíbe o porte de arma de fogo em todo o território nacional, salvo nos casos previstos nessa lei, a

---

<sup>23</sup> SANTOS, Rodrigo Coimbra. **Relações Terceirizadas de Trabalho** – Curitiba: editora Giruá, 1ª edição, 3ª tiragem, 2008, p. 119 e 120.

<sup>24</sup> DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho** – São Paulo: LTr, 14ª Edição, 2015, p. 495.

<sup>25</sup> DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho** – São Paulo: LTr, 14ª Edição, 2015, p. 495 e 496.

<sup>26</sup> SANTOS, Rodrigo Coimbra. **Relações Terceirizadas de Trabalho** – Curitiba: editora Giruá, 1ª edição, 3ª tiragem, 2008, p. 121.

terceirização dos serviços de vigilância, transporte de valores e segurança, será obrigatória<sup>27</sup>.

As atividades de conservação e limpeza não são disciplinadas por lei própria, mas unicamente pela súmula 331. A permissão da terceirização veio por pedido da Procuradoria-Geral do Trabalho, após as análises de denúncias dos sindicatos dos bancários, para revisão parcial do enunciado 256, que antes disciplinava o assunto. Hoje, dificilmente este tipo de serviço não é prestado por empresa especializada em conservação e limpeza<sup>28</sup>.

No tangente à serviços especializados ligados à atividade-meio do Tomador de serviços, tem-se singela divergência das opiniões majoritariamente difundidas. Segundo Coimbra, “Atividades-meio podem ser definidas como aquelas cuja finalidade é o apoio, a instrumentalidade do processo de produção de bens ou serviços”<sup>29</sup>. O Decreto Lei 200/67 já permitia a terceirização, chamada na época de “descentralização”, das tarefas administrativas, o que carregava em si a virtude de desonerar a máquina pública, para que ela pudesse melhor desempenhar seu papel precípua, porém, colocava bens públicos a mercê de interesses privados.

Tem sido terceirizados com base neste inciso serviços de alimentação, conservação patrimonial e limpeza, engenharia, manutenção de máquinas e equipamentos, serviços de oficina mecânica para veículos, transporte de funcionários, serviços jurídicos, de assistência médica e de digitação, distribuição<sup>30</sup>. Há de se ter cuidado com o que de fato caracteriza uma relação trilateral de trabalho. Por exemplo, há alguma dúvida que uma atividade notoriamente eventual não gera vínculo com o tomador de serviços? Por exemplo, serviços de mecânica? O que parece, é que estes serviços especializados, aos quais se refere a súmula 331, teriam de ser objetos de lei própria, por descrever fenômeno, no qual a natureza da atividade laboral obrigue a prestação de serviço a ser cumprida em um ambiente que não o da prestadora de serviço.

---

<sup>27</sup> SANTOS, Rodrigo Coimbra. **Relações Terceirizadas de Trabalho** – Curitiba: editora Giruá, 1ª edição, 3ª tiragem, 2008, p. 127.

<sup>28</sup> SANTOS, Rodrigo Coimbra. **Relações Terceirizadas de Trabalho** – Curitiba: editora Giruá, 1ª edição, 3ª tiragem, 2008, p. 127, 129 e 130.

<sup>29</sup> SANTOS, Rodrigo Coimbra. **Relações Terceirizadas de Trabalho** – Curitiba: editora Giruá, 1ª edição, 3ª tiragem, 2008, p. 132.

<sup>30</sup> SANTOS, Rodrigo Coimbra. **Relações Terceirizadas de Trabalho** – Curitiba: editora Giruá, 1ª edição, 3ª tiragem, 2008, p. 133.

A súmula 331 estabelece hipóteses que de alguma forma são limitadas, ou no tempo, como o caso do trabalho temporário, ou pela natureza da atividade, como o trabalho de segurança. Esta atividade meio reconhecida pela súmula 331 deveria ser objeto de lei própria, que descrevesse adequadamente o fenômeno que enseja a criação de um ramo econômico que prestaria serviços tipicamente qualificados como atividades-meio para uma série de empresas, preferencialmente de diversos ramos, pois não existe maior prova de que uma atividade é considerada um meio, do que empresas de diversos ramos necessitem do mesmo tipo de serviço.

O inciso IV trata do inadimplemento de parcelas trabalhistas por parte do empregador. A tomadora de serviços terá responsabilidade subsidiária, desde que haja participado do processo e conste no título executivo. A lei 6.019/74 previa responsabilidade solidária da tomadora de serviços, mas abrangia apenas contribuições previdenciárias, verbas remuneratórias e a indenização pela ruptura do contrato, e incidiria somente em situação de falência da prestadora<sup>31</sup>

Houve evolução trazida pela súmula 331, que superou o entendimento da lei do trabalho temporário, mas há sensível regressão, no que tange a responsabilidade, é bem verdade que a lei do trabalho temporário previa apenas o caso de falência, mas a súmula 331 poderia ter mantido a responsabilidade solidária, ao menos nos casos de decretação de falência para que os trabalhadores não ficassem desamparados, pois como é de amplo conhecimento, as verbas trabalhistas tem natureza alimentar.

O inciso V trata da responsabilidade dos integrantes da administração pública direta e indireta, que é subsidiária. O Supremo Tribunal Federal (STF) julgou em 24/11/2010 a ADC 16 e declarou constitucional o artigo 71 da lei 8.666/93, considerando assim fixar de modo automático a responsabilidade subsidiária em função de simples inadimplemento da empresa prestadora de serviço. É necessário desse modo, restar comprovada a culpa *in vigilando* do ente estatal, ou seja, ter falhado na fiscalização dos direitos trabalhistas, que lhe seria cabível<sup>32</sup>.

---

<sup>31</sup> DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho** – São Paulo: LTr, 14ª Edição, 2015, p. 516.

<sup>32</sup> DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho** – São Paulo: LTr, 14ª Edição, 2015, p. 497.

Sendo assim, o STF dois fundamentos tradicionais de responsabilidade estatal: A responsabilidade objetiva, oriunda da “Teoria do risco administrativo”, pois considerou que a regra do artigo 37, §6º da CF/88 não se aplica às terceirizações, e os casos de culpa *in iligendo*, que é a ideia de culpa na escolha, o que, partindo da premissa de que houve processo licitatório é realmente incabível.<sup>33</sup>

No inciso VI a súmula apenas visou esclarecer que diferentemente do que previa a Lei do trabalho temporário, a responsabilidade subsidiária da empresa tomadora de serviços é ampla, abrangendo todas as verbas trabalhistas referentes ao período da prestação de serviços.

Não existem outras formas de terceirização lícita fora destas quatro permissões da Súmula 331, o tomador de serviços responde juridicamente pela relação laboral em que “uma pessoa física preste serviços não eventuais, onerosos, pessoais e subordinados”<sup>34</sup>. Qualquer relação trilateral fora dos limites estabelecidos pela Súmula 331 é ilícita.

Mesmo com a súmula 331 do TST, as terceirizações ainda geram calorosos debates, e alguns aspectos são realmente discutíveis, como a natureza da responsabilidade dos tomadores de serviço, ou o verdadeiro sentido para o inciso III da súmula. O importante é que está Súmula representa um esforço de manter padrões toleráveis para este fenômeno, e sobretudo úteis para a sociedade como um todo.

Carece também a súmula de estabelecer graus para a aplicabilidade destas normas, por exemplo, a medida que o empregado comprove três elementos da relação de emprego na sua relação direta com a tomadora de serviços, a responsabilidade seria solidária, conseguindo comprovar a existência de apenas dois elementos da relação de emprego, a responsabilidade da tomadora de serviços seria subsidiária, por exemplo. Por fim, as relações terceirizadas de trabalho vão se tornando cada vez mais frequentes e com o auxílio da súmula 331, menos obscuras para trabalhadores e operadores do direito.

---

<sup>33</sup> DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho** – São Paulo: LTr, 14ª Edição, 2015, p. 497.

<sup>34</sup> DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho** – São Paulo: LTr, 14ª Edição, 2015, p. 490.

### 3. OS FUNDAMENTOS DA ORDEM ECONÔMICA

#### 3.1. Breves considerações sobre a Ordem Econômica na CF/88

A Ordem Econômica é posta à República no Título VII, o artigo 170 nos traz a informação de que tem por finalidade, a Ordem Econômica, assegurar a todos uma existência digna, o que é justo, pois todos os cidadãos abrem mão de um pouco de sua soberania, para que todos vivam em paz, conforme as ideias contratualistas de Rousseau. Os fundamentos desta ordem são a valorização do trabalho humano e a livre iniciativa.

Segundo José Afonso da Silva o fato de a livre iniciativa ser Fundamento da Ordem Econômica “caracteriza o modo de produção capitalista” mesmo que haja alguma ingerência do Estado, ou até mesmo eventual monopólio, pois tal atuação do Estado tem base no princípio básico do capitalismo, qual seja, “a apropriação exclusiva por uma classe dos meios de produção, e, como é essa mesma classe que domina o aparelho estatal, a participação deste na economia atende a interesses da classe dominante”<sup>35</sup>.

A atuação estatal se limita a tentar pôr ordem na vida econômica e social, “arrumar a desordem que provinha do Liberalismo”. Através da Ordem Econômica Constitucional se impôs limites à atividade econômica, não para benefício das classes populares, mas para racionalizar a vida econômica, e criar as condições de expansão do próprio capitalismo<sup>36</sup>.

Nossa Ordem Econômica é estatuída sob as bases do modo de produção capitalista, mas se asseguram direitos sociais mínimos, até mesmo para garantir a estabilidade do próprio sistema. Para Maurício Godinho Delgado, não cabem em nossa Ordem Econômica Constitucional, a utilização do trabalho humano que ultrapassem limites mínimos, assevera o autor que os fundamentos controlam as “fórmulas surgidas na economia e na sociedade de exercício de poder sobre pessoas humanas e de utilização de sua potencialidade laborativa”<sup>37</sup>. O modo de

---

<sup>35</sup> SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo** – São Paulo: Malheiros, 39ª edição revista e atualizada, 2016, p.800.

<sup>36</sup> SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo** – São Paulo: Malheiros, 39ª edição revista e atualizada, 2016, p.800.

<sup>37</sup> DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho** – São Paulo: LTr, 14ª Edição, 2015, p. 484

produção capitalista racionalizou a produção, tirando o maior proveito possível de todos os fatores que dispunha, inclusive do trabalho humano, para que não se repitam as condições desumanas a que eram submetidos os trabalhadores na época da Revolução Industrial é a Constituição tutela determinados direitos, e afasta os trabalhadores de modelos de relação empregatícia que exponha os trabalhadores a patamares abaixo da linha da dignidade, segue abaixo ideia construída por Delgado neste Sentido:

A partir desse sólido contexto principiológico e normativo é que a Constituição estabelece os princípios gerais da atividade econômica (Capítulo I do Título VII), fundando-se na valorização do trabalho e da livre iniciativa, tendo por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social (caput do art. 170). Por essa razão é que, entre esses princípios, destacam-se a função social da propriedade (art. 170, II), a redução das desigualdades regionais e sociais (art. 170, VII), a busca do pleno emprego (art. 170, VII). Na mesma linha de coerência, o Texto Máximo estabelece a disposição geral da ordem social (Capítulo I do Título VIII), enfatizando que esta tem como base o primado do trabalho, e como objetivo o bem-estar e a justiça sociais (art. 193). Nessa moldura lógica e sistemática da Constituição, Não cabem fórmulas de utilização do trabalho que esgarcem o patamar civilizatório mínimo instituído pelo ordem jurídica constitucional e legal do país, reduzindo a valorização do trabalho e do emprego, exacerbando a desigualdade social entre os trabalhadores e entre estes e os detentores da livre iniciativa, instituindo formas novas e incontroláveis de discriminação, frustrando o objetivo cardeal de busca do bem-estar e justiça sociais. Para a Constituição, em consequência, a terceirização sem peias, sem limites, não é compatível com a ordem jurídica brasileira.

A partir da lógica desencadeada pelo professor Maurício Godinho Delgado, é possível chegar a conclusão de que, a terceirização irrestrita e incompatível com a Ordem Econômica, abaixo discutir-se-á os fundamentos da Ordem Econômica, a fim de endossar este entendimento.

### **3.2. Livre iniciativa**

“Livre iniciativa é característica da atividade econômica privada no sentido de que ninguém pode ser compelido ao exercício de tal ou qual atividade”<sup>38</sup>, é a liberdade do indivíduo de aplicar seus esforços e recursos na atividade econômica que julgar mais lucrativa, produtiva, condizente com suas habilidades ou anseios de realização pessoal.

---

<sup>38</sup> CAMARGO, Ricardo Antônio Lucas. **Curso Elementar de Direito Econômico** – Porto Alegre: Núria Fabris, 2014. p. 120.

A livre iniciativa diz respeito à iniciativa econômica privada como já dito acima. O artigo 173 da Constituição Federal de 1988 diz que a intervenção direta do Estado na economia se dará apenas em casos relativos à segurança Nacional ou relevante interesse coletivo, que serão definidos por lei, se for o caso. Sendo assim, a iniciativa do ente público não é livre, atua apenas quando determinado por lei, respeitando o que traz o artigo 37 da Constituição Federal vigente, o qual traz como um dos princípios da administração pública a legalidade.

Segundo Eros Grau, a primeira expressão da livre iniciativa na lei positiva ocorreu nos Éditos de Turgot, em número de seis em 09/02/1776<sup>39</sup> na França. Eros Grau se referia especificamente à extinção das “*Guildas*”, as quais criavam barreiras para o exercício de atividades econômicas, o que gerava enormes privilégios àqueles que detinham o poder de exercê-las. Para nossa análise faz-se mister lembrar de que, a livre iniciativa nasceu para o mundo jurídico como instituto de caráter extremamente social que visava a inserção de toda a população na economia, e assim o desenvolvimento econômico da França.

A expressão “livre iniciativa” carrega hoje carga semântica de cunho liberal, pois relaciona dois elementos: Propriedade e liberdade. Quando aparece nos textos legislativos traz ao escrito a ideologia pela qual o legislador deseja optar. A princípio, a livre iniciativa enquanto princípio liberal, não estabelece limites ao agente, devendo esse observar apenas a legalidade em suas empreitadas econômicas. Porém, aparentemente, após os horrores das grandes guerras do século XX, os Estados passaram a relativizar quaisquer diplomas que trouxessem risco à dignidade do homem, a livre iniciativa passou a ter um sentido mais próximo daquele que carregava em seu advento.

Feito o registro do direito à livre iniciativa, estabelecem-se os cerceamentos e condicionamentos que procuram garantir a sua conciliação com objetivos políticos ou sociais desejados, com a proteção a determinadas classes de maior significação política na estrutura do regime adotado, consideram-se objetivos econômicos a serem atingidos, impõem-se condições rígidas dos planejamentos ou se reafirma o

---

<sup>39</sup> GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988 (interpretação e crítica)**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1998. P. 225

princípio enunciado da filosofia liberal, com a limitação de liberdade individual pela liberdade alheia<sup>40</sup>. No caso da CF/88, o legislador relativiza o seu valor dispondo-a junto ao valores social do trabalho.

Quando falamos de ideologias em relação à constituição econômica não estamos falando daqueles “tipos ideais” weberianos, pois nenhuma constituição construiu sua linguagem sobre os princípios de qualquer ideologia pura. Deste modo, não há de se estranhar o fato de uma mesma constituição incorporar princípios ideológicos atribuíveis ao capitalismo, ao socialismo, ou comunismo como ideologias puras<sup>41</sup>.

A Livre Iniciativa ganha vida no Brasil com a constituição do império em 1824 seguindo a onda liberal que inundara a Europa antes da Restauração Francesa e a América. Lembrando que nesse período reinava na França o monarca Luís XVIII, o qual sucedera pela segunda vez Napoleão Bonaparte, após seu retorno no que ficou conhecido como o “Governo dos Cem Dias”. A derrota de Napoleão sepultou a Revolução Francesa e arrefeceu seus ideais, ao menos no período entre 1815 e 1830. Vejamos o que dizia a constituição do império:

Art. 179. A inviolabilidade dos Direitos Civis, e Politicos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Imperio, pela maneira seguinte.

XXIV. Nenhum genero de trabalho, de cultura, industria, ou commercio póde ser prohibido, uma vez que não se opponha aos costumes publicos, á segurança, e saude dos Cidadãos.

XXV. Ficam abolidas as Corporações de Officios, seus Juizes, Escrivães, e Mestres.

Segundo José Antônio Pimenta Bueno, O “Marquês de São Vicente”, primeiro grande constitucionalista brasileiro, “A liberdade é o próprio homem”, o primeiro dos direitos, a salvaguarda de todos os outros, a igualdade, a propriedade, a segurança, e vejam só, a dignidade humana<sup>42</sup>, percebam que o Marquês de São Vicente elenca a dignidade humana num rol de direitos quase um século antes da declaração

<sup>40</sup> SOUZA, Washington Peluso Albino. **Teoria da Constituição Econômica** - Belo Horizonte: Del Rey, 2002. P. 34 e 35.

<sup>41</sup> SOUZA, Washington Peluso Albino. **Teoria da Constituição Econômica** - Belo Horizonte: Del Rey, 2002. P.150

<sup>42</sup> PIMENTA BUENO, José Antônio. **Direito Público Brasileiro e análise da Constituição do Império** – Brasília: Editora da Universidade de Brasília, 1978. p. 383

universal dos direitos humanos. Para o constitucionalista o fim da sociedade civil seria proteger a liberdade e não proscrevê-la<sup>43</sup>.

A Constituição de 1824 já traz em seu texto o binômio liberdade x propriedade em seu artigo 179, binômio este que é a essência do que conhecemos hoje como livre iniciativa. A constituição do Império sofrera forte influência da igreja, tendo seu texto sido marcado pela influência jusnaturalista. Pode-se depreender isto da própria obra do Marquês. Para ele o Estado não deveria impedir o uso do direito de sua escolha espontânea ou querer forçar o indivíduo a qualquer ocupação industrial. Isso seria violar aquela que considerava ele “a mais sagrada das propriedades”, a qual seria o domínio de si próprio, “ou restituí-me minha independência natural, ou satisfazer minhas necessidades”<sup>44</sup>. Segundo o inciso XXIV do art. 179 todas as atividades eram permitidas, desde que não contrariassem os costumes públicos, segurança ou saúde dos cidadãos. Pimenta Bueno cita as pinturas ou representações imorais, casas de deboche, fábricas ou estabelecimentos insalubres ou de instrumentos próprios para roubo<sup>45</sup>. Cabe ressaltar também que bem como, os Éditos de Turgot, a constituição do Império abolira as corporações de ofício, grande barreira ao exercício da liberdade de empresa.

O Brasil ainda não havia enfrentado a sua revolução industrial neste período. A agricultura era a base da economia. Sendo assim, é possível depreender que não havia tamanho acúmulo de capital, como hoje. É bem verdade que é uma Constituição feita para homens brancos proprietários, mas nesse período a liberdade de iniciativa carrega um sentido de inclusão, o sentido de que o desenvolvimento econômico do país passa pelas mãos de todos os cidadãos, e que não havendo liberdade, não há desenvolvimento, pois, “a riqueza é planta que não prospera senão em terreno de liberdade”<sup>46</sup>. Lembra-nos também o ilustre jurista que o homem não deve se por sob qualquer desculpa, sob jugo da lei, do Estado, ou de quem quer que seja, afinal de contas “os Homens não são máquinas de trabalho”, “possuem

---

<sup>43</sup> PIMENTA BUENO, José Antônio. **Direito Público Brasileiro e análise da Constituição do Império** – Brasília: Editora da Universidade de Brasília, 1978. p. 384

<sup>44</sup> PIMENTA BUENO, José Antônio. **Direito Público Brasileiro e análise da Constituição do Império** – Brasília: Editora da Universidade de Brasília, 1978. p. 391

<sup>45</sup> PIMENTA BUENO, José Antônio. **Direito Público Brasileiro e análise da Constituição do Império** – Brasília: Editora da Universidade de Brasília, 1978. p. 392

<sup>46</sup> PIMENTA BUENO, José Antônio. **Direito Público Brasileiro e análise da Constituição do Império** – Brasília: Editora da Universidade de Brasília, 1978. p. 393.

destino, bondade e inteligência”<sup>47</sup>. As lições do Eminentíssimo Marquês nos deixam a lição, de que a liberdade de empresa, sobretudo, deve servir ao homem, alimentar suas necessidades econômicas, mas também sua liberdade. Contudo, o Brasil permaneceu escravagista durante praticamente todo o período de vigência desta constituição.

Na Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 24 de Fevereiro de 1891 era garantido o exercício de qualquer profissão moral, intelectual e industrial:

Art.72 - A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no país a inviolabilidade dos direitos concernentes á liberdade, á segurança individual e á propriedade, nos termos seguintes:

§ 24. É garantido o livre exercício de qualquer profissão moral, intellectual e industrial.

A Constituição de 1891 começou a ser elaborada em novembro de 1890, teve como grande missão estabelecer no país os princípios do regime republicano, tendo grande influência das constituições suíças, estadunidense e argentina. Seus principais autores foram Prudente de Moraes e Ruy Barbosa.

Segundo Ruy Barbosa “A ninguém pode ser proibido o exercício de qualquer profissão, trabalho, cultura, industria ou commercio, que não seja prejudicial aos bons costumes, à segurança e à saúde dos cidadãos”.

Para o Ministro Carlos Maximiliano Pereira dos Santos, não se admitiriam limitações que não fossem as de caráter amplo, sem distinção de indivíduos ou classe social. Ressalvava-se apenas o interesse coletivo, que no fim das contas consistia na segurança individual, ordem, moral e higiene<sup>48</sup>. No fim das contas o interesse público seria um limitador das liberdades. A liberdade no fim das contas consistiria na não existência das corporações de ofício<sup>49</sup>, ou seja, era preocupação também dos constituintes que as atividades econômicas não fossem privilégio.

Da leitura dos comentários destes iminentes juristas depreende-se ainda que a lei não era clara sobre a exigência de diplomas para o exercício de atividades

<sup>47</sup> PIMENTA BUENO, José Antônio. **Direito Público Brasileiro e análise da Constituição do Império** – Brasília: Editora da Universidade de Brasília, 1978. p. 394 e 395.

<sup>48</sup> SANTOS, Carlos Maximiliano Pereira. **Comentários à Constituição Brasileira de 1891** – Brasília: Senado Federal, 2005. p. 798.

<sup>49</sup> SANTOS, Carlos Maximiliano Pereira. **Comentários à Constituição Brasileira de 1891** – Brasília: Senado Federal, 2005. p. 797.

econômicas. O Ministro Carlos Maximiliano cita inclusive a Constituição Suíça para auxiliar exegese do art. 72 §24 da Constituição Brasileira. Dizia a constituição suíça que os Cantões poderiam exigir provas de capacidade daqueles que quisessem exercer as profissões liberais. Carlos Maximiliano ainda comparava a existência das faculdade livres e das oficiais na Argentina e Estados Unidos. Segundo ele, no Brasil o grau deveria ser conferido apenas pelas instituições oficiais, pois a liberdade do estudante era de escolha da instituição, mas não do examinador<sup>50</sup>.

É possível perceber também que a partir da definição destas liberalidades não restava claro o papel estatal no controle e intervenção na economia. Para Ruy Barbosa a liberdade constitucional referida possuía três Exceções: A ordem moral, o que chamamos hoje de propriedade intelectual, protegida pelos parágrafos 25, 26 e 27, e a saúde e segurança pública. Ele defende a existência de “monopólios constitucionais” oriundos “ das exigências de saúde pública e da segurança comum”, derivados da natureza das atividades, “ As indústrias immoraes podem e devem ser totalmente vedadas, sem apello possível à liberdade industrial. Nas hypoteses, porém, de risco á saúde pública, ou á segurança geral, o perigo se atalha, ora mediante a fiscalização exercida pelas autoridades, ora mediante os monopólios por ellas assumidos, ou confiados por ellas a empresas particulares”.

Logicamente o significado de monopólio nas palavras de Ruy Barbosa não é o significado que damos hoje à palavra; na verdade esta ideia traz em si o germe do que hoje consideramos direito da regulação.

Tempos depois, Ruy Barbosa percebe uma falha na coesão geral do Texto Constitucional: a não possibilidade de criação das normas protetivas ao trabalhador, a despeito da necessidade da existência delas em virtude das péssimas condições laborais e situação miserável em que a classe operária se encontrava. Em seu discurso “A questão social e política do Brasil”, Ruy Barbosa brilhantemente expõe as mazelas criadas pela liberdade de indústria sem o mínimo de intervenção estatal nas relações entre capital e trabalho, “as Constituições não podem continuar a ser utilizadas como instrumentos, com que se privem dos seus direitos aqueles mesmos,

---

<sup>50</sup> SANTOS, Carlos Maximiliano Pereira. **Comentários à Constituição Brasileira de 1891** – Brasília: Senado Federal, 2005. p. 800 a 803.

que elas eram destinadas a proteger, e que mais lhes necessitam da proteção”<sup>51</sup>. Para muitos juristas da época a Constituição possuía caráter imutável, ideia da qual discordava Ruy Barbosa. Entendia ele que a conciliação entre Capital e Trabalho era mister para o desenvolvimento social e econômico. Como resultado de seu esforço, a emenda constitucional de 3 de setembro de 1926, única emenda desta Constituição, o art. 34 número 28 passou a prever como competência do Congresso Nacional legislar sobre o trabalho.

Já na Constituição de 1934, o texto separa um título que disciplina a Ordem Econômica e Social. Foi “um marco decisivo no tratamento dos elementos ideológicos de sentido econômico nos textos constitucionais brasileiros”. Esta constituição marcou a evolução de Estado de Direito Liberal a Estado Social de Direito. São introduzidos os elementos ideológicos relacionados com interesses sociais<sup>52</sup>. O artigo 115 usa o termo “liberdade econômica” e a condiciona a existência digna de todos os cidadãos:

Art 115 - A ordem econômica deve ser organizada conforme os princípios da Justiça e as necessidades da vida nacional, de modo que possibilite a todos existência digna. Dentro desses limites, é garantida a liberdade econômica.

A liberdade de trabalho, nesta constituição, aparece pela primeira vez em artigo distinto da liberdade de capital, ao invés de constar na inédita seção que tratava da “ordem econômica”, aparece no capítulo Dos Direitos e das Garantias individuais. Tais mudanças demonstram o desenvolvimento de uma classe capitalista, e acompanhando a revolução industrial brasileira, o nascimento de uma classe operária.

O título IV Da Ordem Econômica e Social, além da liberdade econômica e suas ressalvas, trazia entre outras coisas a previsão de legislação trabalhista e criação da justiça do trabalho.

---

<sup>51</sup> Barbosa, Ruy. **A questão Social e Política no Brasil** – Acesse: [[http://www.casaruibarbosa.gov.br/dados/DOC/artigos/ruibarbosa/p\\_a5.pdf](http://www.casaruibarbosa.gov.br/dados/DOC/artigos/ruibarbosa/p_a5.pdf)]. p. 43

<sup>52</sup> SOUZA, Washington Peluso Albino. **Teoria da Constituição Econômica** - Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 87.

A Constituição de 1934 veio enfrentar, seguindo o exemplo da Constituição de Weimar, uma grande questão econômica acentuada no século XX: a separação inexorável entre Capital e Trabalho promovida pelo liberalismo econômico.

Segundo Washington Peluso Albino de Souza, o tratamento especial à ordem econômica dado pela constituição de 1934 demonstrava a antecipação do texto constitucional brasileiro à maioria das demais constituições que seguiram esta orientação apenas após a Segunda Guerra Mundial, e que isso significava a passagem à ideologia neoliberal<sup>53</sup>.

Vale também destacar que diferentemente da Constituição anterior, o papel do Estado era bastante delineado na Constituição de 1934. A liberdade econômica, assim, não deveria estar acima dos interesses nacionais, essa ideologia nacionalista fica demonstrada no artigo 117, o qual prevê a nacionalização progressiva dos bancos de depósito e empresas de seguro. O artigo 121 tratava a legislação do trabalho como relevante aos interesses econômicos do país. Esta constituição trazia a clara mensagem de que a liberdade de capital deveria observar os limites da existência digna dos trabalhadores. O artigo 117 trazia ainda em seu parágrafo único a proibição da usura, segundo a lei da usura, do governo provisório, os juros não deveriam ultrapassar doze por cento ao ano<sup>54</sup>.

Apesar da qualidade do texto, a Constituição de 16 de julho de 1934 seguiu os passos da Constituição de Weimar, sendo revogada pelo golpe de Estado getulista, o “Estado Novo”, dando lugar à carta que ficou conhecida como “Polaca”.

Tendo como mote político a farsa que recebeu o nome de “plano Cohen”, em 10 de novembro de 1937 foi promulgada a constituição do Estado Novo, apelidada de “Polaca” por sua semelhança com a carta polonesa. Valendo-se do apoio dos industriários e dos cafeicultores e da instabilidade política causada pela “ameaça comunista”, Getúlio Vargas dá o golpe de Estado que ficou conhecido como “Estado Novo” A Constituição de 1937 flertava com o fascismo, a exemplo da “Carta del Lavoro” de 1927, de Mussolini, a Constituição tentava controlar as organizações trabalhistas.

---

<sup>53</sup> SOUZA, Washington Peluso Albino. **Teoria da Constituição Econômica** - Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 87.

<sup>54</sup> SOUZA, Washington Peluso Albino. **Teoria da Constituição Econômica** - Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 89.

No que tange à Ordem Econômica e suas liberdades, é possível notar relativa diminuição nos direitos sociais, chama atenção também a adoção de uma economia corporativa, forte traço fascista.

A Constituição foi escrita por praticamente apenas um homem, o Ministro da Justiça Francisco Campos. Seu texto caracterizava o trabalho como um dever social, e concedia ao Estado um papel supletivo, de apenas “suprir as deficiências da iniciativa individual:

Art 135 - Na iniciativa individual, no poder de criação, de organização e de invenção do indivíduo, exercido nos limites do bem público, funda-se a riqueza e a prosperidade nacional. A intervenção do Estado no domínio econômico só se legitima para suprir as deficiências da iniciativa individual e coordenar os fatores da produção, de maneira a evitar ou resolver os seus conflitos e introduzir no jogo das competições individuais o pensamento dos interesses da Nação, representados pelo Estado. A intervenção no domínio econômico poderá ser mediata e imediata, revestindo a forma do controle, do estímulo ou da gestão direta.

Segundo Francisco Campos a liberdade contratual precisava harmonizar-se com o princípio da solidariedade social, com a proteção devida ao trabalhador, com os interesses da economia popular e com a preocupação de reprimir a usura<sup>55</sup>.

Ele ainda assegurava que o comunismo era fruto do liberalismo, e punha sua esperança no corporativismo, o qual seria uma “barreira” ao comunismo. O modelo corporativista em verdade propunha a conciliação entre capital e trabalho, pois o Estado dirigiria os interesses conflitantes. Francisco Campos acreditava em uma tomada de decisão fundada no interesse coletivo, “Só é livre o que perde a sua personalidade, submergindo-a no seio materno onde se forjam as formas coletivas do pensamento e da ação, ou, como diz Gentile, aquele que sinta o interesse geral como o seu próprio e cuja vontade seja a vontade do todo”<sup>56</sup>. Em sua obra, O Estado Nacional, Campos afirmara que o “corporativismo interrompe o processo de decomposição do capitalismo previsto por Marx”, A liberdade na organização corporativa seria limitada em superfície, porém, garantida em profundidade. Não se trata do individualismo liberal, mas a liberdade da iniciativa individual dentro da corporação, a corporação por sua vez, possuía sua própria liberdade, a qual limitava as liberdades individuais. “A organização corporativa é a descentralização

<sup>55</sup> CAMPOS, Francisco. **O Estado Nacional** – Acesse: [<http://bibliotecadigital.puc-campinas.edu.br/services/e-books/Francisco%20Campos-1.pdf>]. p. 298

<sup>56</sup> CAMPOS, Francisco. **O Estado Nacional** – Acesse: [<http://bibliotecadigital.puc-campinas.edu.br/services/e-books/Francisco%20Campos-1.pdf>]. p. 24.

econômica, isto é, o abandono, pelo Estado, da intervenção arbitrária no domínio econômico, da burocratização da economia (primeiro passo avançado para o comunismo), deixando à própria produção o poder de organizar-se, regular-se, limitar-se e governar-se<sup>57</sup>.

O artigo 122, 8º) colocava no rol das garantias individuais a liberdade da escolha de profissão, gênero de trabalho, indústria ou comércio, mas foi suspenso pelo decreto 10.358 de 1942, em função do ingresso do Brasil na segunda guerra mundial.

Na Constituição de 1946 a Liberdade de iniciativa vem acompanhada da valorização do trabalho humano.

Art 145 - A ordem econômica deve ser organizada conforme os princípios da justiça social, conciliando a liberdade de iniciativa com a valorização do trabalho humano.

A Constituição Federal de 1946 tinha a missão de organizar um regime democrático, de certo modo, tratou de restabelecer os valores democráticos e republicanos da Carta de 1934. Refletia também a derrocada dos regimes totalitários de cunho fascista na Europa.

Conferiu a “Ordem Econômica e Social” o nível de título (V), tratando dela em dezessete artigos. Mas principalmente, expos a necessidade de conciliar a liberdade de iniciativa com a valorização do trabalho humano. Condicionou o uso da propriedade ao “bem-estar social”, e não apenas isso, mas também, deu permissão a lei para “promover justa distribuição da propriedade, com igual oportunidade para todos”<sup>58</sup>.

Segundo Pontes de Miranda o art. 145 constituía “mera recomendação”, mas o princípio seria útil. Lembra Pontes, ainda, que o “liberalismo”, extrapola os princípios da liberdade. Em vista dos regimes fascistas, acreditava que as liberdades fundamentais precisavam ser mantidas, e que o Estado contemporâneo teria de consagrá-las, somente a socialização progressiva poderia salvá-las “somente pela

---

<sup>57</sup> CAMPOS, Francisco. **O Estado Nacional** – Acesse: [<http://bibliotecadigital.puc-campinas.edu.br/services/e-books/Francisco%20Campos-1.pdf>]. p. 115 e 116.

<sup>58</sup> SOUZA, Washington Peluso Albino. **Teoria da Constituição Econômica** - Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 92 e 93.

socialização das sobras individuais é que a liberdade pode subsistir<sup>59</sup>. De certo modo, Pontes fazia, à moda de Ricardo e Marx, previsões de ruptura do sistema, em função da acumulação do capital promovida pela liberdade desenfreada. Se o Estado não tratasse a questão na seara democrática, impor-se-ia a limitação violenta<sup>60</sup>.

O art. 146 limitava a iniciativa particular permitindo o monopólio estatal de determinada indústria ou atividade com base no interesse público e limitada pelos direitos fundamentais. No art. 147 condicionava o uso da propriedade ao bem-estar social e o art. 148 previa repressão ao abuso do poder econômico. A constituição de 1946 a valorizava a iniciativa dos particulares, mas impunha limitações expressas, e mesmo seguindo posicionamento neoliberal no que tange a ordem econômica, tratou de posicionar a liberdade humana, acima da liberdade do capital.

Na Constituição de 1967 a livre iniciativa aparece no artigo 157 como princípio da ordem econômica, após a emenda de 1969 passou a figurar no art. 160:

Art. 160. A ordem econômica e social tem por fim realizar o desenvolvimento nacional e a justiça social, com base nos seguintes princípios:

I - liberdade de iniciativa;

II - valorização do trabalho como condição da dignidade humana;

III - função social da propriedade;

IV - harmonia e solidariedade entre as categorias sociais de produção;

V - repressão ao abuso do poder econômico, caracterizado pelo domínio dos mercados, a eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros; e

VI - expansão das oportunidades de emprego produtivo.

Apesar de a constituição federal de 1967 ser a lei fundamental de um regime extremamente antidemocrático, há questões bastante relevantes a serem analisadas. Há quem considere a constituição de 1967 e sua emenda de 1969, como duas constituições distintas, não nos interessa fazer o mesmo em nossa pequena análise. Mesmo que se trate do Texto Constitucional de um dos períodos mais sombrios de nossa história, alguns juristas deixaram lições valiosas sobre a

<sup>59</sup> MIRANDA, Pontes de. **Comentários à Constituição de 1946 TOMO V**, - Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 3ª edição, 1960. P. 439.

<sup>60</sup> MIRANDA, Pontes de. **Comentários à Constituição de 1946 TOMO V**, - Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 3ª edição, 1960. P. 440.

livre iniciativa. Para Modesto Carvalhosa tratava-se a livre iniciativa de “direito subjetivo dos residentes de, preferencialmente, organizarem e exercitarem qualquer modo de atividade econômica voltada à obtenção de um rendimento de capital”<sup>61</sup>.

Para Manoel Gonçalves Ferreira Filho, livre iniciativa era o “primeiro dos princípios” que deveriam reger a ordem econômica e social, o que significaria que através das atividades socialmente úteis, as quais se dedicavam os indivíduos, a partir de suas inclinações, se buscava realizar a justiça social. A liberdade de iniciativa seria reflexo da liberdade humana. A ação do Estado deveria ser subsidiária, de modo a não reprimir a liberdade de iniciativa particular, mas antes aumentar a garantia de proteção dos direitos individuais, o que não queria dizer, por outro lado, que a liberdade de iniciativa não possuía limites dentro da própria constituição<sup>62</sup>.

Carvalhosa ainda nos lembra de que a livre iniciativa também é o direito de exercer qualquer modo de atividade econômica, não necessariamente se trataria a livre iniciativa de mera liberdade empresarial, nela incluir-se-iam portanto, “atos econômicos cíclicos, esporádicos e diversificados” cita o autor as pessoas com capacidade de poupança que investem capital em empreendimentos alheios<sup>63</sup>. Mas a partir destas definições seria possível também inferir a relevância para livre iniciativa, daquele que não dispendo de bens materiais investe sua força de trabalho nas empreitadas alheias. O professor Modesto Carvalhosa, por sua vez, tem interpretação diferente desta, pois a Constituição previa em artigos separados a liberdade de trabalho e a liberdade de iniciativa, portanto. No artigo 153 § 23 vem a previsão de liberdade de qualquer trabalho, profissão ou ofício, logo, a força de trabalho não estaria enquadrada na livre iniciativa, que por sua vez, seria reservada a “investimentos de capital oriundos de recursos poupados”<sup>64</sup>. O que é possível perceber, é que de algum modo, o autor visa delinear claramente uma separação entre as liberdades de capital e trabalho.

---

<sup>61</sup> CARVALHOSA, Modesto, **A Ordem Econômica na Constituição de 1969** - São Paulo: Revista dos Tribunais, 1972. p. 116.

<sup>62</sup> FILHO, Manoel Gonçalves Ferreira, **Comentários à Constituição Brasileira** - São Paulo: Saraiva, 5ª edição revista e atualizada, 1984. p. 663, 664.

<sup>63</sup> CARVALHOSA, Modesto, **A Ordem Econômica na Constituição de 1969** - São Paulo: Revista dos Tribunais, 1972. p. 117.

<sup>64</sup> CARVALHOSA, Modesto, **A Ordem Econômica na Constituição de 1969** - São Paulo: Revista dos Tribunais, 1972. p. 117.

Porém, na constituição de 1967 muito distantes estávamos da declaração da liberdade econômica como um direito fundamental, como Cânone jurídico da concorrência leal ou da mera tutela dos interesses privados, O fundamento da livre iniciativa era gravado por um vínculo de utilidade social<sup>65</sup>, era relativizado em conta de outros direitos fundamentais constitucionalmente expressos.

Em função disto, o Estado deveria permitir o pleno desenvolvimento da livre iniciativa até o limite no qual esteja este exercício configurando abuso de prerrogativa constitucional. O direito deveria “levar em conta a desigualdade inicial das posições individuais”, pois a sociedade industrial encontrara no direito liberal as condições necessárias à sua expansão, mas tal fenômeno produzira num segundo momento desníveis setoriais, regionais e internacionais, e enorme concentração do poder econômico, da qual nasceram grande série de mazelas sociais<sup>66</sup>.

Enfim, a livre iniciativa vai além da simples propriedade do bem, o bem é apenas instrumento gerador de riquezas, o que interessa é a manipulação deste bem no exercício das atividades econômicas<sup>67</sup>.

Na Constituição Cidadã, de 1988 o art.1º declara que o Brasil constitui-se em Estado democrático de direito, em cujas bases se encontra a Livre iniciativa<sup>68</sup>, ou seja, o artigo 1º da constituição cidadã traz os fundamentos da República Federativa do Brasil, e nesta Carta, diferentemente das outras, a Livre Iniciativa consta neste rol, acompanhando o valor social do trabalho. Cabe ressaltar que é fundamento da República Federativa do Brasil, não simplesmente a livre iniciativa, mas sim o seu valor social, pois o texto constitucional aponta que “a República Federativa do Brasil tem como Fundamentos os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa”. Se o constituinte quisesse que a livre iniciativa, entendida como liberdade econômica do capital, fosse fundamento da república o inciso IV do art. 1º seria grafado “O valor social do trabalho e a livre iniciativa”. O que fica claro, é que o legislador agora, sem sombra de dúvidas, grava no “espírito” da livre iniciativa um vínculo de utilidade

---

<sup>65</sup> CARVALHOSA, Modesto, **A Ordem Econômica na Constituição de 1969** - São Paulo: Revista dos Tribunais, 1972. p. 123.

<sup>66</sup> CARVALHOSA, Modesto, **A Ordem Econômica na Constituição de 1969** - São Paulo: Revista dos Tribunais, 1972. p. 134 e 135.

<sup>67</sup> CARVALHOSA, Modesto, **A Ordem Econômica na Constituição de 1969** - São Paulo: Revista dos Tribunais, 1972. p. 118 e 119.

<sup>68</sup> FARIA, Werter R. **Constituição Econômica, Liberdade de Iniciativa e Concorrência** - Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1990. P.107

social. Aqui repousa um primeiro questionamento: A relação trilateral de trabalho é útil à sociedade como um todo, ou apenas à atividade econômica capitalista?

A livre iniciativa, aquela interpretada como liberdade econômica do capital, aparece como fundamento da ordem econômica, precedida da valorização do trabalho humano, no art. 170 da Constituição Federal de 1988:

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

Analisando-se a forma como o Texto Constitucional dispõe os dois fundamentos, percebe-se que o legislador visa a demonstrar que a República Federativa do Brasil deverá se aproximar do Estado de Bem-Estar Social, por isso eleva os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa ao status de fundamento da república. Ao elevar o trabalho ao status de fundamento da ordem econômica simultaneamente à Liberdade de Iniciativa, arredou a compreensão de que a ideologia presente na constituição econômica brasileira tenderia a se aproximar do Socialismo. Na CF/88 a livre iniciativa nunca é descrita como valor absoluto, mas como parte de uma espécie de simbiose, a qual fundamenta a ordem econômica do Estado brasileiro.

O sistema capitalista puro tem por premissa o pleno desenvolvimento do mercado sem a intervenção do Estado. De certo modo, adota a livre iniciativa como um princípio absoluto. Mas sabemos que o mercado apresenta falhas, situações em que o custo social é maior do que os benefícios marginais. Por isso a atuação do Estado é mister à sobrevivência do sistema, apesar do repúdio que suas teorias carregam contra tal atuação. No Brasil, como já dito acima, a livre iniciativa não possui um caráter absoluto, o artigo 170 da nossa carta traz como base não só a livre iniciativa, mas também a valorização do trabalho humano, pois a ordem econômica deve assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, ou seja, quaisquer leis que ousem levantar voz em defesa da Livre Iniciativa devem levar em conta o que dita as normas morais que dizem respeito à justiça social.

A liberdade de iniciativa tem a ver com a liberdade de indústria, liberdade de empresa e liberdade de contrato, no §1º do art, 170 consta que a todos é assegurado o livre exercício de qualquer atividade econômica independentemente

de autorização dos órgãos públicos salvo os casos previstos em lei<sup>69</sup>. Segundo Eros Grau, livre iniciativa é um termo de conceito extremamente amplo, a despeito da conclusão estrita que se tem formado dela, limitando-a a liberdade econômica ou de iniciativa econômica, a livre iniciativa não pode ser resumida a princípio básico do liberalismo<sup>70</sup>.

Para José Afonso da Silva a livre iniciativa é, sem sombra de dúvida, princípio básico do liberalismo econômico, e nasceu como aspecto de luta dos agentes econômicos para libertar-se de vínculos que “sobre eles recaiam como herança”<sup>71</sup> ou do feudalismo ou dos princípios do mercantilismo. Até a primeira guerra mundial a liberdade de iniciativa era uma liberdade de caráter absoluto, podendo o agente fazer uso de sua propriedade como bem lhe conviesse<sup>72</sup>.

Já Eros Grau enxerga nos mesmos fatos princípios diferentes, quando cita os editos de Turgot de 1776, o decreto d’Allarde de 1791 e a Lei Le Chapelier do mesmo ano, todos com intuito de proibir as corporações de ofício na França, ele enxerga o clamor popular por investir sua força de trabalho em quaisquer atividades. Com isso chega a conclusão que “nem mesmo na sua origem, se consagrava a liberdade absoluta de atividade econômica”. Ele acrescenta que a visão de um Estado omissor, no liberalismo, no que tange a iniciativa econômica privada repousa apenas em um tipo ideal, pois “medidas de polícia”, neste estágio, quando o princípio tinha o sentido de proteger os agentes econômicos da ação Estatal imposta a eles<sup>73</sup>.

As previsões dos arts. 1º e 170 da Constituição Federal de 1988, surgiram em função da evolução das relações de produção, que trouxe consigo a necessidade de proteger minimamente o trabalhador em função do mau uso da liberdade de

---

<sup>69</sup> SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo** – São Paulo: Malheiros, 39ª edição revista e atualizada, 2016, p.807.

<sup>70</sup> GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988** – São Paulo: Malheiros, 4ª edição revista e atualizada, 1998, p. 221.

<sup>71</sup> SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo** – São Paulo: Malheiros, 39ª edição revista e atualizada, 2016, p.808.

<sup>72</sup> SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo** – São Paulo: Malheiros, 39ª edição revista e atualizada, 2016, p.808.

<sup>73</sup> GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988** – São Paulo: Malheiros, 4ª edição revista e atualizada, 1998, p. 225.

propriedade por parte do capitalista, e também da “falácia da harmonia natural dos interesses do Estado liberal”<sup>74</sup>.

A Lei Fundamental de Bonn preconiza em seu artigo 14 (2) que “a propriedade obriga”, que o uso da propriedade deve servir ao bem comum. A lei fundamental da República federal da Alemanha tem grande influência em nossos diplomas. O texto constitucional apresenta ao povo um objetivo de que o desenvolvimento econômico se dê cada vez mais através da autonomia privada, e que a justiça social se perfectibilize com a menor intervenção estatal possível, porém, a busca por esse ideal passa inevitavelmente pela propriedade privada, o que faz com que o legislador relativize a liberdade de iniciativa.

Não quer dizer que o ente privado não deva buscar atender as suas necessidades de lucro, até porque, se assim tudo fosse, não sobreviveria, mas não deve colocar sua liberdade acima do bem-estar coletivo. Quando o artigo 1º em seu inciso IV coloca como Fundamento da Ordem Econômica os valores sociais do trabalho, está nos passando a mensagem de que homem está no centro, não só do direito, mas da própria Ordem Econômica. Que a liberdade de alguns em detrimento da dignidade da maioria não é objetivo deste ordenamento, até porque em seu artigo 1º Inciso III a constituição também ergue a Dignidade da Pessoa Humana ao status de fundamento.

O Professor José Afonso da Silva ressalta que o “fim condiciona os meios”, e como o fim é a “existência digna de todos conforme os ditames da justiça social” a liberdade empresarial é a “liberdade de desenvolvimento no quadro estabelecido pelo poder público, gozar das facilidades e se submeter aos limites por ele impostos”<sup>75</sup>. A partir da ideia do professor José Afonso da Silva, podemos enxergar a CLT como uma “limitação” imposta pelo poder público? O próprio professor cita isso no seu Curso de Direito Constitucional Positivo. Uma lei que preveja uma situação não específica, a qual abranja os trabalhadores de modo geral, não estaria passando por cima da CLT? Em última análise, como a CLT estabelece limites mínimos para as relações de trabalho, a fim de garantir existência digna de todos,

---

<sup>74</sup> SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo** – São Paulo: Malheiros, 39ª edição revista e atualizada, 2016, p.808.

<sup>75</sup> SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo** – São Paulo: Malheiros, 39ª edição revista e atualizada, 2016, p.808.

uma lei que permite delegar a um terceiro as obrigações previstas na CLT não está passando por cima da Constituição Federal? A verdade é que a liberdade de iniciativa se concebida como poder absoluto, prejudica em última análise a própria livre iniciativa, à medida que a concentração do capital impede a expansão de pequenas iniciativas privadas<sup>76</sup>.

Como já dito acima, liberdade de iniciativa é termo amplo, devemos lembrar que se trata de desdobramento da liberdade, Eros Grau descreve a liberdade como “sensibilidade e acessibilidade a alternativas de conduta e de resultado”. Aquele que não conhece suas condições de reivindicar alternativas de conduta não pode ser considerado livre, daí a sensibilidade, bem como não podemos dizer que é livre, aquele ao qual acesso é escondido ou negado, daí a acessibilidade<sup>77</sup>. A liberdade é protegida de tantas maneiras na constituição, que não é razoável supor que a liberdade de iniciativa seja apenas liberdade econômica e de propriedade<sup>78</sup>.

Mais uma vez citamos a Constituição Federal brasileira em seu artigo 170 o qual diz que o fim da ordem econômica é a existência digna de seus tutelados “conforme os ditames da justiça social”. Conjugando os ensinamentos do ilustre professor citado no parágrafo acima, com o dispositivo legal supramencionado, é bastante razoável afirmar que a livre iniciativa é não só um instrumento de justiça social, mas pode ser também de reparação histórica. Haja vista que o Brasil carrega a mácula de ser o último país a abolir a escravidão nas Américas: a dívida social da Nação com as etnias que estiveram sob tal jugo é enorme.

O fato de todos os cidadãos serem livres para empreender e utilizar sua força de labor como julgarem conveniente, é por si só um grande avanço, obviamente tendo por parâmetro o período escravagista. Mas não podemos esquecer-nos de considerar a “desigualdade inicial das posições individuais”. As leis que tratavam da abolição da escravatura não se preocuparam com a inserção do negro na sociedade, o que repercutiu em sua posição na economia até hoje, portanto, se a

---

<sup>76</sup> SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo** – São Paulo: Malheiros, 39ª edição revista e atualizada, 2016, p.809.

<sup>77</sup> GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988** – São Paulo: Malheiros, 4ª edição revista e atualizada, 1998, p. 223.

<sup>78</sup> GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988** – São Paulo: Malheiros, 4ª edição revista e atualizada, 1998, p. 224.

livre iniciativa deve buscar a justiça social a liberdade de empreender tem também a função de reparar injustiças históricas.

Usamos a escravatura apenas como exemplo, pois a reparação dessas desigualdades se deve dar a todos aqueles que partem de uma posição hipossuficiente na vida social, independentemente do significado histórico que essa posição carregue. Sendo assim, a livre iniciativa não deve ser usada como desculpa para a exploração das fileiras menos afortunadas de nossa sociedade, mas pelo contrário, essa liberdade deve ser usada para fomentar o desenvolvimento pleno de todos os cidadãos, seja com a flexibilização da carga horária de trabalho para o acesso à educação, ou pela distribuição mais igualitária dos rendimentos do trabalho, por exemplo.

A Convenção Americana Sobre Direitos Humanos de 1969 traz em seu artigo 21 a propriedade privada como direito humano, no § 1º diz que todos têm direito a uso e gozo de seus bens, mas que “a lei pode subordinar o uso e gozo ao interesse social” e no § 3º que “qualquer forma de exploração do homem pelo homem deve ser reprimida por lei.”

Trata-se de um importante texto do qual o Brasil é signatário, e que o legislador constituinte de 1988 buscou assimilar, porém, atualmente o legislador parece querer dar outro significado à propriedade e a liberdade de iniciativa, um significado que se afasta muito da ideologia constitucionalmente adotada, absolutizando-a em conta de qualquer controle público, ainda assim, tenta valer-se do Estado para alcançar interesses que não são coletivos.

Tem-se usado a livre iniciativa como argumento (a bem da verdade uma desculpa para descumprir preceitos constitucionais), mas esquecendo-se da sua missão no ordenamento jurídico. Fazendo parecer que a força de trabalho é bem de propriedade dos empregadores, um mero fator de produção, o que vai contra nossa Carta Magna e, sobretudo, contra o conceito de humanidade.

Eros Grau conclui que “a livre iniciativa é expressão da liberdade titulada não apenas pela empresa, mas também pelo trabalho”. Ao contemplar a livre iniciativa, a Constituição relaciona os particulares com o Estado, e não dos particulares entre si, justamente por isso a Constituição federal contempla o valor social da livre iniciativa

e não as “virtualidades individuais da livre iniciativa” ademais, o art. 170 da Constituição colocando trabalho humano e livre iniciativa lado a lado, mas pedindo que se valorize especialmente o trabalho humano, o que segundo Eros Grau sinaliza que a ordem econômica prioriza o trabalho humano sobre todos os outros valores liberais<sup>79</sup>.

Quaisquer leis que tenham como justificativa a liberdade de iniciativa, devem obedecer à *regra do equilíbrio*<sup>80</sup>, ou seja, buscar um ponto em que se encontrem as vantagens para ambos os lados. Nos casos que envolverem os trabalhadores, deve-se obedecer primeiramente às normas protetivas do trabalho, pois, como parte hipossuficiente não possui condições de barganhar e expor o que seria para si o máximo de aproveitamento da relação, nesse caso, a norma trabalhista já definira o ponto de equilíbrio, logo, qualquer norma que se justifique pela livre iniciativa, mas que não obedeça às normas protetivas do trabalho, parece atentar contra os artigos 1º e 170 da constituição federal.

A livre iniciativa é fundamental para que se alcance os objetivos estabelecidos pela ordem econômica. Os bens que possuem aptidão de gerar lucro devem sem sombra de dúvida ser usados com esse fim. Mas o instituto da livre iniciativa em nosso ordenamento jurídico não trata simplesmente da tomada de decisão privada levando em conta apenas o ânimo de obter lucro daquele que detém a propriedade. Segundo a Constituição Federal de 1988, a capacidade produtiva daquele que tem o poder de tomar as decisões deve também garantir a todos, lembramos novamente, existência digna.

Neste escrito, não se pretende defender que a liberdade de iniciativa não se trata de liberdade empresarial, ou que a liberdade empresarial é nociva à sociedade, longe disso, Fábio Konder Comparato lembra que a liberdade empresarial representa diversidade de iniciativa, criatividade e que é essencial à saúde econômica da nação e de “proteção dos interesses democráticos do consumidor”, “mas a liberdade empresarial deve ser dirigida para a consecução dos grandes objetivos nacionais, daí justamente entra o papel do Estado, Comparato compara o

---

<sup>79</sup> GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988** – São Paulo: Malheiros, 4ª edição revista e atualizada, 1998, p. 222 e 228.

<sup>80</sup> CAMARGO, Ricardo Antônio Lucas. **Curso Elementar de Direito Econômico** – Porto Alegre: Núria Fabris, 2014. p. 84.

Estado ao piloto, o qual não deve se ocupar de tudo, mas deve manter o navio no rumo certo e com velocidade controlada<sup>81</sup>.

Concluindo, a livre iniciativa é, sobretudo, expressão democrática de liberdade; como viu-se, está presente desde a constituição de 1824. À medida que vieram novas constituições pudemos perceber através da livre iniciativa a separação entre liberdade de capital e de trabalho. Por isso a Constituição Federal contempla a livre iniciativa, mas não de modo a suprimir os direitos dos operários. A livre iniciativa não marca uma relação absoluta entre os particulares, mas a prevalência dos particulares nas atividades econômicas em relação ao Estado. Como disse Pimenta Bueno, a riqueza é planta que prospera em terreno de liberdade, a liberdade empresarial é muito importante para o desenvolvimento nacional, mas livre iniciativa não se trata apenas disso, como Ruy Barbosa percebera ainda em 1919, a liberdade econômica desenfreada é capaz de grandes malefícios à toda a sociedade, em última análise, até mesmo daqueles que detém o capital. Logo, mais do que a simples liberdade capitalista, a Constituição apontou como fundamento da república o valor social da livre iniciativa, qual seja: Permitir que o homem use sua liberdade e seu capital para conquistar lucros, mas respeitando os limites estabelecidos pelo ordenamento jurídico, e buscando o desenvolvimento econômico e social da coletividade.

### **3.3. Valorização do trabalho humano.**

O trabalho talvez seja uma das coisas mais belas que compõe o ser humano. A partir do trabalho o homem artificializou o meio ambiente e transformou o modo como se relaciona com os seus semelhantes e com a natureza.

A partir do trabalho humano foram construídas grandes maravilhas arquitetônicas, cidades, máquinas, produziram-se bens de consumo. De modo geral, a organização social e sua estabilidade dependem, independentemente de ideologia, do trabalho humano. A verdade é que o homem ainda apresenta dificuldades de lidar com o trabalho e com a distribuição do que é produzido através dele.

---

<sup>81</sup> COMPARATO, Fábio Konder. **A organização Constitucional da Função Planejadora**, em: DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO E INTERVENÇÃO DO ESTADO NA ORDEM CONSTITUCIONAL, Estudos jurídicos em homenagem ao Professor Washington Peluso Albino de Souza – Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1995. p. 90.

O trabalho é o que torna os homens iguais, mas ao mesmo tempo é o que os distingue, pois, ao passo que, genericamente falando, todo homem tem dentro de si a força e o ânimo para o trabalho, exemplo disso é o brilhante físico Stephen Hawking, que a despeito de sua grave doença neurológica, tem contribuído de forma magnífica para a evolução da compreensão que temos do universo. Porém, a sociedade em dado momento, passou a valorizar mais o trabalho intelectual em detrimento do trabalho manual, o que teve desdobramentos para o rumo da história, e a relação da humanidade com o trabalho (existem diversas teses a respeito deste tema, mas para os fins desta argumentação, não nos é útil precisar o exato momento histórico desta diferenciação).

Na atual conjuntura histórica, vivemos os dilemas entre a valorização do capital e do trabalho. Por isso, A Constituição Federal da República no título em que trata da Ordem Econômica e Financeira ordenou que se valorize de forma especial o trabalho.

A atual concepção de direitos humanos e humanidade, de forma consciente, estabelecer padrões mínimos de vida para todos os homens. Antes das revoluções burguesas existiam valores no sentido de garantir o mínimo para a existência digna, mas o advento das revoluções burguesas trouxe ideias e ideais no sentido de apenas proteger o homem das arbitrariedades estatais, através de liberdades negativas, o que acabou gerando, em última análise, as crises de exploração do trabalho humano que levaram o operariado a se organizar por melhores condições de trabalho. A exploração foi tamanha a ponto de se teorizarem outras soluções para a divisão entre o capital e o trabalho, entre elas, a solução socialista.

Em linhas gerais, o levante dos operários, se valendo inclusive da violência, como por exemplo, no movimento Ludita, ou até mesmo na Revolução Russa, levaram a humanidade a uma nova concepção de direitos humanos. Isso aconteceu, em parte pelo reconhecimento da igualdade entre todos os homens, em parte, pelo medo do avanço da solução socialista. Temos como exemplo a encíclica “Rerum novarum”, do Papa Leão XIII, que falava da valorização do trabalho e dos trabalhadores, mas demonstrava grande temor ao comunismo.

A palavra trabalho pode representar dor, vemos por exemplo, a expressão “passar trabalho”, mas, por mais penoso que seja, é através do trabalho que o

homem se relaciona com a natureza para tirar dela o seu sustento, é através do trabalho que o indivíduo se enxerga como tal, é através do trabalho que o indivíduo dá sua contribuição para a sociedade. Por isso, é importantíssimo que a Constituição Federal proteja o trabalho humano. Algum desavisado pode enxergar essa proteção ao trabalho apenas como a contra partida da proteção à iniciativa privada e a seu capital, através da livre iniciativa como fundamento da ordem econômica. A livre iniciativa não se limita à proteção do capital, tampouco o trabalho é valorizado simplesmente como força produtiva.

Apesar disso, como essa discussão é uma discussão jurídica, majoritariamente falaremos da dimensão econômica do trabalho e seus desdobramentos no mundo jurídico. Falaremos A seguir do trabalho, da valorização do trabalho na Constituição, da CLT e do princípio da proteção.

Segundo Marx “o trabalho é, antes de tudo, um processo entre o homem e a natureza, processo este em que o homem, por sua própria ação, medeia, regula e controla seu metabolismo com a natureza”<sup>82</sup>. Para Marx o que diferencia o trabalho das operações executadas por outros seres animados, é a ideia preexistente, este ideal que subordina e orienta o seu esforço no sentido de executar aquilo que primeiramente fora idealizado, Marx usa o exemplo das abelhas, que muitas vezes envergonhavam os arquitetos com suas colmeias, mas que não tem a capacidade de idealizar suas empreitadas<sup>83</sup>.

Para desempenhar o trabalho, o homem usa força ou capacidade de trabalho que consiste no “complexo das capacidades físicas e mentais que existem na corporeidade, na personalidade viva de um homem e que ele põe em movimento sempre que produz valores de uso de qualquer tipo”<sup>84</sup>.

Para tecer os conceitos gerais de trabalho e força de trabalho, Marx trabalha basicamente com os conceitos filosóficos de potência, ato, e movimento ou seja, é o trabalho humano que transforma as matérias fornecidas pela natureza, aplicando sua força de trabalho a determinada atividade, se utilizando das ferramentas

---

<sup>82</sup> MARX, Karl. **O capital: crítica da economia política: Livro I, o processo de produção do capital**, tradução de Rubens Enderle - São Paulo: Boitempo, 2013. P. 255.

<sup>83</sup> MARX, Karl. **O capital: crítica da economia política: Livro I, o processo de produção do capital**, tradução de Rubens Enderle - São Paulo: Boitempo, 2013. P. 255 e 256.

<sup>84</sup> MARX, Karl. **O capital: crítica da economia política: Livro I, o processo de produção do capital**, tradução de Rubens Enderle - São Paulo: Boitempo, 2013. P. 224.

adequadas na coisa antes idealizada. Ainda que tais conceitos pareçam válidos apenas à época da revolução industrial, por extrapolação, podemos chegar a conclusão de que um vendedor de uma loja de aparelhos telefônicos, ao efetuar uma venda, atingiu os objetivos que o proprietário da loja idealizou.

Podemos pensar que alguém dispõe de uma ideia, mas precisa de força de trabalho suficiente para que ela se perfectibilize, aí entra a figura do trabalhador e sua capacidade laboral. Segundo Camargo, trabalho em sentido estrito é, “fator de produção voltado à materialização do esforço humano na conversão da matéria prima em bem”<sup>85</sup>. Economicamente falando “trabalho é a aplicação da atividade humana à produção”, “é o desenvolvimento da atividade humana em proveito de alguém, que o retribui”<sup>86</sup>

É possível pensar no trabalho como uma força de identidade entre os homens, afinal de contas, todos os homens a princípio precisam executar determinada atividade, por mais elaborada ou tecnológica que ela seja, para prover seu sustento. Mas também é fator de distinção entre os homens, à medida que em algum momento a humanidade passou a valorizar mais o trabalho intelectual do que o trabalho manual. Temos como exemplo os escribas do antigo Egito. Ser um escriba era a única possibilidade de ascender socialmente. Nas sociedades escravagistas o trabalho manual era sempre tarefa dos escravos. E isso tem reflexos ainda hoje. “A utilidade dos Escravos é mais ou menos a mesma dos animais domésticos: ajudam-nos com sua força física em nossas necessidades quotidianas”, disse Aristóteles no clássico “A Política”<sup>87</sup>. Os homens livres deveriam se dedicar a contemplação e à vida política.

Na doutrina católica, o trabalho teria sua razão de ser apenas no sustento do homem, de certo modo seria até uma maldição, “comerás o pão com o suor do teu rosto”<sup>88</sup>, o cristão católico deveria dedicar o máximo de tempo possível à contemplação e a oração.

---

<sup>85</sup> CAMARGO, Ricardo Antônio Lucas. **Curso Elementar de Direito Econômico** – Porto Alegre: Núria Fabris, 2014. p. 253.

<sup>86</sup> CESARINO JÚNIOR. Antônio Ferreira. **Direito Social** – São Paulo: LTr, 1980, p. 103.

<sup>87</sup> ARISTÓTELES. **A política**, tradução de Nestor Silveira Chaves - Rio de Janeiro: Nova Fronteira, edição especial, 2011. P. 27.

<sup>88</sup> **Bíblia Sagrada** Genesis 3, 19.

Weber percebe que os homens de negócio e os trabalhadores mais especializados e de sucesso econômico, são predominantemente protestantes<sup>89</sup>, o que é explicado pela doutrina protestante baseada na vocação e na graça, na qual o homem deve honrar sua vocação através do seu trabalho, e cujo sucesso demonstraria ser ele um escolhido, um agraciado por Deus, influenciou o acúmulo de capital, que segundo Weber é o que diferencia o modo de produção capitalista dos sistemas anteriores: A acúmulo do capital e a racionalização do trabalho<sup>90</sup>. Ou seja, foi a doutrina protestante determinante para o desenvolvimento do capitalismo.

Do desenvolvimento capitalista através da acumulação do capital e da racionalização do trabalho nasce a revolução industrial, que elevou a exploração dos trabalhadores a níveis insustentáveis, o que resultou na organização dos trabalhadores e a marcos importantes para a valorização e o reconhecimento do trabalho como direito social e via, muitas vezes única, para a dignidade.

O historiador marxista Eric Hobsbawm assegurou que os movimentos operários tiveram grande influência na atual concepção de direitos humanos, pois os movimentos operários são geralmente compostos de pessoas que são subprivilegiadas, pessoas que gozam de menos direitos do que de outros grupos, se preocuparam com pessoas que tinham razões para clamar por grande número de direitos, por isso desempenharam papel de extrema importância nos direitos humanos<sup>91</sup>.

No estatuto dos artífices do período elisabetano, 1563, era considerado dever do Estado “banir a indolência, incentivar a lavoura e garantir aos empregados salários proporcionalmente convenientes tanto nos tempos de escassez quanto nos de fartura”, baseava-se essa norma em uma visão do que constituía uma ordem social justa<sup>92</sup>, portanto, se engana quem pensa que a ideia de garantias para os trabalhadores surge apenas após a revolução industrial, na verdade essa concepção se perde com a declaração dos direitos do homem e do cidadão, que visava

---

<sup>89</sup> WEBER, Max. **A ética protestante e o espírito do capitalismo**, tradução de Pietro Nasseti - São Paulo: Martin Claret, 2007. P. 39.

<sup>90</sup> WEBER, Max. **A ética protestante e o espírito do capitalismo**, tradução de Pietro Nasseti - São Paulo: Martin Claret, 2007. P. 28 e 29.

<sup>91</sup> HOBBSAWM, Eric J. **Mundos do trabalho**, tradução de Waldea Barcellos e Sandra Bedran – São Paulo: Paz e Terra, 2015. p. 488 e 489.

<sup>92</sup> HOBBSAWM, Eric J. **Mundos do trabalho**, tradução de Waldea Barcellos e Sandra Bedran – São Paulo: Paz e Terra, 2015. p. 490.

proteger os homens das arbitrariedades estatais, mas esses direitos do homem, não implicavam programas sociais e econômicos, pois as liberdades garantidas por esses direitos eram negativas, e nela não se deveriam interferir<sup>93</sup>.

Mas percebemos a influência dos movimentos operários nos direitos humanos ao passo que na declaração de 1948 figuram direitos como trabalho, remuneração justa, organização sindical, padrão de vida capaz de assegurar o bem estar a si e sua família, instrução gratuita<sup>94</sup>, nossa atual concepção de direitos deve muito aos trabalhadores e movimentos operários, qualquer tentativa de retrocesso contra os direitos dos trabalhadores deve ser rechaçada, pois, implicará futuramente na perda de outros direitos aos cidadãos.

Hobsbawm também descreve uma série de movimentos que se utilizaram da violência em virtude de não conseguirem negociar pela via pacífica, em um texto ao qual deu nome de “Os destruidores de máquinas”, um texto que visou a desmistificar a ideia de que o Ludismo teria se tratado de violência desordenada e desmotivada. Muitas vezes a quebra das máquinas ou a queima de matérias primas eram o único jeito de fazer valer o direito à greve para negociar melhores salários. Falando especificamente da quebra das máquinas, não era preocupação do trabalhador o progresso tecnológico, mas o desemprego que acompanhava este progresso, e os desdobramentos não monetários que decorriam do desemprego como liberdade e dignidade, o problema não eram especificamente as máquinas, mas as mudanças nas relações sociais de produção, que não incluíam grande parcela dos trabalhadores<sup>95</sup>.

Marco importantíssimo da evolução dos direitos dos trabalhadores é sem sombra de dúvidas o Manifesto do Partido Comunista. Marx e Engels estabelecem abertamente os objetivos do Partido Comunista. Baseados na concepção materialista da história, ou simplesmente, Materialismo Histórico. Segundo tal teoria, a produção e a troca de produtos, é a base de toda a ordem social, sendo assim, as causas para todas as profundas transformações sociais não devem ser procuradas

---

<sup>93</sup> HOBBSAWM, Eric J. **Mundos do trabalho**, tradução de Waldea Barcellos e Sandra Bedran – São Paulo: Paz e Terra, 2015. p. 496.

<sup>94</sup> DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS, artigos 23,24,25 e 26.

<sup>95</sup> HOBBSAWM, Eric J. **Os trabalhadores, Estudos sobre a história do operariado**, tradução de Marina Teixeira Leão Viriato de Medeiros - São Paulo: Paz e Terra, 2015. Os quebradores de Máquinas

em outro lugar senão na economia<sup>96</sup>, “a história de toda a sociedade é a história da luta de classes”<sup>97</sup>. No Manifesto do Partido Comunista Marx e Engels afirmam que a burguesia substituíra a “exploração disfarçada sob ilusões religiosas e políticas pela exploração aberta, cínica, direta e brutal”<sup>98</sup>, que a burguesia teria as armas usadas para abater o feudalismo voltadas contra ela mesma, que a burguesia teria forjado não apenas as armas responsáveis por sua morte, mas também houvera engendrado os homens que as empunhariam, “os proletários”<sup>99</sup>, que com a acumulação de riqueza oriunda do trabalho assalariado, a burguesia estaria unindo os trabalhadores que deveriam estar concorrendo entre si, unirem-se em função da exploração, a burguesia estaria produzindo acima de tudo, seus próprios coveiros<sup>100</sup>.

Por fim Marx e Engels convocaram os trabalhadores a luta afirmando que nada tinham a perder, exceto seus grilhões, que teriam um mundo a ganhar, e acabam seu manifesto com a célebre frase: Proletários de todos os países, univos!<sup>101</sup> O manifesto de Marx e Engels tem grande repercussão na Europa, encorajados pelas palavras do manifesto, os trabalhadores se unem e passam a assumir uma postura de incisiva pressão sobre os empregadores para alcançar seus direitos. O processo que se seguiu influenciado pelo Manifesto, de interação entre o Estado e a pressão do operariado gerou um ramo jurídico próprio<sup>102</sup>.

Outro marco importante é a encíclica *Rerum novarum* do papa Leão XIII. Nesta carta o líder católico defende a propriedade privada, questiona a solução socialista, afirmando até mesmo que ela é instigadora da inveja nos menos favorecidos, mas pede que se observem o mínimo de condições para com os trabalhadores, os quais viveriam “situação de miséria e infortúnio imerecidos”. A carta *Rerum novarum* propunha que se fossem tomadas medidas que dessem o

<sup>96</sup> ENGELS, Friederich. **Do socialismo utópico ao socialismo científico**, tradução, São Paulo, Global Editora, 1986. p. 54

<sup>97</sup> MARX e ENGELS, Karl e Friederich. **Manifesto do Partido Comunista**, Tradução de Sueli Tomazini Barros Cassal - Porto Alegre: L&PM, 2011. P.23

<sup>98</sup> MARX e ENGELS, Karl e Friederich. **Manifesto do Partido Comunista**, Tradução de Sueli Tomazini Barros Cassal - Porto Alegre: L&PM, 2011. P.28

<sup>99</sup> MARX e ENGELS, Karl e Friederich. **Manifesto do Partido Comunista**, Tradução de Sueli Tomazini Barros Cassal - Porto Alegre: L&PM, 2011. P. 34 e 35

<sup>100</sup> MARX e ENGELS, Karl e Friederich. **Manifesto do Partido Comunista**, Tradução de Sueli Tomazini Barros Cassal - Porto Alegre: L&PM, 2011. P.45

<sup>101</sup> MARX e ENGELS, Karl e Friederich. **Manifesto do Partido Comunista**, Tradução de Sueli Tomazini Barros Cassal - Porto Alegre: L&PM, 2011. P.83

<sup>102</sup> DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho** – São Paulo: LTr, 14ª Edição, 2015, p. 100.

mínimo de condições aos trabalhadores, aparentemente temendo que a miséria da classe trabalhadora acabasse a conduzindo aos braços da ameaça comunista. Apesar disso, é inegável sua contribuição para a melhoria da vida das fileiras operárias<sup>103</sup>.

No ano de 1917 temos a Constituição mexicana, a primeira constituição cujos direitos trabalhistas foram reconhecidos como direitos fundamentais, a despeito da grande parcela da sociedade ainda viver no meio agrícola, e tais direitos representarem parcela ínfima da população, o que importa de fato para nossas conclusões, é que a constituição mexicana “foi a primeira a estabelecer a desmercantilização do trabalho”, proibiu sua equiparação à mercadoria<sup>104</sup>.

Apenas para mencionar, lembramos a revolução russa e a Declaração dos Direitos do Povo Trabalhador e Explorado de 1918, “visando principalmente a suprimir toda a exploração do homem pelo homem”, em 4(17) de Janeiro é promulgada esta declaração, o que nos interessa nesta menção, é apenas lembrar a que ponto a organização dos trabalhadores pode chegar, nos casos em que a exploração chega a limites insustentáveis, não adentraremos em outros méritos pois não nos auxiliariam em nossa argumentação.

Em 1919, temos a promulgação da Constituição de Weimar, o que encerra o “longo séc. XIX. Segundo Fábio Konder Comparato “A constituição de Weimar Exerceu decisiva influência sobre a evolução das instituições políticas em todo o ocidente.” Weimar trouxe melhor estrutura às bases já desenhadas pela constituição mexicana de 1917. Comparato afirma ainda que foi a democracia social a maior representante da dignidade humana, pois implementava direitos civis e políticos, negados pelo sistema comunista, e também os direitos econômicos e sociais, os quais eram ignorados pelo sistema liberal capitalista<sup>105</sup>.

---

<sup>103</sup> Encíclica *Rerum novarum* do pontífice Papa Leão XIII – Acesse: [ [http://w2.vatican.va/content/leo-xiii/pt/encyclicals/documents/hf\\_l-xiii\\_enc\\_15051891\\_rerum-novarum.html](http://w2.vatican.va/content/leo-xiii/pt/encyclicals/documents/hf_l-xiii_enc_15051891_rerum-novarum.html) ]

<sup>104</sup> COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos** - São Paulo: Saraiva, 10ª ed. 2015. p. 190 e 193

<sup>105</sup> COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos** - São Paulo: Saraiva, 10ª ed. 2015. p. 204 e 205

No Brasil a primeira manifestação notável de possibilidade de intervenção estatal nas relações entre trabalhadores e empregadores foi o discurso de Ruy Barbosa, “A questão Social e Política no Brasil” de 20 de março de 1924<sup>106</sup>.

No desenvolvimento do seu raciocínio Ruy Barbosa defendeu que livrar o homem dos grilhões da escravidão devolveu-lhe a condição humana, mas que a valorização do trabalho é que devolveria a dignidade aos operários<sup>107</sup>. Ruy Barbosa percebeu falhas estruturais no direito, em uma seção ao qual deu nome de “sorte do operário”, ele descreve brilhantemente a situação que embasa a intervenção estatal nas relações de trabalho, a “Águia de Haya” faz jus ao apelido de águia e com olhar cirúrgico desnuda as condições dos operários, e nos apresenta valores que serão importantíssimos para os fundamentos do direito do trabalho no Brasil, vejamos o excerto:

Nada se construiu. Nada se adiantou, nada se fez. A sorte do operário continua indefesa, desde que a lei, no pressuposto de uma igualdade imaginária entre ele e o patrão e de uma liberdade não menos imaginária nas relações contratuais, não estabeleceu, para este caso de minoridade social, as providências tutelares, que uma tal condição exige. Pensamento e Ação 387 As fábricas devoram a vida humana desde os sete anos de idade. Sobre as mulheres pesam, de ordinário, trabalhos tão árduos quanto os dos homens; não percebem senão salários reduzidos e, muitas vezes, de escassez mínima. Equiparam-se aos adultos, para o trabalho, os menores de quatorze e doze anos. Mas, quando se trata de salário, cessa a equiparação. Em emergências de necessidade todo esse pessoal concorre aos serões. O horário, geralmente, nivela sexos e idades, entre os extremos habituais de nove a dez horas quotidianas de cansaço.

Ruy Barbosa defendia que já era hora de o Estado intervir nas relações de trabalho, pois os trabalhadores eram muito explorados, vale lembrar que a recente abolição da escravidão fora fornecedora de grande contingente operário. Defendia que a constituição deveria ser alterada, pois, se os operários já eram favoráveis à intervenção estatal não seriam contrários a alteração constitucional.

A argumentação de Ruy Barbosa surtira efeito pois a constituição a emenda constitucional de 3 de setembro de 1926, única desta constituição, passou a prever em seu art. 34, 28. competência do Congresso Nacional legislar sobre o trabalho.

<sup>106</sup> Barbosa, Ruy. **A questão Social e Política no Brasil** – Acesse: [[http://www.casaruibarbosa.gov.br/dados/DOC/artigos/ruy\\_barbosa/p\\_a5.pdf](http://www.casaruibarbosa.gov.br/dados/DOC/artigos/ruy_barbosa/p_a5.pdf)].

<sup>107</sup> Barbosa, Ruy. **A questão Social e Política no Brasil** – Acesse: [[http://www.casaruibarbosa.gov.br/dados/DOC/artigos/ruy\\_barbosa/p\\_a5.pdf](http://www.casaruibarbosa.gov.br/dados/DOC/artigos/ruy_barbosa/p_a5.pdf)]. p. 13

Mas apenas na Constituição de 1934, quando traz pela primeira vez um título dedicada à ordem econômica e social é que vemos direitos relativos ao trabalho resguardados na Constituição Federal.

Muitos trabalhadores apoiam as atuais medidas de retrocesso dos direitos relativos ao trabalho, o que seguramente não sabem, é que os direitos que os trabalhadores possuem hoje não foram fruto da benevolência dos empregadores, mas de árdua luta do movimento operário. Fica uma dúvida: Como será a reação desta nova classe trabalhadora, à medida que a supressão de direitos trabalhistas permita que a exploração dos trabalhadores atinja níveis cada vez mais críticos?

Ainda que a classe trabalhadora tenha sofrido sensíveis alterações, com relação àquela, da revolução industrial, os paradigmas de capital e trabalho continuam os mesmos, o que freia a exploração da classe trabalhadora, são justamente os direitos, que são tidos hoje como entrave ao desenvolvimento empresarial do país.

Na constituição Federal de 1988, o valor social do trabalho aparece como fundamento da república no Art. 1º IV, a valorização do trabalho humano aparece como fundamento da ordem econômica no art. 170, o trabalho aparece como direito social no art. 6º.

Segundo Eros Grau na moderna sociedade capitalista o trabalho passa a receber proteção não meramente filantrópica, mas politicamente racional. Capitalistas e trabalhadores possuem interesses distintos, mas o capitalismo moderno pretende a conciliação entre ambos<sup>108</sup>.

O racionalismo do sistema capitalista moderno, descrito por Weber, evolui a ponto defender interesses dos trabalhadores para se manter, o que não quer dizer efetivamente, que a exploração do operariado tenha acabado, mas que o capitalista trabalhará sempre na margem do que é aceito pelo trabalhador.

---

<sup>108</sup> GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988** – São Paulo: Malheiros, 4ª edição revista e atualizada, 1998, p. 220.

A valorização do trabalho humano e reconhecimento do valor social do trabalho visam a conciliação e a composição dos interesses entre capital e trabalho, e carregam em si potencial transformador<sup>109</sup>.

Segundo José Afonso da Silva no fato de a ordem econômica ser fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa residem dois significados: Primeiramente, que a constituição consagra uma economia de mercado, de natureza capitalista, pois a livre iniciativa, enquanto compreendida meramente como iniciativa privada, é característica e princípio básico do capitalismo; em segundo lugar, significa que apesar de capitalista, existe prevalência dos valores do trabalho humano sobre os princípios da economia de mercado<sup>110</sup>.

A conclusão de José Afonso da Silva é chave para as ideias que se pretende defender, pois se há de fato a prevalência do trabalho humano sobre a economia de mercado, e a conclusão do eminente constitucionalista é razoabilíssima, visto que a República Federativa do Brasil, antes de tudo funda-se na dignidade da pessoa humana, e o trabalho é o elemento mais humano da ordem econômica, quaisquer normas que importem retrocesso dos direitos sociais relacionados ao trabalho, devem ser analisadas de modo muito cauteloso.

Como já discutido, Valorizar o trabalho humano, significa conceder a ele tratamento especial, por isso, a própria Constituição Federal já traz determinada gama de direitos aos trabalhadores. No artigo 6º a CF/88 qualifica o trabalho como direito social, e no artigo 7º enumera direitos individuais dos trabalhadores urbanos e rurais, não constitui esta lista rol taxativo, mas exemplificativo, visto que o caput deste artigo prevê quaisquer outros que visem a melhoria da condição social dos trabalhadores.

No inciso I do artigo 7º da CF/88 traz a proteção contra despedida arbitrária. A Constituição não previu nenhuma garantia absoluta do emprego, “A *garantia de emprego* significa o direito de o trabalhador conservar sua relação contra despedida

---

<sup>109</sup> GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988** – São Paulo: Malheiros, 4ª edição revista e atualizada, 1998, p. 221.

<sup>110</sup> SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo** – São Paulo: Malheiros, 39ª edição revista e atualizada, 2016, p.802.

arbitrária ou sem justa causa”<sup>111</sup>. Para José Afonso da Silva, a garantia de emprego tem aplicabilidade imediata, a lei complementar de que fala o inciso, apenas determinaria os limites desta aplicabilidade, como por exemplo, o que seria despedida arbitrária, ou justa causa. Lembra também que a indenização não representa a garantia de emprego, mas tão somente, medida compensatória<sup>112</sup>. No antigo regime há de se lembrar da estabilidade decenal, e da multa rescisória que consistia em 1 salário para cada ano de trabalho, o que fazia com que a cada ano que passasse ficasse mais difícil a despedida por parte do empregador. A lei do FGTS, primeiramente como opcional, e após a Constituição como único regime, já foi uma maneira de flexibilização da garantia de emprego para os trabalhadores. Se o constituinte visa à proteção da relação de emprego, é por que, mais do que restringir a possibilidade de dispensa, tem a intenção de que a relação perdure tanto quanto possível.

Os direitos Constitucionais do trabalho visam a garantir condições mínimas de trabalho, pois é a partir destas condições que os trabalhadores alcançarão melhoria de sua condição social. A Constituição não seria o lugar apropriado para estabelecerem-se essas condições protetivas, mas faz para garantir valores mínimos, e de modo peculiar garantir a isonomia material, proibindo por exemplo, a diferença de salário em razão de sexo, idade, cor ou estado civil, distinção entre o trabalho manual, técnico e intelectual<sup>113</sup>.

Quanto ao salário, a CF/88 prevê salário mínimo , “fixado em lei, nacionalmente unificado, capaz de atender a suas necessidades vitais básicas e às de sua família com reajustes periódicos que lhe preservem o poder aquisitivo, sendo vedada sua vinculação para qualquer fim”. A Constituição Federal também prevê o décimo-terceiro salário, que o trabalhador nunca receba salário inferior ao mínimo, que a remuneração do trabalho noturno seja superior a do diurno, remuneração especial para o serviço extraordinário. “Os salários são irredutíveis, impenhoráveis,

---

<sup>111</sup> SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo** – São Paulo: Malheiros, 39ª edição revista e atualizada, 2016, p.292.

<sup>112</sup> SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo** – São Paulo: Malheiros, 39ª edição revista e atualizada, 2016, p.293.

<sup>113</sup> SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo** – São Paulo: Malheiros, 39ª edição revista e atualizada, 2016, p.295.

irrenunciáveis é constituem critérios privilegiados na falência do empregador”<sup>114</sup>. A proteção ao salário é maneira de reduzir-se gradualmente as desigualdades, razão pela qual é dispositivo de suma importância, no atual sistema, o poder de compra do salário determina posição social, a garantia de não diminuição pode possibilitar ao trabalhador ascensão social.

A Constituição também prevê os direitos relativos ao repouso e à inatividade do trabalhador. O repouso semanal remunerado, gozo de férias, licença gestante e paternidade, aposentadoria<sup>115</sup>. Vale ressaltar a importância da previsão do repouso, pois a medida que não houvesse tais previsões, a constituição de vida familiar e social dos trabalhadores seriam inviáveis, ainda que muitos empregadores questionem o direito a repouso remunerado, são dispositivos importantes para a garantia de efetiva dignidade, e patamares mínimos de sociabilidade, afinal de contas, o homem é um ser social.

Quanto à proteção dos trabalhadores, a Constituição prevê normas de higiene e segurança no trabalho, proteção do mercado da mulher, seguro contra acidentes, sem prejuízo de indenização quando o empregador incorrer em dolo ou culpa. A proteção dos trabalhadores, no que tange a acidentabilidade no ambiente laboral, tem sido tema de grande discussão no que tange às terceirizações. Grijalbo Fernandes Coutinho expõe dados sobre a relação das terceirizações com a acidentalidade, cita o exemplo dos terceirizados no setor elétrico, que sofrem mais com os acidentes de trabalho do que os empregados com vínculo direito com as empresas, no seu livro, “TERCEIRIZAÇÃO, Máquina de Moer Gente trabalhadora, Grijalbo também questiona a ausência de dados envolvendo acidentalidade nas empresas terceirizadas<sup>116</sup>. Vale ressaltar também que os critérios de proteção aos trabalhadores, previstos na Constituição Federal, não visam de modo algum a diferenciação dos trabalhadores, mas justamente a isonomia.

A Constituição Federal não prevê apenas direitos individuais, mas também direitos coletivos, como a liberdade de associação sindical e o direito à greve. O

---

<sup>114</sup> SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo** – São Paulo: Malheiros, 39ª edição revista e atualizada, 2016, p.297.

<sup>115</sup> SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo** – São Paulo: Malheiros, 39ª edição revista e atualizada, 2016, p.298.

<sup>116</sup> COUTINHO, Grijalbo Fernandes. **Terceirização, Máquina de moer gente trabalhadora** – São Paulo: Ltr, 2015.

artigo 8º da CF/88 cita dois tipos de associação: a sindical e a profissional. Diferenciam-se por suas prerrogativas. A associação profissional limita-se ao estudo, defesa e coordenação dos interesses econômicos de seus associados, já os sindicatos defendem direitos e interesses das categorias em questões judiciais e administrativas, participam de negociações coletivas de trabalho e celebram convenções e acordos coletivos, elegem representantes, entre outros<sup>117</sup>. Todas as leis que proibiam a sindicalização de determinadas categorias restaram revogadas ou inconstitucionais em função do artigo 8º, I, o qual dá inteira liberdade para a fundação de sindicatos<sup>118</sup>.

“A liberdade sindical emanou de árdua conquista dos trabalhadores”, A CF/88 eliminou “todos os entraves anteriores que restringiam a liberdade sindical, que, agora, é contemplada e assegurada amplamente, em todos os seus aspectos”<sup>119</sup>. A liberdade sindical representa conjunto de liberdades, tais como: Liberdade de fundação, liberdade de adesão sindical, liberdade de atuação, liberdade de filiação.

O direito a greve também é uma importante conquista do movimento trabalhista, pois dá condição aos trabalhadores de negociarem, afinal de contas, de nada mais dispõem a não ser de sua força laboral. A greve é desenvolvida através do poder de concentração do sindicato, não se trata de simples direito fundamental, mas de instrumento pois funciona como um meio, e não um fim no sentido estrito, é um “recurso de última instância para a concretização dos direitos e interesses dos trabalhadores”<sup>120</sup>. É bem verdade que a grande maioria dos trabalhadores não conseguem a efetividade deste direito, por causa da pouca representatividade, o que facilita a repressão patronal. Percebemos que as entidades sindicais que geralmente conseguem se mobilizar estão ligadas a entes públicos, servidores públicos de todos os gêneros, correios, até mesmo os bancários, cuja greve sempre é encabeçada pelos bancos públicos.

---

<sup>117</sup> SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo** – São Paulo: Malheiros, 39ª edição revista e atualizada, 2016, p.304.

<sup>118</sup> SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo** – São Paulo: Malheiros, 39ª edição revista e atualizada, 2016, p.304.

<sup>119</sup> SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo** – São Paulo: Malheiros, 39ª edição revista e atualizada, 2016, p.304.

<sup>120</sup> SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo** – São Paulo: Malheiros, 39ª edição revista e atualizada, 2016, p.307.

Abaixo da Constituição temos a CLT, de 1º de Maio de 1943. Trata-se a CLT do mais expressivo texto trabalhista do Brasil. É a sistematização de uma série de leis esparsas do trabalho. Segundo a exposição de motivos da CLT não representou um ponto de partida mas a maturidade de uma ordem social preexistente, dizia também que “em relação aos contratos de trabalho cumpre esclarecer que a precedência das normas de tutela sobre os contratos acentuou que a ordem institucional ou estatutária prevalece sobre a concepção contratualista”<sup>121</sup>. Ou seja, a CLT, veio cumprir tarefa de proteger aquele que não se encontra em igual condição de negociar, o trabalhador. Nesse sentido, uma vez que a CF/88 opta pela valorização do trabalho humano, a CLT não só foi recepcionada, como sua sonegação constitui infração grave a dispositivos constitucionais.

Constitui também fonte do direito e matéria importante para a compreensão dos valores sociais do trabalho, os seus princípios, os quais embasam as normas constitucionais e a própria consolidação das leis do trabalho, segundo o autor uruguaio Américo Plá Rodriguez, são seis os mais relevantes: O princípio da proteção, o princípio da irrenunciabilidade, o princípio da continuidade, o princípio da primazia da realidade, o princípio da razoabilidade, o princípio da boa-fé<sup>122</sup>.

“O princípio da proteção refere-se ao critério fundamental que orienta o Direito do Trabalho”, em razão da hipossuficiência de um das partes, o direito do trabalho opta pela proteção do lado fraco da relação contratual e prescreve uma desigualdade formal para alcançar “igualdade substancial e verdadeira entre as partes”<sup>123</sup>. O direito do trabalho surgiu como consequência de que a liberdade de contrato entre pessoas de poder econômico diferentes conduziu a formas iníquas de exploração<sup>124</sup>.

O princípio da irrenunciabilidade diz respeito a impossibilidade de renúncia de determinados direitos do trabalho, pois tratar-se-ia de interesse de ordem pública que o trabalho seja devidamente remunerado, afinal de contas, se o trabalhador

---

<sup>121</sup> Exposição de motivos CLT. Acesse:

[[https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/1939/29280/1943\\_clt\\_exposicao\\_motivo.pdf?sequence=1](https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/1939/29280/1943_clt_exposicao_motivo.pdf?sequence=1)]

<sup>122</sup> RODRIGUEZ, Américo Plá. **Princípios de Direito do Trabalho**, Tradução de Wagner D. Giglio – São Paulo: LTr. 2015.

<sup>123</sup> RODRIGUEZ, Américo Plá. **Princípios de Direito do Trabalho**, Tradução de Wagner D. Giglio – São Paulo: LTr. 2015. p. 83

<sup>124</sup> RODRIGUEZ, Américo Plá. **Princípios de Direito do Trabalho**, Tradução de Wagner D. Giglio – São Paulo: LTr. 2015. p. 85.

pudesse abrir mão de todos os seus direitos, o trabalho estaria totalmente a mercê das regras de mercado, e a bem da verdade, estes direitos não teriam eficácia nenhuma, ficando ficariam apenas no plano do ideal. Ainda que no direito brasileiro alguns direitos sejam negociáveis por convenção coletiva, como o banco de horas, por exemplo, em linhas gerais, o trabalhador não pode assinar contrato abrindo mão de salário mínimo e FGTS, por exemplo.

O princípio da continuidade tem a ver com o fato de o contrato de trabalho ser um contrato de trato sucessivo, “a relação de emprego não se esgota mediante realização instantânea”. Américo Plá Rodriguez lembra o código napoleônico, no qual por receio que os contratos de trabalho gerassem escravidão ou até mesmo servidão, deveriam ter os contratos prazo determinado, depois se percebeu que essa norma era prejudicial ao trabalhador<sup>125</sup>. Sendo assim o direito do trabalho da preferência para contratos de duração indefinidas, sempre oferecerá resistência à rescisão unilateral do contrato quando por vontade patronal, e optará pela manutenção dos contratos nos casos de substituição do empregador<sup>126</sup>.

“O princípio da primazia da realidade significa que, em caso de discordância entre o que ocorre na prática e o que emerge de documentos ou acordos, deve-se dar preferência ao primeiro, isto é, ao que sucede no terreno dos fatos”<sup>127</sup>. O desajuste do contrato com a realidade pode ter quatro causas segundo Rodriguez: Intenção deliberada de fingir ou simular uma situação jurídica distinta da real, erro, falta de atualização de dados, falta de cumprimento de requisitos formais<sup>128</sup>. Exemplo comum de aplicabilidade deste princípio é o reconhecimento de vínculo empregatício do trabalhador terceirizado com a tomadora de serviço quando a relação entre os dois apresenta os quatro elementos da relação de emprego.

“O princípio da razoabilidade consiste na afirmação essencial de que o ser humano, em suas relações trabalhistas procede conforme a razão”<sup>129</sup>. O homem

---

<sup>125</sup> RODRIGUEZ, Américo Plá. **Princípios de Direito do Trabalho**, Tradução de Wagner D. Giglio – São Paulo: LTr. 2015. p. 243.

<sup>126</sup> RODRIGUEZ, Américo Plá. **Princípios de Direito do Trabalho**, Tradução de Wagner D. Giglio – São Paulo: LTr. 2015. p. 247.

<sup>127</sup> RODRIGUEZ, Américo Plá. **Princípios de Direito do Trabalho**, Tradução de Wagner D. Giglio – São Paulo: LTr. 2015. p. 339.

<sup>128</sup> RODRIGUEZ, Américo Plá. **Princípios de Direito do Trabalho**, Tradução de Wagner D. Giglio – São Paulo: LTr. 2015. P. 352 e 353.

<sup>129</sup> RODRIGUEZ, Américo Plá. **Princípios de Direito do Trabalho**, Tradução de Wagner D. Giglio – São Paulo: LTr. 2015. p. 393.

deve agir com a razão, e não de modo arbitrário, é um princípio que se aplica àqueles direitos que são disponíveis no direito do trabalho. Também se aplica quando “a norma não pode prescrever limites muito rígidos, nem em um sentido, nem em outro, e sobretudo, onde a norma não pode prever a infinidade de circunstâncias possíveis”<sup>130</sup>.

O princípio da Boa-fé, que para o direito do trabalho implica as partes usarem toda a força que dispõe para o cumprimento sadio do contrato de trabalho.

Como é possível perceber, o trabalho possui diversas perspectivas, sociais, individuais, jurídicas, econômicas. Da forma com que o atual modo de produção se desenhou após a revolução francesa, é imprescindível que o Estado não seja inerte frente às relações trabalhistas. Na concepção de José Afonso da Silva, já explorada neste trabalho, temos uma classe dominante que exerce não só poder econômico, mas político, por isso é importante a manifestação dos trabalhadores para que mantenham a dignidade das relações de trabalho.

Aos operadores do direito que se preocupam com as questões de natureza trabalhista compete dar subsídio para que os trabalhadores fomentem sua luta e sejam não só agentes da transformação social mas também atores da história. Como última reflexão, encerro este pequeno trecho que discute o valor do trabalho humano valendo-me das palavras do dramaturgo Bertold Brecht, nas “perguntas de um trabalhador que lê”:

---

<sup>130</sup> RODRIGUEZ, Américo Plá. **Princípios de Direito do Trabalho**, Tradução de Wagner D. Giglio – São Paulo: LTr. 2015. p. 393.

Quem construiu a Tebas de sete portas?  
Nos livros estão nomes de reis:  
Arrastaram eles os blocos de pedra?

E a Babilônia várias vezes destruída  
Quem a reconstruiu tantas vezes?

Em que casas da Lima dourada moravam os construtores?  
Para onde foram os pedreiros, na noite em que a Muralha da China  
ficou pronta?

A grande Roma está cheia de arcos do triunfo:  
Quem os ergueu?  
Sobre quem triunfaram os Césares?

A decantada Bizâncio  
Tinha somente palácios para os seus habitantes?

Mesmo na lendária Atlântida  
Os que se afogavam  
gritaram por seus escravos  
Na noite em que o mar a tragou?

O jovem Alexandre conquistou a Índia.  
Sozinho?

César bateu os gauleses.  
Não levava sequer um cozinheiro?

Filipe da Espanha chorou,  
quando sua Armada naufragou.  
Ninguém mais chorou?

Frederico II venceu a Guerra dos Sete Anos.  
Quem venceu além dele?  
Cada página uma vitória.  
Quem cozinhou o banquete?

A cada dez anos um grande Homem.  
Quem pagava a conta?  
Tantas histórias.  
Tantas questões.

#### 4. RELAÇÃO ENTRE A TERCEIRIZAÇÃO E OS FUNDAMENTOS DA ORDEM ECONÔMICA

A relação entre a terceirização e os fundamentos da ordem econômica não é simples, árdua é a tarefa de tal análise. Nas discussões que antecederam a esta, constatamos que existe uma previsão jurisprudencial para a terceirização, e que as possibilidades aceitas pela súmula 331 do TST tem em comum o fato de possuírem uma limitação, ou no tempo, ou na natureza da atividade.

Constatamos também, que a ordem econômica é fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, e que o trabalho, enquanto direito social, tem prevalência sobre outros princípios de ordem econômica. Que a despeito de o termo livre iniciativa, hoje, ter o sentido de iniciativa econômica capitalista, a livre iniciativa é gravada por um vínculo de utilidade social e deve sempre ter em vista o objetivo da ordem econômica qual seja a existência digna de todos conforme os ditames da justiça social. E que os direitos de ordem trabalhista foram conquistados através de muita luta das fileiras trabalhadoras, que não são fruto da mera benevolência dos detentores do capital.

Como base desta análise, usaremos a concepção Weberiana de “espírito do capitalismo”. Segundo Weber, o impulso de lograr lucro sempre existiu na humanidade, que o espírito do capitalismo consiste na racionalização do trabalho livre, na expectativa de obter lucro a partir das oportunidades de troca, ou seja, nas “possibilidades pacíficas de lucro”<sup>131</sup>.

O fato é que essa racionalização envolverá maximização dos lucros, e o maior aproveitamento possível dos fatores de produção, entre eles, o trabalho humano. O acúmulo do capital, que segundo concepções weberianas e marxistas, foi o que possibilitou o desenvolvimento do sistema capitalista, fez com que o capitalista detivesse os meios de produção, mas também criou a necessidade da força de trabalho. Tal fenômeno gerou a necessidade, de na medida do possível, impedir que o trabalhador domine todo o processo de produção, impedir que o trabalhador detenha os meios de produção, fazer com que só disponha de sua força

---

<sup>131</sup> WEBER, Max. **A ética protestante e o espírito do capitalismo**, tradução de Pietro Nasseti - São Paulo: Martin Claret, 2007. P. 26.

de trabalho para prover seu sustento. Segundo Weber, é um fenômeno específico do capitalismo, privar o trabalhador dos meios de produção<sup>132</sup>.

Tendo em vista este fenômeno específico, é possível admitir que teria vantagem, o capitalista, empregando um trabalhador terceirizado ao invés de manter um vínculo tradicional, em um contrato bilateral, como já prevê a legislação trabalhista?

Seguramente. Há o afastamento do trabalhador dos meios de produção, ao menos por conta de sua posição na relação contratual de trabalho. À medida que o trabalhador fornece sua mão de obra, mas não tem nenhuma vinculação obrigacional com o detentor dos meios, já existe um considerável afastamento. O capitalista tem acesso à força de trabalho de que necessita, e ao mesmo tempo afasta o trabalhador dos meios de produção, e quanto mais distante estiver o trabalhador, mais precária será a relação de trabalho.

A classe burguesa, ao promover sua revolução sofria apenas dominação política, pois já possuía independência econômica. Para manter-se hegemônica, não permitirá que a classe ora dominada conquiste independência econômica, isso explica o retrocesso que o Brasil, e de modo geral o mundo, tem vivido com relação aos direitos sociais. Quando a exploração chegou a níveis muito altos, para assegurar legitimidade ao sistema econômico, houve avanços nos direitos sociais, mas à medida que os trabalhadores logram melhor qualidade de vida, a ponto de aspirarem melhores posições na organização social, haverá da classe dominante para que haja retrocesso dos direitos conquistados, e a ordem social mantenha-se igual. Em alguns anos, talvez possamos constatar este fenômeno, como forma de manter a estabilidade do sistema capitalista.

A principal motivação de uma relação nos moldes da terceirização, talvez venha se mantendo escondida das discussões. Está muito além de exigência do mercado, consiste também em uma necessidade de manutenção do *status quo*. Mas a Constituição Federal, quando prescreve a valorização do trabalho humano, e a livre iniciativa como fundamentos, não visa a permitir que sejam criados mecanismos

---

<sup>132</sup> WEBER, Max. **Ciência e Política, duas vocações**, tradução de Jean Melville - São Paulo: Martin Claret, 2005. P. 27.

que favoreçam os empregadores em detrimento dos trabalhadores. É de amplo conhecimento que a relação terceirizada de trabalho não traz vantagem alguma aos trabalhadores, na prática, seria uma forma de redução dos custos, as custas da precarização da relação de trabalho, e assim, das condições gerais de vida das fileiras trabalhadoras.

A livre iniciativa, é uma expressão de liberdade, que deve ser usada para vantagem do capitalista, mas que também auxilie a produzir benefícios a coletividade. A terceirização irrestrita viola o trabalho enquanto direito social, mascara a liberdade empresarial e não reconhece o valor do trabalho humano.

No ano de 2004 o deputado Sandro Mabel propôs o Projeto de Lei 4330, o qual dispunha sobre o contrato de serviço a terceiros e as relações de trabalho dele decorrentes. Segundo o deputado Sandro Mabel, o mundo assistira “verdadeira revolução na organização da produção, que a empresa tinha necessidade de concentrar-se no seu negócio para melhorar a qualidade de seu produto, assegurou que a legislação fora atropelada pela realidade, e que era a legislação trabalhista míope pois tentando proteger o trabalhador o deixava ainda mais vulnerável. Defendia o deputado que a terceirização deveria atingir atividades inerentes, acessórias ou complementares, e que a vedação das atividades diversas das estipuladas em contrato com a fornecedora da mão de obra seria limitação suficiente<sup>133</sup>.

O Projeto de Lei, apresentava artigos que confrontavam a Constituição Federal. Em primeiro lugar, o Artigo 5º do projeto 4330/04 que permitia até mesmo a quarteirização, ou seja, manteria o trabalhador mais afastado ainda da empresa, e com mais dificuldades de reclamar seus direitos, o que fere já o artigo 170 da Constituição Federal, não respeita a previsão de valorização do trabalho humano, ao tratar o trabalhador como uma reles mercadoria.

Contudo, é o parágrafo 2º do artigo 4º, o dispositivo que mais afronta a Ordem Econômica. Previa este dispositivo que o contrato poderia versar sobre atividades inerentes, acessórias ou complementares à atividade econômica da contratante. Até então, víamos o fenômeno terceirizante sempre com algum limitador, ou a natureza da prestação, ou o tempo, mas no projeto de lei do deputado Sandro Mabel, previu a

---

<sup>133</sup> Projeto de Lei 4330/2004

terceirização sem limites, o que sem dúvida geraria uma onda de trabalhadores terceirizados, e com os direitos trabalhistas garantidos pela CLT em cheque. Como já escrevera Maurício Godinho Delgado, qualquer forma de terceirização irrestrita afronta a Ordem Econômica, pois retira dos trabalhadores as condições mínimas de segurança, à medida que, empresas de maior capacidade econômica transferem as obrigações trabalhistas para empresas menores, mais sujeitas a não conseguirem cumprir tais obrigações, mas ainda mantém a força de trabalho. O parágrafo 2º do artigo 4º é flagrantemente inconstitucional.

Outro fenômeno possível no caso de Terceirização irrestrita seria a “pejotização” da pessoa física, a qual seria compelida pelas empresas a abrir empresas individuais para prestação de serviços, reduzindo ainda mais o custo das empresas tomadoras de serviço. Isto eliminaria de vez os custos com direitos trabalhistas, visto que o próprio trabalhador seria a empresa, perdendo o trabalhador todos os direitos trabalhistas previstos na Constituição Federal e na CLT. Direitos históricos como FGTS, 13º salário, férias, repouso remunerado, seriam tirados dos trabalhadores, o que desmonta o argumento do nobre deputado quanto a preocupação com a proteção dos trabalhadores. O § 2º do artigo 2º demonstrava a preocupação com a formação do vínculo empregatício, o que de certa forma denuncia o caráter de desmonte do direito trabalhista.

Em 22 de abril de 2015, a Câmara dos deputados aprovou o PL 4330 /04, no dia 27 de abril foi remetido ao Senado Federal e recebeu o número Projeto de Lei da Câmara 30 de 2015 (PLC 30/2015). O PLC 30 / 2015 no seu artigo 2º que “contratante é a pessoa jurídica que celebra contrato de prestação de serviços determinados, específicos e relacionados a parcela de qualquer de suas atividades”, ou seja, com outras palavras diz a mesma coisa que o projeto original do deputado Sandro Mabel. No Art. 3º § 2º, impõe pequena limitação à quarteirização.

As questões sindicais também são bastante confusas, no PLC 30/2015, o sindicato representativo dos trabalhadores dependerá da natureza da prestação, e só será o sindicato que representa os empregados da contratante, caso a prestação de serviço seja relativa à atividade inerente à contratante, conforme o artigo 8º desta lei. A pulverização dos empregados em multiplicidade de categorias de sindicato

impediria a mobilização dos trabalhadores, o que prejudica a garantia do artigo 8º da CF/88.

A relação das terceirizações, enquanto fenômeno irrestrito, com os fundamentos da Ordem Econômica, é de extrema incompatibilidade, uma vez que a Ordem econômica estatuída na Constituição Federal tem como fim a justiça social e como fundamento a valorização do trabalho humano, a partir das normas protetivas aos trabalhadores. O legislador está buscando alternativas para burlar a própria Constituição, criando uma lei que permitirá ao empregador usar sua liberdade empresarial para maximizar seus lucros às custas dos direitos suprimidos de milhões de trabalhadores que serão submetidos a condições degradantes, que em nada se diferenciam da *Marchandage*.

Segundo estudo realizado pela CUT trabalhadores terceirizados trabalham três horas a mais por semana e recebem vinte e cinco por cento a menos, a reportagem do portal UOL ainda traz informações de grau de escolaridade e salário médio, o que comprova que os patamares de civilidade das relações de emprego cairá drasticamente caso o projeto seja aprovado no Senado Federal. Estes números confirmam a previsão do professor Maurício Godinho Delgado, de que a terceirização irrestrita levará a aumento da desigualdade social.

Hoje a Ordem Econômica é fundada na valorização do trabalho humano, se aprovado o projeto do deputado Sandro Mabel teremos uma realidade de mercantilização do trabalho humano, que sem o amparo de seus direitos será apenas um fator produtivo.

O Senador Randolfe Rodrigues propôs o Projeto de Lei do Senado nº 39, de 2016 (PLS 339/2016), no qual enfrenta as questões do projeto oriundo da Câmara. Segundo o Senador, “não há evidências empíricas de que terceirizando ou de que flexibilizando direitos se conquistem patamares de maior produtividade e de melhor competitividade.” Segundo o Senador, estudos do Fundo Monetário Internacional (FMI), provam exatamente o oposto. Na onda de terceirizações dos anos 90 não houve evolução em termos de emprego, produtividade ou competitividade. Na década de 90 a defesa da terceirização era centrada na geração de empregos,

como houve melhoria deste fator, hoje a defesa se dá pela via do crescimento econômico através do aumento da competitividade<sup>134</sup>.

Segundo o Senador, o projeto de lei ataca as garantias de proteção ao salário, como igualdade entre idênticas funções e irredutibilidade, viola também convenções da Organização Internacional do Trabalho (OIT), como por exemplo as convenções 98 e 151 que tratam da proteção contra atos antissindicais pois “a contratação de empregados terceirizados rompe o vínculo social básico, com impactos na capacidade de mobilização e na formação da consciência de classe.”<sup>135</sup>

Para o Senador seria preciso aprimorar o projeto, abaixo as considerações finais da justificação do PLS 339/2016:

1. positivar, com segurança jurídica, o critério da distinção entre atividades essenciais (ou inerentes) e atividades não-essenciais (ou não-inerentes, ou ainda atividades-meio) como fator de legitimação legal da terceirização de serviços no Brasil;
2. estabelecer a regra da responsabilidade solidária da empresa tomadora de serviços em relação aos direitos dos trabalhadores terceirizados, inclusive nos acidentes de trabalho e nas doenças profissionais e do trabalho;
3. estabelecer a representação sindical pelo sindicato da categoria profissional predominante no âmbito da empresa tomadora;
4. estabelecer mínima isonomia salarial entre trabalhadores terceirizados e trabalhadores efetivos (empregados da empresa tomadora).
5. normatizar o princípio da norma mais benéfica em favor dos trabalhadores terceirizados, no âmbito da concorrência de normas estatais e convencionais, inclusive quanto às convencionadas no âmbito da tomadora dos serviços;
6. vedar a “quarteirização” e todas as subcontratações sucessivas;
7. vedar a terceirização por pessoas físicas, ainda que profissionais liberais ou produtores rurais;
8. proteger trabalhadores especialmente vulneráveis e reforçar a correspondente fiscalização.

A discussão sobre as terceirizações ainda segue aberta, a proposta do Senador Randolfe é ao menos mais coerente com a Constituição Federal e sua Ordem Econômica.

---

<sup>134</sup> PLS 339 / 2016

<sup>135</sup> PLS 339 / 2016

## 5. CONCLUSÃO

A súmula 331 do TST modelou o entendimento sobre terceirizações que temos hoje, definindo o que é lícito e o que é ilícito nesta matéria. No inciso III quando a súmula fala em atividade meio, deveria ser ter o entendimento de espera, de não encerramento das possibilidades, desde que houvesse previsão legal, sob justificativa de particularidade da atividade econômica que esclarecesse a necessidade do modelo trilateral para as relações de trabalho.

A Ordem Econômica é fundada na livre Iniciativa e na valorização do trabalho humano, que segundo José Afonso da Silva e Eros Grau tem prevalência ante os outros princípios da Ordem Econômica Constitucional. Em função da natureza da relação terceirizada de trabalho Maurício Godinho Delgado a julgou incompatível com a Ordem Econômica, quando aceita de forma irrestrita.

A livre iniciativa é uma liberdade gravada por um vínculo de utilidade social, esteve de alguma forma presente em todos os Textos Constitucionais Brasileiros, ainda que seja princípio basilar do modo de produção capitalista, visa promover a justiça social, portanto, a liberdade empresarial não deve ser invocada como liberdade absoluta, pois sua função é assegurar a todos os cidadãos existência digna. A livre iniciativa é fundamento que demonstra a prevalência dos particulares para o desenvolvimento das atividades econômicas em relação ao Estado, ou seja, regula principalmente a relação Particular / Estado, e não a relação entre os particulares.

Os direitos trabalhistas são fruto de muita luta, de uma evolução histórica que mostrou a humanidade que as liberdades negativas das revoluções burguesas não era o suficiente para a convivência pacífica. Valorização do trabalho humano quer dizer que ao trabalho humano importa tratamento peculiar, por isso a própria constituição traz uma série de previsões, temos a CLT e também os princípios que regem o direito do trabalho, sobretudo o princípio da proteção, o qual trata do fundamento do direito do trabalho que é a hipossuficiência do trabalhador.

A classe burguesa, quando conseguiu sua revolução, não mantinha dependência econômica da classe dominante, apenas política, sendo assim, visa manter a dominação não só política, mas econômica sob a classe trabalhadora, a

fim de manter o *status quo*, a lei das terceirizações é uma das medidas de retrocesso que vem conter o avanço dos direitos sociais, que se não forem barrados levarão inevitavelmente ao rompimento da ordem social ora vigente. Os movimentos de avanço e retrocesso são indispensáveis para manter o controle.

O PL 4330/2004 é inconstitucional por força do artigo 4º §2º, que como se demonstrou, possibilita a terceirização de forma irrestrita, o que ofende diretamente o artigo 170 da Constituição Federal em função de ser fundamento da Ordem Econômica a valorização do trabalho humano, que como quer dizer que devemos dar tratamento especial ao trabalho humano, missão que é cumprida pela CLT. Não há provas empíricas de que a terceirização traga avanços para os trabalhadores, muito pelo contrário, a lei ainda traz a possibilidade de as grandes empresas driblarem a CLT e sonegarem os direitos históricos conquistados pelos trabalhadores. O PLC 30/ 2015 também traz expressão que permite a terceirização de quaisquer atividades da empresa, mas no Artigo 2º § 2º, acaba incorrendo na mesma inconstitucionalidade do PL 4330.

O Senador Randolfe Rodrigues Propôs projeto que altera substancialmente a lei das terceirizações, trouxe mais lucidez ao debate, estabeleceu limites que deixaram a terceirização menos exploratória.

Ainda assim, as terceirizações merecem mais atenção, um debate mais robusto de definições técnicas, pois hoje parece que toda e qualquer descentralização de atividade econômica é chamada de terceirização. A terceirização também deveria carregar o sentido de haver três elementos da relação de emprego na relação entre tomador de serviços e empregado, pois, havendo dois elementos seria mera descentralização, e havendo quatro seria relação de emprego.

Por fim, cumpre salientar que os direitos conquistados pelos trabalhadores são sagrados à Ordem Constitucional, devendo o ordenamento jurídico obedecer ao princípio da não retroação dos direitos sociais, para que cada vez mais se construa uma sociedade justa e igualitária para que não haja necessidade que não esteja resguardada por um direito.

## REFERÊNCIAS

- ARAÚJO E COIMBRA, Francisco Rossal de, Rodrigo. **Direito do Trabalho I** – São Paulo: LTr, 2001.
- ARISTÓTELES. **A política**, tradução de Nestor Silveira Chaves - Rio de Janeiro: Nova Fronteira, edição especial, 2011. P. 27.
- Barbosa, Ruy. **A questão Social e Política no Brasil** – Acesse: [[http://www.casaruibarbosa.gov.br/dados/DOC/artigos/ruibarbosa/p\\_a5.pdf](http://www.casaruibarbosa.gov.br/dados/DOC/artigos/ruibarbosa/p_a5.pdf)].
- BEVILAQUA, Clóvis. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado volume IV** – Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 2ª edição, 1924, p. 406.
- CAMARGO, Ricardo Antônio Lucas. **Curso Elementar de Direito Econômico** – Porto Alegre: Núria Fabris, 2014.
- CAMPOS, Francisco. **O Estado Nacional** – Acesse: [<http://bibliotecadigital.puc-campinas.edu.br/services/e-books/Francisco%20Campos-1.pdf>].
- CARVALHOSA, Modesto, **A Ordem Econômica na Constituição de 1969** - São Paulo: Revista dos Tribunais, 1972
- CESARINO JÚNIOR, Antônio Ferreira. **Direito Social** – São Paulo: LTr, 1980.
- COMPARATO, Fábio Konder. **A organização Constitucional da Função Planejadora**, em: DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO E INTERVENÇÃO DO ESTADO NA ORDEM CONSTITUCIONAL, Estudos jurídicos em homenagem ao Professor Washington Peluso Albino de Souza – Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1995.
- COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos** - São Paulo: Saraiva, 10ª ed. 2015.
- COUTINHO, Grijalbo Fernandes. **Terceirização, Máquina de moer gente trabalhadora** – São Paulo: Ltr, 2015.
- DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho** – São Paulo: LTr, 14ª Edição, 2015.
- ENGELS, Friederich. **Do socialismo utópico ao socialismo científico**, tradução, São Paulo, Global Editora, 1986.
- FARIA, Werter R. **Constituição Econômica, Liberdade de Iniciativa e Concorrência** - Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1990.
- FILHO, Manoel Gonçalves Ferreira, **Comentários à Constituição Brasileira** - São Paulo: Saraiva, 5ª edição revista e atualizada, 1984.
- GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988** – São Paulo: Malheiros, 4ª edição revista e atualizada, 1998.

HOBBSAWM, Eric J. **Mundos do trabalho**, tradução de Waldea Barcellos e Sandra Bedran – São Paulo: Paz e Terra, 2015.

HOBBSAWM, Eric J. **Os trabalhadores, Estudos sobre a história do operariado**, tradução de Marina Teixeira Leão Viriato de Medeiros - São Paulo: Paz e Terra, 2015. Os quebradores de Máquinas

LEIRIA, Jerônimo Souto. Porto Alegre: Ortiz, 2001.

MARX, Karl. **O capital: crítica da economia política: Livro I, o processo de produção do capital**, tradução de Rubens Enderle - São Paulo: Boitempo, 2013.

MARX e ENGELS, Karl e Friederich. **Manifesto do Partido Comunista**, Tradução de Sueli Tomazini Barros Cassal - Porto Alegre: L&PM, 2011.

MIRANDA, Pontes de. **Comentários à Constituição de 1946 TOMO V**, - Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 3ª edição, 1960.

PIMENTA BUENO, José Antônio. **Direito Público Brasileiro e análise da Constituição do Império** – Brasília: Editora da Universidade de Brasília, 1978.

RODRIGUEZ, Américo Plá. **Princípios de Direito do Trabalho**, Tradução de Wagner D. Giglio – São Paulo: LTr. 2015

SANTOS, J. M. Carvalho. **Código Civil Brasileiro interpretado, Direito das Obrigações, Volume XVII** - , Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 7ª edição, 1958, p. 176.

SANTOS, Rodrigo Coimbra. **Relações Terceirizadas de Trabalho** – Curitiba: editora Giruá, 1ª edição, 3ª tiragem, 2008, p. 118.

SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo** – São Paulo: Malheiros, 39ª edição revista e atualizada, 2016, p.800.

SOUZA, Washington Peluso Albino. **Teoria da Constituição Econômica** - Belo Horizonte: Del Rey, 2002. P.150

SANTOS, Carlos Maximiliano Pereira. **Comentários à Constituição Brasileira de 1891** – Brasília: Senado Federal, 2005. p. 798.

WEBER, Max. **A ética protestante e o espírito do capitalismo**, tradução de Pietro Nassetti - São Paulo: Martin Claret, 2007.

WEBER, Max. **Ciência e Política, duas vocações**, tradução de Jean Melville - São Paulo: Martin Claret, 2005.

**Bíblia Sagrada** Genesis 3, 19.

DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS, artigos 23,24,25 e 26.

Exposição de motivos CLT. Acesse:

[[https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/1939/29280/1943\\_clt\\_exposicao\\_motivo.pdf?sequence=1](https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/1939/29280/1943_clt_exposicao_motivo.pdf?sequence=1)]

R. Inf. Legisl. Brasília a. 20 n. 79 jul./set. 1983.