

# REVISTA ELETRÔNICA



## TERCEIRIZAÇÃO II

# Expediente

## **TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO 9ª REGIÃO**

CURITIBA - PARANÁ

ESCOLA JUDICIAL

### **PRESIDENTE**

Desembargador ALTINO PEDROZO DOS SANTOS

### **VICE-PRESIDENTE**

Desembargadora ANA CAROLINA ZAINA

### **CORREGEDORA REGIONAL**

**Desembargadora** FÁTIMA TERESINHA LORO LEDRA MACHADO

### **CONSELHO ADMINISTRATIVO BIÊNIO 2014/2015**

Desembargador Célio Horst Waldraff (Diretor)

Desembargador Cássio Colombo Filho (Vice-Diretor)

Juiz Titular Lourival Barão Marques Filho  
(Coordenador)

Juiz Titular Fernando Hoffmann (Vice-Cordenador)

Desembargador Arion Mazurkevic

Desembargador Francisco Roberto Ermel

Juíza Titular Suely Filippetto

Juiz Titular Paulo Henrique Kretschmar e Conti

Juíza Substituta Fernanda Hilzendegeer Marcon

Juíza Substituta Camila Gabriela Greber Caldas

Juiz José Aparecido dos Santos (Presidente da AMATRA IX)

### **COMISSÃO DE EaD e PUBLICAÇÕES**

Desembargador Cássio Colombo Filho

Juiz Titular Fernando Hoffmann

Juiz Titular Lourival Barão Marques Filho

## **GRUPO DE TRABALHO E PESQUISA**

Desembargador Luiz Eduardo Gunther - Orientador

Adriana Cavalcante de Souza Schio

Angélica Maria Juste Camargo

Eloina Ferreira Baltazar

Joanna Vitória Crippa

Juliana Cristina Busnardo de Araújo

Larissa Renata Kloss

Maria da Glória Malta Rodrigues Neiva de Lima

Simone Aparecida Barbosa Mastrantonio

Willians Franklin Lira dos Santos

## **COLABORADORES**

Secretaria Geral da Presidência

Serviço de Biblioteca e Jurisprudência

Assessoria da Direção Geral

Assessoria de Comunicação Social

## **FOTOGRAFIA**

Assessoria de Comunicação

Acervos online (Creative Commons)

## **APOIO À PESQUISA E REVISÃO**

Maria Ângela de Novaes Marques

Márcia Bryzynski

## **DIAGRAMAÇÃO E CAPA**

Patrícia Eliza Dvorak

# Apresentação

A atual edição da Revista Eletrônica do TRT 9ª Região contempla seus leitores com textos doutrinários e decisões judiciais instigantes, que são o resultado de profundas reflexões sobre diversos aspectos relacionados com a terceirização de serviços.

Leitura dos textos me trouxe à recordação uma frase singela, porém, com significativo conteúdo de verdade, proferida pelo enigmático *Albus Dumbledore*, personagem mago de *Harry Potter*: “são nossas escolhas que mostram o que somos, muito mais que nossas habilidades”.

O tema desta Revista é uma escolha, entre tantos outros temas possíveis que poderiam preencher suas páginas. O tema, a escrita e os posicionamentos de cada participante refletem escolhas, preferências, ou opções, que projetam cada um para muito além de suas habilidades intelectuais.

Da mesma forma, quando se adota, de um lado, atitude como a de tolerar a terceirização de serviços sem limites; ou, por outro, quando se impõem restrições totais ou parciais ao modo de trabalho terceirizado, o que se faz é manifestar escolhas e elas indicarão quem são os defensores incondicionais do modelo e quem são os combatentes incansáveis e os denunciadores das suas fragilidades. Mais ainda: mostrarão a essência desses personagens a partir da eleição de seus fins e do seu conjunto de interesses.

Quando um magistrado considera legítimo que determinada empresa utilize mão de obra terceirizada para a maior parte de suas atividades, ou para suprir necessidade constante de mão de obra vinculada ao seu objetivo social, ou quando tem dificuldades além do normal em responsabilizar o tomador dos serviços, ainda que em detrimento de direitos mínimos dos trabalhadores, faz nítida opção: a prevalência do interesse econômico.

Neste aspecto, não se está a produzir, aqui, julgamento precipitado ou irresponsável, mas possivelmente esse magistrado se revele como aquele juiz preso a postulados dogmáticos e a ultrapassadas e criticáveis tendências formalistas. Possivelmente seja um juiz vinculado a certa forma de pensamento que pressupõe quase a existência de um juiz “eunuco” e totalmente “asséptico”, como definiu Arthur César de Souza em texto doutrinário denominado *A parcialidade positiva do juiz: fundamento ético material do Código Modelo Iberoamericano*, referindo ao Código Modelo de Ética Judicial.

Sabe-se que o juiz não é neutro e muito menos imparcial, “pois, de certa forma, está vinculado a suas concepções sociais, econômicas, culturais, psicológicas e ideológicas, ou seja, a sua filosofia de vida”. Em outras palavras, o juiz “é um ser histórico e fruto de seu tempo” e assim, não pode se desvincular do contexto social.

Se o juiz não é neutro, nem imparcial, então se torna mais fácil compreender suas decisões como escolhas, sejam políticas, ideológicas ou filosóficas. Essas escolhas revelarão quem é esse juiz. E, em uma perspectiva ética e humanista do processo, é viável sustentar “a figura do juiz positivamente parcial”, em contraponto ao juiz negativamente parcial. O juiz será “positivamente parcial” quando atento ao reconhecimento das diferenças sociais, econômicas, culturais das pessoas envolvidas na relação jurídica processual; ou seja, quando toma como fundamento de suas decisões a concepção filosófica da “racionalidade do outro”, que é uma racionalidade crítica que procura afastar a simples conservação do sistema.

Ao repousar suas decisões em princípios e valores humanos para impedir que práticas como a terceirização de serviços precarizem as relações de trabalho; ao compreender as virtudes de ser um verdadeiro distribuidor de justiça; e ao colocar no centro de qualquer discussão, de todo conflito, ou de todo argumento, a pessoa humana e suas necessidades existenciais; ao assim agir revela-se um magistrado ético e comprometido com seu indeclinável papel de dizer o direito, com justiça e com a excelência que dele a sociedade espera.

A ética relaciona-se “com o humano, porque se vincula à liberdade, à possibilidade de decidir e de eleger certo caminho de ação”. Na ética, como no Direito, os acontecimentos não são determinados fatalmente, ainda que no Direito se encontrem algumas limitações ao agir. Ética e Direito relacionam-se com a finalidade dos atos, a partir de um critério de razão. Essa finalidade é que determina seu rumo. Há algo de racional em um ato que se volte à destruição dos próprios seres humanos? Ou em um ato que caracterize a própria negação do ser humano? Ou a negação do valor das coisas que valorizam o ser humano, como seria o trabalho? A razão humana dirige nossos atos a certo fim e “somente um fim considerado bom faz parte da ética”.

É nessa perspectiva que se deve analisar o tema da terceirização dos serviços no sistema de produção contemporâneo. A questão é, antes de tudo, uma questão ética. Uma questão de escolha; de

eleger determinados fins e essa escolha fica evidente quando se analisam os fundamentos das decisões judiciais.

No rico repertório de textos que compõe esta edição da Revista Eletrônica o leitor poderá confirmar essa perspectiva de análise e, certamente, a leitura será muito proveitosa.

Eis os títulos dos artigos e seus autores: A Regulamentação da Terceirização de Serviços – Aspectos Críticos, Fabio Goulart Villela; A terceirização e o descompasso com a higidez, saúde e segurança no meio ambiente laboral – responsabilidade solidária do tomador do serviço a partir das Normas de Saúde e Segurança no Trabalho, Francisco Milton Araújo Júnior; Terceirização na administração pública: breves reflexões críticas, Luciano Elias Reis; Reflexões sobre três temas polêmicos: terceirização, liberdade de contratar e pleno emprego, Kátia Magalhães Arruda; Terceirização no setor elétrico: o caso da companhia paranaense de energia – Copel, Ubirajara Carlos Mendes; A Terceirização e as relações humanas e de trabalho, Paulo da Cunha Boal; A terceirização e o papel dos Tribunais no controle das práticas de precarização do trabalho, Sayonara Grillo Coutinho Leonardo da Silva; O Supremo e a repercussão geral no caso da terceirização de atividade-fim de empresas de telecomunicações: o que está em jogo? Vitor Filgueiras e Renata Queiroz Dutra; O Ativismo Judicial do Supremo Tribunal Federal e o debate sobre a terceirização, Rodrigo de Lacerda Carelli; Terceirização – instrumento de exclusão social e de precarização do trabalho, Jane Salvador de Bueno Gizzi e Ricardo Nunes de Mendonça; Terceirização e responsabilidade subsidiária - o processo executório no TRT da 9ª região - abordagem paramétrica, Lais Kuiaski e Rodrigo Rodas; A responsabilização objetiva da administração pública nos contratos de terceirização frente a Convenção nº 94 da OIT, Igor de Oliveira Zwicker.

No Brasil, não obstante algumas decisões isoladas, a maioria dos magistrados do trabalho parece perceber que a própria “lei não é neutra, imparcial ou anódina; mesmo quando feita para manter o *status quo*, a lei tem papel transformador, na medida em que o respalda e o fortalece”.

Não se trata de rechaçar toda e qualquer espécie de terceirização de serviços - ainda que a maior parte dessas iniciativas indique o objetivo de burlar a legislação trabalhista. Ocorre que, em defesa da manutenção de um nível mínimo de dignidade, na esfera das relações sociais, deve-se limitar essa forma de prestação de serviços àquelas atividades que se encaixem, à perfeição, às hipóteses e condições legalmente previstas: serviços temporários ou que, por sua natureza, exijam execução especializada, como vigilância e limpeza.

Quando o cenário for outro, como na maioria das ações judiciais, a situação não pode ser enquadrada em qualquer das permissões legais e jurisprudenciais a justificar a contratação realizada e deve ser reconhecido o vínculo de emprego, justamente para assegurar ao trabalhador terceirizado os mesmos direitos que teriam os empregados contratados diretamente. Ou, no mínimo, deve ocorrer responsabilização, seja solidária ou subsidiária, com vistas a garantir o recebimento dos direitos lesados.

Como mencionado, a tarefa de julgar envolve escolhas. Se essa escolha for por uma dada concepção ética, no sentido material e humanista do Direito, o magistrado tem a perspectiva de produzir enorme diferença quando se trata de atender às aspirações de uma sociedade desigual, complexa e pluralista como a que se vive e que não aceita mais o juiz sem a capacidade e perceber o outro e a sociedade nos seus mais variados aspectos.

Boa leitura a todos

**Marlene Teresinha Fuverki Suguimatsu**  
**Desembargadora do Trabalho**

# Índice

## Artigos

Terceirização no Setor Elétrico: O Caso da Companhia Paranaense de Energia - COPEL - Ubirajara Carlos Mendes .....	9
A Terceirização e o Descompasso com a Higidez, Saúde e Segurança no Meio Ambiente Laboral - Responsabilidade Solidária do Tomador do Serviço a partir das Normas de Saúde e Segurança no Trabalho - Francisco Milton Araújo Júnior .....	23
Reflexões sobre Três Temas Polêmicos: Terceirização, Liberdade de Contratar e Pleno Emprego - Kátia Magalhães Arruda .....	39
A Terceirização e o Papel dos Tribunais no Controle das Práticas de Precarização do Trabalho - Sayonara Grillo Coutinho Leonardo da Silva .....	51
A Regulamentação da Terceirização de Serviços - Aspectos Críticos - Fabio Goulart Villela .....	69
Terceirização – Instrumento de Exclusão Social e de Precarização do Trabalho - Jane Salvador de Bueno Gizzi e Ricardo Nunes de Mendonça .....	74
A Responsabilização Objetiva da Administração Pública nos Contratos de Terceirização Frente a Convenção nº 94 da OIT - Igor de Oliveira Zwicker .....	91
Terceirização na Administração Pública: Breves Reflexões Críticas - Luciano Elias Reis .....	113

O Supremo e a repercussão geral no caso da terceirização de atividade-fim de empresas de telecomunicações: o que está em jogo? - Vitor Filgueiras e Renata Queiroz Dutra .....	123
A Terceirização e as relações humanas e de trabalho - Paulo da Cunha Boal .....	136
Terceirização e Responsabilidade Subsidiária - O Processo Executório no TRT da 9ª Região - Abordagem Paramétrica - Lais Kuiaski e Rodrigo Rodas .....	139
O Ativismo Judicial do Supremo Tribunal Federal e o debate sobre a terceirização - Rodrigo de Lacerda Carelli .....	144
<b>Peças Processuais</b> .....	160
<b>Resenhas</b>	
Os Limites Constitucionais da Terceirização Joanna Vitória Crippa .....	246
A terceirização e o direito do trabalho - Luiz Eduardo Gunther e Maria da Gloria Malta Rodrigues Neiva de Lima .....	248
A terceirização no Brasil - Luiz Eduardo Gunther e Maria da Gloria Malta Rodrigues Neiva de Lima .....	249
<b>Notícias</b> .....	251
<b>Vídeos</b> .....	260

# TERCEIRIZAÇÃO NO SETOR ELÉTRICO: O CASO DA COMPANHIA PARANAENSE DE ENERGIA - COPEL

Ubirajara Carlos Mendes

## 1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A terceirização no setor elétrico acentuou-se na década de 1990, sob o influxo da redefinição do modelo setorial público e da transferência do controle acionário das empresas públicas para o setor privado, a exemplo do que ocorreu com a Espírito Santo Centrais Elétricas S/A - Escelsa e com a Light Serviços de Eletricidade S/A. A terceirização foi também fomentada, segundo o Departamento Intersindical de Estatísticas e Estudos Socioeconômicos - Dieese, pelo ambiente de redefinição das regras tarifárias a cargo da ANEEL e pelo estímulo à concorrência entre os diversos agentes do setor, predominando uma lógica privada de atuação centrada no lucro.<sup>1</sup>

Pesquisa da Fundação Coge<sup>2</sup> apurou

que, em 2008, o setor elétrico contava com 227,8 mil trabalhadores, dos quais 126,3 mil eram terceirizados. Dados mais recentes do Dieese revelam que o nível de terceirização do setor elétrico situa-se na ordem de 58,3% da força de trabalho, e que a taxa de mortalidade por acidentes entre trabalhadores contratados é substancialmente mais elevada do que as apuradas no quadro de pessoal próprio.<sup>3</sup>

Os acidentes envolvendo trabalhadores terceirizados no setor elétrico, muitos deles fatais, agravam a preocupação em torno do tema, especialmente quando a terceirização é considerada um fenômeno econômico e social irreversível. Em dezembro de 2012 o Tribunal Superior do Trabalho publicou a seguinte notícia: *“Morte de terceirizados no*

1 DIEESE. Departamento Intersindical de Estatística e Estudos Socioeconômicos. **O processo de terceirização e seus efeitos sobre os trabalhadores no Brasil.** Disponível em: [http://portal.mte.gov.br/data/files/FF8080812BA5F4B7012BAAF91A9E060F/Prod03\\_2007.pdf](http://portal.mte.gov.br/data/files/FF8080812BA5F4B7012BAAF91A9E060F/Prod03_2007.pdf) Acesso em 30 out 14.

2 Instituição criada e gerida pelas empresas do setor elétrico e responsável pela elaboração do Relatório de Estatísticas de Acidentes no Setor Elétrico Brasileiro.

Fonte: Relatório de Estatísticas de Acidentes no Setor Elétrico Brasileiro de 2006 a 2008. Disponível em: [http://www.funco.org.br/comites/csst/?page\\_id=1610](http://www.funco.org.br/comites/csst/?page_id=1610) Acesso em 30 out 14.

3 DIEESE. Departamento Intersindical de Estatística e Estudos Socioeconômicos. **Terceirização e morte no trabalho: um olhar sobre o setor elétrico brasileiro. Estudos e pesquisas.** Nº 50, março de 2010. Disponível em: <http://www.dieese.org.br/estudosepesquisas/2010/estPesq50TerceirizacaoEletrico.pdf> Acesso em 30 out 14



Ubirajara Carlos Mendes

Desembargador do Trabalho do TRT 9ª Região. Mestre em Direitos Fundamentais e Democracia pela UNIBRASIL. Especialista em Direitos Humanos pela Universidad Pablo de Olavide, Sevilha – ES. Professor na Universidade Estadual de Ponta Grossa (UEPG)

*setor elétrico preocupa judiciário trabalhista*". Veiculou o caso de um eletricista terceirizado do setor elétrico da cidade de Linhares (ES) que levou um choque de 13 mil volts quando trabalhava em uma rede de alta tensão e, com o acidente, perdeu todo o braço direito, teve inutilizados o braço e a mão esquerda, além de sofrer queimaduras em todo o corpo.

Analistas do setor elétrico atribuem à terceirização a causa do elevado número de acidentes do trabalho, assertiva difícil de ser contestada. Estatística da Fundação Coge, de caráter global, enuncia que o número de acidentados fatais de empregados terceirizados é maior do que empregados das próprias empresas (no ano de 2010, por exemplo, ocorreram sete acidentes fatais nas empresas, enquanto outros 75 ocorrem nas terceirizadas).

Outro levantamento da mesma Fundação estabelece precisa relação entre o aumento do número de acidentes fatais no setor elétrico e a crescente terceirização de atividades. No Relatório de 2006 advertiu: *"Relembramos, por exemplo, que no ano de 1994 o setor elétrico contava com 183.380 empregados próprios e registrou a ocorrência de 35 acidentes fatais, menos da metade do valor de 2006."*<sup>4</sup> Já no Relatório de 2008 afirmou:

**Os serviços terceirizados têm influência marcante nas taxas de acidentes do Setor Elétrico Brasileiro, especialmente na taxa de gravidade, tendo sido registrados 60 acidentes com consequências fatais em**

**2008. Esse valor, apesar de mostrar uma estabilização dos acidentes em relação ao ano anterior (59), trata de vida humana que sabemos não ter preço, continuando muito alto se comparado às 15 ocorrências de acidentados de consequência fatal com empregados próprios.**

**Cumpra observar, especialmente, o processo de terceirização das atividades no setor e naquelas de maior risco, iniciado em 1995.**<sup>5</sup>

No Relatório de 2012 apurou-se pequena redução em relação a 2011, mas a discrepância entre o número de acidentes fatais envolvendo trabalhadores próprios (9) e contratados (58) continuou expressiva:

**No que se refere aos acidentados de contratadas, num contingente de 146.314 empregados, permanece a necessidade destacada nos relatórios de 2001 a 2011, ou seja, de um esforço maior por parte das empresas contratantes no sentido da apuração sistematizada e mais rigorosa dos dados estatísticos e de ações efetivas para a sua efetiva prevenção. Os serviços terceirizados têm influência marcante nas taxas de acidentes do Setor Elétrico Brasileiro, especialmente na taxa de gravidade, tendo sido registrados um total de 58 acidentes com consequências fatais em**

4 FUNDAÇÃO COGE. Relatório de Estatísticas de Acidentes no Setor Elétrico Brasileiro. Relatório 2006. Disponível em: [http://www.funcoge.org.br/comites/csst/?page\\_id=1610](http://www.funcoge.org.br/comites/csst/?page_id=1610) Acesso em: 30 out 14.

5 Fundação Coge. Estatísticas de Acidentes no Setor Elétrico Brasileiro. Relatório 2008. Disponível em: [http://www.funcoge.org.br/comites/csst/?page\\_id=1610](http://www.funcoge.org.br/comites/csst/?page_id=1610) Acesso em: 30 out 14.

**2012. Esse total representa uma redução em relação ao ano anterior (61 em 2011). Nota: Somando-se aos 58 acidentados de contratadas as 9 ocorrências de acidentados de consequência fatal com empregados próprios, teremos um total de 67 fatalidades com a força de trabalho, valor este, que representa uma redução de 15% nas fatalidades (...).**<sup>6</sup>

Em seu Compêndio de Estatísticas de Acidentados elaborado desde o ano de 1999, a Fundação Coge apura que os acidentes fatais têm como causas principais: queda, origem elétrica e veículos. Destes, destaca um fator já conhecido e uma conclusão muito recorrente no cotidiano do processo judicial: as duas primeiras, especialmente, podem ser evitadas, pois *“dependem exclusivamente do cumprimento de procedimentos técnicos de trabalho (planejamento da segurança do trabalho, observação das frentes de trabalho, procedimentos de trabalho escritos – o passo a passo, treinamento da forma de trabalho, além do compromisso gerencial, etc.), elementos constantes do SGTS – Sistema de Gestão do Trabalho Seguro.”*

Certo, portanto, que a realização do trabalho por terceirizados acentua o risco da atividade. A terceirização, sob a ótica dos trabalhadores, nenhum benefício lhes traz; a defesa das empresas, por sua vez, é de que há redução de custos e maior eficiência e rapidez na prestação dos serviços, o que também

6 Fundação Coge. Estatísticas de Acidentes no Setor Elétrico Brasileiro. Relatório 2012. Disponível em: [http://www.funcoge.org.br/comites/csst/?page\\_id=1610](http://www.funcoge.org.br/comites/csst/?page_id=1610) Acesso em: 30 out 14.

é questionado pelo elevado número de reclamações de consumidores.

Sob o aspecto jurídico, onde repousa a derradeira solução sobre a licitude ou não da prática, a discussão gravita principalmente em torno dos termos do art. 25, § 1º, da Lei nº 8.987/95<sup>7</sup>, cujo vocábulo “inerentes” autorizaria a irrestrita contratação de terceiros, inclusive em atividades finalísticas. Dele tratará o presente estudo, norteado em termos breves pelo tratamento dispensado pela ordem jurídica ao fenômeno da terceirização e, mais especificamente, sobre o caso da Companhia Paranaense de Energia Elétrica – Copel, à luz da recente decisão tomada pela 7ª Turma do E. TRT desta 9ª Região na ACP 28156-2012-012-09-00-8, publicada em 13.05.14.

## 1. O FENÔMENO DA TERCEIRIZAÇÃO

No Brasil, a ideia de terceirização surgiu da preocupação concentrada na essência do negócio<sup>8</sup>. Buscou-se, com base na influência

7 **Art. 25. Incumbe à concessionária a execução do serviço concedido, cabendo-lhe responder por todos os prejuízos causados ao poder concedente, aos usuários ou a terceiros, sem que a fiscalização exercida pelo órgão competente exclua ou atenuie essa responsabilidade. § 1.º Sem prejuízo da responsabilidade a que se refere este artigo, a concessionária poderá contratar com terceiros o desenvolvimento de atividades inerentes, acessórias ou complementares ao serviço concedido, bem como a implementação de projetos associados. (...). (grifos acrescentados).**

8 A terceirização surgiu da necessidade de aprimoramento dos meios e técnicas de produção, de a empresa reestruturar-se e concentrar suas atenções no que é essencial à sua atividade. Em sua origem, o modelo toyotista de produção (ou modelo de acumulação flexível), fundado em um padrão horizontal de produção, ou seja, organizado em redes de empresas prestadores de serviços, mostrou-se mais eficaz que o modelo fordista ou taylorista (formado a partir das idéias de Henry Ford e Friedrich Taylor); nesta, os trabalhadores eram

positiva de outros padrões, um modelo de gestão empresarial que permitisse a especialização das atividades da empresa, com a concentração de esforços em sua atividade-fim e, em última análise, com a garantia de melhor eficiência.

É fato inegável que as relações de trabalho estão em contínua transformação, notadamente por conta da dinâmica da atividade empresarial, das inovações tecnológicas do processo produtivo e da necessidade de imprimir melhor eficiência às formas de produção. O mesmo se aplica à Administração Pública, pois, assim como o setor privado, tem suas atividades permanentemente confrontadas pela exigência de novas tecnologias e pela necessidade de se adaptar às evoluções do mercado.

Para José Augusto Rodrigues Pinto, a terceirização, termo que não lhe parece apropriado, expressa um contrato de apoio empresarial. Afirma, a respeito:

**[...] o neologismo, embora tenha sido aceito com foros de irreversível, não expressa por via nenhuma das derivações a ideia do que pretende passar, ou porque a empresa prestadora não é terceiro e sim parceiro, no sentido de contratante direto com a tomadora, nem os empregados de cada uma são terceiros perante elas, ou porque a atividade de apoio não é até mesmo primária. O que se está tratando, sob essa nova denominação, é apenas de**

organizados em uma estrutura hierarquizada, mantidos sob a ingerência direta da empresa, que concentrava sob sua responsabilidade e em suas dependências todas as atividades relacionadas ao seu funcionamento, inclusive as periféricas.

**um contrato de prestação de serviços de apoio empresarial, que examinará, decerto, com mais eloquência e precisão, seu conteúdo e sua finalidade com o batismo de contrato de apoio empresarial ou, igualmente, contrato de atividade de apoio.**<sup>9</sup>

Na terceirização, assinala Paulo Douglas Almeida de Moraes, **“o serviço prestado ou o produto produzido constitui a atividade finalística da contratada e este serviço ou produto é elemento mediato para a completude da atividade finalística do contratante.”**<sup>10</sup>

Embora o fenômeno não esteja legalmente regulado, decorre de construção jurídica lastreada nos arts. 2º e 3º da CLT e arts. 159, 1216 e 1.518 do Código Civil, e cujos contornos já foram delimitados pelo C. TST, inicialmente pela Súmula nº 256 e, atualmente, pela Súmula nº 331.

Conforme enuncia o item I desta Súmula, salvo nos casos de trabalho temporário (Lei nº 6.019/74), a contratação de trabalhadores por empresa interposta é, de regra, ilegal. Como exceção, o item III reconhece a licitude da intermediação da mão-de-obra na contratação de serviços de vigilância (Lei nº 7.102/83), de conservação e limpeza, ou de **“serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador”** e, ainda, desde que inexistam

9 RODRIGUES Pinto, José Augusto. **Curso de direito individual do trabalho**. 3. ed. São Paulo: Ltr, 1997, p. 144/145.

10 MORAES, Paulo Douglas Almeida de. **Contratação indireta e terceirização de serviços na atividade-fim de pessoas jurídicas: possibilidade jurídica e conveniência social**. Disponível em [www.scribd.com/doc/50712954/tercerizacao](http://www.scribd.com/doc/50712954/tercerizacao). Acesso em 15 out 14.

pessoalidade e subordinação direta.

Patente, neste ponto, a indagação do que é atividade-fim e do que pode ser considerada atividade-meio, porque esta distinção marca um dos critérios de aferição da licitude da contratação indireta de mão-de-obra. Mauricio Godinho Delgado leciona a respeito:

**Atividades-fim podem ser conceituadas como as funções e tarefas empresariais e laborais que se ajustam ao núcleo da dinâmica empresarial do tomador dos serviços, compondo a essência dessa dinâmica e contribuindo inclusive para a definição de seu posicionamento e classificação no contexto empresarial e econômico. São, portanto, atividades nucleares e definitórias da essência da dinâmica empresarial do tomador dos serviços.**

**Por outro lado, atividades-meio são**



**aquelas funções e tarefas empresariais e laborais que não se ajustam ao núcleo**

**da dinâmica empresarial do tomador dos serviços, nem compõem a essência dessa dinâmica ou contribuem para a definição de seu posicionamento no contexto empresarial e econômico mais amplo. São, portanto, atividades periféricas à essência da dinâmica empresarial do tomador dos serviços. São, ilustrativamente, as atividades referidas pela Lei n. 5.645/70 ('transporte, conservação, custódia, operação de elevadores, limpeza e outras assemelhadas'), assim como outras atividades de mero apoio logístico ao empreendimento (serviço de alimentação aos empregados do estabelecimento, etc.).<sup>11</sup>**

O óbice à terceirização de atividade-fim decorre, no ordenamento jurídico pátrio, do abono aos princípios e valores que formam o substrato do Estado Democrático. Consta no inciso IV do art. 1º da Constituição Federal como fundamento da República Federativa do Brasil o valor social do trabalho; também a dignidade da pessoa humana é destacada pela Magna Carta como fundamento do Estado brasileiro (art. 1º, III). Tais valores perfazem toda a cadeia temática do texto constitucional, pontuando-se em diversas oportunidades, a exemplo dos artigos 6º e 7º, que consagram direitos sociais relacionados com o trabalho.

Entende-se que a intermediação de mão-de-obra em atividade incluída na finalidade precípua da empresa constitui medida que

11 DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 10. ed. São Paulo: LTr, 2011, p. 438.

afronta a dignidade do trabalhador, pois não se trata de promover maior especialização da mão-de-obra, mas visa tão-somente gerar enriquecimento de terceiros, por meio da exploração da força de trabalho de pessoas mal remuneradas, de regra, em comparação com as garantias asseguradas àquelas contratadas diretamente. Trata a energia de trabalho, pois, como verdadeira mercadoria a ser negociada pelas empresas (mercantilização)<sup>12</sup>, pagando-se baixos salários ao trabalhador e recebendo em troca o maior valor possível pela energia de trabalho despendida.

A Declaração de Filadélfia de 1944, em que os Estados-membros da Organização Internacional do Trabalho acordaram a Constituição desse organismo supranacional, estatuiu, como primeiro princípio para a proteção do trabalho humano, que **“o trabalho não é uma mercadoria”**. Como garantia da dignidade do trabalhador, nesta acepção, o trabalho é um valor fora de mercado, e a garantia do sistema de proteção sobre ele formado depende, em qualquer de suas manifestações, do respeito a este princípio fundamental.

12 Quanto a esta figura jurídica, Rodrigo de Lacerda Carelli ressalta que, de fato, **“não há, como nem mesmo pode haver uma inferência no modo de organização da produção e na realização de contratos civis entre empresas, muito mais advindo do Direito do Trabalho. O que este ramo do Direito não admite, mundialmente e desde os tempos do início deste sistema protetivo, tendo recebido o pejorativo nome de 'merchandise', é a intermediação de mão-de-obra, o mero fornecimento de trabalhadores por uma determinada empresa a outra, eximindo-se esta das obrigações derivadas da relação jurídica com eles.”** (CARELLI, Rodrigo de Lacerda. **Formas atípicas de trabalho**. LTr, SP, 2004, 1. ed., p. 43/63).

## 2. CONCESSÃO DE SERVIÇO PÚBLICO E ATIVIDADES INERENTES: O CASO COPEL

No caso de prestadoras de serviço público em regime de concessão, caso da Companhia Paranaense de Energia – Copel, há autorização legislativa para a subcontratação, como se extrai do art. 25, § 1º, da Lei nº 8.987/95, que dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no artigo 175 da Constituição Federal.

Há uma linha interpretativa, inclusive com respaldo no C. TST, notadamente por suas 5ª e 8ª Turma, das quais são ilustrativos, respectivamente, os julgados envolvendo a Companhia Energética de Minas Gerais - CEMIG (RR 147300-43.2003.5.03.0004 - Relator Min. João Batista Brito Pereira) e a Light - Serviços de Eletricidade S/A (RR 2973-27.2020.5.01.0000 - Relatora Min. Maria Cristina Irigoyen Peduzzi), no sentido de que a Lei nº 8.987/95 autoriza a terceirização de atividade-fim das concessionárias de serviços públicos, incluindo empresas do setor elétrico, por entender que a permissão constaria do art. 25 quando defere a contratação de atividades **“inerentes, acessórias ou complementares ao serviço, bem como a implementação de projetos associados”**.<sup>13</sup>

No entendimento prevalente no C. TST até o momento, todavia, a norma não autoriza a irrestrita subcontratação. Por sua SBDI I, à luz

13 A discussão em torno desta norma motivou, recentemente, a suspensão pelo E. STF de todas as causas que envolvam terceirização dos serviços de call center pelas empresas concessionárias dos serviços de telecomunicações (ARE 791.932/DF, em trâmite perante o Supremo Tribunal Federal, decisão liminar do Exmo. Ministro Teori Albino Zavascki, com fundamento no art. 328 do Regimento Interno do Excelso STF).

dos tradicionais elementos de interpretação normativa (gramatical, histórico, sistemático e teleológico), a Corte Superior excluiu que o vocábulo “inerentes” expresse autorização ampla e irrestrita para terceirização de atividades no setor elétrico, inclusive finalísticas. Consta da ementa da decisão relatada pelo Ministro Luiz Philippe Vieira de Mello Filho:

**RECURSO DE EMBARGOS - AÇÃO CIVIL PÚBLICA - TERCEIRIZAÇÃO EM ATIVIDADE-FIM - EMPRESA DO RAMO DE ENERGIA ELÉTRICA - EXEGESE DO ART. 25 DA LEI Nº 8.987/95 - INTELIGÊNCIA DA SÚMULA Nº 331 DO TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO - VIOLAÇÃO DO ART. 896 DA CLT. A Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, que dispõe sobre o regime de concessão e permissão de prestação de serviços públicos, ostenta natureza administrativa e, como tal, ao tratar, em seu art. 25, da contratação com terceiros de atividades inerentes, acessórias ou complementares ao serviço concedido, não autorizou a terceirização da atividade-fim das empresas do setor elétrico. Isso porque, esse diploma administrativo não aborda matéria trabalhista, nem seus princípios, conceitos e institutos, cujo plano de eficácia é outro. A legislação trabalhista protege, substancialmente, um valor: o trabalho humano, prestado em benefício de outrem, de forma não eventual, oneroso e sob subordinação jurídica, apartes à já insuficiente conceituação individualista. E o protege sob o influxo de outro princípio maior, o da dignidade da pessoa humana.**

**Não se poderia, assim, dizer que a norma administrativista, preocupada com princípios e valores do Direito Administrativo, viesse derrogar o eixo fundamental da legislação trabalhista, que é o conceito de empregado e empregador, jungido que está ao conceito de contrato de trabalho, previsto na CLT. O enunciado da Súmula nº 331 do Tribunal Superior do Trabalho guarda perfeita harmonia com princípios e normas constitucionais e trabalhistas e trouxe um marco teórico e jurisprudencial para o fenômeno da terceirização nas relações de trabalho no Brasil, importante para o desenvolvimento social e econômico do País, já que compatibilizou os princípios da valorização do trabalho humano e da livre concorrência e equilibrou a relação entre o capital e o trabalho. Recurso de embargos conhecido e parcialmente provido.<sup>14</sup>**

Assim, em função uniformizadora, o C. TST definiu que o art. 25 da Lei nº 8.987/95 veicula norma de Direito Administrativo, situada em outro plano de eficácia e que, portanto, que não pode deixar de receber interpretação ponderada em relação ao Direito do Trabalho, informado por princípios e preceitos próprios. A incidência do preceito legal, de modo a emprestar-lhe regulação adequada a cada caso concreto, não desafia a Súmula Vinculante nº

14 TST-ED-E-RR-586341-05.1999.5.18.5555, Redator Ministro Luiz Philippe Vieira de Mello Filho, Data de Julgamento: 28/05/2009, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, Data de Publicação: 16/10/2009.

10, como, em casos pertinentes, vem decidindo o E. STF<sup>15</sup>.

Uma vez afastada a possibilidade de terceirização de atividades finalísticas pela concessionária de energia elétrica, chega-se ao cerne da controvérsia: se o objeto essencial da concessão pública é a distribuição/comercialização da energia elétrica, inaceitável conceber que etapas fundamentais deste serviço possam ser transferidas a terceiros, tais como a manutenção (preventiva, corretiva ou emergencial) de equipamentos, linhas e redes elétricas<sup>16</sup> ou os serviços de leitura, suspensão e religação das unidades consumidoras<sup>17</sup>.

15 Rcl 11329 MC/PB, Rel. Min. Ayres Britto; Rcl 12068 MC/RO, Rel. Min. Dias Toffoli; Rcl 14378 MC/MG, Rel. Min. Dias Toffoli; ARE 646831/MG, Rel. Min. Ricardo Lewandowski; AI 839685/MG, Rel. Min. Ricardo Lewandowski; AI 828518/MG, Rel. Min. Cármen Lúcia; AI 791247/MG, Rel. Min. Cármen Lúcia; ARE 647479/MG, Rel. Min. Joaquim Barbosa; ARE 646825/MG, Rel. Min. Luiz Fux.

16 Nesse sentido julgado do C. TST: **TERCEIRIZAÇÃO ILÍCITA. EMPRESA CONCESSIONÁRIA DE SERVIÇO DE ENERGIA ELÉTRICA. MANUTENÇÃO DE LINHAS E REDES DE DISTRIBUIÇÃO DE ENERGIA ELÉTRICA. ATIVIDADE FIM DA RECLAMADA TOMADORA DE SERVIÇOS. INTERPRETAÇÃO DO ARTIGO 25, § 1º, DA LEI Nº 8.987/95 E APLICAÇÃO DA SÚMULA Nº 331, ITENS I E III, DO TST. VÍNCULO DE EMPREGO ENTRE A TOMADORA DE SERVIÇOS E O TRABALHADOR TERCEIRIZADO RECONHECIDO. (...)** 5. Por outro lado, não se pode considerar que a prestação dos serviços de manutenção de linhas e redes de distribuição de energia elétrica caracterize atividade-meio, e não atividade-fim das empresas do setor elétrico. Se a concessão pública para prestação de serviço de energia elétrica tem como objetivo precípuo a sua distribuição à população com qualidade, é inadmissível entender que a manutenção das linhas e redes de transmissão e de distribuição de energia elétrica possa ser dissociada da atividade prestada pela empresa do setor elétrico. (...). (TST/RR - 619-79.2011.5.05.0421, Relator Ministro: José Roberto Freire Pimenta, Data de Julgamento: 28/08/2013, 2ª Turma, Data de Publicação: 06/09/2013)

17 Nesse sentido julgado da 7ª Turma Regional: RO 00912-2011-657-09-00-3 (DEJT 03.08.12).

A impossibilidade de terceirização das atividades de “ampliação”, “implementação” ou “melhorias” em rede elétrica existente foi decidida pelo C. TST, especificamente, ao reformar o v. acórdão da E. Primeira Turma deste Regional proferido no julgamento do RO 01536-2010-658-09-00-0 (DEJT 16.08.2011), embora tratando de atividades similares executadas pela Companhia de Saneamento do Paraná - Sanepar. A Corte Superior, afastando qualquer possibilidade de situar tais atividades de “ampliação”, “implementação” e “melhorias” no conceito de “obra”, consignou que elas constituem, efetivamente, atividades de manutenção e reparos.<sup>18</sup>

Os dados estatísticos<sup>19</sup> robustecem a

18 Consta da ementa do julgado: **RECURSO DE REVISTA. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. MANUTENÇÃO E REPAROS DE REDE DE SANEAMENTO/ESGOTO. ATIVIDADE-FIM X ATIVIDADE-MEIO. LICITUDE DA TERCEIRIZAÇÃO NÃO VERIFICADA. PROVIMENTO. A atividade-fim se revela, após o exame da complexidade do serviço público em que opera a empresa. Isso porque a prestação de serviços com natureza continuada apenas e tão-somente pode ser terceirizada quando relacionada a atividade temporária ou obra de construção civil certa, não sendo lícita a terceirização de atividade-fim. Revelado que o contrato de prestação de serviços para manutenção e reparação de linhas de esgoto e saneamento era supervisionado pelos empregados da empresa pública, se tratando de atividade finalística para atendimento do serviço público básico, a terceirização operou-se na esfera da atividade fim da Sanepar, qual seja, manutenção e ampliação de redes de água e esgoto. A contratação de empresa interposta para tal atividade, inerente à finalidade da empresa pública, denota terceirização ilícita que não pode ser reconhecida, sob pena de menosprezo aos princípios que norteiam a administração pública, nos termos do art. 37 da Constituição Federal. Recurso de Revista conhecido e provido. (TST/RR - 494-05.2010.5.09.0658, Relator Ministro: Aloysio Corrêa da Veiga, Data de Julgamento: 20/03/2013, 6ª Turma, Data de Publicação: 26/03/2013).**

19 Além daqueles já referidos inicialmente, acrescente-se que a Copel Distribuidora, uma das subsidiárias da Companhia Paranaense de Energia, incluindo a empresa e as contratadas, aparece na 4ª

tese de impossibilidade de terceirização de atividades essenciais ao setor elétrico, por retirar da execução direta aquelas cujo risco qualifica, justamente, o objeto empreendido pela companhia de energia elétrica.

Especificamente quanto à atividade de manutenção emergencial da rede elétrica, há uma ponderação a fazer em reforço à inviabilidade da execução por terceiros. Tratando-se de rede elétrica, é intuitivo que um chamado emergencial, pelos naturais transtornos que marcam qualquer interrupção no fornecimento de energia elétrica e pela rapidez que se exige no restabelecimento, agregados à ausência de treinamento adequado do trabalhador terceirizado, exacerba os riscos de ocorrência de um acidente de trabalho. Uma base empírica, neste setor, foi considerada em um trabalho desenvolvido por Luiz Antônio Melo, Gilson Brito Alves Lima, Nelson Damieri Gomes e Rui Soares (os três primeiros engenheiros e o último professor) em uma empresa concessionária de energia elétrica, com o objetivo de identificar os principais fatores relacionados com o ambiente de trabalho que contribuem para a ocorrência de acidentes nos serviços emergenciais em redes aéreas de distribuição. Ponderaram referidos autores que:

**A rede de distribuição aérea de energia elétrica normalmente é constituída por condutores sobre estruturas de**

**ferro ou madeira, apoiadas nos postes de concreto ou madeira. Essa rede se estende por toda região urbana e rural onde houver consumidores instalados.**

**Na realidade, condutores, postes e estruturas fazem parte da paisagem e da vida cotidiana das pessoas. Elas aprendem a conviver com as utilidades e os perigos das redes aéreas de distribuição. Apesar da padronização das estruturas, as características de cada ponto são as mais diversificadas, variando por bairro, rua e poste, devido à influência do meio ambiente.**

**Esses fatos tornam os serviços realizados na rede bastante complexos, haja vista as condições diferenciadas de cada local bem como a consequente dificuldade em orientar, programar e planejar os serviços.**

**A situação se agrava na realização dos serviços não programados (serviços emergenciais), cujo principal objetivo é o rápido restabelecimento do fornecimento de energia, quando interrompido. Na maioria das vezes, os serviços de caráter emergencial são realizados a qualquer hora e em qualquer local, geralmente, sob pressão dos clientes, da opinião pública e da própria empresa.**

**O controle de riscos é também bastante complexo em virtude da multiplicidade de combinações de acontecimentos e suas consequências.**<sup>20</sup>

.....  
 pior posição entre números de acidentados típicos com afastamento. Fonte: FUNDAÇÃO COGE. Relatório de Estatísticas de Acidentes no Setor Elétrico Brasileiro. Relatório 2010. Disponível em: [http://www.funcoge.org.br/csst/Sintese\\_Relatorio\\_2010.pdf](http://www.funcoge.org.br/csst/Sintese_Relatorio_2010.pdf) Acesso em 30 out 14.

.....  
 20 MELO, Luiz Antônio; SOARES, Rui; LIMA, Gilson Brito Alves; GOMES, Nelson Damieri. Segurança nos serviços emergenciais em redes

As funções próprias do setor elétrico devem ser executadas por pessoas altamente capacitadas, admitidas depois de um rigoroso processo de seleção e verificação de absoluta aptidão para o desempenho das atividades de risco, e, ainda assim, sujeitas a uma permanente fiscalização pela concessionária.

### 3.1 A EXCEPCIONALIDADE DAS OBRAS TÍPICAS DE CONSTRUÇÃO CIVIL

Há uma atividade, todavia, que não se amolda no enquadramento até aqui referido e, à vista de sua especialidade, é passível de lícita execução por terceiros. Trata-se da construção de linhas e redes elétricas energizadas, especificamente quanto às obras típicas de construção civil<sup>21</sup> nela inseridas, e também aquelas de mesma natureza quando complementares, inseridas ou agregadas nas demais atividades de execução direta pela concessionária, inclusive em manutenção (preventiva, corretiva ou emergencial) e

.....  
elétricas: os fatores ambientais. Disponível em [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0103-65132003000200009](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-65132003000200009). Acesso em 28 out 14.

21 Obra de construção civil, na acepção da legislação previdenciária, compreende a construção, a demolição, a reforma ou a ampliação de edificação, de instalação ou de qualquer outra benfeitoria agregada ao solo ou subsolo. Ainda, de acordo com o item 7.02 da Lista de Serviços, anexa à Lei Complementar nº 116/2003, o conceito de obras de construção civil compreende a: "**7.02 - Execução, por administração, empreitada ou subempreitada, de obras de construção civil, hidráulica ou elétrica e de outras obras semelhantes, inclusive sondagem, perfuração de poços, escavação, drenagem e irrigação, terraplanagem, pavimentação, concretagem e a instalação e montagem de produtos, peças e equipamentos (exceto o fornecimento de mercadorias produzidas pelo prestador de serviços fora do local da prestação dos serviços, que fica sujeito ao ICMS)**".

ampliação de redes.

Tais atividades, porque afetas a serviços especializados de engenharia civil, afastam-se do objetivo primordial da Companhia Paranaense de Energia - Copel; não se ajustam, na expressão usada pelo Ministro Maurício Godinho Delgado, ao núcleo de sua dinâmica empresarial e demandam execução por pessoal especializado, equipamentos e maquinários específicos, por exemplo, para escavações, escoramentos, concretagem, recomposição de pavimentos (calçadas e ruas), etc.

Não se trata, pois, de mensurar o caráter mais ou menos elitizado da atividade, mas de aferir sua especialidade em relação ao objeto social da Companhia. Também não se afigura adequado divisar a diferença entre atividade-fim e atividade-meio com base na necessidade da atividade de suporte. É a especialidade do serviço, comparado ao objeto social da empresa, que imprimirá seu caráter periférico. E, no caso, as obras de construção civil, como aquelas acima listadas, refletem, em sua essência, obras de engenharia, tipicamente especializadas em relação à distribuição de energia elétrica.

Em qualquer caso, verificando-se, em concreto, que a atividade desempenhada pelo trabalhador, individualmente considerado, desviou-se dos limites abstratos previstos no instrumento contratual e evoluiu para uma forma ilegítima de terceirização, ou seja, vinculada à atividade-fim do tomador, abre-se espaço ao reconhecimento da isonomia de direitos, na esteira da Orientação Jurisprudencial n.º 383 da SBDI I do C. TST.

Pondere-se, ainda, que a execução dos serviços sob a supervisão da tomadora não desnatura sua natureza de serviço especializado de suporte. De acordo com a Súmula n.º 331,

III, do C. TST, é lícita a terceirização de atividade inerente realizada, inegavelmente, de acordo com a necessidade da empresa tomadora dos serviços. É esta, pois, de qualquer forma, quem define as especificidades do serviço contratado, de forma que o trabalhador terceirizado sempre suportará, mesmo de forma indireta, os reflexos das decisões e da fiscalização do tomador dos serviços.

A Companhia Paranaense de Energia - Copel desenvolve atividades de distribuição de energia elétrica em todo o Estado. Neste amplo território, a contratação de atividades especializadas reflete uma forma de prestar seus serviços de modo mais eficiente, equilibrando o interesse social do Estado e o interesse econômico do empreendimento, prestado com maior agilidade, economia e produtividade. A bem do próprio interesse público, não se afigura razoável que a Companhia mantenha maquinário específico, geralmente de grande porte, e pessoal especializado em construção civil, em cada localidade do Estado, a demandar execução de serviços desta natureza.

A busca incessante do julgador é pela Justiça, sempre amparada nos limites da legalidade. E mais próximo se chega dela quanto maior for o equilíbrio entre valores opostos. O princípio da razoabilidade, que, em sua amplitude está contido o princípio da proporcionalidade, denota a **“ponderação existente entre os meios e os fins”**.<sup>22</sup>

Conforme Luis Roberto Barroso, **“O princípio da razoabilidade é um parâmetro de**

22 QUEIROZ, Raphael Augusto Sofiati de. **Os princípios da razoabilidade e proporcionalidade das Normas e sua Repercussão no Processo Civil Brasileiro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000, p. 47.

**valoração dos atos do Poder Público para aferir se eles estão informados pelo valor superior inerente a todo ordenamento jurídico: a justiça.”**<sup>23</sup>

No contexto do Estado Democrático de Direito, a razoabilidade exsurge como cânone do Direito Constitucional moderno e atua como medida de legitimidade dos atos do poder público, evitando medidas arbitrárias e desarrazoadas. Alexandre Câmara leciona que **“a garantia substancial do devido processo legal pode ser considerada como o próprio princípio da razoabilidade das leis.”**<sup>24</sup> Neste raciocínio, reconhecer que o princípio do devido processo legal incide também sobre o direito material, inaugura discussão acerca da **“possibilidade de exame meritório dos atos emanados pelos agentes estatais, traduzindo, neste contexto, uma idéia de razoabilidade (reasonableness) e racionalidade (rationality), uma noção de ponderação entre os meios empregados pelo poder público e os fins almejados, de forma a proporcionar solução adequada e menos onerosa à sociedade.”**<sup>25</sup>

Estes foram os fundamentos pelos quais a 7ª Turma do E. TRT da 9ª Região manteve parcialmente a procedência da ACP 28156-2012-012-09-00-8 ajuizada pelo Ministério Público do Trabalho contra a Companhia Paranaense de Energia – Copel.<sup>26</sup> Com apoio em precedentes

23 BARROSO, Luis Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 215).

24 CAMARA, Alexandre Freitas. **Lições de direito processual civil**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1998, p. 42.

25 cf. PAUL, Ana Carolina Lobo Gluck. Colisão entre direitos fundamentais. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 11, n. 1136, 11 ago. 2006.

26 TRT/PR – 7ª Turma – Relator Des. Ubirajara

do C. TST<sup>27</sup>, mas com a ressalva das atividades acima referidas, consignou que se o objeto essencial da concessão pública é a distribuição/comercialização da energia elétrica, inaceitável conceber que etapas fundamentais deste serviço possam ser transferidas a terceiros. Manteve-se parcialmente, assim, a sentença que reconheceu o caráter finalístico das seguintes atividades, centradas na razão de ser da Companhia: (1) *serviços de redes de transmissão, distribuição aérea e subterrânea, inclusive manutenção;* (2) *execução de atividades de operação, manutenção (preventiva, corretiva ou emergencial), e inspeção de equipamentos, linhas e redes elétricas - usinas, subestações e unidades consumidoras, de rotina ou de emergência;* (3) *recuperação do*

*sistema elétrico;* (4) *serviços de instalação e substituição de ramal de serviço aéreo e ligação de consumidor;* (5) *suspensão e religação de unidades consumidoras;* (6) *serviços de leitura (compreendem a apuração dos registros, em medidores de consumo de KWh, de cada unidade de consumo ligada ou desligada, bem como inspeções visuais e indicação de eventuais irregularidades verificadas relativamente ao consumo e às instalações);* (7) *processamento de dados e demais atividades inerentes ao faturamento de contas.*

A Companhia Paranaense de Energia – Copel recorreu da decisão e o Ministério Público do Trabalho, adesivamente, pretende estender a abstenção às atividades ressalvadas pela decisão do E. TRT/9ª Região, quais sejam, aos serviços de construção de linhas e redes elétricas energizadas e atividades típicas de construção civil, afetas a serviços especializados de engenharia civil, inclusive quando complementares, inseridos ou agregados nas demais relacionadas, inclusive em atividades de manutenção (preventiva, corretiva ou emergencial) e ampliação de redes.<sup>28</sup>

Os argumentos de ambas as partes são consistentes e a discussão a respeito da atividade ressalvada pela decisão da Corte Regional altamente necessária. A decisão definitiva certamente será um marco histórico no tema da terceirização do setor elétrico no Estado.

.....  
Carlos Mendes – DEJT 13.05.2104.

27 Dentre eles, o seguinte julgado, da lavra Ministro Walmir Oliveira Costa: **RECURSO DE REVISTA. CONCESSIONÁRIA DE SERVIÇOS PÚBLICOS. TERCEIRIZAÇÃO DE SERVIÇOS COMPREENDIDOS NA ATIVIDADE-FIM. ILEGALIDADE. A interpretação teleológica do disposto no art. 25, § 1º, da Lei nº 8.987/95 - para efeito de incidência da norma às relações de trabalho e sob os influxos dos princípios constitucionais da valorização do trabalho e da dignidade humana - conduz à conclusão de que a contratação de terceiros por empresa concessionária de energia elétrica não pode atingir o objeto central do serviço público concedido. Somente pode ser contratada parcela acessória ou não essencial ao contrato, ou seja, as atividades-meio. Se o legislador tivesse a intenção de permitir a terceirização de atividades essenciais do setor elétrico, não teria adotado a expressão atividades -inerentes-, mas o diria de forma expressa. Portanto, a norma apresenta conceito aberto, permitindo que o intérprete, ao aplicá-la, concilie os valores democráticos da livre iniciativa e do direito ao trabalho. Incidente a diretriz da Súmula nº 331, I, desta Corte Superior, que disciplina as hipóteses de terceirização nas relações de trabalho, à falta de lei específica. Precedente da SBDI-1 do TST. Recurso de revista conhecido, nesse particular, e parcialmente provido. (RR - 27500-89.2005.5.10.0801 , Relator Ministro: Walmir Oliveira da Costa, Data de Julgamento: 09/06/2010, 1ª Turma, Data de Publicação: 18/06/2010).**

.....  
28 Conforme consulta processual, até o momento da finalização deste artigo o processo, cumpridos os prazos processuais, estava no Gabinete da Vice-Presidência do Regional para exame da admissibilidade dos recursos opostos.

### 3. CONCLUSÕES

O art. 25, § 1º, da Lei nº 8.987/95, ao autorizar a subcontratação de atividades inerentes à concessão do serviço público, veicula norma de Direito Administrativo situada, portanto, em plano de eficácia diverso do Direito de Trabalho, informado por princípios próprios e sujeito, portanto, a interpretação circundada por estes preceitos, em especial pela garantia de respeito à dignidade do trabalhador.

São insusceptíveis de terceirização as atividades atreladas ao objeto essencial da concessão pública (distribuição/comercialização da energia elétrica), tais como a manutenção (preventiva, corretiva ou emergencial) de equipamentos, linhas e redes elétricas ou os serviços de leitura, suspensão e religação das unidades consumidoras.

Desta vedação excepciona-se toda atividade agregada ou complementar representativa de obra de construção civil. Caracterizando-se como obras de construção certas e temporárias, em sua acepção estrita, fogem ao conceito de terceirização de serviços quando demandam coordenação de mão-de-obra especializada de engenharia civil, máquinas e equipamentos específicos. São passíveis, nesta ordem, de realização por terceiros contratados para esta finalidade específica.

Pela ampla negativa da terceirização, mas pelo reconhecimento de uma margem excludente de atividade especializada passível de transferência a terceiros, cenário delineado pela decisão do TRT/PR na ACP 28156-2012-012-09-00-8 e pelos judiciosos argumentos recursais das partes litigantes, ampliou-se a discussão: caberá à Corte Superior Trabalhista definir não só se a terceirização de atividade-

fim é possível no setor elétrico, mas também, julgando pela negativa, se há alguma excludente desta vedação.

### 4. BIBLIOGRAFIA

BARROSO, Luis Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

CAMARA, Alexandre Freitas. **Lições de direito processual civil**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1998.

CARELLI, Rodrigo de Lacerda. **Formas atípicas de trabalho**. LTr, SP, 2004.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 10. ed. São Paulo: LTr, 2011.

DIEESE. Departamento Intersindical de Estatística e Estudos Socioeconômicos. **O processo de terceirização e seus efeitos sobre os trabalhadores no Brasil**. Disponível em: [http://portal.mte.gov.br/data/files/FF8080812BA5F4B7012BAAF91A9E060F/Prod03\\_2007.pdf](http://portal.mte.gov.br/data/files/FF8080812BA5F4B7012BAAF91A9E060F/Prod03_2007.pdf) Acesso em 30.10.14.

DIEESE. Departamento Intersindical de Estatística e Estudos Socioeconômicos. **Terceirização e morte no trabalho: um olhar sobre o setor elétrico brasileiro**. **Estudos e pesquisas**. Nº 50, março de 2010. Disponível em: <http://www.dieese.org.br/estudosepesquisas/2010/estPesq50TerceirizacaoEletrico.pdf> Acesso em 30 out 14

FUNDAÇÃO COGE. Relatório de Estatísticas de Acidentes no Setor Elétrico Brasileiro. Relatório 2006. Disponível em: [http://www.funcoge.org.br/comites/csst/?page\\_id=1610](http://www.funcoge.org.br/comites/csst/?page_id=1610) Acesso em: 30 out 14.

MELO, Luiz Antônio; SOARES, Rui; LIMA,

Gilson Brito Alves; GOMES, Nelson Damieri. Segurança nos serviços emergenciais em redes elétricas: os fatores ambientais. Disponível em [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0103-65132003000200009](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-65132003000200009). Acesso em 28 out 14.

MORAES, Paulo Douglas Almeida de. **Contratação indireta e terceirização de serviços na atividade-fim de pessoas jurídicas: possibilidade jurídica e conveniência social.** Disponível em [www.scribd.com/doc/50712954/tercerizacao](http://www.scribd.com/doc/50712954/tercerizacao). Acesso em 15.10.14.

PAUL, Ana Carolina Lobo Gluck. Colisão entre direitos fundamentais. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 11, n. 1136, 11 ago. 2006.

QUEIROZ, Raphael Augusto Sofiati de. **Os princípios da razoabilidade e proporcionalidade das Normas e sua Repercussão no Processo Civil Brasileiro.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

RODRIGUES Pinto, José Augusto. **Curso de direito individual do trabalho.** 3. ed. São Paulo: Ltr, 1997.

# A TERCEIRIZAÇÃO E O DESCOMPASSO COM A HIGIEDEZ, SAÚDE E SEGURANÇA NO MEIO AMBIENTE LABORAL - RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DO TOMADOR DO SERVIÇO A PARTIR DAS NORMAS DE SAÚDE E SEGURANÇA NO TRABALHO

Francisco Milton Araújo Júnior

*“Para que não haja divisão no corpo, mas antes tenham os membros igual cuidado uns dos outros. De maneira que, se um membro padece, todos os membros padecem com ele; e, se um membro é honrado, todos os membros se regozijam com ele. Ora, vós sois o corpo de Cristo, e seus membros em particular” (1 Coríntios 12, v. 25-27).*

## 1 – Noções Introdutórias: Contexto Histórico.

Realizando um corte epistemológico na história e, por conseguinte, tendo como ponto de partida as primeiras duas décadas do Século XX, pode-se destacar, no plano sócio, econômico e político, a primeira grande crise do capitalismo, com destaque para o crescimento do movimento sindical, o empobrecimento da população, o deterioramento das relações sociais e o definhamento da ordem econômica

liberal nos anos que sucederam a Primeira Guerra Mundial, tendo como ápice do colapso econômico a quebra da bolsa de Nova York em 24 de outubro de 1929.

De acordo com Carlos Alonso Barbosa de Oliveira, “o padrão de regulação econômica e social derivado do livre funcionamento era inadequado para manter a coesão social e para atender aos interesses das grandes massas. Nos anos 20, a economia capitalista caracterizou-se pela instabilidade, baixo crescimento, guerras comerciais entre nações e fortes movimentos especulativos que desaguaram na grande crise de 1929. A crise desorganizou completamente as relações econômicas internacionais e o desemprego cresceu em todo o mundo desenvolvido, até atingir a explosiva marca de 25% da população ativa dos Estados Unidos, sendo que na Alemanha o desemprego foi



Francisco Milton Araújo Júnior

Juiz do Trabalho - Titular da 5ª Vara do Trabalho de Macapá/Ap. Mestre em Direito do Trabalho pela Universidade Federal do Pará - UFPa. Especialista em Higiene Ocupacional pela Universidade de São Paulo – USP. Especialista em Direito Sanitário pela Fundação Oswaldo Cruz - FIOCRUZ/Escola Superior do Ministério Público.

ainda maior”<sup>1</sup>.

Dentro dessa realidade de grave crise do capital, o movimento sindical gerava ainda mais temor na burguesia pela possível tomada do poder político pelos trabalhadores na Europa e na América do Norte, pois “como demonstra a historiografia tradicional, ‘os pobres’ podiam ser ignorados a maior parte do tempo pelos seus ‘superiores’ e, portanto, permanecerem largamente invisíveis a eles, precisamente porque os acontecimentos eram ocasionais, esparsos e efêmeros. Se, desde o final do século XVIII, isto não mais acontece é porque eles se tornaram uma força institucional organizada”<sup>2</sup>.

As alternativas de manutenção da ordem capitalista, ainda que sobre o viés da superação do liberalismo pela regulação estatal, começam a surgir, ganhando destaque os sociais-democratas, que se baseavam na “humanização do capital” a partir da intervenção do Estado para estabelecimento de reformas na ordem social, como pode ser verificado com a implantação do programa *New Deal* nos Estados Unidos pelo presidente Franklin Roosevelt; como também surgem movimentos autoritários de manutenção do capitalismo, como o fascismo na Itália com Mussolini e o nazismo na Alemanha com Hitler, que se fundamentam na supressão das liberdades individuais e na supervalorização do

desenvolvimento do nacionalismo.

Marcelo Weishaupt Proni comenta que “no início dos anos 30, o programa de recuperação nazista e o *New Deal* do governo Roosevelt adotaram medidas de combate ao desemprego e defesa da renda interna baseadas no gasto público; políticas econômicas que rompiam com a ortodoxia dos equilíbrios fiscais (...) depois de 1945 e da ‘economia de guerra’, um retorno ao *laissez-faire* (ou ao livre mercado) estava fora de questão. Tornou-se consensual que uma economia de mercado precisava de parâmetros seguros e de mecanismos de proteção para não derivar rumo às crises e às catástrofes sociais. Em decorrência, as economias capitalistas seriam marcadas por um traço comum: a necessidade crescente do planejamento público e da regulação estatal sobre as variáveis-chave do mercado (juros, câmbio, salários)”<sup>3</sup>.

O espelho do socialismo, que não mais se limitava à União das Repúblicas Socialistas Soviéticas e já abrangia todo o leste Europeu, impulsionou o Estado Capitalista a adotar políticas sociais que passaram a atender as necessidades fundamentais do proletariado, como o estabelecimento de regulação mínima que assegure a dignidade humana nas relações laborais; a garantia de seguridade, com o benefício da aposentadoria aos trabalhadores; o acesso aos benefícios da saúde, com hospitais e saneamento básico a todas as camadas

1 OLIVEIRA, Carlos Alonso Barbosa de. Industrialização, Desenvolvimento e Trabalho no Pós-Guerra. In Economia & Trabalho. Textos Básico. Campinas: Instituto de Economia da Unicamp, 1998, p. 8.

2 HOBBSAWM, Eric J. A Era dos Extremos: O Breve Século XX (1914-1991). São Paulo: Companhia das Letras, 1995, p. 412.

3 PRONI, Marcelo Weishaupt Proni. O Império da Concorrência: Uma Perspectiva Histórica das Origens e Expansão do Capitalismo. Curitiba: Revista Paranaense de Desenvolvimento, n. 92, 1997, p. 22.

sociais; o estímulo do desenvolvimento da educação dos trabalhadores e da participação política de todos sustentada na racionalidade do processo eleitoral e no alicerce ideológico da meritocracia, do sucesso individual baseado no esforço próprio e na oportunidade que todos possuem para desenvolver os seus talentos pessoais.

Atrelado ao Estado Social Democrata que se desenvolvia na sociedade capitalista no pós Segunda Guerra Mundial, a classe burguesa atua na neutralização do avanço das manifestações operárias com a concessão de ganhos salariais aos trabalhadores, ou seja, o sistema capitalista passa a adotar “uma concepção da relação salarial segundo a qual o modelo de consumo é integrado nas condições de produção. E isso é suficiente para que amplas camadas de trabalhadores – mas não todos os trabalhadores – saiam da situação de extrema miséria e insegurança permanente”<sup>4</sup>.

Roberte Castel prossegue afirmando que nessa nova ordem socioeconômica do capitalismo “esboça-se uma política de salários ligada aos progressos da produtividade através da qual o operariado tem acesso a um registro da existência social: o do consumo e não mais exclusivamente o da produção, (...) o ‘desejo de bem-estar’, que incide sobre o carro, a moradia, o eletrodoméstico etc, permitem – gostem ou



não os moralistas – o acesso do mundo operário a um novo registro de existência”<sup>5</sup>.

Nesse período, a junção das práticas do Estado Social Democrata e a concessão progressiva dos ganhos salariais pela burguesia à classe trabalhadora no pós Segunda Guerra Mundial proporcionaram pelos próximos 30 anos o que Eric Hobsbawm denominará de “anos dourados do capitalismo”<sup>6</sup>.

Cabe destacar que todas essas conquistas sociais e econômicas dos trabalhadores foram feitas num período de Guerra Fria, no qual havia a bipolaridade entre o Mundo Capitalista e o Mundo Socialista, e, por conseguinte, pairava, na atmosfera das ideias, o temor dos capitalistas de que a ideologia socialista poderia germinar em solo capitalista e gerar movimentos

4 CASTEL, Robert. s *Metamorfoses da Questão Social. Uma Crônica do Salário*. Tradução de Iraci D. Poletti. 3a. ed. Petrópolis: Editora Vozes, 1998, p. 432.

5 CASTEL, Robert. Op. cit., p. 432.

6 HOBBSAWM, Eric J. *A Era dos Extremos: O Breve Século XX (1914-1991)*. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

revolucionários de tomada do poder pela classe trabalhadora.

Esses 30 anos de prosperidade do capitalismo chegam ao fim na década de 70 com a eclosão do que Dominique Plihon denomina de “crise estagflacionária”<sup>7</sup>, ou seja, com a eclosão de nova crise econômica que atrelava baixo crescimento da economia com a elevação da inflação.

Dominique Plihon comenta que “o regime de crescimento rápido começou a se desestruturar no início dos anos 70 com o desmoronamento do sistema monetário internacional de Bretton Woods, com o aquecimento inflacionário nos Estados Unidos em 1972 e com o choque do petróleo de 1973. O crescimento declinou enquanto que a inflação se acelerou: isto foi a emergência de um processo estagflacionário. Esta ruptura no funcionamento do regime de crescimento resultou da derrocada dos mecanismos de regulação das economias industriais”<sup>8</sup>.

Com a crise do capitalismo alicerçado no *Estado do Bem-Estar Social*, com políticas claras de intervenção do Estado na economia com o objetivo de atrelar o progresso econômico às conquistas sociais (Dominique Plihon denomina de “políticas econômicas keynesianas”<sup>9</sup>), a ordem econômica liberal que, naufragou com a quebra da Bolsa de Nova York, volta a ganhar prestígio a partir de uma roupagem ainda mais

agressiva com a financeirização da economia mundial.

Dominique Plihon comenta que “esta transformação profunda do sistema financeiro internacional foi a consequência da liberalização financeira decidida pelos países industrializados no decurso dos anos 80. Todas as formas de controle administrativo das taxas de juro, do crédito e dos movimentos do capital foram progressivamente abolidas. O objetivo foi desenvolver o mercado financeiro. A “desregulamentação” foi um dos elementos motores da globalização financeira, pois acelerou a circulação internacional do capital financeiro. A abertura do sistema financeiro japonês em 1983/84 foi, em grande medida imposta pelas autoridades monetárias americanas, depois do desmantelamento dos sistemas nacionais de controle cambiais na Europa, com a criação de um mercado único de capitais em 1990. Sob o impulso dos Estados Unidos e do FMI, os novos países industriais seguiram o movimento da liberalização”<sup>10</sup>.

A crise dos anos 70, portanto, estende-se pelos anos 80 e 90, principalmente em razão da adoção das políticas econômicas neoliberais que preconizam maior liberalização e dependência do capital internacional, bem como severo controle inflacionário com arrocho salarial e com a respectiva precarização das condições de trabalho.

Toda essa estrutura neoliberal passou a ter contornos bem definidos pelo Consenso de Washington elaborado por técnicos do governo

7 PLIHON, Dominique. Desequilíbrios mundiais e instabilidade financeira (a responsabilidade das políticas liberais: um ponto de vista keynesiano). *Economia e Sociedade*, Campinas, v.7, p. 85-127, dez. 1996, p. 86.

8 Op. cit., p. 86.

9 Op. cit., p. 86.

10 Op. cit., p. 98.

norte-americano e dos organismos financeiros internacionais (FMI, Banco Mundial e BID), o qual fixou uma cartilha de políticas recessivas a ser adotada especialmente pelas economias periféricas nas áreas: fiscal; gastos públicos; reforma tributária; liberalização financeira; regime cambial; liberalização comercial; investimento direto estrangeiro; privatização; desregulação; e propriedade intelectual<sup>11</sup>.

Especificamente sobre as relações de trabalho, Ricardo Antunes destaca que “as transformações ocorridas no capitalismo recente no Brasil, particularmente na década de 1990 foram de grande intensidade, impulsionadas pela nova divisão internacional do trabalho e pelas formulações definidas pelo Consenso de Washington e desencadearam uma onda enorme de desregulamentações nas mais distintas esferas do mundo do trabalho”<sup>12</sup>.

Nesse contexto de precarização das relações de trabalho, a terceirização da cadeia produtiva e a respectiva deterioração da dignidade do trabalhador avança sustentada no discurso da necessidade de maior competitividade do produto nacional no mercado globalizado.

11 Para análise mais aprofundada sobre o Consenso de Washington, ler a respeito in BATISTA, Paulo Nogueira. O CONSENSO DE WASHINGTON. A visão neoliberal dos problemas latino-americanos Disponível em: [http://www.fau.usp.br/cursos/graduacao/arg\\_urbanismo/disciplinas/aup0270/4dossie/nogueira94/nog94-cons-washn.pdf](http://www.fau.usp.br/cursos/graduacao/arg_urbanismo/disciplinas/aup0270/4dossie/nogueira94/nog94-cons-washn.pdf). Acesso em: 17.02.2014

12 ANTUNES, Ricardo. A Nova Morfologia do Trabalho, as Formas Diferenciadas da Reestruturação Produtiva e da Informalidade no Brasil. In Trabalho e Justiça Social: um Tributo a Maurício Godinho Delgado. Coordenadores: Daniela Muradas Reis, Roberta Dantas de Mello e Solange Barbosa de Castro Coura. São Paulo: Ltr, 2013, p. 158.

A terceirização, justificada como mecanismo necessário para deter o flagelo do desemprego, fragilizou o mercado de trabalho e comprometeu a higidez, a saúde e a segurança no ambiente laboral, de modo que os trabalhadores terceirizados passaram a ser as principais vítimas de acidente de trabalho.

O presente trabalho, portanto, propõe-se analisar o descompasso entre a terceirização e a segurança no meio ambiente de trabalho, bem como fixar o reconhecimento da responsabilidade solidária das empresas envolvidas na cadeia produtiva nos casos de ruptura do equilíbrio no ambiente laboral e consequente afetação de ordem física e/ou moral no trabalhador.

## 2 – Terceirização e Acidente de Trabalho<sup>13</sup>: a Face Reflexa.

A terceirização que, em linhas gerais, consiste no processo pelo qual o empreendimento econômico transfere para empregados da empresa prestadora de serviço as atividades que anteriormente eram realizadas pelos seus próprios trabalhadores diretamente contratados, ou, como afirma Márcio Túlio Viana, “um fenômeno específico, em que uma empresa se serve de trabalhadores alheios – como se inserisse uma outra dentro de si”<sup>14</sup>.

13 No presente estudo será utilizada expressão acidente de trabalho em sentido lato, de modo a abranger as formas de acidente típico como também as doenças ocupacionais, consoante preceituam os arts. 19 e 20, da Lei n. 8.213/91.

14 VIANA, Márcio Túlio. As Várias Faces da Terceirização. Belo Horizonte: Revista da Faculdade de Direito da UFMG, 2009, n. 54, jan./jun., p. 141.

Márcio Túlio Viana prossegue o seu raciocínio destacando que “na verdade, esse fenômeno é ambivalente. A empresa também pratica o movimento inverso, descartando etapas de seu ciclo produtivo e os respectivos trabalhadores – como se lançasse dentro de outra. No limite, pode até se transformar numa *fábrica vazia*, mera gerenciadora de rede, hipótese em que a terceirização, como certa vez notamos, desliza para a terciarização”<sup>15</sup>.

A terceirização, que se encontra inserida no contexto do mercado globalizado de produtos, serviços e capitais, facilita a descentralização e a fragmentação da produção objetivando o maior acúmulo de capitais pelas empresas com a exploração mais incisiva do que Marx de “trabalho coletivo”.

De acordo com Marx, “a expansão acrescida dos estabelecimentos industriais constitui por toda parte o ponto de partida para uma organização mais abrangente do trabalho coletivo de muitos, para um desenvolvimento mais amplo de suas forças motrizes materiais, isto é, para a conversão progressiva de processos de produção isolados e rotineiros em processos de produção socialmente combinados e cientificamente dispostos”<sup>16</sup>.

A terceirização, portanto, consiste no mecanismo de massificação do “trabalho coletivo” com a finalidade de intensificação do acúmulo de capitais pelas empresas, na

medida em que o processo de terceirização, ao reorganizar a gestão do empreendimento, possibilita reduzir custos e elevar a produtividade.

Essa realidade de exploração do trabalhador por meio da terceirização pode ser verificada observando os dados estatísticos, especialmente quando se considera o salto relevante da quantidade de mão-de-obra terceirizada que, de acordo com dados do sindicato que representa os trabalhadores terceirizados no Estado de São Paulo (Sindeepress), eram 110 mil empregados em 1,2 mil empresas em 1995 e passaram para 700 mil empregados em 5,4 mil empresas em 2010 no Estado de São Paulo, porém esse crescimento quantitativo não foi acompanhado com ganhos salariais, pelo contrário, os dados demonstram que os trabalhadores terceirizados recebem 54% do salário médio de um trabalhador com carteira assinada no ano 2010<sup>17</sup>.

Dados do Dieese demonstram claramente esse retrocesso salarial com a utilização da terceirização, na medida em que na mesma atividade profissional, enquanto o trabalhador efetivo ganha, em média, R\$-1.444,00, o terceirizado recebe, em média, R\$-799,00<sup>18</sup>.

Nesse aspecto, verifica-se que a pesquisa da Confederação Nacional da Indústria (CNI) demonstra que 91% das empresas indicam que

15 Op. cit., p. 141.

16 MARX, Karl. O Capital. Crítica da Economia Política. Livro Primeiro: O Processo de Produção do Capital. Tomo 2 (Capítulos XIII a XXV). Coordenação e revisão de Paul Singer. Tradução de Regis Barbosa e Flávio R. Kothe. São Paulo: Nova Cultural, 1996, p. 248.

17 Fonte: <http://www.cartacapital.com.br/politica/terceirizacao-avanca-mas-e-precaria>. Acesso em: 19.02.2014.

18 Fonte: <http://cntq.org.br/wp-content/uploads/2013/05/Apresenta%C3%A7%C3%A3o-Bandeiras-de-luta.pdf>. Acesso em: 19.02.2014.

o único motivo de se utilizar a terceirização consiste em reduzir o custo<sup>19</sup>, o que, por via de consequência, eleva o ritmo de trabalho, de concentração de tarefas e de responsabilidades, de modo a maximizar os lucros e reduzir os custos por meio da precarização das relações de trabalho.

A crescente da terceirização se estende por diversos setores da economia, como no das telecomunicações, que de acordo com o Ministério Público do Trabalho<sup>20</sup>, empresas como a TIM, por exemplo, já em 2009 possuía apenas 350 empregados próprios e 4.000 trabalhadores terceirizados, como também a empresa CLARO que em 2011 e 2012 utilizava 2.500 empregados terceirizados.

Na indústria de confecções, Ricardo Antunes<sup>21</sup> menciona que a *Hering*, em Santa Catarina, terceirizou mais de 50% da sua produção, acarretando o desemprego de cerca de 70% da sua força de trabalho.

No âmbito do setor elétrico, pesquisa do Dieese<sup>22</sup> revela que em 2007, os trabalhadores terceirizados representavam 51,94% do total da mão-de-obra do setor elétrico com quantitativo de 112.068 trabalhadores e em 2008 os trabalhadores terceirizados do setor elétrico passaram a ser de 126.333 ou 58,3% do total de trabalhadores do setor.

Essa mesma pesquisa do Dieese demonstra que a elevação da terceirização no setor elétrico também proporcionou a diminuição de salários, a redução de benefícios sociais, a diminuição da qualificação da força de trabalho e a precarização das condições de saúde e de segurança no ambiente laboral.

Tratando desse último aspecto da precarização da saúde e segurança no trabalho com o avanço da terceirização no setor elétrico, a pesquisa do Dieese mostra que os acidentes fatais se concentram nos trabalhadores terceirizados, haja vista que no ano de 2007 foram registrados 71 acidentes fatais, desses, 59 ceifaram a vida de trabalhadores terceirizados; e no ano de 2008 foram registrados 75 acidentes fatais, desses, 60 ceifaram a vida de trabalhadores terceirizados, o que demonstra, na totalidade das vítimas de acidentes fatais no setor elétrico, que 83,09% (2007) e 80% (2008) são trabalhadores terceirizados, ou seja, os trabalhadores terceirizados possuem cerca de 5,6 vezes mais chance de morrer em um acidente de trabalho do que os efetivos no setor elétrico.

Ainda no setor elétrico, verifica-se que a Companhia Elétrica de Minas – Cemig, que obteve o lucro de R\$-2,3 bilhões no ano de 2010, com a maior rede de distribuição elétrica da América do Sul, com mais de 460 mil quilômetros de extensão, atendendo 805 municípios nos Estados de Minas Gerais e Rio de Janeiro (em 2009, a companhia mineira se tornou controladora da Light), possui elevado índice de acidentes fatais entre os trabalhadores terceirizados, de modo que, a cada 45 dias, 01 trabalhador terceirizado é vítima de acidente

19 Fonte: [http://arquivos.portaldaindustria.com.br/app/conteudo\\_24/2012/09/06/298/20121130184514301297e.pdf](http://arquivos.portaldaindustria.com.br/app/conteudo_24/2012/09/06/298/20121130184514301297e.pdf). Acesso em: 19.02.2014.

20 Fonte: <http://www.prt3.mpt.gov.br/imprensa/?p=14122>. Acesso em: 19.02.2014.

21 Op. cit., p. 162.

22 Fonte: <http://www.dieese.org.br/estudosepesquisas/2010/estPesq50TerceirizacaoEletrico.pdf>. Acesso em: 19.02.2014.

fatal<sup>23</sup>.

No setor petrolífero, os terceirizados também são as principais vítimas de acidente de trabalho fatal, conforme demonstra a pesquisa realizada pela Federação Única dos Petroleiros (FUP) que mostra que, de 1995 a 2010, foram registradas 283 mortes por acidente de trabalho nas atividades da Petrobrás, sendo que 228 tiveram trabalhadores terceirizados como vítimas, de modo que os terceirizados possuem cerca de 5,5 vezes mais chance de morrer em um acidente de trabalho do que os efetivos no setor do petróleo<sup>24</sup>.

Observa-se que, para o processo de terceirização atender ao binômio da maximização dos lucros e redução dos custos, as condições dos trabalhadores tendem a ser profundamente fragilizadas a partir da adoção de políticas de gestão que adotam a seguinte dinâmica gerencial:

a) redução do número de trabalhadores com a fixação de resultados superiores à respectiva capacidade de trabalho, o que eleva o ritmo de trabalho, a concentração de tarefas e os níveis de responsabilidades;

b) fragilização dos níveis de segurança, que passam a ser escassos, não

apenas em razão da exigência do cumprimento de tarefas de trabalho acima da capacidade do trabalhador, como também em razão da redução de custos com saúde e segurança do trabalho (economia com os equipamentos de proteção (coletivos e individuais) e treinamentos);

c) adoção de políticas de achatamento salarial dos empregados terceirizados, o que força o trabalhador a laborar constantemente em sobrejornada para percepção de horas extras como complemento remuneratório, ocasionando maior desgaste físico e mental do obreiro, o que fatalmente desencadeia elevação dos níveis de acidentes laborais entre os trabalhadores terceirizados.

Nesse sentido, constata-se que os dados estatísticos são muito claros em demonstrar que a probabilidade de ocorrência de acidentes fatais com trabalhadores terceirizados é de cerca de 5,5 a 5,6 vezes maior quando comparados com os índices de acidentes dos empregados que realizam serviços diretamente ao seu empregador.

A terceirização, ao ocasionar a deterioração progressiva das condições de trabalho que se reflete com a elevação dos acidentes de trabalho, impulsiona a releitura do ordenamento jurídico brasileiro como forma de reconhecer a responsabilidade solidária de todas as empresas envolvidas na cadeia produtiva, sejam estas tomadoras ou prestadoras de

23 Fonte: <http://www.brasildefato.com.br/content/terceirizados-da-cemig-sofrem-mais-acidentes-de-trabalho>. Acesso em: 19.02.2014.

24 Fonte: <http://economia.estadao.com.br/noticias/economia,cut-acidente-de-trabalho-ocorre-mais-entre-terceirizado,86611,0.htm>. Acesso em: 19.02.2014.

serviço, haja vista que apenas com a fixação desse ônus financeiro pode-se garantir a reparação dos trabalhadores vitimados com o acidente, como também estimular a adoção de investimentos empresariais em medidas preventivas de segurança e saúde no meio ambiente de trabalho como forma de manter a lucratividade da cadeia produtiva.

Dessa forma, passa-se a analisar a ordem jurídica, em especial as normas de saúde e segurança no meio ambiente laboral, com o objetivo de sistematizar a responsabilidade solidária das empresas envolvidas na cadeia produtiva que provoca desequilíbrio no ambiente laboral.

### **3 - Normas de Saúde e Segurança no Ambiente de Trabalho e a Sistematização da Responsabilização Solidária da Cadeia Produtiva.**

A partir da ordem constitucional, verifica-se que a Carta Republicana de 1988, ao fixar as garantias fundamentais, estabelece, dentre os princípios do ordenamento brasileiro, a dignidade da humana (art. 1º, inciso III) e os valores sociais do trabalho (art. 1º, inciso IV).

Sobre a dignidade humana, Maurício Godinho Delgado ressalta que “alçou o princípio da dignidade da pessoa humana, na qualidade de princípio próprio, ao núcleo do sistema constitucional do país e ao núcleo do sistema jurídico, político e social. Passa a dignidade a ser, portanto, princípio (logo, comando jurídico regente e instigador). Mas, não só: é princípio fundamental de todo o sistema jurídico (...) A

dignidade humana passa a ser, portanto, pela Constituição, fundamento da vida no país, princípio jurídico inspirador e normativo, e ainda, fim, objetivo de toda a ordem econômica”<sup>25</sup>.

No mesmo sentido, Ana Paula de Barcellos afirma que “a partir da Constituição de 1988, é certo que a dignidade da pessoa humana tornou-se o princípio fundante da ordem jurídica e a finalidade principal do Estado, com todas as consequências hermenêuticas que esse *status* jurídico confere ao princípio”<sup>26</sup>.

Observa-se que a elevação da dignidade humana ao patamar máximo do ordenamento fundamental proporcionou a limitação dos atos praticados pelo Estado ou por terceiros que atente contra a dignidade do ser humano (dimensão negativa), sendo lícito desconstituir qualquer tipo de ato praticado pelo Poder Público ou por particulares que acarrete a degradação do ser humano, ou seja, a redução do homem à condição de mero objeto.

Verifica-se também que a Constituição Federal estabeleceu como pilar estruturante o valor social do trabalho (art. 1º, inciso IV), de modo que esses valores devem conduzir e orientar as relações socioeconômicas como forma de assegurar “uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na

25 DELGADO, Maurício Godinho. Direitos Fundamentais na Relação de Trabalho. Direitos Humanos: Essência do Direito do Trabalho. Organizadores: Alessandro Silva, Jorge Luiz Souto Maior, Kenarik Boujikian Felipe e Marcelo Semer. São Paulo: LTr, 2007, p. 76/77.

26 BARCELLOS, Ana Paula de. A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 279.

harmonia social”, consoante estabelece o preâmbulo da Carta Magna.

Sobre o valor do trabalho, Ana Claudia Redcker ressalta que “ter como base o primado do trabalho significa colocar o trabalho acima de qualquer outro fator econômico, por se entender que nele o homem se realiza com dignidade. Este princípio se traduz no reconhecimento de que o trabalho constitui o fator econômico de maior relevo, entendendo-se até, por vezes, que é o único originário”<sup>27</sup>.

Gomes Canotilho também comenta que “a Constituição erigiu o trabalho, o emprego, os direitos dos trabalhadores e a intervenção democrática dos trabalhadores em elemento constitutivo da própria ordem constitucional global e em instrumento privilegiado de realização do princípio da democracia econômica social”<sup>28</sup>.

Nesse sentido, o empreendimento econômico, no contexto de toda a sua cadeia produtiva, antes mesmo de objetivar a acumulação de capital, vincula-se à ordem econômica estruturada pelo texto constitucional que estabelece como princípios a dignidade da humana (art. 1º, inciso III), o valor social do trabalho (art. 1º, inciso I) e a função social da propriedade (art. 170, inciso III, da Constituição Federal), o que impulsiona a ação empresarial

responsável como instrumento de proteção ao meio ambiente do trabalho.

As normas de saúde e segurança no trabalho também foram inseridas na Constituição Federal que preceitua, dentre os direitos mínimos do trabalhador, a “redução dos riscos inerentes ao trabalho” (art. 7º, inciso XXII), cabendo ao Poder Público e à coletividade (trabalhadores, empregadores e a sociedade em geral) defender o ambiente do trabalho ecologicamente equilibrado (art. 225).

Observa-se que o texto constitucional, ao consagrar o direito à redução dos riscos inerentes ao trabalho (art. 7º, inciso XXII), reconhece como matriz ordenadora das relações de trabalho o princípio do risco mínimo regressivo cunhado por Sebastião Geraldo de Oliveira.

Nesse aspecto, Sebastião Geraldo de Oliveira comenta que “a primeira atuação do empregador deve ter como objetivo eliminar totalmente os riscos à vida ou à saúde do trabalhador. Mas, quando isso não for viável tecnicamente, a redução deverá ser a máxima possível e exequível de acordo com os conhecimentos da época. Dizendo de outra forma: a exposição aos agentes nocivos deverá ser a mínima possível e, mesmo assim, deverá reduzir progressivamente na direção de risco zero”<sup>29</sup>.

A defesa do ambiente hígido, saudável e seguro pertence ao Estado, à sociedade, ao trabalhador e ao empreendedor, cabendo a

27 REDECKER, Ana Claudia. Comentários à Constituição Federal de 1988. Coordenadores Científicos: Paulo Bonavides, Jorge Miranda, Walber de Moura Agra. Coordenadores Editoriais: Francisco Bilac Pinto Filho, Otávio Luiz Rodrigues Junior. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

28 CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 7a. ed. Lisboa: Almedina, 2003, p. 347.

29 OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. Proteção Jurídica à Saúde do Trabalhador. 5a. ed. São Paulo: Ltr, 2010, p. 124.



esses agentes sociais a busca por mecanismos que reduzam os riscos inerentes ao trabalho, ou seja, a busca da implementação dos mecanismos de segurança no trabalho que perpassam pelas fases de antecipação, identificação, avaliação e controle dos riscos ocupacionais<sup>30</sup>.

Cabe ressaltar que as conquistas atuais atinentes à redução dos riscos no ambiente

laboral são frutos das lutas históricas entre o capital e o trabalho, o que não comporta o retrocesso social, motivo pelo qual inclusive a norma constitucional se encontra lastreada pelo princípio da proibição de retrocesso social, ou seja, nas palavras de Gomes Canotilho, “o princípio da democracia econômica e social aponta para a proibição de retrocesso social. A ideia aqui expressa também tem sido designada como proibição de ‘contra revolução social’ ou da ‘evolução reacionária’. Com isso quer dizer-se que os direitos sociais e econômicos (ex: direito dos trabalhadores, direito à assistência, direito

30 Para aprofundamento sobre o assunto, vide em ARAÚJO JUNIOR, Francisco Milton. *Doença Ocupacional e Acidente de Trabalho. Análise Multidisciplinar*. 2ª ed. São Paulo: LTr, 2013, p. 29/35.

à educação), uma vez obtido um determinado grau de realização, passam a constituir, simultaneamente, uma garantia institucional e um direito subjetivo”<sup>31</sup>.

Com base na fixação dos pilares constitucionais, inicia-se a análise das normas infraconstitucionais a partir do reconhecimento do dever do empregador de desenvolver uma gestão humanizada, dentro dos parâmetros mínimos de saúde e segurança, o que proporciona também a fixação de responsabilidades em caso de ocorrência de acidente de trabalho, haja vista que o empregador, dentro da cadeia produtiva, assume a totalidade dos “riscos da atividade econômica”, a teor do art. 2º., da CLT.

Entrelaçando as atividades produtivas e as respectivas responsabilidades, verifica-se que a leitura do art. 942, parágrafo único, do Código Civil, estabelece que “são solidariamente responsáveis com os autores os co-autores”, de modo a estabelecer claramente que o sistema produtivo, ao adotar o processo de terceirização e, por conseguinte, ao conectar as empresas tomadoras e prestadoras de serviço, fixa que o conjunto produtivo assume e divide a lucratividade e o ônus das atividades, neste último se inserindo a responsabilidade solidária das empresas (tomadoras/ terceirizadas) no caso de acidente de trabalho.

Sebastião Geral de Oliveira comenta que “aquele que se beneficia do serviço deve arcar, direta ou indiretamente, com todas as obrigações decorrentes da sua prestação (...) o art. 942 do Código Civil estabelece a solidariedade na reparação dos danos autores,

31 Op. cit., p. 332.

coautores (...) fundamento esse sempre invocado nos julgamentos para estender a solidariedade passiva do tomador dos serviços”<sup>32</sup>.

Especificamente sobre as normas de saúde e segurança, a legislação estabelece expressamente o dever do empregador de “cumprir e fazer cumprir as normas de segurança e medicina do trabalho” (art. 157, inciso I, da CLT), de modo que o empreendimento econômico, mesmo objetivando a acumulação de capital, possui o dever de manter o ambiente de trabalho hígido e seguro.

Nessa perspectiva, as Normas Regulamentares (NR’s - Portaria n. 3.214/78) são formatadas para, dentre outros aspectos, instrumentalizar a ação responsável dos empregadores com a saúde e segurança do trabalho, inclusive no que concerne ao inter-relacionamento das empresas na cadeia produtiva com os respectivos deveres e responsabilidades de ordem solidária.

Iniciando-se a análise das Normas Regulamentares pela NR-5, que trata da Comissão Interna de Prevenção de Acidente - CIPA, verifica-se que são fixados mecanismos de ação integrada da gestão das empresas na órbita da saúde dos trabalhadores (são exemplos os item 5.47, 5.48<sup>33</sup> e 5.49<sup>34</sup> da NR-5), reconhecendo

32 Op. cit., p. 293.

33 5.48. A contratante e as contratadas, que atuam num mesmo estabelecimento, deverão implementar, de forma integrada, medidas de prevenção de acidentes e doenças do trabalho, decorrentes da presente NR, de forma a garantir o mesmo nível de proteção em matéria de segurança e saúde de todos os trabalhadores do estabelecimento.

34 5.49. A empresa contratante adotará medidas necessárias para que as empresas contratadas, suas CIPA, os designados e os demais trabalhadores lotados naquele

expressamente a responsabilidade entre as empresas, em especial da empresa contratante, pois “a empresa contratante adotará as providências necessárias para acompanhar o cumprimento pelas empresas contratadas que atuam no seu estabelecimento, das medidas de segurança e saúde no trabalho” (item 5.50).

A dinâmica da NR-5, portanto, centraliza-se na co-responsabilidade das empresas (contratante e contratada) pela saúde do trabalhador a partir do regramento do art. 157, da CLT, ou seja, de que a empresa tomadora do serviço de “cumprir e fazer cumprir as normas de segurança e medicina do trabalho” pela empresa terceirizada exatamente em razão da responsabilidade solidária que ambas possuem em caso de acidente de trabalho de empregado da empresa terceirizada.

Essa sistemática de coalização de ações preventivas de acidente e aplicação da responsabilidade solidária entre as empresas tomadoras e prestadoras de serviço nos casos de acidentes laborais vai se espalhar pelas Normas Regulamentares.

A NR-7, que institui o Programa de Controle Médico de Saúde Ocupacional – PCMSO, e a NR-9, que institui o Programa de Preservação de Riscos Ambientais – PPRA, fixam, em dispositivos próprios (item 7.13<sup>35</sup> da

.....  
estabelecimento recebam as informações sobre os riscos presentes nos ambientes de trabalho, bem como sobre as medidas de proteção adequadas.

35 7.13. Caberá à empresa contratante de mão de obra prestadora de serviços, informar à empresa contratada, os prestadores de serviços, informar às empresas contratadas, os riscos existentes e auxiliar na elaboração e implementação do PCMSO nos locais de trabalho onde os serviços estão sendo prestados.

NR-7 e item 9.6.1<sup>36</sup> da NR-9), expressamente a responsabilidade da empresa contratante em informar sobre os riscos da atividade desenvolvida e de implementar os programas preventivos em face da corresponsabilidade entre as empresas.

A NR-10, que trata da “Segurança em Instalações e Serviços em Eletricidade”, estabelece especificamente que “as responsabilidades quanto ao cumprimento desta NR são solidárias aos contratantes e contratados envolvidos” (NR 10.13.1), bem como estabelece o compartilhamento entre as empresas sobre as informações atinentes aos riscos e à adoção das medidas preventivas (item 10.13.2<sup>37</sup> da NR-10).

A NR-22, que trata da “Segurança e Saúde na Mineração”, a NR-24, que trata das “Condições Sanitárias e de Conforto nos Locais de Trabalho”, e a NR-31, que trata da “Segurança e Saúde no Trabalho na Agricultura, Pecuária, Silvicultura, Exploração Florestal e Aquicultura”, também estabelecem dispositivos sobre a responsabilidade da empresa contratante, inclusive para que as medidas de higiene e segurança sejam estendidas aos trabalhadores terceirizados (item 22.3.5<sup>38</sup> da NR-22, item

.....  
36 9.6.1. Sempre que vários empregadores realizem simultaneamente atividades no mesmo local de trabalho terão o dever de executar ações integradas para aplicar as medidas previstas no PPRA visando a proteção de todos os trabalhadores expostos aos riscos ambientais gerados.

37 10.13.2. É de responsabilidade dos contratantes manter os trabalhadores informados sobre os riscos a que estão expostos, instruindo-os quanto aos procedimentos e medidas de controle contra os riscos elétricos a serem adotados.

38 22.3.5. A empresa ou Permissionário de Lavra

24.6.1.1<sup>39</sup> da NR-24 e item 31.23.8<sup>40</sup> da NR-31).

A NR-32, que trata da “Segurança e Saúde no Trabalho em Estabelecimento de Saúde”, e a NR-33, que trata da “Segurança e Saúde nos Trabalhos em Espaços Confinados”, retornam as especificações da NR-10 referente à responsabilidade solidária entre empresas tomadoras e empresas prestadoras de serviço terceirizados (item 24.6.1.1<sup>41</sup> da NR-24 e item 31.23.8<sup>42</sup> da NR-31).

Ainda no plano das normas de segurança e saúde laboral, porém na órbita do arcabouço internacional, verifica-se que a Convenção n. 155<sup>43</sup>, da OIT, sobre Segurança e Saúde dos Trabalhadores (ratificada pelo Brasil - Decreto n. 1.254/94) e a Convenção n. 167<sup>44</sup>, da OIT, sobre Segurança e Saúde na

.....  
Garimpeira coordenará a implementação das medidas relativas à segurança e saúde dos trabalhadores das empresas contratadas e promoverá os meios e condições para que estas atuem em conformidade com esta Norma.

39 24.6.1.1. A empresa que contratar terceiro para a prestação de serviços em seus estabelecimentos deve estender aos trabalhadores da contratada as mesmas condições de higiene e conforto oferecidas aos seus próprios empregados.

40 31.23.8. Devem ser garantidas aos trabalhadores das empresas contratadas para a prestação de serviços as mesmas condições de higiene, conforto e alimentação oferecidas aos empregados da contratante.

41 32.11.4. A responsabilidade é solidária entre contratantes e contratados quanto ao cumprimento desta NR.

42 33.5.2. São solidariamente responsáveis pelo cumprimento desta NR os contratantes e contratados.

43 Art. 17. Sempre que dois ou mais empresas desenvolvam simultaneamente atividade num mesmo lugar de trabalho terão de colaborar na aplicação das medidas preventivas no presente convênio (Convenção n. 155, da OIT).

44 Art. 8o. Quando dois ou mais empregadores estiverem realizando atividades simultaneamente na mesma obra: a) a coordenação das medidas prescritas em matéria de segurança e saúde e, na medida em que for

Construção, que foi devidamente ratificada pelo Brasil (Decreto n. 6.271/2007), estabelecem a responsabilidade sobre prevenção de acidente de trabalho de forma integrada das empresas, ou seja, as empresas que desempenham suas atividades simultaneamente num mesmo empreendimento econômico devem buscar de forma conjunta todos os mecanismos adequados objetivando a prevenção de acidentes de trabalho, haja vista que todas as empresas envolvidas na cadeia produtiva são responsáveis pela integridade física e mental do trabalhador, inclusive dos trabalhadores terceirizados.

Assim, alicerçando a interpretação nos princípios constitucionais estruturantes da dignidade da pessoa humana (art. 1º, inciso III) e do valor social do trabalho (art. 1º, inciso IV), bem como nas normas de proteção da higidez, segurança e saúde do trabalhador no ordenamento pátrio (NR's 5, 7, 9, 10, 22, 24, 31, 32, 33) e internacional (Convenção 155 e 167, da OIT), verifica-se que resta plenamente estabelecido no ordenamento jurídico brasileiro a responsabilidade solidária das empresas envolvidas na cadeia produtiva (empresas tomadoras do serviço e empresas prestadoras de serviço terceirizado) pela manutenção do meio ambiente do trabalho ecologicamente equilibrado, de modo que toda e qualquer violação do equilíbrio do ambiente

.....  
compatível com a legislação nacional, a responsabilidade de zelar pelo cumprimento efetivo de tais medidas recairá sobre o empreiteiro ou sobre outra pessoa ou organismo que estiver exercendo controle efetivo ou tiver o principal responsabilidade pelo conjunto de atividades na obra (Convenção n. 167, da OIT).

laboral que provoque afetação de ordem física e/ou moral no trabalhador também ensejará a responsabilidade solidária das empresas.

#### 4 – Conclusões.

No transcorrer do estudo, todas as conclusões fixadas nesse trabalho já se encontram enunciadas nos tópicos anteriores. Nesse sentido, passa-se a reunir as seguintes conclusões:

- a) o processo de terceirização, enquadrando-se no binômio capitalista da maximização dos lucros e redução dos custos, aprofunda a precarização das condições dos trabalhadores e a fragilização os níveis de saúde, higiene e segurança no ambiente laboral;
- b) a interpretação dos princípios constitucionais estruturantes da dignidade da pessoa humana (art. 1º, inciso III) e do valor social do trabalho (art. 1º, inciso IV), bem como das normas de proteção da higidez, segurança e saúde do trabalhador no ordenamento pátrio (NR's 5, 7, 9, 10, 22, 24, 31, 32, 33) e internacional (Convenção 155 e 167, da OIT), proporciona o estabelecimento da responsabilidade solidária das empresas envolvidas na cadeia produtiva (empresas tomadoras do serviço e empresas prestadoras de serviço terceirizado) pela manutenção do meio ambiente do trabalho ecologicamente equilibrado, de

modo que toda e qualquer violação do equilíbrio do ambiente laboral que provoque afetação de ordem física e/ou moral no trabalhador também ensejará a responsabilidade solidária das empresas.

#### 5 - Bibliografia.

- ARAÚJO JUNIOR, Francisco Milton. Doença Ocupacional e Acidente de Trabalho. Análise Multidisciplinar. 2ª ed. São Paulo: LTr, 2013.
- BARCELLOS, Ana Paula de. A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- BATISTA, Paulo Nogueira. O CONSENSO DE WASHINGTON. A visão neoliberal dos problemas latino-americanos Disponível em: [http://www.fau.usp.br/cursos/graduacao/arq\\_urbanismo/disciplinas/aup0270/4dossie/nogueira94/nog94-cons-washn.pdf](http://www.fau.usp.br/cursos/graduacao/arq_urbanismo/disciplinas/aup0270/4dossie/nogueira94/nog94-cons-washn.pdf). Acesso em: 17.02.2014.
- BÍBLIA SAGRADA. Traduzida em português por João Ferreira de Almeida. 2ª ed. São Paulo: Sociedade Bíblica do Brasil, 1993.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 7ª. ed. Lisboa: Almedina, 2003.
- CASTEL, Robert. As Metamorfoses da Questão Social. Uma Crônica do Salário. Tradução de Iraci D. Poleti. 3ª. ed. Petrópolis: Editora Vozes, 1998.
- DELGADO, Maurício Godinho. Direitos Fundamentais na Relação de Trabalho. Direitos Humanos: Essência do Direito do Trabalho. Organizadores: Alessandro Silva, Jorge Luiz Souto Maior, Kenarik Boujikian Felipe e Marcelo Semer. São Paulo: LTr, 2007.

HOBBSAWM, Eric J. A Era dos Extremos: O Breve Século XX (1914-1991). São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

MARX, Karl. O Capital. Crítica da Economia Política. Livro Primeiro: O Processo de Produção do Capital. Tomo 2 (Capítulos XIII a XXV). Coordenação e revisão de Paul Singer. Tradução de Regis Barbosa e Flávio R. Kothe. São Paulo: Nova Cultural, 1996.

OLIVEIRA, Carlos Alonso Barbosa de. Industrialização, Desenvolvimento e Trabalho no Pós-Guerra. In Economia & Trabalho. Textos Básico. Campinas: Instituto de Economia da Unicamp.

OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. Proteção Jurídica à Saúde do Trabalhador. 5ª. ed. São Paulo: Ltr, 2010.

PLIHON, Dominique. Desequilíbrios mundiais e instabilidade financeira (a responsabilidade das políticas liberais: um ponto de vista keynesiano). Economia e Sociedade, Campinas, v.7, p. 85-127, dez. 1996.

PRONI, Marcelo Weishaupt Proni. O Império da Concorrência: Uma Perspectiva Histórica das Origens e Expansão do Capitalismo. Curitiba: Revista Paranaense de Desenvolvimento, n. 92, 1997.

REDECKER, Ana Claudia. Comentários à Constituição Federal de 1988. Coordenadores Científicos: Paulo Bonavides, Jorge Miranda, Walber de Moura Agra. Coordenadores Editoriais: Francisco Bilac Pinto Filho, Otávio Luiz Rodrigues Junior. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

VIANA, Márcio Túlio. As Várias Faces da Terceirização. Belo Horizonte: Revista da Faculdade de Direito da UFMG, 2009, n. 54,

jan./jun.

Artigo remetido para publicação em outros periódicos podendo não ser inédito.

# REFLEXÕES SOBRE TRÊS TEMAS POLÊMICOS: TERCEIRIZAÇÃO, LIBERDADE DE CONTRATAR E PLENO EMPREGO

Kátia Magalhães Arruda

## 1. TERCEIRIZAÇÃO NO BRASIL: “UMA MENTIRA CONTADA MIL VEZES TORNA-SE VERDADE”<sup>1</sup>?

A contratação de trabalhadores por empresas que se interpõem entre o tomador dos serviços e os empregados não é um fato socioeconômico novo, embora tenha adquirido especial destaque no mundo jurídico com o PL 4330/2004, em trâmite no Congresso Nacional, e com a repercussão geral que lhe atribuiu o Supremo Tribunal Federal, reabrindo o debate sobre a possibilidade de contratar trabalhadores terceirizados para a produção vinculada à atividade-fim da empresa.

Este artigo não pretende fazer uma análise histórica ou econômica, mas tão somente, lançar reflexões preliminares sobre questões pertinentes ao tema “terceirização”, com enfoque especial para dois dos mais

importantes argumentos expendidos à exaustão por seus defensores no Brasil: o primeiro refere-se à tese de que qualquer restrição à terceirização fere a liberdade de contratar, e, o segundo, de que a terceirização fomenta a criação de novos empregos.

Para a maioria do mundo empresarial, a terceirização favorece a economia por trazer “maior qualidade ao trabalho”, além de “enxugar as empresas” e permitir a priorização de sua atividade principal, o que levaria à otimização da produção, ou seja, ao concentrar esforços na atividade-fim da empresa, haveria um ganho de qualidade, especialização e redução de custos, o que, por consequência, aumentaria a quantidade de empregos, com a criação de novos postos de trabalho. Esse argumento, agora ampliado, visa impedir qualquer restrição à terceirização, defendida de forma ampla, atingindo todos os setores e etapas da produção.

Para o mundo sindical, ao contrário, a terceirização aprofunda a degradação do trabalho humano ao criar trabalhadores de

1 A famosa frase atribuída a Joseph Goebbels, ministro da propaganda do Governo de Hitler, para quem “de tanto se repetir uma mentira, ela acaba se transformando em verdade”



Kátia Magalhães Arruda

Doutora em Políticas Públicas. Mestre em Direito Constitucional, e ministra do TST.

1ª e 2ª categorias<sup>2</sup>, incapacitando-os para uma reação organizada, desestruturando os sindicatos, além de pagar salários mais baixos e aumentar o número de acidentes de trabalho.

E assim, em crescente fogo cruzado, a terceirização foi se espalhando por todo o país. O que antes estava restrito às atividades previstas na legislação, tais como serviços de vigilância (Lei nº 7.102/83), trabalho temporário (Lei nº 6019/74), serviços de limpeza e conservação, hoje alcança vários segmentos, a exemplo das áreas de informática, telefonia, alimentação, transporte e outros setores não acessórios, pois já pertencem à cadeia produtiva, o que estimulou o Tribunal Superior do Trabalho a editar a Súmula nº 331<sup>3</sup> que, ao tratar das situações não regulamentadas, distinguiu a atividade desenvolvida pela empresa, como atividade-meio e atividade-fim, de modo a garantir o cumprimento dos artigos 2º e 3º da CLT, que definem a figura do empregador e do empregado, este último configurado como a pessoa que presta serviços de natureza não eventual, sob a dependência do empregador e mediante salário.

Arnaldo Sussekind há muito tempo, já ensinava que na avaliação jurídica sobre quem é o responsável-empregador, é fundamental saber que se o trabalhador não recebe ordens

de seu suposto empregador (empresa de prestação de serviços) e sim do contratante ou tomador, cabe-lhe a responsabilidade e os riscos sobre a atividade econômica que explorar, o mesmo ocorrendo nos casos em que a empresa desativa seu processo produtivo e não mais contrata trabalhadores e sim outras empresas que, por sua vez, nem sempre desenvolvem uma atividade empresarial específica, reservando-se a atuar como intermediadoras de mão de obra, configurando fraude e desvio à proteção do trabalho, na forma prevista no art. 9º da CLT.

Portanto, salvo as hipóteses já regulamentadas, a distinção entre atividade-meio e atividade-fim mostra-se eficaz para frustrar a tentativa de burlar a legislação trabalhista, o que poderia ocorrer se desconstituída a figura do empregador na relação jurídica, seja por não assumir os riscos de seu empreendimento, seja pela violação do princípio da isonomia (como ocorre nos casos de empregados que exercem as mesmas atividades, no mesmo local e por interesse do mesmo tomador de serviços, porém, sem os mesmos direitos), evitando-se a intermediação do trabalho humano de forma genérica e depreciativa.

A despeito da divergência de análises sobre o tema “terceirização”, considerada pelos empresários como um “moderno e eficiente mecanismo de gestão empresarial” e pelos trabalhadores como “uma forma nefasta de precarização do trabalho”, a jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho (TST) vem buscando uma forma de equilíbrio que não afete a livre iniciativa, nem desvalorize o trabalho humano, ambos fundamentos do estado democrático de direito.

Como bem indica Miguel Reale, o

2 Tal situação, aliás, não ocorre somente no Brasil. O jornal Los Angeles Times informou que os Estados Unidos da América enviaram 180 mil prestadores de serviços para o Iraque, em julho de 2007 e mais de 1.200 morreram devido a guerra, mas não voltaram para casa em caixões cobertos com a bandeira e não foram sequer incluídos nas estatísticas de baixas dos Estados Unidos. (SANDEL, 2012, p. 114).

3 A súmula 331 é uma revisão da Súmula 256, de 1986 e teve sua redação original em 1993, novamente alterada em 2000.

Estado pós-Constituição de 1988 reverencia o direito, tanto no aspecto formal como no material, vinculando o intérprete constitucional ao “reconhecimento de que o propósito de tais normas não é outro senão alcançar a justiça social – firmada, em nível constitucional, como “Telos” do Estado brasileiro” (SILVA NETO, 2001, p. 90)

A construção jurisprudencial do TST tem amparo no texto constitucional, interpretado de forma ampla, sistêmica e teleológica, até porque o tecido com o qual a Justiça do Trabalho tece a sua atuação é nitidamente social e, como tal, precisa se amparar nos princípios fundamentais do Estado brasileiro e na busca por minorar desigualdades e injustiças, fundado nos valores do trabalho e da livre iniciativa ( art. 1º e 170 da C.F), constituindo, como afirma o ministro Maurício Godinho Delgado, “o patamar civilizatório mínimo assegurado ao trabalho em extenso rol de direitos, previstos em diversos capítulos ( art. 6º e 7º da C.F)”, além de “vários princípios garantidores do trabalho e especialmente do emprego, em meio a mais de 50 regras jurídicas( capítulos, parágrafos, incisos e alíneas constitucionais) tutelares do status diferenciado da pessoa humana que oferta sua força de trabalho empregatícia na economia e na sociedade”( DELGADO, 2014)<sup>4</sup>.

Não se pode dar primazia à livre iniciativa (embora seja relevante seu papel na sociedade contemporânea), como insistentemente pretendem os defensores da terceirização ampla, em detrimento dos direitos e garantias

mínimos dos trabalhadores e de todo o arcabouço jurídico já consagrado, com amparo na Constituição da República e na Consolidação das Leis do Trabalho, até porque a liberdade de contratar é uma entre muitas liberdades que cabe ao Estado brasileiro preservar, como veremos a seguir.

## 2. TERCEIRIZAÇÃO, FUNÇÃO SOCIAL DA EMPRESA E LIBERDADE DE CONTRATAR

Como antes informado, ganhou corpo no Brasil o argumento de que os atuais contornos jurídicos à terceirização de trabalhadores (em ataque mais direto à Súmula nº 331 do TST) ensejam uma violação da liberdade de contratar do empregador, limitando a sua atividade empresarial.

Para uma melhor análise, é substancial lembrar o conceito de empregador, previsto no artigo 2º da CLT, e o de livre iniciativa, na forma em que foi acolhido pela atual Constituição Federal.

Conforme estabelece o artigo 2º da CLT, empregador é quem assume os riscos da atividade econômica, ao admitir, assalariar e dirigir a prestação de serviços, a ele equiparando-se, para efeitos da relação de emprego, os profissionais liberais, instituições de beneficência, associações, entre outras, com ou sem fins lucrativos, que admitam trabalhadores como empregados. O § 2º do artigo 2º da CLT também especifica a responsabilidade solidária entre uma ou mais empresas quando ficar caracterizado o grupo econômico, ou seja, quando uma empresa estiver sob a mesma direção, controle ou administração de outra.

Por consequência lógica, a contratação de trabalhador por empresa interposta não

4 Ementa de Acórdão do TST- AgIn em RR 0163900-40.2007).

pode ficar sem responsabilidade para o tomador dos serviços, beneficiário efetivo do labor prestado pelo trabalhador, daí porque, firmou-se a jurisprudência, por meio da Súmula nº 331 do TST, no sentido de lhe atribuir responsabilidade subsidiária, desde que não configurado o grupo econômico, hipótese em que haveria responsabilidade solidária. Nos casos em que a terceirização implicar contratação de trabalhadores para a atividade-fim da empresa, o vínculo de emprego forma-se diretamente com o tomador de serviços.

A terceirização de trabalhadores, como o próprio vocábulo diz, significa “transferir a terceiros a atividade ou departamento que não faz parte de sua linha principal de atuação” (Dicionário Aurélio), utilizada com o objetivo de concentrar esforços da empresa na produção de sua atividade principal, contratando outra empresa como periférica, para lhe dar suporte em serviços acessórios ou instrumentais, daí porque não vinculados à atividade-fim, prevista em seu estatuto e constituição social.

Logo, não é possível a uma empresa terceirizar o fim ao qual se propõe, sua própria natureza e razão de existir, sob pena de transformar-se em uma fraude jurídica e social, até porque o próprio conceito de empresa envolve o exercício de atividade econômica organizada para a produção ( Art. 966 do Código Civil).

Feitas essas considerações, resta estabelecer o parâmetro entre a função social e a liberdade de contratar da empresa, estritamente vinculada à liberdade de iniciativa, prevista no art. 1º, IV, da Constituição Federal. A função social da empresa está inserida na função social da propriedade, amparada pela CF, nos artigos 5º, XXIII, 170, I, 182 §

2º(propriedade urbana),e 186 (propriedade rural), também está vinculada à liberdade de contratar, como bem expressa o artigo 421 do Código Civil Brasileiro, que determina que “ a liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato”, o que compromete a empresa não só ao bom desenvolvimento de sua atividade produtiva para a criação de riquezas, como também para a valorização do trabalho humano.

Sob esse ponto, a Lei de Sociedade por Ações (Lei Nº 6.404/76), em seu artigo 154, § 4º, indica a atuação da empresa na realização de sua responsabilidade social, extensiva aos acionistas, aos empregados que nela trabalham e à comunidade em que atua, previsão similar constante também no Código de Defesa do Consumidor, em seu artigo 51.

O Supremo Tribunal Federal, por sua vez, em voto do Ministro EROS GRAU(ADI 1950, de 15/2/2006) esclareceu que a livre iniciativa é uma expressão que tutela não apenas a empresa, mas também o trabalho. Ainda sobre o tema, expõe CALSING:

*“A função social da empresa é baseada no princípio da dignidade da pessoa humana, onde a empresa, por meio de sua atividade lucrativa, respeita os direitos do trabalhador, dos seus consumidores e concorrentes, e do Estado e da comunidade onde se localiza, por meio de um desenvolvimento sustentável de suas atividades operacionais. Assim, a função da empresa para a sociedade não é apenas a geração de lucro, mas também a criação de empregos, oferecimento de bens e serviços de qualidade para os consumidores e a satisfação dos compromissos legais*

*positivados no ordenamento jurídico pátrio. É a visão da responsabilidade pelo todo, da cidadania empresarial, da ética e da solidariedade, que está contida no princípio denominado função social da empresa” (CALSING, 2011, p. 117).*

Fixada a premissa de que a empresa tem função social, sua liberdade de contratar vincula-se ao mesmo conteúdo hermenêutico, o que afasta, portanto, as contratações ilegais, imorais e avessas ao sistema jurídico em vigor, até porque, como explica Fabio Konder Comparato, a atual tendência constitucional é de reconhecer função social a todos os institutos jurídicos, no que se inclui a empresa como operadora de um mercado socializado e não apenas como captadora de lucros.

Como exposto, a liberdade de contratar está conectada ao princípio constitucional da livre iniciativa que, obrigatoriamente, seja pelo texto explícito da Constituição, seja pelo seu conteúdo implícito, está imbricado no princípio do valor social do trabalho. São dois princípios que se interligam, constituindo um “importante fundamento para a interpretação, integração, conhecimento e aplicação do direito positivo. (CANOTILHO, 1998, p.1038).

A inter-relação desses princípios é indiscutível, destacando-se que “o fim da empresa é o de proporcionar benefícios para todos os envolvidos com tal atividade (empresários, sócios, empregados, colaboradores e consumidores) e também para a coletividade” (FRAZÃO, 2014, p.531.), acrescentando a autora citada que “é indubitável que a proteção ao trabalhador é uma das mais importantes consequências da função social da empresa, até porque a própria empresa não

deixa de ser uma associação entre capital e trabalho”.

Como admitir que, sem amparo legal, seja possível a uma empresa terceirizar sua atividade-fim, principal e essencial para a qual foi constituída, a razão de sua própria existência? Isso só será possível se encolhermos o objetivo de uma empresa unicamente ao lucro, desprezando toda a finalidade social com a qual se compromete, inclusive a de produção de riquezas para si, para seus trabalhadores e para a coletividade. Uma empresa que não desenvolve a própria atividade-fim pode até incrementar seu capital, mas ficará devendo muito à sociedade, por tornar o trabalho desprezado, terceirizado, alheio e asilado do local onde a riqueza está sendo construída.

O limite à liberdade de contratar será estabelecido pelo valor dado ao trabalho. Ou será possível admitir trabalho degradante em nome da “livre iniciativa”? Ressalto que não se está a equiparar o trabalho terceirizado ao degradante, embora não haja dúvida de que a terceirização sem limites (e, como tal, ilegal) aprofunda a precarização do trabalho, ao desconstruir a finalidade da empresa, sua responsabilidade social, e ao desvalorizar a relação empregado-empregador, tão elementar à efetivação do Direito do Trabalho.

Não é necessário dizer que a livre iniciativa prevista na Constituição Federal não abriga uma visão individualista, tanto que, ao comentar a CF/88, Eros Grau afirma que na colisão entre trabalho e livre iniciativa, é o trabalho que merece primazia, é o **valor social** da livre iniciativa que se impõe como princípio e “não as virtualidades individuais da livre iniciativa e - de outro - o seu art. 170, *caput*, coloca lado a lado trabalho humano e

livre iniciativa, curando contudo no sentido de que o primeiro seja valorizado” (GRAU, 1997, p. 228) e continua: “Não se trata, pois, no texto constitucional, de atributo conferido ao capital ou ao capitalista, porém à empresa – ao empresário, **apenas enquanto detentor do controle da empresa**” (grifo nosso).

Portanto, é incompreensível jurídica e socialmente que uma empresa que não realiza a previsão de seu estatuto, contrate outra para admitir trabalhadores, que, na verdade, vão gerar o seu produto final. Penso que a empresa tomadora que utiliza serviços terceirizados em

sua atividade-fim sequer está cumprindo sua função meramente econômica, quanto mais a social.

### 3. A TERCEIRIZAÇÃO, PLENO EMPREGO E NOVOS POSTOS DE TRABALHO

Ao analisar a situação de emprego no Brasil, alguns problemas ficam evidentes. Embora a taxa de desemprego não seja tão elevada quanto nos países como Espanha, Argentina e Portugal, e a crise econômica internacional não tenha chegado com tanta



força em nosso país, problemas recorrentes não foram superados, tais como a precarização da mão de obra, baixos salários, alta rotatividade<sup>5</sup> e o persistente descumprimento da legislação trabalhista, como lembra BALTAR (2010):

Os exercícios realizados mostram que, por maior que seja o esforço do poder público para aproveitar melhor as circunstâncias mundiais favoráveis ao crescimento da economia brasileira e por mais que o poder público se empenhe no aperfeiçoamento da fiscalização do cumprimento das leis sobre impostos, previdência e trabalho, vai ser lenta a redução do número de pessoas fora do mercado de trabalho e, entre as que estão dentro deste mercado, muitas continuaram em empregos que não respeitam as leis e, entre os empregos que respeitam as leis continuaram, em muitos deles, os grandes fluxos de contratação e dispensa, em função da instabilidade dos vínculos empregatícios. (BALTAR, 2010, P.25).

5 Ao observar os dados fornecidos pela RAIS, constata-se que algo em torno de 30% dos empregados privados existentes no início de cada ano não permanecem no emprego no final do ano. Em muitos casos, comprova-se a efemeridade do vínculo, com o fato de que “63,4% dos desligamentos ocorridos ao longo de um ano afetarem vínculos que não alcançam a duração de um ano e somente 14,3% daqueles desligamentos terminaram vínculos com duração superior a três anos”. BALTAR, Paulo. Emprego, Políticas de Emprego e Política Econômica no Brasil. OIT: Série Trabalho Decente no Brasil, 2010.

As diversas avaliações dos economistas sobre a atualidade brasileira evidenciam que o mercado de trabalho cresceu e que a taxa de desemprego é menor do a de outros países atingidos pelas últimas crises econômicas, o que leva uma parte desses estudiosos a compreender o processo atual como próximo ao pleno emprego.

Entretanto, em detalhado estudo sobre o tema, a pesquisadora da Universidade de São Paulo Anita Kon mostrou a fragilidade do nosso “pleno emprego”, a partir das características estruturais da qualidade das ocupações preenchidas no Brasil, dos rendimentos reais dos trabalhadores (80% dos salários se situam em até dois salários-mínimos) e a interpretação de conceitos essenciais, inclusive no que se refere ao trabalho decente, principalmente considerando que, segundo os dados de 2012 da PME (Pesquisa Mensal de Emprego) o nível de informalidade ainda era de 34,3% (embora em decréscimo) e os indicadores de trabalho são diferentes quando observados os dados do PME (IBGE)<sup>6</sup> do PNAD ( Pesquisa Nacional por Amostra de domicílio) e do DIEESE sobre pesquisa de emprego.

Parece-nos correto o entendimento adotado pela Organização Internacional do Trabalho (OIT), em que o paradigma do pleno emprego está vinculado ao de trabalho digno

6 O IBGE conceitua como desocupadas a parcela da população economicamente ativa (PEA) que esteja sem trabalho na semana pesquisada e que tenham procurado emprego em um período de referência de 30 dias.

e depende de um crescimento equitativo centrado no emprego e com melhoria de rendimentos:

*É hoje comumente reconhecido que o crescimento econômico, sendo necessário, não é por si só suficiente para criar empregos produtivos e sustentáveis. É por isso que fora promover a qualidade e quantidade de emprego precisamos de um amplo conjunto de intervenções políticas integradas e bem concebidas, transversais às dimensões macro e microeconômicas e destinadas quer à procura quer à oferta da mão de obra. (OIT, 2013, P. 19)*

A par da compreensão de que a criação de novos empregos requer trabalho decente (e não qualquer trabalho), depreende-se que a terceirização, por si, não cria novos empregos. Apenas substitui os empregos diretos por indiretos (terceirizados), além de que, divulga o engodo da independência, a falácia de “empresas sem empregados”, o fetiche de que “na venda da força de trabalho para outrem, não há subordinação, como se não operasse um deslocamento da exploração, com trabalhadores subordinados passando a estranha condição de empreendedores, empresários, parceiros, cooperativados”<sup>7</sup>

7 Texto extraído do Manifesto em defesa dos direitos dos trabalhadores ameaçados pela terceirização, assinado por vários pesquisadores brasileiros e datado de 01 de novembro de 2011.

Quando a verdade irrompe, mesmo que seja outra a versão divulgada, fica evidente que a terceirização é contrária a uma política estável de empregos e sempre foi pensada e utilizada como um trunfo do capital para aumentar suas margens de lucro, ao mesmo tempo em que diminui a pressão sindical, a exemplo do que tem ocorrido na indústria automobilística, como podemos perceber no texto seguinte:

Mais do que uma diferença real em termos de importância no processo produtivo total de qualquer indústria – inclusive na automobilística – que justificasse a sua classificação como atividade-meio e sua terceirização, o que moveu as indústrias para essa separação foi a necessidade constante do capital de ampliar suas margens de lucro. Para esse fim, além dos ganhos de produtividade constantemente buscados por meio do aperfeiçoamento da produção industrial e a consequente desvalorização da força de trabalho, o capital lançou mão dessa estratégia que é a subcontratação ou terceirização. Tal mecanismo permite que se transforme em custos variáveis o que antes eram custos fixos, ou seja, a empresa principal deixa de ser responsável legal por esses trabalhadores.

Com o fim da contratação direta da força de trabalho diminuem os chamados encargos trabalhistas (fundo de garantia, aviso prévio, contribuição

previdenciária, décimo terceiro, férias etc.) e o valor da remuneração do trabalho paga em forma de salários: além de deixar de ser onerosa para a empresa a contratação ou demissão de trabalhadores variando de acordo com as demandas do mercado. Isso tudo com amparo legal para terceirizar e enquadrar esses trabalhadores em outras categorias que não àquelas das indústrias contratantes. (MARCELINO, 2006, p.97/98)

As evidências apontam que o Brasil possui um grande número de empregados em atividade terceirizada, cerca de 10 milhões de trabalhadores, ou seja, 24% do emprego formal no país. No entanto, a alta rotatividade do setor, bem como a extensa jornada de trabalho, depõe contra a tese de que a terceirização favorece os empregos. No primeiro caso, porque a rotatividade entre os terceirizados é bem maior do que entre os empregados diretos, visto que o tempo médio do trabalhador terceirizado é de 2,6 anos de permanência na mesma empresa contra 5,8 anos dos demais empregados, situação que também traz consequências para a aposentadoria futura. No segundo caso, as jornadas de trabalho também são mais extensas: pesquisas demonstram que os terceirizados trabalham cerca de 3,5 horas semanais a mais do que os empregados diretos, o que revela que em vez de aumentar o número de trabalhadores, as empresas estão preferindo aumentar a jornada dos que

já estão contratados, agravando as condições de trabalho e os riscos de acidentes, à saúde e à vida desses trabalhadores. Para Marcio Pochmann:

O avanço da terceirização terminou por estimular a taxa de rotatividade. No ano de 2010, por exemplo, a taxa de rotatividade dos empregados terceirizados foi de 76,2% superior à taxa de rotatividade dos ocupados não terceirizados. (...) Resumidamente, constata-se que a terceirização tem sido fator de ampliação da rotatividade, favorecendo o ajuste mais intenso no nível de ocupação entre o limite máximo e mínimo de contratação de trabalhadores pela unidade produtiva. (POCHMANN, 2013, p.49)

#### **CONSIDERAÇÕES FINAIS SOBRE UMA VERDADE A SER DITA: QUE LIBERDADE DEVE SER PROTEGIDA?**

O desenvolvimento de um país exige grande consciência e liberdade de seus cidadãos e obviamente não se restringe ao número de seu PIB (Produto Interno Bruto), sendo avaliado pela possibilidade de liberdades usufruídas dentro de uma dada sociedade, tese defendida pelo ganhador do Prêmio Nobel da economia, o indiano Amartya Sen.

Sob esse prisma, o Estado brasileiro ainda nega liberdades a uma grande parcela da sua população. Para melhor esclarecer, a “ausência de liberdades substantivas relaciona-

se diretamente com a pobreza econômica, que rouba das pessoas a liberdade de saciar a fome, de obter uma nutrição satisfatória ou remédios para doenças tratáveis, a oportunidade de vestir-se ou de morar de modo apropriado, de ter acesso a água tratada ou saneamento básico” (SEN, 2009, p.17), de ter trabalho decente e de acreditar que seus patrões são cumpridores da lei, a liberdade de não viverem escravizados à necessidade, a liberdade das crianças irem à escola em vez de serem exploradas.

Logo, o desenvolvimento de um país deve ser medido pela extensão que é dada às suas liberdades: trabalhar, estudar, consumir, ter acesso à saúde e educação, assim como investir, criar e produzir, ou seja, a liberdade possui diferentes expressões, que se reforçam umas às outras, atuando em conjunto como meio de desenvolver um país em seus múltiplos aspectos, na medida em que promove a segurança econômica para todos, seja em seu aspecto político (processo democrático e liberdade de expressão), seja na garantia de oportunidades, ou na liberdade de iniciativa, que deve se expandir ao mesmo tempo em que se ampliam os investimentos e avanços sociais para os cidadãos.

Portanto, fundamentos jurídicos, econômicos e sociais justificam a necessidade de analisar a intermediação de mão de obra na perspectiva do país em que vivemos e dos valores que adotamos para construir o Brasil-Nação. Tal atitude exige a expansão do olhar sobre o mundo do trabalho, cada vez mais imprescindível diante dos fatos e dados

que a realidade nos apresenta: a) extenso número de acidentes e adoecimentos entre os empregados terceirizados (pesquisas mostram que o trabalhador terceirizado tem probabilidade quatro a cinco vezes maior de morrer em acidentes de trabalho<sup>8</sup>; b) a relação próxima entre algumas atividades ligadas ao trabalho escravo e a terceirização, o que fica evidente nos dados divulgados pelo MTE, que indicam que nos dez maiores resgates de trabalhadores, ocorridos entre os anos de 2010 e 2013, 90% eram de terceirizados<sup>9</sup>; c) os flagrantes de descumprimento da legislação trabalhista básica (carteira de trabalho, repouso remunerado, intervalos e jornada de trabalho); d) o crescente número de inquéritos para apurar a prestação de serviços que não condizem com o CNPJ e o desaparecimento das “empresas fantasmas”<sup>10</sup>; e) além de todos os índices

8 A constatação de tal fato pode facilmente ser verificada em grandes empresas como a Petrobrás e a CEMIG. Entre 2003 e 2012 foram registrados 110 óbitos de terceirizados contra 20 mortes de servidores da Petrobrás (UOL, de 17/5/2013). Na CEMIG, morre um trabalhador a cada 45 dias e embora o Sindicato faça constantes denúncias, as empreiteiras não promovem o treinamento adequado e pagam por produtividade, o que aumenta o risco de acidentes, segundo o Informativo do SINDIELETRO/MG, de 5/10/2011. O setor elétrico tem, aliás, registrado índices alarmantes de óbitos com terceirizados, visto que somente entre 2007 e 2011, ocorreram 315 óbitos. (Relatório de Estatísticas do Setor Elétrico).

9 Dados obtidos a partir das ações do Departamento de Erradicação do Trabalho Escravo (DETRAE), do Ministério do Trabalho e Emprego, e divulgadas pelo REPORTER BRASIL, em matéria intitulada “terceirização e trabalho Escravo: coincidência?”, de 24/06/2014.

10 Somente nos quatro primeiros meses de 2014, foram instaurados 107 inquéritos pelo MPT para apurar

negativos quanto às condições de trabalho, tais como diminuição dos benefícios sociais em 72%, salários mais baixos em 67%, trabalho menos qualificado em 17, 5%(DIEESE, 2006).

Pelo exposto, é forçoso concluir que nos casos em que a terceirização desvirtua a legislação trabalhista e precariza as condições de vida do trabalhador, limitá-la não fere a “liberdade de contratar”. Onde impera o infortúnio e a necessidade não existe liberdade. A liberdade é múltipla, não é uma via de mão única, por isso que no estado democrático de direito vigente no Brasil, não há proteção à suposta “liberdade” de contratar escravos, crianças ou qualquer outra pessoa subjugada pela exploração, de modo que a liberdade econômica deve respeitar a liberdade do capital e do trabalho, fomentando a igualdade de direitos e de oportunidades para todos os indivíduos, o que não ocorre se a liberdade da empresa não garantir trabalho e vida digna aos trabalhadores.

São realmente surpreendentes as contradições do Brasil: temos um texto constitucional avançado que é mitigado diante do poderio econômico. Somos um país capaz de gestos políticos de grande repercussão, como o *impeachment* de um Presidente da República, mas que se acanha diante de práticas cotidianas de exploração “absorvendo agressões que, reiteradas e ampliadas, dão causas a infortúnios sociais os mais profundos”, “ aceitamos a

.....  
irregularidades em contratos de prestação de serviços a órgãos públicos( Correio Brasiliense, de 2/5/2014).

abolição da escravatura e não somos capazes de erradicar o trabalho escravo de nossas crianças. ( ROCHA, Carmen Lúcia, 2003).

Conclamo, afinal, aos que são capazes de romper o círculo de alienação, que está na hora de conhecer a realidade do Brasil. Assim será mais fácil reconhecer uma mentira, mesmo que repetida mil vezes. A verdade é que ainda há muito a avançar em termos de direitos sociais no Brasil, mas como poetiza Guimarães Rosa: “o que a vida quer mesmo da gente é coragem”.

#### REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

Baltar, Paulo. Emprego, políticas de emprego e política econômica no Brasil. Brasília: OIT, 2010.

CANOTILHO, Joaquim. Direito constitucional e teoria da Constituição. Coimbra: Almedina, 1998

CALSING, Maria e Renata de Assis. A função social da empresa e sua responsabilidade social na perspectiva da solução dos conflitos de direito coletivo. In ARRUDA, Katia e COSTA, Walmir. “Direitos Coletivos do trabalho”. São Paulo: LTR, 2011.

CORREIO BRAZILIENSE. Terceirizadas: um golpe por dia na Esplanada. Publicado no dia 2/5/2014.

DELGADO, Maurício Godinho; DELGADO, Gabriela. Tratado jurisprudencial de direito constitucional do trabalho. V.I São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

DIEESE: terceirização e desenvolvimento: uma conta que não fecha. São Paulo: 2011

-----: O processo de terceirização e seus efeitos sobre os trabalhadores no Brasil. São Paulo:

FRAZÃO, Ana. A ordem econômica constitucional e os contornos da proteção do trabalhador. IN SARLET, MELLO FILHO e FRAZÃO. “Diálogos entre o Direito do Trabalho e o direito constitucional”. São Paulo: Saraiva, 2014.

KON, Anita. Pleno emprego no Brasil. São Paulo: Revista economia e tecnologia, V.8, n.2, 2012. ISSN on line 2238 1988.

MARCELINO, Paula Regina. HONDA: terceirização e precarização: a outra face do toyotismo. IN ANTUNES, Ricardo. “Riqueza e miséria do trabalho no Brasil”. São Paulo: Boitempo, 2006.

POCHMANN, Marcio. Subdesenvolvimento e trabalho. São Paulo: LTR, 2013.

REPÓRTER BRASIL. Terceirização e trabalho análogo ao escravo: coincidência?. <http://repoeterbrasil.org.br/2014>. Datado de 24/06/2014.

ROCHA, Carmen Lúcia. Mudanças sociais e mudanças constitucionais. IN PELLEGRINA, Maria e SILVA, Jane. “Constitucionalismo social”. São Paulo: LTR, 2003.

SANDEL, Michael. Justiça: o que é fazer a coisa certa. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2012.

SEN, Amartya. Desenvolvimento como liberdade. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.

SILVA NETO, Manoel Jorge. Curso de Direito Constitucional. 7ª ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

Originalmente publicado na Revista do TST vol. 80, nº 3, jul./set. 2014, p. 138-149.

# A TERCEIRIZAÇÃO E O PAPEL DOS TRIBUNAIS NO CONTROLE DAS PRÁTICAS DE PRECARIZAÇÃO DO TRABALHO

Sayonara Grillo Coutinho Leonardo da Silva

*“Se o constitucionalismo for despojado de sua pretensão de impor padrões mínimos de justiça às relações humanas, com sua omissão estará legitimando o status quo de opressão e exclusão social.”*  
(Direito Constitucional, Claudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmiento, 2012, p. 236)

**SUMÁRIO:** 01. Introdução. 02. O fenômeno econômico da terceirização e seus impactos no mercado de trabalho. 03. As ilícitas práticas de terceirização das atividades essenciais à empresa examinadas sob o prisma da constitucionalização do direito. 3.1 A importância do controle jurisprudencial sobre as terceirizações. 04. Reflexões finais. 05. Referências bibliográficas.

## 1. Introdução

A incompatibilidade da terceirização do trabalho humano à luz da Constituição de 1988 é o tema deste artigo, que examina o fenômeno da terceirização das atividades empresariais praticado no Brasil como fator de precarização do mercado de trabalho<sup>1</sup> e, desse modo, como prática mercadológica que se opõe frontalmente às diretrizes constitucionais que pugnam pela valorização do trabalho e

1 .....  
Que a terceirização é o “fio condutor da precarização do trabalho” nos parece ser a melhor matriz interpretativa atualmente existente para qualificar a prática em nosso país, mormente depois do crescimento exponencial da exteriorização de serviços nas empresas brasileiras nas últimas duas décadas (ANTUNES, DRUCK, 2013, p. 224). Assim, na fase atual de desconstrução do trabalho, a precariedade se processa por novas modalidades, dentre as quais a terceirização é um dos modos mais decisivos (ANTUNES, DRUCK, 2013, p. 219) e que permite “transferir para os assalariados e também para subcontratados e outros prestadores de serviço o peso das incertezas do mercado.” (BOLTANSKI, CHIAPELLO, 2009, p.240).



.....  
Sayonara Grillo Coutinho Leonardo da Silva

Doutora e Mestre em Ciências Jurídicas pela PUC-Rio. Professora-adjunta do Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade Nacional de Direito da UFRJ, n Membro honorário do Instituto dos Advogados Brasileiros – IAB, e integrante do Instituto Cesarino Júnior de Direito Social e da Associação Brasileira de Constitucionalistas Democratas – ABCD. Desembargadora do Trabalho no TRT-1ª Região.

pela dignificação do trabalhador. Examina o atual debate jurisprudencial que se processa no âmbito do Tribunal Superior do Trabalho acerca da terceirização e seus fundamentos, e verifica a incompatibilidade entre a terceirização em atividades finalísticas e os princípios constitucionais. Dessa forma, parte de uma análise da terceirização como fenômeno multidisciplinar, reflete sobre a atuação dos Tribunais no controle da precarização do trabalho pela via da terceirização.

## 2. O fenômeno econômico da terceirização e seus impactos no mercado de trabalho

A terceirização comporta inúmeras definições e abordagens. De um ponto de vista amplo, é possível conceituá-la como um “recurso gerencial pelo qual uma empresa transfere parte de sua atividade-fim – industrial, de serviços ou agrícola – para outra unidade empresarial, tendo em vista flexibilizar a organização e as relações de trabalho e focar esforços em atividades com mais especialização e valor agregado” (GARCIA, 2006, p. 311), nas quais a empresa terceira mantém capital, administração e práticas absolutamente independentes da contratante. Tal conceito, obviamente, não é jurídico e denota um estágio fático de exteriorização como recurso de flexibilização e cuja difusão configura tramas produtivas complexas e variadas.

Para os fins deste artigo considerar-se-á a terceirização em um sentido amplo, envolvendo tanto o repasse de atividades finalísticas das empresas (que no campo do Direito do Trabalho denominamos de

terceirização ilícita ou interposição de mão de obra),<sup>2</sup> quanto o deslocamento de serviços considerados acessórios à consecução da atividade preponderante (que será considerada terceirização lícita, segundo padrões normativos trabalhistas atuais, quando inexistir pessoalidade e subordinação direta entre o contratante e os empregados da empresa especializada contratada).

Segundo Augusto César Leite de Carvalho e Lelio Bentes Correa, a terceirização pode se apresentar de modo parcial ou integral, e se manifestar interna ou externamente à empresa. A empresa pode internalizar trabalhadores alheios ou exteriorizar etapas produtivas (2014, p.36). No primeiro caso, a convivência dos trabalhadores da empresa interposta com os empregados da empresa tomadora de serviços no mesmo ambiente de trabalho gera uma fragmentação subjetiva dos trabalhadores que potencialmente se opõem (VIANA, 2012). No segundo, etapas produtivas empresariais são repassadas para terceiros realizá-las em ambiente de trabalho oferecido pela interposta, que concretiza parte da atividade econômica da empresa que delegou suas atividades. Neste contexto, a exteriorização de etapas do ciclo produtivo fragmenta objetivamente os trabalhadores (VIANA, 2012).<sup>3</sup>

2 Para melhor compreensão da noção ampla de terceirização como delegação de atividade-fim, Sandro Garcia cita o exemplo de uma empresa prestadora de serviços de telefonia que transfere para outras empresas as tarefas de instalação de terminais de telefone, o teleatendimento à clientela e suas atividades de vigilância. Haveria terceirização da atividade nos dois primeiros casos (2006, p. 311).

3 Sabe-se que na instauração do regime de

No Brasil, a terceirização se expandiu a partir da abertura comercial, dos processos de desregulamentação do direito e dos mercados de trabalho nos anos 1990, concentrando-se na base da pirâmide social com ocupações que absorvem mão de obra com baixa remuneração.<sup>4</sup> Ampliou-se majoritariamente no setor de serviços com duas dinâmicas distintas: a primeira até 1994, contida, e a segunda, depois do Plano Real (POCHMANN, 2012, p.110), que aprofundou a rotatividade da mão de obra, pois os dados disponíveis

.....  
 acumulação flexível a exteriorização de parcelas da produção de bens e serviços, que não agregam maior lucratividade, foi uma estratégia importante, sendo forma representativa da flexibilização dos mercados e dos processos produtivos nas economias capitalistas dos últimos quarenta anos (HARVEY, 2000). No chamado *novo capitalismo*, a transfiguração da estrutura piramidal das organizações para uma estrutura em rede, celular, nas quais os centros de decisão se desdobram, transferem para o exterior da empresa parte das atividades, através da subcontratação ou da prestação de serviços (modalidade de deslavorização). Contudo, nem sempre esta exteriorização jurídica se traduz em exteriorização espacial, ou seja, em inúmeros casos as empresas terceiras ou os trabalhadores não empregados diretamente exercem parte ou toda sua atividade no mesmo local físico da empresa central. Setores empresariais brasileiros defendem a terceirização com argumentos relacionados à especialização das atividades, melhoria dos processos produtivos, ganhos de eficiência e competitividade. Tal discurso de justificação empresarial tem na flexibilidade um dos principais eixos discursivos (BOLTANSKI, CHIAPELLO, 2009).

4 São recentes as evidências que demonstram inexistir similaridade entre o outsourcing em economias desenvolvidas e países em desenvolvimento ou de economias de desenvolvimento recente (POCHMANN, 2012, p.109). Não poucos juristas sustentam que em nosso país a terceirização é “utilizada de forma totalmente desconectada e deturpada da ideia original”, consoante Rodrigo Carelli: “o nome brasileiro dado ao fenômeno – terceirização -, bem diverso do que é comumente utilizado no resto do mundo – subcontratação -, dá a ideia da deturpação na sua aplicação, pois indica a existência de um ‘primeiro’ e um ‘segundo’, além do ‘terceiro’, enquanto que em uma verdadeira terceirização há a contratação entre duas empresas.” (2013, p. 241).

indicam que o tempo médio de permanência de um empregado nestes ramos é inferior à média do mercado de trabalho. Observe-se que desde a época na qual foi editada a Súmula nº 331 do Tribunal Superior do Trabalho houve um crescimento da terceirização em suas múltiplas formas, e não somente naquelas admitidas pela Súmula.

Segundo Márcio Pochmann (2012), enquanto nos países denominados centrais a decisão de exteriorizar segmentos do processo produtivo se relaciona com a busca pelo crescimento da produtividade no bojo de mudanças tecnológicas e introdução de reengenharia do parque produtivo, nos países não desenvolvidos a recente expansão da terceirização se relaciona à redução do custo do trabalho em ambientes de concorrência internacional contratação com salários e condições laborais mais reduzidos, provocando um rebaixamento da qualidade dos postos de trabalho existentes. Tal viés interpretativo realça um aspecto que sobressai na decisão empresarial de subcontratar e exteriorizar atividades nas empresas em países periféricos: a estratégia de redução de custos com o trabalho tem prevalência sobre a busca de especialização ou de melhoria de qualidade.

Para o autor, as evidências empíricas indicam que a terceirização no Brasil gerou contratações com condições laborais inferiores aos postos de trabalho existentes antes da adoção da prática e também menores aos equivalentes não submetidos ao recurso de subcontratação. Segundo Pochmann, a terceirização estimulou a concentração de empregos na base da pirâmide social brasileira, com importante inflexão no

mercado de trabalho. No estado de São Paulo, por exemplo, mesmo se considerado a elevação do salário médio dos terceirizados a partir das negociações coletivas realizadas no âmbito das empresas prestadoras de serviço, “o seu valor não representou mais do que 50% do salário médio real de todos os trabalhadores” e no ano de 2010 a taxa de rotatividade no empregado terceirizado foi 76,2% maior que nos empregos formais não terceirizados (POCHMANN, 2014, p. 224). Como a renda do trabalhador se relaciona com a estrutura das ocupações e com a dinâmica geral da economia, considera-se que a regulação nacional do trabalho permite homogeneizar as condições laborais, sendo certo que para reduzir as desigualdades inerentes ao funcionamento do mercado, a ação convergente de atores sociais na esfera pública é fundamental (POCHMANN, 2014).

No Brasil, o processo de homogeneização pelo alto do mercado de trabalho, pela influência decisiva das ações sindicais e da regulação pública, foi interrompido pelo recente processo de terceirização, afirma Márcio Pochmann, pois “a dinâmica geral do mercado de trabalho passa a ser adotada pelos segmentos internos da contratação pública e privada da mão de obra nas grandes organizações empregatícias” (2014, p. 217). A conclusão do economista é a de que, no Brasil, a terceirização se constitui em importante elemento de reforma trabalhista que reforça o movimento de reprodução da desigualdade no mercado de trabalho:

Em síntese, o avanço da terceirização, sobretudo de forma desregulada, reforça ainda mais o movimento natural de

produção e reprodução da desigualdade e rebaixamento das condições e relações de trabalho difundido pela dinâmica da competição capitalista (...).

Ao tornar generalizada a terceirização desregulada, ampliando-a das atividades-meio para as finalísticas, o deslocamento dos empregos do segmento interno tende a ser ainda mais poderoso. Com isso, o mercado geral de trabalho torna-se superlativo, rebaixando as condições e relações de trabalho que desde a década de 1950 foram sendo desenvolvidas no país pela expansão do segmento interno de contratação de mão de obra.

No limite, o Brasil poderia conviver com uma situação paradoxal de se situar entre as economias mais avançadas no planeta neste início do século 21, porém com o funcionamento de seu mercado de trabalho retrocedendo aos anos anteriores à década de 1950. Naquela época, quase 4/5 dos trabalhadores recebiam ao redor do salário mínimo. (POCHMANN, 2014, p. 217, 225)

Como se observa a partir das evidências empíricas, a exteriorização das funções, portanto, não se explica apenas em termos de “otimização” da produção ou qualidade do produto final, como nos sugerem os manuais de administração moderna. As redes de subcontratação podem existir simplesmente para amortecer as flutuações impostas pela demanda de trabalhadores, já que normalmente nas empresas terceirizadas há uma facilidade maior para demitir, inclusive em face da

fragilidade da ação sindical. Instala-se uma dualização social a partir de uma racionalidade econômica de uma sociedade cindida (GORZ, 2003, p. 69): “a segurança no emprego na firma matriz possui como seu avesso a precariedade do emprego e a insegurança social no resto da economia”, pois além do núcleo de trabalhadores contratados diretamente e que fruem dos direitos do trabalho, há uma vasta mão de obra precária, seja empregada por tempo contínuo ou parcial, subcontratada e flutuante (GORZ, 2003, p.71-72; HARVEY, 2000, p. 143-144). O labor em empresas subcontratadas é marcado pela instabilidade, baixos padrões salariais, menor qualificação da mão de obra, condições precárias de trabalho, contratações “atípicas” e dissimuladas, elevada rotatividade dos trabalhadores e redução substancial dos salários.

De um ponto de vista sociológico, a terceirização provoca forte impacto na conformação dos laços de solidariedade e pertencimento,<sup>5</sup>e, sendo estes elementos

5 Sobre o aspecto, afirmamos anteriormente (SILVA, PALMISCIANO, 2014, p. 261) que: “A ausência de integração do trabalhador de modo contínuo na estrutura da empresa que se beneficia direta ou indiretamente de sua atividade e de sua energia de trabalho também tem consequências na formação das identidades e das subjetividades, como indicam as reflexões de Richard Sennett, sobre o trabalho no novo capitalismo. Afinal de contas, como os trabalhadores *“poderão ter mais projetos de longo prazo numa empresa onde não podem fazer projetos de curto prazo?”* E, como é possível buscar objetivos de longo prazo numa sociedade de curto prazo? Como pode um ser humano desenvolver uma narrativa de identidade e história de vida numa sociedade composta de episódios e fragmentos? As condições da nova economia alimentam a experiência com a deriva no tempo, de lugar em lugar, de emprego em emprego (SENNETT, 1999, p.27).”

constitutivos de um *ethos* profissional que contribui para a formação, aquisição e efetivação dos direitos, dificulta-se a construção de identidades coletivas (PORTO, 2013).<sup>6</sup>

A terceirização afeta sobremaneira as dimensões de tempo e espaço em um trabalho carente de referências, observam Cristiano Paixão e Ricardo Lourenço Filho (2014), pois o mercado nessas empresas é altamente volátil, com alta rotatividade espacial e temporal. As dimensões constitutivas da experiência humana no mundo exterior são afetadas: “comprimido entre a ausência de futuro (uma espécie de não tempo) e a incerteza sobre a localidade (uma espécie de não espaço), o trabalhador terceirizado vai se transformando nessa mercadoria dispensável, precária e sem referências (PAIXÃO, LOURENÇO FILHO, 2014, p. 67). As narrativas e as experiências que o tempo de trabalho envolve são profundamente afetadas, tais construtos sociais históricos sofrem grande resignificação, e as subjetividades dos trabalhadores enfrentam desafios crescentes, afirmam os autores:

6 Assim, a fragmentação provocada pelas estratégias produtivas que admitem a multiplicação de empregadores formais, onde há um só tomador real de serviços, não corrobora para a coesão e para a integração do trabalhador na empresa, em suas categorias profissionais e na sociedade. Afeta de modo decisivo a eficácia da normatividade do Direito do Trabalho e dificulta a efetividade de inúmeros direitos e institutos trabalhistas. Como reflete Márcio Túlio: “Os trabalhadores estão menos juntos nos dois sentidos – físico e emocional ou psíquico. E a consequência se faz presente no direito. Suas fontes materiais vão se tornando menos fortes, e isso quando não muda o conteúdo de suas próprias matérias. Em outras palavras: depois de expropriar os trabalhadores dos modos de produzir suas vidas, o capital os expropria dos meios de produzir suas leis” (VIANA, 2012).

O fato de a sociedade moderna haver se convertido numa sociedade mundial acarretaria uma transformação na relação do homem com o tempo e o espaço. Porém, quando a precarização do trabalho e a flexibilização dos contratos se somam a esse quadro de mudanças, algo mais profundo parece acontecer. É a própria dimensão do trabalho que sofre uma grande resignificação. E a subjetividade do trabalhador passa a enfrentar novos desafios. Não se trata apenas de procurar trabalho decente e duradouro. É ainda mais que isso.

Trabalhadores submetidos a um tempo instável, com um futuro ameaçador e imprevisível; trabalhadores destituídos de referência espacial, dispersos no universo desconcentrado da organização empresarial de nossos dias. Que experiência pode ser adquirida nesse contexto espaço-temporal? Que narrativas podem ser produzidas? (PAIXÃO, LOURENÇO FILHO, 2014, p. 71).<sup>7</sup>

7 Diante o risco da admissão da terceirização sob o manto da liberdade de contratar, sob a égide do Estado Democrático de Direito, concluem: “O que está em jogo na definição dos limites da terceirização é bem mais do que a discussão sobre eventual liberdade de contratar. É o primado da dignidade da pessoa humana, eleito, pelo constituinte originário de 1988, como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito. Não há dignidade sem autonomia. No que diz respeito ao mundo do trabalho, essa autonomia do sujeito está associada, antes de tudo, a um reconhecimento da própria subjetividade, ou seja, trabalhador é sujeito de direitos, é dotado de autonomia, vontade e determinação. Sua realização como cidadão passa pela condição de trabalhador.(...) Autorizar a terceirização irrestrita significará, em termos claros, em converter a exceção em regra. O trabalhador será subtraído de suas referências

A terceirização também contribui para o *esfacelamento jurídico da coletividade do trabalho* (JEAMMAUD, 2000). No Direito Coletivo do Trabalho, as dimensões de auto-organização, autotutela e autonormação sofrem profundo impacto com a terceirização. A capacidade de paralisar totalmente o empreendimento fica cada vez mais difícil quando cada parcela da produção ou serviço é atribuída a uma categoria definida de modo heterônomo e que segrega empregados diretos e terceirizados. O esvaziamento da greve reduz importante fonte material de geração de direitos. Por outro lado, o problema da extensão e da cobertura dos instrumentos coletivos de trabalho, em termos de eficácia objetiva e subjetiva dos acordos e convenções, é profundamente modificado. Depois do processo de construção jurídica que culminou com a admissão da eficácia *erga omnes* das convenções para toda a categoria, e não apenas para os sindicalizados, tal homogeneização e universalização de direitos são dilaceradas pela limitação da eficácia das convenções apenas aos empregados das empresas integrantes das categorias econômicas representadas pelos sindicatos convenientes (SILVA, 2008, p. 127).

Deste modo, não se pode olvidar que, de uma perspectiva jurídica, quando se reconhece que na prática a terceirização ocorre na atividade fim das empresas, a igualdade salarial e a “interconexão entre atividade econômica (do

temporais e espaciais mais elementares. A operação de apagamento de sua subjetividade será levada às últimas consequências. Alguém ainda ousará invocar a dignidade da pessoa humana?” (PAIXÃO, LOURENÇO FILHO, 2014, p. 73).

tomador de serviços) e categoria profissional (dos trabalhadores terceirizados)” devem ser observadas (CARVALHO, CORRÊA, 2014, p. 54).

Seja por um viés econômico-sociológico, seja sob a ótica do direito, a correlação entre terceirização e precariedade é evidente.<sup>8</sup> Neste contexto, é relevante a atividade jurisdicional voltada a exercer o controle sobre as práticas ilícitas de exteriorização de funções e de atividades intrínsecas aos objetivos daqueles que utilizam a energia humana do trabalho assalariado para empreender. Afinal, o direito não é uma mera projeção das relações socioeconômicas, mas pretende atuar sobre a realidade: não se reduz à passividade do resultado dado, pois imprime direções e prescreve conteúdos.

### 3. As ilícitas práticas de terceirização das atividades essenciais à empresa examinadas sob o prisma da constitucionalização do direito.<sup>9</sup>

8 Não à toa Boltanski e Chiapellò afirmam que “os deslocamentos destinados a conferir maior flexibilidade externa às empresas redundaram, para toda uma faixa de população, no desenvolvimento da precariedade associada à natureza do emprego (contrato temporário por tempo determinado, tempo parcial ou variável), ou à sua posição nas empresas subcontratadas, que são as que mais sofrem as variações conjunturais e que são, aliás, grandes utilizadoras de trabalho precário por essa mesma razão. (...) A prática atual, que consiste em ocupar empregos fixos recorrendo apenas a um número ‘mínimo possível’ de pessoas e em utilizar ‘trabalho externo’ como complemento possibilitou, paralelamente, o desenvolvimento da terceirização, o desenvolvimento do trabalho temporário (...).” (BOLTANSKI, CHIAPELLÒ, 2009, p.248).

9 Uma versão inicial da presente seção, ora reformulada, foi publicada anteriormente em artigo denominado “*Instituições jurídicas e terceirização: os fundamentos das decisões judiciais e sua compatibilidade*

O Direito do Trabalho se singulariza dos demais ramos pela afirmação de que o trabalho não pode ser uma mercadoria. Afinal, nada mais é do que o próprio homem laborando. Corolário lógico deve ser a proteção do trabalhador, já que sua pessoa está envolvida diretamente na atividade posta à disposição do empregador. O fim da escravidão e da servidão permitiu a consagração da ficção mais emancipatória do direito moderno: aquela que obsta que o homem seja objeto de um contrato.

O surgimento da relação de emprego protegida pressupõe ser o homem sujeito de direito, titular do poder de dispor sobre sua força de trabalho. Não por outro motivo, a locação de mão de obra é repudiada em países com democracia social consolidada e a *marchandage*, uma prática criminalizada. No Brasil, entretanto, embora seja muito clara a distinção normativa entre a intermediação de mão de obra e a terceirização, no plano fático a chamada terceirização não é nada mais que a ilícita intermediação e, portanto, *marchandage*. Para nós, não há outra definição possível para a terceirização em atividades finalísticas, prática que afronta a ordem jurídica econômica e a livre iniciativa tal como conformada constitucionalmente.

#### 3.1 A importância do controle jurisprudencial sobre as terceirizações.

A Lei nº 6.019, de 1974, preceitua de modo estrito e exaustivo as hipóteses em

.....  
com a Constituição.”

que a locação de serviços pode ser realizada entre empresas, e a temporalidade demonstra a excepcionalidade com a qual a legislação brasileira trata as atividades permanentes e os serviços especializados que precisam ser executados para o funcionamento de uma empresa. Do ponto de vista clássico, a nosso ver de legalidade estrita, a bilateralidade intrínseca à relação de emprego não deixa espaço para se admitir nenhuma terceirização externa ou interna à empresa, seja ela de atividade fim ou meio, diante do caráter não eventual das atividades rotineiras e habituais (cf. artigos 2º, 3º e 442 da CLT). Do ponto de vista da conformação legal, a única triangulação em atividade-fim possível é aquela que se realiza de modo temporário, limitado e sob o controle estatal indireto, nos termos da Lei nº 6.019, de 1974.<sup>10</sup>

No início dos anos 1990, a Súmula nº 331 admitiu como conforme ao direito a exteriorização de atividade-meio realizada na empresa, desde que sem personalidade ou

subordinação. De modo percuciente examinam os ministros Augusto César Leite de Carvalho e Lelio Bentes Corrêa:

Em 1993, o TST consentiu a terceirização em hipótese não prevista em lei, a pretexto de que se justificaria, *de lege ferenda*, mas em atenção a uma insistente demanda de racionalidade empresarial, a contratação de empresas especializadas que, não realizando serviços diretamente voltados à atividade econômica para a qual se constituiu a empresa tomadora, a liberariam para que se dedicasse a essa sua atividade essencial, ou *core business*. Para diferenciar a atividade-fim e atividade-meio, admitindo que somente a atividade-meio fosse objeto de subcontratação. (2014, p. 43).

Não se olvide que a Súmula nº 331 representa um momento de flexibilização do Direito do Trabalho (SILVA, 2008) e de reconstrução de concepções contratuais (ARTUR, 2007), pois a rigor a legislação só admite sua ocorrência nas hipóteses descritas na antiga Súmula 256 do TST, a saber: nas atividades temporárias previstas na Lei nº 6.079, de 1974, na vigilância especializada instituída na Lei nº 7.132/84, e acrescido para a Administração Pública, nos termos em que havia sido previsto no § 7º do artigo 10 do Decreto-Lei 200 de 1967. Contudo, atualmente sua aplicação representa uma contenção às demandas empresariais pela terceirização nas atividades-fim e uma garantia para a

10 Os precedentes da Súmula 256 foram muito bem trabalhados por Noêmia Porto (2013, p.38-53), que sublinha a relevância da proteção ao examinar as fragmentações na gramática judiciária. Segundo a autora, o Tribunal “reforçou a temática do princípio da legalidade estrita, porquanto o contrato celebrado com o empregado não poderia subsistir à falta de lei dispondo diretamente sobre tal possibilidade. No mesmo contexto dos princípios, e invocando o contrato realidade, o vínculo de emprego deveria se estabelecer de forma direta com a tomadora de serviços, a fim de que não restasse comprometida a liberdade do trabalho, o equilíbrio da ordem econômica instituída e a integração do trabalhador na vida da empresa (que são garantias constitucionais), bem como para que não fossem frustradas as conquistas da legislação do trabalho. A intermediação, sem reconhecimento de vínculo direto com a tomadora, representaria, assim, uma afronta à Constituição e aos termos do art. 9º da CLT.” (2013, p.52)

responsabilização,<sup>11</sup> ainda que subsidiária, da Administração Pública, pelo inadimplemento dos direitos dos empregados das empresas contratadas pelo Poder Público quando este se omite em assegurar o cumprimento da legislação do trabalho, de modo culposo, mormente depois do julgamento pelo STF, da Ação Declaratória de Constitucionalidade, ADC nº 16.

A terceirização em atividades finalísticas representa uma contradição ao conceito legal próprio de empresa e empresário, que se relaciona à execução e exercício de atividade econômica organizada para a produção, nos termos do artigo 966 do Código Civil (MAGALHÃES, 2014,

p. 141). Como a terceirização em atividade-meio (sobretudo quando presente tal serviço não é eventual), pode significar uma fraude à relação de emprego pelo desvirtuamento do conceito de empregador, compreendido como tal a empresa, ou seja, o que exerce atividade econômica e assume seus riscos (Arts. 2º e 9º da CLT). A análise percuciente de Rodrigo Carelli permite observar a impossibilidade lógica de sua admissão à luz do ordenamento jurídico.

Esta forma de organização empresarial [...] está intimamente ligada com as ideias de ‘especialização’ e ‘concentração’. De fato. Conserva a empresa as atividades que entende por ínsitas à sua existência, concentrando-se nestas, e repassando a empresas tecnicamente especializadas atividades acessórias e periféricas, para a sua melhor realização, melhorando o seu produto, seja pela sua própria concentração em sua área de especialização, seja pela prestação especializada das empresas contratadas. Isto afasta completamente a possibilidade da existência de terceirização na atividade central da empresa, comumente conhecida por atividade-fim. Isto, pois, como vimos, é da sua essência a concentração na atividade especializada. Se não se concentrar na sua especialidade, concentrar-se-á em quê, afinal? Aí não se tratará de terceirização, e sim de ato fictício, mera intermediação, desfigurando e desnaturando o instituto. (2003, p.73-74)

11 Registro a importante leitura de Mello Filho e Dutra que observam a operabilidade trazida com a introdução do conceito de atividade-meio pela Súmula nº 331 que “não abala a convicção da Súmula” cabendo ao intérprete delimitar os fatos e as circunstâncias peculiares a cada atividade de prestação de serviços, diante do conceito jurídico indeterminado: “No enunciado da Súmula nº 331 do TST, preconiza-se, em consonância com princípios e normas constitucionais e trabalhistas, uma exegese complementar do sistema vigente. Em especial, no seu inciso III, afirma-se que não formam vínculo de emprego com o tomador da mão de obra, em seu aspecto interno, registre-se por oportuno, não somente os serviços de vigilância, conservação e asseio, como os serviços ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistente a subordinação direta.” (2014, p. 206). Prosseguem: “Nela verifica-se que a solução dos problemas jurídicos nem sempre se encontra no relato abstrato do texto normativo. Muitas vezes só é possível produzir a resposta constitucionalmente adequada à luz do problema, dos fatos relevantes, analisados topicamente; quanto ao papel do juiz, já não lhe caberá apenas uma função de conhecimento técnico, voltado para revelar a solução contida no enunciado normativo. O intérprete torna-se coparticipante do processo de criação do direito, completando o trabalho do legislador, ao fazer valorações de sentido para as cláusulas abertas e ao realizar escolhas entre soluções possíveis. Fechar-se, portanto, o ciclo interpretativo, pois desses termos resulta a operabilidade, vetor emprestado à construção da aludida súmula de jurisprudência.” (MELLO FILHO, DUTRA, 2014, p. 207).

Dessa forma, do ponto de vista jurídico, todo repasse de atividade-fim a terceiros, seja por meio de terceirização interna ou externa, representa a interposição fraudulenta de mão de obra, exceto se realizada nos limites precisos em que fixado pela Lei nº 6.019, de 1974.

Com a dinamicidade ínsita de um ramo e por meio de instrumentos processuais e recursais que permitem ver e rever a realidade, e conseqüentemente os julgados, o Tribunal Superior do Trabalho caminhou lentamente para inserir o critério da isonomia remuneratória nas discussões sobre a terceirização.<sup>12</sup> Com a Orientação Jurisprudencial nº 383 tentou pôr um freio nos excessos das práticas ilícitas ocorridas na esteira da terceirização, em especial nas empresas públicas e sociedades de economia mista. Resgatou o valor constitucional da isonomia para as relações de trabalho nos

12 Novos problemas hermenêuticos se colocam no cenário de *ponderação inacabada* trazido pela Súmula 331 do TST (AMORIM, 2009). A partir do confronto entre a realidade da terceirização - que enseja um modelo de emprego rarefeito, com baixa densidade normativa, a engendrar uma possível perda de eficácia da Constituição -, e a normatividade - que reconhece a todos os trabalhadores, inclusive os terceirizados, a titularidade de direitos fundamentais previstos nos artigos 7º a 11 da CRFB-, Gabriela Neves Delgado e Helder Amorim sustentam haver de se buscar uma interpretação que extraia o princípio da máxima efetividade da unidade axiológica de sua Constituição. Para os autores, tal interpretação se dá em dois âmbitos de proteção dos direitos fundamentais: (a) dos empreendedores, com a liberdade de contratar exercida em caráter excepcional, exclusivamente na atividade-meio do tomador de serviços, e com respeito aos direitos dos terceirizados; e (b) dos trabalhadores, em dois planos distintos, dos que operam em atividades finalísticas, aos quais a Constituição assegura o regime bilateral e direto com o beneficiário da força de trabalho e aos que operam em atividades-meio das empresas que se beneficiam do labor para o qual a Constituição reserva a máxima proteção social possível, com alta densidade normativa. (2014, p. 124-133).

casos de discriminação flagrante.

A isonomia entre empregados de empresas distintas decorre da própria Lei nº 6.019, de 1974, e pode ser invocada quando empregados exercem atividades similares e análogas em decorrência de terceirização interna. A isonomia não se confunde com a equiparação salarial, motivo pelo qual os salários devem ser idênticos não apenas em casos de igual trabalho, produtividade e perfeição técnica, pois não incide, no particular, o artigo 461 da CLT, mas a vedação de discriminação salarial e o direito a um salário equitativo.<sup>13</sup>

13 Sobre a regra geral de “equiparação por equivalência ou por semelhança”, o artigo 460 da CLT autoriza que o magistrado o fixe considerando o que é pago por trabalho *equivalente*, na empresa, ou em outra empresa por trabalho *semelhante*. Sobre o tema, ensina Márcio Túlio Viana: “A rigor, ‘equivalente’ é o trabalho que *vale igual*, ou seja, tem igual valor. E ‘semelhante’ é o análogo. Assim, na hipótese a, a equiparação seria por identidade (como se dá no art. 461); e na hipótese b, por analogia (como prevê o art. 358). No entanto, como a lei usa termos diferentes, é também possível concluir que tanto a identidade (hipótese a) como a semelhança (hipótese b) não precisam ser perfeitas.” (2014b, p.68). Para o tema específico da terceirização, é imperioso observar que inúmeras situações fáticas de desigualdade estão na contramão do compromisso assumido pelo Brasil perante a ordem internacional, em especial diante do que assegurado pelo artigo 7º do Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, *verbis*: “Os Estados Partes do presente Pacto reconhecem o direito de toda pessoa de gozar de condições de trabalho justas e favoráveis, que assegurem especialmente: a) Uma remuneração que proporcione, no mínimo, a todos os trabalhadores: i) Um salário equitativo e uma remuneração igual por um trabalho de igual valor, sem qualquer distinção; em particular, as mulheres deverão ter a garantia de condições de trabalho não inferiores às dos homens e perceber a mesma remuneração que eles por trabalho igual; ii) Uma existência decente para eles e suas famílias, em conformidade com as disposições do presente Pacto; b) A segurança e a higiene no trabalho; c) Igual oportunidade para todos de serem promovidos, em seu Trabalho, à categoria superior que lhes corresponda, sem outras considerações que as de tempo de trabalho e capacidade; d) O descanso, o lazer, a limitação razoável

Por outro lado, ainda que a terceirização não ocorra de modo interno ao estabelecimento, mas sim externamente à empresa, a igualdade salarial decorrerá do correto enquadramento sindical, já que é impossível considerar a atividade da prestadora de serviços como preponderante, uma vez que a atividade econômica exercida na terceirização de atividades finalísticas é a do tomador de serviços, motivo pelo qual a interpretação das regras de enquadramento não pode abstrair da necessária reflexividade, como concluem com precisão Augusto César Leite de Carvalho e Lelio Bentes Corrêa:

A terceirização não é uma atividade econômica *per se*, mas sim o compartilhamento da atividade econômica de outra empresa. Ao

.....  
das horas de trabalho e férias periódicas remuneradas, assim como a remuneração dos feridos.” Decreto nº 591, de 6 de julho de 1992. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1990-1994/D0591.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0591.htm)> Acesso em 04. out. 2014. Ver também a respeito, o posicionamento adotado no Enunciado nº **16 aprovado na 1ª Jornada de Direito Material e Processual na Justiça do Trabalho** organizada pela Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho, a saber: “Enunciado 16: **SALÁRIO**. I — SALÁRIO. PRINCÍPIO DA ISONOMIA. Os estreitos limites das condições para a obtenção da igualdade salarial estipulados pelo art. 461 da CLT e Súmula n. 6 do Colendo TST não esgotam as hipóteses de correção das desigualdades salariais, devendo o intérprete proceder à sua aplicação na conformidade dos artigos 5º, caput, e 7º, inc. XXX, da Constituição da República e das Convenções 100 e 111 da OIT. II — TERCEIRIZAÇÃO. SALÁRIO EQUITATIVO. PRINCÍPIO DA NÃO-DISCRIMINAÇÃO. Os empregados da empresa prestadora de serviços, em caso de terceirização lícita ou ilícita, terão direito ao mesmo salário dos empregados vinculados à empresa tomadora que exercerem função similar.” Disponível em [http://www.conjur.com.br/2008-jan-28/enunciados\\_anamatra\\_mostram\\_tendencias\\_juizes?pagina=4](http://www.conjur.com.br/2008-jan-28/enunciados_anamatra_mostram_tendencias_juizes?pagina=4)> Acesso em 04. out. 2014.

menos no tocante ao trabalhador, a norma coletiva que o vincularia se a terceirização ocorresse na atividade-fim seria aquela subscrita pela entidade patronal que representasse “a solidariedade de interesses econômicos dos que empreendem atividades idênticas, similares ou conexas, constitui o vínculo social básico que se denomina categoria econômica.” (art. 511, § 1º, da CLT). Em suma, apresenta-se absolutamente defensável, de *lege lata*, o enquadramento sindical segundo a atividade preponderante dos serviços, se admitida, por hipótese, a terceirização da atividade-fim (2014, p. 55).

Nos últimos dez anos, a jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho vem dando importantes respostas à segunda fase das medidas de *outsourcing* adotadas, em relação à *filialização* (BOLTANSKI, CHIAPELLÒ, 2009) e redução do porte de estabelecimentos com concentração, estes mais lucrativos do ponto de vista da concorrência, bem como ao incremento substancial da terceirização no segmento de serviços e de empresas estruturadas em redes produtivas.

Nos setores de energia elétrica e de telecomunicações, a jurisprudência atualmente majoritária no âmbito do Tribunal Superior do Trabalho, em consonância com a ordem jurídica constitucional trabalhista, dá correta interpretação às Leis nº 8.897/95 e nº 9.472/97 para mantê-las adstritas às autorizações administrativas, sem repercussão na seara do direito laboral (conforme as decisões da

SBDI-1 do TST nos julgamentos dos processos E-ED-RR-586341- 05.1999.5.18.5555, Redator designado Ministro Vieira de Mello Filho; E-RR-134640-23.2008.5.03. 0010, Relatora Ministra Maria de Assis Calsing, e TST-E- RR-586341-58.1999.5.18.0001, dentre outros).<sup>14</sup>

Somente a interpretação gramatical das Leis nº 8.897/95 e nº 9.472/97 possibilitaria concluir que as prestadoras de serviço poderiam exercer suas atividades econômicas por meio de bens e pessoas que lhe são estranhas. Vale destacar que entre os métodos hermenêuticos que se voltam à textualidade na norma, a interpretação gramatical é a mais primária de todas, pois parte de uma dimensão textual e de sintaxe incompatíveis com os desafios

14 Transcrevemos alguns dos fundamentos deste importante posicionamento: “Por outro lado, não se pode considerar que a prestação dos serviços de *call center* no âmbito das empresas de telecomunicação caracterize atividade-meio e não atividade-fim. É que o aumento desses serviços nos últimos anos ocorreu em razão da consolidação do Código de Defesa do Consumidor, que levou as empresas a disponibilizarem os Serviços de Atendimento do Consumidor (SAC), a fim de dar efetividade aos princípios da transparência, da confiança e da boa-fé objetiva, norteadores do direito do consumidor. E, diante da exigência legal de manutenção de uma relação direta entre fornecedor e consumidor, o serviço de *call center* tornou-se essencial às concessionárias dos serviços de telefonia para possibilitar o necessário desenvolvimento de sua atividade. Isso, porque é por meio dessa central de atendimento telefônico que o consumidor solicita serviços de manutenção de sua linha telefônica, nos casos de mau funcionamento, obtém informações acerca dos serviços oferecidos pela empresa e faz reclamações, dentre tantas outras demandas decorrentes do serviço público de telefonia prestado pela concessionária. Não é possível, portanto, distinguir ou desvincular a atividade de *call center* da atividade-fim da concessionária de serviços de telefonia. (RR - 2006-11.2013.5.03.0003 Data de Julgamento: 25/06/2014, Relator Ministro: José Roberto Freire Pimenta, 2ª Turma, Data de Publicação: DEJT 01/07/2014).

contemporâneos da interpretação. Não foi esta a exegese adotada pela SBDI-1 do TST que trilhou uma opção histórico-sistemática, consagrando o entendimento no sentido de que as regras são omissas quanto à matéria trabalhista e, portanto, não imunizam as empresas concessionárias das responsabilidades diretas com os obreiros. Trata-se de uma opção hermenêutica situada em um patamar superior, pois situa a norma em seu contexto, fixando, no tempo histórico das privatizações e da regulação das concessões de serviços públicos, as pretensões da regulação voltada para as relações entre as agências reguladoras e dos consumidores (CARVALHO, CORREA, 2014, p. 45)<sup>15</sup>

No segmento de serviços, a delegação de atividades a terceiros com a proliferação de *call centers* alheios às empresas prestadoras agride potencialmente os direitos dos consumidores e dos trabalhadores.<sup>16</sup> O Direito

15 Um levantamento das múltiplas interpretações das regras previstas nos artigos 94 da Lei nº 9.427 de 1997 e 25 da Lei nº 8.987 de 1995 nas lides trabalhistas é apresentado por Carvalho e Corrêa, a saber: (a) a interpretação analógica conduziria à responsabilização direta das concessionárias, como ocorre em relação às relações de consumo; (b) a interpretação restritiva, que acolheria a simples responsabilidade subsidiária das prestadoras em relação aos direitos trabalhistas e, por fim, (c) a interpretação histórico-sistemática, que conduz à não aplicação das regras às relações laborais (2014, p. 46)

16 O “*Call Center* é o espaço em que a principal atividade decorre de atendimento telefônico, com utilização simultânea de terminais de computador, que se desenvolve em um setor da empresa, em um posto de trabalho, ou é exercido por empresas voltadas majoritariamente para tais atividades de atendimento. A interlocução entre cliente, usuário e trabalhador ocorre à distância, com utilização de aparelhos informatizados e de transmissão de voz, dados ou mensagens eletrônicas. Envolve, pois, o trabalho nos SAC- Serviços de Atendimento ao Consumidor, regulados pelo Dec.

precisa estar atento a tais nichos de trabalho extenuante e precário para dar sua parcela de contribuição à instauração de um regime de trabalho decente, integrando trabalhadores e meio ambiente laboral nas empresas que se beneficiam dos serviços.<sup>17</sup> Não é possível, ademais, desconsiderar as pesquisas que indicam que a intensificação do ritmo de trabalho degrada o meio ambiente laboral, sendo responsável pela significativa incidência de doenças profissionais no setor econômico. Apesar dos milhares de processos propostos em todo o país - nos quais há clara demonstração de fraude à relação de emprego pela atuação das empresas do setor de teleatendimento e prestação de serviços de telemarketing, como interposição de mão de obra em atividade permanente, não eventual e subordinada às outras empresas - que tramitam na Justiça do Trabalho e nos quais sobressai, pelas múltiplas pretensões acolhidas, o descumprimento reiterado dos direitos trabalhistas no setor. No dia 22 de



setembro de 2014, o Ministro Teori Zavascki acolheu parcialmente pedido de sobrestamento de processos, formulado pela Contax S/A, pela Associação Brasileira de Telesserviços – ABT e pela Federação Brasileira de Telecomunicações-Febratel.<sup>18</sup>

Também no setor financeiro, o trabalho em *call center* é prestado em favor dos tomadores de serviços, bancos e financeiras, que repassam atividades de cobrança e captação de clientes, de oferta de empréstimos, seguros, capitalizações e cartões de crédito, além do fornecimento de saldos, bloqueio e desbloqueio de cartões de crédito, assim como pagamentos de faturas, para empresas terceiras do setor de telemarketing ou telefonia realizar

.....  
6.523/2008, mas não somente, já que envolve também serviços de vendas e *marketing* de produtos” (SILVA, CAVALLAZZI, 2013).

17 Atento às transformações do setor, o Decreto nº 6.523, de 31.08.2008, obrigou as prestadoras de serviços regulados a fornecer informações claras e transparentes por meio da regulação dos *obrigatórios serviços* de atendimento telefônico (SILVA, CAVALLAZZI, 2013), motivo pelo qual em hipótese alguma os serviços de teleatendimento podem ser considerados atividades acessórias, já que intrínsecas ao desenvolvimento das atividades-fim do setor de serviços. Acresça-se aos argumentos jurídicos, o reconhecimento dos recentes estudos sociológicos e de medicina do trabalho, que apontam que o trabalho em *telemarketing* é considerado extenuante, sendo certo que a admissão da terceirização de tais atividades estimula e aguça a hostilidade de tal ambiente laboral, marcado por forte controle (ROSENFELD, 2007).

.....  
18 Conforme decisão monocrática proferida no Agravo no Recurso Extraordinário nº 791932 (Repercussão Geral reconhecida), STF.

com mão de obra não beneficiada pelo regime legal e convencional dos empregados bancários. Contudo, a jurisprudência corretamente vem observando que sempre que há a terceirização em atividade preponderante do tomador de serviços, o vínculo de emprego se forma diretamente com este real empregador, sem a necessidade de se examinar a pessoalidade ou a subordinação direta.<sup>19</sup>

Como então dizer que ao vetar a terceirização da atividade-fim, ao impedir a expulsão do trabalho da ordem econômica pela admissão irrestrita do *outsourcing*, ao aplicar a correspondência obrigatória do contrato de trabalho para todos os casos em que a realidade demonstra haver verdadeira relação de emprego e intermediação fraudulenta de mão de obra (cf. artigos 2º, 3º, 9º e 442 da CLT), a jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho estaria violando a legalidade e a livre iniciativa? Somente por um olhar que vê o homem como mero fator de produção e o Direito do Trabalho como técnica instrumental de consolidação dos poderes da empresa pela subordinação do trabalho às decisões e preferências do poder econômico.

#### 04. Reflexões Finais

Observando as graves repercussões sociais, econômicas, culturais e políticas que a crescente terceirização das atividades

produtivas gera no Brasil e que se distanciam dos sentidos de justiça e do ideário presente na Constituição de 1988, há que se refletir sobre a prevalência dos valores do trabalho e o papel normativo do direito sobre a ordem econômica.

Os fundamentos da jurisprudência trabalhista que admite, ainda que de modo limitado, a terceirização em atividades-meio do tomador em serviços especializados denotam que o Direito do Trabalho segue sendo um sistema jurídico ambivalente. À contradição inerente ao ramo juslaboral acresce-se um processo de juridificação do trabalho, que dialeticamente se refaz com novos equilíbrios. Com os olhos de hoje sobre o passado, a Súmula nº 331 do TST pode ser vista como uma “tentativa – insuficiente, mas necessária – de circunscrever os efeitos da terceirização para evitar a universalização dessa prática, ainda que, ao tempo de sua edição, ela tenha, paradoxalmente, ampliado as hipóteses de terceirização, se comparada ao Enunciado nº 256”, como afirmam Cristiano Paixão e Ricardo Lourenço Filho. Para os pesquisadores, o que não poderia ser previsto à época “era o risco de uma verdadeira universalização da terceirização sob o manto da liberdade de contratar” (PAIXÃO, LOURENÇO FILHO, 2014, p. 73). De toda sorte, nosso artigo destaca o esforço da jurisprudência majoritária do Tribunal Superior do Trabalho, que exerce sua atividade infraconstitucional de controle das fraudes à relação de emprego e, por consequência lógica, rechaça a terceirização em atividades empresariais finalísticas, ainda quando realizada nos setores de energia, prestadores de serviços, telecomunicações, *call*

19 Cf. TST, 7ª Turma, AIRR 541-27.2010.5.01.0035, Rel. Ministro Luiz Philippe Vieira de Mello Filho; TST, 2ª Turma, AIRR 974-95.2011.5.09.0965, Rel. Ministro José Roberto Freire Pimenta.

centers etc.

Neste contexto, a terceirização tal como praticada na realidade econômica brasileira está totalmente em desacordo com a normatividade. O papel das instituições judiciárias nesta quadra histórica exige o reconhecimento de que, do ponto de vista dogmático, a mudança promovida pela Constituição de 1988, ao deslocar os direitos dos trabalhadores da ordem econômica para reconhecê-los como direitos fundamentais, reforçou a força irradiadora da constitucionalização do trabalho sobre todos os poderes econômicos, que devem ser limitados, principalmente quando descomprometidos com os valores, princípios e diretrizes constitucionais.

## 05. Referências bibliográficas.

AMORIM, Helder Santos. Terceirização no serviço público: uma análise à luz da nova hermenêutica constitucional. São Paulo: LTr, 2009.

ANTUNES, Ricardo, DRUCK, Graça, A terceirização como regra? In: *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*. Brasília, v. 79, out.-dez., 2013, p. 214-231.

ARRUDA, Kátia Magalhães. Reflexões sobre três temas polêmicos: terceirização, liberdade de contratar e pleno emprego. In: *Revista do Tribunal Superior do Trabalho* vol. 80, nº 3, jul/set 2014, p. 138-159.

ARTUR, Karen. O TST frente à Terceirização. São Carlos: Edufscar, 2007.

BARBERINO, Marcus. *As consequências da terceirização à brasileira*. 2004, Disponível em <dmtemdebate.com.br>. Acesso em: 24 ago. 2014.

BOLTANKI, Luc; CHIAPELLO, Ève. *O novo espírito do capitalismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

BORBA, Inajá Oliveira de Borba. Teleoperadores: onde lhes dói? Estudo comparativo entre os dados disponíveis na literatura especializada sobre suas queixas e o objeto de ações trabalhistas ajuizadas por empregados. In: HORN, Carlos Henrique; COTANDA, Fernando Coutinho (Orgs.). *Relações de trabalho no mundo contemporâneo: ensaios multidisciplinares*. Porto Alegre: UFRGS/Escola Judicial TRT-4.ª Região, 2011.

BRASIL. Consolidação das Leis do Trabalho, de 1º de maio de 1943. Rio de Janeiro, 1943. Diário Oficial da União. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del5452.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm)>. Acesso em: 20 de novembro de 2013.

\_\_\_\_\_. Lei nº 6.019, de 03 de janeiro de 1974. Brasília, 1974. Diário Oficial da União. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l6019.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6019.htm)>. Acesso em: 20 de novembro de 2013.

\_\_\_\_\_. Lei nº 7.102, de 20 de junho de 1983. Brasília, 1983. Diário Oficial da União. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l7102.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7102.htm)>. Acesso em: 20 de novembro de 2013.

\_\_\_\_\_. Tribunal Superior do Trabalho. Súmula

nº 331. Diário Oficial da União. Disponível em: <<http://www.tst.jus.br/sumulas>>. Acesso em: 24 de novembro de 2013.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Acórdão ADI 319 – QO. Diário da Justiça. [Brasília, DF], 30 abr. 1993. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=918&tipo=AC&descricao=Inteiro%20Teor%20ADI%20/%20319%20-%20QO>>. Acesso em 02. Ago.2014.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Repercussão Geral 725. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4304602&numeroProcesso=713211&classeProcesso=ARE&numeroTema=725>>. Acesso em 02. Ago.2014.

CARELLI, Rodrigo de Lacerda. *Terceirização e Intermediação de Mão de Obra: Ruptura do Sistema Trabalhista, Precarização do Trabalho e Exclusão Social*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

CARELLI, Rodrigo de Lacerda. Terceirização e Direitos Trabalhistas no Brasil. In: Graça Druck; Tânia Franco. (Org.). *A perda da razão social do trabalho: terceirização e precarização*. São Paulo: Boitempo, 2007, p. 59-68.

CARELLI, Rodrigo de Lacerda. A Terceirização no Século XXI. In: *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*. Brasília, v. 79, out.-dez., 2013, p. 232-244.

CARELLI, Rodrigo de Lacerda. O Ativismo Judicial do Supremo Tribunal Federal e o Debate sobre a Terceirização. In: *Revista do Tribunal*

*Superior do Trabalho* vol. 80, nº 3, jul/set 2014, p.239-256.

CARVALHO, Augusto César Leite de; CORRÊA, Lelio Bentes. Terceirização no âmbito da empresa privada. In: *Revista do Tribunal Superior do Trabalho* vol. 80, nº 3, jul/set 2014, p.36-57.

COSTA, Lorena Garcia da. Organização do Trabalho, sofrimento psíquico e doença mental: uma estreita relação nos ambientes produtivos no moderno capitalismo. In: HORN, Carlos Henrique; COTANDA, Fernando Coutinho (orgs.). *Relações de trabalho no mundo contemporâneo: ensaios multidisciplinares*. Porto Alegre: UFRGS/Escola Judicial TRT-4.<sup>a</sup> Região, 2011.

DELGADO, Gabriela Neves; AMORIM, Helder Santos. *Os limites constitucionais da terceirização*. São Paulo: LTr, 2014.

DELGADO, Mauricio Godinho. Constituição da República, Estado Democrático de Direito e Direito do Trabalho. In: DELGADO, Mauricio Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. *Constituição da República e Direitos Fundamentais. Dignidade da Pessoa Humana, Justiça Social e Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2012.

DRUCK, Graça. A precarização social do trabalho no Brasil. In: ANTUNES, Ricardo. (Org.). *Riqueza e Miséria do Trabalho no Brasil*, volume II. Boitempo. São Paulo, 2013.

GARCIA, Sandro Ruidit. Terceirização. In: CATTANI, Antonio David; HOLZMANN, Lorena (Orgs). *Dicionário de Trabalho e Tecnologia*. Porto Alegre: UFRGS, 2006, p. 311-314.

GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988: interpretação e crítica*. 8ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

GORZ, André. *Metamorfoses do trabalho: crítica da razão econômica*. São Paulo: Annablume, 2003.

HALIS, Denis de Castro. *Por que conhecer o Judiciário e os perfis dos Juízes? O pragmatismo de Oliver Holmes e a formação das decisões judiciais*. Curitiba: Juruá, 2010.

HARVEY, David. *A condição pós-moderna*. 9ª ed., São Paulo: Loyola, 2000.

\_\_\_\_\_. *O enigma do capital: e as crises do capitalismo*. São Paulo: Boitempo, 2011.

JEAMMAUD, Antoine et al. *Trabalho, cidadania e magistratura*. Rio de Janeiro: Edições Trabalhistas, 2000.

MELLO FILHO, Luiz Phillipe Vieira de; DUTRA, Renata Queiroz. A Terceirização de atividade-fim: caminhos e descaminhos para a cidadania no trabalho. In: *Revista do Tribunal Superior do Trabalho* vol. 80, nº 3, jul/set 2014, p. 187-214.

PAIXÃO, Cristiano; LOURENÇO FILHO, Ricardo. Impactos da terceirização no mundo do trabalho: tempo, espaço e subjetividade. In: *Revista do Tribunal Superior do Trabalho* vol. 80, nº 3, jul/set 2014, p. 58-74.

POCHMANN, Márcio. *Nova classe média? O trabalho na base da pirâmide social brasileira*. São Paulo: Boitempo, 2012.

POCHMANN, Márcio. *Terceirização desregulada*

e seus efeitos no mercado de trabalho no Brasil. In: *Revista do Tribunal Superior do Trabalho* vol. 80, nº 3, jul/set 2014, p.215-227.

PORTO, Noêmia. *O trabalho como categoria constitucional de inclusão*. São Paulo: LTr, 2013.

REDINHA, Maria Regina. *A relação laboral fragmentada: estudo sobre o trabalho temporário*. Coimbra: Coimbra Ed., 1995.

ROSENFELD, Cinara Lerrer. Construção da identidade no trabalho em *call centers*: a identidade provisória. *Anais do XIII Congresso Brasileiro de Sociologia*. GT21: Sindicato, Trabalho e Ações Coletivas, 2007.

SCHIER, Paulo Ricardo. *Filtragem constitucional. Construindo uma nova dogmática jurídica*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1999.

SENNETT, Richard. *A corrosão do caráter: as consequências pessoais do trabalho no novo capitalismo*. Rio de Janeiro: Record, 1999.

SILVA, Sayonara Grillo Coutinho Leonardo da; Horn, Carlos Henrique. O princípio da proteção e a regulação não mercantil do mercado e das relações de trabalho. *Revista de Direito do Trabalho*. vol. 132. p. 184-205. São Paulo: Ed. RT, out.-dez. 2008.

\_\_\_\_\_; CAVALLAZZI, Rosângela. Vulnerabilidade e Direitos: Lei e jurisprudência sobre consumo e trabalho na sociedade contemporânea. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo: RT, 2013.

SILVA, Sayonara Grillo Coutinho Leonardo da; PALMISCIANO, Ana Luisa de Sousa Correa de Melo. *A Terceirização sob o prisma do trabalho*

e do desenvolvimento social. *In: Revista do Tribunal Superior do Trabalho* vol. 80, nº 3, jul/set 2014, p.257-267.

VIANA, Márcio Túlio; DELGADO, Gabriela Neves; AMORIM, Helder Santos. Terceirização: aspectos gerais. A última decisão do STF e a Súmula 331 do TST. Novos enfoques. *In: Revista do TST*. Brasília, vol. 77, nº 1, jan/mar 2011, p. 54 a 84. Disponível em <http://www.tst.jus.br/documentos/1295387/1313002/3.+Terceiriza%C3%A7%C3%A3o+aspectos+gerais.+A+%C3%BAltima+decis%C3%A3o+do+STF+e+a+S%C3%BAmula+n.+331+do+TST.+Novos+enfoques>. Acesso em

VIANA, Márcio Túlio. As novas formas de contratação e reorganização do capital e seus impactos sobre as instituições. *In: KREIN, José Dari et al. Regulação do Trabalho e instituições públicas*. v. 1, São Paulo, Fundação Perseu Abramo, 2013, p. 53-64.

VIANA, Márcio Túlio. As faces ocultas da Terceirização: uma “mix’ de velhos textos e novas ideias. *In: Revista do Tribunal Superior do Trabalho* vol. 80, nº 3, jul/set 2014a, p. 228-238.

VIANA, Márcio Túlio. *Para entender o salário*. São Paulo: LTr, 2014b.

# A REGULAMENTAÇÃO DA TERCEIRIZAÇÃO DE SERVIÇOS - ASPECTOS CRÍTICOS

Fabio Goulart Villela

## 1. Introdução:

As relações de trabalho, assim como todos os demais aspectos que envolvem o processo produtivo, sofrem constantes transformações em função do momento histórico, social e econômico vivenciado pela sociedade e das inovações impostas em decorrência das necessidades crescentes que marcam um mercado cada vez mais globalizado, competitivo e exigente.

A expressão “terceirização” é resultante de neologismo oriundo da palavra “terceiro”, como sinônimo de “interveniente” ou “intermediário”, sendo utilizada pela doutrina pátria para indicar o fenômeno pelo qual o trabalhador é inserido no processo produtivo da empresa tomadora dos serviços, sem que haja vinculação empregatícia a esta, a qual se preserva com a entidade ou empresa intermediária.

Trata-se de instituto que enfatiza a descentralização empresarial de atividades a outrem, um terceiro à empresa.

A ideia original é possibilitar que a empresa tomadora possa focar todos os seus esforços e atenção no desenvolvimento de sua atividade central (atividade-fim), transferindo para o ente intermediador a execução das ditas atividades acessórias ou complementares (atividades-meio), em relação às quais a prestadora dos serviços é detentora de *know-how* específico e diferenciado.

Infelizmente, com o passar do tempo, verificamos que a prática da terceirização, adotada em larga escala pelo setor econômico, vem sendo utilizada como mecanismo de diminuição dos custos da produção, através da precarização das relações de trabalho, a fim de aumentar o potencial de competitividade da empresa tomadora dos serviços – e conseqüentemente a sua margem de lucro – em detrimento dos princípios da dignidade da pessoa humana e do valor social do trabalho, erigidos a fundamentos da República Federativa do Brasil, enquanto Estado Democrático de Direito, pelo artigo 1º, incisos III e IV, da



.....  
Fabio Goulart Villela

Procurador-Chefe Substituto do Ministério Público do Trabalho no Estado do Rio de Janeiro. Membro da Coordenadoria de Segundo Grau. Coordenador Pedagógico do Curso Toga Estudos Jurídicos.

Constituição da República de 1988.

## **2. Abordagem Crítica ao Projeto de Lei nº 4.330/2004:**

A ausência de lei específica que viesse a disciplinar a terceirização de serviços, além de acarretar insegurança jurídica acerca de seus limites, sempre possibilitou a sua utilização desvirtuada, em afronta aos princípios e normas de proteção ao trabalho.

Frise-se, no entanto, que pior do que a perpetuação da omissão do legislador acerca desta temática é a elaboração de diploma legal que venha a autorizar a adoção generalizada da intermediação de mão de obra, extrapolando os limites impostos pela jurisprudência consolidada na Súmula nº 331, itens I a VI, do C. Tribunal Superior do Trabalho.

O momento deveria ser o de consolidação das conquistas e de ampliação dos mecanismos de satisfação dos direitos da classe obreira, buscando a instituição de um patamar normativo que confira ao trabalhador terceirizado um tratamento isonômico ao atribuído ao empregado efetivo da empresa tomadora.

Neste contexto é que se insere a acalorada discussão acerca do Projeto de Lei nº 4.330/2004, em trâmite no Congresso Nacional, que dispõe sobre o contrato de prestação de serviços e as relações de trabalho dele decorrentes.

E o primeiro aspecto crítico ao qual não podemos nos furtar é a ausência de qualquer dispositivo que vede expressamente a intermediação de mão de obra, assim como a terceirização em atividade-fim da empresa

tomadora dos serviços.

E pior: o projeto de lei autoriza que o contrato de prestação de serviços verse sobre o desenvolvimento de atividades inerentes, acessórias ou complementares à atividade econômica da contratante, ampliando aos demais setores econômicos o debate que gira em torno da possibilidade ou não de terceirização da atividade-fim pelas empresas concessionárias e de telecomunicações, à luz das disposições contidas nos artigos 25, § 1º da Lei nº 8.987/95 e 94 da Lei nº 9.472/97.

Registre-se, contudo, que sempre nos posicionamos no sentido de que os referidos dispositivos legais, quando autorizam a contratação com terceiros de atividades inerentes, acessórias ou complementares ao serviço, na verdade, não se referem às suas atividades centrais (ou nucleares), que são o objeto do contrato de concessão de serviço público, mas tão-somente àquelas inerentes, que sejam acessórias ou complementares.

Ao contrário do que se pode parecer, atividade inerente não se traduz em sinônimo de atividade-fim. Entende-se por atividades inerentes aquelas que se inserem nas necessidades ordinárias e permanentes de uma empresa, sejam aquelas diretamente relacionadas ao objeto social, sejam aquelas de natureza conexa ou instrumental, mas que, assim como as primeiras, são de suma importância para a prestação dos serviços.

Desta forma, adotando-se a mesma inteligência contida na norma do artigo 10, § 7º, do Decreto-Lei nº 200/67, somente as atividades ditas executivas podem ser objeto de terceirização, ou seja, aquelas atividades

inerentes, mas que forem acessórias ou complementares.

Interpretação diversa, que viabilize a terceirização de atividades diretamente relacionadas ao objeto da concessão do serviço público, atenta flagrantemente contra o comando contido no artigo 175 da Constituição da República, o qual atribui ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, mas sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.

Isso porque se a concessionária puder terceirizar sua atividade-fim, ou seja, os serviços diretamente ligados ao objeto da concessão, estar-se-ia autorizando nova descentralização na prestação de serviços públicos sem a prévia realização de procedimento licitatório.

Em resumo, não há razão para se afastar, *in casu*, a adoção dos mesmos critérios estabelecidos no Decreto-Lei nº 200/67 e no Decreto nº 2.271/97, e que também norteam a jurisprudência pacificada na Súmula nº 331 do C. Tribunal Superior do Trabalho, que vedam a terceirização em atividade-fim (ressalvado o trabalho temporário de que trata a Lei nº 6.019/74) e autorizam a terceirização das atividades ditas acessórias ou complementares (atividades-meio), mas desde que não haja personalidade e subordinação direta na prestação dos serviços do trabalhador terceirizado em favor da empresa concessionária tomadora.

Ao invés de consolidar a vedação à prática da terceirização como mecanismo de intermediação de mão de obra subordinada



– como o fez a disposição do artigo 5º da Lei nº 12.690/2012 em relação às cooperativas de trabalho -, estar-se-ia possibilitando a contratação de trabalho pessoal e subordinado por meio de empresa interposta, em inequívoca afronta aos artigos 2º e 3º da CLT.

A partir do momento em que uma pessoa física presta serviços pessoais e não eventuais a um tomador (pessoa física ou jurídica), com onerosidade e mediante subordinação, configura-se a relação jurídica de emprego e o surgimento simultâneo das figuras do empregado e do empregador. E a este último são impostos todos os riscos inerentes à atividade econômica e ao custo relativo ao trabalho contratado, que não podem ser transferidos a terceiro. Trata-se da alteridade que é uma característica ínsita à figura do próprio empregador, dando concretude ao princípio da *ajenidad*.

Autorizar a intermediação de mão de obra subordinada é afastar a figura do “empregado” e atentar contra toda a legislação protetiva que consiste na essência do Direito do Trabalho.

É tratar o trabalho como mercadoria ou artigo de comércio, o que é vedado a nível internacional desde a edição do Tratado de Versalhes, em 1919.

Outra crítica que merece destaque diz respeito à natureza da responsabilidade da empresa contratante pelas obrigações trabalhistas referentes ao período em que ocorrer a prestação de serviços.

Optou este projeto de lei pela manutenção da responsabilidade subsidiária prevista no posicionamento cristalizado na Súmula nº 331, itens IV a VI, do C. TST, que foi construído com

base nas teorias da culpa *in eligendo* e da culpa *in vigilando*, as quais eram disciplinadas pelos artigos 1.521 a 1.523 do Código Civil anterior.

Todavia, a partir do advento do novo Código Civil, é certo que a responsabilidade por ato de terceiro é objetiva e solidária, tendo como fato gerador o próprio risco inerente à atividade exercida pelo tomador, com esteio nos comandos previstos nos artigos 932, inciso III, 933 e 942.

Deste modo, a empresa tomadora dos serviços terceirizados deve responder solidariamente pela quitação das verbas e encargos trabalhistas e previdenciários, além dos eventuais danos causados aos trabalhadores terceirizados decorrentes da relação de trabalho.

Frise-se, ainda, que a responsabilidade solidária do tomador também deve ser reconhecida em matéria de meio ambiente do trabalho, seja por força da disposição contida no artigo 17 da Convenção nº 155 da OIT (ratificada pelo Decreto nº 1.254/94), seja em razão do comando previsto no artigo 157, inciso I, da CLT, que impõe às empresas os deveres de cumprir e fazer cumprir as normas de saúde e de segurança do trabalho (CLT, art. 157, I), sendo de responsabilidade das empresas prestadora (contratada) e tomadora (contratante) a manutenção da higidez do meio ambiente laboral, com vistas à redução dos riscos inerentes ao trabalho (CF/88, art. 7º, XXII).

Os outros dois últimos aspectos críticos que merecem ser realçados neste breve estudo dizem respeito à ausência de qualquer restrição às subcontratações – muito

embora a prática tenha demonstrado que as sucessivas subcontratações na terceirização são responsáveis pelos casos mais graves de precarização das relações de trabalho – e à necessidade de previsão normativa expressa no sentido de que a representação sindical dos trabalhadores em empresas prestadoras de serviços observe o critério da profissão exercida, nos moldes do § 2º do artigo 511 da CLT.

Embora conste no projeto de lei que o recolhimento da contribuição sindical deve ser feito ao sindicato representante da categoria profissional correspondente à atividade exercida pelo trabalhador na empresa contratante – o que, inclusive, nos parece bastante salutar – seria adequado que houvesse previsão legal específica quanto à adoção deste critério da profissão exercida pelo trabalhador terceirizado para nortear a sua organização sindical.

A existência de um sindicato específico para terceirizados, que venha a representar trabalhadores vinculados a profissões diversificadas, é uma forma de manter a precariedade das condições de trabalho, impedindo a unidade sindical e a organização e luta por direitos junto com os trabalhadores da mesma profissão e que, por isso, são submetidos a condições similares ou conexas de trabalho.

### 3. Conclusão:

Não obstante seja necessária e urgente a regulamentação da terceirização de serviços, o que podemos concluir a partir da análise crítica acima desenvolvida é que o Projeto de Lei nº 4.330/2004 não atende às expectativas de edição de uma legislação que venha a

impedir a precarização das relações de trabalho e a promover uma ampliação do patamar civilizatório de direitos dos trabalhadores terceirizados.

Por fim, cabe a todos nós, profissionais da seara trabalhista, nos filarmos à luta em prol da aprovação de um diploma normativo que faça com que os terceirizados deixem de ser tratados como uma subcategoria de trabalhadores e passem a gozar dos mesmos direitos e garantias dispensados aos empregados em geral, como forma de se dar efetividade ao princípio isonômico nas relações de trabalho.

Publicado originalmente no site [http://www.desafiojuridico.com.br/artigos/47/a\\_regulamentacao\\_da\\_terceirizacao\\_de\\_servicos\\_%E2%80%93\\_aspectos\\_criticos](http://www.desafiojuridico.com.br/artigos/47/a_regulamentacao_da_terceirizacao_de_servicos_%E2%80%93_aspectos_criticos)

Publicado também na Revista no mérito, publicação da Amatra 1 - Associação dos Magistrados da Justiça do Trabalho da 1ª Região, Ano XIX - nº 51 - julho de 2014.

# TERCEIRIZAÇÃO – INSTRUMENTO DE EXCLUSÃO SOCIAL E DE PRECARIZAÇÃO DO TRABALHO

Jane Salvador de Bueno Gizzi

Ricardo Nunes de Mendonça

## I. Introdução

O fenômeno da terceirização, destacado na lógica da reestruturação produtiva toyotista, não é novo e tem sido – no Brasil e no exterior – objeto de constantes pesquisas e acalorados debates acadêmicos, judiciais e no âmbito da sociedade civil organizada. Atualmente o tema voltou a ocupar a agenda de trabalhadores, empregadores, entidades sindicais e representativas de classe, acadêmicos, membros do Poder Legislativo e do Poder Judiciário, na medida em que é objeto de projeto de lei que tramita no Congresso Nacional – identificado pelo epíteto PL 4330/2004<sup>1</sup>, de iniciativa do Deputado

Sandro Mabel – bem como objeto de Recurso Extraordinário com repercussão geral<sup>2</sup> e de Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental<sup>3</sup> que tramitam no Supremo Tribunal Federal e aguardam julgamento com eficácia *erga omnes*.

Inserida na lógica das correlações de forças que atuam na economia, na vida

1 Projeto de Lei disponível na íntegra no *site* da Câmara dos Deputados na internet: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=267841>>. Acesso em: 10 nov. 2014.

2 O Recurso Extraordinário com repercussão geral foi autuado no STF sob o nº ARE 713211 e encontra-se disponível para consulta no *site* oficial do Tribunal: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4304602>>. Acesso em: 10 nov. 2014.

3 A ADPF ajuizada pela Associação Brasileira do Agronegócio – ABAG, que tem por objeto a declaração de inconstitucionalidade da posição jurisprudencial da Justiça do Trabalho a respeito da terceirização, mais precisamente o conteúdo da súmula 331 do C. TST, foi autuada sob o nº 324, e pode ser consultada no *site* oficial do STF: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=324&classe=ADPF&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em: 10 nov. 2014.



Jane Salvador de Bueno Gizzi

Mestre em Direito pela PUC-PR, advogada e professora de Direito do Trabalho na Unibrasil.



Ricardo Nunes de Mendonça

Mestre em Direito pela PUC-PR, advogado e professor de Direito Processual do Trabalho e Direito do Trabalho na Unibrasil e em cursos de pós-graduação na Ematra IX e na ABDCONST.

política e jurisdicional - nos termos do que precisamente evidenciou Nicos Poulantzas, em obra denominada “O Estado, o poder, o socialismo”, em que constrói uma Teoria do Estado que embora não ignore a luta de classes como fenômeno essencial e originariamente econômico, transcende para o campo político e ideológico<sup>4</sup> – a terceirização tem defensores e opositores com posições manifestamente conflituosas.

Os que a defendem, o fazem sob argumento de que é fruto da moderna e contemporânea organização produtiva mundial em que os donos dos meios de produção privilegiam a eficiência, o foco no negócio e na produtividade, o desenvolvimento e criação de novas oportunidades.

Os que a rechaçam, o fazem desconstruindo tais mitos e demonstrando, pragmaticamente, que a terceirização, na verdade, precariza, que causa prejuízos econômicos, sociais e ambientais graves, ferindo direitos sociais fundamentais dos trabalhadores, em flagrante contradição com os princípios do Estado Social e Democrático de Direito.

É deste ponto de vista que se parte nesta reflexão.

Da perspectiva de que a terceirização se mostrou: i) violadora da dignidade da pessoa humana, da valorização social do trabalho, do direito de ir e vir, eco do direito de liberdade, do direito ao desenvolvimento progressivo, do direito humano e fundamental ao trabalho<sup>5</sup>, ii)

ofensiva à própria ordem econômica brasileira, pautada, também, na justiça social, na função social da propriedade e do contrato, na defesa do meio ambiente – inclusive o laboral –, na busca do pleno emprego – sem degradação salarial e da saúde dos trabalhadores – e na redução das desigualdades regionais e sociais, na forma do artigo 170 da CF/88 e iii) colidente com a tutela dos direitos fundamentais de primeira, segunda, terceira e quarta gerações em razão da indivisibilidade dos direitos civis e políticos, dos direitos sociais, econômicos e culturais, segundo as lições de Flávia Piovesan.<sup>6</sup>

O estudo, portanto, se constrói a partir das teorias dos direitos fundamentais, mais precisamente da compreensão da eficácia e efetividade dos direitos sociais, somadas às modernas teorias constitucionais e à compreensão, neste contexto, do papel do Direito do Trabalho no Brasil e dos limites

.....  
gibilidade. São Paulo: LTr, 2012.

6 Cf. PIOVESAN, Flávia. O sistema internacional de direitos humanos e o direito interno: a emergência de um novo paradigma jurídico. In: SARLET, Ingo Wolfgang; MELLO FILHO, Luiz Philippe Vieira de; FRAZÃO, Ana de Oliveira (Coords.). **Diálogos entre o direito do trabalho e o direito constitucional**: estudos em homenagem a Rosa Maria Weber. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 176, para quem “(...) A Declaração de 1948 introduz a concepção contemporânea dos direitos humanos, marcada pela universalidade e indivisibilidade desses direitos. Universalidade porque clama pela extensão universal dos direitos humanos, sob a crença de que a condição de pessoa é o requisito único para a titularidade de direitos, considerando o ser humano como um ser essencialmente moral, dotado de unicidade existencial e dignidade, esta como valor intrínseco à condição humana. Indivisibilidade porque a garantia dos direitos civis e políticos é condição para a observância dos direitos sociais, econômicos e culturais e vice-versa. Quando um deles é violado, os demais também o são. Os direitos humanos compõem, assim, uma unidade indivisível, interdependente e inter-relacionada, capaz de conjugar o catálogo de direitos civis e políticos com o catálogo de direitos sociais, econômicos e culturais. (...)”.

4 Cf. POULANTZAS, Nicos. **O Estado, o poder, o socialismo**. São Paulo: Paz e Terra, 2000.

5 Cf. WANDELLI, Leonardo Vieira. **O Direito humano e fundamental ao trabalho**: fundamentação e exi-

que impõe à terceirização como fenômeno neoliberal e flexibilizador das relações de emprego.<sup>7</sup>

Por óbvio, não se fará incursões verticais nas multifacetadas teorias que gravitam ao redor dos direitos fundamentais e do direito constitucional brasileiro, nem tampouco nas ilações sociológicas e econômicas a respeito da terceirização neoliberal, mas apenas referências aos ideais emancipatórios que legitimam os direitos sociais dos trabalhadores enquanto direitos inalienáveis e cruciais para a manutenção da ordem constitucional vigente.

## II. Da premissa constitucional

### 2.1. Dos direitos fundamentais e sua eficácia

A discussão sobre o tema terceirização, necessária e previamente, passa por uma abordagem dos direitos fundamentais como contrapontos às teses que advogam pela acolhida ampla e irrestrita desse instrumento nas relações de trabalho, e até mesmo àquelas que a modulam – caso da Súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho.

Para tanto, necessário partir-se da premissa de que já não mais é possível perquirir se os direitos fundamentais são dotados de caráter normativo e, portanto, se possuem eficácia plena. Até porque a tese,

inequivocamente enfraquecida, que a eles concede caráter meramente programático cede espaço, paulatinamente, ao reconhecimento do seu alto teor de juridicidade.

O constituinte, ao gestar a Constituição de 1988, mostrou-se sensível, em alguma medida – não sem embargo e memória do conservadorismo em temas relevantes em razão das correlações de forças que rivalizaram no processo<sup>8</sup> – à tutela, à efetividade e à eficácia dos direitos sociais.

Ao tratar do catálogo inserido no texto constitucional, Ingo Wolfgang Sarlet ressalta o claro pluralismo consagrado pelo Constituinte ao afirmar que “(...) a marca do pluralismo se aplica ao título dos direitos fundamentais, do que dá conta a reunião de dispositivos reconhecendo uma grande gama de direitos sociais, ao lado dos clássicos, e de diversos novos direitos de liberdade, direitos políticos, etc. (...)”<sup>9</sup>, bem como confirma a necessidade de garantia da eficácia e efetivação de tais direitos ao asseverar que:

(...) sustentou-se acertadamente que a norma contida no art. 5º, § 1º, da CF impõe aos órgãos estatais a tarefa de maximizar a eficácia dos direitos fundamentais. Parte da doutrina ainda foi

7 Cf. ALVES, Giovanni. **Dimensões da precarização do trabalho**: ensaios de sociologia do trabalho. Bauru: Canal 6, 2013. p. 142. “(...) Na década de 1990, sob a vigência das políticas neoliberais e crise da economia brasileira, ocorreu uma das mais profundas e amplas reestruturações capitalistas no Brasil. A ofensiva do capital na produção adquiriu um cariz sistêmico. A precarização do trabalho caracterizou-se pela demissão incentivada, **terceirização** e degradação das condições de trabalho, salário e redução de benefícios e direitos trabalhistas. Ela atingiu grandes empresas do setor privado e setor público, principalmente naquelas de maior organização sindical. (...)”.

8 Como leciona SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012. p. 2: “(...) O pluralismo da Constituição advém basicamente do seu caráter marcadamente compromissário, já que o Constituinte, na redação final dada ao texto, optou por acolher e conciliar posições e reivindicações nem sempre afinadas entre si, resultantes das fortes pressões políticas exercidas pelas diversas tendências envolvidas no processo Constituinte. (...)”

9 SARLET, 2012, *op. cit.*, p. 7

bem além, sustentando o ponto de vista segundo o qual a norma contida no art. 5º, § 1º, da CF estabelece a vinculação de todos os órgãos públicos e particulares aos direitos fundamentais, no sentido de que os primeiros estão obrigados a aplicá-los, e os particulares a cumpri-los, independentemente de qualquer ato legislativo ou administrativo. Da mesma forma, em face do dever de respeito e aplicação imediata dos direitos fundamentais em cada caso concreto, o Poder Judiciário encontra-se investido do poder-dever de aplicar imediatamente as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais, assegurando-lhes sua plena eficácia. A falta de uma interposição legislativa não poderá, assim, constituir obstáculo incontornável à aplicação imediata pelos juízes e tribunais, na medida em que o Judiciário – por força do disposto no art. 5º, § 1º da CF -, não apenas se encontra na obrigação de assegurar a plena eficácia dos direitos fundamentais, mas também autorizado a remover eventual lacuna oriunda da falta de concretização (...)<sup>10</sup>.

Nesse mesmo sentido, e inspirado em grande parte na doutrina alemã, Paulo Bonavides afirma que os direitos fundamentais **de primeira** (direitos de liberdade, direitos individuais, direitos civis e políticos), **de segunda**

(direitos sociais, culturais, econômicos) e **de terceira** (direitos de desenvolvimento, à paz, ao meio ambiente, à comunicação e ao patrimônio comum da humanidade) gerações, foram embrionados nos postulados de liberdade, igualdade e fraternidade do século XVIII, respectivamente. Abstratos e universais, estes princípios gestaram uma gama de direitos que, em um processo cumulativo e qualitativo, vem ganhando universalidade material e concreta<sup>11</sup>, de tal modo que “não se interpretam, concretizam-se”, colocando-se “num grau mais alto de juridicidade, concretude, positividade e eficácia.”<sup>12</sup>

Materialidade que só é possível pela sobreposição das velhas técnicas de interpretação conhecidas<sup>13</sup>, formalistas e positivistas (Velha Hermenêutica de Savigny) por uma nova técnica interpretativa: a da pré-compreensão para posterior concretização.<sup>14</sup>

Essa nova hermenêutica constitucional introduz o conceito de concretização como algo “peculiar à interpretação de boa parte da Constituição, nomeadamente dos direitos fundamentais e das cláusulas abstratas e genéricas do texto constitucional. Nestes são usuais preceitos normativos vazados em fórmulas amplas, vagas e maleáveis, **cuja aplicação requer do intérprete uma certa diligência criativa, complementar e aditiva para lograr a completude e fazer a integração**

10 SARLET, Ingo Wolfgang. Os direitos dos trabalhadores como direitos fundamentais na Constituição Federal brasileira de 1988. In: SARLET, Ingo Wolfgang; MELLO FILHO, Luiz Philippe Vieira de; FRAZÃO, Ana de Oliveira (Coords.). **Diálogos entre o direito do trabalho e o direito constitucional**: estudos em homenagem a Rosa Maria Weber. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 42-43.

11 BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 29. ed. atual., São Paulo: Malheiros Editores, 2014, p. 575.

12 *Idem*, p. 586-587.

13 Cujos métodos tradicionais de interpretação resumiam-se ao gramatical, lógico, sistemático e histórico, aos quais agregou-se, mais tarde, o teleológico.

14 BONAVIDES, *op. cit.*, p. 613-624.

**da norma na esfera da eficácia e juridicidade do próprio ordenamento.”<sup>15</sup>.**

As características principiológica e abstrata da Constituição exigem que a operação de pré-compreensão como condição de possibilidade da concretização dos direitos fundamentais, só seja possível em face do caso concreto, mediante “uma operação valorativa, fática e material”, pois não há “interpretação da Constituição independente de problemas concretos.”<sup>16</sup>

Essa operação valorativa, ao contrário de apenas ser, coloca-se como um **dever-ser, dotando os valores de validade jurídico-constitucional, e assumindo um caráter de normatividade na ordem vigente.**<sup>17</sup>

É nesse momento que se faz imprescindível a inserção da figura do juiz social; sem ele a concretização dos direitos fundamentais não é possível. O juiz social é aquele que incorpora em suas reflexões e juízo a pré-compreensão das questões sociais, estas que são pressupostos da hermenêutica constitucional e de seu conceito de concretização. Ou seja, o juiz deve construir a sua decisão judicial com maior sensibilidade para os direitos fundamentais, dando concretude e objetividade a eles.<sup>18</sup>

Nesse processo, é a Constituição mesma que servirá de referencial, pois encerra compromissos assumidos pelo próprio Constituinte e que são pautados pela

(...) aderência a determinadas concepções de Justiça, especialmente no que diz com a noção de justiça social (que foi expressamente inserida como objetivo a ser alcançado no âmbito da ordem econômica da Constituição, designadamente no seu ar. 170, *caput*) seja no concernente a determinada ordem de valores que, de acordo com concepção amplamente consagrada, encontra expressão também e acima de tudo por meio dos princípios e dos direitos fundamentais (...).<sup>19</sup>

Em suma, a nova hermenêutica constitucional repudia o uso exclusivo das velhas formas de interpretação e sustenta a necessidade de, em face dos direitos fundamentais, adotar-se uma abordagem objetiva, inovadora, com participação mais criativa do juiz, como único modo de se obter a realização plena desses mesmos direitos. Apenas lançando mão de uma operação valorativa, mediante uma equação de “pré-compreensão” para posterior “concretização” dos direitos fundamentais, é que estes se efetivam plenamente; e isso porque leva em conta o caráter altamente normativo de que – mesmo enquanto valores e princípios – inegavelmente são dotados.

Em consequência, já não podem ser tomados como direitos que permeiam apenas as relações indivíduo-Estado, transcendendo essa dualidade; na medida em que as relações entre os particulares também passam a ser entremeadas pelos direitos fundamentais, aqueles se obrigam a observá-los e respeitá-

15 *Idem*, p. 622-623.

16 HESSE, Konrad. **Grundzüge** **dês** **Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland** *apud* BONAVIDES. *op. cit.*, p.636-637.

17 BONAVIDES, *op. cit.*, p. 663.

18 BONAVIDES, *op. cit.*, p. 618-619.

19 SARLET, 2014, *op. cit.*, p. 20-21.

los em sua plenitude. Ao se reconhecer esse alcance, reconhece-se a eficácia horizontal dos direitos fundamentais, o que significa que “(...) não só consistem em direitos de defesa contra o Estado, mas também constituem em sistema objetivo de valores que caracteriza a relação entre os cidadãos”, de modo a conceder “proteção contra as violações dos particulares”, contexto em que se inserem, sem dúvidas, as relações entre empregados e empregadores.<sup>20</sup>

Se assim é, não só o legislador infraconstitucional está vinculado aos direitos fundamentais quando da edição das normas, nem somente o juiz quando da prolação da sentença, mas também as partes contratantes, dentre as quais empregados e empregadores na esfera do contrato de trabalho. Aliás, tal premissa deriva da própria dignidade da pessoa humana, princípio e fundamento de toda a ordem constitucional, que, nas palavras de Maurício Godinho Delgado e Gabriela Neves Delgado, serve de “suporte de valor” do trabalho regulado:

(...) A Constituição da República de 1988, privilegiou, no plano teórico, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, fundada na dignidade do ser humano e no primado do trabalho e do emprego, subordinando a livre iniciativa à sua função social. Ou seja, a Constituição de 1988 claramente demarcou, por meio de sua normativa jurídica, a necessidade de se concretizar uma modalidade sofisticada e bem-sucedida de organização socioeconômica.

20 SINGER, Reinhard. Direitos fundamentais no Direito do Trabalho. In: SARLET; MELLO FILHO; FRAZÃO, *op. cit.*, p. 641-642.

Também fica claro no texto Constitucional que essa modalidade sofisticada e bem-sucedida de organização socioeconômica se dá pela afirmação do trabalho regulado, cujo suporte valor é a dignidade do ser humano (...)<sup>21</sup>

O desafio, a partir daqui, é concretizar os direitos fundamentais dos trabalhadores, impondo-os como limite à precarização do trabalho em quaisquer de suas formas.

## 2.2. Dos direitos fundamentais dos trabalhadores como impeditivo à terceirização

O argumento central para os que defendem a terceirização é a suposta liberdade ampla e irrestrita de contratação, pautada nos princípios da livre iniciativa e da legalidade.

Princípios, contudo, que não socorrem a tese do patronato, a menos que interpretados isoladamente e sob ótica liberal.

Pelo princípio da unidade constitucional, a Constituição da República deve ser interpretada de forma sistemática, levando-se em conta os demais princípios e garantias nela insculpidos.

A Constituição Federal de 1988, de matriz social, coloca o homem como centro da tutela jurídica do Estado. Assenta a dignidade da pessoa humana (artigo 1º, III) e a valorização social do trabalho que subordina a livre iniciativa (artigo 1º, IV e 170 da CF/88), dentre os fundamentos do Estado Democrático de Direito; ao fixar os objetivos (artigo 3º) assume

21 DELGADO, Maurício Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. O princípio da dignidade da pessoa humana e o Direito do Trabalho. In: SARLET; MELLO FILHO; FRAZÃO, *op. cit.*, p. 215.

como compromissos:

I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;

II - garantir o desenvolvimento nacional;

III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Os fundamentos, a finalidade e os princípios que regem a ordem econômica pautam-se pela mesma centralidade do homem e do trabalho digno, embora não se ignore haver intrínseca contradição entre a dignidade da pessoa humana concebida em um sistema capitalista que admite o trabalho não remunerado (mais-valia) e a exploração do homem pelo homem<sup>22</sup>.

Esses princípios fundantes demonstram, inequivocamente, “a íntima vinculação dos direitos fundamentais sociais com a concepção de Estado consagrada pela nossa Constituição.”<sup>23</sup>.

Não há dúvidas de que a terceirização, fenômeno precarizante que é, rompe com esses

princípios.

Materializada no dia a dia de empregados e empregadores após a reestruturação produtiva que sucedeu a crise do petróleo na década de 1970, a terceirização se mostrou, nos casos concretos, lesiva a dignidade da pessoa humana, contrária à valorização social do trabalho e apartada da necessária promoção do pleno emprego como objetivo de erradicação da miséria e da pobreza.

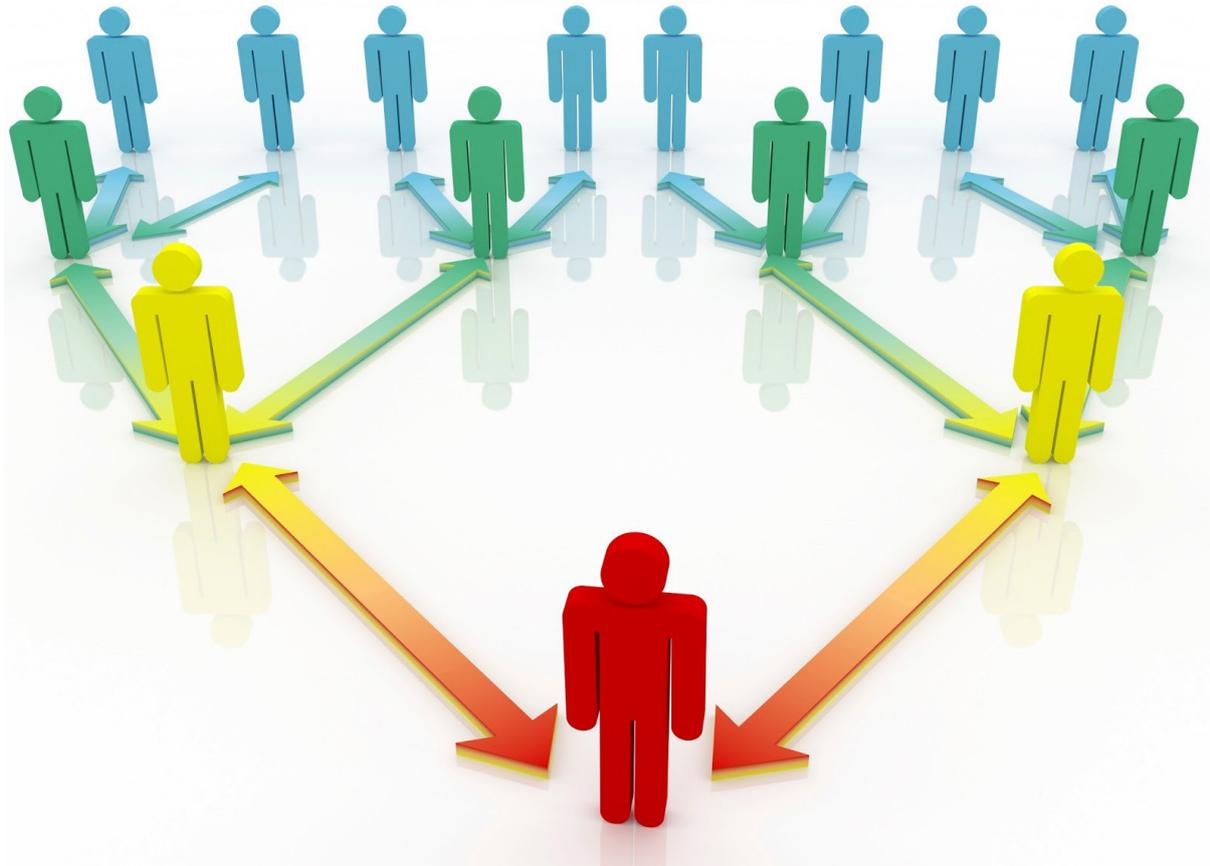
Vilipendiadora das liberdades individuais dos trabalhadores, quer no direito de ir e vir – como nas hipóteses de trabalho análogo à condição de escravo – quer no âmbito do direito de se associar e reivindicar melhorias em suas condições de vida e trabalho – no âmbito das relações sindicais e do exercício do direito de greve –, a intermediação de mão de obra devasta o meio ambiente de trabalho sadio e sustentável, com majoração significativa dos índices de acidente de trabalho, doenças ocupacionais, afastamento previdenciários, aposentadorias por invalidez.

Capaz de dificultar sobremaneira a materialização da tutela dos direitos dos trabalhadores, que, diante da pulverização de subcontratações, não identificavam a figura do efetivo empregador e responsável pelos deveres constitucionais e infraconstitucionais a ele impingidos, vai de encontro aos princípios do não retrocesso social e do desenvolvimento progressivo.

Princípios estes que devem orientar a produção e a interpretação normativa, em especial no âmbito do Direito do Trabalho, assegurando um mínimo irreduzível, porém não dissociado do movimento contínuo de transformação do direito, atrelando-o à ideia de manutenção de melhoria e desenvolvimento

22 Cf. COUTINHO, Aldacy Rachid. A dimensão do princípio da dignidade e a relação de trabalho. *In*: SARLET; MELLO FILHO; FRAZÃO, *op. cit.*, p. 93.

23 SARLET, Ingo Wolfgang. **Os direitos sociais como direitos fundamentais**: contributo para um balanço aos vinte anos da Constituição Federal de 1988. p. 16. Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/artigo\\_Ingo\\_DF\\_sociais\\_PETROPOLIS\\_final\\_01\\_09\\_08.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/artigo_Ingo_DF_sociais_PETROPOLIS_final_01_09_08.pdf)>. Acesso em: 28 ago. 2014.



dos direitos sociais<sup>24</sup>.

O não retrocesso social e o progresso dos direitos sociais são duas faces da mesma moeda. Se o primeiro afiança a manutenção de um patamar mínimo qualitativo e quantitativo de direitos, o segundo garante a ampliação e aperfeiçoamento desses direitos. Ambos se pautam no princípio raiz do Direito do Trabalho, o da proteção – fundado na noção de dignidade da pessoa humana e na valorização do trabalho humano, desdobra-se em dois outros que igualmente sustentam a ideia de não recuo e de aperfeiçoamento das normas trabalhistas: o da norma mais favorável e o princípio da progressividade dos direitos sociais. O

primeiro, gestado no Direito interno e com função bem definida de orientar a construção, a interpretação e a aplicação do Direito, tem como corolário a perpetuação da melhoria das condições de trabalho e a promoção do bem estar social da classe trabalhadora, atuando como “importante instrumento civilizatório” de “preservação dos padrões sociais já assegurados pelo ordenamento jurídico estatal.”<sup>25</sup> O segundo, extraído do Direito Internacional dos direitos humanos, coloca-se como obstáculo intransponível ao recuo de direitos e garantias já alcançados sem que, em seu lugar, haja uma compensação normativa mais vantajosa, impondo aos Estados a missão e o compromisso de construção perene de um ordenamento jurídico que promova a proteção

24 REIS, Daniela Muradas. **O princípio da vedação do retrocesso no direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 2010. p. 20-21.

25 *Idem*, p. 20-21.

da pessoa humana em todas as suas dimensões (cultural, social e econômica).<sup>26</sup>

Em esse contexto, os artigos 5º, 7º, 8º e 9º da CF/88, iluminados pelos princípios preditos, são os direitos e garantias que o constituinte talhou como mínimo necessário à salvaguarda do cidadão trabalhador e da classe trabalhadora, consagrando, correspondentemente, deveres fundamentais para o Estado – que deve promovê-los nas mais variadas esferas – e para os empregadores que devem respeitá-los, cumpri-los e também promovê-los.

São, em verdade, garantias mínimas no catálogo aberto dos direitos sociais e dos trabalhadores (artigo 5º, § 2º e artigo 7º, *caput*, da CF)<sup>27</sup>, que demandam progresso e não retrocesso, como a terceirização promove.

A intermediação de mão de obra por empresa interposta tem afrontado a dignidade dos trabalhadores a ela submetidos, com proliferação de trabalho escravo e análogo à condição de escravo; com achatamento salarial; com precarização do ambiente de trabalho e da saúde laboral; com pulverização da capacidade fiscalizadora do Estado; com desemprego crescente; com aniquilação da liberdade sindical; enfim; tem violado de morte

26 REIS, *op. cit.*, p.21.

27 Nesse sentido, a lição de SARLET, *online, op. cit.*, p. 24: “(...) Em primeiro lugar, afirmar que são fundamentais todos os direitos como tais (como direitos fundamentais!) expressamente consagrados na Constituição não significa que não haja outros direitos fundamentais, até mesmo pelo fato de que deve se levar a sério a já referida cláusula de abertura contida no art. 5º, § 2º, da CF (e, para os direitos dos trabalhadores, a cláusula especial o art. 7º, *caput*, da CF) estabelecendo que, além dos direitos expressamente consagrados na Constituição, existem outros decorrentes do regime e dos princípios, além dos direitos tipificados nos tratados internacionais ratificados pelo Brasil. (...)”.

a igualdade e a própria liberdade, que só se concretizam, materialmente, com a dignidade.

O direito, por evidente, não compactua com isso.

### III. Das normas infraconstitucionais como impeditivo à terceirização

O Direito do Trabalho é a expressão mais significativa dos direitos humanos na economia globalizada. Com essa afirmação, Grijalbo Fernandes Coutinho<sup>28</sup> inicia um capítulo de sua obra onde defende que o Direito do Trabalho, por seu viés social, compõe a categoria de direitos humanos sociais, culturais e econômicos.

Ao conceituar as figuras de empregado e empregador, os artigos 2º e 3º da Consolidação das Leis do Trabalho definem claramente o papel das partes na relação jurídica laboral: sendo o empregador aquele que admite, assalaria e dirige a prestação pessoal do serviço e empregado aquele que presta serviços, **ao empregador**, com habitualidade, **sob a dependência deste e mediante salário**.

Não é possível concluir que essa relação, necessariamente dual, comporte a intervenção ou mediação de outrem.

Não se pode, sob nenhuma hipótese, ignorar que o Direito do Trabalho, ou o Direito Capitalista do Trabalho, como aponta Wilson Ramos Filho<sup>29</sup>, é ambivalente e, em grande medida pautado na contratualidade que, se por um lado, garante direitos aos trabalhadores,

28 COUTINHO, Grijalbo Fernandes. **Terceirização bancária no Brasil**: direitos humanos violados pelo Banco Central. São Paulo: LTr, 2011. p. 65.

29 RAMOS FILHO, Wilson. **Direito capitalista do trabalho**: história, mitos e perspectivas no Brasil. São Paulo: LTr, 2012. p. 91.

por outro, permite e exploração do trabalho humano e a apropriação de mais-valia. A terceirização potencializa uma e outra, degradando a já assimétrica relação de emprego.

Ao estabelecer que a relação jurídica se dá com aquele para quem se presta serviços, o artigo 2º da CLT fecha as portas para qualquer interpretação diversa, ainda que para atividades que não se inserem no núcleo produtivo da empresa. Empregador só pode ser aquele que toma e, portanto, se beneficia diretamente da mão de obra.

Ao se permitir uma triangulação nessa relação, onde um terceiro abarca para si a tarefa, única, de comercializar mão de obra, rompe-se com a lógica da contratualidade.

Assim, a conclusão não pode ser outra senão a de que a legislação infraconstitucional brasileira, como regra, não permite a terceirização de mão de obra, nem mesmo de atividades meio, e quando o faz, excepciona por meio de lei, como nas hipóteses das Leis 6.019/74 (que traz o conceito de locação de mão de obra nos contratos temporários) e 7.102/83 (que permite a intermediação nos serviços de vigilância patrimonial e transporte de valores), sem embargo da dúvida acerca da própria constitucionalidade das mesmas.

A própria CLT quando quis excepcionar a regra de contratação por tempo indeterminado, o fez nos artigos 443 (contrato a prazo), enumerando, taxativamente as hipóteses autorizadoras do uso desse contrato atípico, e 455 (contratos de empreitada, embrionários do processo de terceirização).<sup>30</sup>

Assim, qualquer contratação atípica de mão de obra só pode ser considerada válida desde que se fundamente em preceito de lei que a autorize expressamente, sob pena de fraude ao próprio sistema jurídico trabalhista (artigo 9º da CLT)<sup>31</sup>

Ainda Gabriela Neves Delgado transcreve em parte o voto da lavra do então Ministro do TST Marco Aurélio Melo, e que fundamentou a edição do Enunciado 256 de 1986<sup>32</sup>, cujos argumentos, mais atuais do que nunca, servem para rechaçar qualquer tipo de intermediação de mão de obra que não as expressamente autorizadas por lei:

- (1) a ordem constitucional econômica e social, fundada nos princípios da valorização do trabalho e da dignidade da pessoa humana, assegura aos trabalhadores e integração na vida e no desenvolvimento da empresa beneficiária do seu labor;
- (2) a possibilidade de o tomador dos serviços não assumir diretamente os ônus trabalhistas, valendo-se, para tanto, do contrato de natureza civil, só pode ser permitida excepcionalmente em caso de serviço transitório e não vinculado á atividade normal da tomadora;

.....  
**constitucionais da terceirização.** 1. ed. São Paulo: LTr, 2014, p. 33-39

31 *Idem*, p. 56.

32 Enunciado nº 256 TST: “Salvo nos casos de trabalho temporário e de serviço de vigilância, previstos nas Leis nºs. 6-19, de 3.1.74 e 7.102, de 20.6.83, é ilegal a contratação de trabalhadores por empresa interposta, formando-se o vínculo empregatício diretamente com o tomador.”

.....  
 30 DELGADO, Gabriela Neves. **Os limites**

(3) a relação jurídica mantida entre a tomadora dos serviços e a empresa contratada, nestas atividades normais, possui características de arrendamento, locação ou aluguel de força de trabalho, revestindo-se de ilicitude, pois somente as coisas – não os homens – podem ser objeto deste tipo de ajuste.

(4) á mais de meio século o Direito do Trabalho vem em socorro do empregado para evitar a sua exploração sem causa;

(5) esse objetivo fica ameaçado, diante dos contratos civis de intermediação de mão de obra que ensejam lucros aos intermediários, deduzidos dos salários que pagam aos trabalhadores.<sup>33</sup> (sem destaque no original)

Argumentos mais do que suficientes para se rechaçar qualquer interpretação que seja ainda menos protetiva do que a já precarizante Súmula 331 do C. TST.

### 3.1. Desconstrução dos mitos que gravitam em torno da terceirização

Se ao mesmo tempo o trabalho tem um papel central na vida do indivíduo, sendo identificado, simbolicamente, com criação, humanização, emancipação, felicidade, por

outro pode relegá-lo a condições alienantes e penosas, não raro escravizantes e aprisionadoras. Essa é a dúplice e contraditória dimensão do trabalho, que ao mesmo tempo coloca-se como elemento vital e degradante, positivo e negativo, de “felicidade social e servidão”<sup>34</sup>. Dualidade, contudo, que não coabita uma mesma relação jurídica laboral, pois não há trabalho que explore e ao mesmo tempo humanize, que subjugue e que liberte, que aliene e emancipe. Colocando-se, a priori como solução ao desemprego e ao não emprego, a terceirização mostra, sem tardar, a sua faceta negativa, ocupando seu verdadeiro espaço no mundo do trabalho: o de trabalho instável, flexível e que se assemelha à informalidade que, falsamente, pretende combater.<sup>35</sup>

Na contramão do discurso que situa a terceirização entre as medidas inclusivas, de combate ao desemprego e de diminuição da informalidade, está a realidade dos inúmeros trabalhadores que formam um contingente subempregado.

Nas palavras irretocáveis de Grijalbo Fernandes Coutinho, o trabalho terceirizado é “uma das escancaradas correias de transmissão da mais-valia, carregado de conteúdo ideológico contra o sistema de solidariedade entre iguais.”<sup>36</sup> E cita como exemplo as uniões de grandes conglomerados (bancos, telecomunicações, cervejarias, petrolíferas, empresas de aviação) que, em vez de expandir sua demanda pela força de trabalho criando novos empregos, reduz

33 Acórdão do Tribunal Superior do Trabalho, Processo RR 3442/84, Min. Marco Aurélio Mendes de Faria Melo. Cf. BARROS, Alice Monteiro de. A terceirização e a jurisprudência. Revista do TRT 3ª Região, Belo Horizonte, Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região, n. 22 (51), jun. 1992. In: DELGADO, 2014, *op. cit.*, p. 42.

34 ANTUNES, Ricardo. **O caracol e sua concha:** ensaios sobre a nova morfologia do trabalho. São Paulo: Boitempo, 2005, pp. 11-13.

35 *Idem*, p. 16-17

36 COUTINHO, Grijalbo Fernandes, *op. cit.*, p. 110.

e/ou descentraliza sua estrutura mediante dispensas em massa e terceirizações. Tudo com vistas à expansão do lucro e com a escusa de racionalização dos meios de produção e de redução de custos.

Para o mesmo autor, a terceirização desnatura a figura do empregado, transformando-o em “não empregado” ou em “empregado pela metade”. E se apresenta sob duas realidades: uma, que denomina de “terceirização externa”, na qual, segundo ele, a empresa se organiza em rede, horizontalizando-se na sua forma, porém permanecendo essencialmente verticalizada, já que sua relação com as parceiras é de domínio. Outra, que chama de “terceirização interna”, que seria retratada pelas hipóteses da Súmula 331 do TST.<sup>37</sup>

Sob quaisquer aspectos, contudo, o fracionamento da cadeia produtiva que decorre do processo de descentralização da atividade empresarial sempre precariza as relações de trabalho. E um exemplo disso está na terceirização que se dá no âmbito das próprias empresas coligadas, onde a principal desloca para empresas do mesmo grupo econômico parte das atividades, como forma de escusar-se do cumprimento de suas obrigações sociais, como a garantia dos mesmos direitos aos trabalhadores de uma e de outra.<sup>38</sup>

Diante de tudo isso, é preciso desconstruir os mitos que se formaram em torno desse fenômeno, propagado por muitos como um modelo que se propõe, de um lado, a manter as empresas racionais, enxutas, focadas

em sua atividade nuclear, competitivas, e, de outro, como modelo de contratação inclusiva que se colocaria como contraponto e solução viável ao desemprego.

Desconstrução que se faz pela simples observação da realidade.

Longe de ser uma política de gestão de exceção, a terceirização, no Brasil, é responsável por uma fatia considerável do mercado formal de trabalho. Segundo levantamento estatístico de 2010, à época, 10 milhões 856 mil e 297 trabalhadores eram terceirizados, ou seja, **25,5% do mercado formal de trabalho no país.**<sup>39</sup>

E isso tem uma explicação lógica: é um mecanismo eficaz de majoração da apropriação da mais valia.

Os mitos caem:

*i)* os trabalhadores terceirizados **percebem remuneração 27,1% inferior do que os trabalhadores diretos; os setores contratantes pagam, em média, aos seus empregados, salários de R\$ 1.824,20, enquanto que os setores terceirizados remuneram seus trabalhadores o montante médio de R\$ 1.329,40<sup>40</sup>; a faixa salarial de um a três salários mínimos concentra a maioria dos trabalhadores terceirizados**, sendo que os trabalhadores diretos estão mais distribuídos entre as faixas salariais mais elevadas.<sup>41</sup>

*ii)* a rotatividade da mão de obra é mais acentuada entre os terceirizados; enquanto os

37 COUTINHO, Grijalbo Fernandes, *op. cit.*, p. 110.

38 *Idem*, p.115-116.

39 DIEESE; CUT. **Terceirização e desenvolvimento – uma conta que não fecha:** dossiê sobre o impacto da terceirização sobre os trabalhadores e propostas para garantir a igualdade de direitos. DIEESE/CUT: São Paulo, 2011, p. 6.

40 *Idem*, p. 7.

41 DIEESE; CUT, *op. cit.*, p. 6.

empregados diretos contam um tempo médio de 5,8 anos no mesmo emprego, os terceirizados permanecem, em média, apenas 2,6 anos.<sup>42</sup> As consequências dessa lógica transcendem o indivíduo, afetando o próprio Estado: se para o trabalhador terceirizado a alta rotatividade gera maior instabilidade financeira, que, por sua vez, gera insegurança no futuro, prejudicando o planejamento profissional e familiar, para o Estado há uma elevação nos gastos públicos, em especial pela alta demanda de benefícios sociais como o seguro-desemprego e aposentadorias por idade (sem contribuição por 35 anos).<sup>43</sup>

*iii)* é entre os trabalhadores terceirizados que o número de **acidentes de trabalho e de mortes decorrentes do trabalho é maior e crescente**: dados que datam do ano de 2005 indicam que de cada 10 acidentes de trabalho, 8 são de trabalhadores de empresas terceirizadas; e 4 em cada 5 mortes registradas também foram em empresas terceirizadas.<sup>44</sup> A conclusão é de que **80% dos acidentes de trabalho estão ligados à prestação de trabalho terceirizado**.

*iv)* é dentre os trabalhadores terceirizados que se encontra o maior número de trabalhadores em condições análogas às de escravo. Dados extraídos dos dez maiores casos de resgates de trabalhadores em tais condições, promovidos por Auditores-Fiscais do Trabalho nos anos de 2010 a 2013, informam que do total

de 3.553 trabalhadores resgatados, 2.998 eram terceirizados, ou seja, **85% dos trabalhadores submetidos às condições análogas à de escravo eram terceirizados**.<sup>45</sup>

*v)* dentre os maiores devedores de verbas trabalhistas por ocasião das rescisões contratuais estão empresas terceirizadas. Das 100 (cem) maiores empresas devedoras da Justiça do Trabalho, segundo inscrição obtida junto ao Banco Nacional de Devedores Trabalhistas (BNDT), 22 são empresas prestadoras de serviços<sup>46</sup> e destas 3 se situam entre as 10 maiores devedoras: Sena Segurança Inteligente Ltda. figura em **2º lugar**, a empresa Adservis Multiperfil Ltda. está em **9º lugar** e a empresa Estrela Azul Serviços de Vigilância e Segurança Ltda. na **10ª posição**.<sup>47</sup> **Os dados são piores quando são incluídas as maiores empresas tomadoras de trabalho terceirizado, como Banco do Brasil S.A. (7º), Caixa Econômica Federal (16º), Petrobrás (17º)**.<sup>48</sup>

Somado a isso, tais empresas dificilmente quitam seus débitos com os trabalhadores, seja porque fecham a uma velocidade que a Justiça do Trabalho não alcança, seja porque não deixam bens suficientes à satisfação dos

42 *Idem*, p. 7.

43 AGÊNCIA BRASIL. **Rotatividade de trabalhadores terceirizados contribui para o déficit da Previdência, diz presidente do IPEA**. Disponível em: <<http://memoria.ebc.com.br/agenciabrasil/noticia/2012-03-05/rotatividade-de-trabalhadores-terceirizados-contribui-para-deficit-da-previdencia-diz-presidente-do-i>>. Acesso em: 28 ago. 2014.

44 DIEESE; CUT, *op. cit.*, p. 14.

45 FILGUEIRAS, Vitor Araújo. **Terceirização e trabalho análogo ao escravo: coincidência?** Disponível em: <<https://indicadoresdeemprego.files.wordpress.com/2013/12/tercerizac3a7c3a3o-e-trabalho-anc3a1logo-ao-escravo1.pdf>>. Acesso em: 23 ago. 2014.

46 TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. **Empresas terceirizadas são 22 das 100 maiores devedoras da Justiça do Trabalho**. Disponível em: <[http://www.tst.jus.br/pmnoticias/-/asset\\_publisher/89Dk/content/id/5776831](http://www.tst.jus.br/pmnoticias/-/asset_publisher/89Dk/content/id/5776831)>. Acesso em: 28 ago. 2014.

47 As estatísticas do Banco Nacional de Devedores Trabalhistas (BNDT) estão disponíveis em: <<http://www.tst.jus.br/estatistica-do-cndt>>.

48 Estatísticas disponíveis em: <<http://www.tst.jus.br/estatistica-do-cndt>>.

créditos<sup>49</sup>, criando um embaraço processual que influencia negativamente a duração razoável do processo: uma ação trabalhista que reconhece a responsabilidade solidária da tomadora, encerra-se, em média, **31 meses antes** de uma ação que resulta na condenação unicamente da empresa terceirizada.<sup>50</sup>

vi) as condições de trabalho são mais penosas: em média, estima-se que o **trabalhador terceirizado trabalhe 3 horas a mais por semana** do que o trabalhador direto<sup>51</sup>, indicativo de **que terceirizar não aumenta os postos de trabalho**, mas os reduz; os baixos salários estimulam a extrapolação das jornadas em detrimento da contratação de mais empregados, ainda que terceirizados.

As categorias dos financeiros e bancários ilustram bem a constatação acima: 34 trabalhadores terceirizados (com jornada semanal de 44 horas) cumprem conjuntamente 1496 horas semanais, enquanto 50 bancários contratados (jornada de 30 horas semanais) trabalham por 1500 horas semanais.<sup>52</sup> A conclusão é muito simples, nesse caso, 3 empregados terceirizados eliminam praticamente 5 postos de trabalho de bancários.

Os dados, portanto, corroboram os argumentos daqueles que enxergam na terceirização ofensa aos direitos sociais fundamentais dos trabalhadores, em todas as suas dimensões, às garantias constitucionais que os concretizam e à própria lógica em que

se estrutura a própria CLT há mais de 70 anos.

Sendo assim, a proposta de reforma legislativa levada a efeito por meio do Projeto de Lei 4.330 de 2004, tal como estruturada, mostra-se manifestamente inconstitucional, na medida em que visa a autorizar a precarização das relações de emprego por meio de terceirização irrestrita e manifestamente contrária às regras dos artigos 1º, 3º, 5º, 7º, 8º, 9º e 170 da CF de 1988.

À mesma razão, não deve prosperar, no Supremo Tribunal Federal, a alegação liberal de que a terceirização encontra respaldo na livre iniciativa e na liberdade de contratação, na medida em que subordinadas a todos os princípios já abordados, em especial aos da dignidade da pessoa humana e da valorização social do trabalho.

Norte que segue a d. Procuradoria Geral da República, que, em parecer lavrado nos autos de ARE 713.211, se mostrou contrária, primeiro à admissão do recurso extraordinário com repercussão geral e, no mérito, avessa à terceirização na forma pleiteada. A síntese do *Parquet*, neste particular, e que se harmoniza com o que se disse anteriormente, extrai-se da seguinte passagem do parecer:

(...) Os trabalhadores convertem-se em peças das engrenagens de direito civil a unir duas empresas, que os negociam como o chamado “capital humano”.

Ora trabalham num ambiente empresarial, ora noutro; desenraizados por natureza, são movidos com um mero gesto daqui para ali; não integram nenhuma categoria das empresas por onde passam, nem mantêm laços de solidariedade com os demais operários, nessa constante peregrinação laboral;

49 BIAVASCHI, Magda; BALTAR, Paulo Eduardo de A. **Relatório Científico Final da pesquisa A Terceirização e a Justiça do Trabalho**. Campinas/SP: Programa Cesit/IE, Fapesp, 2009. p. 308.

50 *Idem*, p. 308.

51 DIEESE; CUT, *op. cit.*, p. 7.

52 *Idem*, p. 39.

ganham menos do que seus colegas contratados diretamente; trabalham em jornadas maiores; realizam os trabalhos mais penosos e os mais perigosos, motivo pelo qual sua mortalidade é mais elevada; por fim, seu ciclo de trabalho, mesmo na empresa prestadora de serviço, é efêmero. Isso é reificação de pessoas, tornadas objeto de ajustes alheios e, portanto, aberram do art. 1º, iii, da Constituição. (...) <sup>53</sup>

Igualmente, não se pode esquecer, os Juízes do Trabalho também não se furtam, por compromisso constitucional, de defender a Constituição e os direitos fundamentais que são a própria razão de ser desta última e, por isso, também pretendem contribuir para a sua salvaguarda, o que fazem dia a dia no exercício da jurisdição.

Mas se houver liberdade ampla de terceirização, a criatividade incessante dos que já descumprem a legislação trabalhista sob falsas alegações de foco na produtividade, maior competitividade, incremento produtivo, modernização da gestão e maximização dos resultados, dará conta de sepultar a efetividade da Justiça do Trabalho, fazendo ruir o Estado Social.

### Referências Bibliográficas

AGÊNCIA BRASIL. **Rotatividade de**

53 Petição (páginas 135 e 136) apresentada pela Procuradoria Regional do Trabalho nos autos de ARE 713211, disponível no site oficial do STF: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4304602>>. Acesso em 11 nov. 2014.

**trabalhadores terceirizados contribui para o déficit da Previdência, diz presidente do IPEA.**

Disponível em: <<http://memoria.ebc.com.br/agenciabrasil/noticia/2012-03-05/rotatividade-de-trabalhadores-terceirizados-contribui-para-deficit-da-previdencia-diz-presidente-do-i>> Acesso em: 28 ago. 2014.

ALVES, Giovanni. **Dimensões da precarização do trabalho:** ensaios de sociologia do trabalho. Bauru: Canal 6, 2013.

ANTUNES, Ricardo. **O caracol e sua concha:** ensaios sobre a nova morfologia do trabalho. São Paulo: Boitempo, 2005.

BARROS, Alice Monteiro de. A terceirização e a jurisprudência. **Revista do TRT 3ª Região**, Belo Horizonte, Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região, n. 22 (51), jun. 1992.

BIAVASCHI, Magda; BALTAR, Paulo Eduardo de A. **Relatório Científico Final da pesquisa A Terceirização e a Justiça do Trabalho.** Campinas/SP: Programa Cesit/IE, Fapesp, 2009.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional.** 29. ed. atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2014.

COUTINHO, Aldacy Rachid. A dimensão do princípio da dignidade e a relação de trabalho. *In:* SARLET, Ingo Wolfgang; MELLO FILHO, Luiz Philippe Vieira de; FRAZÃO, Ana de Oliveira (Coords.). **Diálogos entre o direito do trabalho e o direito constitucional:** estudos em homenagem a Rosa Maria Weber. São Paulo: Saraiva, 2014.

COUTINHO, Grijalbo Fernandes. **Terceirização bancária no Brasil: direitos humanos violados pelo Banco Central**. São Paulo: LTr, 2011.

DELGADO, Gabriela Neves. **Os limites constitucionais da terceirização**. 1. ed. São Paulo: LTr, 2014.

DELGADO, Maurício Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. O princípio da dignidade da pessoa humana e o Direito do Trabalho. *In*: SARLET, Ingo Wolfgang; MELLO FILHO, Luiz Philippe Vieira de; FRAZÃO, Ana de Oliveira (Coords.). **Diálogos entre o direito do trabalho e o direito constitucional: estudos em homenagem a Rosa Maria Weber**. São Paulo: Saraiva, 2014.

DIEESE; CUT. **Terceirização e desenvolvimento – uma conta que não fecha: dossiê sobre o impacto da terceirização sobre os trabalhadores e propostas para garantir a igualdade de direitos**. São Paulo: DIEESE/CUT, 2011.

FILGUEIRAS, Vitor Araújo. **Terceirização e trabalho análogo ao escravo: coincidência?** Disponível em: <<https://indicadoresdeemprego.files.wordpress.com/2013/12/tercerizac3a7c3a3o-e-trabalho-anc3a1logo-ao-escravo1.pdf>>. Acesso em: 23 ago. 2014.

HESSE, Konrad. **Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland** *apud* BONAVIDES. Paulo. **Curso de direito constitucional**. 29. ed. atual., São Paulo: Malheiros Editores, 2014.

PIOVESAN, Flávia. O sistema internacional de direitos humanos e o direito interno: a

emergência de um novo paradigma jurídico. *In*: SARLET, Ingo Wolfgang; MELLO FILHO, Luiz Philippe Vieira de; FRAZÃO, Ana de Oliveira (Coords.). **Diálogos entre o direito do trabalho e o direito constitucional: estudos em homenagem a Rosa Maria Weber**. São Paulo: Saraiva, 2014.

POULANTZAS, Nicos. **O Estado, o poder, o socialismo**. São Paulo: Paz e Terra, 2000.

RAMOS FILHO, Wilson. **Direito capitalista do trabalho: história, mitos e perspectivas no Brasil**. São Paulo: LTr, 2012.

REIS, Daniela Muradas. **O princípio da vedação do retrocesso no direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 11 ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

\_\_\_\_\_. Os direitos dos trabalhadores como direitos fundamentais na Constituição Federal brasileira de 1988. *In*: SARLET, Ingo Wolfgang; MELLO FILHO, Luiz Philippe Vieira de; FRAZÃO, Ana de Oliveira (Coords.). **Diálogos entre o direito do trabalho e o direito constitucional: estudos em homenagem a Rosa Maria Weber**, São Paulo: Saraiva, 2014.

\_\_\_\_\_. **Os direitos sociais como direitos fundamentais: contributo para um balanço aos vinte anos da Constituição Federal de 1988**. p. 16. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/>

anexo/artig \_Ingo\_DF\_sociais\_PETROPOLIS\_final\_01\_09\_08.pdf>. Acesso em: 28 ago. 2014. SARLET, Ingo Wolfgang; MELLO FILHO, Luiz Philippe Vieira de; FRAZÃO, Ana de Oliveira (Coords.). **Diálogos entre o direito do trabalho e o direito constitucional**: estudos em homenagem a Rosa Maria Weber. São Paulo: Saraiva, 2014.

SINGER, Reinhard. Direitos fundamentais no Direito do Trabalho. *In*: SARLET, Ingo Wolfgang; MELLO FILHO, Luiz Philippe Vieira de; FRAZÃO, Ana de Oliveira (Coords.). **Diálogos entre o direito do trabalho e o direito constitucional**: estudos em homenagem a Rosa Maria Weber. São Paulo: Saraiva, 2014.

TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. **Empresas terceirizadas são 22 das 100 maiores devedoras da Justiça do Trabalho**. Disponível em: <[http://www.tst.jus.br/pmnoticias/-/asset\\_publisher/89Dk/content/id/5776831](http://www.tst.jus.br/pmnoticias/-/asset_publisher/89Dk/content/id/5776831)>. Acesso em: 28 ago. 2014.

WANDELLI, Leonardo Vieira. **O Direito humano e fundamental ao trabalho**: fundamentação e exigibilidade. São Paulo: LTr, 2012.

# A RESPONSABILIZAÇÃO OBJETIVA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NOS CONTRATOS DE TERCEIRIZAÇÃO FRENTE A CONVENÇÃO Nº 94 DA OIT

Igor de Oliveira Zwicker

Segundo conceitua Sérgio Pinto Martins<sup>1</sup>, terceirização consiste “na possibilidade de contratar terceiro para a realização de atividades que geralmente não constituem o objeto principal da empresa”, podendo compreender tanto a produção de bens como a prestação de serviços.

Temos, nessa figura triangular – daí o nome terceirização –, a empresa que terceiriza a mão de obra (um), o trabalhador (dois) e o tomador (três), sendo que este último, inevitavelmente, usufruirá seja dos bens produzidos, seja dos serviços prestados. Se não usufrísse, não teria porque contratar uma empresa que terceirizasse a mão de obra.

À primeira vista, parece um conceito simples, mas este é um dos temas mais complexos do Direito do Trabalho na atualidade. Elencamos, rapidamente, alguns pontos

polêmicos, para se ter uma ideia da dimensão da problemática em torno do assunto:

- 1) *franchising* como forma de terceirização;
- 2) terceirização e cooperativas;
- 3) terceirização dos setores de *back office* nas empresas de telefonia;
- 4) o permissivo legal da terceirização na segurança privada (Lei nº 7.102/1983, regulamentada pelo Decreto nº 89.056/1983);
- 5) terceirização bancária no Brasil;
- 6) terceirização na Administração Pública;
- 7) terceirização e fiscalização trabalhista;
- 8) o equívoco conceitual entre terceirização e intermediação de mão de obra;
- 9) os conceitos de terceirização lícita e ilícita vinculados às atividades-meio e fim, respectivamente, e o atual Projeto de Lei nº 4.330, da Câmara dos Deputados, que pretende, enquanto

1 MARTINS, Sérgio Pinto. *A terceirização e o Direito do Trabalho*. 10. ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2010, p. 10.



Igor de Oliveira Zwicker

Bacharel em Direito e Especialista em Gestão de Serviços Públicos pela Universidade da Amazônia, Especialista em Economia do Trabalho e Sindicalismo pela Universidade de Campinas e Especialista em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho pela Universidade Cândido Mendes. Servidor concursado do Tribunal Regional do Trabalho da 8ª Região. Professor de Direito.

marco legal para a terceirização, permitir que ela ocorra também na atividade-fim, indiscriminadamente;

10) a fixação de parâmetros para a identificação do que representa a atividade-fim de um empreendimento, do ponto de vista da possibilidade de terceirização, enquanto tema a ser discutido no Recurso Extraordinário com Agravo (ARE) nº 713.211<sup>2</sup>, que teve repercussão geral reconhecida pelo Plenário Virtual do excelso Supremo Tribunal Federal<sup>3</sup>;

11) o aparente permissivo legal de terceirização da atividade-fim (a contratação de terceiros para o “desenvolvimento de atividades inerentes”) no artigo 25, § 1º, da Lei nº 8.987/1995, que dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos, e no artigo 94, inciso II, da Lei nº 9.472/1997, que dispõe sobre a organização dos serviços de telecomunicações; **etc.**

Há ainda outro importante ponto a se destacar, que é o caráter eminentemente precarizador que tem assumido a terceirização, ao longo do tempo – mormente após o *boom* dos anos 70. Em matéria recente, a revista CartaCapital publicou dados objetivos sobre o tema<sup>4</sup>, dos quais colhemos, entre outros,

2 <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=267100>

3 Segundo o ministro Luiz Fux, relator da matéria, o tema em discussão – a delimitação das hipóteses de terceirização diante do que se compreende por atividade-fim – é matéria de índole constitucional, “sob a ótica da liberdade de contratar”.

4 Disponível em <<http://www.cartacapital.com.br/revista/817/direitos-ameaçados-6355.html>>. Reportagem publicada originalmente na edição nº 817

a constatação do pagamento de baixíssimos salários a trabalhadores terceirizados, em contraponto aos salários recebidos por **trabalhadores diretos**: enquanto 29% destes se encontra na faixa de um a dois salários mínimos, o percentual daqueles chega a 48%.

Entretanto, não obstante tais relevantes questões, para fins de delimitação do objeto deste artigo firmamos que a ideia é a de tratar a questão da responsabilidade da Administração Pública, em contratos de terceirização, diante da legislação internacional que trata a respeito do assunto, em confronto com a legislação pátria e o julgamento da Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) nº 16, pelo excelso Supremo Tribunal Federal, além de tratar da jurisprudência consolidada no âmbito do colendo Tribunal Superior do Trabalho. Tudo, por óbvio, sem ter a pretensão de se esgotar o tema.

Em relação a leis que tratem de terceirização, pode-se até dizer que sua **gênese normativa** está ligada ao serviço público, em razão do Decreto-Lei nº 200/1967, ainda em vigor, e que “dispõe sobre a organização da Administração Federal, estabelece diretrizes para a Reforma Administrativa e dá outras providências”.

O capítulo III do título II da norma trata da figura da jurídica da descentralização. A descentralização nada mais é que uma forma de execução indireta dos serviços públicos pelo Estado. O próprio Decreto-Lei nº 200/1967 trata a respeito desses conceitos, em seu artigo 4º.

Segundo escólio de José dos Santos

.....  
de CartaCapital, com o título “Direitos ameaçados”.

Carvalho Filho<sup>5</sup>, há execução indireta “quando os serviços são prestados por entidades diversas das entidades federativas”, isto é, entidades diversas da própria Administração Direta – União, Estados, Distrito Federal e Municípios –, por conveniência pública, nunca abdicando a Administração Direta, porém, do dever de controle sobre aquelas.

A descentralização, nas palavras do eminente Professor administrativista, “é o fato administrativo que traduz a transferência da execução da atividade estatal a determinada pessoa, **integrante ou não da Administração**”. A descentralização se contrapõe à desconcentração, que é um processo eminentemente interno e significa apenas a substituição de um órgão por dois ou mais com o objetivo de melhorar e acelerar a prestação do serviço. Nesta, o serviço continua centralizado.<sup>6</sup>

E vejamos que interessante: já desde a cabeça do artigo 10, que abre o capítulo III do título II do Decreto-Lei nº 200/1967, resta asseverado: “A execução das atividades da Administração Federal deverá ser **amplamente descentralizada**”.

O parágrafo 7º do artigo 10 vai além:

*Para melhor desincumbir-se das tarefas de planejamento, coordenação, supervisão e controle e com o objetivo de **impedir o crescimento desmesurado***

5 CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 12. ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 317.

6 Quanto a este parágrafo, cf. CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Ob. Cit.*, p. 318.

*da máquina administrativa, a Administração procurará **desobrigar-se** da realização material de tarefas executivas, recorrendo, **sempre que possível**, à execução indireta, mediante contrato, desde que exista, na área, **iniciativa privada** suficientemente desenvolvida e capacitada a desempenhar os encargos de execução.*

O Decreto nº 2.031/1996, já revogado, e que dispunha sobre a contratação de serviços de vigilância e de limpeza e conservação no âmbito da Administração Pública Federal direta, autárquica e fundacional, previra já em seu artigo 1º a possibilidade de a Administração Pública, através de regular procedimento licitatório, proceder à contratação de serviços de vigilância e de limpeza e conservação, executados de forma contínua.

O Decreto nº 2.271/1997, que está atualmente em vigor e que revogou o citado Decreto nº 2.031/1996 (artigo 11), dispõe sobre a contratação de serviços pela Administração Pública Federal direta, autárquica e fundacional e dá outras providências.

O Decreto nº 2.271/1997 não só mantém a inteligência do decreto anterior como avança consideravelmente neste campo: a cabeça do artigo 1º prevê, no âmbito da Administração Pública Federal direta, autárquica e fundacional, a execução indireta das atividades materiais **acessórias, instrumentais ou complementares** aos assuntos que constituem área de competência legal do órgão ou entidade, abrindo um considerável leque de atividades com o permissivo da terceirização.

O parágrafo 1º do citado artigo



1º continua a avançar, elencando um rol meramente exemplificativo e não exaustivo de atividades as quais “serão, de preferência, objeto de execução indireta: “atividades de conservação, limpeza, segurança, vigilância, transportes, informática, copeiragem, recepção, reprografia, telecomunicações e manutenção de prédios, equipamentos e instalações”.

O rol já é bastante extenso, incluindo até serviços de informática, mas é importante deixar claro, repita-se, que o rol é **meramente exemplificativo e não exaustivo**, visto que, por técnica legislativa, o parágrafo se subordina à inteligência da cabeça do artigo, a qual é explícita em permitir a execução indireta *das atividades materiais acessórias, instrumentais ou complementares*, como dito, o que permite

uma interpretação jurídica bastante generosa.

O artigo 1º, § 2º, do Decreto nº 2.271/1997 é claro, por sua vez, em vedar a terceirização na atividade-fim. Nesse caso, como estamos falando da Administração Pública, não custa lembrar que, se assim não o fosse, teríamos uma inconstitucionalidade declarada, considerando que a Constituição Federal consagra, em seu artigo 37, inciso II, a bem-vinda regra do concurso público.

Feita a digressão normativa, desembocamos na problemática sobre contratos administrativos, conceituados por Carvalho Filho como os “ajustes firmados entre a Administração Pública e um particular, regulados basicamente pelo direito público, e tendo por objeto uma atividade que, de alguma

forma, traduza interesse público”<sup>7</sup>.

Entretanto, antes de adentrarmos na Lei nº 8.666/1993, façamos um pequeno histórico da jurisprudência sumulada do colendo Tribunal Superior do Trabalho anterior à Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 16, cuja percepção é fundamental para o entendimento evolutivo da terceirização nas decisões da Justiça do Trabalho, mormente pelo fato de que, como vimos, ainda não existe marco legal sobre esse tema, muito embora já tramite desde 2004 o Projeto de Lei nº 4.330, da Câmara dos Deputados, também já lembrado neste artigo.

Inicialmente, e a partir da Resolução nº 4/1986, tínhamos a Súmula nº 256 do TST, que dizia:

*Salvo os casos de trabalho temporário e de serviço de vigilância, previstos nas Leis nºs 6.019, de 03.01.1974, e 7.102, de 20.06.1983, é ilegal a contratação de trabalhadores por empresa interposta, formando-se o vínculo empregatício diretamente com o tomador dos serviços.*

Como se vê, a visão do colendo Tribunal Superior do Trabalho era de apenas cancelar a terceirização com expressa previsão legal, quais sejam, a Lei nº 6.019/1974, que dispõe do trabalho temporário nas empresas urbanas, e a Lei nº 7.102/1983, que trata da segurança privada, todas ainda em plena vigência. A par disso, dizia a Orientação Jurisprudencial nº 321 da Subseção 1 Especializada em Dissídios Individuais, originária de 2003 e ainda em vigor: “É aplicável a Súmula nº 256 para as hipóteses

de vínculo empregatício com a Administração Pública, em relação ao período anterior à vigência da CF/1988.”

A redação atual, com a alteração ocorrida em 2005 e após o cancelamento da Súmula nº 256, é a seguinte:

*VÍNCULO EMPREGATÍCIO COM A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. PERÍODO ANTERIOR À CF/1988. Salvo os casos de trabalho temporário e de serviço de vigilância, previstos nas Leis nºs 6.019, de 03.01.74, e 7.102, de 20.06.83, é ilegal a contratação de trabalhadores por empresa interposta, formando-se o vínculo empregatício diretamente com o tomador dos serviços, inclusive ente público, em relação ao período anterior à vigência da CF/88.*

Como bem colocado pelo desembargador baiano Carneiro Pinto<sup>8</sup>, embora o entendimento mantido pela Corte Trabalhista procurasse evitar fraudes, na prática “quase proibiu” a terceirização, tanto que o colendo Tribunal Superior do Trabalho, “reconhecendo que a interpretação, tomada ao pé da letra, poderia criar problemas cona contratação de empresas de prestação de serviço”, consolidou a Súmula nº 331, através da Resolução nº 23/1993, o que impôs o cancelamento da Súmula nº 256, que acabou por acontecer em 2003, através da Resolução nº 121.

Feitas essas considerações, o histórico da Súmula nº 331 do TST é o seguinte (lembremos: em momento anterior ao julgamento da ADC nº

7 CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Ob. Cit.*, p. 169.

8 PINTO, Raymundo Antonio Carneiro. *Súmulas do TST comentadas*. 8. ed. São Paulo: LTr, 2005, p. 228.

16 pelo excelso Supremo Tribunal Federal):

Tudo começou com a Resolução nº 23/1993, quando era Presidente do colendo Tribunal Superior do Trabalho o ministro paraense Orlando Teixeira da Costa, autoridade que dá nome ao egrégio Tribunal Regional do Trabalho da Oitava Região, com sede em Belém do Pará e do qual sou concursado. Esta era a redação originária:

*CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS – LEGALIDADE – REVISÃO DO ENUNCIADO Nº 256*

*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 03.01.74).*

*II - A contratação irregular de trabalhador, através de empresa interposta, não gera vínculo de emprego com os órgãos da Administração Pública Direta, Indireta ou Fundacional (Art. 37, II, da Constituição da República).*

*III - Não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância (Lei nº 7.102, de 20.06.83), de conservação e limpeza, bem como a de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistente a personalidade e a subordinação direta.*

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

A legislação expressamente citada e que compõe os anais da colenda

Corte, no tocante à Resolução nº 23/1993, foi a seguinte:

1) o artigo 10, § 7º, do Decreto-Lei nº 200/1967, que tratamos ainda no início deste artigo, e que trata da descentralização de serviços públicos, impondo à Administração Pública execução indireta de suas atividades;

2) o artigo 3º, parágrafo único, da Lei nº 5.645/1970, lei ainda em vigor e que “estabelece diretrizes para a classificação de cargos do Serviço Civil da União e das autarquias federais, e dá outras providências”, e cujo citado artigo 3º, parágrafo único, dizia: “As atividades relacionadas com transporte, conservação, custódia, operação de elevadores, limpeza e outras assemelhadas serão, de preferência, objeto de execução indireta, mediante contrato, de acordo com o artigo 10, § 7º, do Decreto-Lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967.” (parágrafo já revogado pela Lei nº 9.527/1997);

3) Lei nº 6.019/1974, que dispõe do trabalho temporário nas empresas urbanas;

4) Lei nº 7.102/1983, que trata da segurança privada;

5) artigo 37, inciso II, da Constituição Federal, que trata da regra do concurso público como forma de ingresso no serviço público.

A Súmula nº 331 do TST foi alterada pela Resolução nº 96/2000, com tal redação mantida na importante reforma jurisprudencial de 2003, consoante Resolução nº 121. A alteração se deu apenas no item IV da súmula, cujo enunciado passou a ter a seguinte redação:

*O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do*

*empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços, quanto àquelas obrigações, inclusive quanto aos órgãos da administração direta, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista, desde que hajam participado da relação processual e constem também do título executivo judicial (art. 71 da Lei nº 8.666, de 21.06.1993).*<sup>9</sup>

Tal redação se manteve intocada até 2011, enfim alterada pela Resolução nº 174, a partir da intenção do colendo Tribunal Superior do Trabalho de se “adequar” ao entendimento do excelso Supremo Tribunal Federal exarado na ADC nº 16. Entretanto, como dissemos, essa análise será feita mais adiante.

Pois bem.

Veja-se que, a partir de então, passou-se a fazer expressa menção ao polêmico artigo 71 da Lei nº 8.666/1993.

Em matéria de licitações e contratos administrativos, tínhamos, em um passado já distante, o vetusto Código de Contabilidade da União, organizado pelo Decreto-Lei nº 4.536/1922, textualmente revogado pelo artigo 90 do Decreto-Lei nº 2.300/1986, que passou a dispor “sobre licitações e contratos da Administração Federal”.

Ocorre que, já sob a égide da Constituição Federal de 1988, a qual prevê, em seu artigo 37, inciso XXI, que “ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação

pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações”, foi promulgada a citada **Lei nº 8.666/1993**, atualmente em vigor, que revogou expressamente o Decreto-Lei nº 2.300/1986 e que regulamenta o citado artigo 37, inciso XXI, da Constituição Federal, e institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências.

O artigo 71 da Lei nº 8.666/1993 diz o seguinte: “O contratado é responsável pelos encargos trabalhistas, previdenciários, fiscais e comerciais resultantes da execução do contrato.” E complementava, em seu parágrafo 1º: “A inadimplência do contratado, com referência aos encargos estabelecidos neste artigo, não transfere à Administração Pública a responsabilidade por seu pagamento, nem poderá onerar o objeto do contrato ou restringir a regularização e o uso das obras e edificações, inclusive perante o Registro de Imóveis.”

A redação alterada do artigo 71, § 1º, da Lei nº 8.666/1993, com a alteração promovida pela Lei nº 9.032/1995, passou a ser a seguinte: “A inadimplência do contratado, com referência aos encargos trabalhistas, fiscais e comerciais não transfere à Administração Pública a responsabilidade por seu pagamento, nem poderá onerar o objeto do contrato ou restringir a regularização e o uso das obras e edificações, inclusive perante o Registro de Imóveis.”

É de se notar que a redação permaneceu a mesma, especialmente porque o parágrafo 1º está subordinado à cabeça do artigo 71.

9 Em negrito, destacamos as inserções feitas pelo colendo Tribunal Superior do Trabalho no item IV.

Entretanto, percebe-se da alteração legislativa uma tentativa do Parlamento de reforçar a ideia de que a inadimplência do contratado não transfere à Administração a responsabilidade pelo seu pagamento, com relação aos encargos trabalhistas, fiscais e comerciais.

Em relação aos encargos previdenciários, a redação originária do artigo 71 da Lei nº 8.666/1993 era silente, o que veio a ser suprido pela citada Lei nº 9.032/1995, que expressamente consignou, ao alterar a redação do parágrafo 2º: “A Administração Pública responde solidariamente com o contratado pelos encargos previdenciários resultantes da execução do contrato, nos termos do art. 31 da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991.”

A propósito, nossa conhecida Lei nº 8.212/1991 dispõe sobre a organização da Seguridade Social, institui o Plano de Custeio e dá outras providências, e, na cabeça do artigo 31, prevê que a empresa contratante de serviços executados **mediante cessão de mão de obra**, inclusive em regime de trabalho temporário, tem a obrigação de reter 11% do valor bruto da nota fiscal ou fatura de prestação de serviços e recolher, em nome da empresa cedente da mão de obra, a importância retida.

Já o parágrafo 3º do citado artigo 31 prevê que, para os fins da Lei nº 8.212/1991, entende-se como cessão de mão-de-obra a colocação à disposição do contratante, em suas dependências ou nas de terceiros, de segurados que realizem serviços contínuos, **relacionados ou não com a atividade-fim da empresa, quaisquer que sejam a natureza e a forma de contratação.**

Guardadas as proporções das alterações legislativas sucessivas (o parágrafo 3º, por exemplo, é fruto da Lei nº 9.711/1998), verdade

é que a inteligência do artigo 31 é a mesma, desde a sua redação originária, de 24 de julho de 1991 (DOU do dia seguinte).

A grande polêmica do artigo 71, § 1º, da Lei nº 8.666/1993 residia no fato de o artigo, aparentemente, vedar qualquer forma de responsabilização da Administração Pública, seja em que circunstância for, no tocante aos direitos trabalhistas dos empregados terceirizados.

A Justiça do Trabalho, como se viu pela evolução da jurisprudência e após a guinada da Súmula nº 331 do TST, sempre entendeu que a Administração Pública era, sim, responsável pelo pagamento dos créditos devidos aos trabalhadores, mas de forma subsidiária, ou seja, tendo em sua garantia o benefício de ordem, somente podendo ser citada a pagar a dívida trabalhista no caso de execução infrutífera em relação à empresa que terceirizou os serviços.

Além de subsidiária, a Justiça do Trabalho adotava a sistemática da responsabilidade subjetiva, por perquirir o elemento culpa na conduta da Administração – seja a culpa *in eligendo*, seja a culpa *in vigilando*.

Diga-se de passagem, este raciocínio permanece (responsabilidade subjetiva e sob a forma subsidiária), mesmo após a Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 16, como veremos mais adiante.

Primeiro, pela própria Constituição Federal de 1988 e seus princípios explícitos e implícitos. A **rede protetiva geral trabalhista**, consagrada na Constituição Federal, é farta e extensa. Para sermos bem concisos, podemos citar: artigo 1º, incisos III e IV; artigo 3º, incisos I, III e IV; artigo 5º, *caput*, inciso XXIII e §§ 1º e 2º; artigo 7º, *caput*; artigo 60, § 4º, inciso IV; artigo 170, *caput* e incisos III, VI, VII e VIII; artigo

193; artigo 200, inciso VIII; e artigo 225.

Dentre esses mais variados artigos, destacamos, ainda: a dignidade da pessoa humana do trabalhador, os valores sociais do trabalho, os valores sociais da livre iniciativa, a função social da propriedade, a cláusula de avanço social do artigo 7º da Constituição Federal, a vedação do retrocesso social, a valorização do trabalho humano na ordem econômica, a exigência de se assegurar uma existência digna, a justiça social, o primado do trabalho como base da ordem social, o bem-estar social, a compreensão do trabalho inserta no conceito de “meio ambiente” desenvolvido no seio constitucional etc.

Por outro lado, soma-se a isso toda a principiologia trabalhista, de modo que não caberia à Administração Pública, na qualidade de tomadora dos serviços, simplesmente se beneficiar da mão de obra do trabalhador e não *garantir* o pagamento das verbas trabalhistas, de natureza alimentar e superprivilegiada, consoante artigos 100 da Constituição Federal e 186 do Código Tributário Nacional.

Além disso, fazia-se uma interpretação sistemática da própria Lei nº 8.666/1993, que consagra, nos seus artigos 58, inciso III, 66 e 67, *caput*, da citada lei, que dizem, respectivamente:

*Art. 58. O regime jurídico dos contratos administrativos instituído por esta Lei confere à Administração, em relação a eles, a prerrogativa de:*

*III – fiscalizar-lhes a execução;*

*Art. 66. O contrato deverá ser executado fielmente pelas partes, de acordo com as cláusulas avençadas e as normas desta Lei, respondendo cada uma pelas conseqüências de sua*

*inexecução total ou parcial.*

*Art. 67. A execução do contrato deverá ser acompanhada e fiscalizada por um representante da Administração especialmente designado, permitida a contratação de terceiros para assisti-lo e subsidiá-lo de informações pertinentes a essa atribuição.*

Além do dever de fiscalização, por óbvio se tem o dever de contratação por meio de licitação, quando não configurada algumas das exceções da própria Lei de Licitações (licitações dispensada e dispensável e inexigível – artigos 17, 24 e 25 da Lei nº 8.666/1993), pelo próprio comando constitucional inserto no artigo 37, inciso XXI, da Constituição Federal.

Assim, a Administração Pública poderia ser responsabilizada tanto pela culpa *in eligendo*, isto é, ao “eleger” a contratada, se burlado ou mal executado o procedimento licitatório, que é o meio adequado para a contratação e “escolha” da empresa, leia-se, da licitante vencedora do procedimento; como também poderia ser responsabilizada pela culpa *in vigilando*, ou seja, pela culpa consubstanciada na omissão da Administração em fiscalizar o contrato.

Ambas as culpas, seja a *in eligendo*, seja a *in vigilando*, têm arrimo na própria Lei nº 8.666/1993, como dito, seja porque cabe à Administração Pública “eleger” seus futuros contratados por meio de licitação (artigo 37, inciso XXI, da Constituição Federal e artigo 1º da Lei nº 8.666/1993), seja porque cabe à Administração “vigiar” seus contratados, diante do dever legal de fiscalização dos contratos administrativos (artigos 58, inciso III, 66 e 67, *caput*, da Lei nº 8.666/1993).

Havia também um entendimento de que, pelo simples fato de já existir uma reclamação trabalhista, motivada pelo inadimplemento da empresa contratada, isto por si só bastaria (*in re ipsa*) para a responsabilização da Administração Pública, não sob fundamento da responsabilidade objetiva (sem se perquirir o dolo ou a culpa), mas ainda da subjetiva, por ser consequência lógica do inadimplemento uma falha na fiscalização contratual pela Administração.

Diga-se de passagem, essa omissão na fiscalização do contrato administrativo é uma questão muito séria, mormente porque o administrador público tem **diversos** meios de fiscalizar o contrato e garantir o pagamento dos direitos trabalhistas a quem de direito. Minha experiência na Assessoria Jurídico-Administrativa do egrégio Tribunal Regional do Trabalho da Oitava Região me mostrou isso de forma bastante clara<sup>10</sup>.

Basta citar que, consoante Acórdão nº 964/2012 – TCU – Plenário<sup>11</sup>, do colendo Tribunal de Contas da União, entre outros julgados, o Plenário da colenda Corte de Contas entendeu que, em princípio, a falta de comprovação da regularidade fiscal e o descumprimento de cláusulas contratuais não enseja a retenção

do pagamento; contudo, **isso não impede a Administração reter pagamentos quando verificada a inadimplência da contratada na quitação das obrigações trabalhistas dos empregados alocados na execução do contrato em regime de dedicação exclusiva.**

Isso porque – reconhecia o próprio colendo Tribunal de Contas da União naquele acórdão – o entendimento é o de que as falhas no exercício do dever de fiscalizar a execução dos contratos de prestação de serviços terceirizados com dedicação exclusiva de mão de obra, principalmente quando há o inadimplemento pela contratada de suas obrigações trabalhistas, podem determinar a responsabilização subsidiária da Administração tomadora dos serviços, de modo que, por conta do risco de a Administração Pública ser chamada a responder pelas verbas trabalhistas não quitadas pela contratada, reputara-se legítima a adoção de **medidas acutelatórias** dirigidas a afastar eventual responsabilização subsidiária e a preservar o interesse público, inclusive com retenção de pagamento.

Nesse sentido, inclusive, é a cristalina jurisprudência do colendo Superior Tribunal de Justiça:

*ADMINISTRATIVO. CONTRATO ADMINISTRATIVO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇO. ESTADO. RESPONSABILIDADE PELO PAGAMENTO DOS ENCARGOS. IMPOSSIBILIDADE. ART. 71, § 1º, DA LEI Nº 8.666/93. CONSTITUCIONALIDADE. RETENÇÃO DE VERBAS DEVIDAS PELO PARTICULAR. LEGITIMIDADE. 1. O STF, ao concluir, por maioria, pela constitucionalidade do art. 71, § 1º, da Lei 8.666/93 na ACD 16/DF, entendeu que a mera inadimplência do contratado não poderia transferir à Administração Pública*

10 Nesse diapasão, destacamos o Parecer ASJUR/IOZ nº 531/2014 e o Parecer ASJUR/IOZ nº 536/2014, ambos de minha lavra, proferidos no processo administrativo nº 903/2012, no qual a Diretoria-Geral de Secretaria do egrégio Tribunal Regional do Trabalho da Oitava Região consultara a Assessoria Jurídico-Administrativa sob a possibilidade de retenção de pagamentos devidos à empresa contratada e de pagamento direto das verbas trabalhistas aos trabalhadores terceirizados, ao que respondemos positivamente.

11 Nesse sentido, cf. SAMPAIO, Ricardo Alexandre. *A possibilidade de retenção de pagamento em contratos de terceirização*. Curitiba: Zênite, 2012. [Blog Zênite]

*a responsabilidade pelo pagamento dos encargos, mas reconheceu que isso não significaria que eventual omissão da Administração Pública, na obrigação de fiscalizar as obrigações do contratado, não viesse a gerar essa responsabilidade.*

*2. Nesse contexto, se a Administração pode arcar com as obrigações trabalhistas tidas como não cumpridas quando incorre em culpa in vigilando (mesmo que subsidiariamente, a fim de proteger o empregado, bem como não ferir os princípios da moralidade e da vedação do enriquecimento sem causa), é legítimo pensar que ela adote medidas acauteladoras do erário, retendo o pagamento de verbas devidas a particular que, a priori, teria dado causa ao sangramento de dinheiro público. Precedente. 3. Recurso especial provido. (STJ, REsp nº 1241862/RS, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, j. em 28.06.2011).*

O próprio colendo Tribunal de Contas da União determinou, no Acórdão nº 1.450/2011 – TCU – Plenário, ser “dever do gestor público responsável pela condução e fiscalização de contrato administrativo a adoção de providências tempestivas a fim de suspender pagamentos ao primeiro sinal de incompatibilidade entre os produtos e serviços entregues pelo contratado e o objeto do contrato, cabendo-lhe ainda propor a formalização de alterações qualitativas quando de interesse da Administração, ou a rescisão da avença, nos termos estabelecidos na Lei nº 8.666/1993”.

Inclusive, segundo este colendo Tribunal de Contas, “a falta de qualquer das providências acima configura conduta extremamente reprovável, que enseja a irregularidade das contas, a condenação dos gestores ao

ressarcimento do dano ao erário e a aplicação das sanções previstas na Lei nº 8.443/1992”.

Em outro momento, ratificou tal entendimento o colendo Superior Tribunal de Justiça (AgRg na MC nº 16.257/SP):

*Sem desatentar para o fato de que o STF vem avaliando a correção do posicionamento do TST quando em confronto com a Súmula Vinculante nº 10 (AgRg na Rcl. 7.517/DF. Rel. Min. Ricardo Lewandowski, com julgamento suspenso por pedido de vista da Min. Ellen Gracie), se a Administração pode arcar com as obrigações trabalhistas tidas como não cumpridas (mesmo que subsidiariamente), é legítimo pensar que ela adote medidas acauteladoras do erário, retendo o pagamento de verbas devidas a particular que, a priori, teria dado causa ao sangramento de dinheiro público.*

E novamente o colendo Tribunal de Contas da União, desta vez no Acórdão nº 1.402/2008 – TCU – Plenário:

*(...) a situação de inadimplência do contratado junto ao Poder público é uma irregularidade grave, pois além das dívidas fiscais onerarem a Administração em sentido amplo, poderá onerar também a Administração contratante, em face da solidariedade legalmente estabelecida, quanto aos encargos previdenciários resultantes da execução do contrato, conforme o art. 71, § 2º da Lei nº 8.666/1993. Para que isso não ocorra, com base no art. 80, IV, da lei nº 8.666/1993, é admissível a retenção de pagamentos, porém, limitada aos prejuízos causados ao Poder Público e apenas nos contratos em que a Administração seja tomadora de serviços e possa, eventualmente, responder*

*pela inadimplência do contratado relativamente a tais encargos. A retenção, neste caso, será tão-somente no sentido de resguardar a Administração e não de obter vantagem indevida, locupletando-se indevidamente à custa do contratado.*

A própria Instrução Normativa nº 2 do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, cujo seguimento pelos órgãos da Administração Pública é estimulado pelo colendo Tribunal de Contas da União, e que dispõe sobre regras e diretrizes para a contratação de serviços, continuados ou não, tem nos artigos 19-A, 34-A, 35 e 36 previsão expressa quanto à possibilidade de pagamento direto aos trabalhadores, diante da omissão da empresa contratada na quitação de verbas trabalhistas.

Entretanto, a Administração Pública, ao se defender nos processos, trazia até então um forte argumento, considerando o caminhar da jurisprudência da Suprema Corte naquele momento, que era o de violação do artigo 97 da Constituição Federal, que consagra a cláusula de reserva de plenário, mormente diante do enunciado Súmula Vinculante nº 10, aprovado na sessão plenária de 18 de junho de 2008<sup>12</sup>, segundo o qual “viola a cláusula de reserva de plenário a decisão de órgão fracionário de tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público, afasta sua incidência, no todo ou em parte”.

A polêmica acabou por chegar na mais alta Corte do país – o excelso Supremo Tribunal Federal –, por meio da Ação Declaratória de

Constitucionalidade nº 16, proposta pelo Governador do Distrito Federal em março de 2007.

Inicialmente, o ministro Cezar Peluso, relator da matéria, rejeitou o pedido liminar, por entendê-la complexa para ser decidida individualmente. Na ocasião do julgamento, suscitou preliminar de não conhecimento da Ação Declaratória, por entender que a Justiça do Trabalho, mormente, o colendo Tribunal Superior do Trabalho, não declarava a inconstitucionalidade do artigo 71, § 1º, da Lei nº 8.666/1993, nem pela via transversa, isto é, embora não a declarando expressamente, afastar-se-ia a sua incidência, no dizer da Súmula Vinculante nº 10.

Segundo o ministro-relator, “o autor é carecedor da ação, por falta de interesse processual ou de agir, na particular conformação que essa condição adquire na disciplina legal da via da ação direta de constitucionalidade”<sup>13</sup>. Entretanto, ficou vencido quanto ao conhecimento da Ação Declaratória, que foi conhecida, por maioria. No mérito propriamente dito, e por votação majoritária, o Plenário da Suprema Corte reconheceu a constitucionalidade do artigo 71, § 1º, da Lei nº 8.666/1993.

Segundo notícia lançada no *site* da Suprema Corte, “houve consenso no sentido de que o TST não poderá generalizar os casos e terá de investigar com mais rigor se a inadimplência tem como causa principal a falha ou falta de

12 DJe nº 117/2008, p. 1, em 27/6/2008 – DO de 27/6/2008, p. 1.

13 Para a íntegra do julgamento e das discussões travadas no Plenário, conferir o acórdão completo pelo link: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=627165>.

fiscalização pelo órgão público contratante”<sup>14</sup>.

Destaca a notícia, ainda, que “o ministro Ayres Britto endossou parcialmente a decisão do Plenário. Ele lembrou que só há três formas constitucionais de contratar pessoal: por concurso, por nomeação para cargo em comissão e por contratação por tempo determinado, para suprir necessidade temporária”.

Prosseguiu o ministro Britto: “assim, a terceirização, embora amplamente praticada, não tem previsão constitucional. Por isso, nessa modalidade, havendo inadimplência de obrigações trabalhistas do contratado, o poder público tem de responsabilizar-se por elas”.

Já o presidente do excelso Supremo Tribunal Federal e relator da matéria, ministro Peluso, o reconhecimento da constitucionalidade do artigo 71, § 1º, da Lei nº 8.666/1993 “não impedirá o TST de reconhecer a responsabilidade, com base nos fatos de cada causa”. E mais: “O STF não pode impedir o TST de, à base de outras normas, dependendo das causas, reconhecer a responsabilidade do poder público”.

Ainda conforme o ministro Peluso, o que o colendo Tribunal Superior do Trabalho tem reconhecido “é que a omissão culposa da administração em relação à fiscalização – se a empresa contratada é ou não idônea, se paga ou não encargos sociais – gera responsabilidade da União”.

Um ponto bastante frisado, especialmente pelas intervenções do ministro Marco Aurélio e da ministra Cármen Lúcia, é o de que o artigo 37, § 6º, da Constituição Federal

limitar-se-ia a impor a responsabilidade objetiva patrimonial ou extracontratual dos entes públicos, o que não incluiria a responsabilidade contratual. Cheguei a proceder à degravação do julgamento, na íntegra, e cujas anotações agora recorro, para fazer transcrições referentes ao artigo 37, § 6º:

*O MINISTRO MARCO AURÉLIO:*

*Esse é o ponto crucial. O art. 71 da Lei 8.666/93 é categórico no que afasta a responsabilidade do Poder Público quando tomada a mão-de-obra mediante empresa prestadora de serviço. O que ocorreu no âmbito do TST: ocorreu que se sedimentou, sem se instaurar um incidente de inconstitucionalidade desse artigo, se sedimentou uma jurisprudência a partir do art. 2º da CLT, quanto à solidariedade, e a partir do 37, § 6º, da Constituição Federal quanto à responsabilidade do poder público, em sentido de que haveria a responsabilidade do setor público, e o que houve lá não foi um incidente de inconstitucionalidade, mas um incidente de uniformização da jurisprudência, editando-se, portanto, a partir desse incidente, o verbete 331. É uma matéria que está em aberto e, a meu ver, quando se declarou sem se assentar em inconstitucionalidade do art. 71 da Lei 8.666/93 a responsabilidade, se afastou esse preceito sem se cogitar da pecha de inconstitucionalidade.*

*A MINISTRA CÁRMEN LÚCIA:*

*Só um minutinho. “... num contexto de evidente de evidente ação omissiva ou comissiva, geradora de prejuízos a terceiro, que possa estar ao largo de qualquer corresponsabilidade pelo ato administrativo que pratica”. E aí se faz referência aos arts. 173 e 195, § 3º, da Constituição Federal*

14 <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=166785>

para se afirmar a responsabilidade, afirmando-se ali: “registre-se que o **artigo 37, § 6º, da Constituição Federal** consagra a responsabilidade objetiva da Administração, sob a modalidade de risco administrativo, estabelecendo, portanto, sua obrigação de indenizar sempre que causar danos a terceiro”, com o detalhe: **essa frase é rigorosamente, fragorosamente, exemplarmente contrária à Constituição Federal, porque o art. 37, § 6º, trata de responsabilidade objetiva extrapatrimonial e extracontratual e aqui é responsabilidade contratual, então na verdade contrariaram a Constituição Federal.**

O MINISTRO MARCO AURÉLIO:

Vossa Excelência me permite, o problema maior é que o parágrafo 1º, ele é categórico, a inadimplência do contratado, com referência aos encargos trabalhistas – é o caso –, fiscais e comerciais não transfere à Administração Pública a responsabilidade pelo seu pagamento nem poderá onerar o objeto do contrato ou restringir a regularização e o uso das obras e edificações, inclusive garante perante o RI. Então o que ocorreu, em última análise: se fechou a Lei 8.666 e se decidiu a partir, eu reconheço, **do disposto no art. 37, § 6º, da CF, no disposto no art. 2º da CLT, mas sem se afastar, do cenário jurídico, um preceito. O que é isso, senão algo gozado pelo verbete vinculante nº 10?**

O MINISTRO MARCO AURÉLIO:

Presidente, no caso eu examinei os precedentes do TST e esses precedentes se fizeram ao mundo jurídico calcados em dois dispositivos: **o primeiro deles, como mencionado pela Ministra**

**Cármem Lúcia, é o § 6º do art. 37 da CF, que não versa essa responsabilidade solidária.** O que prevê esse parágrafo: que as pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão e aí vem a cláusula que define o alcance do preceito pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo e culpa. Não encerra esse dispositivo, sob a minha ótica, a obrigação solidária do Poder Público quando arremonta mão de obra mediante prestadores de serviços, considerado o inadimplemento da prestadora dos serviços. Também houve referência à CLT e teríamos aí, talvez na ótica de alguns, um conflito de normas no espaço. O que preceitua o § 2º do art. 2º: a solidariedade. Mas qual é a premissa dessa solidariedade, em que pese cada qual das empresas (vamos tomar empresas em sentido lato) a terem personalidade jurídica própria: a direção, controle ou administração de outra. O Poder Público não tem a direção, não tem a administração, não tem também o controle da empresa prestadora dos serviços. Então creio que sobra, unicamente, o § 1º do art. 71, que exclui – e a meu ver quando exclui não há conflito desse artigo com a Constituição Federal – a responsabilidade pela inadimplência do contratado, isso quanto ao Poder Público que licita, formaliza o contrato e a prestação de serviços ocorre mediante licitação, e o contratado vem a deixar de cumprir com as obrigações trabalhistas, fiscais e comerciais. E entender-se que o Poder Público responde pelos encargos trabalhistas, numa responsabilidade

*aqui supletiva, seria supletiva, sequer solidária, nós teríamos que assentar a mesma coisa quanto às obrigações fiscais e comerciais da empresa que terceiriza os serviços, por isso é que a meu ver deu-se um alcance primeiro ao § 6º do art. 37 que ele não tem, decididamente não tem.*

A MINISTRA CÁRMEN LÚCIA:

*Até porque são coisas distintas. A responsabilidade contratual da Administração Pública é uma coisa. A responsabilidade extracontratual ou patrimonial, que é essa que decorre do dano, é outra coisa. O Estado responde por atos lícitos, que são aqueles do contrato, ou por ilícitos, que são os danos praticados. Então são duas realidades, o § 6º do art. 37 só trata disso.*

O julgamento ocorreu em 24 de novembro de 2010.

Diante da decisão na ADC nº 16, o colendo Tribunal Superior do Trabalho foi levado a alterar o enunciado da sua Súmula nº 331, a fim de guardar simetria com a instância suprema do Poder Judiciário, já no ano de 2011, a partir da Resolução nº 174. Deu-se nova redação ao item IV e foram inseridos os itens V e VI.

A redação atual da Súmula nº 331 do TST é a seguinte:

**CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LEGALIDADE.**

*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.*

Ou seja, fica claro aqui que o colendo Tribunal Superior do Trabalho manteve o

entendimento de sempre, apenas se afastando da conclusão de que, pelo simples fato de já existir uma reclamação trabalhista, motivada pelo inadimplemento da empresa contratada, isto por si só bastaria (*in re ipsa*) para a responsabilização da Administração Pública, não sob fundamento da responsabilidade objetiva, mas ainda da subjetiva, por ser consequência lógica do inadimplemento uma falha na fiscalização contratual pela Administração.

Agora, deve-se “perquirir criteriosamente” se de fato existiu a culpa da Administração, seja em “eleger” o futuro contratado, seja em “vigiá-lo”: respectivamente, se ocorreu regular procedimento licitatório (artigo 37, inciso XXI, da Constituição Federal e artigo 1º da Lei nº 8.666/1993) e se a Administração não descurou em seu dever legal de fiscalização dos contratos administrativos (artigos 58, inciso III, 66 e 67, *caput*, da Lei nº 8.666/1993).

Entretanto, isso não está de um todo pacífico ou totalmente correto, de acordo com o entendimento do excelso Supremo Tribunal Federal. Relembremos emblemático julgamento da excelsa Corte trazido na **Revista Eletrônica do Tribunal Regional do Trabalho do Paraná**<sup>15</sup>, v. 1, n. 10, ago. 2012, cujo tema era a *terceirização*.

Naquele caso concreto, a Primeira Turma do egrégio Tribunal Regional do Trabalho da Nona Região, no julgamento do recurso ordinário<sup>16</sup>, seguiu o entendimento consagrado na Súmula nº 331 do TST, já reformulada e adequada ao julgamento da

Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 16, consoante Resolução nº 174/2011 do colendo Tribunal Superior do Trabalho, e manteve a responsabilidade subsidiária de um Município pela dívida trabalhista, por ter o Juízo constatado a culpa da Administração Pública quanto ao não acompanhamento e fiscalização contratual.

O Município propôs a Reclamação nº 12.926, perante o excelso Supremo Tribunal Federal, julgada procedente de forma monocrática pela ministra Cármen Lúcia “para cassar a decisão proferida e determinar que outra decisão seja proferida como de direito”.

Segundo a ministra Cármen, “as disposições insertas no art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/1993 e no inciso IV da Súmula 331 do TST são diametralmente opostas, pois enquanto a norma legal prevê que a inadimplência do contratado não transfere aos entes públicos a responsabilidade pelo pagamento de encargos trabalhistas, fiscais e comerciais, a orientação sumulada dispõe que o inadimplemento das obrigações trabalhistas pelo contratado implica a responsabilidade subsidiária da Administração Pública, se tomadora dos serviços”.

Interposto Agravo Regimental, o julgamento foi mantido pelo Plenário da Corte, citando-se precedentes que, em suma, preconizavam o seguinte:

a) a alegação de conduta omissiva por parte da Administração Pública não mais se sustenta após o julgamento da ADC nº 16, pois contrária à literalidade do art. 71, §1º, da Lei nº 8.666/1993;

b) também a responsabilização subsidiária da Administração Pública, ao fundamento de que o princípio de proteção e a teoria do risco explicam a preocupação de não deixar ao desabrigo o trabalhador, direciona-se

15 <http://www.mflip.com.br/pub/escolajudicial/?numero=10>

16 Recurso ordinário nº 00508-2009-669-09-00-5.

“a uma responsabilidade indireta daquele que, embora não seja o empregador direto, tenha se beneficiado da atividade dos trabalhadores contratados pela prestadora”, o que contraria também a ADC nº 16.<sup>17</sup>

Assim, a Primeira Turma do egrégio Tribunal Regional do Trabalho da Nona Região, em novo julgamento realizado, excluiu a responsabilidade subsidiária do ente público pelos débitos decorrentes da ação trabalhista, ao fundamento de que o excelso Supremo Tribunal Federal deixou claro que a condenação de ente público, com amparo na **atual** Súmula nº 331 do TST e nas teorias das culpas *in vigilando* e *in elegendo*, “implica negar vigência ao artigo 71, § 1º, da Lei nº 8.666/1993, ainda que por via transversa, o que acabaria por violar a Súmula Vinculante nº 10”.

É bom lembrar que no julgamento do agravo regimental pelo Plenário do excelso Supremo Tribunal Federal, citado na **Revista Eletrônica do Tribunal Regional do Trabalho do Paraná**, qual seja, a Reclamação nº 12.926, a Suprema Corte, **por unanimidade** e nos termos do voto da ministra-relatora, negou provimento ao apelo. Ausentes, neste julgamento, os senhores ministros Marco Aurélio e Gilmar Mendes e, licenciado, o senhor ministro Joaquim Barbosa. Presidiu o julgamento o senhor ministro Cezar Peluso (Plenário, 15 de dezembro de 2011).

Veja-se que, nesse julgamento, esteve presente o próprio relator da Ação Declaratória

de Constitucionalidade nº 16, que naquela ocasião firmara o entendimento de que “o reconhecimento da constitucionalidade do artigo 71, § 1º, da Lei nº 8.666/1993 não impedirá o TST de reconhecer a responsabilidade com base nos fatos de cada causa” e que “o STF não pode impedir o TST de, à base de outras normas, dependendo das causas, reconhecer a responsabilidade do poder público”.

Esse é o atual quadro.

Entretanto, e aí adentramos em momento crucial de nosso artigo, que se relaciona ao antológico julgamento conjunto, pelo excelso Supremo Tribunal Federal, dos recursos extraordinários nº 349.703/RS e nº 466.343/SP e dos *habeas corpus* nº 87.585/TO e nº 92.566/SP (ver, ainda, o Informativo nº 531 do STF).

Cada qual com sua ementa, transcrevemos trecho da ementa referente ao recurso extraordinário nº 349.703/RS, que bem sintetiza o julgamento:

*PRISÃO CIVIL DO DEPOSITÁRIO INFIEL EM FACE DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS. INTERPRETAÇÃO DA PARTE FINAL DO INCISO LXVII DO ART. 5º DA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1988. POSIÇÃO HIERÁRQUICO-NORMATIVA DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO. Desde a adesão do Brasil, sem qualquer reserva, ao Pacto Internacional dos Direitos Cívicos e Políticos (art. 11) e à Convenção Americana sobre Direitos Humanos – Pacto de San José da Costa Rica (art. 7º, 7), ambos no ano de 1992, não há mais base legal para prisão civil do depositário infiel, pois o caráter especial desses diplomas internacionais*

17 A síntese do caso concreto foi promovida pelo Excelentíssimo Desembargador do Trabalho Luiz Eduardo Gunther, do egrégio Tribunal Regional do Trabalho da Nona Região. Cf. Revista Eletrônica do Tribunal Regional do Trabalho do Paraná, v. 1, n. 10, ago. 2012. [Terceirização]

sobre direitos humanos lhes reserva lugar específico no ordenamento jurídico, estando abaixo da Constituição, porém acima da legislação interna. **O status normativo supralegal dos tratados internacionais de direitos humanos subscritos pelo Brasil torna inaplicável a legislação infraconstitucional com ele conflitante, seja ela anterior ou posterior ao ato de adesão.** Assim ocorreu com o art. 1.287 do Código Civil de 1916 e com o Decreto-Lei nº 911/69, assim como em relação ao art. 652 do Novo Código Civil (Lei nº 10.406/2002). (...)

Do ponto de vista material, alerta-nos Rafael Barretto que os tratados internacionais sobre direitos humanos sempre têm natureza constitucional, diante da abertura material da Constituição Federal (art. 5º, § 2º) e da matéria envolvida, tipicamente constitucional – *direitos humanos*.<sup>18</sup>

Do ponto de vista formal, Rafael Barretto enumera, doutrinariamente, as seguintes naturezas possíveis, em relação aos tratados internacionais<sup>19</sup> (e aqui trato de uma maneira geral, sendo ou não tratados internacionais sobre direitos humanos):

1) **natureza supraconstitucional:** os tratados valeriam mais do que a própria Constituição Federal, num eventual conflito, prevaleceriam aqueles;

2) **natureza constitucional:** os tratados equivaleriam às normas constitucionais, um eventual conflito seria então considerado como uma *colisão de normas constitucionais*, de modo que “os

direitos fundamentais e valores constitucionais deverão ser harmonizados, no caso *sub examine*, por meio de juízo de ponderação que vise preservar e concretizar ao máximo os direitos e bens constitucionais protegidos”<sup>20</sup>;

3) **natureza legal:** os tratados valeriam tanto quanto as leis infraconstitucionais, prevalecendo sempre, por óbvio, a Constituição Federal;

4) **natureza supralegal:** os tratados valeriam menos que a Constituição Federal, subordinando-se à *Lex Mater*, mas estariam acima da legislação infraconstitucional, prevalecendo sobre estas.

Para se entender o julgamento do excelso Supremo Tribunal Federal, há de se ter em mente a Reforma do Poder Judiciário, promovida pela Emenda Constitucional nº 45/2004, a qual incluiu o parágrafo 3º no artigo 5º da Constituição Federal, que inaugura tanto o título II, “dos direitos e garantias fundamentais”, quanto o capítulo I, “dos direitos e deveres individuais e coletivos”, e diz: “Os tratados e convenções internacionais **sobre direitos humanos** que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, **serão equivalentes às emendas constitucionais.**”

Partindo do comando constitucional, o excelso Supremo Tribunal Federal assim entendeu:

1) se são tratados

18 Nesse sentido, cf. BARRETTO, Rafael. *Direitos humanos*. 3. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2013, p. 88.

19 BARRETTO, Rafael. *Ob. Cit.*, p. 89.

20 FARIAS, Edilson Pereira de. *Colisão de Direitos*. Brasília: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1996, p. 98.

internacionais sobre direitos humanos e foram aprovados pelo quórum qualificado, isto é, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais, ou seja, terão natureza constitucional;

2) se são tratados internacionais sobre direitos humanos e não foram aprovados pelo quórum qualificado, inclusive aqueles já ratificados pelo Brasil no passado, em momento anterior a 31 de dezembro de 2004, momento em que a Emenda Constitucional nº 45 foi publicada no Diário Oficial da União, terão natureza supralegal;

3) se são tratados internacionais que não tratem sobre direitos humanos (os ajustes internacionais perante a Organização Mundial do Comércio, por exemplo), então terão natureza legal;

4) nenhum tratado internacional tem natureza supraconstitucional.

No caso concreto, considerando o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), que não foram aprovados pelo quórum qualificado do artigo 5º, § 3º, da Constituição Federal (nem poderiam, por serem em momento anterior, no ano de 1992), mas tratam sobre direitos humanos, tais ajustes internacionais teriam natureza **supralegal**.

O excelso Supremo Tribunal Federal reconheceu que tais pactos têm natureza inferior a da Constituição Federal, que trata, em seu

artigo 5º, inciso LXVII, da prisão civil por dívida, renunciando que esta não será admitida em nosso ordenamento jurídico pátrio, à exceção do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel.

Porém, reconheceu a Suprema Corte que o inciso LXVII do artigo 5º teria eficácia social limitada, ou seja, não seria autoaplicável, sendo carente de regulamentação por **lei infraconstitucional**. E é aí que entram o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica): não teriam força para suplantar a Constituição Federal, mas considerando que a própria Constituição Federal necessitaria de regulamentação infraconstitucional, suplantariam essa legislação (artigo 1.287 do Código Civil/1916, Decreto-Lei nº 911/1969 e artigo 652 do Código Civil/2002), imprimindo-lhe **eficácia paralisante**<sup>21</sup>.

Atualmente, o excelso Supremo Tribunal Federal conta, inclusive, com a Súmula Vinculante nº 25, que diz: “É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade de depósito.”

Interessante o posicionamento do douto Valerio de Oliveira Mazzuoli, para o qual, a partir de então, toda lei ordinária, para ser válida, deve contar com **dupla compatibilidade vertical material**, ou seja, deve ser compatível com a Constituição Federal e com os tratados de direitos humanos em vigor no país. Se a

21 Termo cunhado pelo ministro Gilmar Mendes no julgamento conjunto, pelo excelso Supremo Tribunal Federal, dos recursos extraordinários nº 349.703/RS e nº 466.343/SP e dos habeas corpus nº 87.585/TO e nº 92.566/SP.

legislação infraconstitucional for antagônica à Constituição Federal ou a um tratado, não conta com eficácia prática, isto é, a norma superior irradia a eficácia paralisante sobre a norma inferior.<sup>22</sup>

Nesse diapasão, é bom lembrar, com relação as convenções da Organização Internacional do Trabalho (OIT), dois pontos:

- 1) todas tratam sobre direitos humanos dos trabalhadores;
- 2) nenhuma delas foi aprovada pelo quórum qualificado do artigo 5º, § 3º, da Constituição Federal.

Assim, pelo que já vimos, têm **natureza supralegal**.

E aí vem o gancho para defendermos a mencionada responsabilidade objetiva da Administração Pública nos contratos de terceirização. Lembremos da **Convenção nº 94 da OIT**, aprovada na 32ª reunião da Conferência Internacional do Trabalho, em Genebra, no ano de 1949, e que entrou em vigor no plano internacional em 20 de setembro de 1952.

No Brasil, sua aprovação se deu com o Decreto-Legislativo nº 20/1965, ratificação em 18 de junho de 1965 e promulgação pelo Decreto nº 58.818/1966. Sua vigência nacional, assim, deu-se em **18 de junho de 1966**, há quase cinquenta anos.

Conforme esclarece o magistrado trabalhista Fabiano Coelho de Souza, a Convenção nº 94 da OIT foi denunciada pelo

Brasil em 1973, mas em seguida, em 1974, o Governo revogou o decreto de denúncia, retomando a vigência da norma no plano jurídico interno.

Os artigos 1 e 2 da Convenção dizem o seguinte:

*Art. 1 — 1. A presente convenção se aplica aos contratos que preenchem as condições seguintes:*

*a) **que ao menos uma das partes contratantes seja uma autoridade pública;***

*b) que a execução do contrato acarrete:*

*I) o gasto de fundos por uma autoridade pública;*

*II) **o emprego de trabalhadores pela outra parte contratante;***

*c) que o contrato seja firmado para:*

*I) a construção, a transformação, a reparação ou a demolição de obras públicas;*

*II) a fabricação, a reunião, a manutenção ou o transporte de materiais, petrechos ou utensílios;*

*III) **a execução ou o fornecimento de serviços;***

*d) que o contrato seja firmado por uma autoridade central de um Membro da Organização Internacional do Trabalho, para o qual esteja em vigor a convenção.*

*2. A autoridade competente determinará em que medida e sob que condições a convenção se aplicará aos contratos firmados por autoridades que não sejam as autoridades centrais.*

*3. A presente convenção se aplica aos trabalhos executados por subcontratantes ou por cessionários de contratos; medidas apropriadas serão*

22 MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *O controle jurisdicional da convencionalidade das leis*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. Vol. 4, p. 15. [Coleção Direito e Ciências Afins]

tomadas pela autoridade competente para assegurar a aplicação da convenção aos referidos trabalhos.

(...)

Art. 2 — 1. Os contratos aos quais se aplica a presente convenção **conterão cláusulas garantindo aos trabalhadores interessados salários, inclusive os abonos, um horário de trabalho, e outras condições de trabalho que não sejam menos favoráveis do que as condições estabelecidas para um trabalho da mesma natureza, na profissão ou indústria interessada da mesma região: (...)**

Dessa forma, defendemos o reconhecimento da **responsabilidade objetiva** da Administração Pública, na esteira da Convenção nº 94 da OIT e da Recomendação nº 84 da OIT, ressaltando os seguintes aspectos:

1) compatibilidade do julgado proferido na ADC nº 16 com a aplicação da Convenção nº 94 da OIT, visto que o excelso Supremo Tribunal Federal não tratou especificamente dessa convenção e, ainda, que apenas declarou a constitucionalidade de legislação infraconstitucional, que é inferior à convenção, consubstanciada em um tratado internacional sobre direitos humanos e detém natureza supralegal;

2) controle de convencionalidade do artigo 71, § 1º, da Lei nº 8.666/1993 e a necessária dupla compatibilidade vertical material do citado artigo, devendo ser compatível não só com a Constituição Federal, mas também com a Convenção nº 94 da OIT;

3) constatado o antagonismo do artigo 71, § 1º, da Lei nº 8.666/1993,

frente a Convenção nº 94 da OIT, a convenção irradia **eficácia paralisante** sobre a o artigo da Lei de Licitações;

4) prevalência da responsabilidade da Administração Pública na condição de tomadora de serviços em relação aos créditos dos trabalhadores terceirizados, incluindo matéria acidentária e prestação de serviços em contratos de obras.

Essa é, inclusive, uma tese aprovada no XVI CONAMAT – Congresso Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho, ocorrido de 1º a 04 de maio de 2012 em João Pessoa, na Paraíba, e defendida pelo magistrado Fabiano Coelho de Souza, nesses termos:

*TERCEIRIZAÇÃO NO SETOR PÚBLICO: RESPONSABILIDADE OBJETIVA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E COMPATIBILIDADE DO JULGADO PROFERIDO NA ADC Nº 16/STF COM A APLICAÇÃO DA CONVENÇÃO Nº 94/OIT. Terceirização no setor público. Responsabilidade objetiva da Administração Pública e compatibilidade do julgado proferido na ADC nº 16/STF com a aplicação da Convenção nº 94/OIT. Controle de convencionalidade do art. 71 da lei nº 8.666/93. Questão não enfrentada pelo STF quando do julgamento da ADC nº 16. Prevalência da responsabilidade da Administração Pública na condição de tomadora de serviços em relação aos créditos dos trabalhadores terceirizados, incluindo matéria acidentária e prestação de serviços em contratos de obras. Aplicação da Convenção nº 94 da OIT sobre cláusulas de trabalho em contratos com órgãos públicos, tratado internacional de*

*direitos humanos devidamente ratificado pelo Brasil, e integrante do bloco de constitucionalidade ou, ao menos, com estatuto de norma supralegal e hierarquicamente superior à lei de licitações.*

Embora não tenhamos localizado julgamentos que discorrem especificamente sobre essa evolução de entendimento, manifestada em um CONAMAT, encontramos uma decisão monocrática, proferida pelo ministro Carlos Alberto Reis de Paula, do colendo Tribunal Superior do Trabalho, nos autos do processo nº TST-AIRR-2376-59.2011.5.09.0660, em 24 de junho de 2013, no qual Sua Excelência assevera: **“Ademais, adotando a tese aprovada no XVI CONAMAT, que aborda a Convenção 94 da OIT, conclui-se que há a responsabilidade objetiva da administração pública quando contratado serviço terceirizado”**.

Ademais, como bem ressalta, em recente artigo<sup>23</sup>, a colega Ana Paula Toledo de Souza Leal, Oficiala de Justiça no egrégio Tribunal Regional do Trabalho da Oitava Região, embora não trate da responsabilidade objetiva da Administração ou da Convenção nº 94 da OIT, “o ministro Gilmar Mendes pondera<sup>24</sup> que o STF admite única exceção à consequência processual do efeito *erga omnes* a possibilidade de alteração da coisa julgada provocada por

mudança nas circunstâncias fáticas, valendo ressaltar que é uma relevante alteração das concepções jurídicas dominantes”.

E prossegue: “assim, é permitido e salutar o constante amadurecimento da interpretação dos textos jurídicos, também denominado de mutação constitucional, porquanto os entendimentos devem se transformar para melhor tutelar a realidade social, que está sempre em ativa mudança.”<sup>25</sup>

Estamos diante de clássica hipótese.

Assim, chega a hora de a Suprema Corte evoluir no entendimento esposado na Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 16, não necessariamente para decidir de forma contrária ao que já se decidiu – isto é, para modificar o entendimento consagrado no julgamento de declaração de constitucionalidade do artigo 71, § 1º, da Lei nº 8.666/1993 –, mas para reconhecer que não se tratou, naquele julgamento, da Convenção nº 94 da OIT, e que tal tratado internacional sobre direitos humanos, por ter natureza supralegal, deve prevalecer sobre o artigo da Lei de Licitações, seguindo-se a mesma linha jurisprudencial já consagrada nos recursos extraordinários nº 349.703/RS e nº 466.343/SP e nos *habeas corpus* nº 87.585/TO e nº 92.566/SP. Tudo para o reconhecimento da responsabilidade objetiva da Administração Pública nos contratos de terceirização, independente de dolo ou culpa.

23 LEAL, Ana Paula Toledo de Souza. *A responsabilidade da Administração Pública na terceirização*. In: MIESSA, Elisson; CORREIA, Henrique (orgs.). *Temas atuais de Direito e Processo do Trabalho*. Salvador: JusPODIVM, 2014, p. 333.

24 MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 4. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 1.329.

25 LEAL, Ana Paula Toledo de Souza. *Ob. Cit.*, p. 333.

# TERCEIRIZAÇÃO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: BREVES REFLEXÕES CRÍTICAS

Luciano Elias Reis

## I – Intróito

A contratação pela Administração Pública de serviços terceirizados é uma prática comum na atualidade, entretanto merece profícuas reflexões sobre o seu uso e as posições adotadas pelas Cortes de Contas e pelo Poder Judiciário, haja vista o distanciamento da teoria e da prática. Este ensaio objetiva um reexame crítico de alguns conceitos e comportamentos hodiernamente assentados nos órgãos e entidades públicas, sem qualquer pretensão de esgotamento ou de respostas exatas.

A Constituição da República Federativa de 1988 prescreveu a possibilidade de contratar serviços de terceiros, desde que respeitada a regra e o princípio do dever de licitar como expresso no inciso XXI do artigo 37 “ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública (...)”.

O tema não é uma novidade ou exclusividade da Administração Pública, isto

porque a terceirização advém historicamente do setor privado após a Segunda Guerra Mundial. Trata-se de um fenômeno ocasionado por critérios econômicos que altera a linha de produção e a iniciativa privada, principalmente para diminuir os custos na formação de preços dos objetos, ainda mais num mundo globalizado e deveras competitivo. Como explicam Jorge Ulisses Jacoby Fernandes e Diva Belo Lara, a “terceirização teve origem nos Estados Unidos da América após a Segunda Guerra Mundial, quando as indústrias de armamento passaram a buscar parceiros externos para aumentar sua capacidade de produção. Em meados da década de 40, esta técnica foi largamente utilizada pelos países europeus que participaram da Segunda Guerra Mundial, para a produção de armamentos.”<sup>1</sup>

No Brasil, segundo estudos de Osvaldo Nunes

1 FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby; LARA, Diva Belo. **Terceirização no serviço público**. Disponível em: <[http://www.jacoby.pro.br/novo/uploads/recursos\\_humanos/legis/terceirizacao/TSP.pdf](http://www.jacoby.pro.br/novo/uploads/recursos_humanos/legis/terceirizacao/TSP.pdf)>. Acesso em 31 out. 2014.



Luciano Elias Reis

Advogado; Sócio do escritório Reis, Correa e Lippmann Advogados Associados; Mestre em Direito Econômico pela PUCPR; Especialista em Processo Civil e em Direito Administrativo, ambos pelo Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar; Presidente da Comissão de Gestão Pública e Controle da Administração da Ordem dos Advogados do Brasil – Seção Paraná; Professor de Direito Administrativo da UNICURITIBA;

Alves, a terceirização em geral começou a surgir em 1929, já que o país estava assolado por uma crise econômica e por esta razão os cafeicultores investiram em indústrias que empregavam terceiros para a execução de tarefas secundárias, a fim de economizar com o valor destinado a mão-de-obra.<sup>2</sup> Em outra pesquisa sobre o tema, AmeliaMidoriYamaneSekidodescreve que a terceirização no Brasil aparece nas décadas de 50 e 60 quando fora adotado pela indústria automobilística.<sup>3</sup>

No âmbito normativo da Administração Pública, a terceirização tem guarida no Decreto-Lei nº 200/1967 quando expressa que um dos princípios fundamentais é a descentralização, consoante reza o artigo 6º. Depois, o artigo 10 prescreve que as atividades da administração serão amplamente descentralizadas e em seu parágrafo sétimo há a previsão de que “para melhor desincumbir-se das tarefas de planejamento, coordenação, supervisão e controle e com o objetivo de impedir o crescimento desmesurado da máquina administrativa, a Administração procurará desobrigar-se da realização material de tarefas executivas, recorrendo, sempre que possível, à execução indireta, mediante contrato, desde que exista, na área, iniciativa privada suficientemente desenvolvida e capacitada a desempenhar os encargos de execução.”

Conforme Cristiana Fortini e Virginia Kirchmeyer

2 ALVES, Osvaldo Nunes. **Terceirização de Serviços na Administração Pública**. Disponível em: <http://portal2.tcu.gov.br/portal/pls/portal/docs/2054228.PDF>. Acesso em 31 out. 2014.

3 SEKIDO, AmeliaMidoriYamane. **Terceirização na Administração Pública**: a gestão e a fiscalização dos contratos. Disponível: ><http://portal2.tcu.gov.br/portal/pls/portal/docs/2055866.PDF><. Acesso em 31 out. 2014.

Vieira, “a terceirização costuma ser definida como processo de gestão empresarial que consiste na transferência para terceiros de serviços que, originalmente, seriam executados dentro da própria empresa.”<sup>4</sup>Desse modo, é a contratação de um terceiro para a prestação de serviços para uma pessoa, a qual se aproveita e frui do resultado do labor dos funcionários desse terceiro.

A terceirização na Administração Pública inicialmente encontra espeque num contexto econômico e utilitarista, o qual não poderá distanciar-se ou afrontar o sistema jurídico. Não há dúvidas que muitos efetuam o cálculo de quanto custa um servidor ou um empregado versus o montante a ser despendido para a contratação de uma empresa prestadora do serviço. Logo vem a pergunta: contratar diretamente o trabalhador (seja na condição de servidor público ou empregado público)<sup>5</sup> ou contratar uma empresa e tomar o serviço do funcionário desta?

Esta indagação é respondida às vezes no seio dos órgãos e entidades quando do

4 FORTINI, Cristiana; VIEIRA, Virginia Kirchmeyer. A terceirização pela Administração Pública no Direito Administrativo: considerações sobre o Decreto nº 2.271/97 e a Instrução Normativa nº 2/08. In: FORTINI, Cristiana. **Terceirização na Administração**. Belo Horizonte. Fórum, 2009, p. 25-38, p. 27.

5 Diferencia-se servidor público e empregado público em virtude do regime jurídico aplicável para nortear a sua relação funcional com a Administração Pública. Enquanto o servidor público possui um vínculo estatutário regido por uma lei que é o seu estatuto (como, por exemplo, a Lei n. 8.112/90), o empregado público firma um contrato de trabalho amparado na CLT. Na Administração Pública, o empregado público é comum nas empresas públicas e sociedades de economia, apesar de ser possível o seu uso nas fundações de direito público de direito privado conquanto haja enormes debates na doutrina acerca da classificação e efetiva natureza jurídica das fundações públicas.

exercício da função administrativa a partir de critérios meramente utilitaristas ou por análise puramente financeira sem a observância do seu acolhimento pelo sistema jurídico. Neste diapasão, é impreterível recorrer aos comandos prescritos do sistema jurídico para encontrar a resposta escoreta, a qual determina que jamais poderá ocorrer a terceirização para burlar o também princípio e regra do concurso público para a seleção de uma pessoa apta para prover um cargo público ou um emprego público, após a devida disputa em um concurso público de provas ou de provas e títulos nos termos insculpidos do inciso II do artigo 37 da Constituição. Da mesma forma, a Lei de Responsabilidade Fiscal evita o uso da terceirização como mera substituição de servidores para fins de fuga ao cômputo dos limites de despesas com pessoal, segundo ressoa a partir da norma do parágrafo primeiro do artigo 18.<sup>6</sup>

Com efeito, percebe-se claramente a relevância e o cuidado no trato do assunto da terceirização na Administração Pública Brasileira.

## II – Tratamento normativo da terceirização na Administração Pública Federal

No âmbito da Administração Pública



Federal, a terceirização já foi objeto de inúmeros textos normativos para regulamentá-la e atualmente existe a Instrução Normativa da Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão nº 02/2008 que disciplina regras e diretrizes para a contratação de serviços continuados, bem como o Decreto Federal nº 2.271/1997 que dispõe sobre a contratação de serviços em geral, independentemente de serem continuados ou não.<sup>7</sup>

Historicamente, a Instrução Normativa SLTI/MPOG nº 02/2008 possui os seguintes regulamentos como precedentes: a Instrução Normativa do Ministério do Orçamento e Gestão nº 18/1997 e a Instrução Normativa nº13, de 30 de outubro de 1996.<sup>8</sup>

Forçoso recordar também que, no âmbito de terceirização de serviços na Administração Pública e cuidados para a realização das

6 Sobre o assunto, vide questionamento e julgamento do Supremo Tribunal Federal acerca de constitucionalidade da aludida previsão: ADI 2.238-MC, Rel. p/ o ac. Min. Ayres Britto, julgamento em 9-8-2007, Plenário, DJE de 12-9-2008.

7 A referida instrução normativa é aplicável aos órgãos e entidades integrantes do Sistema de Serviços Gerais – SISG – que por sua vez é regulamentado no Decreto Federal nº 1094/94.

8 A Instrução Normativa nº 18/1997 já foi calcada no Decreto Federal nº 2.271/1997.

licitações e a fiscalização dos contratos administrativos gerados, o Estado de São Paulo merece destaque em razão dos Estudos Técnicos de Serviços Terceirizados, denominado de CADTERC. Nos inúmeros cadernos técnicos emitidos pela Administração Pública Estadual de São Paulo, há a divulgação das diretrizes e regras indispensáveis a serem fixadas nas licitações e nos contratos terceirizados visando à modernização e padronização na atuação pelos inúmeros agentes públicos competentes atuantes em contratações similares em todo o território estadual.

A previsibilidade dos estudos estáalicerçado nos Decretos Estaduais de São Paulo nº 49.337/05 e nº 48326/03. A título complementar, atualmente existem dezoito cadernos técnicos disponíveis no site [www.cadterc.sp.gov.br](http://www.cadterc.sp.gov.br). Conquanto seja aplicável à esfera estadual de São Paulo e considerando a boa qualidade das normas lá contidas, recomenda-se o uso e a cópia pelos demais estados e municípios.

Não há dúvidas de que os suscitados cadernos também serviram de inspiração para a confecção da Instrução Normativa SLTI/MPOG nº 02/2008 que se avolumou de informações e determinações ao comparar com a instrução normativa anterior (IN nº 18/1997). Atualmente, o citado texto normativo contempla sobre planejamento na fase interna da licitação, regras a serem colocadas nos editais de licitações, diretrizes para a gestão e fiscalização de contratos administrativos, ferramentas para evitar riscos e responsabilização do Poder Público, dentre outros assuntos.

### III – Atividades passíveis de terceirização

Como asseverado, a Constituição da República Federativa preceitua a contratação de serviços pela Administração Pública. Regulamentando o inciso XXI do artigo 37 da Carta Magna, a Lei de Licitações e Contratos Administrativos (Lei nº 8.666/93) também dispõe em vários dispositivos. Vide, por exemplo, artigos 1º, caput, 2º, caput, 6º, I, 7º, dentre outros diversos.

Qualquer serviço poderá ser descentralizado pelos órgãos e entidades estatais e repassados a um terceiro ou existe uma limitação? Para responder esta inquirição, é necessário analisar as nebulosas e polissêmicas expressões atividade-meio e atividade-fim.

A terceirização na Administração Pública somente poderá ocorrer de serviços relacionados à atividade-meio. A atividade-fim deverá necessariamente ser desempenhada por um servidor ou um empregado especificamente contratado para este mister.

A atividade-meio é importante para a consecução das atribuições e funcionamento dos órgãos e entidades da Administração, no entanto não é a atividade precípua ou principal. Enquanto a atividade-meio é considerada instrumental e ancilar, a atividade-fim está relacionada à essência da existência e aos escopos em si das atribuições determinadas normativamente à Administração Pública. Neste diapasão, as atividades principais e precípua dos órgãos e entidades da Administração Pública não poderão ser terceirizados, sob pena de configurar flagrante ilegalidade.

O Decreto Federal nº 2271/1997 prevê em seu artigo 1º que no âmbito da Administração Pública Federal direta, autárquica e fundacional poderão ser objeto de execução

indireta as atividades materiais acessórias, instrumentais ou complementares aos assuntos que constituem área de competência legal do órgão ou entidade.

Os parágrafos do referido artigo estipulam algumas atividades consideradas meio na maioria dos órgãos e entidades e também quando não será legal a terceirização: (i) As atividades de conservação, limpeza, segurança, vigilância, transportes, informática, copeiragem, recepção, reprografia, telecomunicações e manutenção de prédios, equipamentos e instalações serão, de preferência, objeto de execução indireta (§ 1º); (ii) não poderão ser objeto de execução indireta as atividades inerentes às categorias funcionais abrangidas pelo plano de cargos do órgão ou entidade, salvo expressa disposição legal em contrário ou quando se tratar de cargo extinto, total ou parcialmente, no âmbito do quadro geral de pessoal (§ 2º).

Na mesma esteira, o artigo 9º da Instrução Normativa SLTI/MPOG nº 02/2008 estabelece a inviabilidade de terceirizar serviços atinentes ao exercício do poder de polícia, de competências relacionadas à missão institucional do órgão ou entidade ou de prêmios previstos como deveres de algum cargo existente na estrutura funcional.<sup>9</sup>

9 Art. 9º É vedada a contratação de atividades que:

I - sejam inerentes às categorias funcionais abrangidas pelo plano de cargos do órgão ou entidade, assim definidas no seu plano de cargos e salários, salvo expressa disposição legal em contrário ou quando se tratar de cargo extinto, total ou parcialmente, no âmbito do quadro geral de pessoal;

II - constituam a missão institucional do órgão ou entidade; e

Teoricamente é mais fácil examinar a atividade-meio e a atividade-fim ao invés de analisar empiricamente nos casos concretos. Dependendo das circunstâncias do suporte fático, poderá ser considerado atividade-fim ou não. A importância desta diferenciação não se dá unicamente para fins do Direito Administrativo ou do Direito do Trabalho, mas também encontra reflexos para o Direito Tributário, Previdenciário, dentre outros.

Posto isso, em razão da aproximação existente entre tais atividades para caracterização de uma ilegalidade ou não no seio da Administração Pública, esta deverá tomar as devidas cautelas para a sua atuação, sempre primando pela conduta mais restritiva, a fim de não violar normas constitucionais como é o caso do dever de concurso público.

Sobre o assunto, Flávio Amaral Garcia denuncia a fragilidade para encontrar o discrimen: “em algumas situações, o limite entre atividade-meio e atividade-fim é muito tênue, não sendo, na maior parte das vezes, solucionado por critérios jurídicos, mas por critérios empresariais inerentes à própria atividade”. O autor ainda verbera que “diferenciar as terceirizações lícitas das ilícitas por esse critério de atividade-meio e fim cria um ambiente de absoluta insegurança jurídico

.....  
III - impliquem limitação do exercício dos direitos individuais em benefício do interesse público, exercício do poder de polícia, ou manifestação da vontade do Estado pela emanção de atos administrativos, tais como:

a) aplicação de multas ou outras sanções administrativas;  
b) a concessão de autorizações, licenças, certidões ou declarações;

c) atos de inscrição, registro ou certificação; e

d) atos de decisão ou homologação em processos administrativos.

para o administrador público, que diante de situações que se encontram na zona cinzenta, fica sem saber se pode ou não contratar determinado objeto, eis que isso pode ser considerado ilegal pela Justiça do Trabalho.”<sup>10</sup>

Na seara da justiça trabalhista, é bastante recorrente a descaracterização de atividade-meio para atividade-fim com o escopo de evidenciar irregularidade na contratação de terceirizados em detrimento do concurso público. Para ilustrar e carrear um exemplo de decisão oriundo da Corte do Trabalho, colaciona-se o seguinte trecho em que houve a terceirização dos préstimos de eletricitista por uma empresa distribuidora de energia:

*Desse modo, a terceirização somente será lícita nos casos de trabalho temporário, serviços de vigilância, conservação e limpeza, e contratação de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador e, ainda assim, se inexistentes os pressupostos inerentes ao contrato de emprego, na forma insculpida no artigo 3º da CLT, máxime a personalidade e a subordinação jurídica.*

*No presente caso, porém, ao contrário do alegado pela Recorrente, a terceirização havida entre as empresas não pode ser considerada lícita, na medida em que não se cogita de contratação de serviços especializados ligados à atividade-meio da tomadora de serviços, mas sim de autêntica atividade-fim.*

*Os serviços de eletricitista, terceirizados pela segunda Ré e prestados pelo*

*Autor, eram essenciais ao seu empreendimento, na sua notória condição de empresa distribuidora de energia.”<sup>11</sup>*

No caso supra, fica clarividente que deverá ser analisado o serviço a ser tomado frente à atividade principal desenvolvida pelo empregador, o que per si gerou uma condenação trabalhista nesta situação relatada.

Portanto, conclui-se que existe uma grande preocupação e insegurança jurídica de saber o que poderá ser terceirizado na Administração Pública, já que inexistem critérios normativos objetivos.

#### **IV - Responsabilidade subsidiária trabalhista da Administração Pública**

Além do perigo apontado no item anterior, tais contratos também geram uma incomensurável preocupação da Administração Pública em razão do risco de responsabilidade subsidiária trabalhista.

A Lei de Licitações, em seu artigo 71, § 1º, preconiza que “a inadimplência do contratado, com referência aos encargos trabalhistas, fiscais e comerciais não transfere à Administração Pública a responsabilidade por seu pagamento, nem poderá onerar o objeto do contrato ou restringir a regularização e o uso das obras e edificações, inclusive perante o Registro de Imóveis.”

Todavia, tal dispositivo era

10 GARCIA, Flávio Amaral. **Licitações e Contratos Administrativos**. 3. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 324.

11 Tribunal Superior do Trabalho, AIRR - 36140-67.2009.5.03.0112, Relator Ministro: Antônio José de Barros Levenhagen, Data de Julgamento: 12/05/2010, 4ª Turma, Data de Publicação: DEJT 21/05/2010.

constantemente confrontando com o teor da anterior redação da Súmula nº 331 do Tribunal Superior do Trabalho que possibilitava a responsabilização subsidiária da Administração Pública tomadora de serviço em caso de inadimplemento pelo empregador.<sup>12</sup>

Frente a este combate entre a lei de licitações e a súmula, o dispositivo legal foi questionado no Supremo Tribunal Federal acerca de sua constitucionalidade. Tal assunto foi julgado pela Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 16 a qual definiu pela constitucionalidade do artigo 71, § 1º e pela sua interpretação sistemática com as demais normas da legislação de licitações, mormente àquelas que preveem o dever de fiscalização do contrato administrativo por representante devidamente designado pela Administração contratante.<sup>13</sup>

12 “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 03-01-74).

II. A contratação irregular de trabalhador, através de empresa interposta, não gera vínculo de emprego com os órgãos da Administração Pública Direta, Indireta ou Fundacional (Art. 37, II, da Constituição da República).

III. Não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância (Lei nº 7.102, de 20-06-1983), 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, inclusive quanto aos órgãos da administração direta, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista, desde que hajam participado da relação processual e constem também do título executivo judicial (art. 71 da Lei nº 8.666, de 21.06.1993) (Alterado pela Res. 96/2000, DJ 18.09.2000).”

13 RESPONSABILIDADE CONTRATUAL. Subsidiária.

Com supedâneo nesta decisão do Supremo Tribunal Federal, o Tribunal Superior do Trabalho alterou a Súmula nº 331 a fim de inserir os incisos V e VI, determinando que a responsabilidade subsidiária trabalhista deverá ocorrer caso fique constatada culpa da Administração Pública na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora:

V- Os entes integrantes da administração pública direta e indireta respondem subsidiariamente, nas mesmas condições do item IV, caso evidenciada a sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei nº 8.666/93, 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

.....  
 Contrato com a administração pública. Inadimplência negocial do outro contraente. Transferência consequente e automática dos seus encargos trabalhistas, fiscais e comerciais, resultantes da execução do contrato, à administração. Impossibilidade jurídica. Consequência proibida pelo art., 71, § 1º, da Lei federal nº 8.666/93. Constitucionalidade reconhecida dessa norma. Ação direta de constitucionalidade julgada, nesse sentido, procedente. Voto vencido. É constitucional a norma inscrita no art. 71, § 1º, da Lei federal nº 8.666, de 26 de junho de 1993, com a redação dada pela Lei nº 9.032, de 1995. (STF, ADC 16, Relator(a): Min. CEZAR PELUSO, Tribunal Pleno, julgado em 24/11/2010, DJE-173 DIVULG 08-09-2011 PUBLIC 09-09-2011 EMENT VOL-02583-01 PP-00001 RTJ VOL-00219- PP-00011)

as verbas decorrentes da condenação referentes ao período da prestação laboral.

A partir deste raciocínio e previsão sumular, os órgãos e entidades da Administração Pública deverão realçar ainda mais a devida e correta fiscalização contratual, pois ela poderá alijar possíveis responsabilizações subsidiárias trabalhistas.

O dever de fiscalizar os contratos administrativos não é uma novidade, isto porque é uma cláusula exorbitante, consoante regra do artigo 58, III, da Lei nº 8.666/93. Depois no próprio teor da lei, há os artigos 67 e seguintes que enfatizam a fiscalização e como deverá portar-se o representante designado para ser fiscal de contrato. Abre-se parêntese para advertir que o tema não foi novidade na legislação, isto porque o texto normativo anterior à Lei nº 8.666,/93, qual seja, o Decreto-Lei nº 2.300/1986, também preconizava o dever de fiscalizar. No âmbito federal das terceirizações, o Decreto Federal nº 2.271/1997 estatui o dever de ser indicado um gestor do contrato para acompanhamento e fiscalização da execução contratual.<sup>14</sup> Na mesma toada, os artigos 31 e seguintes da Instrução Normativa SLTI/MPOG nº 02/2008 ressoam sobre o assunto.

Salienta-se que é dever da Administração Pública a demonstração da correta e percuciente fiscalização, comprovando as

atitudes e os documentos apreciados durante a execução do contrato com o intuito de afastar a responsabilidade subsidiária. O ônus da prova deverá ser da Administração contratante em razão da própria responsabilidade objetiva preconizada no artigo 37, § 6º, da Constituição. Caso seja afastada esta regra constitucional por versar sobre danos decorrentes de relação extracontratual, o que não se entende como raciocínio adequado, mas se cogita por eventualidade, deve-se primar pelo ônus à Administração pela claríssima hipossuficiência do empregado versus o empregador e o tomador do serviço.

Não bastam palavras ou verborragia para repulsar qualquer responsabilidade, mas as petições e defesas deverão estar fartamente acompanhadas de documentos colhidos, requisitados e analisados durante a execução contratual. Para tanto é imprescindível pensar em planejamento e organização preventiva.

O planejamento estampa-se na exigência editalícia e contratual dos documentos fundamentais para perquirir a regularidade ou não das verbas trabalhistas durante o transcorrer da execução contratual, o que por sinal será sentido quando da elaboração do ato convocatório. O ato-regra que disciplina as condições para a licitação e para a execução contratual já deverá prescrever todos os documentos a serem apresentados pelas empresas, a periodicidade, o formato, quem fiscalizará, dentre outras informações básicas. Com esteio nesta prescrição normativa<sup>15</sup>,

14 Art . 6º A administração indicará um gestor do contrato, que será responsável pelo acompanhamento e fiscalização da sua execução, procedendo ao registro das ocorrências e adotando as providências necessárias ao seu fiel cumprimento, tendo por parâmetro os resultados previstos no contrato.

15 O edital de licitação prescreve normas a serem cumpridas pela Administração e pelos fornecedores, conforme princípio da vinculação ao instrumento convocatório.

incumbirá à rigorosa fiscalização observar todas as exigências. A organização reside no fato de arquivar os documentos da fiscalização e gestão contratual após a extinção do contrato, bem como existir uma harmonia e linguagem institucional para que as procuradorias tenham acesso a tais robustas documentações a serem demonstradas em juízo.

Sobre a posição adotada pelos Tribunais Trabalhistas, transcreve-se uma decisão do Tribunal Superior do Trabalho transluzindo o dever de comprovar efetiva fiscalização pela Administração Pública para afastar a responsabilidade subsidiária:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. ENTE PÚBLICO. CARACTERIZAÇÃO DE CULPA IN VIGILANDO. INCIDÊNCIA DA SÚMULA Nº 331, V, DO TST. LIMITAÇÃO DA CONDENAÇÃO. INCIDÊNCIA DA SÚMULA Nº 331, VI, DO TST. Do quadro fático delineado pelo TRT extrai-se que a condenação decorre da culpa in vigilando dos tomadores dos serviços. Com efeito, consta do v. acórdão recorrido que: -Os tomadores respondem pela culpa in vigilando e in eligendo, já que foram beneficiários do trabalho prestado pela reclamante, posto que os direitos reconhecidos tiveram origem no curso do contrato de trabalho e cabia aos tomadores zelar pela contratação de empresa idônea e cumpridora de suas obrigações, justificando-se a responsabilização subsidiária, já que restou evidente a ausência das

cauteladas necessárias à execução do contrato de terceirização de modo afeiçoado aos rigorosos parâmetros legais de fiscalização retro enunciados. Como visto, o segundo e o terceiro reclamados não produziu qualquer prova de fiscalização quanto ao integral cumprimento das obrigações trabalhistas pela prestadora, deixando de juntar recibos, planilhas, indicação de representante, prova de visitas e controle diário ou mensal, comprovantes de recolhimentos. Desta maneira, devem arcar com o risco inerente à pactuação, responsabilizando-se subsidiariamente pelos direitos do obreiro.- (fls. 248-249 - grifei). Nesse contexto, inviável a admissibilidade do recurso de revista, pois a decisão recorrida encontra-se em consonância com o item V da Súmula 331/TST. No tocante ao tema -Limitação da Condenação-, a v. decisão regional está em consonância com a Súmula nº 331, VI, do TST. Agravo de instrumento conhecido e não provido.

(Tribunal Superior do Trabalho, AIRR - 1784-11.2011.5.02.0013 , Relator Ministro: Alexandre de Souza Agra Belmonte, Data de Julgamento: 15/10/2014, 3ª Turma, Data de Publicação: DEJT 17/10/2014)

Outrossim, convém ressaltar que o presente tema poderá sofrer modificação na interpretação acima indicada ou ratificação, isto porque está pendente de julgamento perante o Supremo Tribunal Federal a repercussão geral

no recurso extraordinário nº 760.931. Desse modo, por enquanto deverá a Administração Pública ser justa e rigorosa na fiscalização das empresas terceirizadas e aguardar a posição da Corte Suprema.

### V - Conclusão

Diante de todo este cenário brevemente relatado sobre a terceirização na Administração Pública, no âmbito federal a Instrução Normativa SLTI/MPOG nº 02/2008 estabeleceu diretrizes e regras a serem observadas para evitar qualquer risco de uma possível responsabilização. Várias ferramentas estão implementadas na rotina administrativa, dentre elas, a conta vinculada para assegurar determinados recursos relacionados aos funcionários que a empresa faria jus e que depois repassaria aos mesmos, o controle efetivo sobre os funcionários da terceirizada, análise da documentação trabalhista e previdenciária, bem como conferência de férias e verbas rescisórias.

Ante esta realidade, fica uma reflexão crítica: atualmente a Administração está diante de uma verdadeira terceirização ou de meras empresas intermediárias (interposição) de trabalho ou ainda locação de mão-de-obra?

A crítica é oportuna porque as empresas terceirizadas contratadas pela Administração Pública simplesmente estão deixando a sua área de recursos humanos com os órgãos e entidades contratantes, o que per se tem desencadeado uma sobrecarga de servidores e empregados públicos não qualificados para tais tarefas.

Por derradeiro, uma crítica reflexiva: os servidores e os empregados públicos estão qualificados para efetuar a fiscalização dos serviços terceirizados com todas as

suas dificuldades e celeumas desde a parte documental até aos aspectos prático-operacionais?

### REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVES, Osvaldo Nunes. **Terceirização de Serviços na Administração Pública**. Disponível em: <http://portal2.tcu.gov.br/portal/pls/portal/docs/2054228.PDF> . Acesso em 31 out. 2014.

FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby; LARA, Diva Belo. **Terceirização no serviço público**. Disponível em: [http://www.jacoby.pro.br/novo/uploads/recursos\\_humanos/legis/terceirizacao/TSP.pdf](http://www.jacoby.pro.br/novo/uploads/recursos_humanos/legis/terceirizacao/TSP.pdf). Acesso em 31 out. 2014.

FORTINI, Cristiana; VIEIRA, Virginia Kirchmeyer. A terceirização pela Administração Pública no Direito Administrativo: considerações sobre o Decreto nº 2.271/97 e a Instrução Normativa nº 2/08. In: FORTINI, Cristiana. **Terceirização na Administração**. Belo Horizonte. Fórum, 2009, p. 25-38, p. 27.

GARCIA, Flávio Amaral. **Licitações e Contratos Administrativos**. 3. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

SEKIDO, AmeliaMidoriYamane. **Terceirização na Administração Pública: a gestão e a fiscalização dos contratos**. Disponível: <http://portal2.tcu.gov.br/portal/pls/portal/docs/2055866.PDF>>. Acesso em 31 out. 2014.

# O SUPREMO E A REPERCUSSÃO GERAL NO CASO DA TERCEIRIZAÇÃO DE ATIVIDADE-FIM DE EMPRESAS DE TELECOMUNICAÇÕES: O QUE ESTÁ EM JOGO?

Vitor Filgueiras  
Renata Queiroz Dutra

## INTRODUÇÃO

O Supremo Tribunal Federal tem assumido uma postura de protagonismo em relação ao julgamento de uma questão fundamental concernente à regulação das relações de trabalho no Brasil hoje: a terceirização.

Em 2011, o STF, no julgamento relativamente rápido<sup>1</sup> da ADC 16/DF, disciplinou a responsabilidade da Administração Pública pela terceirização de serviços contratados nos termos da Lei nº 8.666/93. O fez por meio de

análise apartada dos valores sociais do trabalho, que culminou por isentar de responsabilidade, como regra, os entes públicos tomadores de serviços, estabelecendo que a quitação dos haveres trabalhistas deve ser resolvida, prioritariamente, entre os trabalhadores terceirizados e as pessoas jurídicas interpostas (empresas prestadoras de serviços).

Recentemente, em decisão que alarmou o movimento sindical, os agentes de regulação institucional e os estudiosos do mundo do trabalho, a Corte Constitucional reconheceu a repercussão geral da licitude da terceirização de atividade-fim, à luz da liberdade de contratar inserta no art. 5º, II, da Constituição Federal (ARE 713.211/MG, relatoria do Ministro Luiz Fux). A possibilidade de romper com o até então estável entendimento do Tribunal Superior do Trabalho sobre a matéria, consolidado nos termos da Súmula nº 331 daquele Tribunal trabalhista, aponta para uma abertura para a terceirização maior até do que a intentada

1 Agrademos a Daniel Soeiro Freitas pelo diálogo a respeito das ideias e pelo trato dos dados suscitados nesse texto, mas assumo integral responsabilidade por seu conteúdo.

Basta observar que a referida ação declaratória de constitucionalidade fora proposta em 2007, ao passo que, por exemplo, a ADI a respeito da denúncia pelo Estado Brasileiro da Convenção nº 158 da OIT, que repele a dispensa imotivada, encontra-se pendente de julgamento desde 1998.



Vitor Filgueiras

Doutor em Ciências Sociais (UFBA), pós-doutorando em Economia (UNICAMP), Pesquisador de Centro de Estudos Sindicais e Economia do Trabalho (CESIT) da UNICAMP, auditor fiscal do Ministério do Trabalho.



Renata Queiroz Dutra

Mestre e Doutoranda em Direito, Estado e Constituição pela Universidade de Brasília. Analista Judiciária do Tribunal Superior do Trabalho.

pelo patronato pela via legislativa (conferir, por exemplo, os termos do PL 4330).

O setor de telecomunicações não ficou de fora dessa investida empresarial sobre a Suprema Corte: foi reconhecida no plenário vital a Repercussão Geral nº 739<sup>2</sup>, no bojo ARE 791932, de relatoria do Min. Teori Zavaski, por 9 dos 11 Ministros do STF. Importante observar que dos 9 Ministros que votaram pela repercussão geral, 8 entenderam que havia questão constitucional quanto à matéria. Apenas a Ministra Rosa Weber reconheceu a repercussão geral para pontuar que não havia questão constitucional em relação ao tema.

Os Ministros entenderam que há repercussão geral na alegação recursal de que, quando o Tribunal Superior do Trabalho reconhece a ilicitude da terceirização de atividade de *call center* pelas empresas de telecomunicações, deixa de aplicar o art. 94, II, da Lei nº 9.472/97 (Lei Geral de Telecomunicações – LGT), de modo que, ainda que não tenha declarado a inconstitucionalidade desse dispositivo legal, viola a cláusula de reserva de plenário (art. 97 da Constituição Federal<sup>3</sup>).

Embora aparente que a questão recursal revista-se de contornos meramente

formais, que podem dar ensejo a uma mera determinação do Supremo no sentido de que o TST submeta a questão ao seu Plenário, para sanar o problema do quórum exigido pelo art. 97 da Constituição Federal, é importante ter em mente que, de acordo com a sistemática processual da repercussão geral hoje em vigor, nada impede que, ao decidir a questão processual à qual se atribuiu repercussão geral, o Supremo prossiga no julgamento para enfrentar a questão de mérito relativa à possibilidade ou não de o art. 94, II, da LGT autorizar a terceirização de atividade-fim por parte das empresas de telecomunicações. O fazendo, a Corte atribuiria repercussão geral ao seu entendimento, vinculando todos os demais órgãos do Judiciário e encerrando a possibilidade de recurso extraordinário sobre o tema.

Assim sendo, a questão adquire relevância para a regulação do trabalho no país: primeiro, pela exceção que representa em relação à regra geral firmada hoje no ordenamento, no sentido de que a terceirização de atividade-fim é ilícita, visto que se caracteriza como intermediação de mão de obra e implica rebaixamento das condições de trabalho<sup>4</sup>. Segundo, pela possibilidade de o Poder Judiciário reconhecer e legitimar a possibilidade de terceirização justamente em um setor em que a estratégia da forma de contratação de contratação tem contribuído para provocar a precarização das condições de trabalho e a precariedade das condições de vida dos trabalhadores envolvidos, notadamente no

2 Decisão proferida em sede de recurso extraordinária interposto contra o acórdão proferido pela 1ª Turma do Tribunal Superior do Trabalho, em voto de relatoria do Ministro Hugo Carlos Scheuermann no processo nº TST-AIRR-27-97.2012.5.03.0019, em que foi confirmada decisão do TRT de Minas Gerais, que considera ilícita a terceirização de *call center* no setor de telecomunicações e reconhece o vínculo empregatício diretamente com a empresa tomadora de serviços.

3 Dispõe o art. 97 da Constituição: “Somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público”.

4 Dentre os tantos indicadores que demonstram a relação entre terceirização de atividade fim e precarização do trabalho, ver Filgueiras, 2014, quanto a “coincidência” entre trabalho análogo ao escravo e terceirização.

que concerne à sua saúde.

A pergunta, portanto, consiste em compreender porque excepcionar das responsabilidades trabalhistas, a partir de uma leitura ampliada de um diploma normativo que cuida dos termos da concessão administrativa dos serviços de telecomunicações (e não da disciplina das relações de trabalho), um setor econômico que, apesar de encontrar-se em franco crescimento, tem sacrificado uma massa de trabalhadoras jovens com uma organização do trabalho que impõe intensidade no emprego da força de trabalho, assédio subjetivo e condições físicas ofensivas à saúde. E a porta de entrada e elemento essencial desse processo não tem sido outra que não a terceirização, com seu imediato distanciamento do tomador de serviços das responsabilidades pela condição de trabalho oferecida aos trabalhadores e afastamento do trabalhador das categorias sindicais mais sólidas e representadas pelo sindicato dos empregados das empresas concessionárias dos serviços de telecomunicações.

A disputa entre capital e trabalho se reproduz nas esferas de regulação e, certamente, os interesses envolvidos nesse conflito pressionam e operam na formação do convencimento dos julgadores do STF a respeito do tema. O trânsito que o lobby das grandes empresas do setor de telecomunicações terá nos bastidores do julgamento é previsível. Resta saber o peso que os trabalhadores envolvidos no processo e a perspectiva de esgotamento de sua saúde poderá ter em contrapartida.

## O TST E A DEFINIÇÃO DA QUESTÃO

Por muito tempo a matéria relativa à possibilidade de terceirização de atividade fim no setor de telecomunicações foi objeto de disputa e polarização no âmbito do TST até que

a questão fosse pacificada pela SBDI-1.

As decisões contraditórias entre Turmas do TST desde a edição da LGT e a ausência de uniformização do tema tinham, de um lado, os representantes das empresas alegando uma suposta intransigência da Justiça do Trabalho com o desenvolvimento de um setor da economia em franco crescimento e, de outro, os representantes dos trabalhadores e estudiosos do trabalho denunciando a deficiência de regulação no setor à precariedade das contratações e aos números indicativos da depreciação do trabalho no setor de *call center*, assim como ao adoecimento dos operadores de *telemarketing*.

Esse quadro jurídico de disputa supostamente foi estabilizado em 28/6/2011, com o julgamento do processo nº TST-E-RR-134640-23.2008.5.03.0010, pela SBDI-1 do TST, seção interna do TST responsável pela uniformização da jurisprudência das oito Turmas do Tribunal em matéria de Direito Individual do Trabalho, que entendeu: 1) que *call centers* se inseriam na atividade-fim das empresas concessionárias de telecomunicações; 2) que a Lei Geral de Telecomunicações não poderia ser lida como autorização para terceirização de atividade-fim por parte das empresas do setor; 3) por consequência, que a terceirização dos serviços dos atendentes de *telemarketing* com as concessionárias de telecomunicações é ilícita, formando-se vínculo empregatício diretamente com as tomadoras de serviços, que devem estender a tais trabalhadores todos os direitos legais e normativos reconhecidos aos seus empregados diretos<sup>5</sup>.

.....  
5 BRASIL. TRIBUNAL SUPERIOR

O julgado afirma a primazia do Direito do Trabalho e instaura, implicitamente, a noção de que a terceirização não pode ser utilizada como forma de redução de custos e precarização do trabalho, conforme se extrai do voto da Ministra Relatora<sup>6</sup>.

O entendimento jurisprudencial exarado veio a ser confirmado em 08/11/2012, no julgamento do Processo nº TST-E-ED-RR-2938-13.2010.5.12.0016 (DEJT de 26/03/2013) pela SBDI-1 do TST, agora em sua composição plena<sup>7</sup>. Ainda que não tenha estancado em definitivo o quadro de disputa sobre o tema<sup>8</sup>, recentemente deu azo a



condenações em relação a empresas do setor que persistiram na prática de contratações terceirizadas e que foram alvo de ações civis públicas propostas pelo Ministério Público do Trabalho, com pedido de condenação por dano moral coletivo<sup>9</sup>.

Portanto, após um período de 15 anos, o TST conseguiu resolver a problemática por maioria e criou uma relativa pacificação da questão. Mas o recurso ao Supremo, após essa derrota das empresas, num contexto em que o STF se revela grande acolhedor das demandas do capital em relação ao direito do trabalho, é estratégico e preocupante.

Destarte, vale refletir sobre a realidade das condições de trabalho no setor sobre cuja regulação se controverte.

.....  
DO TRABALHO. Processo nº TST-E-RR-134640-23.2008.5.03.0010, Data do Julgamento: 28/6/2011, SBDI-1, Rel. Min. Maria de Assis Calsing; Subseção I Especializada em Dissídios Individuais. Data de Publicação: DEJT 10/8/2012.

6 *Idem.*

7 BRASIL. TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. Processo nº TST-E-ED-RR-2938-13.2010.5.12.0016. Data de Julgamento: 08/11/2012. Redator Ministro: José Roberto Freire Pimenta. Subseção I Especializada em Dissídios Individuais. Data de Publicação: DEJT26/03/2013.

8 Os julgamentos do TST sinalizam para uma uniformização, mas não tem efeito vinculante, o que deixa a cargo de cada órgão jurisdicional a escolha quanto a seguir ou não o entendimento uniformizado, com respaldo no seu livre convencimento motivado. Especificamente quanto ao tema em exame, a amostra de acórdãos do TST colhida revela que o entendimento firmado pela SBDI-1 não foi adotado unanimemente pelos julgadores, com se relatara no item 3.2., preservando-se uma minoria de decisões contrárias.

.....  
9 Um exemplo pode ser extraído do julgamento do processo nº TST-RR-110200-86.2006.5.03.0024, em que o TST confirmou decisão do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região (MG), que considerou que a terceirização ilícita de serviços ligados à atividade-fim da empresa resultou em dano moral coletivo de **seis milhões de reais**. Outro exemplo pode ser extraído do julgamento do processo nº TST-RR-2175200-64.2001.5.09.0005, em que o TST, reformando as decisões de improcedência manifestadas pelas duas instâncias ordinárias, deu provimento ao recurso de revista do MPT para condenar a Brasil Telecom ao pagamento de indenização por dano moral coletivo no valor de **R\$ 300.000,00**, com determinação de obrigação de fazer no sentido de regularizar o vínculo empregatício dos operadores de *call center* que lhe prestavam serviços por meio de empresa interposta.

## TERCEIRIZAÇÃO E CALL CENTER: UMA PARCERIA PREJUDICIAL À SAÚDE

A conformação do trabalho no setor de *call center*, independentemente da atividade econômica na qual ele é empregado, tem sido exaustivamente analisada por estudos de sociologia do trabalho, que demonstram que a forma de gestão eleita para o setor é precarização: formada por um perfil de trabalhadores jovens e com pouca experiência profissional, sendo predominante a presença de mulheres, os trabalhadores em *call center* tem sido submetidos, como regra, a condições terceirizadas, jornadas de trabalho intensas e sem as devidas pausas intervalares, além de condições ergonômicas inadequadas. Aliado a isso, os empregadores atuam com táticas de gestão que envolvem controle absoluto do tempo, exigência de metas excessivas e assédio moral organizacional<sup>10</sup>.

Como consequência desse processo, tem-se a acentuada vulnerabilidade dessa força de trabalho, que possui hoje um dos maiores índices de rotatividade no emprego setoriais<sup>11</sup> e desponta nos índices de adoecimento físico e psíquico.

10 Consultar, por todos: ANTUNES, Ricardo / BRAGA, Ruy (org.). *Infoproletários*. São Paulo: Boitempo, 2009; BRAGA, Ruy. *A política do precariado: do populismo à hegemonia lulista*. São Paulo: Boitempo, 2012; e VENCO, Selma Borghi. *As engrenagens do telemarketing: vida e trabalho na contemporaneidade*. Campinas, SP: Arte Escrita, 2009.

11 De acordo com dados do DIEESE, a categoria de teleatendimento observou, em 2011, uma taxa de rotatividade bruta de 63,6% e uma taxa de rotatividade descontada (desconsiderados desligamentos a pedido, transferências de localidade, aposentadorias e falecimentos) da ordem de 41% (DIEESE, *Rotatividade e flexibilidade no mercado de trabalho* – São Paulo: DIEESE, 2011. 128 p).

As informações já consolidadas a respeito dos efeitos nocivos desse modelo produtivo, todavia, não tem impedido uma atuação cada vez mais ofensiva aos direitos dos trabalhadores por parte das empresas, que não apenas tem disputado acirradamente a questão da terceirização, como tem deliberadamente negligenciado a responsabilidade pelas consequências ofensivas à saúde que advém de seu processo produtivo, por meio do ocultamento e subnotificação das situações de doença no trabalho<sup>12</sup>.

Esse panorama de degradação do trabalho em *call center*, que alcança os mais diversos setores econômicos que utilizam esse serviço (e a expansão é franca, em virtude da existência de uma demanda por uso da telemática em prol de relações comerciais mais rápidas, pelas exigências contidas nas leis de atendimento ao consumidor – SAC, etc), tem destaque no setor de telecomunicações.

De acordo com a Associação Brasileira de Telesserviços, o *telemarketing* tem como principal setor contratante o de serviços financeiros, seguido pelos de varejo e **telecomunicações**<sup>13</sup>. A ABT também informa que mais da metade dos *call centers* (76%) foram implantados após o processo de privatização nas telecomunicações<sup>14</sup>.

12 Consultar: FILGUEIRAS, Vitor A.; DUTRA, Renata Q. *Adoecimento no telemarketing e regulação privada: a invisibilização como estratégia*. 2014. Disponível em: <http://indicadoresderegulacaodoemprego.blogspot.com.br>.

13 Dados da Associação Brasileira de Telesserviços. Disponível em <http://www.abt.org.br/pesquisa.asp?banner=ABT>. Acesso em 25/11/2013; 20h28.

14 Dados da Associação Brasileira de Telesserviços. Disponível em <http://www.abt.org.br/pesquisa.asp?banner=ABT>. Acesso em 25/11/2013; 20h28.

Efetivamente, com a privatização das teles, houve influxo de capitais no setor, que proporcionou o remodelamento da infraestrutura de prestação dos serviços de telefonia. A consequência da terceirização no novo processo de competição é descrita por Guimarães como “forma de gestão da força de trabalho nas empresas subcontratadas que, sem desfrutar dos benefícios sociais característicos da grande empresa, careceria, muitas vezes, da proteção sindical para reivindicar melhores condições de trabalho e remuneração”. Ela também diagnostica a criação de dois grupos de trabalhadores a partir daí: um grupo reduzido de empregados qualificados desempenhando funções consideradas “nobres” na empresa e um grupo mais amplo, composto de empregados menos qualificados, em sua maior parte subcontratados<sup>15</sup>.

Efetivamente, foi com respaldo na perspectiva consumerista instalada que a atuação de empresas que prestavam o teleatendimento ao público se destacou. A exigência da ANATEL no sentido de que houvesse atendimento ao cliente dos serviços de telecomunicações, o advento do Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/1990), a aprovação do Decreto nº 6.523/2008, que disciplinou o Serviço de Atendimento ao Cliente, além das demandas próprias da dinâmica capitalista com relação a *marketing*, captação de clientes e oferta de serviços acessórios

15 GUIMARÃES, Sônia. As telecomunicações no Brasil após a privatização. In PICCININI, Valmiria Carolina [et al] (org.). *O mosaico do trabalho na sociedade contemporânea*. Porto Alegre: Editora da UFRGS, 2006.

ao consumidor, fizeram com que a atividade sofresse crescimento significativo.

A ampliação dos postos de trabalho no setor de *call centers* se destaca no quadro de trabalho observado no Brasil nas duas últimas décadas. Entre 1998 e 2000 a taxa de ocupação no setor cresceu a um percentual anual de 15%, sendo que ao longo do Governo Lula essa taxa acresceu para 20%, resultando num crescimento acumulado de 182,3% no período compreendido entre 2003 e 2009<sup>16</sup>.

O setor de *telemarketing*, dominado por empresas prestadoras de serviços terceirizados, abarcava, em 31 de dezembro de 2008, consoante dados da RAIS – Relação Anual de Informações Sociais do Ministério do Trabalho e Emprego, um total de 314.393 trabalhadores. Ainda de acordo com a RAIS, esse número sobe, respectivamente, para 337, 388 e 414 mil trabalhadores em 2009, 2010 e 2011<sup>17</sup>. Entretanto, há fontes que afirmam que esse *quantum* supera um milhão de empregados, possivelmente em face do cômputo total de trabalhadores nessas funções atuando em empresas de ramos diversos<sup>18</sup>. E, como

16 BRAGA, Ruy. *A política do precariado: do populismo à hegemonia lulista*. São Paulo: Boitempo: USP, Programa de Pós-Graduação em Sociologia, 2012 (Coleção Mundo do Trabalho), p.188.

17 Disponível em <http://portal.mte.gov.br/rais/>. Consultar também: MOCELIN, Daniel Gustavo. Emprego e condições laborais em empresas de teleatendimento no Brasil, 2003-2008. *Revista ABET*, vol. IX, n. 2, 2010, p. 71-97.

18 Por exemplo, a informação divulgada pelo *Portal GI*, a partir de pesquisa promovida pelo Sindicato Paulista das Empresas de Telemarketing, Marketing Direto e Conexos (Sintelmark), de acordo com a qual o setor teria,

visto, a terceira principal fatia desse número corresponde a trabalhadores atuando em favor de empresas de telecomunicações, seja na condição de empregados diretos, seja na condição de terceirizados.

Entretanto, o crescimento do setor é acompanhado da precarização das condições de trabalho.

Estudos de Sadi Dal Rosso, realizados em vinte setores econômicos do Distrito Federal, demonstram que o setor de telecomunicações se destaca dos demais setores produtivos no que se refere aos quesitos doenças ocupacionais (14,9% de média para os demais setores e 42,9% para o setor de telefonia), absenteísmo por razões médicas (18,9% dos empregados dos demais setores declararam fazer uso de atestado médico contra 73,5% dos empregados do setor de telefonia) e percepção dos trabalhadores acerca do aumento do ritmo e intensidade do trabalho (57,5% para a média dos outros setores e 93% para o setor de telefonia)<sup>19</sup>.

Os dados sobre acidentes de trabalho e doenças ocupacionais no setor de *call center*, no

em 2012, 1,4 milhões de trabalhadores no Brasil, tendo alcançado um crescimento de 11% no ano de 2012, que confirmaria a média dos últimos 12 anos. Ainda segundo a reportagem, cerca de 45% dos teleoperadores atuam em serviço de atendimento ao cliente (SAC), enquanto 22% trabalhavam em televendas, 23% em recuperação de crédito e 10% em outras atividade (Cf. Telemarketing emprega 1,4 milhões no país. *Portal G1*. Disponível em <http://g1.globo.com/concursos-e-emprego/noticia/2012/10/telemarketing-emprega-14-milhao-no-pais-veja-como-e-o-trabalho-no-setor.html>. Acesso em 25/11/2013; 20h28).

19 DAL ROSSO, Sadi. *Mais trabalho! A intensificação do labor na sociedade contemporânea*. São Paulo:

Boitempo, 2008. p. 141-165.

qual, como visto, o setor de telecomunicações apresenta-se como o terceiro maior setor contratante, são maciços, conforme **Anuário Estatístico da Previdência Social– AEPS**.

**Observando-se o número de registros de doenças ocupacionais com CAT emitida pela empresa e de acidentes de trabalho sem CAT registrada (em regra representativos de doenças ocupacionais reconhecidas pelo INSS a partir do nexu epidemiológico, quando a empresa não emite a CAT) verificadas em relação às empresas enquadradas no CNAE (Classificação Nacional de Atividades Econômicas) nº 82.20-2-00 (referente a atividades de teleatendimento, que engloba empresas do perfil da Contax S.A, empresa parte no processo no qual o STF reconheceu a repercussão geral da matéria), tem-se o seguinte quadro:**

**TABELA 1 – Doenças ocupacionais com e sem CAT, por ano**

CNAE 82.20-0-00 – Atividades de teleatendimento							
	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012
Total	1830	3510	4268	4764	3884	3579	3434
Doença com CAT	581	418	314	310	199	129	96
Acidente sem CAT	-	1269	1656	1732	1396	1183	1052

Tabela construída a partir de dados extraídos dos anuários 2006-2011 do MPAS<sup>20</sup>.

20 Disponível em <http://www.mpas.gov.br>. Acesso em 21/7/2013, 14:58.

Pelos dados, após 2007, com a adoção do nexa epidemiológico, mais de mil doenças ocupacionais não reconhecidas pelas empresas todos os anos passaram a ser cadastradas pelo INSS. Do total de acidentes a partir de 2007, incluindo de trajeto e demais possibilidades, quase um terço são doenças ocupacionais ocorre sem emissão de CAT pelos empregadores.

A título comparativo, trazem-se à colação os números registrados para outras atividades catalogadas sob o CNAE de divisão “82”, que se relaciona a “Serviços de escritório, de apoio administrativo e outros serviços prestados às empresas”, atividades próximas à das operações de teleatendimento. Pelos dados a seguir fica evidenciado que a incidência de doença ocupacional nas demais atividades é significativamente inferior aos dos operadores de teleatendimento:

TABELA 2

CNAE	DOENÇAS OCUPACIONAIS COM CAT EMITIDO			ACIDENTES DE TRABALHO SEM EMISSÃO DE CAT EMISSÃO DE CAT		
	2009	2010	2011	2009	2010	2011
8211	20	27	26	310	249	251
8219	4	16	7	86	102	88
8220	<b>310</b>	<b>199</b>	<b>129</b>	<b>1.732</b>	<b>1.396</b>	<b>1.183</b>
8230	3	4	6	52	72	70
8291	25	19	18	134	151	136
8292	8	8	8	49	45	49
8299	105	98	62	1.265	1.023	946

Transcrição parcial da tabela do anuário 2011 do MPAS<sup>21</sup>.

Vale ressaltar que o CNAE 82.9 possuía, em todos os anos entre 2006 e

2012, mais trabalhadores ocupados do que o teleatendimento (segundo o IBGE), mas este sempre verificou mais trabalhadores adoecidos, sendo reconhecidos ou não pelas empresas. O CNAE de serviços escritório e apoio administrativo, apesar de contar com pessoal ocupado em número superior à metade dos trabalhadores formalizados pelas empresas de teleatendimento no mesmo período, aparecia com menos de um quarto dos adoecimentos admitidos ou não. Destarte, há maior incidência de adoecimento laboral entre os trabalhadores formalizados pelas empresas de teleatendimento.

O fato de haver grande quantidade de acidentes não reconhecidos pelas empresas, que direcionam os trabalhadores ao INSS como se estivessem doentes por razões alheias ao trabalho, evidencia a resistência patronal em admitir o problema.

A postura de ocultar os adoecimentos, por meio da não emissão de CAT, afastando o trabalhador como se a doença estivesse desvinculada do trabalho é um padrão de comportamento empresarial na regulação privada do adoecimento que se destaca e recrudescido no mundo do trabalho. Contudo, ele é ainda mais acentuado nas prestadoras de serviços de teleatendimento, quando comparado tanto às atividades próximas (tabela 2), quanto ao conjunto do mercado de trabalho. A oscilação negativa do número de trabalhadores lesionados nas atividades de call center a partir de 2010, inclusive, nos parece corolário da estratégia empresarial de evitar o

21 Disponível em <http://www.mpas.gov.br>. Acesso em 21/7/2013, 14:58.

afastamento dos trabalhadores ao INSS, muitas vezes efetuando sua dispensa previamente<sup>22</sup>.

Nesse contexto dramático das condições de trabalho no setor de telecomunicações, que já tem consolidadas consequências graves para os trabalhadores que se ativam nessa atividade, cumpre questionar: trata-se de mera coincidência o predomínio da contratação terceirizada nesses setores, desde o remodelamento produtivo havido com a privatização, ou pode-se apontar de forma clara a terceirização como prática que tem reduzidos custos operacionais a expensas do recrudescimento das condições de trabalho dos seus empregados? Em outras palavras, a terceirização é um detalhe nesse contexto precário ou figura como elemento causal e porta de acesso desse processo de degradação? Em que medida pode-se relacionar a terceirização e o adoecimento dos operadores de *call center* que prestam serviços a empresas concessionárias de telecomunicações?

Em pesquisa anterior, observamos qualitativa e quantitativamente reclamações trabalhistas propostas por operadores de *telemarketing* do setor de telecomunicações e detectamos a pretensão comum e prioritária quanto ao reconhecimento do vínculo diretamente com o tomador de serviços: daí imediatamente adviria para os reclamantes um

patamar de direitos superior, que ensejaria o pagamento de diferenças salariais significativas. É que o mero reenquadramento sindical do trabalhador no sindicato dos empregados das empresas de telecomunicações os tornaria beneficiários de normas coletivas que asseguram piso salarial, auxílio alimentação, além de outras vantagens e benefícios negados aos terceirizados<sup>23</sup>.

Análises já realizadas nos espaços de trabalho terceirizados de *call center* demonstram que muitas vezes há exclusividade na prestação de serviços, subordinação e gestão do trabalho diretamente pelos tomadores, com um controle duplo sobre cada fala do trabalhador ao telefone.

Por exemplo, Selma Venco, em vasta pesquisa de campo, observou que apesar da existência de uma empresa intermediária, o controle sobre as atividades dos teleoperadores é intenso e exercido conjuntamente pela empresa tomadora de serviços, seja por meio dos relatórios de produtividade, seja pela possibilidade de escutar em tempo real os atendimentos. A autora enquadra a forma de controle de trabalho dos teleatendentes como

um panóptico eletrônico público, contínuo e adaptável, que se aproxima da ideia orwelliana, posto que o teleoperador é um ser permanentemente observado e

.....  
22 As informações e indicadores que subsidiam esses argumentos constam em: FILGUEIRAS, Vitor A.; DUTRA, Renata Q. *Adoecimento no telemarketing e regulação privada: a invisibilização como estratégia*. 2014. Disponível em: <http://indicadoresderegulacaodoemprego.blogspot.com.br>

.....  
23 DUTRA, Renata Queiroz. *Do outro lado da linha: Poder Judiciário, regulação e adoecimento dos trabalhadores em call centers*. São Paulo: LTr (no prelo).

ocasionalmente corrigido ou reorientado, remodelado *jus in time* não apenas pelas chefias imediatas mas também pelas empresas contratantes<sup>24</sup>.

Não é diferente o caso concreto retratado no processo que deu ensejo à repercussão geral no Supremo: no acórdão proferido pelo Tribunal Superior do Trabalho no bojo do processo nº TST-AIRR-27-97.2012.5.03.0019, constou expressamente que

“No caso, a reclamante foi contratada para prestar serviços **exclusivamente** à segunda ré, conforme confessou o preposto da 1ª reclamada, na audiência de f. 85. Portanto, suas atividades estavam inseridas na dinâmica estrutural da empresa tomadora de serviços, o que revela a presença de **subordinação**, dado que aponta para a ilicitude da terceirização levada a efeito”.

Assim, nesse cenário de piores condições dos trabalhadores contratados por meio das empresas de call center em comparação àqueles diretamente contratados pelas empresas de telecomunicações, e de controle destas tomadoras sobre a gestão dessa força de trabalho terceirizada, analisemos o quadro de adoecimento no setor de telefonia,

24 VENCO, Selma. Centrais de teletividade: o surgimento de colarinhos furta-cores? in ANTUNES, Ricardo; BRAGA, Ruy. *Infoproletários*. São Paulo: Editora Boitempo, 2009. P. 156-157.

para compará-los aos dados apresentados na tabela 1:

TABELA 3

Telecomunicações	Doença com CAT			SEM CAT		
	2010	2011	2012	2010	2011	2012
Subsetores						
6110 por fio	25	25	10	79	74	100
6120 sem fio	23	17	14	158	161	125
6130 satélite	–	–	1	3	1	–
6141 tv cabo	6	2	2	55	70	56
6142 tv	–	–	–	1	3	12
6143 tv	1	–	–	8	7	8
619 outras	20	9	13	171	157	167
TOTAL	75	53	40	475	473	468

Fonte: INSS, elaboração própria.

A quantidade de doenças ocupacionais é inferior àquela detectada as atividades de teleatendimento, tanto aquelas admitidas pelas empresas, quanto aquelas identificadas pelo INSS. Em ambos os casos, nos anos analisados, perfazendo mais do que o dobro das ocorrências.

Mesmo o número total de trabalhadores nos call center sendo duas vezes maior do que aquele registrado pelas empresas de telefonia (IBGE), há maior incidência de adoecimento no teleatendimento (no mínimo 20% a mais).

Com relação às lesões omitidas pelas empresas em comparação ao total de acidentes (incluindo típicos e de trajeto), no setor da telefonia o percentual de omissão chega a

21,11% em 2012, enquanto no teleatendimento a relação é de 30,63%, ou seja, 50% a mais do que no primeiro. Assim, tanto em termos absolutos (cerca de 600 acidentes), quanto proporcionalmente, a omissão dos acidentes é mais acentuada nos call center.

Ainda assim, todos esses indicadores tendem a ser subestimados pelo fato de que os sindicatos dos trabalhadores das telecomunicações têm muito mais força para pressionar as empresas a emitirem CAT, conseguir o afastamento ao INSS, ou o reconhecimento do nexos laboral das lesões judicialmente.

A terceirização é uma estratégia de as empresas, diante de uma organização do trabalho que degrada as condições de vida, os patamares de direitos e a própria integridade física e psíquica dos trabalhadores, se furtarem às responsabilidades trabalhistas e às responsabilidades pelos danos causados aos trabalhadores.

A terceirização dos *call center* pelas empresas de telecomunicação é uma escolha e não uma contingência de uma suposta especialidade dessa atividade produtiva, que gera consequências danosas aos trabalhadores, seja quanto à sua condição jurídica, seja quanto à preservação da sua saúde. Isso é corroborado pelo fato de que muitas empresas de telecomunicação mantêm empregados diretamente contratados nas atividades de *call center*, com centrais de teleatendimento próprias, em regra destacadas para o atendimento de clientes preferenciais.

Interessante observar a quantidade de CATs emitidas para trabalhadores teleatendentes diretamente contratados pelas empresas de telefonia: o número corresponde à proporção

ínfima das CATs emitidas para teleatendentes vinculados a empresas terceirizadas em geral. Para o ano de 2013, o total de CAT emitidas para teleoperadores foi de 1393, ao passo que, destas, 20 foram emitidas por empresas de Telecomunicações por fio e 38 por empresas de telecomunicações sem fio.

Recortando, do total geral de CATs emitidas para trabalhadores em *call center*, as CATs emitidas exclusivamente pelas principais empresas de telecomunicações que monopolizam a telefonia hoje, observam-se os seguintes dados a respeito da **emissão de comunicações de acidentes de trabalho referentes a operadores de *call center* diretamente contratado pelas concessionárias de telecomunicações** (sem recurso à terceirização):

TABELA 4

EMPRESA	DOENÇA	ACIDENTE TÍPICO	ACIDENTE DE TRAJETO	TOTAL GERAL
CLARO S/A			1	1
EMBRATEL	1			1
TELEFONICA		1	4	5
TELEMAR NORTE TIM			1	1
CELULAR S/A		1	13	14
VIVO S/A			2	2

Fonte: INSS, elaboração própria.

Por outro lado, considerando apenas os nomes das empresas que apontam, nessa listagem geral das CATs de teleoperadores, como empresas que normalmente prestam serviços de *call center* a empresas do setor de telecomunicações<sup>25</sup>, esse números se

25 As empresas foram selecionadas a partir da ocorrência do seu nome em pesquisa anterior, envolvendo

transformam significativamente, ampliando-se as ocorrências, notadamente nos casos de doença:

TABELA 5

EMPRESA	DOENÇA	ACI- DENTE TÍPICO	ACI- DENTE DE TRA- JETO	TOTAL GERAL
AEC	8	30	48	86
ALGAR		20	29	49
ALMAVIVA		5	29	34
ATENTO RASIL S/A	7	13	55	75
CONTAX S.A.	16	34	23	73
CSU	2	4	5	11
PERFOR- MANCE	1	32	82	115

Fonte: INSS, elaboração própria.

Como visto anteriormente, o nível da subnotificação dos acidentes pelas empresas de telefonia é inferior ao verificado para os trabalhadores contratados por meio das empresas de teleatendimento<sup>26</sup>.

Ainda assim, o número de CAT emitidas para teleatendentes contratados por meio

.....  
busca jurisprudencial sobre casos de adoecimento em trabalhadores de call center do setor de telecomunicações (DUTRA, Renata Queiroz. *Do outro lado da linha: Poder Judiciário, regulação e adoecimento dos trabalhadores em call centers*. São Paulo: LTr (no prelo).)

26 Mais detalhes em: FILGUEIRAS, Vítor A.; DUTRA, Renata Q. *Adoecimento no telemarketing e regulação privada: a invisibilização como estratégia*. 2014. Disponível em: <http://indicadoresderegulacaodoemprego.blogspot.com.br>

das empresas de call center é mais de 100 vezes maior do que aquele emitido para os teleatendentes diretamente contratados pelas empresas de telefonia, o que nos aproxima de duas considerações finais:

1) As piores condições de trabalho verificadas no teleatendimento terceirizado em comparação às tomadoras de serviço implicam uma maior quantidade e incidência de adoecimentos decorrentes das atividades laborais, como sugerem, além dos dados do INSS, os pedidos e decisões judiciais, inclusive no âmbito do TST.

2) Sendo a gestão da força de trabalho nas atividades de teleatendimento mais predatória, gestão essa controlada pelas empresas tomadoras dos serviços, a terceirização contempla a tentativa de externalização da doença e suas responsabilidades (mas não a gestão da atividade, que permanece sob a égide do tomador).

Assim, ainda que relativizemos a desproporção dos indicadores, uma vez que nem todos os *call centers* que prestam serviços a empresas de telecomunicações o fazem com exclusividade, e ainda que estes *call centers* possam contar, numericamente, com mais empregados que os *call centers* das próprias empresas, **a terceirização aparece como exteriorização deliberada da doença**. As empresas de telecomunicações, no mínimo, optam por terceirizar um número significativo de empregados alocados justamente naquela atividade que é a mais propícia ao adoecimento, para o qual a tomadora dos serviços contribui diretamente.

## CONCLUSÃO

Se emprestada à previsão legal contida na LGT o alcance que pretendem lhe conferir as empresas de telecomunicações, de modo assistemático, os capitalistas terão ao seu critério a possibilidade de contratar diretamente ou terceirizar trabalhadores inerentes a suas funções principais, criando, ao seu bel arbítrio, categorias distintas de trabalhadores se ativando na sua empresa, em flagrante ofensa à isonomia em matéria salarial e, pior, em franca manipulação da formação de categorias sindicais.

É verdade que existem vícios disseminados na forma de organização do trabalho interna aos *call centers* que tem produzido efeitos deletérios e que engendram dificuldades ao enfrentamento pela regulação do trabalho, apesar dos esforços materializados no anexo II da NR 17 do MTE. É que o Judiciário ainda tem dificuldade quanto aos meios de compreensão e repressão a certas formas de produzir lesivas, sobretudo no que concerne a uma atuação pedagógica e preventiva<sup>27</sup>.

Entretanto, também é verdade que a terceirização retira da pauta das grandes empresas o enfrentamento desse problema, invisibiliza trabalhadores essenciais, fragiliza a atuação dos sindicatos, deixa ao arbítrio do empregador a escolha de qual trabalhador incluir e beneficiar, rompendo a isonomia no âmbito das relações de trabalho, transformando o contrato de trabalho em uma escolha unilateral do empresariado, e mais: coloca a

saúde dos trabalhadores e a resposta social a ela na ordem dos custos do capital, que opta, pela via da terceirização, pela forma mais barata de gerir a questão: externalizando-a.

Reconhecer essa possibilidade seria, ao fim e ao cabo, além de atuar incoerentemente em relação a toda a normatização empregatícia afirmada na CLT, dar tratamento privilegiado e diferenciado a um setor econômico que, em matéria de saúde no trabalho, está longe de possuir méritos, e assim o é especialmente através da terceirização.

Artigo veiculado no site do grupo de pesquisa: <http://indicadoresderegulacaodoemprego.blogspot.com.br/?m=1>

27 DUTRA, Renata Queiroz. *Do outro lado da linha: Poder Judiciário, regulação e adoecimento dos trabalhadores em call centers*. São Paulo: LTr (no prelo).

## A TERCEIRIZAÇÃO E AS RELAÇÕES HUMANAS E DE TRABALHO

Paulo da Cunha Boal

Há dez anos o Deputado Sandro Mabel apresentou o PL 4330/2004 que visa regulamentar a terceirização de mão-de-obra no Brasil, trazendo em seu bojo uma permissividade absoluta de contratação, conforme expresso em seu art. 4<sup>o</sup>, § 2<sup>o</sup>, nos seguintes termos: ***o contrato de prestação de serviços pode versar sobre o desenvolvimento de atividades inerentes, acessórias ou complementares à atividade econômica da contraente.*** Desde sua apresentação o projeto percorreu um trâmite legislativo demorado, circulou entre as várias comissões, recebeu dezenas de emendas e no início de 2014 chegou ao plenário da Câmara dos Deputados em condição de ser votado.

A possibilidade de votação da matéria pela Câmara dos Deputados reacendeu o histórico embate entre a liberdade de contratação, propagandeada pelos empresários de vários setores, e, o risco iminente de precarização

das relações de trabalho, observado pelos sindicatos e demais organizações vinculadas aos trabalhadores.

Entre outros argumentos, os defensores do PL sustentam que a ausência de legislação específica gera um clima de insegurança jurídica, agravado pela judicialização da matéria e a interpretação equivocada feita pelo TST quando da edição da Súmula 331. No plano econômico, advogam a tese de que as limitações impostas pelo TST diminuem ou limitam a competitividade das empresas nacionais, ocasionando uma elevação de preços atrelada ao “custo Brasil”. Acredito que as duas premissas são equivocadas.

A primeira delas (ausência de legislação específica) é fantasiosa; porque as relações de trabalho são regidas por uma série de normas e princípios e através dela o TST elaborou uma de suas melhores súmulas. Nascida como Súmula 256, no já distante ano de 1986 (***Salvo os casos de trabalho temporário e de serviço***



Paulo da Cunha Boal

Juiz do Trabalho, vice-presidente da Associação dos Magistrados do Trabalho do Paraná (Amatra IX)

**de vigilância, previstos nas Leis ns. 6.019, de 3 de janeiro de 1974, e 7.102, de 20 de junho de 1983, é ilegal a contratação de trabalhadores por empresa interposta, formando-se o vínculo empregatício diretamente com o tomador dos serviços),** a atual 331 demonstra claramente como o Tribunal Superior do Trabalho se debruçou sobre a matéria em diversas oportunidades, adaptando sua interpretação à natural movimentação social e econômica que o mercado de trabalho estabelece.

A partir de 2003, já como Súmula 331, o TST passou a entender que a terceirização era possível e legal (não gerando vínculo de emprego com o tomador do serviço), desde que relacionada à **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.**

Deu-se, desde então, um norteamento claro e objetivo quanto ao instituto da terceirização, deixando uma única e bem vinda brecha interpretativa para que o conceito de atividade-meio fosse examinado caso a caso, muito além dos já tradicionais serviços de conservação, limpeza e transporte.

Infelizmente, em meados deste ano, o Supremo Tribunal Federal reconheceu

a repercussão geral em dois casos em trâmite naquela Corte, nos quais se discute a possibilidade de terceirização de mão-de-obra e, indiretamente, se pretende definir os conceitos de atividades meio e fim.

Dos dois casos, o mais emblemático é o ARE 713.211, sob a relatoria do Ministro Luiz Fux. Neste recurso extraordinário, a empresa Celulose Nipo Brasileira S/A (Cenibra) questiona decisão da Justiça do Trabalho que determinou que ela se abstinhasse de contratar terceiros para o manejo florestal, alcançando as atividades de plantio, corte e transporte de madeira, num total aproximado de 3.700 trabalhadores, contratados através de 11 empresas diferentes.

Em suas razões de recurso a empresa sustenta que o Enunciado 331 do TST viola, entre outros, o princípio da legalidade esculpido no art. 5<sup>º</sup>, da Constituição Federal, eis que não há vedação constitucional ao livre exercício da contratação; sequer uma definição legal do que venha a ser a atividade finalista da empresa.

Aqui, evidentemente, não se ousa discutir a competência do STF para interpretar o texto constitucional e o alcance do princípio da legalidade; mas é uma temeridade absoluta esperar que aquela Casa seja capaz de definir, de forma genérica e ampla, o que são as atividades finalistas e intermediárias de todos



os setores produtivos partindo exclusivamente de uma indústria madeireira.

Quando muito, o STF poderá emitir um pronunciamento judicial sobre aquele caso concreto e específico; ou seja, se as atividades de plantio, corte e transporte de madeira compõem a essência produtiva ou não da empresa Celulose Nipo Brasileira S/A e nada mais do que isto.

Acredito que sofreremos um retrocesso gigantesco em toda a construção doutrinária que possibilitou o muito tênue e ainda precário equilíbrio entre capital e trabalho, caso a tese patronal vingue perante a Suprema Corte.

Como dito acima, sob o aspecto econômico o PL 4330/04 foi apresentado como a panacéia necessária para equilibrar as relações de trabalho, estancar a sangria econômica das empresas e possibilitar a competitividade com concorrentes externos.

Apesar das boas intenções inseridas no texto, creio que todas as assertivas favoráveis a ele são equivocadas.

O projeto não traz qualquer evolução às relações de trabalho; ao contrário, incrementa o viés civilista da livre contratação baseado na igualdade de condições entre os contratantes e a disponibilidade patrimonial, fazendo menção expressa à aplicação subsidiária dos arts. 421 a 480 e 593 a 609 do Código Civil, os quais regem as várias espécies de contratos, incluindo o de prestação de serviço.

Entre as garantias propostas, o projeto de lei simplesmente repete o que a jurisprudência já consolidou, inexistindo qualquer avanço significativo inserido no texto. Tomo como exemplo o disposto no art. 10 do PL, que textualmente reza que **a empresa contratante é subsidiariamente responsável pelas**

**obrigações trabalhistas referentes ao período em que ocorrer a prestação de serviços...**, algo que já está no enunciado da Súmula 331 desde 1986, quando ela ainda era a Súmula 256.

No meio desta discussão, as associações de magistrados defendem a manutenção da Súmula 331, do TST, que durante os últimos anos garantiu a segurança jurídica e patrimonial de milhões de trabalhadores, proporcionando limites lógicos para a interpretação do que é ou não atividade finalista em cada um dos setores produtivos.

Em verdade, a discussão sobre a terceirização apenas revela a existência de outros problemas tão ou mais graves em nossa sociedade. Em um país onde existem milhares de trabalhadores em condições de trabalho análogas ao de escravidão, se faz urgente a criação de uma consciência social ancorada no princípio primordial da dignidade humana.

Recentemente, a mídia apresentou a face mais horrenda da terceirização desmedida, mostrando centenas de trabalhadores (bolivianos, haitianos e africanos) vivendo em condições sub-humanas e trabalhando em pequenas facções contratadas direta ou indiretamente por grande empresa do setor têxtil. Mais e pior, revelou que alguns dos trabalhadores eram vendidos em plena Praça da Sé (no centro de São Paulo) para compensar as despesas de transporte decorrentes da vinda deles para o Brasil.

É por este e outros exemplos que tantos, assim como eu, entendem que a terceirização ilimitada dificultará a fiscalização estatal e o acompanhamento sindical de milhares de trabalhadores, gerando uma maior precarização e empobrecimento de vários segmentos da sociedade.

# TERCEIRIZAÇÃO E RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA - O PROCESSO EXECUTÓRIO NO TRT DA 9ª REGIÃO - ABORDAGEM PARAMÉTRICA

Lais Kuiaski

Rodrigo Rodas

## Resumo

**Objetivo:** determinar a prevalência de ações judiciais trabalhistas nas quais houve condenação subsidiária e o pagamento, a final, foi feito pela empresa tomadora dos serviços.

**Método:** realizada seleção de processos das Varas de Curitiba e Região Metropolitana (VT Araucária, Colombo, Pinhais e São José dos Pinhais), em fase de execução, em que tenha havido condenação subsidiária, o que pressuporia terceirização de serviços, no interregno de um (1) ano antes e um (1) depois do julgamento da ADC 16/DF, pelo e. STF e, dentre aqueles, os que traziam ente público no polo passivo.

**Resultados:** amostra encontrada (2.308 processos), confirmada em 95% de cada 100 casos, condenação subsidiária

de ente público em que este, na condição de tomador dos serviços, foi quem efetivamente pagou a conta.

**Conclusões:** 1) a terceirização evidenciou precarização do posto de trabalho, porque o empregador não honrou o pagamento dos créditos trabalhistas; 2) sistemática violação do artigo 71, da Lei 8.666/93, pois a condenação subsidiária decorreu de culpa 'in vigilando'.

**Palavras-chave:** Terceirização; precarização; condenação subsidiária; análise jurimétrica.

## Introdução

A terceirização tem sido tema de crescente preocupação entre os atores sociais do mundo do trabalho, ora associada à precarização dos postos de trabalho,

Lais Kuiaski

Analista Judiciário do TRT 9ª Região. Mestre em Direito Constitucional (UFRGS); Especialista em Administração Pública (EBAP/FGV-RJ); Especialista em Análise de Sistema (tecnologia da informação)/PUC-PR;

Rodrigo Rodas

Especialista em Direito Empresarial - Pós-Graduação Lato Sensu ANHANGUERA/UNIDERP, Bacharel em Direito pela Universidade Federal Do Paraná (UFPR); -

ora vista como instrumento de ampliação do número de empregos formais e como ferramenta gerencial que possibilita a maior competitividade das empresas. Nos países ditos desenvolvidos, a terceirização ancora o sistema toyotista<sup>1</sup>, especialmente em se tratando da forma de produção ‘just in time’, porquanto é reconhecida como forma de gestão que possibilita que as empresas foquem na essência do seu produto ou serviço, terceirizando atividades ditas marginais ou de meio.

No Brasil, a legislação relativa à terceirização não é recente. Remonta aos anos 60, com a edição da Lei 4.595/1964<sup>2</sup>, primeira abordagem sobre esse fenômeno.

Mas, é com a edição do Decreto-lei 200/1967 que se tem o marco legislativo da transferência de atividades ditas meramente executivas da ‘administração federal para a órbita privada, mediante contrato ou concessões’ (grifei), conforme dispunha o artigo 10, § 1º, ‘c’.

A distinção entre contrato e concessão é significativa, pois enquanto a concessão identificava um instrumento de desestatização, pelo qual havia transferência integral da operacionalização e gestão de um serviço até então público, pelo contrato era transferida apenas a execução material de

determinadas tarefas de interesse direto da administração pública.

Em síntese, o tratamento legislativo à matéria, com diversas nuances, foi o seguinte: Lei 4.595/64 (e Resoluções Bacen 562, de 30.08.79), Decreto-lei 1.212 e Decreto-lei 1.216, de 1966, Decreto-lei 200/ de 1967, Decreto 62.756, de 1968, Lei 5.645, de 1970, Lei 5.764, de 1971, Lei 6.019/74, Lei 7.102/83.

As normas em comento, excetuadas aquelas relativas ao trabalho do vigilante e a do trabalho temporário, não eram claras, forçando o Judiciário Trabalhista a editar a Súmula 256<sup>3</sup>, de 1986, para aclarar a zona grise, formada pela tendência de aplicação analógica dos dispositivos legais vigentes, para autorizar as empresas a implementar o fenômeno da terceirização.

A Súmula 256 do Colendo Tribunal Superior do Trabalho (1986), limitava a possibilidade de efetiva terceirização às estritas disposições das Leis 6.019/74 e 7.102/83, coibindo, em nome da dignidade da pessoa humana, qualquer variação.

O cancelamento da Súmula 256/TST e a introdução da Súmula 331/TST evidencia as forças sociais de atores que, movidos

1 MAJNONI D’INTIGNANO, Béatrice. *A fábrica de Desempregados*. Trad. De Maria Helena Kühner. Rio de Janeiro : Betrand Brasil, 1992, p.85.

2 Disponível em

.....

Acesso em 01.03.2014, 13h.

3 Disponível em [www.tst.jus.br](http://www.tst.jus.br), Acesso em 01.03.2014, 16h.

por questões econômicas, pressionaram o Legislativo e o Judiciário para solução dos aspectos envolvendo as terceirizações.

Com a edição da Constituição Federal, em 1988, que expressamente indica princípios da dignidade humana, da valorização do trabalho e da livre iniciativa, como elementos basilares do regime democrático e do Estado de Direito, a responsabilização subsidiária do tomador dos serviços, amparada na Súmula 331/TST, fez a matéria chegar ao Supremo Tribunal Federal, com a Arguição Direta de Constitucionalidade – ADC 16/2010<sup>4</sup> que, pela qual aquela Corte declarou constitucional o artigo 71, da Lei 8.666/93, mas com a ressalva de que, dependendo das causas e à base de normas específicas do Direito do Trabalho, a responsabilização subsidiária poderia continuar a ser aplicada.

Sob a vigência da então Carta Novel, foi editada a Resolução BACEN 2.166, de 30.06.1995<sup>5</sup>, redelineando e reforçando a terceirização pela via dos ‘correspondentes bancários’.

Mas, os efeitos da terceirização legal, eram apenas inferidos pelos Magistrados Trabalhistas. Assim, como forma de verificar a procedência, ou não, das alegações de que a terceirização precariza o posto de trabalho, esta pesquisa foi concebida.

## Casuística e Métodos

Para o estudo foram considerados processos das Varas de Curitiba e Região Metropolitana. A população do estudo foi montada a partir da seleção das seguintes variáveis: a) processos em fase de execução 1 ano antes e 1 ano depois do julgamento da ADC 16, que ocorreu em 03.12.2010. Processos selecionados, portanto, de 03.12.2009 a 03.12.2011; b) tenham tido decisão ‘procedente’ ou ‘procedente em parte’; c) que não estivessem em arquivo provisório, pois evidenciaria suspensão da execução; d) que apresentassem as palavras ou expressões ‘responsabilidade subsidiária’, ‘condenar subsidiariamente’, ‘subsidiária’, ‘subsidiário’, ‘subsidiariamente’, ‘responsabilidade subsidiária’. Tal pesquisa resultou numa amostra de 66.038 (sessenta e seis mil e trinta e oito) processos, mas em consulta às primeiras sentenças, verificou-se que não confirmava a condição de condenação subsidiária de uma das empresas. Revisitos os critérios de seleção dos processos, manteve-se o corte cronológico, mantiveram-se os argumentos de pesquisa, mas acrescentou-se outro requisito: dois ou mais Réus, sendo um deles ‘ente público’. O dado ‘ente público’ é anotado em campo próprio do sistema SUAP<sup>6</sup>. O resultado final da seleção, agora, restringiu a 2.038 (dois mil e trinta e oito processos) e, na verificação da sentença, constatou-se que em todos havia condenação subsidiária do

4 Disponível em [www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br), Acesso em 04.03.2014, às 14h.

5 Disponível em [www.bacen.gov.br](http://www.bacen.gov.br), Acesso em 04.03.2014, às 16h.

6 SUAP – sistema unificado de administração de processos, do e-gestão.

ente público. A pesquisa semântica foi feita com o auxílio de SQL<sup>7</sup> no banco de dados, evidenciando tratar-se de processos digitais ou híbridos (iniciaram como físicos e foram digitalizados). No tratamento da massa de dados obtida, optou-se por um nível de significância de 95% e um erro aceitável de até 5%, de forma que a cada 100 possíveis amostras apuradas, em 95 delas a proporção real de casos em que ocorre o evento estará dentro da margem aceita de erro<sup>8</sup>. Como não há estudo anterior que indique as proporções de “p” e “q”, e pela forma de resposta “ocorre” X “não ocorre” o evento, optou-se pela probabilidade padrão “50”%. Conhecido o número da população (2038 processos), aplicou-se um fator de correção para população finita, resultando na seguinte formulação:

$$\frac{n_0 * N}{n_0 + (N-1)}$$

Onde:

Tamanho da amostra	$n_0$
Tamanho populacional	$N$

## Resultados

Do total de 2038 processos que atendiam a todas as variáveis requeridas, a prevalência de pagamento efetuado pela tomadora dos serviços, relativamente aos créditos da ação de empregado da empresa terceirizada, foi de 95%.

Em apenas um caso o efetivo empregador

(empresa terceirizada) foi quem solveu a totalidade do crédito trabalhista; em um caso houve pagamento parcial pelo efetivo empregador (pagamento este consubstanciado no levantamento do depósito recursal feito pela empresa terceirizada) e o restante dos créditos pagos pelo tomador dos serviços. Esses dois processos apenas, sem representatividade estatística em face da população de 2038, autorizam reconhecer que a terceirização, como implementada pelos entes públicos na amostragem analisada, encontra-se falha.

## Considerações finais

O resultado aponta que, apesar de os entes públicos estarem vinculados a processo licitatório, nos termos da Lei 8.666/93, em 95% dos casos analisados a fiscalização do contrato falhou, já que condenados subsidiariamente e arcaram com o efetivo pagamento de verbas trabalhistas do empregado da terceirizada. Inferências passíveis de serem feitas, à luz de tais dados: a) ofensa ao princípio da eficiência, articulado no ‘caput’ do artigo 37, da Constituição Federal quanto ao quesito ‘fiscalização do contrato’; b) em sendo a terceirização pelo ente público uma forma de busca de economia, já que a manutenção de um quadro próprio de servidores para determinadas atividades pode ser severamente onerosa, considerado que na pesquisa o ente público acaba arcando com os créditos trabalhistas, resta ponderar se o ganho pretendido no processo licitatório foi alcançado. Esta é uma tarefa de gestão do Estado; c) À luz da decisão exarada na

7 ‘structured query language’ (SQL)

8 LEVINE. David M e outros. *ESTATÍSTICA. Teoria e Aplicações usando o Microsoft Excel em Português*. Rio de Janeiro: LTC Livros Técnicos e Científicos Editora S.A., 2000, p. 300-302 e 304-305

ACD 16/DF, pelo Excelso Supremo Tribunal Federal, prudente e, porque não dizer, feliz o entendimento final no sentido de que o Judiciário Trabalhista teria de investigar com mais rigor se a inadimplência tem como causa principal a falha ou falta de fiscalização pelo órgão público contratante; d) o prejuízo dos empregados das terceirizadas, nesta pesquisa, é, aparentemente, apenas em relação ao tempo de recebimento. Isto porque o Estado paga por RPV ou Precatório, medidas que demandam tempo, até pela necessidade, muitas vezes, do reexame necessário em sede de ação trabalhista e impossibilidade de o Estado fechar acordos. Ante o exposto, a conclusão que se chegou, é que a Administração Pública precisa repensar o processo licitatório como um todo, mas, em especial, a verificação da capacidade econômica da terceirizada fazer frente ao custo da mão-de-obra necessária para realização dos serviços licitados. A disposição da Súmula 331/TST, continuar o único baluarte dos empregados das terceirizadas.

### Referências bibliográficas

DELGADO, Gabriela Neves. Terceirização: paradoxo do direito do trabalho contemporâneo. São Paulo: LTr, 2003.

DELGADO, Maurício Godinho. Curso de Direito do Trabalho. 13ª ed. São Paulo: LTr, 2014.

LEVINE. David M e outros. ESTATÍSTICA. Teoria e Aplicações usando o Microsoft Excel em Português. Rio de Janeiro: LTC Livros

Técnicos e Científicos Editora S.A., 2000, p. 300-302 e 304-305

MAJNONI D'INTIGNANO, Béatrice. A fábrica de Desempregados. Trad. De Maria Helena Kühner. Rio de Janeiro: Betrand Brasil, 1992

Referência: artigo apresentado como parte integrante do relatório final do grupo de pesquisa – trabalho desenvolvido durante o ano de 2014 atendendo ao Edital lançado pela Escola Judicial com este propósito

# O ATIVISMO JUDICIAL DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E O DEBATE SOBRE A TERCEIRIZAÇÃO

Rodrigo de Lacerda Carelli

*“Entre o forte e o fraco, entre o rico e o pobre, entre o mestre e o serviçal, é a liberdade que escraviza e a lei que liberta” Henri Lacordaire, 1848*

*« Nós queremos a abolição do marchandage, porque é odioso que entre o patrão e o trabalhador se intrometam abutres intermediários que exploram o segundo e, qualquer que seja a vontade do primeiro, fazendo descer o salário ao nível marcado pela fome». Louis Blanc, 1848*

## 1. A judicialização da política e das relações sociais e o ativismo judicial no Supremo Tribunal Federal

A judicialização da política e das relações sociais, bem como o ativismo judicial, são fenômenos comuns nas sociedades contemporâneas. Entretanto, apesar de se aproximarem, não se confundem.

Vejamos o que significa cada fenômeno. A judicialização das relações sociais seria a “institucionalização do direito na vida social, invadindo espaços até há pouco inacessíveis a ele, como certas dimensões da esfera privada.”<sup>1</sup> - como é exemplo o próprio Direito do Trabalho -, bem como a expansão dos direitos sociais nas cartas políticas e a configuração de um novo tipo de Estado em contraponto ao do tipo liberal, em resposta ao surgimento de conflitos sociais de massa, decorrentes do tipo atual de sociedade de consumo, impondo o trato coletivo dos problemas que surgem. É relacionada com a imensa atividade reguladora dos direitos sociais.<sup>2</sup> A judicialização da política, parte do mesmo fenômeno, seria mais especificamente a invasão do Poder Judiciário

1 VIANNA, Luiz Werneck et al. *A Judicialização da Política e das Relações Sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1999, p. 17.

2 CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores?*. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1999, p. 41-42.



Rodrigo de Lacerda Carelli

Professor Adjunto de Direito e Processo do Trabalho na Faculdade Nacional de Direito - Universidade Federal do Rio de Janeiro - UFRJ. Doutor em Sociologia pelo Instituto de Estudos Sociais e Políticos - Universidade do Estado do Rio de Janeiro - UERJ. Mestre em Sociologia e Direito pela Universidade Federal Fluminense - UFF. Procurador do Trabalho no Rio de Janeiro.

em funções próprias dos demais poderes e a tomada de decisões políticas pelos órgãos jurisdicionais em nome da sociedade, antes concentradas nos poderes com representação direta da sociedade, substituindo assim os procedimentos políticos de mediação pelos judiciais.<sup>3</sup> Trata-se de fenômeno não particularmente brasileiro, mas, ao revés, está presente, em maior ou menor grau, em todos os países ocidentais.<sup>4</sup>

Esses fenômenos têm origem na própria mutação do Direito e na nova divisão das funções entre os Poderes na sociedade contemporânea, representando um crescimento do Poder Judiciário frente aos Poderes Executivo e Legislativo. Inclusive, é importante salientar, isso ocorre devido a escolhas propositais e lúcidas dos órgãos representativos (“self-restraint”).<sup>5</sup> No caso brasileiro, essa escolha é caracterizada pelo sistema pátrio de controle de constitucionalidade, um dos mais abrangentes do mundo, e pela “constitucionalização abrangente”, de caráter analítico, não deixando grande margem ao legislador ordinário, constitucionalizando-se a maior parte dos direitos, como efeito da redemocratização do

país.<sup>6</sup>

Fenômeno paralelo, porém distinto, é o do ativismo judicial. Eles se distinguem, pois, enquanto a judicialização da política e das relações sociais decorrem do modelo constitucional, ou seja, cabia ao Poder Judiciário atuar naquele caso segundo a ordem jurídica, o ativismo judicial, ao contrário, seria “uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance.”<sup>7</sup>

Essa interferência no espaço de atuação dos demais poderes pode se manifestar por meio de diversas condutas, como a aplicação da Constituição de forma direta a situações não contempladas no texto constitucional que não tenha recebido manifestação do legislador ordinário, como pela declaração de inconstitucionalidade dos atos normativos, independentemente de patente violação da Constituição, como também pela imposição de condutas e abstenções ao Poder Público, por meio de políticas públicas judicialmente especificadas e determinadas.<sup>8</sup>

Note-se que o ativismo judicial tanto pode ter cunho “conservador”, como “progressista”, respectivamente no sentido de restrição ou garantia de direitos fundamentais. Aliás, as origens do ativismo judicial, que se deu na jurisprudência norte-americana, são conservadoras, permitindo a segregação racial

3 VIANNA, Luiz Werneck et al. Ob. Cit., p. 22. TATE, Neal; VALLINDER, Torbjörn.(ed.) *The Global Expansion of Judicial Power*. New York and London: New York University, 1995, p. 5.

4 VIANNA, Luiz Werneck et al. Ob. Cit., p. 23. TATE, Neal; VALLINDER, Torbjörn.(ed.) Ob. Cit.. CASAGRANDE, Cássio. *Ministério Público e a Judicialização da Política. Estudos de Casos*. Porto Alegre: 2008, Sergio Fabris, p. 31. CAPPELLETTI, Mauro. Ob. Cit., p. 42.

5 BADINTER, Robert; BREYER, Stephen (init.). *Les Entretiens de Provence. Le Juge dans la Société Contemporaine*. Paris: Fayard, 2003; GUARNIERI, Carlo. PEDERZOLI, Patrizia. *La Magistratura nelle Democrazie Contemporanee*. Roma e Bari: Laterza, 2002, p. 179.

6 BARROSO, Luís Roberto. “Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática”. In Revista Eletrônica do Conselho Federal da OAB, nº 4, janeiro e fevereiro de 2009, p. 3-4, encontrável no sítio <http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>, acesso em 02/07/2014.

7 BARROSO, Luís Roberto. Ob. Cit., p. 6.

8 BARROSO, Luís Roberto. Idem.

(teoria do “equal but separate”) e a invalidação de leis sociais.<sup>9</sup>

Há também o problema levantado pela doutrina da ocorrência de riscos sistêmicos imprevistos e não desejados, por não deterem os juízes o conhecimento para avaliação do impacto de suas decisões.<sup>10</sup>

Também é de se ressaltar o alerta de que o estudo de casos em diferentes países e continentes fez com que autores desconfiassem e defendessem que o crescente papel do Poder Judiciário é parte da luta pela preservação hergemônica das elites políticas e econômicas, que, quando ameaçados nas arenas de decisão política majoritárias, transferem a decisão para o Poder Judiciário, como parte de uma estratégia para manutenção de seus interesses. A elite política e econômica teria acesso e influência desproporcionais no ambiente judicial. A coalizão de forças econômicas neoliberais, como, por exemplo, poderosos industriais e conglomerados econômicos, podem ver a constitucionalização de direitos, especialmente o direito à propriedade, mobilidade e direitos de ocupação como meios para promoção de desregulação econômica e possibilitar a luta contra o que seus membros frequentemente entendem como políticas “intervencionistas” estatais prejudiciais a seus interesses. Também seria causa dessa crescente “juristocracia” a transferência voluntária de questões sensíveis para a Justiça para diminuição de possíveis danos e custos eleitorais, facilitada pelo desejo da elite jurídica, inclusive aquela das Cortes Superiores, de fortalecer seu poder simbólico e

influência política.<sup>11</sup>

O Supremo Tribunal Federal tem tomado posição ativista em determinadas situações, como o caso da fidelidade partidária<sup>12</sup>, aborto de fetos anencéfalos<sup>13</sup> e, mais recentemente, a união homoafetiva<sup>14</sup>.

## 2. A terceirização e o ativismo judicial no Supremo Tribunal Federal

Ao admitir a Repercussão Geral ao tema tratado no Recurso Extraordinário com Agravo (ARE) 713211, que seria a terceirização e sua restrição jurisprudencial com relação à “liberdade de terceirização”, tendo em vista princípio constitucional da livre iniciativa (art. 1º, III, CRFB/1988), o Supremo Tribunal Federal, mais uma vez, está tomando uma posição ativista. De fato, está o Supremo Tribunal Federal, em atuação proativa, de forma independente do legislador ordinário, colocando em questão jurisprudência firme e consolidada do Tribunal Superior do Trabalho, baseada na própria lei infraconstitucional trabalhista, sem qualquer violação patente e direta de dispositivo constitucional, pretendendo a Suprema Corte,

9 BARROSO, Luís Roberto. Ob. Cit., p. 7.

10 BARROSO, Luís Roberto. Ob. Cit., p. 16.

11 HIRSCHL, Ran. “The Political Origin of Judicial Empowerment through Constitutionalization: Lessons from Four Constitutional Revolutions” in DAHL, Robert A. et al. (ed.). *The Democracy Sourcebook*. Cambridge and London: MIT, 2003, p. 232-245. Este estudo, realizado a partir de análise de casos de judicialização da política em Israel, Nova Zelândia, Canadá e África do Sul, demonstrou a existência não de um apenas perigo na utilização da judicialização para a defesa da elite econômica e política, mas que isso é um fato. A análise mais extensa dos dados está em HIRSCHL, Ran. *Towards Juristocracy: The Origins and Consequences of the New Constitutionalism*. Cambridge: Harvard, 2004.

12 ADIN 3685

13 ADPF 54.

14 ADIN 4277 e ADPF 132.

assim, regular de forma direta o fenômeno de forma contrária à organização do ramo jurídico especializado.

Perceba-se que o ativismo judicial no caso em estudo se dá de maneira mais clara quando se observa que a questão se encontra entregue há mais de uma década no Congresso Nacional<sup>15</sup>, sendo motivo de grandes debates envolvendo toda a sociedade. Esse projeto de lei, de texto liberalizante, encontra-se paralisado justamente pela reação política contrária ao seu conteúdo. Assim, a sua não aprovação, até a presente data, decorre do jogo político legítimo, pois não há quadro favorável de representação popular para a sua aprovação.

A atitude proativa do Supremo Tribunal Federal assim tenta retirar a questão do palco da democracia representativa popular, passando-a à decisão da questão para onze magistrados, que decidirão com base em princípios constitucionais amplos, e por isso mesmo vagos e imprecisos. Eventual decisão em sentido de liberalização da terceirização em todas as atividades empresariais representará um caso típico de ativismo judicial conservador, com permissão a segregação e a invalidação de leis sociais, da mesma forma como ocorreu na primeira onda de ativismo judicial norte-americana.

Muito interessante é o fato que o próprio relator, inicialmente, havia negado provimento ao Agravo do Recurso Extraordinário, por não ter havido o prequestionamento concernente aos dispositivos constitucionais tidos por violados e pela necessidade de reexame da matéria

fática e legal. A Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, por esses mesmos motivos, negou provimento ao agravo regimental. O processamento do Recurso Extraordinário, deuse, de maneira um tanto peculiar e atípica, em sede de Embargos de Declaração.

O acórdão que reconheceu a Repercussão Geral ficou assim redigido:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. POSSIBILIDADE DE TERCEIRIZAÇÃO E SUA ILÍCITUDE. CONTROVÉRSIA SOBRE A LIBERDADE DE TERCEIRIZAÇÃO. FIXAÇÃO DE PARÂMETROS PARA A IDENTIFICAÇÃO DO QUE REPRESENTA ATIVIDADE-FIM. POSSIBILIDADE. 1. A proibição genérica de terceirização calcada em interpretação jurisprudencial do que seria atividade-fim pode interferir no direito fundamental de livre iniciativa, criando, em possível ofensa direta ao art. 5º, inciso II, da CRFB, obrigação não fundada em lei capaz de esvaziar a liberdade do empreendedor de organizar sua atividade empresarial de forma lícita e da maneira que entenda ser mais eficiente. 2. A liberdade de contratar prevista no art. 5º, II, da CF é conciliável com a terceirização dos serviços para o atingimento do exercício-fim da empresa. 3. O thema decidendum, in casu, cinge-se à delimitação das hipóteses de terceirização de mão-de-obra diante do que se compreende por atividade-fim, matéria de índole constitucional, sob a ótica da liberdade de contratar, nos termos do art. 5º, inciso II, da CRFB. 4. Patente, assim, a repercussão geral do tema, diante da existência de milhares de contratos de terceirização de mão-de-obra em que subsistem dúvidas quanto à sua legalidade, o que poderia ensejar

15 Projeto de Lei 4330/2004, do Deputado Sandro Mabel.



condenações expressivas por danos morais coletivos semelhantes àquela verificada nestes autos. 5. Diante do exposto, manifesto-me pela existência de Repercussão Geral do tema, ex vi art. 543, CPC.

A ementa do reconhecimento da Repercussão Geral nos permite discutir o que está em questão no Supremo Tribunal Federal, e os eventuais equívocos no trato da matéria, a partir da própria redação do conhecimento do Recurso Extraordinário. Assim, analisaremos parte por parte o acórdão, para posteriormente analisar as consequências de um provimento recursal extraordinário com repercussão geral na forma encaminhada para votação.

### **3. A suposta inexistência de proibição calcada em lei de realizar terceirização em atividade-fim**

A decisão atacada pelo Recurso Extraordinário não conheceu do Recurso de

Revista, desprovendo agravo de instrumento que pretendia o seu processamento, pois a decisão do Segundo Grau de Jurisdição estava de acordo com a jurisprudência pacífica do Tribunal Superior do Trabalho, exposta na Súmula nº 331 do Tribunal Superior do Trabalho. Assim, toda a discussão gira em torno da interpretação jurisprudencial dada pelo Tribunal Superior do Trabalho à questão.

Eis o teor da Súmula n. 331:

*Súmula nº 331 - Revisão da Súmula nº 256 - Res. 23/1993, DJ 21, 28.12.1993 e 04.01.1994 - Alterada (Inciso IV) - Res. 96/2000, DJ 18, 19 e 20.09.2000 - Mantida - Res. 121/2003, DJ 19, 20 e 21.11.2003. Contrato de Prestação de Serviços – Legalidade. 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). (Revisão do Enunciado nº 256 - TST) 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. (Alterado pela Res. 96/2000, DJ 18.09.2000) 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.

Importa ressaltar, para melhor compreensão, que a súmula é revisão do Enunciado nº 256, que assim dispunha:

Enunciado n. 256. Salvo os casos de trabalho temporário e de serviço de vigilância, previstos nas Leis n. 6019, de 3.1.74, e 7.102, de 20.6.83, é ilegal

a contratação de trabalhadores por empresa interposta, formando-se o vínculo empregatício diretamente com o tomador de serviços.

Esse Enunciado (assim se denominavam, à época, as súmulas do Tribunal Superior do Trabalho), editado no ano de 1986, foi criticado como ativismo judicial progressista por parte da doutrina.<sup>16</sup> Ele foi revisto e substituído pelo Enunciado n. 331 (posterior Súmula n. 331) no ano de 1993, recebendo então críticas no sentido inverso, de ter flexibilizado o Direito do Trabalho, em ativismo judicial reacionário.<sup>17</sup>

No cerne da questão, quanto à possibilidade ou não de terceirização, o Tribunal Superior do Trabalho não foi ativista judicial, mas sim realizou um típico caso de judicialização das relações sociais, resolvendo, como não poderia deixar de ser, casos a ele submetidos com base na legislação e nos princípios do Direito do Trabalho. Os casos reiterados deram origem às Súmulas, todas com base no próprio Direito Laboral, não tendo havido criação de regras no

16 O mais interessante é que a crítica ao Enunciado colocava como um dos exemplos de atividades colocadas na ilegalidade a intermediação realizada por “gatos” no corte de cana de açúcar, cujos trabalhadores intermediados, atualmente, compõem grande parte dos trabalhadores escravos resgatados pela Fiscalização Trabalhista: “numa penada, o TST revogou partes substanciais do Código Civil, referentes ao contrato de locação de serviços e à empreitada. Numa penada, o TST colocou na ilegalidade os contratos que habitualmente se fazem com mais de cinco milhões de trabalhadores rurais (os chamados bóias-frias) e com cerca de um milhão de outros trabalhadores, ligados às empresas de conservação e asseio.” MAGANO, Octávio Bueno *apud* ROBORTELLA, Luiz Carlos Amorim. *O moderno Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 1994, p. 215

17 SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. “A terceirização sob uma perspectiva humanista” in Revista do TST, Brasília, vol. 70, n- 1, jan/jul 2004, p. 120.

vazio legal, pois essa lacuna não existia.<sup>18</sup>

De fato, o primeiro princípio da Organização Internacional do Trabalho, presente em sua Constituição, é que “o trabalho não é uma mercadoria”.<sup>19</sup> Esse princípio tem um duplo significado: 1) impõe que o trabalho não pode ser tratado juridicamente como um artigo de comércio, ou seja, as regras de direito a ele aplicáveis não podem ser as do direito comum, impondo a existência de um direito de caráter especial, indisponível e protetivo; 2) o trabalho não pode, como acontece com uma mercadoria, ser vendido, cedido, alugado ou negociado de qualquer forma. Isto decorre pelo simples fato que essa “mercadoria” se confunde com o próprio ser humano.<sup>20</sup>

A mercantilização do ser humano causa todo tipo de atrocidade como a história do mundo é testemunha. Não é à toa que um dos grandes desafios da Organização das Nações

18 Tenho profundas restrições quanto à responsabilidade subsidiária na terceirização, pois há norma expressa da CLT, que poderia ser aplicada, pelo uso da analogia, que prevê a responsabilidade solidária no caso da contratação de serviços: “Art. 455. Nos contratos de subempreitada responderá o subempreiteiro pelas obrigações derivadas do contrato de trabalho que celebrar, cabendo, todavia, aos empregados, o direito de reclamação contra o empreiteiro principal pelo inadimplemento daquelas obrigações por parte do primeiro.” Aqui sim acredito que tenha havido um ativismo judicial conservador, importando em criação de norma não prevista na lei, em prejuízo aos direitos e créditos dos trabalhadores.

19 Anexo à Constituição da Organização Internacional do Trabalho: “A Conferência reafirma os princípios fundamentais sobre os quais repousa a Organização, principalmente os seguintes: a) o trabalho não é uma mercadoria; (...)”

20 Em “O Mercador de Veneza”, de Shakespeare, é impossível a Shylock separar a libra de carne a ele devida do sangue do devedor. Nas relações de trabalho, tal qual na obra-prima shakespeariana, é impossível se separar a mercadoria “força de trabalho” do ser humano que realiza o trabalho.

Unidas (ONU) é o combate ao tráfico de seres humanos. E essa preocupação vem de longe, como demonstram os excertos que forma a epígrafe do presente trabalho: no ano de 1848 o “marchandage”, ou seja, o fornecimento de trabalhadores a título lucrativo por um intermediário, era motivo de ira dos franceses dessa época revolucionária.

E as razões desse sentimento de abjeção pela intermediação de mão de obra não tem razões somente filosóficas, mas sim de ordem prática, de cunho econômico, de raciocínio lógico óbvio, quase aritmético de tão simples. Se eu compro uma mercadoria diretamente de um produtor por R\$ 1000,00 (mil reais), ele fica com R\$ 1000,00 (mil reais). Se eu, ao contrário, comprar uma mercadoria com um intermediário que vise o lucro, é impossível que o produtor fique com R\$ 1000,00 (mil reais) se eu, comprador, me dispuser a pagar somente valor. Isso só vai acontecer se eu pagar o valor da intermediação, pois ninguém exerce gratuitamente uma atividade. Assim, a intermediação torna a mercadoria mais cara, a menos que o produtor receba menos por seu artigo de comércio.

Assim, a intermediação da mercadoria “ser humano trabalhador” pode trazer duas consequências: 1) tornar o custo do trabalho mais alto; ou 2) redução do valor final do trabalho. É claro e natural que, em um ambiente capitalista concorrencial, os compradores da mercadoria “ser humano que trabalha” vão buscar melhores preços. Melhores preços significam um custo do trabalho menor, que vai querer dizer, ao final, piores condições de trabalho, inclusive de saúde e segurança, bem como salários menores, que o intermediário, seja ele quem for, será obrigado a impor aos

seus intermediados, sob pena de não conseguir realizar sua atividade econômica. **Assim, a ligação entre a intermediação de mão de obra e a precarização do trabalho humano prescinde de qualquer comprovação empírica: ela decorre de puro raciocínio lógico.**

Esse princípio internacional tem plena aplicação no Brasil, consubstanciado nos arts. 2º, 3º e 9º da Consolidação das Leis do Trabalho.

De fato, o art. 2º da CLT diz que é empregador “a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviço.” Ou seja, quem se encontrar nessa condição, será considerado empregador. O art. 3º diz que será empregado “toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário.” O art 9º, por sua vez, afirma que serão tidos como “nulos de pleno direito os atos praticados com o objetivo de desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação dos preceitos contidos na presente Consolidação.” Ou seja, qualquer pacto, acordo ou contrato que tentar impedir a verificação das condições de empregado e empregador são tidos como nulos de pleno direito. É o que se denomina de Princípio da Primazia da Realidade sobre a Forma.

Esse princípio está de acordo com a diretriz da Organização Internacional do Trabalho, que no ano de 2006 expediu a Recomendação nº 198, que afirmou: “9. Com a finalidade da proteção das políticas nacionais para os trabalhadores em uma relação de trabalho, a determinação da existência de tal relação deve ser guiada primeiramente pelos fatos relacionados com o tipo de trabalho e a remuneração do trabalhador, não resistindo

como a relação é caracterizada em qualquer acordo contrário, contratual ou que possa ter sido acordado entre as partes.”

A mesma Recomendação, no item 4, alerta para que os governos tenham políticas para

b) combater as relações de trabalho disfarçadas no contexto de, por exemplo, outras relações que possam incluir o uso de outras formas de acordos contratuais que escondam o verdadeiro status legal, notando que uma relação de trabalho disfarçado ocorre quando o empregador trata um indivíduo diferentemente de como trataria um empregado de maneira a esconder o verdadeiro status legal dele ou dela como um empregado, e estas situações podem surgir onde acordos contratuais possuem o efeito de privar trabalhadores de sua devida proteção;

E é isso que faz o antigo Enunciado nº 256 e a Súmula nº 331 do Tribunal Superior do Trabalho: tenta impedir que haja a contratação de trabalhadores por interposta pessoa, exceto nos casos de previsão legal, como o trabalho temporário.

De fato, o inciso I da Súmula nº 331 trata de intermediação de mão de obra, declarando-a proibida, com base nos arts. 2º, 3º e 9º da Consolidação das Leis do Trabalho. O Tribunal Superior do Trabalho não criou essa regra: ela vem da própria lei trabalhista, em sua base.

Observe-se, aqui, outro equívoco, desta vez gigantesco da ementa do Supremo Tribunal Federal. Ela afirma que existem “milhares de

contratos de terceirização de mão-de-obra em que subsistem dúvidas quanto à sua legalidade” (sic). Ora, não existe terceirização de mão de obra! Ou bem é terceirização, como prestação de serviços autônomos, ou é intermediação ou fornecimento de mão de obra, ilícito, portanto.

Na Súmula nº 331 do TST não há essa confusão. Como vimos, o inciso I trata de fornecimento de trabalhadores por empresa interposta. O inciso III, por sua vez, não trata de intermediação de mão de obra, mas de terceirização ou prestação de serviços. Entende o inciso III que não se confunde com fornecimento de trabalhadores, lícita, portanto, a prestação de serviços ligados à atividade-meio do tomador, desde que não haja a pessoalidade e a subordinação.

Aqui reside a questão da atividade-meio e fim. Esse critério não foi inventado pelo Tribunal Superior do Trabalho, ele é oriundo da própria ideia de terceirização.

Não há nada de novo quanto à existência do instituto da terceirização, exceto a sua aplicação como instrumento central ao contexto da reestruturação produtiva ocorrida a partir do final dos anos 1970. Essa reestruturação produtiva, conhecida como Toyotismo, pretendeu servir como padrão ideal de organização da atividade econômica em substituição ao modelo anterior, o Fordismo. Este último modelo era baseado em uma produção realizada em uma grande unidade fabril, na qual todas as etapas do processo produtivo eram realizadas por trabalhadores diretamente contratados pela empresa, detentores de um mesmo estatuto, para a produção de mercadorias padronizadas e produzidas em larga escala. A estrutura da empresa, nesse caso, é de alta hierarquização e

de matiz piramidal. Este modelo foi substituído, pelo menos idealmente, pelo Toyotismo, que propõe a concentração da empresa em sua atividade central ou nuclear, entregando tarefas acessórias, complementares e periféricas a empreendedores especializados nessas atividades, para a produção de mercadorias diversificadas e a partir da demanda do mercado. Assim, para a realização de um produto, concorreriam trabalhadores contratados sob uma miríade de formas contratuais, sendo uns mais estáveis (aqueles da empresa principal), e outros detentores de diversos níveis de precariedade, inclusive pela sua contratação por empresas prestadoras de serviços. As empresas se organizam em rede, formando laços vários de dependência mútua.

Nessa nova forma de organização da produção, a terceirização ganha destaque inédito, podendo-se dizer que é a própria alma da reestruturação da organização produtiva. A partir desse fenômeno central é que exsurge, inclusive, a própria conceituação da terceirização, como **a entrega de atividade periférica e específica a empresa especializada que a realizará com autonomia.**

De maneira lógica, **que decorre das regras da experiência e do próprio conceito**, a terceirização nunca pode ser realizada na atividade-fim. Se eu exerço uma atividade econômica, eu tenho que exercer o controle sobre ela. Assim, a realização da atividade econômica impõe que todos aqueles que estejam realizando-a no chamado “core business” estão sob o controle e direção daquele que é responsável. Como imaginar uma empresa sem empregados? Como imaginar alguém realizando uma atividade econômica sem o controle da forma como é executada?

Desta forma, o Tribunal Superior do Trabalho entendeu que entregar a atividade-fim para um intermediário não é terceirizar. Isso seria uma intermediação de mão de obra disfarçada de contratação de serviços. Proibida, portanto, em nosso ordenamento jurídico.

Assim, o impedimento de terceirização em atividade-fim decorre do próprio ordenamento jurídico, decorre do cerne do Direito do Trabalho, não sendo critério estapafúrdio ou extralegal criado pelo Tribunal Superior do Trabalho. A proibição da terceirização na atividade-fim, é premente repetir, decorre da própria lógica da terceirização e do funcionamento do Direito do Trabalho. Pensar de outra forma é destruir todo o Direito do Trabalho, todo o edifício sobre o qual ele se alicerça.

#### 4. O art. 5º, inciso II, da Constituição Federal e a Súmula n.º 331 do Tribunal Superior do Trabalho

O acórdão que reconheceu a Repercussão Geral na questão da terceirização traz algumas afirmações no mínimo inquietantes.

A primeira é que “2. A liberdade de contratar prevista no art. 5º, II, da CF é conciliável com a terceirização dos serviços para o atingimento do exercício-fim da empresa.” É de uma lógica irrefutável. A liberdade de contratar, vista de maneira isolada de **todos os demais princípios constitucionais**, obviamente é conciliável com a terceirização, seja de qualquer forma que esse dê. Inclusive, a contratação de trabalho escravo também é compatível com a liberdade de contratar. Da mesma forma, a contratação de crianças para o trabalho também é plenamente conciliável com a livre iniciativa.

O que justifica, então, a possibilidade de restrição à liberdade de contratar – como no caso do trabalho escravo ou realizado por crianças – são os demais princípios constitucionais. Como é cediço, os princípios não são absolutos, pois não estão isolados, formando um conjunto sistêmico, devendo se utilizar da ponderação, em caso de conflito aparente entre eles.<sup>21</sup> Causa espanto a análise de uma questão sob o prisma de um princípio só.

A outra afirmação intrigante seria que “A proibição genérica de terceirização calcada em interpretação jurisprudencial do que seria atividade-fim pode interferir no direito fundamental de livre iniciativa, criando, em possível ofensa direta ao art. 5º, inciso II, da CRFB.” Ora, todo o Direito do Trabalho restringe e afeta o direito fundamental de livre iniciativa! Não só ele: o Direito Empresarial e o Direito Concorrencial também. O Código de Defesa do Consumidor, da mesma forma. E as regras desses ramos, criando restrições claras e diretas ao livre contratar, não são incompatíveis com a livre iniciativa.

O Direito do Trabalho nasce justamente para a limitação da concorrência entre os empreendedores. Cria restrições à livre contratação de trabalhadores, mas ao contrário de impedir o capitalismo, foi e é antes uma necessidade para a manutenção do sistema econômico capitalista. As péssimas condições a que estavam submetidos os trabalhadores no Século XIX impulsionaram a organização dos trabalhadores, que passaram a questionar todo o sistema baseado na exploração do trabalho

21 ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001.

humano. Uma resposta deveria ser dada, porque a máscara da “liberdade” de trabalho já havia caído e o sistema não mais se sustentava. Assim, algumas nações, começando pela mais liberal de todas à época, a britânica,<sup>22</sup> mas logo se espalhando por países como a Alemanha e a França, passam a regular a concorrência, obrigando os empresários a cumprir certas regras básicas, limitando a sua liberdade a padrões mínimos de condições da exploração, a fim de garantir a sobrevivência do sistema como um todo. Não é coincidência que nos países em que foram implementadas com maior abrangência essas restrições ao poder dos capitalistas não houve a queda do sistema econômico e a substituição pelo modelo socialista.

Desta forma, é substituída a técnica do trabalho “livre” pela criação da figura do “trabalho subordinado”, pela qual é reconhecida - e assim legitimada pelo Direito - a sujeição do trabalhador à organização da atividade produtiva. A grande diferença entre o trabalho “livre” e o trabalho subordinado não está no fato de que o trabalhador cede parte de sua liberdade em troca de um preço tarifado de seu trabalho. Isto ocorreu em todas as técnicas anteriores. O que os diferencia é que aqui há o reconhecimento de que o sujeito que trabalha, mesmo sendo considerado livre, tem sua liberdade autolimitada ao vender sua força de trabalho a outrem. O reconhecimento pelo Direito, por óbvio, não poderia vir só, a

22 Lei de Peel ou Peel’s Act, denominado oficialmente de “Health and Morals Apprentices Act”, de 1802, que é considerado o primeiro diploma de Direito do Trabalho, trazendo normas de restrição de jornada para menores e regras de higiene e saúde no trabalho.

seco, senão não se legitimaria. Assim, o pacto realizado é que, junto com o reconhecimento, deve vir uma contrapartida, que em verdade se desdobra em duas. De fato, o primeiro argumento de legitimação da apropriação do resultado do trabalho mediante o pagamento de um preço tarifado é que o risco da atividade econômica será - ou deveria ser - do capitalista, sendo garantido ao trabalhador aquela tarifa independentemente do sucesso do empreendimento. O segundo argumento de legitimação é o próprio Direito do Trabalho, criatura gestada junto à figura do trabalho subordinado, que reconhece e legitima a sujeição<sup>23</sup> do trabalhador, mas ao mesmo tempo restringe e delimita a exploração. Assim, ao restringir o poder do dador de trabalho, trazendo melhores condições de trabalho e de vida, e, - por que não? -, de reprodução dos seres que trabalham, o Direito do Trabalho cumpre esse papel legitimador do sistema, com a pretensão de trazer equilíbrio à situação de sujeição do trabalhador ao empregador.<sup>24</sup> Desta forma, o Direito do Trabalho está para

23 Lembremos de que o requisito ou elemento principal da relação de emprego é a subordinação jurídica, que tem essa natureza justamente pelo fato do Direito reconhecer e legitimar a sujeição.

24 “Ainsi, tout au long de la séquence qui va en gros de la fin du XIXe siècle jusqu’aux années 1970, la subordination du rapport salarial demeure, mais, d’une part, elle est progressivement euphémisée par le droit du travail, l’arbitraire patronal est réduit et encadré. La subordination est aussi, d’autre part, *compensée* par des salaires qui dépassent le seuil de survie et surtout par des protections et par des droits. Cette structure de la relation de travail propre à la société salariale n’a rien d’idyllique: l’alénation et l’exploitation n’ont pas “été complètement vaincues. Mais, simultanément, le travail a été, si l’on peut dire, *dignifié*, dans la mesure où il est devenu support de droits.” In CASTEL, Robert. *La montée des incertitudes. Travail, protections, statut de l’individu*. Paris: Seuil, 2009, p. 83.

o Socialismo tanto quanto o Direito Ambiental ou o Direito Tributário: ou seja, bem longe. O Direito do Trabalho realiza - ou tenta realizar - o equilíbrio **na sociedade, no Estado e no meio de produção concorrencial capitalista.**<sup>25</sup>

Assim, o Direito do Trabalho, e as figuras de empregado e empregador, surgem para ao equilíbrio do sistema. Da mesma forma o Direito Concorrencial. E o Direito Empresarial. E o Direito do Consumidor. E o Direito Ambiental. E por aí vai...

Verifica-se, então, que os argumentos expostos no acórdão de reconhecimento da Repercussão Geral são tautológicos. Sim, a terceirização na atividade-fim é conciliável com o livre contratar, mas não é compatível com o Direito do Trabalho. E não é compatível com outro fundamento da República, que vem até antes da livre iniciativa no texto constitucional: a função social da empresa.

Assim, a questão é bem mais ampla do que a simplicidade aparente da redação da decisão que ora se comenta faz acreditar. E as consequências de uma eventual decisão, caso liberada a terceirização na atividade-fim das empresas, são, de qualquer sorte, bem mais complicadas, poder-se-ia dizer até trágicas.

## 5 - A valorização do trabalho e a função social da propriedade

25 O Direito Ambiental também tem estrutura similar ao Direito do Trabalho, ao ter como função a limitação na utilização dos bens naturais para fins capitalistas. O Direito Tributário, da mesma forma, tem papel redistribuidor semelhante ao do Direito do Trabalho, tornando obrigatórias contribuições ao Estado para a prestação de serviços indiscriminadamente distribuídos a toda a sociedade, sem que com isso se altere ou se pretenda alterar o sistema e a organização da sociedade.

Estar aqui discutindo a ampliação da terceirização, ao invés de maior restrição e criação de salvaguardas dos seus danos, é um tanto estranho, quase surreal. Qualquer habitante deste país, independentemente de atuação na área do Direito do Trabalho, percebe o nefasto cenário que a terceirização traz: é algo já do senso comum a ligação entre a terceirização e a precarização do trabalho.

Os estudos empíricos comprovando essa ligação são inúmeros.<sup>26</sup> Até os relatórios das empresas demonstram o liame entre a terceirização e a morte no trabalho.<sup>27</sup> A presença da terceirização em quase todos os casos de trabalho escravo contemporâneo também é algo que deve assustar qualquer um.<sup>28</sup>

Assim, um cenário com a liberação total da terceirização é bem fácil de ser traçado e não

26 Por todos: DRUCK, Maria da Graça. *Terceirização: (des)fordizando a fábrica. Um estudo do complexo petroquímico*. Salvador/São Paulo: Edufba/Boitempo; DRUCK, Maria da Graça. "Trabalho Precarização e Resistências: novos e velhos desafios?" in Caderno CRH: Revista do Centro de Recursos Humanos da UFBA, nº 1. Salvador: Ufba, 2011, p. 35-55; MARCELINO, Paula Regina Pereira. *A logística da precarização. Terceirização do trabalho na Honda do Brasil*. São Paulo: Expressão Popular, 2004.

27 Tomemos como exemplo a Petrobras. Em seu relatório de sustentabilidade do ano de 2010, encontrável em [http://www.petrobras.com.br/ri/Show.aspx?id\\_materia=KVlyC/ClrC+vZQ+GvDFURw==&id\\_canal=OUAVRvbWctrN/0MKGg0FXA==&id\\_canalpai=/zfwoC+leAQcwFyERVZzwQ==](http://www.petrobras.com.br/ri/Show.aspx?id_materia=KVlyC/ClrC+vZQ+GvDFURw==&id_canal=OUAVRvbWctrN/0MKGg0FXA==&id_canalpai=/zfwoC+leAQcwFyERVZzwQ==), na sua fl. 134, informa que de 2006 a 2010 morreram 80 (oitenta) trabalhadores na empresa, sendo 70 (setenta) terceirizados e 10 (dez) próprios.

28 FILGUEIRAS, Vítor. "Terceirização e trabalho análogo ao escravo: coincidência?", encontrável em <http://www.ihu.unisinos.br/noticias/532642-terceirizacao-e-trabalho-analogo-ao-escravo-coincidencia>, acesso em 07/07/2014. Conforme os dados analisados, "dos 10 maiores resgates de trabalhadores em condições análogas à de escravos no Brasil em cada um dos últimos quatro anos (2010 a 2013), em 90% dos flagrantes os trabalhadores vitimados eram terceirizados."

é nada promissor, tanto para os trabalhadores, quanto para o governo, que terá um aumento considerável nas contas previdenciárias e no seguro-desemprego e FGTS, tendo em vista o acréscimo certo no nível de infortúnios no trabalho e na rotatividade de mão de obra.

Mas, a livre iniciativa e a propriedade, em nossa Constituição, só se justificam se cumprirem a sua função social (art. 170, III, CRFB/1988). A Ordem Econômica, inclusive, é fundada na **valorização social do trabalho** (Art. 170, *caput*, CRFB/1988) e é fundamento da República os “valores sociais do trabalho”, vindo antes, inclusive, que a livre iniciativa (art. 1º, IV, CRFB/1988).

Desta forma, a livre iniciativa, e seu corolário, o livre contratar, são submetidos às limitações da valorização do trabalho e da função social da utilização da propriedade. Somente é justificável a livre contratação se ela for para a valorização do trabalho humano, nunca para a desvalorização. A limitação da liberdade de contratação na atividade-fim se justifica justamente porque esta desvalorizará o trabalho, sendo, portanto, inconstitucional, por violar um fundamento da República e um pilar da Ordem Econômica.

Se é claro que a terceirização irrestrita é conciliável com a liberdade de contratar, ela é totalmente incompatível com a função social da propriedade e a valorização do trabalho humano.

O viés neoliberal sob o qual está sendo levada a questão no acórdão que reconheceu a Repercussão Geral, ao enfatizar – e dizer mais de uma vez – o fundamento da livre iniciativa, esquecendo-se dos demais princípios insculpidos em nossa Constituição, aos qualis o princípio da livre iniciativa são submetidos,

preocupa bastante, por sinalizar uma utilização ideológica do controle de constitucionalidade, pela via do ativismo judicial.

## 6 - As consequências sobre a organização coletiva do trabalho

Viu-se acima que não há como defender a constitucionalidade da terceirização, por descumprimento do fundamento da República e da Ordem Econômica da valorização social do trabalho.

No entanto, muito além disso, outra preocupação que pode haver é com o equilíbrio do sistema. Ou melhor, com o provável superdesequilíbrio sistêmico que uma decisão liberalizante pode trazer, com todas as consequências facilmente previsíveis, que é um dos pontos trazidos por Luís Roberto Barroso de avanços indesejáveis do Poder Judiciário, conforme supra.

O já frágil pacto social do trabalho no Brasil, decorrente de situações históricas de exclusão, descumprimento generalizado das obrigações trabalhistas e baixo nível educacional e salarial, aliado ao perverso e autoritário sistema de representação sindical brasileiro, redundariam em um caos na organização coletiva dos trabalhadores, sem possibilidade ou instrumento de controle. Pegue-se como pequeno cenário premonitório do que pode acontecer as recentes greves dos garis e rodoviários no Rio de Janeiro, em que trabalhadores em situação precária se auto-organizaram e realizaram movimentos paredistas à revelia dos sindicatos que legalmente os representavam. O Poder

Judiciário, nesses casos, não tinha ferramentas para o encerramento do conflito, pois não havia a quem imputar a responsabilidade pela continuação na prestação de serviços essenciais à sociedade.

O Direito do Trabalho é incompreendido pelos não especialistas, como é o caso da maioria dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, que atuaram a maior parte de suas vidas sob a lógica de outros ramos jurídicos.

O ramo laboral tem um funcionamento lógico que, uma vez quebrado, todo o sistema deixa de funcionar. Ele é compreendido de normas cogentes ou de ordem pública porque não poderia ser de outro modo, sob pena de total incapacidade regulatória. A imposição de obrigações que perfaz o liame empregado-empregador faz parte crucial do pacto da sociedade do trabalho, que pressupõe a imputação das responsabilidades individuais e coletivas do Direito do Trabalho, como garante de limites mínimos e imprescindíveis à dignidade da pessoa humana que trabalha.

Uma confusão frequente entre leigos em Direito do Trabalho é que não seria importante para a sociedade, ou mesmo para os trabalhadores, quem seria o responsável pelo vínculo empregatício, desde que as obrigações fossem cumpridas por alguém. Assim, se é responsável a empresa A, principal, ou B, a terceirizada, pouca ou nenhuma diferença faria se os salários, por exemplo, fossem pagos. Esta noção desconhece toda a dimensão coletiva da relação de trabalho, que é uma das singularidades desse ramo. Como afirma Héctor-Hugo Barbagelata:

“(...) a dimensão coletiva se projeta no conflito individual e nas relações dessa natureza não só pela eventualidade de que todo conflito individual se transforme em conflito, mas também pela própria integração do problema do trabalhador, individualmente considerado, no mundo do trabalho. Em princípio, a dita integração tem como consequência que todo ato com relação a um conflito individual adquire projeção coletiva.<sup>29</sup>(...)”

Assim, os conflitos dentro de uma relação de trabalho ultrapassam sempre a relação individual empregador-empregado. Essa é uma das razões pelas quais o direito comum é inapto a regular as relações de trabalho.

E aí está a segunda parte do problema: os conflitos, por terem dimensão coletiva, são resolvidos em grande parte em termos coletivos, daí a importância da representação de trabalhadores e do sistema sindical. A desconexão entre o sistema de representação sindical com a composição da força de trabalho em uma empresa – fato que já acontece hoje pela expansão *contra legem* da terceirização no Brasil – deve atingir níveis insuportáveis, o que causará extrema instabilidade no seio da atividade empresarial, ocasionando segregações, desavenças, iniquidades, insatisfação e culminando em um cenário de ingovernabilidade organizacional, sem instâncias realmente representativas de

29 BARBAGELATA, Hector Hugo. O Particularismo do Direito do Trabalho São Paulo: LTR, 1996, p.24.

mediação dos conflitos, como já foi alertado mais acima.

## 7 – Conclusão

A questão da terceirização não deveria ter sido nunca levada para o Supremo Tribunal Federal, pelo menos não sob o prisma que se está tomando, com forte viés ideológico. Trata-se de caso claro de ativismo judicial, pois foi uma escolha de atuação, ampliando os sentidos da Constituição para a resolução de questão que normalmente não seria da alçada da Corte Suprema. Também estão evidentes os objetivos de atendimento a interesses de grupos hegemônicos da elite econômica que, encontrando obstáculos para a aprovação de projeto de lei de seu interesse no Congresso Nacional, partiram para a utilização do Supremo Tribunal Federal na garantia de seus interesses, em perfeito exemplo do fenômeno apontado por Ran Hirschl.

A hipótese, ao contrário do que foi decidido pelos Ministros, atinge somente de maneira reflexa a Constituição. Isso é demonstrado até pela hesitação da Corte, pois o próprio relator negou seguimento ao recurso extraordinário, por não ter visto qualquer questão constitucional, e o agravo à essa decisão foi denegado por unanimidade pela turma, tendo havido a reversão somente em sede de embargos de declaração, quando relator mudou de ideia.

Não se duvide que a instrumentalização do Supremo Tribunal Federal sirva para “forçar” o Congresso Nacional a aprovar o projeto de lei que lá se encontra em tramitação, como

sugere certo porta-voz do empresariado.<sup>30</sup> Como lembra esse representante, no caso da proporcionalidade do aviso prévio o Congresso Nacional aprovou às pressas uma lei prevendo a proporção, na iminência de regulação pela Corte Constitucional. Esqueceu-se de falar, no entanto, que essa lei, contendo apenas um artigo e um parágrafo, ainda assim conseguiu a proeza de estar cheia de contradições e obscuridades, duas delas gravíssimas, justamente pela pressa no processo legislativo.

Todo o processo de expansão da terceirização deveria ser questionado, mas sob o prisma da total desvalorização do trabalho, devendo ser criadas salvaguardas aos trabalhadores, como a responsabilidade solidária, representação sindical livre e isonomia de direitos. Vivenciamos relações de trabalho precárias, em detrimento à saúde dos trabalhadores, prevalecendo a segregação entre pessoas que labutam na mesma empresa. Postos de trabalho vêm sendo degradados, transformados em terceirizados, com trabalhadores de baixa qualificação, reproduzindo um ciclo vicioso de baixa produtividade, o que impede um crescimento equitativo com ganhos para toda a sociedade.

A pretensão aparente de liberação da “terceirização de mão-de-obra diante do que se compreende por atividade-fim” representará um grave retrocesso nas relações sociais e também total descaso com a Justiça Especializada, onde há anos o problema vem sendo tratado,

30 PASTORE, José. “Terceirização no STF”, encontrável em <http://www.fecomercio.com.br/NoticiaArtigo/Artigo/11155>, acesso em 07/07/2014.

se não de uma maneira ainda eficaz para a solução do fenômeno, pelo menos conseguindo evitar sua explosão. Com a liberação da terceirização, obviamente se poderá pensar em subcontratações em série, não havendo limites inferiores para a degradação das condições de trabalho. E o país andar na contramão do que propõe a Organização Internacional do Trabalho, pela sua Recomendação nº 198.

Este caso, de qualquer forma, será paradigmático em dois sentidos: apresentará o nível de ativismo judicial conservador que a Suprema Corte pretende exercer, bem como o projeto político de Nação que o Supremo Tribunal Federal tem para nós.

Originalmente publicado na revista do TST, v. 80, n. 3, jul./set. 2014 p. 239-256

**Excelentíssimo Sr. Presidente do Supremo Tribunal Federal, Ministro Ricardo Lewandowski**

**ABAG – ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DO AGRONEGÓCIO**, associação civil de âmbito nacional sem fins lucrativos, sediada em São Paulo – SP, na Avenida Paulista, n. 1754, conjuntos 147 e 148, vem respeitosamente perante Vossa Excelência, por seus advogados, ao final assinados, com endereço profissional em Curitiba – PR, na Rua Hildebrando Cordeiro, n. 30, com fulcro no art. 102, parágrafo 1.º, da Constituição Federal, e em disposições da Lei 9.882/1999, para ajuizar

**ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL (com pedido de tutela de urgência)**

em decorrência de decisões judiciais proferidas no âmbito da Justiça do Trabalho, das quais tem resultado restrição, limitação e impedimento à liberdade de contratação de serviços por empresas vinculadas ao seu quadro associativo, o que faz de acordo com as razões expostas a seguir.

**1. CONTEXTO EM QUE SE JUSTIFICA A REALIZAÇÃO DE CONTROLE CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE POR ESSA EG. CORTE SUPERIOR**

A ampliação do mercado de consumo [*e, por consequência, da concorrência*] exigiu dos empresários, nas últimas décadas, modernização de seu processo produtivo, indispensável à redução dos custos e dos preços e ao aumento da qualidade dos produtos / serviços disponibilizados.

Se, antes, as empresas tinham estrutura verticalizada, realizando, por seus sócios, dirigentes e empregados, todas as etapas do processo produtivo e todas as atividades necessárias à sua existência, agora [*e já faz muito tempo*] as exigências de mercado criam a necessidade de concentrar seus esforços na atividade em que é especializada.<sup>1</sup>

Essa é a dimensão econômica do fenômeno mundialmente conhecido como terceirização, vale dizer: esse é o contexto macro-econômico em que se insere essa tendência de **organização empresarial**, cujo impacto sobre o direito – e, mais especificamente, sobre as relações de trabalho – tem sido muitíssimo expressivo.

De fato, a alteração do perfil das sociedades empresariais estabelecidas no Brasil, em decorrência dos aspectos mencionados, fez com que se iniciasse, há mais de duas décadas, intenso debate na Justiça do Trabalho [*e nos órgãos e entidades que nela atuam cotidianamente*] quanto à legalidade da contratação de empresas ditas terceirizadas para prestação dos serviços necessários ou, em muitos casos, indispensáveis à consecução dos objetivos de outras empresas.

O princípio essencial da máxima proteção ao trabalhador que, no âmbito daquela

1 MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. **O Fenômeno da Terceirização e suas Implicações Jurídicas**. Revista Magister de Direito do Trabalho, ano VIII, n. 44, set./out. 2011, p. 7-14. Passim.

Justiça Especializada, é colocado como premissa para toda e qualquer reflexão jurídica, conduziu a questionamentos quanto ao impacto da terceirização, não só do ponto de vista financeiro, sobre os empregados das empresas prestadoras de serviço [= *terceirizadas*].

Afirmou-se, naquele primeiro estágio da tendência de terceirização [*e ainda se afirma até hoje*], que dela resultava precarização das condições de trabalho, tratamento injustificadamente diferente dos empregados das prestadoras de serviço terceirizadas em relação àqueles que pertenciam ao quadro das tomadoras, redução salarial, ausência de garantias idôneas para o cumprimento das obrigações trabalhistas etc.

Nesse quadro, delineado em inúmeras ações e recursos versando sobre o tema, o posicionamento inicialmente adotado pelo TST, há quase 30 anos, foi extremamente rígido: somente se poderia considerar lícita a terceirização, mediante locação de mão de obra, nas hipóteses de contrato de trabalho temporário e de prestação de serviços de vigilância. **Esse era o teor da Súmula 256, editada em 30.09.1986.**

Esse entendimento foi, poucos anos depois (1993), revisado com a edição da Súmula 331, que ampliou o rol das hipóteses em que a terceirização poderia ser considerada lícita, nele incluindo a prestação de serviços de conservação e limpeza e de outros serviços, não específicos, ligados à atividade-meio do tomador de serviços. **Foi a partir de então que a discussão quanto à possibilidade / legalidade da terceirização passou a girar em torno do conceito [*impreciso e pouco útil, como se evidenciará*] de atividade-meio e de atividade-fim.**

Sete anos depois, e já em setembro de 2000, foi acrescido, à Súmula 331, o inciso IV, que reconhecia a responsabilidade subsidiária objetiva da Administração Pública, nas hipóteses em que houvesse inadimplência das obrigações trabalhistas de que fossem credores empregados de empresas terceirizadas, contratadas pelo Poder Público. Essa responsabilidade subsidiária foi afirmada, no âmbito da Justiça do Trabalho, independentemente da regra do art. 71, § 1.º,<sup>2</sup> da Lei de Licitações, que proíbe a transferência, para a Administração Pública, das obrigações trabalhistas, fiscais e comerciais das empresas que ela viesse a contratar [*inclusive nos contratos de prestação de serviços*].

Foi, então, ajuizada a ADC 16-DF, com o objetivo de viabilizar o controle de constitucionalidade concentrado, em relação à regra supracitada. Nessa ação constitucional, foi proferida decisão,<sup>3</sup> por essa Eg. Corte, que afirmou a constitucionalidade da regra – e, portanto, a inviabilidade de sujeição da Administração Pública ao regime definido na Justiça do Trabalho em relação à terceirização. Disso resultou mais uma modificação, em maio de 2011, na Súmula 331, que

2 Tal dispositivo prevê: “A inadimplência do contratado, com referência aos encargos trabalhistas, fiscais e comerciais não transfere à Administração Pública a responsabilidade por seu pagamento, nem poderá onerar o objeto do contrato ou restringir a regularização e o uso das obras e edificações, inclusive perante o Registro de Imóveis”.

3 Em cuja ementa, constou: “RESPONSABILIDADE CONTRATUAL. Subsidiária. Contrato com a administração pública. Inadimplência negocial do outro contraente. Transferência consequente e automática dos seus encargos trabalhistas, fiscais e comerciais, resultantes da execução do contrato, à administração. Impossibilidade jurídica. Consequência proibida pelo art., 71, § 1º, da Lei federal nº 8.666/93. Constitucionalidade reconhecida dessa norma. Ação direta de constitucionalidade julgada, nesse sentido, procedente. Voto vencido. É constitucional a norma inscrita no art. 71, § 1º, da Lei federal nº 8.666, de 26 de junho de 1993, com a redação dada pela Lei nº 9.032, de 1995” (ADC 16, Rel. Min. Cezar Peluso, Tribunal Pleno, julgado em 24/11/2010, publicado em 09/09/2011).

hoje tem a seguinte redação:

*“I - A contratação de trabalhadores por empresa interposta é ilegal, formando-se o vínculo diretamente com o tomador de serviços, salvo no caso de trabalho temporário (Lei n. 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, CF/1988).*

*III – Não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância (Lei n. 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.”*

À luz dessa Súmula, é razoável concluir que a Justiça do Trabalho não reconhece os efeitos de contratos de prestação de serviços firmados pelas empresas, visando à terceirização de parte das suas atividades como estratégia para atuação mais eficaz no mercado de consumo. Ou, em termos práticos, nega-se a liberdade de contratação em todos os setores da economia, na medida em que se privam os contratos de prestação de serviços firmados dos efeitos correlatos ou respectivos, dentre os quais o não reconhecimento de vínculo de emprego entre a tomadora e os empregados da prestadora de serviços.

A bem da verdade, com o passar do tempo, as restrições se tornaram mais graves. As sociedades empresárias que contratam a prestação de serviços sujeitam-se não só à desconsideração dos efeitos dos contratos firmados [*o que, por si, já é muito grave*], como também à proibição de contratar, em absoluto, tais serviços.

De fato, nos últimos anos, várias ações coletivas [*em sentido amplo*] foram ajuizadas pelos legitimados extraordinários autorizados na legislação em vigor, **com o objetivo de impor a empresas de todos os setores [inclusive aquelas representadas pela ABAG] obrigação de conteúdo negativo - abstenção quanto à contratação de serviços relacionados à sua atividade-fim – ou mesmo o desfazimento dos contratos firmados.** E não só: também se pede, em tais ações, a condenação das empresas demandadas ao pagamento de danos morais coletivos em patamares milionários, bem como a determinação de que sejam contratadas, como empregadas, as pessoas que prestam

serviços terceirizados, tudo isso sob pena de multa e outras penalidades.

São inúmeras as ações em que veiculadas tais pretensões [*como se verá no item 2.2*], que têm sido acolhidas, lamentavelmente, em decisões proferidas em todos os graus de jurisdição na Justiça do Trabalho, com fundamento na Súmula 331.

Contra uma dessas decisões, aliás, foi interposto recurso extraordinário, que foi admitido e processado por essa Eg. Corte Superior, sob o regime do art. 543-B, do CPC. A alusão é ao Recurso Extraordinário com Agravo 713.211, sob a relatoria do Min. Luiz Fux.

A decisão que reconheceu a repercussão geral, neste recurso, apoiou-se na premissa de que *“a proibição genérica da terceirização calcada em interpretação jurisprudencial do que seria atividade-fim pode interferir no direito fundamental de livre iniciativa, criando, em possível ofensa direta ao art. 5º, inciso II, da CRFB, obrigação não fundada em lei capaz de esvaziar a liberdade do empreendedor de organizar sua atividade empresarial de forma lícita e da maneira que entenda ser mais eficiente”*.

Está, realmente, caracterizada, no quadro delineado acima, a ofensa a inúmeros preceitos fundamentais da Constituição Federal em vigor.

Com efeito, a orientação hoje adotada na Justiça do Trabalho quanto ao tema da terceirização ofende:

**a)** em primeiro lugar, e de forma mais evidente e direta, a norma constitucional programática [*veiculadora de preceito fundamental*] do art. 1º, inciso IV, da Constituição Federal, que alude *“aos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa”* como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito; e,

**b)** os princípios constitucionais de proteção à liberdade [*art. 5º, ‘caput’*] e da legalidade [*art. 5º, inciso II*], já mencionado na decisão citada, que podem ser qualificados como preceitos fundamentais.

Em síntese, a ofensa a tais disposições constitucionais resulta de a Justiça do Trabalho, em inúmeras decisões recentes, impedir a terceirização de atividades de empresas dos mais variados segmentos econômicos, com base em **construção casuística, imprecisa, que não permite a menor previsibilidade de conduta**, dos conceitos de atividade-meio e de atividade-fim e, também, de subordinação. A ausência de um padrão de conduta estabelecido previamente está inviabilizando **em absoluto** a celebração de contratos de prestação de serviços, que constitui legítima expressão do direito constitucional à liberdade [*e de seu desdobramento no âmbito econômico - a livre iniciativa*].

As restrições à liberdade de contratar têm gerado desequilíbrio indesejável entre as empresas que atuam no mercado de consumo. Aquelas que são demandadas em ações coletivas para discussão da validade dos contratos de prestação de serviços [*terceirização*] firmados e têm contra si proferidas decisões, nestas ações, acabam se sujeitando a um regime de produção mais oneroso, mais caro, **o que frustra a livre concorrência**.

Além disso, embora as decisões trabalhistas visem à proteção ao trabalhador, concretamente, desconsideram a inclusão no mercado de trabalho formal de pessoas que, em outro contexto, acabariam não participando dele. A terceirização, embora criticada veementemente, fez crescer setor importante da economia, havendo dados empíricos quanto a isso, não considerados pela Justiça do Trabalho, que, involuntariamente, acaba assumindo posicionamento **contrário à**

## valorização do trabalho na vida em sociedade.

Essas reflexões serão aprofundadas no item 2, *infra*, com o objetivo de demonstrar por que a presente ação constitucional não apenas é cabível, na hipótese *sub examinen*, mas também indispensável para afastar a ofensa aos preceitos mencionados. Decisão nesse sentido beneficiará não apenas as empresas representadas pela ABAG, mas também consumidores, trabalhadores, enfim, a sociedade como um todo.

## 2. CONFIGURAÇÃO DOS REQUISITOS LEGAIS E CONSTITUCIONAIS PARA AJUIZAMENTO DA PRESENTE AÇÃO CONSTITUCIONAL E PARA REALIZAÇÃO DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE CONCENTRADO EM RELAÇÃO AOS ATOS IMPUGNADOS

### 2.1. A LEGITIMAÇÃO EXTRAORDINÁRIA DA ABAG PARA A PRESENTE AÇÃO CONSTITUCIONAL

De acordo com o art. 2º, inciso I, da Lei 9.886/1994, podem ajuizar a arguição de descumprimento de preceito fundamental “os legitimados para a ação direta de inconstitucionalidade”. Por sua vez, o art. 2º, inciso IX, da Lei 9.868/1999<sup>4</sup> prevê a legitimidade, para a ação direta de inconstitucionalidade, da “confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional”.

Interpretando tais disposições, essa Eg. Corte já teve a oportunidade de se manifestar no seguinte sentido: “... nos termos do inciso I do art. 2º da Lei n. 9.882/99, a legitimação ativa “ad causam” desse remédio constitucional (ADPF) é restrita aos habilitados para a ação direta de inconstitucionalidade (art. 103, CF/88). Com efeito, no julgamento da ADI 386, rel. min. Sydney Sanches, este Supremo Tribunal Federal firmou o entendimento de que ‘não é entidade de classe de âmbito nacional, para os efeitos do inciso IX do artigo 103 da Constituição, a que só reúne empresas sediadas no mesmo Estado, nem a que congrega outras de apenas quatro Estados da Federação’. A partir daí, o pensar jurisprudencial desta Corte se consolidou no sentido de que **‘o caráter nacional da entidade de classe não decorre de mera declaração formal, consubstanciada em seus estatutos ou atos constitutivos. Essa particular característica de índole espacial pressupõe, além da atuação transregional da instituição, a existência de associados ou membros em pelo menos nove Estados da Federação’** (ADI 108, rel. min. Celso de Mello)”<sup>5</sup>.

A ABAG tem a atuação transregional, exigida por essa Eg. Corte para configuração da legitimação extraordinária em situações como a presente.

De fato, trata-se de entidade de classe, instituída há 21 anos, com o objetivo principal<sup>6</sup>

4 Que dispõe sobre o processo e o julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal.

5 ADPF 120, Rel. Min. Carlos Britto, decisão monocrática, julgamento em 11-9-2007, DJ de 21-9-2007.

6 A descrição mais pormenorizada dos objetivos que inspiram a atuação da ABAG está no art. 7º, de seu Estatuto: “I. atuar no campo político, sugerindo medidas que venham otimizar e aumentar a competitividade do sistema, tanto nacional quanto internacionalmente; II. atuar no campo técnico, desenvolvendo estudos técnicos que permitam respaldar sua atuação política; III. estabelecer um sistema de comunicação com os vários segmentos da sociedade brasileira, visando esclarecer a relevância do sistema e valorizar sua importância social e econômica; IV. atuar de forma a otimizar os resultados do setor”.

de lutar pelo equilíbrio e a valorização das empresas do setor do agronegócio<sup>7</sup> brasileiro, considerando, para tanto, que tais empresas são personagens de fundamental importância para o desenvolvimento sustentável do Brasil.

Para consecução de tal objetivo, a ABAG atua em várias frentes, em todo o território nacional, mediante realização e coordenação de eventos para integração do setor, representação perante órgãos públicos e em foros de discussão nacionais e internacionais,<sup>8</sup> criação de comitês para estudo e discussão dos assuntos relevantes para todas as categorias<sup>9</sup> do agronegócio por ela representadas; bem como participação de missões comerciais no exterior, a convite de Ministros e da própria Presidência.

Essa atuação ampla em favor do setor representado, torna-se viável, concretamente, porque, no quadro associativo da ABAG, estão outras associações de classe de que colaboram com a consecução de seus objetivos em vários Estados brasileiros, tais como: **(i)** a **ÚNICA** [*União da Indústria de Cana-de-Açúcar*], com representação nos Estados de São Paulo, Minas Gerais, Mato Grosso do Sul, Goiás, Mato Grosso, Rio de Janeiro, Alagoas, Pernambuco e Paraná; **(ii)** a **IBÁ** [*Indústria Brasileira de Árvores*], com representação no Rio Grande do Sul, em Santa Catarina, no Paraná, em São Paulo, no Rio de Janeiro, no Espírito Santo, na Bahia, em Minas Gerais, no Mato Grosso do Sul, no Tocantins, no Maranhão, no Piauí, em Goiás e no Amapá; **(iii)** a **CitrusBR** [*Associação Nacional dos Exportadores de Sucos Cítricos*], com representação em São Paulo, em Minas Gerais e no Paraná; e **(iv)** a **UDOP** [*União dos Produtores de Bioenergia*], com representação, no Maranhão, no Mato Grosso do Sul, em São Paulo, em Minas Gerais, no Rio de Janeiro, no Amazonas, em Goiás e no Mato Grosso.

As empresas associadas a tais entidades – e, por extensão, à ABAG – contribuem com parcela expressiva do crescimento econômico dos setores a que vinculadas. Em relação ao setor florestal, por exemplo, as empresas associadas da IBÁ são responsáveis por 7,2 milhões de hectares de árvores plantadas, além de receita bruta de R\$ 60.000.000.000,00 (sessenta bilhões de reais) e 5.000.000 de empregos diretos e indiretos. Esses dados permitem, também, que se vislumbre a representatividade do setor em favor do qual atua a ABAG.

Aqui é importante observar que, embora tenha, no seu quadro associativo, outras associações, a ABAG não pode ser qualificada como “associação de associações”, senão por outra razão, porque também são associadas a ela outras empresas e instituições de amplitude nacional, que atuam no setor econômico do agronegócio. Vale dizer: congrega, em seu quadro associativo, tanto

7 Definido, no art. 6º, do Estatuto da ABAG, como “a soma de todas as operações envolvendo: I. a produção e a distribuição de suprimentos agropecuários; II. As operações de produção na propriedade rural; III. O armazenamento, o processamento e a transformação de agropecuários; e, IV. A distribuição e o comércio de produtos agropecuários e dos serviços e produtos dele originados”.

8 Por exemplo, o Comitê Estratégico do MAPA; Conselho do Agronegócio da FIESP, do Consagro – Conselho do Agronegócio do Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento, e de suas Câmaras (açúcar e álcool; algodão; citricultura; milho, sorgo, suínos e aves; ciências agrárias; financiamento e seguro do agronegócio; infraestrutura e logística; insumos agropecuários; negociação agrícola internacional; oleaginosas e biodiesel); do Conselho Assessor da Embrapa; da Câmara Setorial de Leite e Derivados e da Câmara Setorial de Carne Bovina da Secretaria da Agricultura do Estado de São Paulo; da Comissão Brasil-Alemanha de Agronegócio e Inovação.

9 Como o Comitê de Financiamento, o Comitê de Sustentabilidade, o Comitê de Desmatamento, o Comitê de Assuntos Fundiários, o Comitê de Bioeconomia, o Comitê de Bioenergia, o Comitê de Insumos e o Comitê de Comunicação.

associações [= entidades de classe] como empresas e instituições autônomas, que atuam diretamente no mercado de consumo. Mesmo que fosse possível, de todo modo, a referida qualificação, essa Eg. Corte, há muito superou o entendimento de que não teriam legitimidade, para as ações constitucionais, as ditas “associações de associações”.<sup>10</sup>

Do ponto de vista quantitativo, não pode haver dúvidas quanto à legitimidade da ABAG para o ajuizamento da presente ação constitucional.

Cumpr, então, analisar a questão, sob a perspectiva da **pertinência temática**.

Com efeito, no rol de legitimados para ajuizamento da ação direta de inconstitucionalidade, a jurisprudência dessa Eg. Corte distingue os que têm legitimidade universal<sup>11</sup> daqueles cuja legitimação supõe a comprovação de interesse [= *pertinência temática*] nas questões constitucionais discutidas na referida ação constitucional.

A entidade de classe de âmbito nacional, como a ABAG, pertence à segunda categoria,<sup>12</sup> juntamente com outros legitimados.<sup>13</sup> E, segundo abalizado entendimento doutrinário,<sup>14</sup> a demonstração da pertinência temática é necessária não apenas na ação direta de inconstitucionalidade, mas também na arguição de descumprimento de preceito fundamental, considerando o paralelismo estabelecido pelo legislador<sup>15</sup> em relação à questão da legitimação ativa para as duas ações constitucionais.

Também por essa perspectiva, não pode haver dúvida quanto à legitimidade da ABAG para a presente ação, vale dizer, é inequívoca a configuração do requisito da pertinência temática.

A essa conclusão seria possível chegar somente pela constatação de que a terceirização é um fenômeno atual e presente em quase todos os segmentos econômicos. Empresas de todos os setores da economia terceirizam parte de suas atividades, com os objetivos já mencionados

10 Isso ocorreu no paradigmático julgamento do agravo regimental na ADI 3153. Constatou na ementa do v. Acórdão proferido por essa Eg. Corte em tal julgamento: “1. O conceito de entidade de classe é dado pelo objetivo institucional classista, pouco importando que a eles diretamente se filiem os membros da respectiva categoria social ou agremiações que os congreguem, com a mesma finalidade, em âmbito territorial mais restrito. 2. É entidade de classe de âmbito nacional - como tal legitimada à propositura da ação direta de inconstitucionalidade (CF, art 103, IX) - aquela na qual se congregam associações regionais correspondentes a cada unidade da Federação, a fim de perseguirem, em todo o País, o mesmo objetivo institucional de defesa dos interesses de uma determinada classe. 3. Nesse sentido, altera o Supremo Tribunal sua jurisprudência, de modo a admitir a legitimação das ‘associações de associações de classe’, de âmbito nacional, para a ação direta de inconstitucionalidade” (ADI 3153 AgR, Rel. Min. Celso de Mello, Relator(a) p/ Acórdão Min. Sepúlveda Pertence, Tribunal Pleno, julgado em 12/08/2004, publicado em 09/09/2005).

11 Isto é, Presidente da República, Mesa do Senado Federal, Mesa da Câmara dos Deputados, Procurador Geral da República, Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil e partido político com representação no Congresso Nacional.

12 Nesse exato sentido: “Esta Corte firmou entendimento no sentido de que as entidades de classe e as confederações sindicais somente poderão lançar mão das ações de controle concentrado quando tiverem em mira normas jurídicas que digam respeito aos interesses típicos da classe que representam” (AI 704192 AgR, Rel. Min. Dias Toffoli, 1ª Turma, julgado em 22/05/2012, acórdão eletrônico DJe-121, publicado em 21-06-2012).

13 Como a Mesa da Câmara Legislativa do Distrito Federal, o Governador do Estado ou do Distrito Federal e a confederação sindical.

14 Nesse sentido: BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência**. 4.ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009 (p. 293/294).

15 Ao prever, no art. 2.º, que seriam legitimados para a ADPF as mesmas pessoas e entidades que o são, para a ação direta de inconstitucionalidade.

– otimização de custos, concentração na área de especialização com conseqüente aumento da qualidade dos produtos e serviços, redução do preço final, aumento da competitividade etc.

À luz dessa constatação, é forçoso admitir o interesse, em tese, na discussão das questões constitucionais ora suscitadas não apenas da ABAG, mas de entidades de classe representativas de vários outros setores da economia. As decisões quanto ao tema proferidas por vários órgãos jurisdicionais da Justiça do Trabalho afetam, de forma indistinta, todos os setores, cotidianamente.

Mas, ainda que assim não fosse, restará comprovada no item 2.2, *infra*, a prolação de decisões com o teor já mencionado [*isto é, desconsiderando contratos de prestação de serviços firmados com empresas terceirizadas ou impedindo sua contratação*] em relação a empresas pertencentes ao quadro associativo da ABAG. É razoável presumir que, se algumas das representadas pela ABAG estão sofrendo prejuízos imensuráveis à continuidade de suas atividades pela prolação de tais decisões, outras podem estar prestes a sofrer. E a presente ação é cabível não apenas para reparar a lesão a preceito fundamental da Constituição em vigor, mas também para preveni-la, nos termos do art. 1º, da Lei 9.882/1999.

O interesse no ajuizamento da presente ação constitucional [= *pertinência temática*] resulta, portanto, não apenas da lesão já verificada, em relação a algumas das empresas pertencentes a categorias econômicas representadas pela ABAG, mas, também, pela perspectiva de que tal lesão ocorra em relação a outras empresas das mesmas categorias ou de outras, também representadas por ela.

É forçoso, então, concluir pela legitimidade ativa *ad causam*, por qualquer das perspectivas abordadas.

## **2.2. AS DECISÕES JUDICIAIS PROFERIDAS NA JUSTIÇA DO TRABALHO, QUANTO AO TEMA DA TERCEIRIZAÇÃO, PODEM SER QUALIFICADAS COMO ATOS DO PODER PÚBLICO PASSÍVEIS DE CONTROLE CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE ATRAVÉS DA ADPF**

O art. 1º, da Lei 9882/1999, alude ao cabimento da presente ação constitucional, quando se verificar lesão ou ameaça de lesão a preceito fundamental, por ato do Poder Público.

Afirma-se, com base nessa disposição, que o legislador facultou o controle, por tal ação, de “qualquer ato ou omissão do poder público, seja normativo (incluindo os atos legislativos), ou não normativo, abstrato ou concreto, anterior ou posterior à Constituição, federal, estadual ou municipal, e proveniente de qualquer órgão, ou entidade, do Legislativo, do Executivo e do Judiciário”.<sup>16</sup>

De acordo com o tipo de ato impugnado, entendem-se possíveis dois tipos de controle na ADPF. No primeiro, “tem-se um tipo de controle de normas em caráter principal, opera-se de forma direta e imediata em relação à lei ou ao ato normativo”, enquanto que, no segundo, “questiona-se a legitimidade da lei tendo em vista a sua aplicação em uma dada situação concreta (caráter incidental)”.<sup>17</sup>

16 CUNHA JÚNIOR, Dirley. *Arguição de descumprimento de preceito fundamental. In: Ações constitucionais*. Org. Fredie Didier Jr. 5. ed. Salvador: Jus PODIVM, 2011. n. 5.5, p. 591-592.

17 MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 8ª ed. São Paulo:

Essa Eg. Corte, no julgamento de hipóteses análogas, estabeleceu premissas de indiscutível relevância para compreensão de quais são os atos do Poder Público passíveis de controle através da presente ação constitucional.

Não se considerou cabível o controle, em tal medida, de: **(i)** “atos que consubstanciam mera ofensa reflexa à Constituição”;<sup>18</sup> **(ii)** “súmula vinculante”;<sup>19</sup> **(iii)** atos que já produziram, exauriram todos os seus efeitos jurídicos em tese reguláveis através de tal ação constitucional<sup>20</sup> ou que já não estão mais em vigor;<sup>21</sup> **(iv)** “ato normativo subalterno cujo conteúdo seja de lei ordinária em sentido material e, como tal, goze de autonomia nomológica”;<sup>22</sup> **(v)** enunciado da Súmula desse Supremo Tribunal Federal;<sup>23</sup> e, **(vi)** ato do Poder Público ainda suscetível de alterações, como a proposta de emenda à Constituição.<sup>24</sup>

Mas, por outro lado, essa Eg. Corte admitiu ser cabível a realização de controle concentrado, através da ADPF, de: **(i)** “atos estatais antes insuscetíveis de apreciação direta pelo Supremo Tribunal Federal, tais como (...) decisões judiciais atentatórias a cláusulas fundamentais da ordem constitucional”;<sup>25</sup> **(ii)** “conjunto de atos jurisdicionais do poder público federal”;<sup>26</sup> **(iii)** lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, anterior à Constituição vigente e com ela, em tese, incompatível.<sup>27</sup>

Naturalmente, para proferir tais decisões, essa Eg. Corte levou em conta a questão da subsidiariedade, em cada caso concreto analisado, e portanto se a arguição de descumprimento de preceito fundamental era medida efetivamente necessária para atingir o resultado pretendido [aspecto esse que será tratado no item 2.3, “infra”], se não havia outra alternativa, na legislação em vigor, que permitisse a consecução de tal resultado.

Desde já,<sup>28</sup> é possível, contudo, afirmar que, no presente caso, as decisões proferidas na Justiça do Trabalho, quanto ao tema da terceirização, se enquadram no segundo grupo, isto é, trata-se de atos do Poder Público que podem ser objeto de controle por essa Eg. Corte Superior, porque elas veiculam ofensa inadmissível a preceitos fundamentais da Constituição em vigor.<sup>29</sup>

De fato, em tais decisões, os órgãos jurisdicionais daquela Justiça Especializada têm

.....  
Saraiva, 2013, p. 1.219.

18 ADPF 93 AgR, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno, julgado em 20/05/2009, publicado em 07/08/2009.

19 ADPF 147-AgR, Rel. Min. Cármen Lúcia, julgado em 24/3/2011, publicado em 8/4/2011.

20 ADI 4.041-AgR-AgR-AgR, Rel. Min. Dias Toffoli, julgado em 24/3/2011, Plenário, publicado em 14/6/2011.

21 ADPF 49, Rel. Min. Menezes Direito, decisão monocrática, julgado em 1/2/2008, publicado em 8/2/2008.

22 ADI 3.731-MC, Rel. Min. Cezar Peluso, julgado em 29/8/2007, publicado em 11/10/2007.

23 ADPF 80-AgR, Rel. Min. Eros Grau, julgado em 12/6/2006, publicado em 10/8/2006.

24 ADPF 43-AgR, Rel. Min. Carlos Britto, julgado em 20/11/2003, publicado em 19/12/2003.

25 ADPF 127, Rel. Min. Teori Zavascki, decisão monocrática, julgado em 25/2/2014, publicado em 28/2/2014.

26 ADPF 114-MC, Rel. Min. Joaquim Barbosa, decisão monocrática, julgado em 21/6/2007, publicado em 27/6/2007.

27 ADPF 33, Rel. Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, julgado em 07/12/2005, publicado em 27/10/2006.

28 E, portanto, antes mesmo de se analisar a questão da subsidiariedade no presente caso, o que se fará no item 2.3, *infra*.

29 Aspecto esse tratado no item 2.4, *infra*.

se posicionado contrariamente à terceirização, com base em fundamentação imprecisa, casuística, que não segue nenhum critério lógico e não permite margem alguma de previsibilidade pelos jurisdicionados.

É mais do que isso: essa interpretação - e, por extensão, as decisões que a adotam - acabam por desconsiderar o teor de normas da legislação federal em vigor que, em algumas situações específicas, **expressamente autorizam a contratação de empresas terceirizadas para realização de determinadas atividades necessárias a outras empresas, que se dedicam a certas atividades econômicas**. Exemplo contundente disso está na autorização expressa para terceirização de determinados serviços pelas empresas do ramo de telecomunicações, prevista no art. 94, inciso II, da Lei 9472/1997. Cotidianamente, têm sido proferidas decisões,<sup>30</sup> em processos individuais e coletivos, que, não obstante o teor dessa regra, consideram ilegal a contratação de serviços nessa hipótese, responsabilizando o tomador pelas dívidas trabalhistas inadimplidas pelas empresas prestadoras de serviço e inviabilizando concretamente a terceirização admitida em lei.

Rigorosamente, delineou-se, em relação a tais empresas, o mesmo cenário que antes existia para a Administração Pública e do qual resultou o ajuizamento da ADC 16.

De fato, apesar de o parágrafo 1º, do art. 71, da Lei de Licitações, expressamente proibir que a Administração Pública seja responsabilizada por encargos trabalhistas inadimplidos pelas empresas que lhe prestem serviços, a Justiça do Trabalho atribuía tal responsabilidade, de forma objetiva, ao Poder Público em decisões reiteradas. A nova redação da Súmula 331 [*inciso IV*], no ano de 2000, é evidência disso: ali se falava em responsabilidade subsidiária e **objetiva** da Administração Pública pelos encargos trabalhistas resultantes da prestação de serviços contratados.

Somente após o julgamento da ADC 16, por essa Eg. Corte, foram estabelecidos parâmetros/ hipóteses em que excepcionalmente tal responsabilização pode ser admitida, hoje tratados no inciso V, da Súmula 331, que, como já se disse, limite a responsabilidade da Administração Pública às hipóteses em que tem conduta culposa, caracterizada, sobretudo, quando se omite na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora.

Independentemente da ressalva que se possa fazer a esse entendimento,<sup>31</sup> o fato é

30 Nesse sentido: “Nos termos do inciso II do art. 94 da Lei 9.472/97, as empresas de telefonia são autorizadas expressamente a contratar terceiros para executar tarefas inerentes, acessórias, ou complementares aos serviços. (...) É lícito, por conseguinte, às empresas de telecomunicações, terceirizar as atividades-meio, desde que inexistente a pessoalidade e a subordinação, nos termos do item III da Súmula 331. Não se enquadram em tal categoria, no entanto, os operadores de call center (atendimento a clientes – operadores de telemarketing) em empresas de telecomunicação. Com efeito, prevalente no Tribunal Superior do Trabalho a jurisprudência no sentido de que o atendimento de call center constitui atividade sem a qual é inviável a própria oferta dos serviços de telecomunicações. Cuida-se, pois, a teor da jurisprudência perfilhada nesta Corte, de um serviço essencial à tomadora de serviços, vinculado as suas necessidades normais e permanentes, que integra aos seus objetivos sociais, enquadrando-se, portanto, na definição de atividade-fim” (TST, RR-1825-13.2013.5.03.0002, Rel. Min. Hugo Carlos Scheuermann, julgado em 25/06/2014, 1.ª Turma, publicado em 03/07/2014).

31 Haverá sempre quem afirme que a regra do art. 71, já citada, impede a responsabilização da Administração Pública em qualquer hipótese, isto é, seja pelo modelo da responsabilização objetiva, seja pelo modelo da responsabilização subjetiva.

que hoje a Administração Pública tem parâmetros um pouco mais precisos, objetivos de atuação. Tem ciência, ao menos em tese, de um dever de fiscalização da prestadora de serviços *[em relação ao cumprimento das obrigações trabalhistas]*, que, se não cumprido, pode conduzir à sua responsabilidade, perante a Justiça do Trabalho.

Mas, no âmbito da iniciativa privada, lamentavelmente, a realidade não é a mesma.

Se alguma certeza existe, à luz das decisões proferidas na Justiça do Trabalho, é de que os contratos de prestação de serviços firmados para otimização da atividade empresarial, em cada setor, serão, com base em algum fundamento desconhecido *[a cada decisão, surge um critério diferente, criado a partir de grande dose de subjetividade]*, taxados como ilícitos e, com base nisso, desconsiderados. O tomador de serviços, inevitavelmente, se verá responsabilizado por obrigações que, contratualmente, são imputáveis à empresa prestadora de serviços. Em situações mais limítrofes, se deparará com decisões em processos coletivos, restringindo em absoluto a liberdade de contratar ou condenando-o ao pagamento de indenizações milionárias *[a título de dano moral coletivo]*, por contratações que, depois de vários anos de vigência, são consideradas ilícitas, abusivas.

A existência de entendimento sumulado no TST poderia, num primeiro instante, conduzir a outra conclusão, isto é, de que são claros e de conhecimento geral os parâmetros para aferir eventual abusividade da terceirização. No entanto, como a Súmula 331 se vale de alguns conceitos vagos para qualificar como lícita ou ilícita a terceirização, ao interpretá-los, no caso concreto, as instâncias ordinárias acabam elastecendo as hipóteses de ilicitude de um tal modo que, repita-se, é quase certa, em cada caso concreto, a restrição ou a privação da liberdade de contratar garantida constitucionalmente.

O que se está aqui afirmando, textualmente, é: **a interpretação judicial do entendimento consolidado na Súmula 331, quanto à terceirização, tem conduzido, concretamente, à desconsideração total e absoluta das normas constitucionais que garantem ao empresário a liberdade de organizar suas atividades**, a fim de obter melhor qualidade nos resultados *[produto ou serviços]*, redução dos custos, maior competitividade *[inclusive perante o mercado estrangeiro]*, maior participação no mercado de consumo, conseqüentemente com o aumento da geração de emprego.

A Súmula 331, como já mencionado, considera lícita a terceirização de serviços em três hipóteses específicas – trabalho temporário, segurança, limpeza e conservação – e em uma hipótese geral – quando os serviços se relacionam à atividade-meio do empregador, desde que não haja pessoalidade e subordinação. Sobretudo em relação a essa última hipótese *[terceirização de atividade-meio]*, é que tem havido interpretação extremamente restritiva *[senão proibitiva mesmo]* da terceirização.

De fato, são inúmeras as decisões em que, para aferir o que é atividade-meio e atividade-fim,<sup>32</sup> os órgãos jurisdicionais daquela Justiça Especializada não têm levado em consideração

32 E, em algumas delas, expressamente se reconhece que “a distinção entre atividade-fim e atividade-meio é (...) merecedora de críticas. Afinal, na prática, com o aumento da complexidade das organizações empresariais, no atual estágio de desenvolvimento do sistema de produção capitalista, torna-se uma tarefa impossível distinguir o que é ou não uma atividade central do processo produtivo de determinada empresa” (TRT-2, RO 0000085- 67.2010.5.02.0482, 13.ª

qual é, concretamente, o foco da atuação da empresa, **prendendo-se, em vez disso, a aspectos formais, como a descrição do objeto social em seus atos constitutivos.**<sup>33</sup> Essa interpretação, além de desconsiderar princípio essencial do direito e do processo do trabalho – o da primazia da realidade [que, para o TST, traduz a ideia de que “a Justiça Trabalhista deverá considerar a prática concreta e habitual efetivada ao longo da prestação de serviços em detrimento do envoltório formal através de que transpareceu a vontade”<sup>34</sup>], contribui para restringir indevidamente as hipóteses de cabimento da terceirização estabelecidas na Súmula 331.

Foi o que se verificou na decisão impugnada no ARE 713211 [processado perante essa Eg. Corte sob o regime do art. 543-B, do CPC], também proferida em processo coletivo, em que reputada ilícita a terceirização de atividades, sob o fundamento de que, por estarem mencionadas no contrato social da empresa ali Recorrente, constituiriam atividade-fim e não poderiam ser objeto de contrato de prestação de serviços.

Igualmente inadequada, à luz da Constituição em vigor, é a interpretação de que, se a empresa se dedica, em alguma medida, à consecução de parte das atividades terceirizadas, não poderia contratar a prestação daqueles mesmos serviços. Assim, por exemplo, se a empresa tem um motorista que realiza o transporte de pessoas e produtos, não poderia terceirizar tal serviço a outra,

.....  
**Turma, Des. Rel. Roberto Vieira de Almeida Rezende).**

33 Foi assim que se decidiu em demanda ajuizada contra empresa representada pela ABAG: “(...) um dos objetos estabelecido no Estatuto Social da recorrente é o cultivo da cana-de-açúcar e outras lavouras temporárias (art. 4o do Estatuto Social - f. 144). Portanto, configura-se ilícito o contrato celebrado entre as demandadas, pois inerente à atividade-fim da recorrente” (TST, AIRR - 26-46.2010.5.24.0004, Rel. Min. Delaíde Miranda Arantes, julgado em 25/05/2011, 7.ª Turma, publicado em 03/06/2011). No mesmo sentido: “Como se nota de f. 61, o objeto social da CENIBRA inclui, além da produção e comercialização de celulose, serviços de florestamento e reflorestamento, preparo, beneficiamento e comercialização de toras de madeira apropriadas para fabricação de celulose e consumo energético. Evidente, pois, que o plantio e a conservação das florestas de eucaliptos constituem atividades inseridas no empreendimento agrícola-florestal mantido por essa empresa. Cuida-se, portanto, de atividade que não poder ia ser objeto de contratação terceirizada, por força do entendimento contido na Súmula 331, I, do TST” (TRT3, RO 01310-2012-090-03-00-2 RO, julgado em 26/02/2014). E ainda: “Com efeito, constata-se que a terceira reclamada terceirizou atividade-fim, na medida em que seu objeto social abrange o „cultivo, extração e industrialização da cana de açúcar e seus derivados industriais” (f. 81v), enquanto que o contrato de promessa de compra e venda tinha por objeto, além do fornecimento de cana de açúcar, a realização do „serviço de colheita, compreendendo o corte, o carregamento e o transporte da matéria-prima até a unidade industrial” (f. 89)” (TRT-3, RO 01748-2010-152- 03-00-0, Rel. Des. Emerson José Alves Lage, julgado em 22/08/2011). Mas, em ação movida contra empresa de outro setor, a Justiça do Trabalho chegou a conclusão diversa: “... por abranger, o objetivo social (conforme o documento de fls. 91/94), a indústria e o comércio de roupas e „artigos de moda e acessórios”, a prevalência do cenário proposto na peça de estreia depende, primordialmente, da cabal demonstração do desvirtuamento da natureza, de fornecimento de produtos acabados, dos ajustes empresariais noticiados nos autos. Entretanto, a instrução processual encerrou-se com o consentimento das partes, nada obsta convir, diante do teor da Ata de Audiência de fls. 88, sem qualquer evidência de se atrelarem à prestação de serviços nos moldes repudiados na Súmula nº 331 do Colendo TST. **Ora, como o Direito do Trabalho erige-se sobre o princípio da primazia da realidade, os fatos sempre se sobrepõem aos documentos que os representam, quando estes últimos não corresponderem àqueles**” (TRT-2, RO 000085028.2012.5.02.0010, 2.ª Turma, Rel. Des. Mariângela de Campos Argento Muraro, julgado em julho de 2013). Em alguns casos, portanto, o contrato social é suficiente para apurar qual seria a atividade-fim da empresa tomadora de serviços – e, portanto, se a terceirização foi ou não lícita. Mas, em outros, afirma-se a necessidade de análise mais cuidadosa da questão, considerando outros elementos de prova, sob a premissa de que o contrato, *per se*, não é suficiente para conclusão quanto aos aspectos mencionados.

34 TST, 3.ª Turma, RR 72300-82.2008.5.15.0083, Rel. Min. Mauricio Godinho Delgado, julgado em 15/05/2013, publicado em 17/05/2013.

por meio de contrato de prestação de serviços.<sup>35</sup>

Aqui também se vislumbra a criação de critério sequer cogitado na Súmula 331, para qualificar como ilícita a terceirização.

Partindo-se dos critérios definidos nesse enunciado, se a atividade terceirizada pode ser qualificada como “atividade-meio” e é prestada sem subordinação direta e pessoalidade, **qual o sentido de qualificar como ilícita a terceirização, com base na premissa de que haveria, no quadro de empregados da empresa, outras pessoas desempenhando a mesma atividade-meio?**

As decisões que prestigiam esse entendimento, sem nenhuma dúvida, realizam interpretação inconstitucional da legislação em vigor, restringindo e, algumas situações, impedindo a liberdade de contratar.

Em outras hipóteses, adota-se um terceiro conceito, **não contemplado na Súmula 331**, para verificar a licitude da terceirização: o de atividade essencial. Para várias decisões, se a atividade objeto da terceirização é essencial para a consecução dos objetivos sociais da empresa tomadora de serviços, **independentemente de se tratar realmente de atividade-meio ou de atividade-fim**.<sup>36</sup>

Há, em tais decisões um exemplo contundente de interpretação pouco razoável e inconstitucional quanto ao cabimento da terceirização.

Nos dias de hoje, em que a concorrência é cada vez maior, todos os detalhes da atividade empresarial de uma determinada empresa são importantes, determinantes para o desempenho que

35 Julgando o pedido formulado em reclamação individual ajuizada contra empresa do setor sucro-alcooleiro, a Justiça do Trabalho considerou que a terceirização do transporte seria ilícita, sob o fundamento de que: “a atividade profissional desenvolvida pelo reclamante na condição de motorista de treminhão, transportador de cana-de-açúcar, revela-se essencial à manutenção do empreendimento da terceira reclamada, tanto que exigia a contratação de outros motoristas nas mesmas condições do reclamante” (TST, RR 176900-98.2009.5.15.0058, 5ª Turma, Rel. Min. João Batista Brito Pereira, julgado em 24/04/2013). Mas, em hipótese análoga, na qual também se discutiu a validade de contrato de prestação de serviços de transporte de carga, considerou-se lícita a terceirização, com base na mesmíssima premissa, isto é, porque a empresa tomadora “mantém com regularidade número suficiente de caminhões e empregados próprios para o desenvolvimento de seu objeto social, somente se utilizando dos serviços prestados pelos transportadores autônomos de cargas, nos moldes da Lei nº. 11.442/07, quando há acréscimo de demanda no mercado” (TRT-9, RO 32183-2008-011-09-00-2, 4ª Turma, Rel. Des. Luiz Celso Napp, julgado em 16/11/2011). Vale dizer: enquanto, para algumas decisões, a existência de meios próprios para o exercício da atividade terceirizada é indicativo de ilicitude, para outras, pode conduzir a decisão em sentido diametralmente contrário!

36 Foi esse o entendimento adotado em decisão proferida contra empresa representada pela ABAG: “As atividades realizadas pelo obreiro se inseriam no núcleo da dinâmica empresarial da tomadora de serviços, em função essencial à finalidade de seu empreendimento. A tarefa de transporte da cana de açúcar desenvolvida pelo autor vincula-se à atividade fim da reclamada, pois esta se dedica à produção e comercialização de açúcar e álcool (objeto social - art. 3º, fls. 391, vol. 2), sendo certo que esta atividade era desenvolvida anteriormente pela própria empresa” (TST, AIRR - 2149-24.2011.5.03.0050, Rel. Min. Cláudio Mascarenhas Brandão, julgado em 23/10/2013, 7ª Turma, publicado em 14/11/2013). Também nesse mesmo sentido: “A atividade profissional desenvolvida pelo reclamante na condição de motorista de treminhão, transportador de cana-de-açúcar, revela-se essencial à manutenção do empreendimento da terceira reclamada (...) verifica-se que a terceira reclamada (Andrade Açúcar e Álcool S.A) foi a beneficiária dos serviços prestados pelo reclamante durante a safra de 2008, por meio da mão de obra interposta pela primeira reclamada, tendo a terceira reclamada terceirizado atividade essencial para consecução dos seus objetivos” (TST, RR - 176900-98.2009.5.15.0058, Rel. Min. João Batista Brito Pereira, julgado em 24/04/2013, 5ª Turma, publicado em 10/05/2013). E ainda: “a distribuição dos produtos farmacêuticos para clientes da Acionada, considerado o grau de complexidade da logística que envolve tal distribuição, constitui atividade imprescindível ao próprio exercício empresarial (...) só será possível, a terceirização de serviços, para atividades que não estão relacionadas com o núcleo de dinâmica empresarial” (TRT1 – RO 0000005-86.2010.5.01.0044, 5ª Turma, Rel. Des. Rogério Lucas Martins, julgado em 09/10/2012).

terá no mercado de consumo. Quem vai ao salão de beleza, procura serviços variados de estética – essa é a atividade-fim desse tipo de negócio. Mas, para prestar tais serviços profissionalmente, o salão moderno precisa de manutenção de seus equipamentos, atualização permanente do conhecimento de seus profissionais, além de oferecer certas comodidades (serviços de copa, manobrista, etc).

Em se tratando de uma loja de presentes, não há dúvida de que a atividade fim é o fornecimento de produtos para pessoas interessadas em adquirir bens com essa finalidade [*isto é, para presentear*]. Mas, se a loja conta com um serviço de entrega ou, mesmo, de embalagens / pacotes especiais, isso pode contribuir para que tenha maior aceitação e sucesso no mercado em que atua.

Ambos os exemplos parecem oportunos, pois evidenciam que, num mercado de consumo cada vez mais exigente e sofisticado, **todos os aspectos relacionados à confecção e comercialização do produto ou do serviço são essenciais para as empresas fornecedoras, independentemente de estarem ou não relacionados diretamente à sua atividade-fim.**

Sendo assim, esse terceiro critério estabelecido nas decisões mencionadas – o da atividade “essencial” – implica verdadeiro impedimento [*incompatível com a Constituição em vigor*] à atividade de terceirização. **Se todas as atividades, num mercado extremamente competitivo, são essenciais para o bom desempenho de uma empresa, afirmar a ilegalidade da terceirização de atividades essenciais é impedir, em absoluto, esse fenômeno em todo e qualquer setor de atuação.**

Não há fundamento minimamente plausível para assim proceder, inclusive na Súmula 331.

Aliás, em tal Súmula, afirma-se a possibilidade de terceirização dos serviços de limpeza, conservação e segurança. Pergunta-se: nos dias de hoje, não são esses elementos essenciais para o sucesso de qualquer negócio? A resposta é, inevitavelmente, positiva, em especial no que concerne à atividade de segurança.

A violência que assola todas as grandes cidades brasileiras, infelizmente, faz com que um dos atrativos, para qualquer negócio, seja a segurança nele ofertada aos clientes desde o momento de sua chegada até o momento em que vão embora. Mais do que isso: a segurança também é indispensável para o processo produtivo, para garantir a idoneidade das pessoas nele envolvidas.

Enfim, por qualquer ângulo, o caráter “essencial” não pode ser impedimento para terceirização da atividade. Interpretação nesse sentido implica verdadeiro retrocesso econômico [*hoje a tendência é de especialização, diante da qual, mesmo certas atividades essenciais são confiadas a prestadores de serviço, para garantir melhor resultado, do ponto de vista, inclusive, qualitativo*]. E, obviamente, também resulta de tal interpretação, esvaziamento completo das normas constitucionais e infraconstitucionais que asseguram a liberdade de contratar.

Mais um critério novo, não contemplado na referida Súmula [*e, portanto, gerador de restrição/ impedimento injustificado*], diz respeito à exclusividade na prestação de serviços. Segundo consta em algumas decisões, se a empresa contratada presta serviços, em caráter de exclusividade, à empresa contratante, seria possível concluir pela ilicitude da terceirização.<sup>37</sup>

37 Nesse sentido: “Em regra, tratando-se de típica terceirização de bens e serviços, como se dá, por exemplo, na indústria automobilística, ou mesmo nos contratos de facção, não se cogita de responsabilidade, solidária ou

A interpretação de um dos conceitos adotados na Súmula 331 – a *subordinação* – também tem conduzido ao mesmo resultado [= *restrição / impedimento à terceirização não compatível com a Constituição Federal e/ou legislação em vigor*]. Percebe-se, em várias decisões proferidas na Justiça do Trabalho, que todo e qualquer ato de orientação<sup>38</sup> quanto à consecução dos serviços terceirizados [*mesmo que através de gerentes, supervisores das empresas contratadas*] é interpretado como prova de subordinação,<sup>39</sup> diante da qual, inevitavelmente, a terceirização é reputada ilegal.

Esse último aspecto não revela a criação de um critério restritivo novo, pelas decisões judiciais ora analisadas, mas, sim, arbitrariedade na interpretação de um conceito vago adotado na Súmula 331, que também acaba restringindo, indevidamente, as hipóteses de terceirização.

A conclusão quanto à arbitrariedade se justifica por noções elementares de bom senso, de razoabilidade.

Independentemente do regime jurídico a que se submete a prestação de serviços, o contratante, a quem cabe remunerá-la, tem o direito de estabelecer critérios, parâmetros para consecução dos serviços contratados. Quem contrata uma equipe de pedreiros e outros profissionais para atuar na reforma de sua residência, tem o legítimo direito de estabelecer critérios a serem observados na reforma, seja com relação ao prazo, seja com relação à qualidade e outros detalhes correlatos à prestação de serviços. Aliás, não se trata apenas de estabelecer os critérios, mas também de fiscalizá-los, pois a atividade de fiscalização é indispensável para concretização dos objetivos pretendidos.

.....  
*subsidiária, da empresa tomadora, pelo adimplemento das verbas trabalhistas devidas pela empregadora. Na espécie, contudo, registrado pelo o TRT o teor da prova oral no sentido de que 90% (noventa por cento) da produção da empresa empregadora do reclamante era voltada à 5ª reclamada (...) Diante disso, a decisão do TRT, pela qual atribuída à ora recorrente a responsabilidade solidária, „em razão do exercício da atividade-fim e porque quase a totalidade da produção era destinada à CNH“, não viola o artigo 265 do Código Civil e não contraria a Súmula nº 331 do TST” (TST, RR - 2543200-74.2009.5.09.0001, Rel. Min. Hugo Carlos Scheuermann, julgado em 02/04/2014, 1.ª Turma, publicado em 15/04/2014). Mas, em julgamento recente [tratava-se de terceirização no ramo de telecomunicações], evidenciando a pouca clareza dos critérios adotados pela Justiça do Trabalho, afirmou-se o contrário: “... não retira o caráter ilícito da terceirização em tela o fato de a primeira reclamada (CONTAX) prestar serviços a outros segmentos empresariais” (TRT-6, RO 0000492-16.2012.5.06.0022, 4.ª Turma, Rel. Juíza Convocada Mayard de França Saboya Albuquerque, julgado em 19/06/2014). Ou seja: em alguns casos, é critério para considerar ilícita a terceirização o fato de a prestadora atuar exclusivamente em favor de uma determinada empresa tomadora; em outros casos, mesmo atuando a empresa prestadora para vários tomadores de serviço, a terceirização é considerada ilícita, a demonstrar que, naquela Justiça Especializada, sempre se encontra um fundamento para qualificar como ilícita a terceirização.*

38      *Veja-se o que constou em decisão recente a respeito dessa questão da subordinação: “... é irrelevante que os superiores hierárquicos da reclamante fossem ou não empregados da terceira reclamada (...), uma vez que a hipótese enquadra-se no inciso I da Súmula 331/TST. Cuida-se da chamada ‘subordinação-integração ou objetiva’, em que a subordinação jurídica que caracteriza a relação empregatícia se revela ‘no fato de o empregado constituir parte integrante da organização’ empresarial” (TRT3, RO 01689-2010-103-03-00-0, Rel. Des. Maria Laura Franco Lima de Faria, julgado em 31/07/2013). Em outra decisão, entendeu-se configurada hipótese de subordinação, apesar de se reconhecer que os empregados da tomadora de serviços não tinham contato direto com os trabalhadores da prestadora de serviços (TRT-3, RO 01310-2012-090-03-00-2, Rel. Juiz Convocado Cleber Lúcio de Almeida).*

39      *Há, não se nega, exceções, que somente evidenciam, contudo, a ausência de parâmetros de conduta minimamente precisos quanto às hipóteses em que a terceirização pode ser considerada regular. Em decisão recente, o TRT da 2.ª Região (São Paulo) posicionou-se no sentido de que: “... ainda que se possa, ao analisar um caso específico, individualmente apresentado, constatar que embora o trabalhador tenha sido contratado por uma empresa, era juridicamente subordinado a outra, o fato de constar do contrato de subemprego o respeito aos procedimentos e padrões especificados pela empresa responsável pela realização da obra não implica, repita-se, em tese, no reconhecimento de que houve terceirização de serviços por parte do empregador principal e portanto, não resta configurado o prejuízo coletivo aos trabalhadores, na forma aduzida” (TRT-2, RO 021970094.2009.5.02.0029, 3.ª Turma, Rel. Des. Mércia Tomazinho).*

Vislumbrar, em toda e qualquer orientação transmitida ao prestador de serviços e na eventual atividade de fiscalização realizada pelo tomador, a existência de subordinação e, portanto, a possibilidade de qualificar como ilícita a terceirização, é negar a existência e o exercício desses direitos sem qualquer razão plausível. Mais do que isso: é interferir diretamente na organização da atividade empresarial do tomador de serviços, que, à luz de tais decisões, deverá remunerar os serviços prestados e aceita-los sem interferir, de qualquer modo, para garantir a qualidade de tais serviços e/ou produtos, ainda que disso dependa a qualidade de seu produto, de seu resultado.

Com todo o respeito, as decisões que adotam esse entendimento são proferidas a partir de uma visão completamente dissociada de todos os outros ramos do Direito, notadamente do Direito Civil, em que disciplinado o contrato de prestação de serviços.

Enfim, os exemplos mencionados constituem prova contundente de que, à guisa de interpretar a Súmula 331/TST e a legislação em vigor, vários órgãos da Justiça do Trabalho têm, em suas decisões, restringido e, em alguns casos, impedido absolutamente a fruição da liberdade de contratar por parte de várias empresas, inclusive aquelas pertencentes a categorias econômicas representadas pela ABAG. Essa interpretação é inconstitucional, pois está em desacordo com preceitos fundamentais da Constituição Federal de 1988, justificando-se, por esse viés, a propositura da presente arguição.

Não se pode deixar de considerar a questão pela perspectiva das empresas prestadoras de serviço, que também são destinatárias, a toda evidência, do princípio da livre iniciativa.

Embora haja abuso na constituição de algumas dessas empresas [*apontados, pela Justiça do Trabalho, com um dos principais fundamentos para coibir a terceirização*], é certo que várias delas [*senão a grande maioria*] são constituídas de forma regular e se sujeitam a prejuízos graves, pelo impedimento à contratação dos serviços que prestam.

Em matéria recentíssima sobre o tema, veiculada no Estadão, constou: “*Hoje existem 35.000 empresas intermediárias que prestam serviços para outras no Brasil, como informa o Sindicato das Empresas de Prestação de Serviços para Terceiros do Estado de São Paulo (Sindeprestem). O segmento (...) compõe uma massa salarial de R\$ 27,2 bilhões*”.

O posicionamento adotado pela Justiça do Trabalho ameaça, portanto, e muito significativamente, as empresas prestadoras de serviço, tanto quanto as tomadoras de serviços, que delas precisam para otimização de suas atividades.

Não bastasse a ofensa aos preceitos constitucionais de que resulta a liberdade de contratar [*e, portanto, de terceirizar*], as decisões proferidas também têm causado ofensa a importante desdobramento da livre iniciativa – a livre concorrência.

A imprecisão dos critérios adotados para qualificar como ilícita a terceirização tem, concretamente, permitido que, em alguns processos, seja proferida decisão autorizando tal prática por empresas de um determinado setor,<sup>40</sup> ao mesmo tempo em que, em outros processos, empresas

40 Em muitos casos, com base em fundamentos, diga-se, lúcidos, sensíveis às demandas da categoria econômica analisada, **mas infelizmente não adotados em situações nas quais se justificaria o mesmo posicionamento.** Veja-se, nesse sentido, decisão proferida pelo TRT-4 (RS): “*Em face do conjunto de elementos colacionados aos autos, é certo que as ações de treinamento constituem uma das atividades fins do demandado. Mas também é certo que tanto a*

desse mesmo setor são penalizadas pela restrição ou impedimento à liberdade de contratar.

Vale dizer: a imprecisão tem conduzido, como é inevitável, à adoção de posicionamentos diversos em situações quase idênticas, disso resultando tratamento não isonômico de empresas que atuam no mesmo setor e, no mais das vezes, nas mesmas condições.<sup>41</sup> Esse tratamento desigual, além de ser inadmissível à luz do princípio constitucional da igualdade,<sup>42</sup> também deve ser repudiado porque permite que determinadas empresas usem a técnica da terceirização para otimizar seu processo produtivo, ao passo que outras, à luz de decisões judiciais desfavoráveis, ficam impedidas de fazê-lo. Ou, por outras palavras, o tratamento judicial favorável à terceirização beneficia umas empresas em detrimento de outras, interferindo indesejavelmente nas condições em que concorrerão no mercado de consumo.

Também por esse viés, revela-se a possibilidade de controle concentrado das decisões judiciais em questão.

### 2.3. DIANTE DO PANORAMA CRIADO PELAS DECISÕES JUDICIAIS TRABALHISTAS SOBRE A “TERCEIRIZAÇÃO”, A PRESENTE MEDIDA É IDÔNEA E INDISPENSÁVEL PARA FAZER CESSAR A VIOLAÇÃO A PRECEITOS FUNDAMENTAIS DELINEADOS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL EM VIGOR

O art. 4.º, parágrafo 1º, da Lei 9882/1999 prevê que *“não será admitida arguição de descumprimento de preceito fundamental quando houver qualquer outro meio eficaz de sanar a*

.....  
*Lei que o institui quanto o Regimento do reclamado prevêem, e autorizam, parcerias e colaboradores para realização dessa atividade fim. Entendo, como a sentença, justificável a contratação de terceiros para a realização dos programas de qualificação, considerando a extensão territorial abrangida, bem assim as peculiaridades que envolviam os cursos desenvolvidos - estes eram solicitados pelos sindicatos rurais, conforme a demanda, e a partir daí eram desenvolvidos os programas de qualificação. Tendo em vista que é uma demanda variável, sem nem ao menos haver uma média de periodicidade da realização dos cursos, não é razoável que o demandado mantenha quadro funcional fixo ou que contrate empregados para realização de treinamentos em apenas algumas épocas do ano e em locais variados. Consideradas essas peculiaridades, entendo que a contratação de terceiros auxilia o reclamado a atingir seu objetivo de qualificação profissional dos exercentes de atividade rural, bem como que a prestação deste serviço por empresas contratadas é razoável, considerando a sazonalidade e a inconstância da demanda” (TRT-4, RO 0000310- 54.2011.5.04.0011, 9.ª Turma, Rel. Des. Carmen Gonzales, julgado em 08/08/2013).* Em outra hipótese [*tratava-se de ação civil pública que visava coibir a terceirização no ramo da construção civil*], foi rejeitada a pretensão do Ministério Público do Trabalho, sob o fundamento, muito razoável [*mas infelizmente adotado de forma muito aleatória na Justiça do Trabalho, o que acaba beneficiando algumas empresas / setores, em detrimento dos demais*] de que *“a constatação da ocorrência de terceirização fraudulenta depende da análise individual do caso em concreto, o que impede a determinação judicial em sede de ação civil pública, no sentido de proibir empresa da construção civil de firmar contratos de subempreitada” (TRT 2, RO 021970094.2009.5.02.0029, 3ª Turma, Rel. Des. Mércia Tomazinho).*

41 Foi proferida decisão recente em que a Justiça do Trabalho, apesar de reconhecer ter sido firmado contrato de prestação de serviços, sem vínculo empregatício, com profissionais da área média [*para terceirização de atividade-fim*], reconheceu que a contratação foi benéfica para os profissionais vinculados à prestadora de serviços e, portanto, que a terceirização era lícita. Veja-se o que constou na fundamentação dessa r. decisão: *“... não é possível extrair que da terceirização praticada advenha prejuízo aos trabalhadores médicos, com sonegação de direitos e com repercussão social. Apesar da prestação de serviços em atividade-fim, é inegável a especialização desses serviços e a autonomia, a „priori“, na forma em que prestada. É a própria especialidade da prestação de serviços médicos em questão e a forma de organização desses profissionais que resulta em relação sem vínculo de emprego. Essencial, para esses médicos, a liberdade na fixação de horários (escalas de plantões), não obstante o necessário atendimento da demanda do hospital. Não se pode dizer que a terceirização, neste caso, importa em fraude, e que, em sede de ação civil pública, esteja caracterizada a relação de emprego, nos termos do art. 3º da CLT” (TRT-4, RO 0086800-54.2008.5.04.0021, 6.ª Turma, Rel. Juiz Convocado José Cesário Figueiredo Teixeira, julgado em 22/08/2012).*

42 Consagrado tanto no art. 3.º, inciso IV, quanto no art. 5.º, da Constituição Federal.

*lesividade*”.

Para essa Eg. Corte, esse dispositivo reflete o princípio da subsidiariedade, do qual resulta a impossibilidade de utilização dessa ação constitucional, quando “o ordenamento jurídico prevê outros remédios processuais ordinários que, postos à disposição da argüente, são aptos e eficazes para lhe satisfazer de todo a pretensão substantiva que transparece a esta demanda”.<sup>43</sup> Vale dizer: “a admissibilidade desta ação constitucional pressupõe a inexistência de qualquer outro meio juridicamente idôneo apto a sanar, com efetividade real, o estado de lesividade do ato impugnado”.<sup>44</sup>

No presente caso, o descumprimento de preceitos fundamentais da Constituição em vigor resulta da interpretação constitucional da legislação em vigor, realizada em reiteradas decisões proferidas na Justiça do Trabalho, nas quais reputada ilícita a terceirização, com base em critérios inadmissíveis.

Embora tais decisões sejam passíveis de impugnação através de recurso pelas partes interessadas [e, portanto, haja mecanismos “ordinários” para discussão da interpretação incorreta realizada em cada caso concreto], não se pode vislumbrar, na regra do art. 4º, parágrafo 1º, da Lei 9882/1999, impedimento ao ajuizamento da presente ação constitucional.

Vários fatores conduzem a essa conclusão.

Em primeiro lugar, deve-se levar em conta que, na presente ação, pretende-se submeter à apreciação dessa Eg. Corte um padrão de interpretação [adotado **em várias decisões proferidas na Justiça do Trabalho**], que conduz à restrição ou ao impedimento absoluto à terceirização – e, para se identificar o padrão, não basta a análise de um caso concreto individualmente considerado, como ocorreria num recurso ordinário ou extraordinário.

Por outro lado, como regra geral, os recursos extraordinários interpostos contra decisões proferidas na Justiça do Trabalho não chegam a essa Eg. Corte, pois, nessa Justiça Especializada, a discussão ocorre, essencialmente, em torno de questões de fato, cuja apreciação é incompatível com o efeito devolutivo dos recursos de estrito direito. Foi o que, no voto proferido no julgamento da ADC 16 [que tangenciou, como já se viu, o tema aqui tratado], teve oportunidade de ressaltar o Min. Marco Aurélio.<sup>45</sup>

De todo modo, ainda que os recursos extraordinários [interpostos em situações nas quais foi privilegiada interpretação inconstitucional quanto ao tema da terceirização] fossem, em regra, admissíveis e pudessem submeter à apreciação dessa Eg. Corte a dimensão completa do problema, quantos anos seriam necessários até efetivo processamento de tais recursos e posterior julgamento, com efetiva manifestação quanto aos temas aqui tratados?

A resposta a essa indagação evidencia que o recurso eventualmente interposto, contra cada uma das decisões mencionadas no item 2.2, *supra*, não seria medida **realmente efetiva** para evitar nem fazer cessar a lesão resultante de ofensa a preceitos fundamentais da Constituição em

43 ADPF 94, Rel. Min. Cezar Peluso, decisão monocrática, julgado em 18/5/2007, publicado em 25/5/2007.

44 ADPF 145, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, decisão monocrática, julgado em 2/2/2009, publicado em 9/2/2009.

45 Em seu voto, o Min. Marco Aurélio afirmou que seria conveniente dar processamento àquela ação constitucional, pois, apesar de se verificar multiplicação de conflitos de interesse envolvendo a matéria, tais conflitos “não chegam ao Supremo”.

vigor ora suscitada.

Confirma essa conclusão a verdadeira proliferação de demandas coletivas, em que se pretende, como já mencionado, imputar a empresas dos mais diversos setores obrigações de fazer e de não fazer que interferem muitíssimo na organização de sua atividade empresarial.

Em tais demandas, têm sido proferidas decisões, determinando a rescisão de contratos de prestação de serviços firmados pelas empresas demandadas [*e, conseqüente, paralisação de serviços que, apesar de não poderem ser qualificados como “atividade-fim” de tais empresas, são essenciais para organização de sua atividade empresarial*] e, em alguns casos, a contratação dos empregados das empresas terceirizadas. Some-se a isso as expressivas condenações ao pagamento de indenizações por danos morais coletivos, usuais nesses tipos de ação.

Diante de decisões, com esse teor, já proferidas e de outras a que poderão se sujeitar empresas de todos os segmentos econômicos [*inclusive aqueles representados pela ABAG*], não é viável aguardar o julgamento dos recursos a serem interpostos em cada uma das demandas, para discussão das questões constitucionais ora debatidas.

De fato, não se ignora que, como regra, os atos jurisdicionais devem ser discutidos, impugnados, através do recurso cabível, previsto na legislação em vigor. No entanto, excepcionalmente, *“em casos gravíssimos de erro in procedendo e “in iudicando”, com ameaça ou lesão a preceito fundamental e havendo relevância na controvérsia constitucional, não sendo possível produzir o resultado constitucionalmente adequado pelos mecanismos do processo subjetivo, será possível cogitar do cabimento de ADPF”* para controle de atos jurisdicionais.<sup>46</sup>

A existência de recurso processado [*ARE 713211*], perante essa Eg. Corte, sob o regime do art. 543-B, do CPC, não infirma, no presente caso, essa conclusão.

Não há dúvidas de que o reconhecimento da repercussão geral, em tal recurso, já trouxe impacto muito positivo para a discussão do tema, na medida em que se reconheceu ofensa, em tese, ao princípio da legalidade [*art. 5º, inciso II, da Constituição Federal*].

No entanto, e com todo o respeito, o debate promovido, no recurso em questão, em torno da questão da terceirização, não leva em conta toda a dimensão do problema. Naquele recurso, como é natural, está em discussão o tema da terceirização, à luz de questões específicas debatidas naquele caso concreto. Não se submeteu à apreciação dessa Eg. Corte o abuso cometido em várias decisões proferidas na Justiça do Trabalho, ao estabelecer inúmeros requisitos para licitude da terceirização, não previstos na legislação em vigor ou na própria Súmula 331, do TST, **diante dos quais as empresas, de todos os segmentos econômicos, ficam sem parâmetros minimamente objetivos para pautar sua conduta.**

Além disso, embora o art. 543-B, do CPC, traga importante regra de racionalização dos julgamentos realizados por essa Eg. Corte e nas instâncias ordinárias, o julgamento do recurso submetido a tal regime não surte os mesmos efeitos, concretamente, do controle concentrado de constitucionalidade realizado na presente demanda.

46 BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. 4.ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 304/305.

De fato, o julgamento de procedência da pretensão deduzida na ADPF tem efeito *erga omnes*<sup>47</sup> e vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Público.<sup>48</sup> Além disso, tal julgamento possibilitará a fixação “*se for o caso, (d)as condições e (d)o modo de interpretação de preceito fundamental*”.<sup>49</sup>

Trata-se, portanto, a toda evidência, de mecanismo de guarda da Constituição Federal com possibilidades muito mais amplas [*e benéficas para os jurisdicionados afetados pela prática de atos inconstitucionais pelo Poder Público*] do que o recurso extraordinário, inclusive quando submetido ao regime do art. 543-B, do CPC.

Esses efeitos, atribuídos ao julgamento de procedência na ADPF, não poderiam ser obtidos, na situação ora submetida à apreciação dessa Eg. Corte, por meio de outras ações constitucionais. A interpretação inconstitucional adotada em decisões judiciais não atrai o controle da ação direta de inconstitucionalidade, revelando-se, também por essa perspectiva, o cabimento da presente ação.

Por qualquer ângulo, revela-se a idoneidade e necessidade da presente medida, para evitar a lesão a preceitos fundamentais da Constituição em vigor, pelos atos do Poder Público mencionados no item 2.2, *supra*.

#### **2.4. A INACEITÁVEL OFENSA A PRECEITOS FUNDAMENTAIS DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL EM VIGOR, EM DECORRÊNCIA DOS ATOS DO PODER PÚBLICO ORA NOTICIADOS**

##### **A) A POSSIBILIDADE DE QUALIFICAR COMO “PRECEITOS FUNDAMENTAIS” AS NORMAS CONSTITUCIONAIS INSERIDAS NO ART. 1º, INCISO IV, E NO ART. 5º, CAPUT E INCISO II, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL EM VIGOR.**

O cabimento da presente ação constitucional também passa pela análise do conceito de preceito fundamental, pois esse é o parâmetro de controle definido no art. 102, parágrafo 1.º, da Constituição Federal.

Para JOSÉ AFONSO DA SILVA, “*Preceitos fundamentais’ não é expressão sinônima de ‘princípios fundamentais’. É mais ampla, abrange estes e todas as prescrições que dão o sentido básico do regime constitucional, como são, por exemplo, as que apontam para a autonomia dos Estados, do Distrito Federal, e especialmente as designativas de direitos e garantias fundamentais*

47 “... que confere à decisão uma força obrigatória geral, determinando, por meio de um efeito negativo cassatório do ato declarado inconstitucional (ou descumpridor de preceito constitucional fundamental), a sua não aplicação pelos tribunais e pelos órgãos e agentes do poder político do Estado, sempre que confrontado com uma situação que poderia ensejá-lo” (MANDELLI JUNIOR, Roberto Mendes. **Arguição de descumprimento de preceito fundamental: instrumento de proteção dos direitos fundamentais e da Constituição**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 172).

48 BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência**. 4.ª ed. rev. E atual. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 310.

49 MENDES, Gilmar Ferreira. **Arguição de descumprimento de preceito fundamental: comentários à Lei n. 9.882, de 3.12.1999**. São Paulo: Saraiva, 2007 (p. 173).

(Tít. II)”.<sup>50</sup> Trata-se, enfim, de “preceitos, regras ou princípios, explícitos ou implícitos, que caracterizam a essência da Constituição, isto é, opções políticas fundamentais adotadas pelo constituinte”.<sup>51</sup>

Além dos direitos e garantias individuais [previstos, dentre outros, no art. 5º, da Constituição Federal], também se qualificam como preceitos fundamentais os princípios protegidos pela cláusula pétrea do art. 60, parágrafo 4.º e os ditos “princípios constitucionais sensíveis”, bem como “disposições que confirmam densidade normativa ou significado específico” a tais princípios.<sup>52</sup> Não há, aqui, um rol taxativo, mas “parâmetros a serem testados à vista das situações da vida real e das arguições apreciadas pelo Supremo Tribunal Federal”.<sup>53</sup>

As restrições e, em determinadas hipóteses, absoluto impedimento à liberdade de contratar, que têm sido criados pelas decisões proferidas na Justiça do Trabalho [item 2.2, “supra”], refletem ofensa clara e evidente a normas constitucionais que podem ser qualificadas como *preceitos fundamentais*, à luz das referidas noções.

Com efeito, conforme exposto no item 1, *supra*, resulta de tais decisões, em primeiro lugar, ofensa à norma do art. 1º, inciso IV, da Constituição Federal, que alude “aos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa” como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito. É indiscutível que tal dispositivo veicula preceito fundamental,<sup>54</sup> conclusão essa possível, antes de mais nada, por critério topográfico – trata-se de norma inserida no título dos “Princípios Fundamentais”, dentro dos quais se inserem outros preceitos fundamentais como a dignidade da pessoa humana.<sup>55</sup>

Outro indício da possibilidade de qualificar a norma em questão como preceito fundamental está no art. 170, da Constituição, no qual o legislador constitucional se preocupou em reiterar que a ordem econômica, imprescindível para a dignidade de todos na vida em sociedade, **está fundada** “na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa”.

Aqui é oportuno lembrar que **“os preceitos fundamentais de uma Constituição cumprem exatamente o papel de lhe conferir identidade própria. Constituem, em seu conjunto, a**

50 SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 32.ª ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 562

51 MANDELLI JUNIOR, Roberto Mendes. *Arguição de descumprimento de preceito fundamental: instrumento de proteção dos direitos fundamentais e da Constituição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 115.

52 MENDES, Gilmar Ferreira. *Arguição de descumprimento de preceito fundamental: comentários à Lei n. 9.882, de 3.12.1999*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 80-84.

53 BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. 4.ª ed. rev. E atual. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 279-280.

54 Como reconhece a doutrina mais abalizada: “A livre iniciativa e o valor do trabalho humano são dois dos princípios fundamentais do Estado brasileiro e os fundamentos da ordem econômica. Essa é a dicção expressa dos arts. 1.º, IV, e 170, caput, da Carta (...) Tais princípios correspondem a decisões políticas fundamentais do constituinte originário, e por essa razão subordinam toda a ação no âmbito do Estado, bem como a interpretação das normas constitucionais e infraconstitucionais. A ordem econômica, em particular, e cada um de seus agentes - os da iniciativa privada e o próprio Estado - estão vinculados a esses dois bens: a valorização do trabalho [e, ‘a fortiori’, de quem trabalha,] e a livre iniciativa de todos - que, afinal, também abriga a idéia de trabalho -, espécie do gênero liberdade humana” (BARROSO, Luís Roberto. *A ordem econômica constitucional e os limites à atuação estatal no controle de preços*. Revista dos Tribunais, vol. 795, p. 55 e s., jan./2002; Doutrinas Essenciais de Direito Constitucional, vol. 6, p. 649 e s., mai./2011; Doutrinas Essenciais Obrigações e Contratos, vol. 2, p. 1231 e s., jun./2011).

55 Que essa Eg. Corte qualificou como preceito fundamental, no julgamento da ADPF 54, relatada pelo Min. Marco Aurélio, e julgada procedente no v. Acórdão publicado em 30/04/2013, que já transitou em julgado.

**alma da Constituição.** *E, embora se permita a mudança ou até a supressão de alguns destes preceitos, pela via reformadora (...), pode-se seguramente afirmar que uma alteração mais extensa provocaria a mudança da própria concepção de Constituição até então vigente*".<sup>56</sup> Esse raciocínio é, sem dúvida, possível em relação à valorização do trabalho e à livre iniciativa, pois não se pode conceber, no atual estágio de evolução política, econômica e social do mundo de hoje, postura do legislador que venha a suprimir tais valores, ou de algum modo mitiga-los, da ordem constitucional.

Obviamente, a qualificação da norma que o veicula como preceito fundamental resulta da importância que tem para a vida em sociedade. A valorização do trabalho, da livre iniciativa traduz a expectativa legítima, de cada ser humano, de encontrar meios para prover a própria subsistência, de auferir renda idônea e suficiente para proporcionar para si e para sua família uma vida digna, com o atendimento das necessidades mais básicas – saúde, educação, moradia etc.

A consecução desses objetivos, na vida em sociedade, supõe, dentre outras condições, que o Estado atue para criação de postos de trabalho, para que o trabalhador tenha remuneração justa, compatível com sua qualificação profissional, para que possa crescer na carreira escolhida. **Esse papel do Estado, como agente normativo e regulador da atividade econômica, detentor das “funções de fiscalização, incentivo e planejamento”, está claramente descrito no art. 174, caput, da Constituição Federal.**

Obviamente, tudo isso fica prejudicado [*e, portanto, se frustra o referido papel*] se as empresas empregadoras encontram obstáculos para regular desenvolvimento de suas atividades, para atuar de forma competitiva no mercado de consumo, enfim, se não podem concentrar seus esforços para crescer e garantir oportunidades de crescimento, aos seus empregados e a outras pessoas que colaboram direta ou indiretamente para suas atividades.

Não é, de fato, coerente ou, até mesmo, possível a valorização do trabalho, sem garantir meios para que esse trabalho seja realizado. A livre iniciativa, em certa medida, é instrumento indispensável à valorização do trabalho na vida em sociedade. E a liberdade de contratar constitui núcleo essencial da livre iniciativa,<sup>57</sup> portanto as restrições indevidas a essa liberdade [*assim como o impedimento absoluto a que seja concretizada*] constituem ofensa ao preceito fundamental da valorização do trabalho e da livre iniciativa na vida em sociedade.

Por outro lado, também são preceitos fundamentais os princípios constitucionais de proteção à liberdade e da legalidade, expressamente tratados no art. 5º, da Constituição, que versa sobre os direitos e garantias individuais **fundamentais** para o legislador constitucional. E o quadro delineado no item 2.2, *supra*, evidencia, pelo menos, a potencial<sup>58</sup> ofensa a ambos os princípios,

56 TAVARES, André Ramos. **A categoria dos preceitos fundamentais na Constituição brasileira.** Revista de Direito Constitucional e Internacional, vol. 34, p. 105 e s., jan./2001. Grifamos.

57 Nesse sentido: “... é da essência do regime de livre iniciativa a liberdade de contratar, decorrência lógica do princípio da legalidade, fundamento das demais liberdades, pelo qual ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei (CF, art. 5.º, II)” (BARROSO, Luís Roberto. **A ordem econômica constitucional e os limites à atuação estatal no controle de preços.** Revista dos Tribunais, vol. 795, p. 55, jan./2002; Doutrinas Essenciais de Direito Constitucional, vol. 6, p. 649 e s., mai./2011; Doutrinas Essenciais Obrigações e Contratos, vol. 2, p.1231 e s., jun./2011).

58 No item ‘b’, *infra*, demonstrar-se-á que a ofensa, longe de ser potencial, como aqui se mencionou apenas para

de modo que o ajuizamento da presente ação se justificaria [art. 5º, inciso II], no mínimo, por essa perspectiva.

**B) A EFETIVA OFENSA A PRECEITOS CONSTITUCIONAIS FUNDAMENTAIS EM DECORRÊNCIA DA INTERPRETAÇÃO RESTRITIVA E IMPRECISA REALIZADA PELA JUSTIÇA DO TRABALHO QUANTO AO CABIMENTO DA TERCEIRIZAÇÃO**

As decisões judiciais que, sem precisão conceitual, restringem e proíbem a terceirização [a ponto de quase inviabilizar, nos dias de hoje, os contratos de prestação de serviços firmados por empresas atuantes nos mais diversos setores da economia] atentam contra a liberdade [que é assegurada em várias normas da Constituição em vigor e constitui fundamento da República] e um de seus importantes desdobramentos - a livre iniciativa.<sup>59</sup> Ou, por outras palavras, tais decisões acabam por desconsiderar, em absoluto, a influência da ideia de liberdade sobre a ordem econômica.

A liberdade de iniciativa, enquanto pressuposto fundamental da ordem econômica, pode ser vista, numa dimensão macro, por uma dupla perspectiva. De um lado, traduz a ideia de livre acesso ao mercado; de outro, reflete a liberdade de atuação e de permanência nesse mercado.<sup>60</sup>

São ínsitas a essas noções a “faculdade de criar explorar uma atividade a título privado”, a “não sujeição a qualquer restrição estatal senão em virtude de lei”, a “faculdade de conquistar a clientela, desde que não através de concorrência desleal” e a “proibição de formas de atuação que deteriam a concorrência”.<sup>61</sup> Vale dizer: “a livre iniciativa é a projeção da liberdade individual no plano da produção, circulação e distribuição das riquezas, viabilizando a livre escolha das profissões e das atividades econômicas, bem como a autônoma eleição dos processos ou meios julgados mais adequados à consecução dos fins visados”.<sup>62</sup>

A escolha da empresa quanto à estruturação de suas atividades supõe a liberdade de contratar. É através dos contratos firmados – com seus clientes, com seus colaboradores, com seus fornecedores – que ela poderá adequadamente se estruturar para consecução dos seus fins, daí afirmar-se, como já se viu, que a essência da livre iniciativa é a liberdade de contratar.

A toda evidência, essa liberdade não é absoluta.

A ordem econômica não se baseia exclusivamente na livre iniciativa. Outros fatores relevantes foram escolhidos pelo legislador constitucional, no art. 170, da Constituição Federal, para estabelecer o núcleo essencial da ordem econômica. De fato, tal dispositivo estabelece a necessidade de serem considerados, para manutenção da ordem econômica, outros valores igualmente relevantes

.....  
argumentar, é concreta, verdadeira e inadmissível, justificando o cabimento da presente ação e o acolhimento do pedido ao final formulado.

59 GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988 (interpretação e crítica)*. 7ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002. n. 98-100, p. 243.

60 COMPARATO, Fábio Konder. *Regime Constitucional do Controle de Preços no Mercado*. Doutrinas Essenciais de Direito Constitucional, vol. 6, p. 429, mai./2011.

61 GRAU, Eros Roberto. *Op. cit.*, p. 244.

62 SILVEIRA, Rodrigo Maito. *Direito da concorrência e sua relação com a tributação*. Revista do IBRAC – Direito da Concorrência, Consumo e Comércio Internacional, vol. 18, p. 248. Jul./2010

– a soberania nacional, a propriedade privada, a função social da propriedade, a livre concorrência, a defesa do consumidor e do meio ambiente, a valorização do trabalho etc.

A alusão a esses outros vetores indica que a livre iniciativa – e, por extensão, a liberdade de contratar – não autoriza todo e qualquer risco, havendo necessidade de ponderação de todos esses valores, para consecução do objetivo pretendido [= *assegurar a vida digna em sociedade*].

Concretamente, isso significa que o Estado, diante da livre iniciativa, não fica de mãos atadas, impedido de coibir eventuais abusos, visando a evitar o sacrifícios de outros valores constitucionais relevantes. O empresário se sujeita, portanto, “à atividade reguladora e fiscalizadora do Estado, cujo fundamento é a efetivação das normas constitucionais destinadas a neutralizar ou reduzir as distorções que possam advir do abuso da liberdade de iniciativa e aprimorar-lhe as condições de funcionamento”.<sup>63</sup> A essa atividade de regulamentação e fiscalização, além de incentivo ao crescimento da economia, faz menção expressa a norma do art. 174, *caput*, da Constituição Federal, como já mencionado.

Todavia, ela não traz autorização, evidentemente, para que o Estado impeça a atividade econômica, mas, tão somente, regulamente, pode os excessos verificados.<sup>64</sup>

Por outro lado, as limitações à livre iniciativa devem ser expressas na lei, pois incide, quanto ao tema, o princípio da exclusão, isto é, “o que não está juridicamente proibido está juridicamente permitido”.<sup>65</sup> Essa é a conclusão a que se deve, inevitavelmente, chegar, à luz do art. 5º, inciso II, da Constituição, que estabelece preceito fundamental reiteradamente ofendido por decisões proferidas na Justiça do Trabalho quanto ao tema da terceirização.

As noções referidas mostram que, diante dos abusos verificados na atividade de terceirização, o Estado pode, em tese, intervir, bem como intensificar sua atividade fiscalizadora. Mas, sua atuação, à luz de necessidade de preservar um conteúdo mínimo para a ideia de livre iniciativa [*mesmo quando conjugada com outros princípios fundamentais*], não pode implicar restrição absoluta à liberdade de contratar.

Pretende-se, com isso, afirmar que os eventuais abusos cometidos na terceirização devem ser reprimidos, sancionados pontualmente, sendo inadmissível a criação de obstáculos genéricos, a partir de interpretação inadequada da legislação constitucional e infraconstitucional em vigor, de que resulte, concretamente, a obrigatoriedade de as empresas estabelecidas no território brasileiro assumirem a responsabilidade por todas as atividades que fazem parte de sua estrutura empresarial.

Esse movimento [*que efetivamente está acontecendo na Justiça do Trabalho nos*

63 BARROSO, Luís Roberto. *A ordem econômica constitucional e os limites à atuação estatal no controle de preços*.

64 FERREIRA, Maria Conceição Martins. *Princípios Constitucionais Informadores da República Federativa do Brasil e da Ordem Econômica (Soberania, Livre Iniciativa e Valor Social do Trabalho)*. Revista de Direito Constitucional e Internacional, vol. 25, p. 134, out./1998.

65 FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *Abuso de Poder Econômico por Prática de Licitude Duvidosa Amparada Judicialmente*, p. 216.

últimos anos, sobretudo com a proliferação das demandas coletivas para discussão da legalidade da terceirização] implica redução das condições de competitividade de tais empresas. O custo da estruturação de sua atividade empresarial aumenta, por consequência, o preço praticado no mercado de consumo também é majorado, disso resultando, a toda evidência, prejuízo para a sociedade como um todo, inclusive do ponto de vista da qualidade dos produtos / serviços disponibilizados no mercado de consumo.

É essa a conclusão a que chegou empresa de consultoria especializada, que elaborou o parecer econômico ora anexado:

*“Inibir a contratação de serviços especializados, forçando as empresas a incorporarem atividades secundárias ao seu ‘business core’, resulta em perda de eficiência produtiva. Os ganhos de economia de escala e escopo, advindos da especialização – segundo postulado da teoria econômica – bem como o ritmo de inovação tecnológica, são efetivamente reduzidos. Essa perda de eficiência pode reduzir a qualidade e aumentar o preço dos bens e serviços ofertados na economia.*

*Consequentemente, isso reduz a competitividade dos produtos nacionais no comércio mundial, reforçado pelo fato da terceirização ser um fenômeno amplamente difundido nas economias”.*

Obviamente, quando se fala em diminuição da competitividade, também se considera o mercado internacional. Afinal, com a globalização, os produtos e serviços estão ao fácil alcance do consumidor, independentemente do país em que reside. Se os serviços e produtos disponibilizados, no mercado interno, por empresas brasileiras [ou sediadas no Brasil] se tornam custosos demais, a tendência é que o consumidor busque outros no mercado estrangeiro, e é fácil perceber o impacto que isso pode ter, a médio e longo prazo, sobre a economia.

Quanto tempo sobreviverão as empresas afetadas por decisões arbitrárias proferidas na Justiça do Trabalho quanto ao tema da terceirização? Quanto tempo suportarão o **ônus financeiro** que, em tantos casos, lhes é imputado por conta dos **abusos cometidos por outras empresas** [e, portanto, com base na ideia de que um inocente paga por todos os culpados]?

A resposta para essas perguntas mostra que os atos do Poder Público ora impugnados, à guisa de proteger o trabalhador, poderão, a médio e longo prazo, causar-lhe muitos prejuízos, pois, nas crises econômicas, diminuem consideravelmente os postos de trabalho.

Aqui é oportuno ressaltar, que, apenas no setor de logística [em que a atividade de terceirização é muito comum], a expectativa de prejuízo, caso esse cenário nebuloso se mantenha na Justiça do Trabalho, é de centenas de milhões de reais.<sup>66</sup>

Aliás, essa tendência, na Justiça do Trabalho, já está causando grande impacto econômico. As decisões em questão, como já se mencionou, não permitem qualquer margem de previsibilidade. Tantos são os critérios adotados para qualificar como ilícita a terceirização, que não é possível saber, a partir delas, os parâmetros a serem observados para terceirização de serviços. E, portanto, os contratos de prestação de serviços firmados podem implicar custo muito maior do que

66 Conforme consta no parecer econômico em anexo.

aquele previsto no momento da contratação.

Não é necessária grande *expertise* em economia para chegar à conclusão de que a imprevisibilidade afasta investimentos, criando-se, também por essa perspectiva, cenário que não é de valorização ao trabalho, mas, sim, de prejuízo a ele e ao trabalhador.

Ainda sob essa perspectiva da ofensa ao preceito fundamental da valorização do trabalhador, é necessário ressaltar a existência de dados estatísticos, que comprovam o aumento de vagas, no mercado formal, em decorrência do aumento da terceirização junto a empresas dos mais diversos segmentos econômicos. O impedimento absoluto à terceirização, também por esse ângulo, trará prejuízos ao trabalhador, pois certamente implicará redução dos postos de trabalho formal criados em decorrência da ampliação da terceirização, nos últimos anos.

Por todas essas razões, é evidente a ofensa a preceitos fundamentais da Constituição de 1988, pelas decisões da Justiça do Trabalho mencionadas no item 2.2, *infra*, estando demonstrada, também por essa perspectiva, o cabimento da presente ação constitucional.

### **3. A NECESSIDADE DE CONCESSÃO DE TUTELA DE URGÊNCIA: ESTÃO CONFIGURADOS OS REQUISITOS DO ART. 5º, CAPUT E PARÁGRAFO 3º, DA LEI 9.882/1999**

Admite-se a concessão de tutela de urgência, na presente ação constitucional, por decisão monocrática do relator [*referendada, posteriormente, pelo Tribunal Pleno, conforme parágrafo 1º do art. 5º*] ou, ainda, por decisão da maioria absoluta dos membros dessa Eg. Corte.

Estão, é certo, configurados os requisitos para concessão desta medida no presente caso.

No item 2.2, *supra*, demonstrou-se que têm sido proferidas, na Justiça do Trabalho [*em todos os graus de jurisdição*], decisões que, partindo de critérios diversos [*e, muitas vezes, contraditórios*], criam restrições tão profundas à liberdade de contratação [*garantida nos preceitos constitucionais explicitados no item 2.4, 'supra'*], que acabam por suprimi-la em absoluto. Isso tem acontecido, especialmente, em demandas coletivas, em que são proferidas, como já se disse, decisões determinando o desfazimento de contratos de prestação de serviços firmados por empresas dos mais diversos segmentos econômicos [*inclusive aquelas representadas pela ABAG*], bem como condenando tais empresas ao pagamento de indenizações milionárias.

É o que evidencia a sentença proferida nos autos da ação civil pública n. 0000994-89.2013.5.15.0079-ACP, pelo juízo da 2.ª Vara do Trabalho de Araraquara. Em tal decisão, a empresa ré [*RAÍZEN ENERGIA*], que atua no setor sucro-alcooleiro, foi condenada a:

- “a) abster-se de fazer uso de empresas ou pessoas interpostas para as atividades de plantio, colheita, carregamento e transporte de cana-de-açúcar, devendo contratar diretamente os empregados respectivos (como motoristas, ajudantes e carregadores);*
- b) abster-se de celebrar contratos de prestação de serviços com objeto diverso e/ou desvinculado do efetivo serviço contratado;*
- c) abster-se de permitir que sejam executados em seus estabelecimentos serviços diversos do contratado em terceirizações de atividade-meio, pelos empregados das empresas terceirizadas.*

*(...) ao pagamento de uma indenização por dano moral coletivo no importe de R\$ 3.000.000,00 (três milhões de reais), corrigidos monetariamente até a data do efetivo recolhimento, aplicando-se os termos da Súmula 439 do C. TST, em prol da IRMANDADE DA SANTA CASA DE MISERICORDIA DE ARARAQUARA, uma entidade beneficente sem fins lucrativos”.*

Para garantir o cumprimento das obrigações de fazer determinadas nessa r. decisão, foi fixada multa diária de R\$ 5.000,00, “por obrigação descumprida e por empregado”.

O impacto de tais decisões também já se faz sentir sobre outros setores.

Em decisão recente, o juízo da 16.<sup>a</sup> Vara do Trabalho de Salvador julgou procedente ação civil pública movida pelo Ministério Público do Trabalho, condenando a Ré (Companhia de Eletricidade do Estado da Bahia) a:

*“a) SE ABSTER de terceirizar serviços essenciais às suas atividades-fim, notadamente as atividades discriminadas nos itens ‘a.1’ a ‘a.8’ da inicial, sob pena de pagamento de multa diária de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), a ser revertida ao FAT - Fundo de Amparo ao Trabalhador, ou a outro fundo regularmente constituído destinado à reconstituição dos bens lesados, no prazo de 180 dias, a partir do trânsito em julgado desta sentença; b) SE ABSTER de contratar serviços relacionados às suas atividades-meio, quando existentes a personalidade e a subordinação direta, sob pena de multa diária de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), a ser revertida ao FAT - Fundo de Amparo ao Trabalhador, ou a outro fundo regularmente constituído destinado à reconstituição dos bens lesados, a partir do trânsito em julgado desta sentença; c) RESCINDIR os atuais contratos firmados com empresas terceirizadas, que prevejam a prestação de serviços afetos às suas atividades-fim, notadamente aqueles listados na letra ‘a’ da inicial, sob pena de pagamento de multa diária de R\$50.000,00 (cinquenta mil reais), a ser revertida ao FAT - Fundo de Amparo ao Trabalhador, ou a outro fundo regularmente constituído destinado à reconstituição dos bens lesados, no prazo de até 180 dias, a partir do trânsito em julgado desta sentença; e d) PAGAR indenização por danos morais coletivos, no montante de R\$ 5.000.000,00 (cinco milhões de reais), valor que deverá ser revertido em favor de entidades cuja atuação em prol dos interesses dos trabalhadores permita a recomposição do dano coletivo e difuso, ou ao FAT - Fundo de Amparo ao Trabalhador, no prazo de trinta dias, a contar do trânsito em julgado desta sentença, corrigindo-se monetariamente o valor da presente condenação a partir da data de publicação desta sentença (Lei n. 8.177/91)”.*

O que se vê, à luz dessa e de outras decisões, já citadas anteriormente, é o esmagamento da liberdade de contratar, a interferência profunda na estruturação das empresas operantes em vários setores da economia, de que podem resultar consequências, a médio e longo prazo, indesejáveis para a sociedade como um todo. Essa intervenção certamente repercutirá sobre o custo dos produtos / serviços fornecidos e sobre sua competitividade nos mercados nacional e internacional. Além disso, também serão prejudicados os prestadores de serviços, como já mencionado, que serão privados de contratos que, em muitos casos, são sua fonte geradora de renda.

É grande a probabilidade de que, na presente ação constitucional, essa Eg. Corte afaste a interpretação inconstitucional adotada, nessas decisões, como razão de decidir. **Como se demonstrou, os critérios para análise da licitude da terceirização são imprecisos, contraditórios e, analisados numa dimensão maior, evidenciam que, para a Justiça do Trabalho, por uma razão ou por outra, a terceirização acaba sendo sempre qualificada como ilícita.**

Não se trata, portanto, de pura e simplesmente de coibir abusos, mas de suprimir, de forma absoluta, a liberdade de contratar que está na essência da livre iniciativa e goza de *statuts* de preceito fundamental na Constituição Federal em vigor.

Até o julgamento definitivo da presente ação constitucional, dezenas, centenas de outras decisões, com igual teor e impacto, poderão ser proferidas, em desfavor não apenas das empresas representadas pela ABAG, mas por várias outras, de setores diversos da economia.

Tais decisões, além de estabelecerem indenizações vultosíssimas, também definem multas diárias e outros meios coercitivos que, pragmaticamente, dificultam ou impedem resistência **eficaz** por parte das empresas prejudicadas. É real a perspectiva de que sua atividade empresarial seja profundamente afetada, até ulterior julgamento da presente ação, estando configurada, a toda evidência, os requisitos necessários à tutela de urgência, consistente da determinação de sobrestamento de todos os processos *[ou, pelo menos, aqueles em que já proferidas sentenças, passíveis de impugnação por recurso ordinário, que não tem, em regra, efeito suspensivo, de acordo com a CLT]* em que se discuta a legalidade da terceirização da atividade discutida em cada um deles.

A concessão de tutela de urgência, nos termos mencionados, evitará que o julgamento final da presente ação produza resultado pouco efetivo ou, em alguns casos, sem utilidade para os jurisdicionados já prejudicados por decisões veiculadora de interpretação inconstitucional, como aquelas acima citadas.

#### 4. PEDIDO E REQUERIMENTOS

Por todo o exposto, configurados os requisitos para o cabimento do controle de constitucionalidade concentrado pretendido na presente demanda, e estando também presentes os requisitos para concessão de tutela de urgência, requer a concessão de liminar *ad referendum* do Tribunal Pleno, como autoriza o art. 5º, parágrafos 1.º e 3.º, da Lei 9882/1999, **para o fim de determinar, aos órgãos jurisdicionais, de todas as instâncias, da Justiça do Trabalho a suspensão do andamento de qualquer processo [ou, dependendo do caso, dos efeitos de decisões judiciais neles já proferidas], em que se discuta a legalidade da terceirização empreendida por empresário, no exercício da liberdade de contratar assegurada constitucionalmente e com o objetivo de organizar, de forma eficiente, a atividade empresarial.**

Concedida a liminar ora postulada, requer a intimação dos órgãos jurisdicionais da Justiça do Trabalho competentes para prestação de informações, na forma do art. 6º, da Lei 9882/1999, bem como a adoção das providências que esse d. juízo entenda cabíveis para formação de seu convencimento, à luz do parágrafo 1º de tal dispositivo, inclusive, sendo o caso, a realização de audiência pública com participação dos setores da sociedade diretamente afetados pela decisão a ser proferida ao final.

Pede, ainda, que seja julgada procedente a presente arguição de descumprimento de preceito fundamental, para o fim de reconhecer, com eficácia *erga omnes* e efeito vinculante, a inconstitucionalidade da interpretação adotada em reiteradas decisões da Justiça do Trabalho, as quais vedam a prática da terceirização sem legislação específica aplicável que a proíba, em clara violação aos preceitos constitucionais fundamentais da legalidade, da livre iniciativa e da valorização do trabalho, decisões estas que tem resultado concretamente em um inconstitucional obstáculo quase insuperável à terceirização.

Requer, por fim, que a intimação para a prática de todos os atos processuais, seja feita em nome de **L. R. W.** [*subscritor da presente*], sob pena de nulidade.

À causa, dá-se o valor de R\$ 100.000,00 (cem mil reais).

Pede deferimento.

Curitiba, 22 de agosto de 2014.

**(assinaturas)**

**EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO LUIZ FUX, RELATOR DO ARE. Nº 713.211/MG, EM TRÂMITE NO E. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.**

**Autos de ARE 713.211/MG**

**ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS MAGISTRADOS DA JUSTIÇA DO TRABALHO**, sociedade civil sem fins lucrativos, (ESTATUTO, ATA DE POSSE DA ATUAL DIRETORIA, anexos), com endereço no SHS Qd. 06 Bloco E, Conj. A -Salas 602 a 608 - Edifício Business Center Park Brasil 21, Asa Sul, Brasília - DF, CEP 70.316-000, neste ato representada pelo seu Presidente, Sr. PAULO LUIZ SCHMIDT, brasileiro, casado, RG nº 100.567.522 SSP/RS, CPF nº 255.412.770-00, por meio de seus advogados, **adiante** assinados, com endereço para notificações e intimações na Rua Comendador Araújo, nº 692, Batel, Curitiba, PR, CEP 80.420-000, vem, muito respeitosamente, requerer, na forma dos artigos 543-A, § 6º do Código de Processo Civil e 323, § 3º do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, a sua admissão e intervenção no presente feito na condição de

***AMICUS CURIAE***,

no presente feito - Recurso Extraordinário com Agravo nº 713.211, com repercussão geral reconhecida - em que é recorrente CELULOSE NIPO BRASILEIRA S/A -CENIBRA, e recorridos o SINDICATO DOS TRABALHADORES NAS INDÚSTRIAS EXTRATIVAS DE GANHÃES E REGIÃO SITI-EXTRA e o MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO, pelas razões de direito que passa a expor:

**I. DA LEGITIMIDADE DA ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS MAGISTRADOS DA JUSTIÇA DO TRABALHO – ANAMATRA – PARA ATUAR COMO *AMICUS CURIAE* NO FEITO**

Assimilando os ideais doutrinários e jurisprudenciais, especialmente da jurisprudência constitucional alemã e norte americana, o legislador constitucional reformador brasileiro inseriu a repercussão geral constitucional como *filtro* ao manejo do Recurso Extraordinário.

Com o abandono da subjetividade que permeava referido recurso em favor da objetividade anunciada como necessária à retomada da função institucional do Supremo Tribunal Federal, a Emenda Constitucional nº 45 inseriu a repercussão geral e, na esteira do caráter democrático dos institutos similares do Direito espanhol, estadunidense e germânico, facultou o ingresso da figura do *Amicus Curiae* nos processos em que a matéria se mostrar relevante, considerando-se, sempre, a representatividade dos postulantes<sup>1</sup> que se candidatarem a colaborar com a Corte, quer nos aspectos jurídicos, quer nos aspectos pragmáticos, econômicos, sociais e políticos que avulsem do alcance da

1 Toma-se como referência o conteúdo do art.7º, § 2º da Lei nº 9.868/99.

decisão a ser proferida.

A entidade ora postulante, segundo o seu estatuto, representa os Juízes do Trabalho brasileiros, a quem é incumbida, constitucionalmente, a competência para dirimir os conflitos decorrentes das relações de trabalho, na forma e no alcance da compreensão dada ao disposto no artigo 114 da Constituição Federal. Para ser exato, a entidade congrega todos os Magistrados do Trabalho vinculados às 24 – vinte e quatro – Associações Regionais – AMATRAS – e os Ministros dos Tribunais Superiores, consoante os termos do artigo 8º de seu Estatuto.

Entre as suas finalidades estatutárias, destacam-se:

*Art. 2º A ANAMATRA tem por finalidade: (...)*

*IV - pugnar pelo crescente prestígio da Justiça do Trabalho.*

*Art. 3º A ANAMATRA poderá agir como representante ou substituta, administrativa, judicial ou extrajudicialmente, na defesa dos interesses, prerrogativas e direitos dos magistrados associados, de forma coletiva ou individual.*

*Art. 5º A ANAMATRA deverá atuar na defesa dos interesses da sociedade, em especial pela valorização do trabalho humano, pelo respeito à cidadania e pela implementação da justiça social, pugnando pela preservação da moralidade pública, da dignidade da pessoa humana, da independência dos Poderes e dos princípios democráticos.*

Dessa forma, fiel às finalidades que a alicerçam, faz-se necessária a atuação da ANAMATRA neste feito, não havendo dúvidas de que a matéria discutida é afeta à própria existência e eficiência da Justiça do Trabalho - concretizada diariamente em seus Magistrados e nos atores das relações jurídicas trabalhistas.

O fenômeno da terceirização é um dos responsáveis pelo aumento exponencial das ações trabalhistas que, material e concretamente, demandam dos Juízes do Trabalho, a aplicação cuidadosa e rigorosa do Direito do Trabalho, sempre à luz dos princípios constitucionais da unidade da Constituição, da dignidade da pessoa humana, da liberdade, da valorização social do trabalho, do não retrocesso social, com respeito às garantias constitucionais e aos direitos fundamentais.

O constituinte inequivocamente atribuiu aos Juízes do Trabalho, o Poder, o dever, a função e a atividade jurisdicional de tutelar os direitos sociais, refletidos também, e particularmente, no Direito do Trabalho. Sendo assim, como parte do Judiciário e atores importantes do mundo laboral, estão habilitados, os que ora se fazem representar por sua associação de classe, a contribuir, democraticamente, com a pré-compreensão, valoração e concretização de tais direitos nos casos de terceirização.

É certo que a legislação trabalhista não prevê - salvo por exceções fixadas restritivamente em lei - a compra e a revenda, com lucro, de mão-de-obra. A consciência jurídica universal repudia a consideração do trabalho humano como “mera mercadoria”, passível de compra e de revenda a terceiros, como será oportunamente detalhado. Por esta razão, na análise das provas produzidas em casos concretos, a Justiça do Trabalho construiu sólida e reiterada jurisprudência no sentido de - aplicando a Constituição e a legislação infraconstitucional - repudiar a prática que agride e ataca o

próprio Estado Social de Direito.

E a terceirização desmedida e ilimitada é, sem dúvida, o mais grave e potencialmente mais letal desses ataques. Tem a capacidade nefasta de aniquilar o Direito do Trabalho, e parte significativa dos Direitos Sociais, negando eficácia e concretude à dignidade dos trabalhadores e à valorização social do trabalho, anulando a própria finalidade da *instituição* denominada Justiça do Trabalho.

A terceirização indiscriminada, como pretendem alguns, se mostra profundamente prejudicial aos trabalhadores que, atropelados por uma lógica liberal, ou neoliberal, sofrerão com aumento dos índices de desemprego; com políticas de achatamento salarial e consequente concentração de renda; com a precarização do meio ambiente de trabalho e a desproteção à saúde e à própria vida; com a captura de sua subjetividade, ausência de representação sindical efetiva; com a ausência de perspectiva de construção de uma história profissional e de pertencimento ao coletivo de trabalho em que coabita; com a sujeição a uma condição de desigualdade e discriminação em relação aos empregados contratados diretamente pela tomadora de serviços, enfim, com um retrocesso social abominável, que põe em risco não só os seus interesses juridicamente protegidos, mas o Direito do Trabalho, os direitos sociais, enquanto Direitos Fundamentais, e, por conseguinte o próprio Estado Social.

E sendo assim, repita-se, a própria Justiça do Trabalho **corre risco de sucumbir ou ver-se ineficiente no exercício de suas atribuições constitucionais**. Se houver liberdade ampla de terceirização, a criatividade incessante dos que já descumprem a legislação trabalhista sob falsas alegações de “foco na produtividade”; “maior competitividade”, “incremento produtivo”; “modernização da gestão” e “maximização dos resultados”, dará conta de sepultar a efetividade da Justiça do Trabalho, assim como fará ruir o Estado Social.

Os Juízes do Trabalho também não se furtam, por compromisso constitucional, a defender a Constituição e os direitos fundamentais que são a própria razão de ser desta última e, por isso, também pretendem contribuir para a sua salvaguarda. Fazem-no diuturna e incansavelmente há sete décadas, mas no último ano, em particular, quando a ameaça à Constituição e aos direitos fundamentais - estabelecidos no ordenamento jurídico positivo brasileiro pelos Constituintes como tais – se deu por meio de Projeto de Lei que tem por escopo flexibilizar as relações de emprego ao ponto de desconstruir o Estado Social e, assim, aniquilar a função constitucional da Justiça do Trabalho, a ANAMATRA, ora requerente, posicionou-se em defesa dos princípios e valores consagrados já no preâmbulo e nos artigos 1º, III e IV; 3º, I, II, III e IV; 5º, I e 7º da Constituição Federal.

De igual modo, em carta aberta ao Congresso Nacional, 19 (dezenove) dos Ministros do Tribunal Superior do Trabalho – TST – manifestaram, pela primeira vez na história, suas preocupações com a possibilidade de ampliação desmedida da terceirização no país:

*“(...) Brasília, 27 de agosto de 2013*

*Excelentíssimo Senhor deputado Décio Lima*

*Presidente da Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania*

*A sociedade civil, por meio de suas instituições, e os órgãos e instituições do Estado,*

*especializados no exame das questões e matérias trabalhistas, foram chamados a opinar sobre o Projeto de Lei nº 4.330/2004, que trata da terceirização no Direito brasileiro.*

*Em vista desse chamamento, os Ministros do Tribunal Superior do Trabalho, infra-assinados, com a experiência de várias décadas na análise de milhares de processos relativos à terceirização trabalhista, vêm, respeitosamente, apresentar suas ponderações acerca do referido Projeto de Lei:*

*I. O PL autoriza a generalização plena e irrefreável da terceirização na economia e na sociedade brasileiras, no âmbito privado e no âmbito público, podendo atingir quaisquer segmentos econômicos ou profissionais, quaisquer atividades ou funções, desde que a empresa terceirizada seja especializada.*

*II. O PL negligencia e abandona os limites à terceirização já sedimentados no Direito brasileiro, que consagra a terceirização em quatro hipóteses:-*

*1. Contratação de trabalhadores por empresa de trabalho temporário (Lei nº 6.019, de 03.06.1974);*

*2 - Contratação de serviços de vigilância (Lei n 7102, de 20.06.1983);*

*3- Contratação de serviços de conservação e limpeza;*

*4- Contratação de serviços especializados ligados a atividades-meio do tomador, desde que inexistam a personalidade e a subordinação direta;*

*III. A diretriz acolhida pelo PL nº 4.330-A/2004, ao permitir a generalização da terceirização para toda a economia e a sociedade, certamente provocará gravíssima lesão social de direitos sociais, trabalhistas e previdenciários no País, com a potencialidade de provocar a migração massiva de milhões de trabalhadores hoje enquadrados como efetivos das empresas e instituições tomadoras de serviços em direção a um novo enquadramento, como trabalhadores terceirizados, deflagrando impressionante redução de valores, direitos e garantias trabalhistas e sociais.*

*Neste sentido, o Projeto de Lei esvazia o conceito constitucional e legal de categoria, permitindo transformar a grande maioria de trabalhadores simplesmente em 'prestadores de serviços' e não mais 'bancários', 'metalúrgicos', 'comerciários', etc.*

*Como se sabe que os direitos e garantias dos trabalhadores terceirizados são manifestamente inferiores aos dos empregados efetivos, principalmente pelos níveis de remuneração e contratação significativamente mais modestos, o resultado será o profundo e rápido rebaixamento do valor social do trabalho na vida econômica e social brasileira, envolvendo potencialmente milhões de pessoas.*

*IV. O rebaixamento dramático da remuneração contratual de milhões de concidadãos, além de comprometer o bem estar individual e social de seres humanos e famílias brasileiras, afetará fortemente, de maneira negativa, o mercado interno de trabalho e de consumo, comprometendo um dos principais elementos de destaque no desenvolvimento do País. Com o decréscimo significativo da renda do trabalho ficará comprometida a pujança do mercado interno no Brasil.*

*V. Essa redução geral e grave da renda do trabalhador brasileiro - injustificável, a todos os títulos - irá provocar também, obviamente, severo problema fiscal para o Estado, ao diminuir, de modo substantivo, a arrecadação previdenciária e tributária no Brasil.*

*A repercussão fiscal negativa será acentuada pelo fato de o PL provocar o esvaziamento, via terceirização potencializada, das grandes empresas brasileiras, que irão transferir*

*seus antigos empregados para milhares de pequenas e médias empresas - todas especializadas, naturalmente -, que serão as agentes do novo processo de terceirização generalizado.*

*Esvaziadas de trabalhadores as grandes empresas - responsáveis por parte relevante da arrecadação tributária no Brasil -, o déficit fiscal tornar-se-á também incontrolável e dramático, já que se sabe que as micro, pequenas e médias empresas possuem muito mais proteções e incentivos fiscais do que as grandes empresas. A perda fiscal do Estado brasileiro será, conseqüentemente, por mais uma razão, também impressionante. Dessa maneira, a política trabalhista extremada proposta pelo PL 4.330-A/2004, aprofundando, generalizando e descontrolando a terceirização no País, não apenas reduzirá acentuadamente a renda de dezenas de milhões de trabalhadores brasileiros, como também reduzirá, de maneira inapelável, a arrecadação previdenciária e fiscal da União no País.*

*VI. A generalização e o aprofundamento da terceirização trabalhista, estimulados pelo Projeto de Lei, provocarão também sobrecarga adicional e significativa ao Sistema Único de Saúde (SUS), já fortemente sobrecarregado. É que os trabalhadores terceirizados são vítimas de acidentes do trabalho e doenças ocupacionais/profissionais em proporção muito superior aos empregados efetivos das empresas tomadoras de serviços. Com a explosão da terceirização – caso aprovado o PL nº 4.330-A/2004 -, automaticamente irão se multiplicar as demandas perante o SUS e o INSS.*

*São essas as ponderações que apresentamos a Vossa Excelência a respeito do Projeto de Lei nº 4.330-A/2004, que trata da ‘Terceirização’.*

*Respeitosamente,*

*Seguem as assinaturas dos ministros Antonio José de Barros Levenhagen; João Oreste Dalazen; Emmanoel Pereira; Lelio Bentes Corrêas; Aloysio Silva Corrêa da Veiga; Luiz Philippe Vieira de Mello Filho; Alberto Luiz Bresciane de Fontan Pereira; Maria de Assis Calsing; Fernando Eizo Ono; Marcio Eurico Vitral Amaro; Walmir Oliveira da Costa; Maurício Godinho Delgado; Kátia Magalhães Arruda; Augusto Cesar Leite de Carvalho; José Roberto Freire Pimenta; Delaílde Alves Miranda Arantes; Hugo Carlos Sheurmann; Alexandre de Souza Agra Belmonte e Claudio Mascarenhas Brandão.<sup>2</sup>*

O objeto do referido Projeto de Lei nº 4.330/2004, de autoria do deputado Sandro Mabel, é a terceirização ofensiva à dignidade da pessoa humana e à valorização social do trabalho; que não promove a solidariedade, mas a desumanização das relações de emprego; que é contrária ao desenvolvimento como direito social, em sua concepção inclusiva; e que tende, naturalmente, a promover a pobreza e a marginalização dos trabalhadores, ampliando as desigualdades sociais e regionais, o que suscitou a resistência tempestiva e firme da sociedade civil organizada, contra a norma flagrantemente inconstitucional.

A dignidade humana foi o objeto de apreensão dos Ministros do TST – também eles

2 Teor do ofício publicado no sítio oficial da ANAMATRA na internet. Disponível em: <<http://www.anamatra.org.br/index.php/noticias/terceirizacao-maioria-dos-ministros-do-tst-pede-rejeicao-do-pl-4-330-2004>>. Acesso em: 31 ago. 2014.

representados pela requerente ANAMATRA por força de seus estatutos, repita-se –, exatamente porque o PL nº 4.330/2004 ataca todos os valores e direitos fundamentais preditos, mas também porque ameaça a efetividade da Justiça do Trabalho no exercício do seu Poder-dever Constitucional.

Todas as ponderações outrora enunciadas são as que se pretende partilhar com este E. Tribunal Constitucional, na medida em que não só é dever dos associados da ora requerente, na defesa da Justiça do Trabalho e do Estado Social, fazê-lo, mas também por garantia de pluralidade, legitimidade e caráter democrático que a decisão a ser tomada demanda.

Residem nesses breves e introdutórios fundamentos, que serão detalhadamente explorados adiante, a relevância do tema e a pertinência da manifestação da Associação, que, nesse momento, se posiciona, muito respeitosamente, como entidade dedicada a, democraticamente, cooperar com a pré-compreensão do fenômeno da terceirização e seus impactos jurídicos, econômicos, sociais e políticos na sociedade, bem como na concretização da tutela dos Direitos Fundamentais e garantias constitucionais, expressos nos Direitos Sociais.

Paulo Bonavides, sempre atual, afirma que:

*“(...) em termos de legitimidade e democracia, jamais há de prosperar, em países periféricos, Estado de Direito sem Estado Social.*

*Mas os neoliberais da democracia negativa não têm, a esse respeito, o mesmo entendimento.*

*Forcejam por passar certidão de óbito à intangibilidade da garantia que protege os direitos sociais na Constituição.*

*Enquanto não logram esse desiderato, buscam mantê-los instáveis, debaixo da ameaça de revogação, ou – como se isto já fora possível – fazê-los retroceder vazios às esferas programáticas da Constituição, isto é, ao tempo que permaneceram relegados ao esquecimento e abandono na época clássica do constitucionalismo liberal. (...)”<sup>3</sup>*

E é exatamente para que não se desconstrua o Estado Social, por via de aniquilação da eficácia e vinculação dos direitos sociais e para que se mantenham intactas as necessárias garantias constitucionais e a própria finalidade e existência da Justiça do Trabalho, é que se postula a admissão do requerente como *Amicus Curiae*, nos termos do que permitem os artigos 543-A, § 6º do CPC e 323, § 3º do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, com todas as prerrogativas inerentes a tal função, inclusive com o direito à sustentação oral no julgamento.

## II. O CONTEXTO DA TERCEIRIZAÇÃO NO BRASIL

Compreendendo que as relações jurídicas fundamentam-se nas contradições e conflitos colocados pela realidade, impõe-se a reflexão sobre quais têm sido as consequências da terceirização

3 BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 604.

para a vida dos trabalhadores, para a dinâmica das empresas, para o mundo do trabalho e para a economia nacional, antes mesmo de debater quais suas implicações para a Justiça do Trabalho e os meandros jurídicos que a questão abarca.

Os setores mais conservadores da sociedade brasileira, por intermédio de seus intelectuais tradicionais, servis ao capital, descompromissados com a construção e efetividade dos direitos sociais, há muito repetem exaustivamente inverdades acerca da terceirização, assim conseguindo forjar alguns mitos.

A análise conjuntural apresentada a seguir também almeja desmitificar as posições defendidas pelos setores interessados em desregular o trabalho no país, evidenciando os malefícios ocasionados pela terceirização à sociedade como um todo e pontuando os elementos conjunturais sociais e econômicos que envolvem o assunto ora posto perante este Supremo Tribunal Federal.

## 2.1. PRIMEIRO MITO: A SÚMULA Nº 331 DO TST IMPEDE A TERCEIRIZAÇÃO

Tem-se repetido incansavelmente que o TST, por meio da Súmula nº 331, ao consolidar entendimento jurisprudencial que distingue atividade-fim e atividade-meio, e, ao entender ilícita a terceirização envolvendo aquela, estaria se imiscuindo indevidamente na livre iniciativa, interferindo no poder de direção dos empregadores, sem que a lei assim o permitisse. Essa perspectiva é central ao debate à medida que foi a linha adotada pelo Ministro Relator ao admitir a repercussão geral no recurso extraordinário. No entanto, trata-se de reprodução de uma visão mítica sobre a terceirização.

O contrato de trabalho, assim como os contratos de natureza civil, envolve diretamente dois sujeitos que ajustam direitos e obrigações recíprocos, estipulados em conformidade com a autonomia das partes, mas com observância dos limites impostos pela legislação estatal e pela negociação coletiva. Nessa relação jurídica os sujeitos são constituídos, de um lado, por quem se apropria da prestação de serviços, isto é, pelo comprador da força de trabalho, denominado empregador; e, de outro, por quem sobrevive da venda de sua força de trabalho por não deter os meios de produção, denominado empregado.

A terceirização subverte a bilateralidade natural do contrato de trabalho, incluindo uma pessoa estranha à relação empregatícia. Nesse caso, o tomador da força de trabalho não contratará o empregado, mas sim, outra pessoa jurídica que fornecerá a mão de obra. De outra parte, o trabalhador não possuirá relação jurídica com quem se apropria de seu trabalho, mas com um intermediário.

Exatamente por se contrapor à lógica de qualquer contrato, por apresentar uma relação jurídica triangular, **a terceirização não possui amparo legal e a consequência disso seria o Judiciário não lhe conferir validade.** Não foi à toa que o legislador infraconstitucional - quando pretendeu permitir a terceirização - editou leis que regulamentaram particularmente sua incidência, tais como o Decreto-lei nº 200/67, a Lei de Trabalho Temporário (nº 6.019/74) e a Lei que regrou a atividade econômica no setor de vigilância patrimonial e transporte de valores (nº 7.102/83).

Com esse espírito, o Tribunal Superior do Trabalho havia sedimentado entendimento que

a terceirização quando ocorrida à margem das hipóteses expressamente previstas em lei caracterizar-se-ia ilícita. Nesse sentido, no ano de 1986, o Tribunal editou a Súmula nº 256, posteriormente cancelada em razão da edição da Súmula nº 331:

*Súmula nº 256 do TST*

**CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LEGALIDADE**

*Salvo os casos de trabalho temporário e de serviço de vigi-lância, previstos nas Leis nºs. 6.019, de 03.01.1974, e 7.102, de 20.06.1983, é ilegal a contratação de trabalhadores por empresa interposta, formando-se o vínculo em-pregatício diretamente com o tomador dos serviços.*

Entretanto, cedendo à pressão da classe patronal que sustentava existirem novas demandas conjunturais colocadas pela reconfiguração das relações de trabalho pós-reestruturação produtiva, o TST, já no início da década de 1990, em algumas situações julgou contra a disposição integral da Súmula nº 256, admitindo a terceirização nos serviços de limpeza e conservação.

Após requerimento do Ministério Público do Trabalho de revisão da Súmula nº 256, o TST, em dezembro de 1993, o TST editou a Súmula nº 331, que representou uma solução mediadora entre os diversos posicionamentos sobre o tema, valendo-se dos mesmos critérios restritivos legais aplicados à terceirização na Administração Pública e delimitando seu uso na iniciativa privada à amplitude mínima indispensável aos fins dos novos arranjos empresariais flexíveis. A redação da Súmula foi modificada em 2011. No entanto, o inciso III, causador da cizânia, não sofreu alteração:

**Súmula nº 331 do TST**

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

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

*II- A contratação irregular de trabalhador, mediante empresa interposta, não gera vínculo de emprego com os órgãos da Administração Pública direta, indireta ou fundacional (art. 37, II, da Constituição Federal de 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 personalidade 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 confronto entre os enunciados contidos nas duas súmulas não permite dúvida sobre a natureza da modificação introduzida pelo TST. Influenciado pelo ideário neoliberal, então em voga, e a partir de nova interpretação da legislação infraconstitucional, o Tribunal ampliou sua compreensão sobre o fenômeno da terceirização a fim de considerar também como lícita a desenvolvida em atividade-meio do tomador dos serviços.

Neste sentido, sintetiza Sayonara Grillo Coutinho Leonardo da Silva:

*O caso mais clássico de flexibilização incentivada pelo Tribunal Superior do Trabalho, sem sombra de dúvidas, foi o da terceirização, com a edição do Enunciado n.331. Pela Resolução n. 23, também de dezembro de 1993, o TST cancelou o Enunciado n. 256, que declarava a ilicitude da exteriorização das funções, pois reafirmava os conceitos de empregado e empregador, estabelecendo-se que a relação de trabalho ocorria entre trabalhador e tomador de serviços. Existem textos legais no sistema brasileiro que preveem que atividades de vigilância, guarda e transporte de valores (Lei n. 7.107/83) podem ser prestadas por terceiros, e que a jurisprudência admitia sua extensão para serviços de asseio e conservação, mas não mais que isto. Com o Enunciado n. 331, o Tribunal admitiu uma ampliação substancial da exteriorização de funções, pela interposição de mão-de-obra de trabalhadores que exercessem “atividades-meio”, obstando apenas a exteriorização do trabalho voltado às “atividades-fim” da empresa.<sup>4</sup>*

Certamente, a inflexão do TST consistiu na extensão analógica dos modelos permitidos legalmente a situações não albergadas estritamente pela legislação, isto é, centrou-se na identificação de um núcleo permissivo da terceirização residindo em tarefas consideradas não essenciais ao desenvolvimento da atividade econômica do tomador dos serviços, pertencesse ele à iniciativa privada (Leis nºs. 6.019/74 e 7.102/83) ou à administração pública direta ou indireta (DL nº 200/67), em que a terceirização seria reputada como lícita.

Distante, portanto, de representar um censurador ao processo de terceirização no Brasil, o TST, por intermédio da Súmula nº 331 e do conceito de atividade-meio, contribuiu para a disseminação desta técnica de gestão no mundo do trabalho. Para ilustrar a assertiva, basta mencionar levantamento estatístico de 2010, que apontava para existência de 10 milhões 856 mil e 297 trabalhadores terceirizados, **representando nada menos do que 25,5% do mercado formal de**

4 .....  
SILVA, Sayonara Grillo Coutinho Leonardo da. *Relações coletivas de trabalho*. São Paulo: LTr, 2008, p. 374-375.

## trabalho no país.<sup>5</sup>

Também se mostra pertinente mencionar algumas considerações apresentadas pela Confederação Nacional da Indústria – CNI – na peça em que requereu seu ingresso nestes autos. A entidade de classe patronal citou alguns exemplos sobre a necessidade de terceirizar para atender às inovações tecnológicas em sua área de atuação: as cadeias produtivas da Toyota e da NEC, no Japão, da Samsung, na Coreia do Sul e da DELL e Apple, nos Estados Unidos. Trata-se, sem dúvida, de terceirização, mas que – ao contrário do asseverado pela entidade representativa dos industriais brasileiros – é considerada como lícita a partir da compreensão de se inserir na atividade-meio.

Assim, todos os exemplos trazidos pela CNI são de situações de terceirização admitidas pela jurisprudência consolidada do TST, o que demonstra, para não remanescer dúvida, que a Súmula nº 331 não impede a terceirização como querem fazer crer, mas sim, legítima, a partir da ordem infraconstitucional, formas não previstas em lei.

## 2.2. O MITO DA MODERNIZAÇÃO: DISCURSO ETÉREO *VERSUS* REALIDADE RETRÓGRADA

O discurso que defende a adoção incondicional e universal da terceirização apresenta-se muitas vezes ligado ao argumento de que é uma medida que favorece o desenvolvimento econômico, a livre iniciativa, o progresso, a modernização. Entretanto, esse discurso não se efetiva na prática e, ao contrário do progresso que propaga, tem consolidado um quadro que materializa o que há de mais retrógrado: empobrecimento, condições de trabalho precárias, desprovidas de proteções sociais, com alto índice de acidentes e até mesmo mortes no trabalho.

São inúmeras as evidências de que a terceirização indiscriminada causa enormes retrocessos sociais, demonstrando que, no mundo real, suas consequências são bastante diferentes daquelas disseminadas pelo discurso que a acompanha.

Destaca-se que **os terceirizados percebem remuneração 27,1% inferior do que os trabalhadores diretos**, o que significa que a terceirização provoca precarização dos salários. Dados também demonstram que os setores contratantes pagam, em média, aos seus empregados salários de R\$ 1.824,20, enquanto que os setores terceirizados remuneram seus trabalhadores o montante médio de R\$ 1.329,40.<sup>6</sup>

Na prática forense trabalhista os magistrados constatam que é majoritária a ocorrência de pessoas, trabalhando lado a lado, nas mesmas funções, com salários e benefícios diferenciados pelos métodos de gestão: aos contratados diretamente pelo tomador dos serviços são assegurados salários e demais contrapartidas em valores significativamente superiores quando comparados àqueles assegurados aos empregados da terceirizada, **malferindo injustificadamente a isonomia assegurada constitucionalmente**.

5 DIEESE; CUT. *Terceirização e desenvolvimento - uma conta que não fecha*: dossiê sobre o impacto da terceirização sobre os trabalhadores e propostas para garantir a igualdade de direitos. DIEESE/CUT: São Paulo, 2011, p. 6.

6 DIEESE; CUT, *op. cit.*, p. 7.

Para além da precarização salarial, a terceirização promove a desigualdade social, pois se observa uma concentração de trabalhadores terceirizados na faixa que recebe de um a três salários mínimos, ao mesmo tempo em que se verifica que os trabalhadores diretos estão mais distribuídos entre as faixas salariais mais elevadas.<sup>7</sup>

Além disso, o tempo de permanência no emprego é menor entre os terceirizados, o que revela a **maior rotatividade de mão de obra**. Os empregados contratados tendem a ficar no emprego por 5,8 anos, já os terceirizados permanecem, em média, apenas 2,6 anos.<sup>8</sup> A maior rotatividade traz consequências não apenas para o trabalhador, em termos de estabilidade financeira e planejamento profissional e familiar, mas também para as finanças públicas. Isto porque implica a elevação do número de beneficiários do seguro-desemprego e o aumento da concessão de aposentadorias por idade – sem contribuição por 35 anos –, fatores que favorecem o aprofundamento do déficit da Previdência Social.<sup>9</sup>

Com efeito, verifica-se uma profunda diferença entre os trabalhadores diretos e os trabalhadores terceirizados, haja vista que estes, além de salários menores, não percebem os demais direitos trabalhistas assegurados àqueles que são contratados diretamente.

Todos esses fatores, provocados pela terceirização, que distinguem, de forma tétrica, os terceirizados dos trabalhadores diretos, produzem efeitos sobre a pessoa do trabalhador, identificando-se a existência de **preconceito e discriminação contra os trabalhadores terceirizados**, que são reputados como trabalhadores de segunda classe.<sup>10</sup> Tais trabalhadores, por se encontrarem desabrigados pela atuação de seus sindicatos, igualmente não apresentam um sentimento de pertencimento social.

Outra consequência do desenvolvimento da terceirização no Brasil, que atinge diretamente o trabalhador, trata do crescente **aumento no número de acidentes de trabalho e de mortes decorrentes do trabalho**. Para ilustrar, dados que datam do ano de 2005 indicam que de cada 10 acidentes de trabalho, 8 referem-se a empresas terceirizadas, sendo que nos casos de morte decorrente do trabalho, 4 em cada 5 das ocorrências registradas foram em empresas terceirizadas.<sup>11</sup> Independente da gravidade do acidente é adequado asseverar que **80% dos acidentes de trabalho estão ligados à prestação de trabalho terceirizado**.

A estatística pertinente apenas ao setor elétrico é paradigmática. De acordo com a

7 DIEESE; CUT, *op. cit.*, p. 6.

8 DIEESE; CUT, *op. cit.*, p. 7.

9 AGÊNCIA BRASIL. *Rotatividade de trabalhadores terceirizados contribui para o déficit da Previdência, diz presidente do IPEA*. Disponível em: <<http://memoria.ebc.com.br/agenciabrasil/noticia/2012-03-05/rotatividade-de-trabalhadores-terceirizados-contribui-para-deficit-da-previdencia-diz-presidente-do-i>>. Acesso em: 28 ago. 2014.

10 “A dinâmica de discriminação e preconceito contra trabalhadores terceirizados - faceta da terceirização não indicada nas estatísticas, mas que é ‘bastante dolorida para quem vivencia em seu cotidiano’ - contribui para a segregação no espaço de trabalho, com a indicação dos terceiros como ‘trabalhadores/cidadãos de segunda classe’, sem ressonância, permeados de ausências e sombras.” (AMORIM, Helder Santos; DELGADO, Gabriela Neves. *Os limites constitucionais da terceirização*. São Paulo: LTr, 2014, p. 16).

11 DIEESE; CUT, *op. cit.*, p. 14.

Fundação Coge, em 2009 e 2010, o número de trabalhadores terceirizados que sofreram acidente de trabalho é quase o dobro daqueles que foram contratados diretamente.<sup>12</sup> A maior vulnerabilidade dos terceirizados do setor elétrico é inquestionável quando se leva em conta que, em 2009, foram registradas apenas 4 mortes de trabalhadores diretos contra 63 de terceirizados, bem como que, em 2010, ocorreram 7 mortes de trabalhadores próprios, contra 75 terceirizados.<sup>13</sup>

Talvez a sequela mais trágica da terceirização diga respeito à tendência inerente a este método de gestão de ultrapassar cada vez mais os limites da exploração do trabalho, levando-o a extremos nefastos. Neste sentido, estudos demonstram que **a terceirização tende a promover o trabalho análogo ao de escravo**, isto porque a “terceirização está vinculada às piores condições de trabalho (degradantes, exaustivas, humilhantes, etc.) apuradas em todo o país”.<sup>14</sup>

Em pesquisa realizada a partir dos dez maiores casos de resgates de trabalhadores em condições análogas à de escravos realizados pelos Auditores-Fiscais do Trabalho, nos anos de 2010 a 2013, constatou-se que dos 3.553 trabalhadores resgatados, 2.998 eram terceirizados. Isto significa que, nos últimos quatro anos, em média, **85% dos trabalhadores submetidos às condições análogas à de escravo eram terceirizados**.<sup>15</sup>

Além das repercussões sobre os trabalhadores durante a jornada de trabalho e por todo o pacto laboral, também na rescisão contratual o trabalhador terceirizado é mais prejudicado do que os demais. Isso porque é muito comum que as empresas prestadoras de serviços não quitem as verbas trabalhistas devidas ao final do contrato, não sendo possível sequer acioná-las na Justiça do Trabalho, uma vez que tendem a fechar as portas em um curto prazo, levando consigo os passivos trabalhistas e não deixando ativos passíveis à penhora.<sup>16</sup>

Não é por outro motivo que das 100 maiores devedoras da Justiça do Trabalho, inscritas no Banco Nacional de Devedores Trabalhistas (BNDT), 22 são empresas terceirizadas.<sup>17</sup> Melhor dizendo, somente entre as 10 maiores devedoras da Justiça do Trabalho, encontram-se 3 empresas prestadoras de serviços: SENA SEGURANÇA INTELIGENTE LTDA figura em **2º lugar**, a empresa ADSERVIS MULTIPERFIL LTDA está em **9º lugar** e a empresa ESTRELA AZUL SERVIÇOS DE VIGILÂNCIA E

12 Em 2009 foram 781 afastamentos por acidente de trabalhadores contratados diretamente, contra 1.361 terceirizados. Em 2010 ocorreram 741 afastamentos de trabalhadores próprios, contra 1.283 trabalhadores terceirizados. (DIEESE; CUT, *op. cit.*, p. 15).

13 DIEESE; CUT, *op. cit.*, p. 15.

14 FILGUEIRAS, Vitor Araújo. *Terceirização e trabalho análogo ao escravo: coincidência?* Disponível em: <[https://indicadoresdeemprego.files.wordpress.com/2013/12/tercerizac3a7c3a30-e-trabalho-anc3a1\\_logo-ao-escravo1 .pdf](https://indicadoresdeemprego.files.wordpress.com/2013/12/tercerizac3a7c3a30-e-trabalho-anc3a1_logo-ao-escravo1.pdf)>. Acesso em: 23 ago. 2014.

15 FILGUEIRAS, *op. cit.*

16 BIAVASCHI, Magda Biavaschi; BALTAR, Paulo Eduardo de A. *Relatório Científico Final da pesquisa A Terceirização e a Justiça do Trabalho*. Campinas/SP: Programa Cesit/IE, Fapesp, 2009, p. 308.

17 TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. *Empresas terceirizadas são 22 das 100 maiores devedoras da Justiça do Trabalho*. Disponível em: <[http://www.tst.jus.br/pmnoticias/-/asset\\_publisher/89Dk/content/id/5776831](http://www.tst.jus.br/pmnoticias/-/asset_publisher/89Dk/content/id/5776831)>. Acesso em: 28 ago. 2014.

SEGURANÇA LTDA na **10ª posição**.<sup>18</sup> Os dados são piores quando são incluídas as maiores empresas tomadoras de trabalho terceirizado, como BANCO DO BRASIL S.A. (6º), CAIXA ECONÔMICA FEDERAL (15º), PETROBRÁS (17º).

É possível observar o entrave causado pela terceirização indiscriminada à razoável duração do processo. Se se considerar o tempo médio de uma ação trabalhista em que o tomador dos serviços é condenado solidariamente em comparação às situações em que a condenação atingiu apenas a empresa terceirizada, verificar-se-á que no primeiro caso as ações restam encerradas em média **31 meses antes do segundo**.<sup>19</sup>

Grijalbo Fernandes Coutinho ressalta que, para ser contratada pela empresa tomadora de serviços, a empresa prestadora deve reduzir o custo ao máximo - normalmente, contrata-se a empresa terceirizada que cobra menos pelo serviço. “Desse modo, enquanto se une em oligopólios, a grande empresa externaliza a concorrência”. De outra parte, as pequenas empresas prestadoras de serviços chegam a não ter sequer empregados formais: “são familiares, de fundo de quintal”<sup>20</sup>, os proprietários acabam por explorar a si mesmos e às pessoas próximas em um ciclo de abuso que não conhece jornada fixa de trabalho, horário para refeições, afastamento em caso de doença, além de outros direitos básicos.

Não bastasse tudo isso, verifica-se também um incisivo prejuízo ao poder sindical dos trabalhadores. Isto porque o fenômeno da terceirização provoca a geração de um número de entidades de representação dos trabalhadores na mesma proporção dos cargos e funções terceirizadas a serviço da empresa. Apesar de prestarem serviços para uma mesma empresa, sob as mesmas condições de trabalho e no mesmo local de trabalho, trabalhadores que laboram lado a lado passam a estar representados por entidades sindicais diversas, de acordo com o serviço prestado pela empresa terceirizada. Relembre-se que, na sistemática constitucional brasileira, o enquadramento sindical se dá pela atividade preponderante da empresa empregadora, nos moldes do artigo 511 da CLT. Assim, os empregados contratados diretamente são representados por um sindicato – metalúrgicos ou bancários, por exemplo –, enquanto os empregados terceirizados são representados pela atividade preponderante da empresa terceirizada – dos empregados em prestadoras de serviços ou trabalhadores em montagens industriais, por exemplo –, fragmentando e dificultando o necessário e democrático direito ao exercício do contrapoder e inviabilizando, na prática, o direito de greve.

Esta segmentação horizontal dos trabalhadores representa enfraquecimento do poder de barganha de classe como um todo, pois, a partir de sucessivas terceirizações, cada fração encontra-se significativamente menor. A negociação coletiva torna-se mais difícil para os trabalhadores, que, frente ao poderio unificado do sindicato patronal, veem-se obrigados a negociar as condições de

18 As estatísticas do Banco Nacional de Devedores Trabalhistas (BNDT) estão disponíveis em: <<http://www.tst.jus.br/estatistica-do-cndt>>.

19 BIAVASCHI; BALTAR, *op. cit.*, p. 308.

20 COUTINHO, Grijalbo Fernandes. *Terceirização bancária no Brasil: direitos humanos violados pelo Banco Central*. São Paulo: LTr, 2011, p. 110.

trabalho de maneira desfavorável aos seus interesses. Como bem anotou Jorge Luiz Souto Maior, “o dinamismo da terceirização acaba provocando uma pulverização da classe trabalhadora, o que inibe a luta por melhores condições de trabalho, já que o pressuposto dessa luta é a união”.<sup>21</sup>

Como é possível observar, na contramão da modernização e do progresso, a terceirização, mesmo com os limites fixados pela Súmula nº 331, vem firmando um quadro anacrônico e de precarização das relações de trabalho no Brasil. Se adotada de forma ampla e irrestrita – sem limites à atividade-meio – como pretende o patronato, vislumbra-se, concretamente, aumento da concentração de renda e retrocesso social.

Apesar de colocar-se como uma técnica nova e modernizante, este instrumento de gestão empresarial apresenta pouco ou nada de moderno: a busca pela redução dos custos do trabalho com a mercantilização do trabalho humano é tão antiga quanto o próprio sistema de produção vigente. Boaventura Sousa Santos, destacando alguns axiomas fundamentais da modernidade que fundamentam os grandes problemas sociais vigentes, aponta que um deles é justamente a “hegemonia que a racionalidade científica veio a assumir” transformando “problemas éticos e políticos em problemas técnicos”. O outro seria “a crença no progresso entendido como um desenvolvimento infinito alimentado pelo crescimento econômico, pela ampliação das relações e pelo desenvolvimento tecnológico”<sup>22</sup>

O progresso está alinhado ao avanço ético, social, político e econômico da humanidade. Se uma técnica, por mais moderna que aparenta ser, leva ao empobrecimento, ao aumento de acidentes, a um quadro propício a fraudes, dificulta a organização coletiva dos trabalhadores e pode trazer prejuízos ao desenvolvimento econômico e social do país, como pode ser sinônimo de progresso e de modernidade? Somente se referir-se à visão do progresso nas lentes do anjo da História de Walter Benjamin, isto é, como promotor da destruição.<sup>23</sup>

A terceirização impõe condições de trabalho próprias da ordem liberal burguesa, desconstruindo, pois, as conquistas dos direitos sociais do último século. Além disso, se destituída dos parcos limites contidos na Súmula nº 331, seu potencial destrutivo restaria ampliado, com graves consequências para quem vive da venda da força do trabalho e para quem depende do dinamismo econômico para exercer sua atividade empresarial.

21 SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. *O direito do trabalho como instrumento de justiça social*. São Paulo: Ltr, 2000, p. 320.

22 Além desses dois axiomas, Boaventura de Sousa Santos, aponta, ainda, como causa dos problemas, “a legitimidade da propriedade privada independentemente da legitimidade do uso da propriedade. Este axioma gera ou promove uma postura psicológica e ética - o individualismo possessivo - que, articulada com a cultura consumista, induz o desvio das energias sociais da interação com pessoas humanas para a interação com objectos porque mais facilmente apropriáveis que as pessoas humanas”. E, ainda, “o axioma da soberania dos Estados e da obrigação política vertical dos cidadãos perante o Estado. Por via deste axioma, tanto a segurança internacional, como a segurança nacional adquirem ‘natural’ precedência sobre a democracia entre Estados e a democracia interna, respectivamente” (SANTOS, Boaventura de Sousa. *Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade*. 10. ed. São Paulo: Cortez, 2005, p. 321).

23 BENJAMIN, W. *Magia e técnica, arte e política: ensaios sobre literatura e história da cultura*. Tradução Sérgio Paulo Rouanet. 7. ed. São Paulo: Brasiliense, 1994.

### 2.3. O MITO DO COMBATE AO DESEMPREGO COM A TERCEIRIZAÇÃO

A terceirização é apontada, ainda, como uma solução para a questão do desemprego. Afirma-se que a disseminação da terceirização de forma irrestrita geraria mais postos de trabalho e maior dinamismo econômico. Entretanto, a hipótese de que a diminuição do valor da mão de obra estimularia as empresas a contratarem mais “nunca se confirmou, nem nos países que realizaram as reformas trabalhistas profundas, nem nos que resistiram a tais pregações doutrinárias”. Os recursos antes aplicados na folha de pagamento passaram a ser “incorporados diretamente às margens de lucro dos empregadores, não gerando nem novos empregos, nem redução significativa nos preços dos produtos”.<sup>24</sup> Estabelece-se pela terceirização uma transferência de renda da classe trabalhadora para a classe patronal no lugar de uma melhoria nas condições de vida dos trabalhadores.

Estima-se, inclusive, que **o trabalhador terceirizado trabalha 3 horas a mais, semanalmente, do que o trabalhador direto.**<sup>25</sup> O que indica que, ao contrário de aumentar os postos de trabalho, a terceirização reduz o número de empregos, na medida em que favorece jornadas mais longas de trabalho. Veja-se, por exemplo, o que ocorreu com o setor financeiro e bancário, onde 34 trabalhadores terceirizados (jornada semanal de 44 horas) cumprem conjuntamente 1496 horas semanais, enquanto 50 bancários contratados (jornada de 30 horas semanais) trabalham por 1500 horas semanais.<sup>26</sup> A conclusão é muito simples, nesse caso, 3 empregados terceirizados eliminam praticamente 5 postos de trabalho de bancários.

A terceirização vem sendo tratada pela Justiça do Trabalho brasileira com o cuidado de zelar pelos reflexos econômicos e sociais da questão. O entendimento expresso na Súmula nº 331 não está direcionado a restringir a livre iniciativa empresarial e, da mesma forma, não é responsável por diminuir a oferta de empregos, mas, ao contrário, confere minimamente empregos de qualidade, que permitem que o mercado de consumo se desenvolva de forma segura, criando, assim, as condições para que o próprio quadro econômico seja mais favorável à efetivação do princípio da livre iniciativa.

Diminuindo a proteção legal dos “empregos tradicionais” e regulamentando trabalhos mais precarizados com pouco ou nenhum ganho real, criando trabalhadores com “meios direitos”, a terceirização, a não ser quando realmente justificada, apenas aumenta os problemas sociais, o empobrecimento e os gastos públicos com a população de baixa renda. Assim, não é uma medida eficaz de combate ao desemprego, nem para tornar mais dignas as condições de trabalho hoje prestadas na informalidade.

Terceirizar não é sinônimo de aumentar postos de trabalho, mas é importante frisar que, mesmo que fosse, este instrumento de externalização das atividades empresariais deveria passar pela análise de sua admissibilidade dentro do sistema jurídico constitucional e juslaboral

24 RAMOS FILHO. Wilson. *Direito Capitalista do Trabalho: história, mitos e perspectivas no Brasil*. São Paulo: LTr, 2012, p. 313.

25 DIEESE; CUT, *op. cit.*, p. 7.

26 DIEESE; CUT, *op. cit.*, p. 39.

brasileiro, para além da análise dos prós e contras econômicos. O direito não deve amoldar-se ao econômico de forma a unguir, automaticamente, a verdade econômica como verdade jurídica. No Estado Democrático de Direito, o mundo jurídico se coloca como universo com peculiaridades e especificidades, como ressalta Leonardo Wandelli: “o direito, como uma instância social especial, diferenciada, recebe sim as demandas econômicas, políticas, culturais, mas as submete aos seus próprios critérios”.<sup>27</sup> E, no mesmo sentido, aponta Mauro Menezes: “o problema consiste em atrair para o plano do direito categorias que são próprias da economia, e portanto dissociadas de fontes de natureza ética e política que devem inspirar a reflexão jurídica. No mundo do direito, nem tudo que é conveniente deve prevalecer, ainda mais quando existam relações de poder condicionantes de tal noção de conveniência.”<sup>28</sup>

De toda a forma, a terceirização de atividades-fim não é viável nem econômica nem juridicamente. Se, do ponto de vista jurídico, violaria diretamente as bases do sistema juslaboral brasileiro mediante a afronta aos artigos 2º, 3º e 9º da CLT, do ponto de vista econômico, alimentaria um *círculo infernal*:<sup>29</sup> empobrecimento da população, precariedade das condições de trabalho e de vida, diminuição do consumo, arrefecimento da produtividade, menor crescimento da economia, mais desemprego e assim por diante.

### III. O DIREITO E A TERCEIRIZAÇÃO

#### 3.1. DA INTERPRETAÇÃO DO TST CONFORME A LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL

Este E. STF admitiu a repercussão geral no recurso extraordinário mediante votação no Plenário Virtual. O fundamento central adotado pelo Ministro Relator para, em sede de Juízo precário, admitir o recurso extraordinário foi de que a decisão recorrida poderia ter afrontado o princípio da legalidade – inciso II do artigo 5º da Constituição Federal.

Com devido respeito, espera-se a reforma da decisão, o que se mostra cabível diante da necessária reapreciação do juízo de admissibilidade do recurso extraordinário pelo Pleno deste E. Tribunal, especialmente, diante do conteúdo da Súmula nº 636 do STF.

Mostra-se simplório e desconectado da realidade o argumento esposado pelo recorrente de que o TST ao aplicar o conteúdo de sua Súmula nº 331 ao caso concreto o fez sem a existência de lei a embasar sua decisão. Ao contrário disso, a construção da Súmula nº 331 resultou de processo

27 WANDELLI, Leonardo Vieira. A Constituição e as “verdades econômicas”: qual o papel do operador do direito? *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região*, Curitiba, vol. 26, n. 2, p. 193-203, jul./dez. 2001.

28 MENEZES, Mauro de Azevedo. *Constituição e reforma trabalhista no Brasil: interpretação na perspectiva dos direitos fundamentais*. São Paulo: Editora LTr, 2003, p. 274.

29 “O aparente círculo virtuoso que levava do endividamento ao consumo e a partir deste à produção, que demandava mais crédito, havia cedido passagem ao *círculo infernal*: da escassez de crédito à abstinência do consumo que paralisou a produção; desta paralisação à inadimplência e ao endurecimento das condições para a concessão de novos créditos” (LORENTE, Michel Ángel e CAPELLA, Juan-Ramón. *El crack del año ocho: la crisis, el futuro*. Barcelona: Trotta, 2009, p. 85-90

hermenêutico da legislação infraconstitucional, em cotejo com regras e princípios constitucionais. Não se pode descurar que é a CLT quem estabelece os sujeitos da relação jurídica empregatícia, assim como é nela em que se positivou o princípio da primazia da realidade sobre a forma, expresso em seu artigo 9º.<sup>30</sup>

De outra parte, o conceito jurídico de atividade-meio e o reconhecimento da licitude da terceirização nessas circunstâncias restaram apropriados da legislação extravagante, notadamente das leis específicas que regem as modalidades de terceirização no país.

Disso deriva a necessidade de enfrentamento do debate travado nestes autos a partir da legislação infraconstitucional, o que por si, como mencionado, implicaria a inadmissibilidade do recurso extraordinário manejado pela descaracterização de violação do princípio da legalidade diante da interpretação pretoriana pautada na lei.

Não bastasse isso, a questão trazida nas razões recursais demanda necessária apreciação de provas fáticas, especialmente a fim de identificar a existência de fraude na utilização de intermediários para a contratação de mão de obra, acarretando, desse modo, aplicação das regras dos artigos 2º, 3º, 9º e 442, todos da CLT. Tal circunstância impede a admissão do recurso extraordinário, mormente com atribuição de repercussão geral.

Mostra-se necessário, portanto, que o Pleno deste E. Tribunal não admita o recurso extraordinário.

No que concerne ao mérito do recurso também não merecem prosperar as razões recursais, eis que não se vislumbra da decisão do TST afronta ao princípio da legalidade e à livre iniciativa. Como afirmado, a distinção entre atividade-fim e atividade-meio restou inserida na legislação infraconstitucional.

Em face do aprofundamento das políticas de mercantilização de mão de obra e da disseminação de contratos atípicos de trabalho, a Justiça do Trabalho, respondendo às demandas da conjuntura, passou por um complexo processo de adaptação hermenêutica. No que tange à terceirização, o Judiciário Trabalhista extraiu da lei a “divisa jurídica entre a legítima terceirização de atividade-meio e a intermediação fraudulenta de mão de obra, assim considerada a terceirização praticada na atividade fim da empresa”.<sup>31</sup>

Esta divisa foi traçada a partir da interpretação dos artigos 2º, 3º e 9º da CLT e, depois, das Leis nº 6.019 e nº 7.102 e, por fim, do Decreto-lei nº 200 e da Lei nº 8.666, todos dispositivos da lei ordinária. O TST, assim, no exercício das atribuições que lhe são inerentes, construiu, mediante a interpretação sistemática da legislação infraconstitucional em matéria trabalhista, o entendimento expresso na Súmula nº 331.

Dessa forma, a relação de trabalho, não sendo determinada pela declaração formal de vontade entre as partes, mas sim pelas condições fáticas da prestação do trabalho de maneira

30 Art. 9º - Serão nulos de pleno direito os atos praticados com o objetivo de desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação dos preceitos contidos na presente Consolidação.

31 AMORIM; DELGADO, *op. cit.*, p.8.

subordinada, pessoal, onerosa e não-eventual, passou a compor o elemento essencial de incidência do Direito do Trabalho. Sendo a subordinação uma das características indelévels da relação de emprego, o aparato jurídico trabalhista passa a garantir ao trabalhador subordinado direitos sociais, autonomizando-se cientificamente justamente sobre o alicerce do princípio da proteção – que busca compensar a inegável inferioridade econômica do trabalhador com a proteção jurídica a ele garantida – tal como difundido pela doutrina de Américo Plá Rodriguez.<sup>32</sup>

Os artigos 2º<sup>33</sup> e 3º<sup>34</sup> da CLT cuidaram de definir empregador e empregado, sujeitos da relação empregatícia. Em relação ao primeiro, destaca-se o poder diretivo que lhe foi atribuído a partir de sua própria definição, isto é, como aquele que contrata, assalaria e “**dirige a prestação pessoal de serviço**”. De outro lado, a CLT submete o empregado a esse poder de direção através da subordinação jurídica.

Esses conceitos são centrais para a distinção traçada entre atividade-meio e atividade-fim, eis que não se pode conceber que o trabalhador que desempenhe funções relacionadas à atividade-fim do empregador não esteja subordinado ao poder de direção do tomador de seu trabalho. Permitir isso seria refutar a definição legal de empregador. Mais do que isso. Representaria ignorar os efeitos da subordinação jurídica do empregado, admitindo que ele possa ser empregado de uma pessoa jurídica, mas subordinado a outra. Significaria chancelar a fraude.

Vale dizer, a questão ora colocada diz respeito à própria consolidação do Direito do Trabalho como ramo autônomo do Direito Civil, processo que se funda no deslocamento da figura clássica da locação de serviços, firmada na premissa liberal de plena autonomia da vontade das partes contratantes, para a figura do contrato de emprego, consolidado de forma coerente aos avanços históricos no âmbito jurídico.

O princípio da proteção coloca-se como norte de outros também inerentes ao Direito do Trabalho: da imperatividade das normas laborais, da irrenunciabilidade de direitos, da continuidade da relação de emprego e da primazia da realidade. Indicando como horizonte a garantia da continuidade e o sentido de permanência da relação de emprego, este conjunto principiológico acaba por enfatizar o objetivo de “máxima integração do trabalhador à vida da empresa”.<sup>35</sup>

Fundamentada nestes princípios, a jurisprudência trabalhista, assim como a doutrina juslaboral, desenvolveu incisivos argumentos e contundente raciocínio jurídico contra as fraudes nas relações de emprego pautando-se basilarmente no artigo 9º da CLT que disciplina serem “nulos de pleno direito os atos praticados com o objetivo de desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação dos preceitos” contidos no referido diploma legal.

32 RODRIGUEZ, Américo Plá. *Princípios de direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 1993.

33 Art. 2º - Considera-se empregador a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviço.

34 Art. 3º - Considera-se empregado toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário.

35 AMORIM; DELGADO, *op. cit.*, p.34.

Os mais diversos mecanismos fraudulentos, visando encobrir a relação de emprego, foram colocados perante o Judiciário Trabalhista ao longo de sua trajetória - tais como a utilização de contratos civis para mascarar relações de emprego, a intermediação de mão de obra através de cooperativas fraudulentas ou a “pejotização” de empregados. Desmascarar estas fraudes, reconhecendo os vínculos empregatícios, apresenta-se como uma de suas tarefas precípuas. Seguindo os preceitos fundantes do Direito do Trabalho no Brasil, os casos são analisados pelo Judiciário de forma profunda e cuidadosa, de forma a desvendar estratégias de gestão das empresas que servem apenas para burlar direitos trabalhistas. É neste sentido que não seria exorbitância afirmar que a abertura para que a terceirização aconteça inclusive em atividades-fim da empresa constituiria uma institucionalização da fraude - a permissão para que a relação de emprego contrarie todos os preceitos sobre os quais se alicerça o Direito do Trabalho nacional.

A preocupação em evidenciar o caráter empregatício das novas formas fraudulentas de contratação não se funda em qualquer anacronismo, mas, longe disso, baseia-se na necessidade de responder às modernas configurações das relações de trabalho sem abdicar dos princípios basilares juslaborais. Repousa nesse aspecto a distinção apropriada da legislação extravagante entre atividade-fim e atividade-meio.

A Lei nº 6.019/1974 apresentou-se como a primeira a acolher na legislação trabalhista do país um modelo diferente da relação bilateral tradicional de emprego. Disciplinando o regime de trabalho temporário urbano, permitiu a intermediação do trabalho para atender à necessidade transitória de substituição de pessoal ou ao aumento extraordinário de serviços. A lei estabelece também o direito de os empregados da empresa interposta à remuneração equivalente à recebida pelos da empresa tomadora - artigo 12, I. Quanto à responsabilidade patrimonial pelo recolhimento de contribuições previdenciárias, pelo pagamento de remuneração e pelas indenizações rescisórias, o artigo 16 estabelece que há solidariedade da empresa tomadora em caso de falência da empresa fornecedora.

A jurisprudência trabalhista, desde logo, multiplicou a atenção ao tratar de casos como este para que a figura jurídica criada para atender necessidades temporárias não viesse a ser usada para suprir demandas de trabalho ordinário.

Antes da Lei nº 6.109/1974, a CLT, em seu artigo 455, apenas previa a figura da subempreitada no setor da construção civil, garantindo ao empregado da subempreiteira segurança jurídica em relação aos créditos inadimplidos pelo empregador. Ressalte-se que esta figura já era uma prática corriqueira neste setor econômico, sendo que a norma jurídica trabalhista regulamentou as condições postas pelo cotidiano das relações de trabalho, de forma a adequar-se à realidade prévia e, concomitantemente, proteger o empregado.

Com a promulgação da Lei nº 7.102/1983, o processo de terceirização se disseminou de forma mais massiva. Afastando-se do modelo bilateral clássico, esta norma autorizou a terceirização por estabelecimentos financeiros - bancos oficiais ou privados, sociedades de crédito e associações de poupança - de serviços de vigilância patrimonial ostensiva e de transporte de valores.

Paralelamente à hipótese legal, a terceirização passou por um progressivo aumento na

medida em que o setor de serviços se incrementava no Brasil, já na década de 1980. Reagindo à prática ilegal, a jurisprudência sobre o assunto, ressaltava o caráter de excepcionalidade da medida, possível apenas nos casos expressos em lei.

Enquanto na iniciativa privada a jurisprudência não admitia este modelo de contratação - a não ser nas exceções legais expressas -, na Administração Pública esta prática já era uma realidade desde o **Decreto-Lei nº 200/1967 que previu a transferência de atividades meramente executivas** “da Administração Federal para a órbita privada, mediante contratos ou concessões”.

A noção incorporada pela jurisprudência trabalhista sobre atividade-fim e atividade-meio encontra-se atualmente bem delimitada sob a definição doutrinária de Mauricio Godinho Delgado, que garante segurança e previsibilidade em relação às hipóteses lícitas e ilícitas de terceirização:

*“Atividades-fim podem ser conceituadas como as funções e tarefas empresariais e laborais que se ajustam ao núcleo da dinâmica empresarial do tomador de serviços, compondo a essência dessa dinâmica e contribuindo inclusive para a definição de seu posicionamento e classificação no contexto empresarial e econômico. São, portanto, atividade nucleares e definitórias da essência da dinâmica empresarial do tomador dos serviços.*

*Por outro lado, atividades-meio são aquelas funções e tarefas empresariais e laborais que não se ajustam ao núcleo da dinâmica empresarial do tomador de serviços, nem compõem a essência dessa dinâmica ou contribuem para a definição de seu posicionamento no contexto empresarial e econômico mais amplo. São, portanto, atividades periféricas à essência da dinâmica empresarial do tomador de serviços.”<sup>36</sup>*

Segundo esta demarcação, as atividades-fim de uma empresa são aquelas funções e tarefas essenciais para a dinâmica empresarial do tomador de serviços, a ponto de definir a sua classificação no contexto empresarial e econômico. E atividades-meio, por sua vez, são as funções e tarefas que não compõem a essência da dinâmica empresarial ou contribuem para a definição da classificação da empresa tomadora de serviços, são as atividades periféricas.

Após vinte anos da edição da Súmula nº 331, o entendimento jurisprudencial acerca da terceirização do TST consolidou-se de tal modo, que a alteração dessas noções já tão sedimentadas na Justiça do Trabalho desafiaria toda a base argumentativa construída ao longo do período. A perspectiva teleológica adotada pela jurisprudência impõe um entendimento de que a empresa que terceiriza sua atividade-fim na verdade não adota o instituto da terceirização, tratando-se apenas de uma ficção, de uma fraude, o desvirtuamento da relação empregatícia direta, bilateral com a contratação de intermediária de mão de obra.

Permitir que a empresa esquive-se da responsabilidade de contratação de empregado para o exercício da finalidade para a qual ela foi criada - eximindo-se de manejar o fator de produção trabalho - é uma afronta ao princípio da ordem econômica. Ao possibilitar a intermediação para

36 DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 12. Ed. São Paulo: LTr, 2013. p. 452.

contratação de trabalhadores para as atividades-fim encontrar-se-ão empresas sem nenhum empregado - em ofensa ao princípio de integração do trabalhador na vida da empresa.<sup>37</sup>

Se o que justifica o contrato de emprego é a apropriação do resultado do trabalho do empregado mediante o pagamento de salário pelo empregador, a empresa prestadora de serviços, por não se apropriar do resultado do trabalho e nem assumir o risco da atividade econômica do tomador, tem em empregar trabalhadores um fim em si mesmo. A empresa tomadora, por sua vez, apropria-se do resultado do trabalho e na sua relação com o empregado estabelecem-se todos os requisitos para a configuração do vínculo empregatício e, apesar disso, não lhe são cobradas as responsabilidades inerentes ao contrato. Esgarçam-se, assim, os limites da mercantilização do trabalho humano. Ao arrepio da dignidade humana e da Declaração de Filadélfia, o trabalhador é reduzido à condição de uma simples mercadoria.

A principal justificativa para permitir a terceirização de atividade-meio, primeiramente, no âmbito da Administração Pública foi justamente a possibilidade desta exercer de forma mais eficiente a sua atividade-fim, desobrigando-se de tarefas meramente auxiliares, inclusive de forma a impedir o crescimento desmesurado da máquina administrativa. Justificativa encontrada na fonte material da Lei nº 7.102/1983, que permite a contratação de empresa especializada de vigilância e transporte de valores, logo, atividade-meio.

Tais fundamentos foram estendidos ao restante da iniciativa privada, com a Súmula nº 331, de forma a colaborar com o bom desenvolvimento das empresas, permitindo a contratação de serviços de apoio, para viabilizar que a empresa tomadora de serviços possa se dedicar apenas à sua atividade principal.

É nesta esteira hermenêutica que o TST vem construindo a integridade do seu pensamento jurisprudencial - arquitetado, ressalte-se, durante anos de reflexões e amadurecimento - expresso na Súmula nº 331 e que evidencia a terceirização em atividade-fim como um ato de fraude à lei. A fórmula jurisprudencial erigida confere segurança jurídica aos atores das relações trabalhistas, respeitando tanto o princípio da livre iniciativa quanto o do valor social do trabalho, de forma a reverenciar o princípio da legalidade.

Assim, a Súmula nº 331, de fato, em sua função pedagógica e disciplinadora de condutas sociais - como fonte do direito -, interpreta a Constituição e orienta a uma determinada aplicação do Direito, não de forma genérica e abstrata, **mas apenas naqueles casos em que as circunstâncias fáticas evidenciarem o desvirtuamento da proteção outorgada pelo Estado e a fraude aos direitos trabalhistas.**

É de grande relevância o papel que o Poder Judiciário Trabalhista vem empreendendo no tocante à terceirização por meio da distinção jurisprudencial estabelecida entre atividade-meio e atividade-fim das empresas tomadoras de serviços.

37 Estas e outras evidências da ilicitude que representa a terceirização de atividades-fim são explicitadas de forma fulgente pelo Ministro Marco Aurélio de Melo em Acórdão do Tribunal Superior do Trabalho no Processo RR 3442/84.

O argumento de que a terceirização ampla e irrestrita levaria apenas a uma readequação estrutural da cadeia produtiva, em que se assegurariam os direitos trabalhistas bem como a higidez física do trabalhador, é puramente falacioso. Tanto que a liberdade desenfreada do mercado mostrou-se historicamente danosa. O Estado de Bem-Estar Social impõe-se, pois, como paradigma, em detrimento do Estado liberal. Por esta razão, o posicionamento contrário ao expresso na Súmula nº 331 representaria um retrocesso social e um recuo no processo de consolidação dos direitos sociais no Brasil.

O quadro conjuntural que se estabelece ante a ponderada hermenêutica jurisprudencial do TST de forma alguma barra a terceirização, mas apenas atenta para que este instrumento seja utilizado de forma responsável, sem afronta aos direitos sociais dos trabalhadores.

### **3.2. O ESTADO CONSTITUCIONAL DE DIREITO E A DEFESA DA LEGISLAÇÃO SOCIAL: A ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO TRABALHISTA SEGUNDO A TUTELA DOS DIREITOS SOCIAIS**

O Estado Constitucional de Direito, conjugando o ideal democrático ao Estado de Direito e da Justiça Social, está centrado na teoria dos direitos fundamentais e no primado da dignidade humana. Trata-se da busca efetiva da concretização da igualdade através de intervenções que impliquem diretamente a alteração na situação da comunidade.

O conteúdo do Estado Democrático de Direito, conforme caudalosa jurisprudência deste mesmo STF, ultrapassa o aspecto material de concretização de uma vida digna ao ser humano e passa a agir simbolicamente como fomentador da participação pública no processo de construção e reconstrução de um projeto de sociedade, apropriando-se do caráter incerto da democracia para veicular uma perspectiva de futuro voltada à produção de uma nova sociedade, onde a questão da democracia contém e implica, necessariamente, a solução do problema das condições materiais de existência.<sup>38</sup>

A Constituição do Brasil concebe a dignidade humana e os direitos fundamentais como suportes axiológicos de todo o sistema jurídico nacional. Na ordem de 1988, esses valores passam a ser dotados de especial força expansiva, projetando-se por todo universo constitucional e servindo como critério interpretativo de todas as normas do ordenamento jurídico nacional.

A Constituição passa a ser, assim, não apenas um sistema em si – com a sua ordem, unidade e harmonia –, mas também um modo de olhar e interpretar todos os demais ramos do Direito. Este fenômeno, identificado por alguns autores como *filtragem constitucional*, reside em que toda a ordem jurídica deve ser lida e apreendida sob a lente da Constituição, de modo a realizar os valores nela consagrados. A constitucionalização do direito infraconstitucional não identifica apenas a inclusão na Lei Maior de normas próprias de outros domínios, mas, sobretudo, a reinterpretação

38 STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. *Ciência Política e Teoria do Estado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 97-108.

de seus institutos sob uma ótica constitucional.<sup>39</sup>

Como já teve oportunidade de observar Luís Roberto Barroso, o Constitucionalismo chega vitorioso ao início do terceiro milênio, consagrado pelas revoluções liberais e após haver disputado com inúmeras outras propostas alternativas de construção de uma sociedade justa e de um Estado Democrático. A razão do sucesso do constitucionalismo está em ter conseguido incluir no imaginário das pessoas: (i) *legitimidade* – soberania popular na formação da vontade nacional, por meio do poder constituinte; (ii) *limitação do poder* – repartição de competências, processos adequados de tomada de decisão, respeito aos direitos individuais, inclusive das minorias; (iii) *valores* – incorporação à Constituição material das conquistas sociais, políticas e éticas acumuladas no patrimônio da Humanidade.<sup>40</sup>

Entretanto, ainda citando referido autor, faz-se importante ressaltar – que apesar de o discurso acerca do Estado ter atravessado “ao longo do século XX, três fases distintas: a Pré-modernidade (ou Estado Liberal), a Modernidade (ou Estado Social) e a Pós-Modernidade (ou Estado Neoliberal)” – o “Brasil chega à Pós-Modernidade sem ter conseguido ser liberal nem moderno. Herdeiros de uma tradição autoritária e populista, elitizada e excludente, seletiva entre amigos e inimigos – e não entre certo e errado, justo ou injusto -, mansa com os ricos e dura com os pobres, chegamos ao Terceiro Milênio atrasados e com pressa”.<sup>41</sup>

A Pós-Modernidade, na porção em que apreendida pelo pensamento neoliberal, é descrente do Constitucionalismo em geral, e o vê como um entrave ao desmonte do Estado Social<sup>42</sup>. Entretanto, o Direito Constitucional brasileiro não pode ceder passagem a este projeto, sob pena de afrontar normas internas e externas que garantem o direito ao desenvolvimento, ao progresso, ao trabalho digno. O necessário Estado Democrático de Direito aponta, assim, para um resgate das promessas não cumpridas da modernidade.<sup>43</sup>

Neste sentido a Constituição é voltada à transformação da realidade brasileira. Portanto, a incorporação das conquistas históricas de direitos passa a ter efetividade, comprovado o caráter normativo da Constituição, estando o Judiciário encarregado de assegurar a constituição e a unidade do ordenamento jurídico.

Todo este aparato jurídico nacional e internacional sobre direitos sociais – considerando também o direito ao desenvolvimento e a vedação do retrocesso social – conferiu o suporte para que o TST, no exercício hermenêutico inerente à sua atividade, editasse a Súmula nº 331. Obstar o Judiciário Trabalhista de exercer sua atribuição – a jurisdição que lhe é imputada constitucionalmente

39 BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos Teóricos e Filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro: pós modernidade, teoria crítica e pós-positivismo. In: CUNHA, Sérgio Sérvulo da Cunha; GRAU, Eros Roberto (Org.). *Estudos de Direito Constitucional em homenagem a José Afonso da Silva*. São Paulo: Malheiros, 2003, pag. 56.

40 BARROSO, *op. cit.*, p. 30.

41 BARROSO, *op. cit.*, p. 26.

42 BARROSO, *op. cit.*, p. 31.

43 STRECK; MORAIS, *op. cit.*, p. 97-108.

– apresenta-se como uma medida que reduz à inutilidade este ramo do Judiciário.

O Plenário Virtual deste E. Tribunal Constitucional admitiu, por maioria, haver repercussão geral na matéria afeta à delimitação da terceirização de atividade-fim empresarial à luz da liberdade de contratação consagrada no artigo 5º, II, da Constituição Federal de 1988.

O debate, doravante, ganha contorno constitucional intimamente relacionado à concretização dos princípios da República Federativa do Brasil, de seus objetivos, e da tutela dos direitos fundamentais e suas garantias. Está, neste particular, relacionado à finalidade institucional e à função constitucional da Justiça do Trabalho, órgão competente a processar e julgar as demandas que decorrem das relações de trabalho, à luz da compreensão do disposto no artigo 114, I, da Constituição Federal.

A Justiça do Trabalho, institucionalizada no final da década de 1930, início da década de 1940, como responsável por dirimir os conflitos decorrentes das relações entre capital e trabalho, foi constitucionalizada como órgão do Poder Judiciário na Constituição de 1946 e desde então, acompanhando evolução doutrinária e jurisprudencial do Direito Constitucional brasileiro, dos Direitos Fundamentais e dos Direitos Humanos, respectivamente, nos âmbitos interno e internacional, os tem buscado concretizar naquilo que lhe comete, em particular, nos Direitos Sociais dos trabalhadores.

A Constituição Federal de 1988 é pródiga, como se sabe, na materialização desses direitos e de suas respectivas garantias. Os que a gestaram, durante a Constituinte, bem ou mal, com suas imperfeições e incorreções, fizeram clara e manifesta opção por uma Constituição - fruto das correlações de força existentes à época - que estivesse axiológica e umbilicalmente vinculada aos direitos fundamentais e as suas garantias, quer numa perspectiva subjetiva e de defesa, quer numa perspectiva objetiva e de concretização, fazendo destes o próprio fundamento e razão de ser da Constituição - *ex vi* dos artigos 5º, § 2º e 60, § 4º da Constituição Federal.

Partindo de tal premissa - das diretrizes e valores-norma, portanto, fixados pelo Constituinte - os Juízes do Trabalho primam por, nos seus julgamentos, salvaguardar os direitos sociais e os direitos fundamentais dos trabalhadores, consagrados implícita ou expressamente no Título II, Capítulo I, da Constituição Federal e outras normas de idêntica natureza - artigo 5º, § 2º, da Constituição Federal.

No caso particular da terceirização, que interessa ao E. STF, neste momento, não foi outra a postura do C. TST, ao editar a Súmula nº 331, e dos demais órgãos que compõem a Justiça do Trabalho, que no exercício concreto da jurisdição constitucional e infraconstitucional, pautaram-se pela efetivação e garantia da Lei Fundamental.

Fruto de tal pré-compreensão normativa e da compreensão histórica, econômica, social e política do fenômeno essencialmente neoliberal que surgiu no curso da década de 1990, e que deflagrou firmes ataques ao Direito do Trabalho, à Justiça do Trabalho e ao próprio Estado Social, os Juízes do Trabalho, nos casos concretos que lhes foram apresentados nada mais fizeram do que *concretizar* as normas fundamentais, erigidas como tais no ordenamento vigente.

A terceirização, materializada no cotidiano de empregados e empregadores, mostrou-se lesiva a dignidade da pessoa humana, contrária à valorização social do trabalho, apartada da

necessária promoção do pleno emprego, como objetivo de erradicação da miséria e da pobreza, vilipendiadora das liberdades individuais dos trabalhadores - quer no âmbito do direito de ir e vir - como nas hipóteses de trabalho análogos à condição de escravo - quer no âmbito do direito de se associar e reivindicar melhorias em suas condições de vida e trabalho. Também se vislumbra como devastadora do meio ambiente de trabalho sadio e sustentável e capaz de dificultar sobremaneira a materialização da tutela dos direitos dos trabalhadores.

Diante de quadro tão alarmante e da possibilidade real de sucumbência das conquistas sociais históricas que motivaram a fundação do Estado Democrático e Social de Direito no Brasil, também aplicando as normas de direito fundamental, foi que o TST editou a Súmula nº. 331.

Com o devido respeito a quem diverge, não há, no posicionamento do C. TST, violação à liberdade de contratação e à regra do artigo 5º, II, da Constituição Federal, antes ao contrário, há, no exercício de pré-compreensão fático-normativa, a partir do respeito ao princípio da unidade da Constituição e dos valores nela consagrados - que, consoante doutrina, sobrepuja a legalidade estrita, típica do regime liberal – a concretização dos direitos sociais, como fundamentais, oponíveis não só contra o Estado, mas contra terceiros, no caso, os empregadores.

Dito de outro modo, a Súmula, na condição de síntese do pensar daquele Tribunal, nada mais é do que a consolidação do propósito de concretizar materialmente os princípios consagrados nos artigos 1º, III e IV, da Lei Fundamental, em consonância com os objetivos da República Federativa do Brasil, esculpidos no artigo 3º da mesma Carta, e dotado da mesma força normativa, de eficácia vertical e horizontal plena, em respeito aos direitos e garantias fundamentais dos trabalhadores, consagrados não só no Direito ao Trabalho – artigo 6º –, mas também nos direitos subjetivos de liberdade (individuais e coletivos) e no direito ao desenvolvimento progressivo, enunciados no Título II da Constituição Federal.

E tal construção não se limita a uma suposta compreensão genérica e demasiado vaga de tais princípios, como sugerem alguns, antes ao contrário, deriva, nas palavras de Paulo Bonavides, do exercício de pré-compreensão de tais direitos fundamentais como normas de eficácia plena, e não meramente programáticas, e da concretização axiológica de suas garantias no mundo do trabalho, afirmando e reafirmando a necessária tutela do Estado, por meio da Justiça do Trabalho.<sup>44</sup>

E nesse exercício de respeito à **unidade constitucional**, a Justiça do Trabalho não ofende a liberdade de contratação, mas a compreende conjugada, no todo, com outros princípios e direitos fundamentais de igual hierarquia, como os preditos, sem, com isso esvaziá-la ou negar-lhe efetividade e eficácia.

A doutrina, no curso evolutivo da adoção dos métodos de interpretação e concretização

44 Segundo Paulo Bonavides, “os direitos fundamentais de primeira, segunda e terceira geração foram embrionados nos postulados de liberdade, igualdade e fraternidade do século XVIII, respectivamente; abstratos e universais, estes princípios gestaram uma gama de direitos que, em um processo cumulativo e qualitativo, vem ganhando universalidade material e concreta, de tal modo que “não se interpretam, *concretizam-se*”, colocando-se “num grau mais alto de juridicidade, concretude, positividade e eficácia.” (BONAVIDES, *op. cit.*, p. 586-587)

dos direitos fundamentais, não vacila, hodiernamente, ao dizer:

*“(...) A solução aventada por Klaus Stern reside em descobrir uma abalizada teoria dos direitos fundamentais, utilizando tanto os ‘novos’ como os ‘velhos’ métodos de interpretação e compreendendo a interpretação da Constituição como concretização já da Constituição mesma, já, sobretudo, dos direitos fundamentais, escorada nos princípios de interpretação constitucional, **entre os quais se insere aquele de mais subido grau, a saber, o princípio da unidade da Constituição; um princípio excludor de contradições.***

*É o princípio que, por excelência, preserva o espírito da Constituição. E, tratando-se de interpretar direitos fundamentais, avultam a sua autoridade e prestígio, na medida em que a natureza sistêmica, imanente ao mesmo, pode conduzir, entre distintas possibilidades interpretativas, à eleição daquela que realmente, estabelecendo uma determinada concordância fática, elimina contradições e afiança a unidade do sistema (...)”<sup>45</sup>*

O TST, ao editar a Súmula nº 331, compreende a liberdade de contratação de serviços à luz de todos os princípios anteriormente enunciados, reverenciando o princípio da unidade constitucional como ferramenta de solução de antinomias entre direitos fundamentais e, além disso, o faz à luz de princípio constitucional implícito que é o princípio protetivo dos direitos dos trabalhadores.

Na ordem econômica brasileira, à luz da regra do próprio artigo 170 da Constituição Federal, harmônica com as disposições dos artigos 1º, 3º, 5º e 7º, a proteção dos direitos e garantias dos trabalhadores é princípio que orienta a livre-iniciativa e o direito de contratar.

E a terceirização indiscriminada, porque desumaniza as relações subjetivas entre capital e trabalho, mostrou-se manifestamente ofensiva a tais normas.

A eficácia normativa dos direitos sociais e dos trabalhadores, como outros direitos de mesma natureza jurídica, não se dá unicamente numa esfera subjetiva, negativa e unilateral na relação indivíduo-Estado, transcende para uma dimensão mais ampla e expansiva para todas as esferas do Direito, atingindo o próprio direito privado.

Logo, “(...) os direitos fundamentais não só consistem em direitos de defesa contra o Estado, mas também constituem em sistema objetivo de valores que caracteriza a relação entre os cidadãos (...)”, de modo a conceder “proteção contra as violações dos particulares”, contexto em que se inserem, sem dúvidas, as relações entre empregados e empregadores<sup>46</sup>.

Ingo Wolfgang Sarlet, ao abordar a temática da eficácia dos direitos fundamentais dos trabalhadores, vai além, e não só afirma essa pluridimensionalidade da eficácia dos direitos sociais

45 BONAVIDES, *op. cit.*, p. 627.

46 SINGER, Reinhard. Direitos fundamentais no Direito do Trabalho. In: SARLET, Ingo Wolfgang; MELLO FILHO, Luiz Philippe Vieira de, FRAZÃO, Ana Oliveira (Coord.). *Diálogo entre o Direito do Trabalho e o Direito Constitucional: estudos em homenagem a Rosa Maria Weber*. São Paulo:Saraiva, 2014. p. 641-642.

em debate – negativa, positiva, formal e material –, como assevera o Poder-dever do Judiciário de aplicar de imediato as normas de direitos e garantias fundamentais, assegurando-lhes eficácia, inclusive nas hipóteses em que há inércia legislativa. Veja-se:

“(...) sustentou-se acertadamente que a norma contida no art. 5º, § 1º, da CF impõe aos órgãos estatais a tarefa de maximizar a eficácia dos direitos fundamentais. Parte da doutrina ainda foi bem além, **sustentando o ponto de vista segundo o qual a norma contida no art. 5º, § 1º, da CF estabelece a vinculação de todos os órgãos públicos e particulares aos direitos fundamentais, no sentido de que os primeiros estão obrigados a aplicá-los, e os particulares a cumpri-los, independentemente de qualquer ato legislativo ou administrativo.** Da mesma forma, **em face do dever de respeito e aplicação imediata dos direitos fundamentais em cada caso concreto, o Poder Judiciário encontra-se investido do poder-dever de aplicar imediatamente as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais, assegurando-lhes sua plena eficácia.**A falta de uma interposição legislativa não poderá, assim, constituir obstáculo incontornável à aplicação imediata pelos juízes e tribunais, na medida em que o Judiciário – por força do disposto no art. 5º, § 1º da CF -, não apenas se encontra na obrigação de assegurar a plena eficácia dos direitos fundamentais, mas também autorizado a remover eventual lacuna oriunda da falta de concretização (...).<sup>47</sup>

E dentro deste contexto, o TST apenas concretizou a eficácia horizontal da tutela dos direitos fundamentais – **que obriga os particulares a respeitá-los em suas relações intersubjetivas** – materialmente, na análise dos casos concretos, pertinentes aos efeitos da terceirização.

As decisões do C. TST, nesta seara, estão conforme a evolução jurisprudencial do próprio E. STF em matéria de tutela dos direitos sociais dos trabalhadores, como se infere, paradigmaticamente, do conteúdo dos julgados proferidos nos autos de Mandados de Injunção nºs. 943 e 712 e 708, em que, respectivamente, **houve concretização de direitos dessa natureza.**

Nas decisões proferidas nos Mandados de Injunção - que deram prosseguimento à evolução jurisprudencial do tribunal -, este E. STF não se limitou a declarar a mora decorrente da omissão inconstitucional do Poder Legislativo, mas assegurou, aos jurisdicionados, a efetivação e a eficácia dos direitos sociais ao aviso prévio proporcional e o direito de greve, respectivamente, concretizando-os por meio de entrega jurisdicional efetiva.

Há, pois, na jurisprudência dos tribunais superiores, clara e manifesta opção por uma materialização constitucional dos direitos fundamentais dos trabalhadores, como eco das decisões do Constituinte de positivá-los no ordenamento jurídico pátrio, conforme inúmeras vezes já decidiu esta mesma Suprema Corte.

O que dispõem os artigos 5º, 7º, 8º e 9º da Constituição Federal, iluminados pelos

47 SARLET, Ingo Wolfgang. Os direitos dos trabalhadores como direitos fundamentais na Constituição Federal brasileira de 1988. In: MELLO FILHO, FRAZÃO, *op. cit.*, p. 42-43.

princípios consagrados no artigo 1º e no artigo 170, da mesma Carta, **são os direitos e garantias talhados como mínimo necessário à salvaguarda do cidadão trabalhador e da classe trabalhadora**, consagrando, correspondentemente, deveres fundamentais para o Estado - que deve promovê-los nas mais variadas esferas - e para os terceiros partícipes das relações de trabalho, que são os empregadores.

Daniela Muradas Reis, ao tratar da proteção dos direitos dos trabalhadores na Declaração de Direitos do Homem, constrói a seguinte ilação:

*“(...) Como **pedra angular da vida econômica e social**, o trabalho mereceu importante referência e **proteção na Declaração de Direitos do Homem**.*

*Isso porque deflui da **dignidade da pessoa humana o princípio de garantias mínimas pertinentes ao trabalho**, que enuncia dever ser assegurado um **padrão de condições de trabalho, de caráter inderrogável, que permita a projeção social da pessoa humana segundo um patamar compatível com o da sua distinção (...)**”<sup>48</sup>*

Não é diversa a conclusão que se extrai do conteúdo das referidas normas constitucionais de direitos dos trabalhadores brasileiros, na medida em que, obviamente, também estão alicerçados na dignidade da pessoa humana, têm os mesmos propósitos de progressão social, sendo “pedra angular” da vida econômica e social nacional, positivando-se como **garantias mínimas no catálogo aberto dos direitos sociais e dos trabalhadores** – artigo 5º, § 2º e artigo 7º, *caput*, da Constituição Federal<sup>49</sup>.

Salvaguardá-los, portanto, significa a manutenção das fundações da construção do Estado Social e, por conseguinte, a razão de ser da Justiça do Trabalho, não se admitindo, assim, **retrocesso**. A garantia do não retrocesso, corriqueiramente concretizada pelo E. STF, reside **no dever de progressividade social**, oponível ao Estado e à própria sociedade.

Consoante Ingo Wolfgang Sarlet, o dever de progressividade alberga no plano jurídico constitucional brasileiro e no plano internacional da tutela dos direitos humanos, os direitos sociais e dos trabalhadores, eis que assim dispõe:

*“(...) considerando o dever de progressividade (no sentido da progressiva realização dos direitos sociais) imposto aos Estados por força especialmente do **Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais**, de há muito doutrina e jurisprudência apontam, sejam no plano do sistema internacional de proteção dos direitos humanos,*

48 REIS, Daniela Muradas. *O princípio da vedação do retrocesso no direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2010. p. 79.

49 Nesse sentido, a lição de SARLET, Ingo Wolfgang, *op. cit.*, p. 24: “(...) Em primeiro lugar, afirmar que são fundamentais todos os direitos como tais (como direitos fundamentais!) expressamente consagrados na Constituição não significa que não haja outros direitos fundamentais, até mesmo pelo fato de que deve se levar a sério a já referida cláusula de abertura contida no art. 5º, § 2º, da CF (e, para os direitos dos trabalhadores, a cláusula especial o art. 7º, *caput*, da CF) estabelecendo que, além dos direitos expressamente consagrados na Constituição, existem outros decorrentes do regime e dos princípios, além dos direitos tipificados nos tratados internacionais ratificados pelo Brasil. (...)”

*seja na esfera interna das diferentes ordens jurídico-constitucionais, da existência de um princípio de proibição da regressividade ou, como preferem outros, de proibição de retrocesso social.*

*Desde logo importa sublinhar que **a noção de uma proibição de retrocesso encontra-se relacionada ao princípio da segurança jurídica e dos seus respectivos desdobramentos (princípio da proteção da confiança e as garantias constitucionais do direito adquirido, do ato jurídico perfeito e da coisa julgada), considerando que tais institutos também objetivam a tutela dos direitos e bens de matriz constitucional em face de atos e/ou medidas de caráter retroativo ou que venham, de algum modo, afetar situações e posições jurídicas de modo a criar uma situação de desvantagem para o titular do direito, ainda que não necessariamente estejam em causa direitos adquiridos.***

*A proibição de retrocesso, nesse cenário, diz respeito mais especificamente a uma **garantia de proteção dos direitos fundamentais sociais e dos trabalhadores (e, a depender do caso, da própria dignidade da pessoa humana) contra a atuação do legislador, tanto no âmbito constitucional quanto-e de modo especial – infraconstitucional, quando em causa medidas legislativas que impliquem supressão ou restrição no plano das **garantias e dos níveis de tutela dos direitos já existentes, mas também proteção em face da atuação da administração pública (...)*****

**E a terceirização se traduz em retrocesso**, na medida em que tem afrontado a dignidade dos trabalhadores a ela submetidos, com proliferação de trabalho escravo e análogo à condição de escravo; com achatamento salarial; com precarização do ambiente de trabalho e da saúde laboral; com pulverização da capacidade fiscalizadora do Estado; com desemprego crescente; com aniquilação da liberdade sindical; enfim; tem violado de morte a igualdade e a própria liberdade, que só se concretizam, materialmente, com a dignidade.

Insista-se, mesmo diante da ação positiva da Justiça do Trabalho, que, **só nos casos em que há prova da antijuridicidade da conduta** dos que tentam esvaziar ou mesmo anular a tutela dos direitos sociais dos trabalhadores e a aplicação da legislação trabalhista, **a terceirização tem se mostrado fenômeno profícuo e hábil a inviabilizar a entrega jurisdicional efetiva**, ante a dificuldade que as subcontratações incessantes e fraudulentas criam em se fixar e atribuir à responsabilidade do real empregador e dos verdadeiros partícipes da fraude.

Vale dizer, caso se prefira o ideal liberal de valorização extrema da liberdade individual de contratação, em detrimento das liberdades e dos direitos de segunda e terceira dimensão em que estão inseridos os direitos dos trabalhadores, a perspectiva de porvir é catastrófica e poderá significar a falência da Justiça do Trabalho e até mesmo do Estado Social e Democrático de Direito.<sup>50</sup>

50 Cf. DA COSTA e SILVA, Gustavo Just. Citado por SARLET, Ingo Wolfgang Sarlet, *op. cit.* p. 59, para quem “(...) a dualidade entre direitos ‘individuais’ e ‘sociais’ nada tem a ver com a titularidade, remetendo, em verdade à vinculação de tais direitos a diferentes estágios de formação do *ethos* do Estado Constitucional’, no caso - tal como segue argumentando o autor - na circunstância de que os direitos individuais estão vinculados ao paradigma do Estado liberal e individualista, e não ao estado social, e cunho solidário (...)”

É, pois, preciso ponderar os direitos fundamentais em debate, de maneira a manter intacta a **unidade da Constituição**.

E na esfera infraconstitucional, a conclusão é a mesma. O TST, a partir da compreensão, conforme a Constituição, das regras legais do Direito do Trabalho e do Direito Civil age em respeito ao princípio da legalidade.

Assim como não há notícia de que o STF tenha inquinado como inconstitucionais as normas que limitam os negócios jurídicos no âmbito do Direito Civil, não parece haver fundamento válido para considerar “inconstitucionais” os limites impostos pelo TST àqueles que, segundo provas nos autos, tentaram fraudar direitos sociais em geral e o direito do trabalho em particular.

Ao se tratar do assunto da terceirização neste contexto de efetivação dos direitos fundamentais e de orientar a construção do país de forma a obedecer os princípios éticos e valores estabelecidos na Constituição, faz-se importante abordar o tema do direito humano ao desenvolvimento que além de fundamentar-se nos tratados de que o Brasil é signatário, tem seu suporte tanto no preâmbulo da nossa Carta, quanto no seu artigo terceiro e nas disposições da ordem econômica e social. Embora não se falando diretamente do desenvolvimento nestes textos, é possível extrair tal direito também do conjunto de dispositivos que prestigiam a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre-iniciativa, o pluralismo cultural e político, a busca de uma sociedade livre, justa e solidária, a erradicação da pobreza e a marginalização, a redução das desigualdades sociais e regionais, a promoção do bem de todos, sem qualquer discriminação ou preconceito, a autodeterminação dos povos, a igualdade entre os Estados, a cooperação entre os povos para o progresso da humanidade.

### 3.3. DO DIREITO INTERNACIONAL E ESTRANGEIRO

O Brasil é signatário de diversos tratados que abordam temas caros ao debate posto no feito. Comprometendo-se com estes relevantes instrumentos de consagração de direitos humanos, que adentram o sistema jurídico nacional com *status* supralegal, o país assumiu como horizonte ético-político-social-econômico a efetivação do direito ao trabalho digno. E, no tocante à especificidade do presente feito, é fundamental ressaltar que entendimento contrário ao expresso na Súmula nº 331 do TST, além de ser ilegal, estaria na contramão das orientações que o Brasil avocou como suas em âmbito internacional.

Ao estabelecer, em seu artigo 23 que *“toda pessoa, sem qualquer distinção, tem: direito ao trabalho; à livre escolha do trabalho; a proteção contra o desemprego; a igual remuneração por igual trabalho; o direito a uma remuneração equitativa e satisfatória, que lhe permita e à sua família uma existência conforme com a dignidade humana; o direito de fundar com outras pessoas sindicatos e de se filiar em sindicatos para a defesa de seus interesses”*, a **Declaração Universal do**

**Direitos Humanos**, de 1948, apontou a direção a ser seguida no sentido de garantir condições dignas nas relações de trabalho.

A **Declaração da Filadélfia**, por sua vez, relativa aos fins e objetivos da OIT, de 1944, arrola os princípios fundamentais do Direito Internacional do Trabalho afirmando, primeiramente, que “o trabalho não é uma mercadoria”, colocando como bússola para o progresso humano a desmercantilização do trabalho e a promoção do trabalho decente.

O conceito de trabalho digno – decente – firmou-se a partir do relatório anual do Diretor Geral da OIT apresentado na **Conferência Internacional do Trabalho**, em junho de 1999, denominado *Un travail décent*. Hoje este conceito abrange, entre outros elementos, *a ideia de emprego produtivo, com renda adequada, segurança no local de trabalho, proteção social, estabilidade familiar, redução da miséria, igualdade de oportunidades e de remuneração entre homens e mulheres, entre trabalho formal e informal, entre trabalho subordinado e autônomo e entre trabalho realizado no campo e na cidade, além de englobar o conceito de dignidade humana, inclusive no que toca ao reconhecimento do direito de expressão, de diálogo social e de desenvolvimento pessoal*. Enfim, o conceito de trabalho digno é a síntese de todos os direitos humanos fundamentais no mundo do trabalho.<sup>51</sup> Quando ora a questão da terceirização é enfrentada por esta Corte Suprema na ordem jurídica brasileira, faz-se imprescindível que considere a definição incontornável de trabalho decente – ressaltando que na edição da Súmula nº 331 foram considerados não só os dispositivos infraconstitucionais e constitucionais brasileiros, mas também essa acepção de trabalho digno expressa nos tratados internacionais.

No âmbito continental, sob o manto de fiscalização da Corte e da Comissão Interamericanas de Direitos Humanos, é de se referenciar o **Protocolo de San Salvador**, Pacto de San José da Costa Rica, que afiança a necessidade da efetivação plena do direito do trabalho. E, ainda, a **Carta Social das Américas**, de junho de 2012, que assevera a ligação indelével entre trabalho decente, prosperidade e desenvolvimento econômico e social.

Interessa ainda frisar que, para além da obrigação de promoção do trabalho decente, o Brasil deve zelar pela concretização do direito ao desenvolvimento, que, conforme estabelece a **Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento** – Resolução da ONU 41/128 de 1986 –, é um direito humano inalienável. Esta resolução rompeu com o antigo paradigma que via no desenvolvimento o elemento essencialmente econômico, passando a abranger outros aspectos, *“reclamando um maior fortalecimento na interrelação entre democracia, desenvolvimento e direitos humanos em todo o mundo”*<sup>52</sup>.

51 SCHMIDT, Martha Half eld Furtado de Mendonça. A Organização Internacional do Trabalho: uma agência das Nações Unidas para a efetividade dos direitos trabalhistas. In: SENA, Adriana Goulart de; DELGADO, Gabriela Neves; NUNES, Raquel Portugal (Org.). *Dignidade Humana e Inclusão Social: caminhos para a efetividade do Direito do Trabalho no Brasil*. São Paulo: LTr, 2010. p. 464-480.

52 TRINDADE. Antônio Augusto. A Proteção Internacional dos Direitos Humanos no Limiar do Novo Século e as Perspectivas Brasileiras. FONSECA JÚNIOR, Gelson (Org.). *Temas de Políticas Externa Brasileira II*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1994, p.172.

Em 19 de junho de 2009, a Conferência anual da OIT aprovou o **Pacto Mundial pelo Emprego**, que consistente em uma resposta urgente e ampla para enfrentar a crise econômica – em face do crescimento sem precedentes dos índices de desemprego global e altos níveis de pobreza –, com o intuito de verificar lacunas nas normas que estabelecem padrões mínimos para a erradicação do trabalho forçado<sup>53</sup>, precarizado e estabelecer um conjunto de regras para o trabalho decente e de proteção de direitos humanos.

Uma estimativa recente da OIT indica haver cerca de 21 milhões de pessoas sob o regime de trabalho forçado em todo o mundo.<sup>54</sup> A imensa maioria do trabalho forçado é encontrada no setor privado, advindo de complexos esquemas de terceirização e muitas vezes inserido em algum momento em grandes cadeias produtivas globais. Nestas condições a OIT estabeleceu a **Recomendação nº 198**, relativa à Relação de Trabalho com a finalidade de se reforçar os mecanismos protetores no âmbito das chamadas relações triangulares de trabalho, das subcontratações desmesuradas e da pulverização da cadeia produtiva, como forma de prevenção do trabalho forçado.

A Recomendação nº 198 considera que as leis e regulamentos, e suas interpretações, devam ser compatíveis com os objetivos do trabalho decente e, no item 4, delinea que as políticas nacionais devem ao menos incluir medidas para, entre outras questões, combater as relações de trabalho disfarçadas no contexto de, por exemplo, outras relações que possam incluir o uso de outras formas de acordos contratuais que escondam o verdadeiro status legal, notando que uma relação de trabalho disfarçado ocorre quando o empregador trata um indivíduo diferentemente de como trataria um empregado de maneira a esconder o verdadeiro status legal dele ou dela como um empregado, e estas situações podem surgir onde acordos contratuais possuem o efeito de privar trabalhadores de sua devida proteção. Em outras palavras, o texto da Recomendação nº 198 da OIT expressa exatamente a preocupação em combater o que a Súmula nº 331 também combate: fraudes a direitos trabalhistas através da intermediação de mão de obra que encobre a real condição de empregador e empregado, isentando o empregador de suas responsabilidades e empurrando a trabalhador a uma situação bastante distante da que disciplina os pactos internacionais sobre trabalho digno que o Brasil tomou para si como horizonte.

Ressalta-se que o panorama da legislação de alguns países vizinhos naquilo que se refere à intermediação de mão de obra assalariada e aos limites da responsabilidade da empresa dita tomadora ou principal, aponta para uma maior responsabilização desta, indicando que a conjuntura da questão no Brasil, quando comparada a outros países, não é “excessivamente protecionista” dos

53 As Convenções 29 (sobre o trabalho forçado e obrigatório) e 105 (sobre a abolição do trabalho forçado) já eram reconhecidas e ratificadas pela maioria dos países, mas elaboradas em contexto diferente do atual, de época anterior à globalização econômica pós-revolução tecnológica que alterou profundamente as relações de trabalho e o direito ao trabalho, propiciando novas formas de superexploração do trabalho.

54 BEGNAMI, Renato. A construção de um novo instrumento internacional contra escravidão e o tráfico de pessoas. *Repórter Brasil*, 25 fev. 2013. Disponível em: <<http://reporterbrasil.org.br/2013/02/a-construcao-de-um-novo-instrumento-internacional-contras-escravidao-e-o-trafico-de-pessoas/>>. Acesso em: 28 ago. 2014.

trabalhadores, como querem fazer crer alguns.

Na Argentina, por exemplo, como esclarece Ricardo D. Hierrezuelo, a modificação introduzida pela Lei nº 25.013 de 1998 transformou um sistema de responsabilidade trabalhista solidária que até então era de caráter objetivo, em um sistema de solidariedade de matiz subjetivo, na medida em que condicionou sua incidência ao não cumprimento dos requisitos que especifica. Sem embargo, como este mesmo autor esclarece, há quem entenda que as obrigações identificadas pela Lei seriam de resultado, e não de meio, ou seja: o só fato de não haver sido satisfeito o direito do trabalhador já bastaria para deflagrar a responsabilidade solidária de todos os envolvidos na intermediação de mão de obra assalariada.<sup>55</sup> Na realidade, segundo se infere da lição de Miguel Angel Maza, esta seria inclusive a posição da “quase totalidade” da jurisprudência daquele país.<sup>56</sup>

Por outro lado, não se detecta no sistema argentino a possibilidade ou a previsão de uma responsabilidade intermediária de cunho supletivo ou subsidiário, é dizer: a responsabilidade da empresa tomadora, neste contexto, seria desde logo solidária ou, então, inexistente.

A legislação uruguaia, por sua vez, passou, a partir da Lei 18.251 de janeiro de 2008, a um sistema de responsabilidade solidária ou subsidiária, dependendo do grau de diligência adotado pela empresa principal. Como bem esclarece Mario Garmendia Arigón, estabeleceu-se, a partir do ano 2008, um mecanismo de índole dual, em que “a responsabilidade da empresa usuária variará entre a subsidiariedade ou a solidariedade, dependendo de que aquela exerça ou não seu direito de ser informada pelo subcontratista, intermediário ou fornecedor de mão de obra. Se exerce esse direito, sua responsabilidade será subsidiária. Por outro lado, se omite exercê-lo, ou se o exerce defeituosamente, sua responsabilidade será solidária”.<sup>57</sup>

O sistema chileno é bastante similar ao atual sistema uruguaio – pós reforma operada no ano de 2008: a responsabilidade das empresas tomadoras envolvidas na intermediação do trabalho assalariado será solidária sempre e quando as mesmas não atentem para o dever legal de informação e retenção que explicitamente lhes atribui o legislador. Observado que seja tal dever, a responsabilidade trabalhista será de caráter subsidiário.<sup>58</sup>

Por fim, o ordenamento peruano – Lei nº 29.245, de junho de 2008 – ao contrário das anteriores, não condiciona a solidariedade a quaisquer outros requisitos que não a própria existência da intermediação, preconizando um sistema de caráter mais claro e direto e, por isso mesmo,

55 HIERREZZUELO, Ricardo D. La solidaridad en el derecho del trabajo: actualidad normativa y jurisprudencial. In: SAMUEL, Osvaldo Mario (Org.). *Temas claves de derecho del trabajo*. Córdoba: López-Moreno, 2007, p. 371-376.

56 MAZA, Miguel Angel. *Ley de contrato de trabajo comentada y anotada*. 3. ed. Buenos Aires: La Ley, 2009, p. 72.

57 Carga de la empresa usuaria que pretenda responder subsidiariamente en casos de subcontratación, intermediación o suministro de mano de obra. (ARIGÓN, Mario Garmendia. *Cuarenta estudios sobre la nueva legislación laboral uruguaya*. Montevideo: FCU, 2009, p. 120. Tradução livre).

58 Bem por isso que, como comentam Francisco Walker Errázuriz e Guillermo Pérez Vega, a atuação da empresa principal nesta matéria deve ser muito “estrita e rigorosa” de modo a evitar sua responsabilidade solidária diante dos eventuais descumprimentos da legislação trabalhista pelas empresas contratadas e/ou subcontratadas. (In: *Derecho del trabajo, relación del trabajo y externalización laboral en Chile a la luz de las orientaciones de la OIT*. Santiago: Ediciones Copygraph Ltda., 2009, p. 150.)

presumivelmente mais eficiente.<sup>59</sup>

Dessa forma, observa-se que os ordenamentos trabalhistas ora vigentes na Argentina, Chile, Peru e Uruguai orientam-se todos por um mesmo paradigma central: a empresa que permita a terceirização de sua mão de obra se torna natural e impreterivelmente responsável pelos direitos dos trabalhadores envolvidos em tal processo. E o nível dessa responsabilidade, conquanto sujeito a variações, será preferencialmente de caráter solidário, em ordem a estimular nos tomadores de serviços uma preocupação consistente com o fundamental aspecto humano de sua cadeia de produção, mercê do exercício perene e eficiente de um dever de assistência e vigilância, sob pena de, eventualmente, encontrarem-se na condição de únicos e principais devedores dos créditos laborais correspondentes.

Do acima exposto se pode inferir, como corolário, que a Súmula nº 331 do Tribunal Superior do Trabalho, ao estabelecer e apegar-se a uma dimensão meramente subsidiária de responsabilização da empresa principal, posiciona-se em um patamar de proteção inferior àquele que, nos países em comento, se veio de normativamente consagrar. Em outras palavras: apesar e a despeito das modulações ou retrocessos pontuais verificados nos ordenamentos comparados, os mesmos lograram e ainda logram concretizar um arcabouço de proteção aos direitos fundamentais do trabalhador mais sólido àquele que hoje se observa na realidade jurídica brasileira. Dessa forma, a afirmação de que a Súmula nº 331 fere a livre iniciativa e garante proteção demasiada aos trabalhadores é altamente falaciosa - o entendimento sumulado no Brasil apresenta-se num patamar de proteção menor que o dos países acima citados.

Frise-se que um dos maiores problemas da simples “revogação” da Súmula nº 331 é que, no Brasil, ao contrário de outros países, não há lei nacional que assegure: (i) isonomia entre o terceirizado e o diretamente contratado; e (ii) solidariedade entre a prestadora e a tomadora de serviços. Ressalta-se, por importante, que o PL nº 4.330/2004, que trata da matéria e que ora tramita no Congresso Nacional, prevê expressamente que não haverá a responsabilidade do tomador - colocando os trabalhadores terceirizados brasileiros em um nível de desproteção maior e mais precário que outras nações latino-americanas, podendo produzir efeitos desastrosos no país.

Verdadeiramente, o que o empresariado não conseguiu no Parlamento - aprovar o PL nº 4.330/2004 - pretende agora obter por intermédio deste E. Supremo Tribunal Federal.

#### IV. O MUNDO REAL E O DIREITO: POSSÍVEIS EFEITOS DA DECISÃO

Na Primeira República, o princípio da liberdade de trabalho era defendido pelos capitalistas

59 É oportuno registrar que a lei em questão sofreu algumas modulações interpretativas - discutíveis, aliás - por força do Decreto Legislativo 1038 e do Decreto Supremo 006-2008 de 12/09/2008. A este respeito: PUNTRIANO ROSAS, César. Subcontratación: apuntes conceptuales y balance legislativo. In: *Homenaje Aniversario de la SPDTSS*. Lima: SPDTSS, 2013, p. 187-205.

brasileiros como forma de impedir o Estado de elaborar leis de proteção aos trabalhadores e para alijar a atuação dos sindicatos na negociação coletiva. Predominava o ideário liberal na perspectiva da liberdade de contratação que ocasionava concentração de renda aos detentores dos meios de produção e miséria à classe trabalhadora.

Diante da gravidade do quadro verificado e fruto das crescentes conturbações sociais vieram as primeiras leis trabalhistas ainda na década de 1920. De forma esparsa e tímida, mas de modo mais vigoroso a partir da década seguinte, o Direito do Trabalho foi sendo gestado como modo de arrefecer os ânimos insurrecionais da classe trabalhadora à medida que confere contrapartidas pela prestação de trabalho. Dessa maneira, institui-se como estabilizador das relações de produção ao almejar a pacificação social.

A despeito de reconhecer a importância deste ramo do direito, a classe patronal historicamente resiste à maior regulação estatal. Não podem ser concebidas de outra forma suas tentativas de desregulamentar a terceirização no país, deixando o capital livre das amarras estatais para maior acumulação em detrimento do empobrecimento dos trabalhadores.

A defesa da terceirização ampla e irrestrita apresenta-se, comumente, acompanhada de argumentos de que é uma técnica que aumenta a oferta de empregos, gera crescimento econômico e, também, que técnicas similares foram adotadas em diversos países europeus tidos como paradigmas para o desenvolvimento brasileiro. Entretanto, ao contrário do que apregoado, pode-se observar que, na Europa, os países que implantaram massivamente as chamadas reformas flexibilizadoras de direitos trabalhistas **não tiveram como resultado a diminuição dos índices de desemprego. Ao contrário, essas medidas resultaram em problemas econômicos, podendo ser apontadas, inclusive, como causas da crise econômica atual, que teve seu epicentro nos países de capitalismo central.**

#### 4.1. A REMERCANTILIZAÇÃO DO TRABALHO NA EUROPA E SEUS EFEITOS DESASTROSOS: O QUE ESPERAR DAS MEDIDAS PRECARIZADORAS

Na Europa, as medidas flexibilizadoras, que ganharam expressividade já depois da crise do petróleo de 1973, deram-se com intensidades e maneiras diferentes a depender do local, mas, de forma geral, pode-se observar traços comuns no tocante a adoção de políticas flexibilizantes de direitos do trabalhadores, que desencadearam generalizada redução dos níveis salariais, aumento do desemprego e do trabalho informal, causando diminuição na capacidade de consumo, encolhimento do mercado, endividamento e crise.

As políticas adotadas pelos países para contornar o quadro crítico que se instalou a partir de 2008 foram, guardadas as especificidades de cada nação, de caráter intervencionista, evidenciando que esta agenda de reformas falhou nos objetivos a que se propôs e que, para evitar retrocessos sociais, são necessárias medidas que garantam aos trabalhadores segurança econômica e social em relação ao seu emprego.

Uma pequena explanação sobre os resultados de políticas que flexibilizaram a proteção ao trabalho em alguns países europeus faz-se pertinente a fim de elucidar a gravidade e seriedade

do tema ora posto perante este E. Tribunal.

Na Grã-Bretanha, por exemplo, pode-se ver uma grande ofensiva aos direitos sociais do trabalho nas duas últimas décadas do século XX e na primeira do século XXI. Mesmo adotando um sistema de regulação das relações de trabalho bastante diverso do brasileiro, pode ser tomada como caso elucidativo ao tratar dos efeitos desastrosos que as reformas trabalhistas que tornam mais precários os direitos dos trabalhadores e mais débeis os contratos de trabalho podem gerar.

Diversas reformas legislativas e políticas estatais na Grã-Bretanha incentivaram a adoção de regimes de trabalho precários. Criaram-se mecanismos para restringir garantias à manutenção dos empregos e estimular empregos em tempo parcial. Na final dos anos 1990, os indicadores sociais e econômicos apontaram uma queda, com aumento da pobreza, maior diferença entre salários dentro da mesma empresa, estabelecimento de contratos de trabalho diferenciados e ampliação da utilização de horas extraordinárias. Mesmo com a mudança no quadro político e de partidos no governo, as políticas que incentivavam empregos precários continuaram, suscitando uma redução generalizada da massa de salários que, aliada ao alto endividamento da população devido a mecanismos de crédito facilitado, geraram uma conjuntura propícia para o desencadeamento do colapso econômico de 2008.<sup>60</sup>

Na Alemanha, por sua vez, o sistema de proteção ao emprego foi sendo progressivamente agredido a partir dos anos de 1980, embora com consequências menos nocivas que as da Grã-Bretanha. O sistema germânico, organizado de forma a articular a fixação de um padrão de preservação dos direitos protetivos aos empregados e aos desempregados e técnicas de contratação coletiva que asseguram direitos de participação nos frutos da produção, também experimentou reformas precarizadoras - facilitou-se a utilização dos contratos por prazo determinado; as novas contratações não assegurariam a garantia no emprego; estabeleceu-se a possibilidade de contratação de empregados a tempo parcial sob o argumento de possibilitar o compartilhamento dos postos de trabalho para combater o desemprego; e ampliou-se o prazo de contratação dos trabalhadores temporários de três para seis meses.

Assim, sob a alegação de combate ao desemprego, reformas no padrão normativo de proteção foram introduzidas de modo a realizar uma distribuição de renda às avessas - diminuindo a renda dos trabalhadores e socializando os custos da produção empresarial com a população em geral.

Com a crise de 2008, o Estado alemão, contrariando as políticas adotadas até então, produziu um plano rígido de proteção aos postos de trabalho e atualmente assegura uma contrapartida assistencial que cobre um percentual do valor pago diretamente ao trabalhador em “desemprego parcial” e, para os empresários, instituíram-se algumas desonerações fiscais. De toda sorte, vislumbra-se na Alemanha a existência de discriminações decorrentes de “reformas trabalhistas” que são

60 LORENTE; CAPELLA, *op. cit.*

minoradas por intermédio de subsídios governamentais.<sup>61</sup>

A precarização discriminatória também se fez presente através de diversas medidas em países como França e Itália. Guardadas as peculiaridades de cada país, pode-se observar que, de forma geral, adoção de contratos precários, sem a proteção garantida às relações tradicionais de emprego é uma das mais comuns medidas que, seguindo o receituário neoliberal, foram adotadas sobre a justificativa de criar empregos e, na verdade, acabaram por ter efeitos nulos ou negativos. Essas medidas perpetuam os ciclos de redução dos salários, minorando os indicadores sociais e gerando concentração de renda, com estagnação econômica, a partir da redução da capacidade de consumo interno, aumento da inadimplência junto aos bancos.<sup>62</sup>

O caso da Espanha, para encerrar o rol exemplificativo, é emblemático: o *Estatuto de los Trabajadores*, de 1980, sofreu 52 reformas trabalhistas em trinta e dois anos de vigência, muitas delas sob o pretexto de criar empregos e ampliar a competitividade dos produtos espanhóis. Dentre elas, destacam-se medidas permitindo uma gama ampliada de contratos precários e legalizando as empresas de trabalho temporário e, ainda, a redução do arcabouço normativo mínimo incidente sobre as relações de trabalho subordinado pela transferência de algumas competências da lei para os contratos coletivos de trabalho. A introdução dessa flexibilidade na contratação e na prestação de trabalho subordinado, contudo, não atendeu às expectativas geradas pelos argumentos dos que a defendiam, pois a taxa de desemprego na Espanha se manteve a maior entre todos os países centrais.<sup>63</sup>

Nas experiências vivenciadas em diversos Estados europeus assiste-se ao processo de redução da massa salarial que acarreta diminuição no consumo da população que vive do trabalho assalariado, gerando crise no comércio que demanda menos produtos da indústria, causando novas despedidas e ampliando o desemprego. As consequências da opção pelas políticas neoliberais tiveram reflexos devastadores sobre os postos de trabalho na atual crise capitalista.

As reformas trabalhistas referidas acima indicam medidas que têm o mesmo caráter da terceirização: precarizante, de dualização do mercado laboral e de criação indiscriminada de empregos com mais insegurança social e econômica. Atentar para as desastrosas consequências da adoção dessas reformas nos diversos países em que aconteceram é uma precaução imprescindível no momento em que se encontra hoje a nação brasileira - diante do julgamento de uma questão que interfere de forma incontornável nos rumos econômicos e sociais do país.

A terceirização, não é demais afirmar, por legalizar a redução dos salários e por facilitar a dualidade salarial acarreta uma maior estagnação econômica, menos vendas no comércio, menor produção na indústria e mais desemprego - em um ciclo de perpetuação de problemas econômicos

61 RAMOS FILHO, Wilson. As reformas neoliberais no Direito do Trabalho europeu e algumas propostas para debelar seus efeitos desastrosos. In:; GOSDAL, Thereza Christina; WANDELLI, Leonardo Vieira (Orgs.). *Trabalho e direito: estudos contra a discriminação e o patriarcalismo*. Bauru: Canal 6, 2013, p. 301-338.

62 ZOBBERMAN, Yves. *Une histoire du chômage*. Paris: Editions Perrin, 2011.

63 RAMOS FILHO, *op. cit.*, 2013.

e sociais.

No início de 2009, a retomada da intervenção estatal por parte dos mais diversos países da Europa, com a injeção de bilhões de dólares em empresas financeiras ameaçadas de bancarrota a juros subsidiados ou mediante estatizações totais ou parciais, demonstrou que a hipótese da *mão invisível* do mercado mostra-se inconsistente.<sup>64</sup> A tese de que o mercado e a livre iniciativa regulam por si as relações de emprego - uma das responsáveis pelo desmonte do Estado de Bem-Estar Social nos países europeus - não deve ser imprudentemente admitida por este Supremo Tribunal Federal, vez que já derrotada pela história.

Sem eufemismos: o que os setores empresariais pretendem, com o afastamento dos limites impostos pela Súmula nº 331, é muito semelhante ao praticado por diversos países europeus na última década, ou seja, uma remercantilização da mão-de-obra, diminuindo as tutelas jurídico-políticas incidentes sobre as relações de emprego, bilaterais por definição, para permitir a terceirização desabrida do trabalho humano.

#### 4.2. PROGNÓSTICOS DA TERCERIZAÇÃO AMPLA E IRRESTRITA: RETROCESSO SOCIAL E AMEAÇA À EXISTÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO

Os dados apresentados no tópico que trata do diagnóstico da terceirização no Brasil conseguem representar a magnitude das repercussões negativas do atual estado de coisas relacionadas à adoção desta técnica, a despeito de todos os esforços desempenhados pela Justiça do Trabalho. Por esta razão, a hipotética conjuntura de que a terceirização não mais passe pelo crivo do Judiciário trabalhista, como esposado nesta lide, apenas pode significar o agravamento das condições de trabalho e de vida dos trabalhadores brasileiros.

Assim, em um contexto em que não houvesse restrição à forma terceirizada de contratar – podendo ela ser adotada por qualquer ramo econômico e em qualquer atividade empresarial – seriam observadas **consequências negativas na esfera econômica**. Isto decorre, conforme exposto, da precarização das condições de vida e de trabalho dos operários que significará redução da remuneração e, por conseguinte, a constrição do consumo e a retração da economia brasileira, que é notadamente apoiada neste mercado consumidor.

Além disso, a terceirização afeta negativamente o mercado de trabalho, uma vez que tende a reduzir os postos de trabalhos, na medida em que os trabalhadores terceirizados laboram mais horas do que o trabalhador direto, substituindo-os por um contingente menor, conforme já exemplificado pelo setor financeiro e bancário.

Além das repercussões de ordem econômica, a terceirização irrestrita e generalizada importará também em **profundas e irreversíveis sequelas sociais**, como tendência à redução dos

64 RAMOS FILHO, Wilson. Crise Capitalista e direitos sociais: o processo político eleitoral em Weimar e a ascensão do nazismo. *Revista Fórum Trabalhista - RFT*, v. 1, 2013, p. 129-151.

salários, aumento da rotatividade da mão-de-obra, crescimento dos acidentes e mortes decorrentes do trabalho, elevação dos casos de trabalho análogo à condição de escravo, maior discriminação aos terceirizados, entre outros. Isto tudo em um cenário desfavorável à mobilização dos trabalhadores, que, sem um poder sindical representativo, ficam inertes à inexorável tendência de precarização das condições de trabalho e de vida.

Por todas essas razões, a terceirização de forma irrestrita e incontrolada, como pugnada, representaria um verdadeiro retrocesso social, uma vez que caminhará na contramão da atual tendência de progresso dos principais indicadores sociais, como o aumento do poder de compra do salário mínimo<sup>65</sup>, a crescente erradicação da pobreza,<sup>66</sup> a redução da desigualdade social,<sup>67</sup> a redução da taxa de mortalidade infantil<sup>68</sup> e do trabalho infantil,<sup>69</sup> entre muitos outros exemplos ligados diretamente à dignidade humana e ao reconhecimento do valor do trabalho.

Como é notório, estas conquistas sociais foram resultado de um longo e histórico processo de lutas no seio da democracia brasileira, que, a cada dia, vem consolidando os direitos sociais garantidos pela Constituição de 1988. Não por outro motivo, a condescendência com a generalização dos trabalhadores terceirizados representará um incisivo sintoma de esfacelamento do Estado Social brasileiro que vêm sendo construído nas últimas décadas.

Mais do que isso, a liberalização geral da terceirização, nos termos propostos nesta lide, colocaria em xeque o próprio Direito do Trabalho. Isto porque o ordenamento juslaboral, afastando-se e destacando-se do Direito Civil que preza pela autonomia da vontade das partes contratantes, garante aos trabalhadores, sob o manto do princípio da proteção, a efetivação dos direitos sociais, sendo norma de ordem pública e de caráter irrenunciável. Em um contexto de flagrante precarização das condições de trabalho e de vida do trabalhador, qual seria a razão ontológica do Direito do Trabalho?

Com efeito, é sinceramente duvidosa a existência de uma tutela jurídica dos direitos sociais quando o ordenamento jurídico permite justamente, na prática, a violação e o desrespeito desenfreados a estes direitos tão caros ao nosso Estado, nossa história e nossa sociedade. Por esta razão, a terceirização não só levaria ao esvaziamento das instituições justralhistas, mas também

65 O poder de compra do salário mínimo passou de US\$116,08, em janeiro de 2001, para US\$ 317,50, em janeiro de 2014. (IPEA. *Salário mínimo: paridade do poder de compra (PPC)*. Disponível em: <<http://www.ipeadata.gov.br/>>. Acesso em: 29 ago. 2014).

66 Estima-se que a população extremamente pobre (isto é, com renda domiciliar *per capita* de até R\$ 70,00) diminuiu de 14,42% da população, em 2000, para 9,35%, em 2010 (IPEA. *Políticas sociais: acompanhamento e análise*. Brasília: Ipea, 2013, p. 50).

67 O coeficiente de Gini, índice que mede a desigualdade social, passou de 0,59, em 2001, para 0,53 em 2012. (IPEA. *Índice de Gini-ed 2013*. Disponível em: <<http://www.ipeadata.gov.br/>>. Acesso em: 29 ago. 2014).

68 A taxa de mortalidade infantil passou de 29,02%, no ano de 2000, para 15,02%, em 2013. (IPEA. *Taxa de mortalidade infantil*. Disponível em: <<http://www.ipeadata.gov.br/>>. Acesso em: 29 ago. 2014).

69 Verifica-se uma redução do trabalho infantil (crianças de 5 a 9 anos) de 1,7% em 2005 para 0,6% em 2011. (IPEA. *Políticas sociais: acompanhamento e análise*. Brasília: Ipea, 2013, 68).

a crise existencial da própria Justiça do Trabalho, jurisdição republicana responsável pela efetivação dos direitos sociais assegurados pela Constituição.

Justamente que direitos sociais (neles inclusos os direitos trabalhistas) estariam assegurados em uma conjuntura que permite a terceirização de forma irrestrita e generalizada, e, em consequência, o agravamento das condições de vida e trabalho dos cidadãos? A matéria posta apresenta-se como uma das questões mais sérias no tocante ao mundo do trabalho até hoje já discutidas neste Plenário e as consequências da decisão serão sentidas por todos os trabalhadores brasileiros.

O reconhecimento da repercussão geral nos presentes autos não se limita à discussão da legalidade, ou não, da Súmula nº 331 do C. TST, tampouco se prende ao debate a respeito da liberdade de iniciativa, ou não, na adoção da terceirização. A questão jurídica em tela é muito mais ampla e complexa e terá repercussões profundas e irreversíveis na sociedade brasileira.

Está colocado em pauta o Estado brasileiro como Estado Social, assegurador de direitos e garantias sociais aos seus cidadãos, que torna concretos os fundamentos de dignidade da pessoa humana e do valor social do trabalho, e, que ultrapassa a velha concepção de um poder público que não vai além da mera abstenção e que assegura apenas liberdades negativas, sem qualquer preocupação efetiva com os mais importantes elementos de uma sociedade: os seus cidadãos.

Não apenas isso, a presente lide também questiona a forma de desenvolvimento econômico a ser perseguido. Buscar-se-á um verdadeiro progresso ético, social, político e econômico do país, com um compromisso com o bem-estar dos seus cidadãos, ou se perseguirá apenas o maior crescimento econômico desconectado da realidade social? A terceirização ampla e irrestrita impõe condições de trabalho próprias do Estado liberal, que preza pela liberdade individual em detrimento da dignidade e do valor social do trabalho, desconstruindo, pois, as conquistas dos direitos sociais do último século.

É preciso, entretanto, refletir sobre o papel que o país pretende cumprir nesta economia global. A defesa irrefletida da terceirização irrestrita não respeita o patamar mínimo civilizatório, tornando a conjuntura propícia para a disseminação de condições de trabalho extremamente precárias. Como é de conhecimento geral, países como China, Indonésia e Bangladesh, para citar alguns exemplos, são reconhecidamente preferências de empresas que buscam força de trabalho a custos baixos e são também notáveis pelas péssimas condições a que são submetidos os trabalhadores, o que, além de ser um problema em si, causa diversos outros problemas sociais nos países.

O futuro de eventual adoção de uma forma ilimitada de terceirização no Brasil reflete-se no trágico transcurso das reformas trabalhistas verificadas na Europa, que, como vimos, significaram um verdadeiro retrocesso social, marcada notadamente pela precarização salarial, dualização do mercado de trabalho e pela criação de empregos precários, sem segurança econômica ou social.

Outro prenúncio do fatal destino brasileiro é assinalado pela história recente do México, que, em 2012, regulamentou em lei a terceirização, possibilitando terceirizar atividades-fim e eximindo de responsabilidade os tomadores de serviços, nos moldes esposados por esta ação. Pois bem, já se verifica, neste curto período de tempo, uma precarização na qualidade dos postos de trabalhos e -

ao contrário do que propunham os seus defensores - um aumento da taxa de desemprego naquele país.<sup>70</sup>

A terceirização irrestrita e generalizada, sem as limitações historicamente construídas pela Justiça do Trabalho, significará, como apontam os dados apurados, severos impactos econômicos, e, mais tragicamente, incisivas sequelas sociais que agravarão as condições de trabalho e de vida dos trabalhadores brasileiros. Estas mudanças representarão um retrocesso social, indo contra ao Estado Social brasileiro que vem conquistando e consolidando importantes direitos sociais. Não apenas isso, a terceirização nos termos esposados nesta lide questiona a existência do Direito do Trabalho e da Justiça do Trabalho, como instituições republicanas que prezam pelos direitos sociais.

Não é por outro motivo que os setores comprometidos com os direitos sociais e com o Estado do Bem-Estar social opuseram-se frontalmente ao Projeto de Lei nº 4.330/2004 em tramitação no Congresso Nacional. Com a forte resistência apresentada no Poder Legislativo os defensores da terceirização irrestrita e desmedida direcionam sua atenção a este E. Tribunal, com a perspectiva de obter êxito no intento há muito perseguido e que por enquanto tem fracassado quando submetido às regras do jogo democrático.

Face o exposto, se admitido o recurso extraordinário, o que realmente não se espera, no mérito, requer-se seja negado provimento.

## V. REQUERIMENTOS FINAIS

Diante de todo o exposto, requer:

Seja admitida a intervenção do requerente, na condição de *AMICUS CURIAE*, deferindo-se o ingresso na lide, concedendo-se, inclusive, a faculdade de sustentar oralmente na sessão de julgamento do recurso extraordinário;

Com as contribuições apresentadas, propugna-se pela **não admissão do recurso extraordinário** interposto pelo recorrente e, se admitido o recurso, **requer seja negado provimento.**

Pede deferimento.

Curitiba, 18 de setembro de 2014.

(assinaturas)

70 REPORTER BRASIL. *No México, sindicatos denunciam impactos da regulamentação da terceirização*. Disponível em: <<http://reporterbrasil.org.br/2013/09/no-mexico-sindicatos-denunciam-impactos-da-regulamentacao-da-terceirizacao/>>. Acesso em: 02 set. 2014.

**RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. POSSIBILIDADE DE TERCEIRIZAÇÃO E SUA ILÍCITUDE. CONTROVÉRSIA SOBRE A LIBERDADE DE TERCEIRIZAÇÃO. FIXAÇÃO DE PARÂMETROS PARA A IDENTIFICAÇÃO DO QUE REPRESENTA ATIVIDADE-FIM. POSSIBILIDADE. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA.**

**Decisão:** O Tribunal, por maioria, reputou constitucional a questão, vencidos os Ministros Rosa Weber, Ricardo Lewandowski e Teori Zavascki. Não se manifestaram os Ministros Joaquim Barbosa e Cármen Lúcia. O Tribunal, por maioria, reconheceu a existência de repercussão geral da questão constitucional suscitada, vencidos os Ministros Rosa Weber, Ricardo Lewandowski e Teori Zavascki. Não se manifestaram os Ministros Joaquim Barbosa e Cármen Lúcia.

Ministro LUIZ FUX

### **REPERCUSSÃO GERAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO**

**713.211 MINAS GERAIS**

#### **MANIFESTAÇÃO DE REPERCUSSÃO GERAL**

RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. POSSIBILIDADE DE TERCEIRIZAÇÃO E SUA ILÍCITUDE. CONTROVÉRSIA SOBRE A LIBERDADE DE TERCEIRIZAÇÃO. FIXAÇÃO DE PARÂMETROS PARA A IDENTIFICAÇÃO DO QUE REPRESENTA ATIVIDADE-FIM. POSSIBILIDADE.

1. A proibição genérica de terceirização calcada em interpretação jurisprudencial do que seria atividade- fim pode interferir no direito fundamental de livre iniciativa, criando, em possível ofensa direta ao art. 5º, inciso II, da CRFB, obrigação não fundada em lei capaz de esvaziar a liberdade do empreendedor de organizar sua atividade empresarial de forma lícita e da maneira que entenda ser mais eficiente.
2. A liberdade de contratar prevista no art. 5º, II, da CF é conciliável com a terceirização dos serviços para o atingimento do exercício-fim da empresa.
3. O thema decidendum, in casu, cinge-se à delimitação das hipóteses de terceirização de mão-de-obra diante do que se compreende por atividade-fim, matéria de índole constitucional, sob a ótica da liberdade de contratar, nos termos do art. 5º, inciso II, da CRFB.
4. Patente, assim, a repercussão geral do tema, diante da existência de milhares de contratos de terceirização de mão-de-obra em que subsistem dúvidas quanto

à sua legalidade, o que poderia ensejar condenações expressivas por danos morais coletivos semelhantes àquela verificada nestes autos.

5. Diante do exposto, manifesto-me pela existência de Repercussão Geral do tema, ex vi art. 543, CPC.

## **REPERCUSSÃO GERAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO**

### **713.211 MINAS GERAIS**

#### **PRINCÍPIO DA LEGALIDADE – ARTIGO**

#### **104 DO CÓDIGO CIVIL – AFASTAMENTO NA ORIGEM – RECURSO EXTRAORDINÁRIO – REPERCUSSÃO GERAL CONFIGURADA.**

#### **REPERCUSSÃO GERAL – INSERÇÃO NO PLENÁRIO VIRTUAL – PROCESSO – PEÇAS – DISPONIBILIZAÇÃO.**

1. O Gabinete prestou as seguintes informações:

Eis a síntese do que discutido no Recurso Extraordinário com Agravo nº 713.211/MG, da relatoria do ministro Luiz Fux, inserido no sistema eletrônico da repercussão geral em 25 de abril de 2014.

A 8ª Turma do Tribunal Superior do Trabalho – TST desproveu o agravo de instrumento interposto por Celulose Nipo-Brasileira S.A. Inicialmente, afastou as questões preliminares atinentes à incompetência da Justiça do Trabalho, à ilegitimidade ativa e passiva e à nulidade por cerceamento do direito de defesa e pela não integração de litisconsorte passivo necessário ao processo. Asseverou não ter sido a causa dirimida sob o ângulo dos artigos 104, 421 e 422 do Código Civil e 5º, incisos II, XXXVI e XXXVIII, da Constituição Federal, apontando o óbice do Verbete nº 297 da própria Súmula.

Destacou que eventual ofensa ao mencionado inciso II, se houvesse, seria reflexa ou indireta. Consignou encontrar-se a decisão do Tribunal Regional do Trabalho de origem em consonância com o Verbete nº 331, item IV, da respectiva Súmula, no que revela mostrar-se ser o tomador do serviço subsidiariamente responsável pelas obrigações trabalhistas, com o objetivo de evitar que o empregado acabe prejudicado em razão da inadimplência da empresa prestadora de serviço. Frisou haver o Regional concluído pela ilicitude da terceirização, em virtude da transferência fraudulenta e ilegal de parte da atividade-fim da empresa, com nítido propósito de reduzir custos de produção, bem como da existência de pleno controle daquela sobre as terceirizadas e os respectivos empregados. Assentou que os verbetes constantes de súmula representam a síntese da atuação dos tribunais no campo da interpretação da lei e da Carta da República, tendo editado o referido enunciado a partir da competência constitucional e legal a si atribuída para uniformizar julgados.

Os embargos de declaração foram acolhidos, apenas para prestar esclarecimentos, sem atribuição de efeito modificativo.

No extraordinário, protocolado com alegada base no artigo 102, inciso III, a recorrente argui desrespeito aos artigos 2º, 5º, incisos II, XXXVI, LIV e LV, e 97 do Diploma Maior. Explicita ter sido condenada a abster-se de contratar terceiros para a prestação de serviços relacionados à atividade-fim que desenvolve, sem que houvesse fundamento em lei. Conforme sustenta, a contratação de terceirizados é um negócio jurídico válido nos termos do artigo 104 do Código Civil. Ressalta que o Verbete nº 331 da Súmula do Tribunal Superior do Trabalho estabeleceu as situações lícitas e ilícitas de terceirização sem base legal e com respaldo em premissas genéricas, levando em conta se a transferência realizada ao terceiro alcança atividade-meio ou atividade-fim da sociedade empresarial. Aduz ser a diferenciação incompatível com os processos produtivos modernos. Consoante assevera, a terceirização é um fenômeno econômico que não pode ficar limitado a atividades acessórias, refletindo tendência contemporânea de especialização dos serviços visando maior produtividade. Alega que o acórdão recorrido implicou violação ao artigo 97 da Carta de 1988 e ao Verbete Vinculante nº 10, ao negar eficácia ao artigo 5º, inciso II, do Diploma Maior e ao citado artigo 104 do Código Civil. Diz da ofensa ao princípio da separação dos Poderes, porquanto o Tribunal Superior do Trabalho não possui competência para editar atos normativos primários.

Sob o ângulo da repercussão geral, afirma que a matéria versada no recurso ultrapassa os limites subjetivos da lide e é relevante do ponto de vista econômico, político, social e jurídico. Sublinha estar em discussão, no recurso, ofensa a princípios constitucionais e esclarece que o tema da terceirização foi objeto da primeira audiência pública ocorrida no Tribunal Superior do Trabalho bem como da Ação Direta de Constitucionalidade nº 16, cujo julgamento conduziu à alteração da redação do mencionado Verbete nº 331.

Nas contrarrazões, o Ministério Público do Trabalho argui a impossibilidade de conhecimento do recurso ante a ausência de impugnação dos fundamentos do acórdão, a inexistência de repercussão geral, a falta de prequestionamento e a inviabilidade de exame de matéria infraconstitucional e fático-probatória. No mérito, salienta o acerto do ato atacado.

O extraordinário não foi admitido na origem. Consignou-se a ausência de ofensa direta ao Diploma Maior. Seguiu-se a interposição de agravo, no qual se defendeu a admissibilidade do extraordinário e reiteraram-se os argumentos veiculados no recurso. Na contraminuta, anotou-se a subsistência da decisão.

Inicialmente, o ministro Luiz Fux desproveu o agravo, por entender que não teria havido o prequestionamento concernente aos dispositivos constitucionais tidos por violados e que seria necessário o reexame de matéria fática e legal. A Primeira Turma negou provimento ao agravo regimental protocolado. Embargos de declaração foram providos para determinar-se o processamento do recurso extraordinário, com a submissão ao “Plenário Virtual”.

Eis o pronunciamento do relator:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. POSSIBILIDADE DE TERCEIRIZAÇÃO E SUA ILÍCITUDE. CONTROVÉRSIA SOBRE A LIBERDADE DE TERCEIRIZAÇÃO. FIXAÇÃO DE PARÂMETROS PARA A IDENTIFICAÇÃO DO QUE REPRESENTA ATIVIDADE-FIM. POSSIBILIDADE.

1. A proibição genérica de terceirização calcada em interpretação jurisprudencial do que seria atividade-fim pode interferir no direito fundamental de livre iniciativa, criando, em possível ofensa direta ao art. 5º, inciso II, da CRFB, obrigação não fundada em lei capaz de esvaziar a liberdade do empreendedor de organizar sua atividade empresarial de forma lícita e da maneira que entenda ser mais eficiente.
2. A liberdade de contratar prevista no art. 5º, II, da CF é conciliável com a terceirização dos serviços para o atingimento do exercício-fim da empresa.
3. O *thema decidendum, in casu*, cinge-se à delimitação das hipóteses de terceirização de mão-de-obra diante do que se compreende por atividade-fim, matéria de índole constitucional, sob a ótica da liberdade de contratar, nos termos do art. 5º, inciso II, da CRFB.
4. Patente, assim, a repercussão geral do tema, diante da existência de milhares de contratos de terceirização de mão-de-obra em que subsistem dúvidas quanto à sua legalidade, o que poderia ensejar condenações expressivas por danos morais coletivos semelhantes àquela verificada nestes autos.
5. Diante do exposto, manifesto-me pela existência de Repercussão Geral do tema, *ex vi* art. 543, CPC.

2. A inserção do processo no denominado Plenário Virtual pressupõe a liberação das peças que o compõem, viabilizando, com isso, o exame da controvérsia.

No mais, a situação concreta mostra-se passível de repetir-se em inúmeros processos. O princípio da legalidade é medula do Estado Democrático de Direito, cabendo ao Supremo preservá-lo. Para tanto, há de distinguir pronunciamentos judiciais no que colocada em segundo plano norma expressa sobre a possibilidade de ter-se, mediante contrato, o surgimento de relação jurídica.

3. Admito configurada a repercussão geral.
4. À Assessoria, para acompanhar a tramitação própria ao incidente.
5. Publiquem.

Brasília – residência –, 11 de maio de 2014, às 13h05.

Ministro MARCO AURÉLIO

## RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO 713.211 MINAS GERAIS

**RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. TERCEIRIZAÇÃO ILÍCITA. AUSÊNCIA DE EFETIVO DEBATE PELO TRIBUNAL A QUO. FALTA DO NECESSÁRIO PREQUESTIONAMENTO. SÚMULAS 282 E 356 DO STF. INTERPRETAÇÃO DE MATÉRIA INFRACONSTITUCIONAL E DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO CARREADO AOS AUTOS. IMPOSSIBILIDADE. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 279/STF**

1. A repercussão geral pressupõe recurso admissível sob o crivo dos demais requisitos constitucionais e processuais de admissibilidade (art. 323 do RISTF). Consectariamente, se o recurso é inadmissível por outro motivo, não há como se pretender seja reconhecida “a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso” (art. 102, III, § 3º, da CF).

2. Os requisitos de admissibilidade consistentes na regularidade formal, no prequestionamento e na ofensa direta à Constituição Federal, quando ausentes, conduzem à inadmissão do recurso interposto.

3. No caso *sub examine*, verifica-se a ausência de debate, na instância recorrida, sobre os dispositivos constitucionais aos quais se alega violações no recurso extraordinário, o que atrai a incidência da Súmula 282 do STF.

4. A violação reflexa e oblíqua da Constituição Federal decorrente da necessidade de análise de malferimento de dispositivo infraconstitucional torna inadmissível o recurso extraordinário. Precedentes: RE 596.682, Rel. Min. Carlos Britto, Dje de 21/10/10, e o AI 808.361, Rel. Min. Marco Aurélio, Dje de 08/09/10.

5. A Súmula 279/STF dispõe: “*Para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário.*”

6. É que o recurso extraordinário não se presta ao exame de questões que demandam revolvimento do contexto fático-probatório dos autos, adstringindo-se à análise da violação direta da ordem constitucional.

7. Os princípios da legalidade, do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório, da motivação das decisões judiciais, dos limites da coisa julgada e da prestação jurisdicional, quando dependente do reexame prévio de normas infraconstitucionais, revelam ofensa

indireta ou reflexa à Constituição Federal, o que, por si só, não desafia a instância extraordinária. Precedentes: AI n. 804.854- AgR, 1ª Turma, Rel. Min. Cármen Lúcia, DJe de 24/11/2010 e AI 756.336-AgR, 2ª Turma, Rel. Min. Ellen Gracie, DJe de 22/10/2010.

**8.** *In casu*, o acórdão recorrido assentou: “AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA.

**1.** *PRELIMINAR DE INCOMPETÊNCIA DA VARA DO TRABALHO DE BELO HORIZONTE.*

*A matéria relativa à fixação da competência territorial em sede de ação civil pública já não comporta discussão nesta Corte, em face do entendimento consubstanciado na OJ nº 130 da SBDI-2. Agravo de instrumento não provido.*

**2.** *PRELIMINAR DE NULIDADE POR CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA.* *Concluiu o Regional que a prova produzida continha elementos fáticos e técnico-científicos suficientes para formação do convencimento do julgador, sendo desnecessária e dispendiosa a inspeção judicial requerida. Por tais motivos, os arestos trazidos a cotejo são inespecíficos, pois discutem a necessidade de juntada de documentos para contrapor aditamento feito em razões finais e a nulidade surgida em face da ausência de oitiva das partes. Óbice da Súmula 296, I, do TST. Agravo de instrumento não provido.*

**3.** *ILEGITIMIDADE ATIVA AD CAUSAM.* *A presente ação civil pública propõe-se à defesa de típicos interesses coletivos, tais como, a terceirização ilícita, a tutela da segurança do meio ambiente do trabalho e a proibição de atitudes antissindiciais pela ré. Portanto, o direito é transindividual, de natureza indivisível, relativo aos integrantes de uma categoria ou grupo de pessoas ligadas entre si, ou seja, refere-se a interesses coletivos de natureza trabalhista. Assim, conforme dispõe o artigo 83, III, da Lei Complementar nº 75/93, compete ao Ministério Público do Trabalho, junto aos órgãos da Justiça do Trabalho, promover a ação civil pública no âmbito da Justiça do Trabalho, para a defesa de interesses coletivos, quando desrespeitados os direitos sociais constitucionalmente garantidos. Agravo de instrumento não provido.*

**4.** *ILEGITIMIDADE PASSIVA AD CAUSAM.* *A legitimidade para a causa, segundo a teoria da asserção adotada pelo ordenamento jurídico brasileiro para a verificação das condições da ação, é aferida conforme as afirmações feitas pelo autor na inicial. No caso, depreende-se do acórdão que a ré foi indicada pelo autor para figurar no polo passivo da ação, em razão de ser considerada devedora do crédito pleiteado*

*nestes autos, do que resulta sua legitimidade passiva ad causam. Agravo de instrumento não provido. 5. NULIDADE. LITISCONSÓRCIO PASSIVO NECESSÁRIO. Na hipótese em análise, conforme decidido pelo Regional, o provimento jurisdicional não ensejaria decisão uniforme para a ré e para as empresas terceirizadas, uma vez que se postula tutela inibitória em desfavor somente da Cenibra. A natureza jurídica da relação deduzida em juízo não é indivisível, pois a condenação não imporá obrigação àquelas empresas que não estão presentes no processo. Saliente-se, ainda, que inexistente lei em sentido contrário, obrigando todas a compor o polo passivo da demanda. Agravo de instrumento não provido. 6. DANO MORAL COLETIVO. TERCEIRIZAÇÃO. A questão não foi dirimida sob a ótica dos artigos 104, 421 e 422 do Código Civil e 5º, XXXVI e XXXVIII, da Constituição Federal. Óbice da Súmula 297 do TST. A alegação de afronta ao art. 5º, II, da Carta Magna não impulsiona o recurso, por tratar este dispositivo de princípio genérico. Quanto ao valor do dano moral coletivo, apesar de elevado, o recurso não alcança conhecimento porque a divergência trazida à colação não trata da situação específica dos autos, sendo inespecífica a teor da Súmula 296 do TST. Quanto à terceirização, a decisão recorrida está em consonância com a iterativa, notória e atual jurisprudência deste Tribunal Superior, sedimentada na Súmula nº 331, IV, do TST. Agravo de instrumento conhecido e não provido.”*

#### **9. NEGO SEGUIMENTO** ao agravo.

**DECISÃO:** Cuida-se de agravo nos próprios autos interposto por CELULOSE NIPO BRASILEIRAS S.A. - CENIBRA com fundamento no art. 544 do Código de Processo Civil, objetivando a reforma da decisão de que inadmitiu seu recurso extraordinário manejado com arrimo na alínea “a” do permissivo Constitucional contra acórdão prolatado pelo Tribunal Superior do Trabalho, assim ementado (fls. 837-839):

“AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA. 1. PRELIMINAR DE INCOMPETÊNCIA DA VARA DO TRABALHO DE BELO HORIZONTE. A matéria relativa à fixação da competência territorial em sede de ação civil pública já não comporta discussão nesta Corte, em face do entendimento consubstanciado na OJ nº 130 da SBDI-2. Agravo de instrumento não provido.

2. PRELIMINAR DE NULIDADE POR CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA. Concluiu o Regional que a prova produzida continha elementos fáticos e técnico-científicos suficientes para formação do convencimento do julgador, sendo desnecessária e dispendiosa a inspeção judicial requerida. Por tais motivos, os arestos trazidos a cotejo são inespecíficos, pois discutem a necessidade de juntada de documentos para contrapor aditamento feito em razões finais e a nulidade surgida em face da ausência de oitiva das partes. Óbice da Súmula 296, I, do TST. Agravo de instrumento não provido. 3. ILEGITIMIDADE ATIVA AD CAUSAM. A presente ação civil pública propõe-se à defesa de típicos interesses coletivos, tais como, a terceirização ilícita, a tutela da segurança do meio ambiente do trabalho e a proibição de atitudes antissindicais pela ré. Portanto, o direito é transindividual, de natureza indivisível, relativo aos integrantes de uma categoria ou grupo de pessoas ligadas entre si, ou seja, refere-se a interesses coletivos de natureza trabalhista. Assim, conforme dispõe o artigo 83, III, da Lei Complementar nº 75/93, compete ao Ministério Público do Trabalho, junto aos órgãos da Justiça do Trabalho, promover a ação civil pública no âmbito da Justiça do Trabalho, para a defesa de interesses coletivos, quando desrespeitados os direitos sociais constitucionalmente garantidos. Agravo de instrumento não provido. 4. ILEGITIMIDADE PASSIVA AD CAUSAM. A legitimidade para a causa, segundo a teoria da asserção adotada pelo ordenamento jurídico brasileiro para a verificação das condições da ação, é aferida conforme as afirmações feitas pelo autor na inicial. No caso, depreende-se do acórdão que a ré foi indicada pelo autor para figurar no polo passivo da ação, em razão de ser considerada devedora do crédito pleiteado nestes autos, do que resulta sua legitimidade passiva ad causam. Agravo de instrumento não provido. 5. NULIDADE. LITISCONSÓRCIO PASSIVO NECESSÁRIO. Na hipótese em análise, conforme decidido pelo Regional, o provimento jurisdicional não ensejaria decisão uniforme para a ré e para as empresas terceirizadas, uma vez que se postula tutela inibitória em desfavor somente da Cenibra. A natureza jurídica da relação deduzida em juízo não é indivisível, pois a condenação não imporá obrigação àquelas empresas que não estão presentes no processo. Saliente-se, ainda, que inexistente lei em sentido contrário, obrigando todas a compor o polo passivo da demanda. Agravo de instrumento não provido. 6. DANO MORAL COLETIVO. TERCEIRIZAÇÃO. A questão não foi

dirimida sob a ótica dos artigos 104, 421 e 422 do Código Civil e

5º, XXXVI e XXXVIII, da Constituição Federal. Óbice da Súmula

297 do TST. A alegação de afronta ao art. 5º, II, da Carta Magna não impulsiona o recurso, por tratar este dispositivo de princípio genérico. Quanto ao valor do dano moral coletivo, apesar de elevado, o recurso não alcança conhecimento porque a divergência trazida à colação não trata da situação específica dos autos, sendo inespecífica a teor da Súmula 296 do TST. Quanto à terceirização, a decisão recorrida está em consonância com a iterativa, notória e atual jurisprudência deste Tribunal Superior, sedimentada na Súmula nº 331, IV, do TST. Agravo de instrumento conhecido e não provido.”

Os embargos de declaração opostos foram acolhidos para prestar esclarecimentos.

Nas razões do apelo extremo, sustenta a preliminar de repercussão geral e, no mérito, aponta violação aos artigos 5º, II, LIV e V, e 97 da Constituição Federal.

O Tribunal *a quo* negou seguimento ao recurso extraordinário por não vislumbrar ofensa direta à Constituição Federal.

O Ministério Público Federal, instado a opinar, manifestou-se por meio do parecer acostado às fls. 1129-1133, subscrito pelo ilustre Subprocurador-Geral da República, Dr. PAULO DE TARSO BRAZ LUCAS, pelo desprovimento do recurso.

É o relatório. **DECIDO.**

*Ab initio*, a repercussão geral pressupõe recurso admissível sob o crivo dos demais requisitos constitucionais e processuais de admissibilidade (art. 323 do RISTF). Consectariamente, se o recurso é inadmissível por outro motivo, não há como se pretender seja reconhecida “a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso” (art. 102, III, § 3º, da CF).

A irresignação não prospera.

Verifica-se, na espécie, que os artigos da Constituição Federal que a ora agravante considera violados não foram debatidos no acórdão recorrido.

A interposição do recurso extraordinário impõe que os dispositivos constitucionais tidos por violados como meio de se aferir a admissão da impugnação tenham sido debatidos no acórdão recorrido, sob pena de padecer o recurso da imposição jurisprudencial do prequestionamento.

Ora, a exigência do prequestionamento não é mero rigorismo formal que pode ser afastado pelo julgador a qualquer pretexto. Ele consubstancia a necessidade de obediência aos limites impostos ao julgamento das questões submetidas a este Supremo Tribunal Federal, cuja competência fora outorgada pela Constituição Federal, em seu art. 102. Nesse dispositivo não há previsão de apreciação originária por este Pretório Excelso de questões como as que ora se apresentam. A competência para a apreciação originária de pleitos no C. STF está exaustivamente arrolada no antecitado dispositivo constitucional, não podendo sofrer ampliação na via do recurso extraordinário.

*In casu*, dessume-se dos autos que o agravante furtou-se em prequestionar, nas instâncias ordinárias, os dispositivos constitucionais apontados como violados nas razões do apelo extremo, atraindo, inarredavelmente, o óbice da ausência de prequestionamento, requisito essencial à admissão do mesmo.

Deveras, a simples oposição dos embargos de declaração, sem o efetivo debate, no Tribunal de origem, acerca da matéria versada pelos dispositivos constitucionais apontados como violados, não supre a falta do requisito do prequestionamento, viabilizador da abertura da instância extraordinária. Incidência do óbice erigido pelo enunciado da Súmula 282/STF, de seguinte teor: “*É inadmissível o recurso extraordinário, quando não ventilada na decisão recorrida, a questão federal suscitada*”.

Demais disso, a controvérsia foi decidida à luz de interpretação de normas infraconstitucionais. A violação constitucional dependente da análise de malferimento de dispositivos infraconstitucionais encerra violação reflexa e oblíqua, tornando inadmissível o recurso extraordinário. Nesse sentido: RE 596.682, Rel. Min. Carlos Britto, Dje de 21/10/10, e AI 808.361, Rel. Min. Marco Aurélio, Dje de 08/09/10, entre outros.

Cumpre assinalar por oportuno que a solução da presente controvérsia passa inevitavelmente pelo incursionamento no acervo fático-probatório constante dos autos.

Destarte, não se revela cognoscível, em sede de Recurso Extraordinário, a insurgência que tem como escopo o incursionamento no contexto fático-probatório engendrado nos autos, porquanto referida pretensão não se amolda à estreita via do apelo extremo, cujo conteúdo restringe-se a fundamentação vinculada de discussão eminentemente de direito e, portanto, não servil ao exame de questões que demandam o revolvimento do arcabouço fático-probatório dos autos, face ao óbice erigido pela Súmula 279/STF de seguinte teor, *verbis*: “*Para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário*”.

Sob esse enfoque, ressoa inequívoca a vocação para o insucesso do apelo extremo, por força do óbice intransponível do verbete sumular supra, que veda a esta Suprema Corte, em sede de recurso extraordinário, sindicat matéria fática.

Por oportuno, vale destacar preciosa lição de Roberto Rosas acerca da Súmula n. 279/STF, qual seja:

Chiovenda nos dá os limites da distinção entre questão de fato e questão de direito. A questão de fato consiste em verificar se existem as circunstâncias com base nas quais deve o juiz, de acordo com a lei, considerar existentes determinados fatos concretos. A questão de direito consiste na focalização, primeiro, se a norma, a que o autor se refere, existe, como norma abstrata (Instituições de Direito Processual, 2a ed., v. I/175).

Não é estranha a qualificação jurídica dos fatos dados como provados (RT 275/884 e 226/583). Já se refere a matéria de fato quando a decisão assenta no processo de livre convencimento do julgador (RE 64.051, Rel. Min. Djaci Falcão, RTJ 47/276); não cabe o recurso extraordinário quando o acórdão recorrido deu determinada qualificação jurídica a fatos delituosos e se pretende atribuir aos mesmos fatos outra configuração, quando essa pretensão exige reexame de provas (ERE 58.714, Relator para o acórdão o Min. Amaral Santos, RTJ

46/821). No processo penal, a verificação entre a qualificação de motivo fútil ou estado de embriaguez para a apenação importa matéria de fato, insuscetível de reexame no recurso extraordinário (RE 63.226, Rel. Min. Eloy da Rocha, *RTJ* 46/666).

A Súmula 279 é peremptória: Para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário. Não se vislumbraria a existência da questão federal motivadora do recurso extraordinário. O juiz dá a valoração mais conveniente aos elementos probatórios, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes. Não se confunda com o critério legal da valorização da prova (RTJ

37/480, 56/65) (Pestana de Aguiar, *Comentários ao Código de Processo Civil*, 2a ed., v. VI/40, Ed. RT; Castro Nunes, *Teoria e Prática do Poder Judiciário*, 1943, p. 383).

V.

Súmula

7 do

STJ.

(in, *Direito Sumular*, 14ª ed. São Paulo, Malheiros).

Registre-se finalmente que esta Suprema Corte firmou jurisprudência no sentido de que a verificação de ofensa aos princípios da legalidade, do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório, da motivação das decisões judiciais, dos limites da coisa julgada e da prestação jurisdicional, quando dependente do reexame prévio de normas infraconstitucionais, revela ofensa indireta ou reflexa à Constituição Federal, o que, por si só, não desafia a instância extraordinária. Nesse sentido são os seguintes julgados:

**“AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. DIREITO DO CONSUMIDOR. CONTRATO DE ADESÃO. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO DA MATÉRIA CONSTITUCIONAL. INCIDÊNCIA DA SÚMULA N. 282 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. AGRAVO REGIMENTAL AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO. A jurisprudência do Supremo Tribunal firmou-se no sentido de que as alegações de afronta aos princípios da legalidade, do devido processo legal, do contraditório, da ampla defesa, dos limites da coisa julgada e da prestação jurisdicional, quando dependentes de exame**

**de legislação infraconstitucional, configurariam ofensa constitucional indireta.”** (AI 804.854- AgR, 1ª Turma, Rel. Min. Cármen Lúcia, DJe de 24/11/2010) (grifo nosso).

“CONSTITUCIONAL. AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. OFENSA REFLEXA AO ARTIGO 5º, II, XXXV, XXXVI, LIV e LV, DA CF. DECISÃO CONTRÁRIA AOS INTERESSES DA PARTE NÃO CONFIGURA OFENSA AO ART. 93, IX, DA CF. SÚMULA STF

279. 1. Para divergir da conclusão a que chegou o Tribunal a quo, seria necessário o reexame do conjunto fático-probatório dos autos, o que é defeso nesta sede recursal (Súmula STF 279).

**2. A ofensa aos postulados constitucionais da legalidade, da ampla defesa, do contraditório, do devido processo legal, da coisa julgada e da prestação jurisdicional, se existente, seria, segundo entendimento deste Supremo Tribunal, meramente reflexa ou indireta. Precedentes. 3. Decisão fundamentada contrária aos interesses da parte não configura ofensa ao artigo 93, IX, da CF. 4. Agravo regimental improvido.”** (AI

756.336-AgR, 2ª Turma, Rel. Min. Ellen Gracie, DJe de 22/10/2010) (grifo nosso).

**NEGO SEGUIMENTO** ao agravo com fundamento no art. 21, § 1º, do RISTF.

Publique-se. Intimações necessárias. Brasília, 15 de abril de 2013.

Ministro **LUIZ FUX**

Relator

*Documento assinado digitalmente*

**RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO 791.932 DISTRITO FEDERAL****RELATOR: MIN. TEORI ZAVASCKI****REF. PETIÇÃO/STF xx.xxx/14**

**DECISÃO: 1.** C. S/A, A. B. DE T. – e F. B. DE T., qualificadas nestes autos, respectivamente, como recorrente e *amici curiae*, formalizaram, em caráter de alegada urgência, pedido de sobrestamento dos processos em curso nas instâncias ordinárias, excepcionados os casos ainda em instrução, nos quais se discuta a validade da terceirização da atividade de call center pelas concessionárias de telecomunicações, haja vista o disposto no art. 94, II, da Lei 9.472/97, até o julgamento final do presente recurso extraordinário”.

O requerimento, formulado à base do art. 328 do RISTF e do precedente fixado pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal no julgamento da Questão de Ordem no RE xxx.xxx, está amparado nas seguintes razões: (a) o Tribunal Superior do Trabalho consolidou linha jurisprudencial arredia à cláusula constitucional de reserva de plenário que, ao invalidar a legitimidade das terceirizações realizadas no âmbito dos serviços de *call center*, negou vigência ao art. 94, II, da Lei 9.472/97; (b) a uniformização da jurisprudência trabalhista nesse sentido, com desconsideração ostensiva da legislação vigente, atingiu aproximadamente 10.000 (dez mil) processos, obrigando as empresas especializadas no oferecimento desse tipo de serviço a desembolsar vultosas quantias a título de depósito recursal para prosseguirem resistindo à aplicação do entendimento; (c) a soma desses fatores tem implicado embaraços dramáticos às operações empresariais no respectivo segmento econômico, que emprega contingente próximo de 450 mil trabalhadores, com risco inclusive para as empresas concessionárias do serviço público, que utilizam em larga escala os serviços terceirizados; (d) há registro de decisões monocráticas proferidas por Ministros do Supremo Tribunal Federal que consideraram estar as decisões do Tribunal Superior do Trabalho em confronto com o conteúdo da Súmula Vinculante 10/STF; e (e) com o reconhecimento da repercussão geral do tema no presente caso, a racionalidade na administração da justiça recomenda sejam as demais demandas referentes à matéria sobrestadas, para evitar desperdício de energia jurisdicional.

2. Em 5/5/2014, o Plenário Virtual desta Corte afirmou a existência de questão constitucional com repercussão geral na controvérsia veiculada pelo presente recurso, em decisão que veio a ser tombada no temário informatizado do Tribunal sob a seguinte epígrafe “*Tema 739 – Possibilidade de recusa de aplicação do art. 94, II, da Lei 9.472/1997 em razão da invocação da Súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho, sem observância da regra de reserva de plenário*”.

Ao indicar o tema em questão para a análise do colegiado, lavrei manifestação em que fiz observar seguinte:

“(...) o recurso merece ser conhecido pela alegada ofensa ao art. 97 da Constituição. Realmente, a questão constitucional mais enfatizada no recurso extraordinário é a de ofensa ao princípio da reserva de plenário, previsto no art. 97 da Constituição e na Súmula Vinculante 10, em face da não-aplicação, pelas instâncias de origem, do art. 94, II, da Lei 9.472/97, que assim dispõe:

Art. 94. No cumprimento de seus deveres, a concessionária poderá, observadas as condições e limites estabelecidos pela Agência: II – contratar com terceiros o desenvolvimento de atividades inerentes, acessórias ou complementares ao serviço, bem como a implementação de projetos associados.

7. Como se vê, a questão possui repercussão geral do ponto de vista jurídico, já que envolve a declaração ou não de inconstitucionalidade do citado art. 94, II, da Lei 9.472/97. Além disso, a matéria transcende os limites subjetivos da causa, eis que questão semelhante está reproduzida em inúmeras demandas, muitas delas já em fase de recurso no STF.”

3. De fato, no julgamento da Questão de Ordem suscitada no âmbito do RE xxx.xxx, Rel. o Min. Ricardo Lewandowski, o Plenário dessa Suprema Corte estabeleceu que o julgamento do recurso selecionado como paradigma sob a dinâmica de repercussão geral constitui evento prejudicial à solução dos demais casos que envolvam matéria idêntica, razão pela qual poderia o Tribunal, por meio de seu Relator, determinar a suspensão de todas as demais causas com questão idêntica, valendo-se, para isso, da autorização colocada no art. 328 do RISTF.

Eis o que ficou na ementa do acórdão:

EMENTA: QUESTÃO DE ORDEM. PREJUDICIALIDADE CONSTITUCIONAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. LEGITIMIDADE ATIVA. MINISTÉRIO PÚBLICO. TERMO DE ACORDO DE REGIME ESPECIAL - TARE. LESÃO AO PATRIMÔNIO PÚBLICO. AFRONTA AO ART. 129, III, DA CF. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. PREJUDICIALIDADE CONSTITUCIONAL VERIFICADA. I – A prejudicial suscitada consubstancia-se em uma prioridade lógica necessária para a solução de casos que versam sobre a mesma questão. II - Precedente do STF. III - Questão resolvida, com a determinação de sobrestamento das causas relativas ao Termo de Acordo de Regime Especial que estiverem em curso no Superior Tribunal de Justiça e no Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios até o deslinde da matéria pelo Plenário da Suprema Corte. IV - O Plenário decidiu também que, a partir desse julgamento, os sobrestamentos poderão ser determinados pelo Relator, monocraticamente, com base no art. 328 do RISTF. (RE xxxxxx QO, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Tribunal Pleno, julgado em 11/06/2008, DJe de 12/9/2008)

Pouco adiante, em 26/8/2010, o Min. Dias Toffoli proferiu decisão no RE xxxxxx em que, acolhendo parecer do Procurador-Geral da República a respeito da garantia da razoável duração do processo, limitou o alcance do sobrestamento, excluindo de seu raio as ações em sede executiva e também aquelas em fase instrutória, temperamento que veio a ser seguido nas decisões posteriormente exarada nos RE xxx.xxx, também relatado pelo Min. Dias Toffoli, e no RE xxx.xxx, Min. Gilmar Mendes.

4. A própria legislação (art. 543-B, §1º, do CPC e art. 328-A, § 1º, do RISTF) já determina, como decorrência imediata do acórdão que reconhece a repercussão geral, que fiquem sobrestados

os recursos extraordinários e agravos que envolvam a tese afetada com representativa. Assim, especificamente quanto a esses casos, nada há a prover. O juízo a ser formulado se limita a verificar se está presente motivação idônea à suspensão da tramitação das demais causas que compartilhem a mesma questão de direito a ser decidida aqui.

As circunstâncias declinadas pelos requerentes possuem relevância jurídica suficiente para determinar o acolhimento do pedido. É importante considerar que a questão constitucional objeto do recurso compreende uma indagação revestida de altíssima gravidade, porque suscita desrespeito a conteúdo de súmula vinculante deste Supremo Tribunal Federal, hipótese de lesão jurídica qualificada, tanto que passível de correção não apenas pela via recursal, mas também por ação constitucional específica. Portanto, a própria legislação revela a existência de um interesse público mais pronunciado na neutralização de vícios como o que está colocado no presente recurso.

Há que também se considerar a especial dinâmica procedimental da Justiça do Trabalho, que impõe, como encargo indispensável à interposição de recursos, depósitos de valor elevado, podendo atingir o valor integral da condenação. Não se pode desconsiderar, ainda, que a uniformização da jurisprudência no âmbito do Tribunal Superior do Trabalho gera expectativas nos empregados pelo setor de *call center* em telecomunicações e, com isso, provoca uma mobilização judicial de altas proporções. Somados, esses efeitos decorrentes da consolidação da jurisprudência no TST hão de onerar de maneira acentuada as empresas que se dedicam à exploração do referido serviço.

Além disso, é essencial ter em conta que a decisão a ser proferida neste processo paradigma não cuida de mero aspecto acessório que poderá refletir de maneira assimétrica sobre diferentes processos de natureza trabalhista. Pelo contrário, a decisão do Supremo Tribunal Federal neste caso repercutirá decisivamente sobre a qualificação jurídica da relação de trabalho estabelecida entre as operadoras de serviços de *call center* e seus contratados, afetando de modo categórico e linear o destino de inúmeras reclamações ajuizadas por trabalhadores enquadrados nesse ramo de atividades perante a Justiça do Trabalho.

Considerado o concurso de todas essas razões, mostra-se plenamente justificada a medida de sobrestamento pretendida. Vale ressaltar, todavia, e na linha do que foi proclamado nas decisões mencionadas acima, que os efeitos do sobrestamento não prejudicarão a fase instrutória das causas em curso (que poderá ser concluída), nem tampouco atingirão aquelas em momento de execução.

5. Ante o exposto, defiro o pedido formulado, e, com fundamento no art. 328 do RISTF, determino o sobrestamento de todas as causas que apresentem questão idêntica à que será resolvida com foros de repercussão geral no presente caso, sem prejuízo do término de sua fase instrutória, bem como das execuções já iniciadas.

Publique-se. Intime-se.

Brasília, 22 de setembro de 2014.

Ministro **TEORI ZAVASCKI**

Relator

# OS LIMITES CONSTITUCIONAIS DA TERCEIRIZAÇÃO

Joanna Vitória Crippa

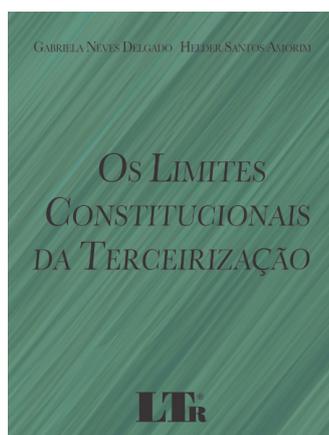
**Os Limites Constitucionais da Terceirização**, livro de autoria de Gabriela Neves Delgado e Helder Santos Amorim, reflete os estudos acerca de um tema contextual e carente de tutela legislativa específica, qual seja, a terceirização, caracterizado por modificar, ao triangularizar, as relações de trabalho.

Dividido em quatro capítulos, o primeiro, “Apontamentos Sociológicos sobre a Terceirização no Brasil” aborda o aspecto sociológico de formação do instituto e sua correlação com o modelo Toyotista de produção.

Posteriormente, “A Terceirização no Direito Comparado”, apresenta, a partir dos fundamentos neoliberais e alterações nas estruturas estatais, qual é a prática em países como França, Espanha, Itália, Alemanha, entre outros, e os limites presentes nos respectivos ordenamentos em prol da proteção ao regime empregatício, inclusive as ideias preconizadas pela Organização Internacional do Trabalho e demais políticas na ordem internacional.

No terceiro capítulo, “A Terceirização Trabalhista e o Histórico de Formação da Súmula 331 do TST”, retrata-se o processo histórico-legislativo e jurisprudencial da terceirização no Brasil, com suas evoluções, repercussões sociais, especialmente na Administração Pública, os contrapontos entre a prestação de serviços para atividade-fim, atividade-meio e a problemática da fraude à lei.

O último capítulo é o próprio título do livro, “Os limites Constitucionais da Terceirização”, inicia com a apresentação dos fundamentos para acolhimento, pelo Plenário Virtual do Supremo Tribunal Federal, da Repercussão Geral n. 725. Apresentam, os autores, argumentos defensores da existência de uma vedação legislativa da terceirização na atividade-fim da atividade privada.



.....  
Os Limites Constitucionais da Terceirização (DELGADO, Gabriela Neves; AMORIM, Helder Santos) – 1. ed. – São Paulo : LTr, 2014.

Ainda, a partir de decisões, como a proferida na Ação Direita de Inconstitucionalidade n. 890/DF, defendem a necessidade de observância do princípio da legalidade nas contratações da Administração Pública e realização de concursos públicos.

Primam pela Constitucionalidade da Súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho, sob o manto da garantia das relações bilaterais, proteção dos direitos trabalhistas e efetivação dos “valores sociais do trabalho e da livre iniciativa”.

Seus argumentos repulsam a terceirização como regra no processo de produção, para admiti-la apenas excepcionalmente, afim de confirmar o sistema humanístico e social da Constituição Federal e evitar o Retrocesso Social.

O livro tem conteúdo denso, mas sua leitura é enriquecedora, as ideias estão intimamente entrelaçadas, garantem aos estudiosos a contextualização otimizada de problemas hoje submetidos a análise do Supremo Tribunal Federal e que, a depender das decisões a serem proferidas por este, mudarão o rumo das relações laborais.

# A TERCEIRIZAÇÃO E O DIREITO DO TRABALHO

Luiz Eduardo Gunther

Maria da Gloria Malta Rodrigues Neiva de Lima

A obra do renomado autor de livros sobre Direito do Trabalho, Desembargador do TRT de São Paulo, 2ª Região, debruça-se, inicialmente, sobre o histórico, denominação, conceito e natureza jurídica. Depois enfoca o direito estrangeiro, trazendo informações sobre como encaram a terceirização os seguintes países: Alemanha, Argentina, Colômbia, Espanha, França, Itália, Japão, México, Peru, os “Tigres asiáticos” e a Venezuela. A seguir menciona a compreensão do tema pelo Direito Internacional, a OIT.

Explica, depois, como ocorre a flexibilização das normas trabalhistas, relacionando a terceirização com a administração de empresas, o Direito Civil e o Direito Comercial.

Examina os diversos aspectos do *franchising* como forma de terceirização e as cooperativas.

Volta-se também o livro ao exame aprofundado do papel do Tribunal Superior do Trabalho no que diz respeito à sua jurisprudência sobre a terceirização. Nesse sentido, explica criteriosamente como compreender a Súmula 257 do TST e as empresas de vigilância; a Súmula 239 do TST e as empresas de processamento de dados; a Súmula 256 do TST e as empresas prestadoras de serviço e, finalmente, a mais importante delas, a Súmula 331 do TST.

Elabora minuciosos estudos, ainda, sobre a terceirização na administração pública, a terceirização na administração pública, a terceirização lícita e ilícita, e a terceirização e a fiscalização trabalhista.

Trata-se de uma primeira leitura importante sobre o fenômeno da terceirização para perceber a amplitude e a importância do tema.



.....  
A terceirização e o direito do trabalho. Sergio Pinto Martins. 13. ed. rev. e ampliada, São Paulo, Atlas, 2014, 188 p.

# A TERCEIRIZAÇÃO NO BRASIL

Luiz Eduardo Gunther

Maria da Gloria Malta Rodrigues Neiva de Lima

Os autores são Ministros do TST aposentados, com larga experiência no estudo e aplicação do Direito do Trabalho.

Na primeira parte do livro, o Ministro Rider Nogueira de Brito trata da terceirização no Brasil, examinando o caso específico das concessionárias do serviço público. Conclui o seu estudo dizendo ser possível e perfeitamente legal qualquer empresa, pública ou privada, concessionária ou não de serviço público, “contratar com terceiros o desenvolvimento de atividades inerentes, acessórias ou complementares ao serviço que lhes incumbe, por concessão, ou simplesmente para atingir os seus objetivos”. Nessa situação, diz o texto, forma-se o vínculo de emprego dos trabalhadores assim envolvidos com “a empresa prestadora do serviço que os contratou, os dirigiu, os fiscalizou, os remunerou, e não com a tomadora, desde que inexistente a personalidade e a subordinação direta com a tomadora dos serviços” (p. 40).

Na segunda parte da obra, o Ministro Indalécio Gomes Neto trata dos aspectos jurídicos da terceirização, examinando: a estratégia da terceirização; os aspectos legais da terceirização; a diferença entre terceirização de mão de obra e contratação ou subcontratação de serviços ou atividades; atividade-meio e atividade-fim; outras formas legais de terceirização.

O autor apresenta uma importante advertência final dizendo que todos os temas analisados têm suscitado muita controvérsia, “como se pode constatar da audiência pública levada a cabo pelo Tribunal Superior do Trabalho” (p. 86). Menciona a existência de visões diferentes sobre a ordem econômica em um mundo globalizado; a valorização do trabalho e a prevalência dos princípios que vigem o Estado Democrático de Direito. Conclui afirmando que no estágio avançado em que se encontram as múltiplas formas de terceirização, “será um caminho sem volta” (p. 86). Adverte, porém, sobre a necessária cautela que os contratantes têm que tomar, “no sentido de que o modelo não conduza à precarização da mão de obra, ou seja, os direitos trabalhistas não de ser respeitados” (p. 86).



.....

A terceirização no Brasil. Indalécio Gomes Neto e Rider Nogueira Brito. Curitiba: Editora Íthala, 2012. 91p.

A obra é enriquecida com um detalhado índice alfabético, trazendo nas “orelhas” o alentado curriculum de cada um dos articulistas.

Como está dito na apresentação (do advogado Rafael Linné Netto), o estudo, “realizado por pessoas com grande experiência na área, seja como magistrados, seja como advogados, é de grande valia para os operadores do direito que são obrigados a enfrentar a matéria no seu dia-a-dia” (p. 7).

Os autores registram a esperança de que o trabalho possa contribuir para “uma reflexão mais profunda acerca das questões jurídicas, econômicas e sociais que o tem envolve na vida cotidiana das relações entre empresas e seus empregados”.

Como se pode avaliar, o livro é um contributo importante para entender o fenômeno crescente em nosso país da “Terceirização”.

## DIAP: Justiça do Trabalho está sob ameaça em processo sobre terceirização no STF

*Em artigo veiculado no site Congresso em Foco, **Antonio Augusto Queiroz**, diretor do Departamento Intersindical de Assessoria Parlamentar (DIAP), avalia o risco que não apenas os trabalhadores, mas a própria Justiça do Trabalho estão correndo a depender do resultado do julgamento do processo sobre terceirização que tramita no Supremo Tribunal Federal. Confira:*

O Supremo Tribunal Federal (STF) está prestes a decidir, com repercussão geral, se é constitucional ou não a restrição à liberdade de contratação de trabalhador terceirizado.

A terceirização, de acordo com a legislação e a Súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho, está autorizada em lei apenas para alguns serviços, atividades e setores da empresa contratante, não podendo, como regra, ser utilizada nas atividades-fim das empresas.

Inconformada com a restrição legal e jurisprudencial, a empresa Celulose Nipo Brasileira S/A (Cenibra), após condenada a responder solidariamente por ter contratado trabalhadores terceirizados para suas atividades-fim, recorreu da decisão.

No curso do processo, a empresa perdeu em todas as instâncias até que o ministro Luiz Fux, do Supremo Tribunal Federal, depois de ter negado provimento a um recurso extraordinário da empresa, resolveu não apenas aceitar um agravo ao recurso, como também dar repercussão geral à decisão do STF sobre o mérito da matéria.

Se o Tribunal entender que tal limitação, por ausência de previsão expressa em lei, é inconstitucional, ou seja, que as empresas poderão utilizar livremente o trabalho terceirizado, em qualquer ramo ou nas atividades-meio e fim das empresas contratantes, a consequência disso será dupla: a precarização generalizada das relações de trabalho e o fim da Justiça do Trabalho e do próprio Direito do Trabalho.

Ora, se a terceirização, mesmo com as restrições atuais, já representa 25,5% do mercado formal de trabalho e, nas relações de trabalho, significa menor salário, maior jornada, piores condições de trabalho, alta rotatividade e aumento de demanda trabalhista e previdenciária, imaginem o que ela significará podendo ser generalizada.

Já o Direito do Trabalho, como bem pontua o advogado Luiz Salvador, que se notabilizou por buscar a entrega da prestação jurisdicional, pela simplicidade, oralidade, economia processual e sempre visando solução rápida no reconhecimento dos direitos resultantes dos créditos trabalhistas, perde a razão de ser com a possibilidade de generalização da terceirização em bases precárias.

Como norma de ordem pública e caráter irrenunciável, o Direito do Trabalho atribui ao trabalhador a condição de hipossuficiente (parte mais fraca) na relação com o empregador e com base nesse princípio considera nulo de pleno direito qualquer acordo que, diretamente ou indiretamente,

resulte em prejuízo ao empregado, sob o fundamento de que houve coação.

Se o Direito do Trabalho perder a razão de ser – e a terceirização generalizada será o primeiro e fundamental passo nessa direção – não faz sentido manter a Justiça do Trabalho, cuja função exclusiva é colocar em prática, observadas as leis protetivas aos trabalhadores, o Direito do Trabalho.

Registre-se que boa parte do esforço das entidades patronais tem sido no sentido de eliminar o Direito do Trabalho, que é de natureza protetiva. A ideia patronal é aplicar às relações de trabalho o Direito Civil ou Comum, que parte do pressuposto de igualdade das partes. Se pessoas ou instituições fizerem um acordo, desde que os subscritores estejam no uso pleno de suas faculdades mentais, esse acordo tem força de lei e vale para todos os fins legais, só podendo ser anulado por dolo, fraude ou irregularidade.

Uma eventual decisão do STF favorável à empresa, com repercussão geral, na opinião de advogados militantes na Justiça do Trabalho, é tão ou mais grave do que a aprovação do Projeto de Lei 4330-A/2004, de autoria do deputado Sandro Mabel (PR-GO), em debate na Câmara dos Deputados, que trata da regulamentação da terceirização.

A expectativa das entidades sindicais, de advogados e de magistrados, assim como dos próprios trabalhadores, considerando que a Constituição estabelece como um de seus fundamentos a dignidade da pessoa humana e a valorização social do trabalho, é de que o STF, apesar de já ter aceito a repercussão geral, possa voltar atrás ou mesmo aceitar a restrição no mérito, por ocasião do julgamento da matéria no pleno do Tribunal. Para tanto, é preciso agir e reagir.

*\* Antonio Augusto Queiroz, diretor do DIAP*

*FONTE: CNMCUT*

## No México, sindicatos denunciam impactos da regulamentação da terceirização

### Organizações avaliam que reforma trabalhista aumentou precarização no país. No Brasil, Congresso Nacional discute modificações semelhantes

Daniel Santini

**Enviado especial a Guadalajara, México\*** - A reforma trabalhista aprovada no final de 2012 no México, que incluiu a regulamentação da terceirização e alterações nos mecanismos de responsabilidade solidária em casos de subcontratações, fez que a situação de trabalhadores terceirizados piorasse de maneira generalizada, apontam movimentos sociais, organizações da sociedade civil e sindicatos que atuam no país. Segundo dados oficiais, não houve diminuição das taxas de desemprego, conforme era defendido por empresários e demais defensores da regularização. O assunto foi um dos temas discutidos no congresso Direitos Humanos e Mecanismos de Denúncia, realizado nesta semana em Guadalajara, Jalisco, no país norte-americano.

As alterações na legislação, resultado de um difícil processo de negociação entre empregadores e sindicatos, não agradaram ninguém, conforme explica Rodrigo Olvera Briseño, advogado mexicano ligado à organização Cereal, que atua na defesa de direitos de trabalhadores. “A reforma passou com algumas condicionantes. A terceirização passou a ser regulamentada, mas com algumas regras, o que acabou não agradando nem os que queriam as mudanças”, diz. “O argumento era que a terceirização já era uma realidade, então precisaria ser regulamentada. Isso aconteceu, mas, na prática, a maioria das empresas continua terceirizando todas as atividades de maneira generalizada, ignorando as novas regras”.

O principal problema, explica, é a mudança nos mecanismos de responsabilidade solidária. Hoje, pelas novas regras, se uma empresa contrata outra para cumprir sua atividade fim, que por sua vez contrata trabalhadores sem observar direitos básicos, ela não é mais diretamente responsabilizada como acontecia no passado. Mesmo se beneficiando diretamente dessa produção terceirizada, é o intermediário, considerado o patrão direto dos trabalhadores terceirizados, que tem de arcar com custos de indenizações trabalhistas e pagar por violações. Os impactos da regulamentação da terceirização foi destaque no relatório anual da organização e em outras publicações sindicais.



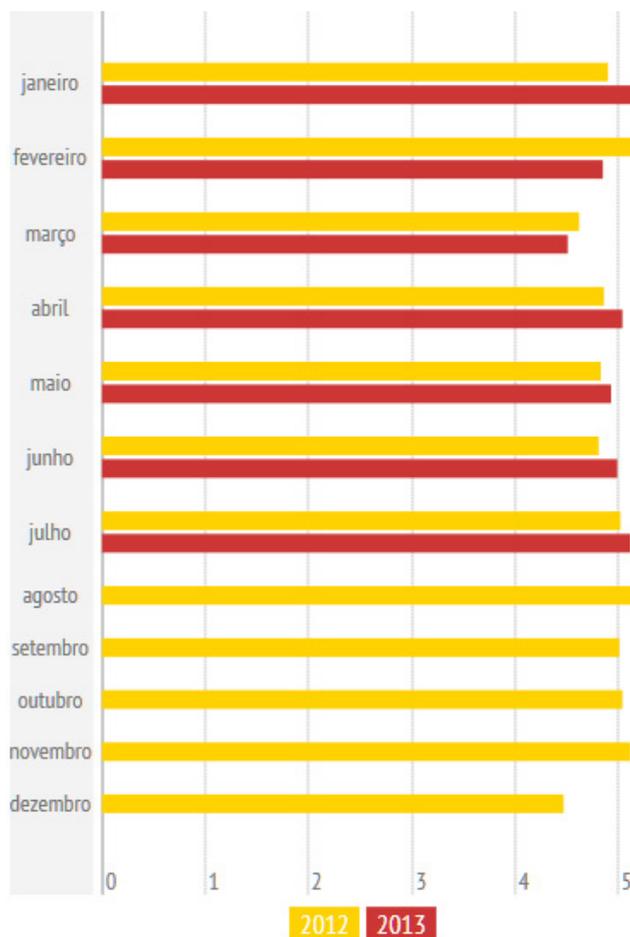
No destaque a capa de um dos jornais sindicais: “Mais outsourcing (como é conhecida a terceirização no México), menos direitos. Atrás, o advogado Rodrigo Olvera Briseño fala sobre o tema. Foto: Daniel Santini

Felipe Ortuño Hernández, advogado da Frente Autêntica do Trabalho (FAT) e do Centro de Direitos Humanos Victoria Díez, presente no encontro, estudou os impactos da terceirização e também faz críticas. Recentemente, em uma apresentação sobre o tema, destacou, citando estudo da Comissão Econômica para a América Latina e Caribe (Cepal), que nem a flexibilização de contratos, nem a facilidade de demitir pessoas, nem o pagamento por horas de trabalho, nem a intenção de aumentar salários por meio da produtividade mostraram-se uma “receita ideal”, como defendiam os empresários, para combater o desemprego e a informalidade.

Desde a aprovação da reforma, as taxas de desemprego no país são mais altas do que em relação aos mesmos meses no ano anterior, com exceção de fevereiro e março, conforme é possível observar no quadro abaixo. Além disso, apontam os sindicatos, a qualidade das vagas existentes piorou. Ainda não há dados referentes a agosto deste ano.

## Taxa de desemprego no México

após a reforma trabalhista, concluída no final do ano passado, índice só foi melhor do que no ano passado em fevereiro e março. Ao contrário do que empresários defendiam, regulamentação da terceirização não ampliou o número de vagas de trabalho. Passe o cursor sobre as barras para ver as taxas.



Fonte: Ministério do Trabalho do México - dados organizados pela Repórter Brasil

A questão da terceirização, também chamada em espanhol de “outsourcing” ou “subcontratações”, está prevista nos artigos 15-A, 15-B, 15-C, 15-D, 1004-B e 1004-C da nova lei. [Clique aqui para ler, em espanhol, a nova lei](#), e [aqui para ver uma tabela organizada pelo governo com as principais mudanças](#).

## Brasil

As alterações que aconteceram em relação à legislação trabalhista no México são semelhantes às que estão sendo discutidas no Congresso Nacional no Brasil. Durante o encontro, representantes do Sindicato dos Metalúrgicos de Campinas chamaram a atenção para o Projeto de Lei 4330, proposto pelo deputado Sandro Mabel (PMDB-GO). O texto prevê a regulamentação das terceirizações no Brasil, abrindo de maneira significativa a possibilidade de empresas ampliarem a subcontratação de empregados, e acabando com a responsabilidade solidária em caso de precarização nas cadeias produtivas. Hoje, se uma confecção terceiriza a produção de roupas contratando oficinas que, por sua vez, empregam escravos, ela é considerada responsável pela situação a que os trabalhadores que produzem as peças que vende estão submetidos. O entendimento é de que, se a empresa se beneficia diretamente, tem responsabilidade sobre a maneira como a cadeia produtiva está organizada.

O projeto de lei altera isso e pode agravar a exploração de trabalhadores no Brasil. “No México, no Brasil, na Europa, em qualquer lugar do mundo temos visto o aumento da precarização. E o argumento principal é que é preciso adotar mudanças porque estão sendo adotadas em outros países, que se não abirmos mão de direitos as empresas vão migrar. Isso não está certo. Devemos nos unir contra esse processo”, apontou no encontro Jair dos Santos, presidente do Sindicato dos Metalúrgicos de Campinas. Entre os problemas apontados pelas organizações estão o fato de empregados terceirizados acabarem sem os mesmos direitos que os demais, ganhando menos, e sem acesso a benefícios básicos como férias e décimo terceiro salário – as mulheres acabam sem conseguir licença maternidade.

Participaram do encontro representantes das organizações sociais que atuam na defesa de direitos de trabalhadores de países como Canadá, El Salvador, Guatemala, Honduras, Holanda e Peru. Todos presentes manifestaram preocupação com o aumento das subcontratações no mundo. “A precarização está acontecendo a todas e todos com essa globalização”, diz Yadira Minero, do Centro de Direitos das Mulheres, em Honduras. Ela reforça que, após o golpe militar no país em 2009, a situação para trabalhadores e movimentos sociais piorou consideravelmente.

No Brasil, a ameaça a direitos básicos virou motivo de preocupação das principais confederações sindicais brasileiras e motivou uma vigília de trabalhadores em Brasília (DF), em julho. A pressão fez que a votação do PL na Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania da Câmara dos Deputados fosse adiada e provocou a convocação, pelo presidente da casa, Henrique Alves (PMDB/

RN), de uma Comissão Geral, prevista para acontecer nesta quarta-feira, 18. Uma Comissão Geral é uma sessão de debates sobre determinado tema realizada no plenário e que conta com a participação de representantes de diversos setores da sociedade. Enquanto, isso, a tramitação do PL 4330 está suspensa.

Por enquanto.

*\* O repórter viajou a convite da organização do evento. O evento foi organizado de maneira conjunta pelas organizações Somo e Cereal. A primeira trabalha com mapeamento de cadeias produtivas internacionais e monitoramento de responsabilidade de multinacionais por impactos nos países em que atuam. A segunda, com a organização de trabalhadores, com programas de formação, mobilização, intermediação de reclamações trabalhistas e assistência jurídica.*

## STF: Anamatra atuará em repercussão geral sobre terceirização

*Notícia publicada em: 22 de agosto de 2014*

A Anamatra ingressará no Supremo Tribunal Federal (STF) como “Amicus Curiae” no Recurso Extraordinário com Agravo (ARE) nº 713211, com repercussão geral, de relatoria do ministro Luiz Fux, que coloca em debate o conceito da atividade-fim de uma empresa e quais atividades de uma empresa podem ou não ser terceirizadas.

Trata-se de ação civil pública em que o Ministério Público do Trabalho (MPT) litiga com empresa de celulose de Minas Gerais, tendo havido o desmantelamento de uma rede de produção baseada em terceirizações ilícitas. Em 2014, os réus conseguiram levar a questão ao Supremo Tribunal Federal (STF), com o argumento de que a Súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho (TST) ofende a Constituição, por restringir a livre iniciativa e supostamente ferir a legalidade. A Súmula proíbe a prática da terceirização na atividade-fim, ou seja, na atividade principal de toda e qualquer empresa no Brasil.

A Anamatra compreende que a Súmula 331 concretiza princípios constitucionais de proteção dos trabalhadores e dos direitos sociais, estabelecendo um regime de responsabilidade patrimonial do tomador de serviços que é, inclusive, mais flexível que o de outros países sul-americanos, como o Uruguai e o Chile, em que a responsabilidade do tomador de serviços é em princípio solidária com a da própria empresa prestadora de serviços.

Esses e outros argumentos serão levados ao STF pelo advogado Wilson Ramos Filho, que aceitou o convite da Anamatra para representá-la na sua intervenção processual como “Amicus Curiae”. Ramos Filho é conhecido advogado trabalhista sediado em Curitiba, mas com atuação em todo território nacional, especialmente em causas sindicais. Além disso, é professor de Direito do Trabalho em diversas instituições universitárias e autor de dezenas de artigos e doutrinas, entre as quais se destaca o recente livro “Direito Capitalista do Trabalho”.

“Na ação que chegou ao Supremo, data venia, não restam dúvidas na visão da Justiça do Trabalho com relação à irregularidade da prática da terceirização. Uma empresa produtora de celulose estava utilizando a mão-de-obra terceirizada para manejo florestal. E mais: em condições precárias de trabalho, conforme constatou o Ministério do Trabalho em fiscalização”, avalia o presidente da Anamatra, Paulo Luiz Schmidt. Para o diretor de Prerrogativas e Assuntos Jurídicos, Guilherme Feliciano, a atuação da Anamatra no caso da terceirização irregular em Minas Gerais exigia uma advocacia sintonizada com os ideais estatutários da Associação, que envolvem a valorização do trabalho humano e a tutela dos direitos humanos fundamentais, notadamente os sociais. “Estamos certos de que encontramos a parceria mais adequada para essa longa batalha”, disse.

## Direito do Trabalho e Terceirização é Tema de Seminário Evento realizado em Montevidéu, contou com Desembargadores do TRT

A regulação jurídica no Brasil e no Uruguai foi o assunto que levou pesquisadores do Setor de Ciências Jurídicas da UFPR a Montevidéu este mês. O Seminário Internacional sobre Direito do Trabalho e Terceirização: Teoria e Prática no Brasil e no Uruguai, teve a finalidade de identificar problemas, desafios e perspectivas de proteção jurídica na relação de trabalho subcontratada nos dois países. O evento teve a participação dos desembargadores do Tribunal Regional do Trabalho do Paraná, Marlene Teresinha Fuverki Suguimatsu e Arion Mazurkevic.

Organizado pelos professores da Faculdade de Direito da Universidade da República, e com apoio dos docentes da Faculdade de Direito da UFPR, o seminário é resultado da parceria internacional firmado em 2012 entre as duas universidades públicas latino-americanas. Entre professores de Direito do Uruguai que participaram do encontro estão Héctor Hugo Barba Gelata, Jorge Rosembau, Juan Raso Delgue, Hugo Barretto, Hugo Fernández, Rosina Rosi e Alejandro Castello.

Pela UFPR estiveram presentes os professores Sidnei Machado e Sandro Lunard Nicoladelli, além de representantes de outras instituições de ensino brasileiras.

Na abertura do evento, o professor Juan Raso Delgue assinalou a importância dos estudos de direito comparado entre os dois países que o convênio pode propiciar para o desenvolvimento do Direito do Trabalho. O professor Hugo Barretto destacou que a parceria avançará a produção teórica conjunta nos países na região.

Em um primeiro painel, sob o tema “La Terceirización y la transformación del sujeto empleador en el derecho del trabajo”, as apresentações permitiram identificar problemas comuns nos espaços de regulação jurídica. Daniel Rivas destacou alguns conteúdos das recentes leis uruguaias que tratam do tema da terceirização (Leis 18.099 e 18.251) e que ainda não contam com a adequada determinação de conteúdo e alcance, com desafios específicos para a doutrina e a jurisprudência. Um exemplo concreto é a determinação do empregador nas dimensões que apresentam as relações triangulares de trabalho, para fins de responsabilidade pelos direitos dos trabalhadores.

O caso brasileiro, apresentado pelos professores Sidnei Machado e Daniela Muradas, em uma linha crítica, destacou o processo legislativo em curso no Brasil, com expectativa de aprovação de Projeto de Lei (PL 4.330/2004) que objetiva a regulamentação da terceirização para permitir ampliação da sua prática. Os autores fizeram uma análise em torno de alguns pontos críticos que oferecem sérios riscos a uma maior precarização das relações de trabalho no país.

As reformas realizadas ou em curso nos dois países apontam para um projeto maior de busca de alternativas de (re)construção de espaços de regulação do trabalho ajustados às novas demandas sociais e econômicas da região.

O segundo painel tratou do relevante tema “Criterios jurisprudenciales para la determinación del empleador y la atribución de responsabilidad”.

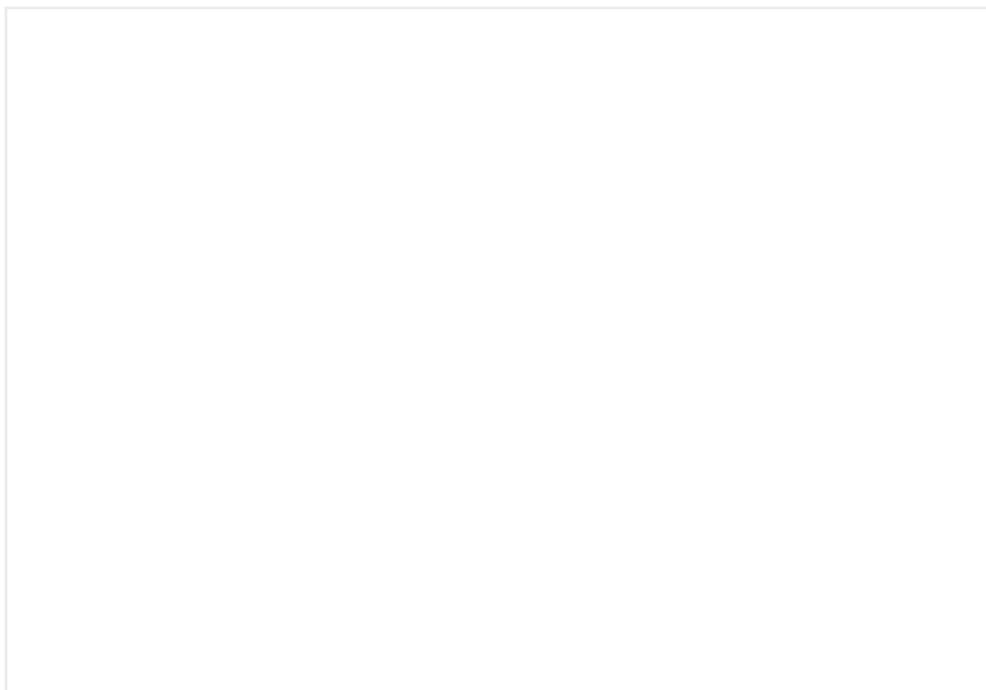
Pelo Brasil, apresentaram pesquisas os desembargadores do Tribunal Regional do Trabalho do Paraná, Arion Mazurkevic e Marlene Teresinha Fuverki Suguimatsu, e também Maria Rosaria Barbato, da Universidade Federal de Minas Gerais. Destacou-se no painel o importante papel da interpretação judicial na temática da terceirização para, em harmonia com o princípio da proteção, conferir eficácia aos direitos fundamentais e sociais dos trabalhadores. Foram apontados alguns desafios para a prática nacional relacionada à argumentação e à fundamentação de decisões selecionadas ante um frágil tratamento normativo no Brasil.

Por parte do Uruguai, sob a coordenação de Rosina Rossi, falaram Ana Rivas, María del Carmen Corujo e José Pedro Rodríguez (juízes do trabalho). A partir de duas decisões judiciais relevantes se demonstrou a fundamentação e a linha argumentativa em que a jurisprudência uruguaia trata a nova legislação, com algumas construções criativas para enfrentar problemas não tratados precisamente na lei. As intervenções deixaram claro que no tema de eleição de critérios jurisprudenciais há um grande espaço por desenvolver e reconstruir nos dois países.

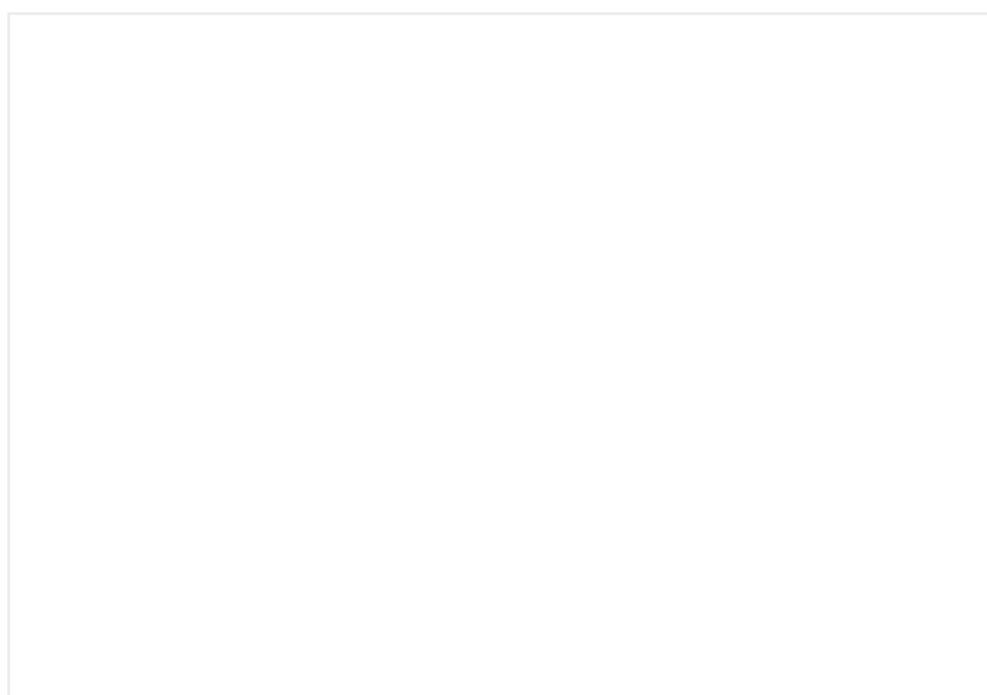
Com o objetivo de dar sequência às atividades de intercâmbio acadêmico, um segundo seminário já está programado para ocorrer em 29 de novembro de 2013, desta vez na Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, em Curitiba.

(Com informações da Assessoria de Comunicação da UFPR)

## Terrorismo contra a Terceirização



Especialistas, autoridades e sindicalistas debatem sobre as ameaças da terceirização



## NORMAS PARA PUBLICAÇÃO – REVISTA ELETRÔNICA

Prezados autores,

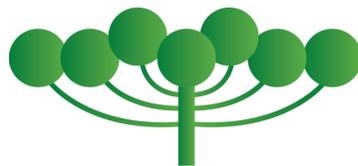
A Revista Eletrônica do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região, Revista Científica de periodicidade mensal é divulgada exclusivamente por meio eletrônico a partir do site [www.trt9.jus.br](http://www.trt9.jus.br). Adota temática singular a cada edição e se destina a publicar artigos acórdãos, sentenças, condensa entendimentos jurisprudenciais sumulados ou organizados em orientações, resenhas, convida para publicação observadas as seguintes normas.



1. Os artigos ou decisões devem ser encaminhados à análise do Conselho Editorial, para o e-mail **[revistaeletronica@trt9.jus.br](mailto:revistaeletronica@trt9.jus.br)**
2. Os artigos serão técnico-científicos, focados na área temática de cada edição específica, sendo divulgada a sequência dos temas eleitos pela Escola Judicial do TRT-9ª Região, mediante consulta;
3. Os artigos encaminhados à Revista Eletrônica devem estar digitados na versão do aplicativo Word, fonte Arial, corpo 12, espaçamento entrelinhas 1,5, modelo justificado, com títulos e subtítulos em maiúsculas alinhados à esquerda, em negrito. A primeira lauda conterá o título do artigo, nome, titulação completa do autor, referência acerca da publicação original ou sobre seu ineditismo e uma foto;
4. Os artigos encaminhados à publicação deverão ter de preferência entre 8 e 10 laudas, incluídas as referências bibliográficas. Os artigos conterão citações bibliográficas numeradas, notas de rodapé ordenadas e referências bibliográficas observarão normas vigentes da ABNT, reservando-se o Conselho Editorial da Revista Eletrônica o direito de adaptar eventuais inconsistências, além de estar autorizado a proceder revisões ortográficas, se existentes;
5. A publicação dos artigos não implicará remuneração a seus autores, que ao submeterem o texto à análise autorizam sua eventual publicação, sendo obrigação do Conselho Editorial informá-los assim que divulgada a Revista Eletrônica;
6. O envio de artigos ou decisões não pressupõe automática publicação, sendo sua efetiva adequação ao conteúdo temático de cada edição da Revista Eletrônica pertencente ao juízo crítico-científico do Conselho Editorial, orientado pelo Desembargador que organiza as pesquisas voltadas à publicação.
7. Dúvidas a respeito das normas para publicação serão dirimidas por e-mails encaminhados à [revistaeletronica@trt9.jus.br](mailto:revistaeletronica@trt9.jus.br)

Respeitosamente.

**CONSELHO EDITORIAL**



**TRTPR**

**ESCOLA JUDICIAL**