

DA PRECARIZAÇÃO DA RELAÇÃO DE TRABALHO POR MEIO DA TERCEIRIZAÇÃO NO BRASIL*

Rocco Antonio Rangel Rosso Nelson**

Walkyria de Oliveira Rocha Teixeira***

Cristina Alves da Silva Braga****

* Artigo de investigação elaborado de estudo desenvolvido na linha de pesquisa “Democracia, Cidadania e Direitos Fundamentais”, inscrito no Grupo de Estudo e Pesquisa em Extensão e Responsabilidade Social, do Instituto Federal do Rio Grande do Norte – IFRN, Brasil.

**Mestre em Direito Constitucional pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte - UFRN. Especialista em Ministério Público, Direito e Cidadania pela Escola Superior do Ministério Público do Rio Grande do Norte. Especialista em Direito Penal e Criminologia pela Universidade Potiguar. Ex-professor do curso de direito e de outros cursos de graduação e pós-graduação do Centro Universitário FACEX. Líder do Grupo de Estudo e Pesquisa em Extensão e Responsabilidade Social, vinculado a linha de pesquisa “Democracia, Cidadania e Direitos Fundamentais” do Instituto Federal do Rio Grande do Norte – IFRN, campus Natal-Central. Professor efetivo de Direito do Instituto Federal do Rio Grande do Norte – IFRN, campus Natal-Central. Articulista e poeta. Autor do livro Curso de Direito Penal - Teoria Geral do Crime – Vol. I (1º ed., Curitiba: Juruá, 2016); Curso de Direito Penal - Teoria Geral da Pena – Vol. II (1º ed., Curitiba: Juruá, 2017).
E-mail: rocconelson@hotmail.com

***Doutoranda em educação pelo Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia do Rio Grande do Norte – IFRN. Mestre em educação pelo Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia do Rio Grande do Norte - IFRN. Especialista em Jurisdição e Direito Privado pela ESMARN/UNP, especialista em Ministério Público, Direito e Cidadania pela FESMP. Membro do Grupo de Estudo e Pesquisa em Extensão e Responsabilidade Social, vinculado a linha de pesquisa “Democracia, Cidadania e Direitos Fundamentais” do Instituto Federal do Rio Grande do Norte – IFRN, campus Natal-Central. Auditora Federal, Advogada, Chefe da Auditoria Geral do IFRN. E-mail: walkyria.teixeira@ifrn.edu.br

****Especialista em Direito Administrativo pela Universidade Anhanguera-Uniderp. Advogada e Assessora Jurídica do Sindicato dos Trabalhadores em Educação Pública do Rio Grande do Norte – SINTE/RN. Membro do Instituto de Direito Administrativo Seabra Fagundes - IDASF. Membro da Comissão de Direito Administrativo da OAB/RN. Membro do Grupo de Estudo e Pesquisa em Extensão e Responsabilidade Social, vinculado a linha de pesquisa “Democracia, Cidadania e Direitos Fundamentais” do Instituto Federal do Rio Grande do Norte – IFRN, campus Natal-Central.
E-mail: cristina.silva@gmail.com

ROCCO ANTONIO RANGEL ROSSO NELSON, WALKYRIA DE OLIVEIRA ROCHA TEIXEIRA Y CRISTINA ALVES DA SILVA BRAGA: Da precarização da relação de trabalho por meio da terceirização no brasil

Resumo: A pesquisa em tela, fazendo uso de uma metodologia de análise qualitativa, usando-se os métodos de abordagem hipotético-dedutivos de caráter descritivo e analítico, adotando-se técnica de pesquisa bibliográfica, tem por desiderato analisar a terceirização da relação de trabalho no sistema jurídico brasileiro tendo por cortes, na análise dogmático, do plexo normativo anterior a reforma trabalhista, aprovação da lei da terceirização, a reforma trabalhista e a decisão do STF em sede arguição de descumprimento de preceito fundamenta nº 324 e do recurso extraordinário nº 958.252.

Palavras-chave: Relação de trabalho. Terceirização. Reforma trabalhista. Decisão do STF.

Resumen: La investigación en pantalla, utilizando una metodología de análisis cualitativo, utilizando los métodos de enfoque hipotético-deductivo y descriptivo, adoptando la técnica de investigación bibliográfica, tiene como objetivo analizar la externalización de la relación laboral en el sistema. El tribunal brasileño tiene como cortes, en el análisis dogmático, el plexo normativo previo a la reforma laboral, la aprobación de la ley de subcontratación, la reforma laboral y la decisión de la Corte Suprema por incumplimiento del precepto nº 324 y apelación extraordinaria nº 958.252.

Palabras clave: Relación laboral. Outsourcing. Reforma laboral. Decisión del STF.

Índice:

1. Das considerações iniciais
2. Terceirização antes da reforma trabalhista
3. Da terceirização e seu caminho até o STF
4. Da nova lei da terceirização (Lei nº 13.429/17)
5. Impacto da reforma trabalhista (Lei nº 13.467/17) na terceirização
6. Da repercussão normativa
7. Conclusões

Referências

1. Das considerações iniciais

A terceirização no setor produtivo tem se configurado em um tema muito presente nas sociedades capitalistas. A discursão, já atravessa décadas,¹ retornando ao cenário mundial com a crise financeira do “*subprime*”, nos Estados Unidos, em 2008,² da imperiosa necessidade de reforma na legislação trabalhista, principalmente, no que tange a figura da Consolidação das Leis do Trabalho, que juntamente com a o plexo de direitos fundamentais sociais previsto da Constituição Federal de 1988, tornam a figura do empregado um custo altíssimo de empresa, com base nos fundamentos teóricos do sistema capitalista. Realidade que limita a possibilidade do agente econômico de se adaptar as crises,³

¹ Podemos falar que esse debate, no Brasil, começa a se desenvolver, fortemente, a partir das décadas de 80 e 90. “No Brasil, o fenômeno da terceirização encontrou espaço considerável para a sua inserção. Contando com o apoio da frágil legislação trabalhista brasileira, a terceirização adentrou as áreas industriais, passando nas décadas seguintes (80/ 90) a se expandir por outras áreas do mundo do trabalho brasileiro”. (OLIVEIRA, Fernanda Sousa. *Terceirização e Flexibilização das Normas Trabalhistas. Prolegómenos. Derechos y Valores*, Bogotá, vol. XVI, núm. 31, enero-junio, 2013, pp. 189-201. Disponível em: <<http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=87628085011>>. Acesso em: 08 de janeiro de 2015, p. 196).

² “Alguns fatores foram inéditos e específicos. E é esse o caso, por exemplo, do crescimento descontrolado de derivativos, da multiplicação de operações não padronizadas fora de mercados regulados, das arbitragens com taxas de juros e taxas de câmbio, da opacidade de novos tipos de operações e de fundos de investimento, dos níveis elevados e não controlados de alavancagem, dos conflitos de interesses de agências de classificação de risco, das políticas de remuneração que incentivam os executivos financeiros a uma excessiva exposição de risco e da coexistência de operações entre um conjunto de instituições regulamentadas e outras instituições em mercados com pouca ou sem nenhuma regulamentação. Foi a conjugação desses fatores que levou prejuízos iniciais estimados entre US\$ 300 e US\$ 400 bilhões no mercado americano de hipotecas *subprime* a se converterem numa perda de ativos originados em crédito do sistema financeiro dos Estados Unidos que, pelas estimativas, teria ultrapassado US\$ 2,2 trilhões.

(...)

Combinando assim fatores novos e antigos, que puseram em xeque modos tradicionais de formulação e implementação de política econômica, solaparam os esquemas de crescimento até então prevalentes e revelaram as crescentes dificuldades enfrentadas pelas autoridades governamentais para neutralizar o chamado ‘risco sistêmico’, a crise de 2008 evidenciou o déficit de informação das autoridades nacionais sobre a situação de liquidez global dos bancos. Entreabriu a falta de transparência do setor. E atingiu todos os mercados - do monetário ao de crédito, das bolsas de valores e de mercadorias às operações com opções de compra, contratos futuros e *swaps*. A crise não se circunscreveu apenas a bancos comerciais, a bancos de investimento, a caixas de depósitos. Ela também envolveu instituições não financeiras, como é o caso de seguradoras, de grandes empresas do setor de construção civil e até mesmo de companhias industriais e comerciais. Na busca de valorização dos ganhos financeiros decorrentes de operações cada vez mais complexas, elas assinaram contratos de derivativos cambiais vendendo dólares em valor equivalente a anos de exportação - com a depreciação cambial entre 2007 e 2008, contudo, os prejuízos foram tão vultosos que elas ficaram insolventes, perderam parte expressiva de seu patrimônio e tiveram de ser vendidas, incorporadas ou absorvidas.

Em vez de ter se expandido para financiar a produção e o comércio, desenvolvendo sistemas e mecanismos de gestão de riscos que os habilitassem a financiar as inovações do setor real da economia, os mercados monetário e de crédito e as bolsas de valores cresceram em sentido inverso, com base em títulos negociados por investidores financeiros - como fundos de pensão, fundos de cobertura (*hedge*) e fundos mútuos. Nesse ambiente, bancos e instituições financeiras não bancárias passaram a operar com crescente tolerância a risco, buscando retornos cada vez mais elevados. Com isso, multiplicaram-se as operações especulativas e de curto prazo, em detrimento de investimentos produtivos de médio e longo prazo, o que resultou numa riqueza financeira progressivamente desconectada da riqueza real e num regime de acumulação caracterizado pela ausência de uma regulação firme e eficiente. Nesse contexto, a expansão do crédito bancário hipotecário acabou gerando um círculo vicioso, que levou à formação das chamadas “bolhas de ativos”. À medida que a demanda por residências aumentou, o preço dos imóveis se elevou, fomentando com isso maior disponibilidade de crédito. E, quanto maior o crédito, maior a demanda, produzindo desse modo uma oferta ainda mais vigorosa de financiamentos. A confiança de que esse processo se manteria por longo tempo criou a sensação de que a aquisição de ativos financiado por crédito abundante seria uma operação bastante rentável, o que levou à sua difusão no mercado”. (FARIA, José Eduardo. **O Estado e o direito depois da crise**. São Paulo: Saraiva, 2011, ps. 21-23).

³ Cf. CASSAR, VÓLIA Bomfim. **Princípios Trabalhistas, Novas Profissões, Globalização da Economia e Flexibilização das Normas Trabalhistas**. Rio de Janeiro: Impetus, 2010, p. 40.

bem como fazer frente a uma concorrência, o qual não se limita mais ao ambiente de mercado local⁴ ou mesmo nacional, mas sim global.⁵

Hodiernamente, a concorrência no setor econômico é muito predatória exigindo um esforço das empresas para reduzir gastos com o objetivo de se adequar ao mercado. Nesse diapasão, as inovações tecnológicas também têm contribuído para pressionar os postos de trabalho. Senão vejamos o que ressalta Delgado,

*(...), essa renovação tecnológica intensa eliminava as antes impermeáveis barreiras do espaço e do tempo, extremando a competição capitalista no plano das diversas regiões do globo.*⁶

Além das instabilidades econômicas e do fator concorrência, citado retro, soma-se ao desenvolvimento tecnológico (robotização, microeletrônica, microinformática, hiperconectividade gerado pela internet,⁷ etc.), novas formas de organização de produção e o desafio de combater o desemprego/subemprego, dentre outros fatores, vindo à tona o debate sobre a necessidade de flexibilização das relações de trabalho.

Sobre o assunto lapida a professora Alice Monteiro de Barros:

(...). Muitos sustentavam que a predominância de normas imperativas nos institutos jurídicos era o fato gerador da crise das empresas, uma vez que lhes retirava as possibilidades de

⁴ “As pessoas dispõem agora não apenas de seu próprio sistema de acesso às informações para entender melhor o que está ocorrendo em seus países ou fora dele, não apenas para discuti-las entre si, mas também do mecanismo de comando e controle para se organizar e tomar uma providência”, acrescenta Mundie. ‘No passado, somente governos e exércitos dispunham desses tipos de sistemas de comando e controle. Agora as pessoas dispõem. E quanto mais essas ferramentas penetram em grandes volumes, mais cai o preço de sua produção e uso, e então mais elas penetram e mais longe se difundem. E, quanto mais se difundem, mais impossível se torna controlar qualquer coisa do centro.’ Mais impossível se torna também manter qualquer coisa no nível ‘local’. Tudo agora flui instantaneamente dos cantos mais remotos de qualquer país para essa plataforma global onde tudo é compartilhado”. (FRIEDMAN, L. Thomas; MANDELBAUM, Michael. **Éramos nós - a crise americana e como resolvê-la**. Tradução Ivo Korytovski. São Paulo: Companhia das Letras, 2012, p. 80).

⁵ “É comum ocorrerem crises, em princípio localizadas, ou restritas à esfera interna de certos países, mas que acabam alcançando outras regiões, todo o território nacional, e mesmo outros Estados nacionais, em curto espaço de tempo”. (GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. 70 anos da Consolidação das Leis do Trabalho e reforma trabalhista: o debate sobre a desregulamentação e a flexibilização. **Revista de Direito do Trabalho**. São Paulo: n. 150, ps. 51-57, ed. Revista dos Tribunais, março-abril, 2013, p. 52).

⁶ DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso do direito do trabalho**. 10º ed. São Paulo: LTr, 2011, p. 99.

⁷ “Se a Terra Plana 1.0 girava em torno de produzir mercadorias e serviços nessa nova plataforma global, a Terra Plana 2.0 gira em torno de tudo isso - mas também de gerar e compartilhar ideias nessa plataforma. Como Craig Mundie, superintendente de Estratégia e Pesquisa da Microsoft, nos disse, o que o PC, a internet e os mecanismos de busca fizeram para as páginas da web ‘foi permitir que qualquer pessoa com conectividade achasse qualquer coisa que lhe interessasse’, e o que o pc, o smartphone, a internet e o Facebook estão fazendo ‘é permitir que qualquer um ache qualquer pessoa’ que lhe interesse - ou ao menos qualquer dos 500 milhões de pessoas que já usam as redes sociais. Elas podem encontrar qualquer um que compartilhe seu interesse especial em tricô, culinária etíope, os New York Yankees, crianças com síndrome de Down, pesquisas sobre câncer, lançar uma jihad contra os Estados Unidos ou derrubar o governo do Egito, da Tunísia ou da Síria.

Quando tantas pessoas conseguem encontrar qualquer coisa ou pessoa mais facilmente que nunca, e podem permanecer em contato mais facilmente que nunca para colaborar na produção de mercadorias, enciclopédias ou revoluções, você está na Terra Plana 2.0 - um mundo hiperconectado. E isso tem implicações profundas”. (FRIEDMAN, L. Thomas; MANDELBAUM, Michael. **Éramos nós - a crise americana e como resolvê-la**. Tradução Ivo Korytovski. São Paulo: Companhia das Letras, 2012, p. 80).

*adaptarem-se a um mercado turbulento. Afirmavam que a rigidez daí advinda impedia a competitividade das economias europeias e o aproveitamento das oportunidades de inovação tecnológica (...)*⁸

Um dos desdobramentos lógicos da pauta de flexibilização das relações de trabalho é a possibilidade de terceirização⁹ da mão-de-obra de forma indiscriminada, ou seja, evitar o vínculo empregatício (o que reduziria sensivelmente os custos sociais para os empregadores), usando terceiros interpostos para a prestação tanto das atividades meio como das atividades fins, desenvolvida pela empresa.

A questão da terceirização, especificamente, ganha um novo contorno, em 2015, em decorrência da severa crise econômica e política que o Brasil vem passando, fruto de uma gestão da política macroeconômica temerária, onde o cenário fora maquiado com fitos eleitorais, empurrando o Brasil para os horrores da alta da inflação, para um sistema cambial desgovernado, aumento do desemprego, queda do consumo, déficit na contas públicas, elevação dos juros, o que acarretou, até mesmo, a perda de grau de investimento do Brasil, pela agência Standard & Poor's (S&P).

Nesse cenário de crise, onde não se vislumbra uma melhora a curto prazo, a terceirização seria uma das formas que o empresariado teria para abrandar suas despesas, diminuindo os custos sociais, fragilizando a situação jurídica do trabalhador em favor do capital.¹⁰

A partir dessa realidade, galgada pelo dinamismo econômico, ver-se no Direito do Trabalho um empecilho a expansão do capital¹¹ e a livre organização do mercado,¹² o qual encontra-se cada vez mais

⁸ BARROS, Alice Monteiro de. **Curso do direito do trabalho**. 7ª ed. São Paulo: LTr, 2011, p. 68.

⁹ “Os direitos sociais trabalhistas sofreram forte impacto com a globalização e modificação do processo produtivo, haja vista a alteração das estruturas sociais e econômicas que daí decorreram. A terceirização se apresenta como um fenômeno integrante do movimento de flexibilização das relações de trabalho, e não tem, ainda, no Brasil, regulamentação legal, por meio da qual sejam estabelecidos ou assegurados os direitos dos trabalhadores, que são em número cada vez maior nela envolvidos”. (CASTRO, Maria do Perpétuo Socorro W. de. **Terceirização – uma expressão do direito flexível do trabalho na sociedade contemporânea**. São Paulo: LTr, 2014, p. 127).

¹⁰ “A escassez de capital após o estouro das ponto-com levou as companhias de capital de risco a verificar, com redobrado cuidado, se as empresas em que investiam estavam utilizando os meios mais eficientes, de maior qualidade e menor preço para inovar. No apogeu da bolha, diz Haque, não era raro que um investimento de 50 milhões de dólares numa empresa iniciante desse, por ocasião da abertura de seu capital, um retorno de 500 milhões. Depois do estouro, a oferta pública dessa mesma empresa provavelmente chegaria a meros 100 milhões - de modo que os investidores de risco só se dispunham a fornecer 20 milhões para acompanhar os primeiros passos da empresa, até a oferta pública inicial.

- Para o capital de risco, a grande questão passou a ser como fazer as empresas em que investiam atingirem logo o ponto de equilíbrio ou darem lucro, para que parassem de drenar seu capital e pudessem ser vendidas *com um bom retorno e liquidez*- salienta Haque. - A solução encontrada por muitos desses investidores foi começar a terceirizar o maior número possível de funções desde o princípio. Como era preciso obter retorno o mais rápido possível, tudo o que fosse possível terceirizar seria terceirizado”. (FRIEDMAN, L. Thomas. **O mundo é plano – Uma breve história do século XXI**. Tradução Cristian Serra S. Duarte. Rio de Janeiro: Objetiva, 2005, p. 133).

¹¹ “A flexibilização tem sido voltada para o capital, para o aumento da produção. Visa maximizar lucros em decorrência da internacionalização das economias”. (MARTINS, Sergio Pinto. **Flexibilização das Condições de trabalho**. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 07).

¹² “Na verdade, a globalização que nos é oferecida não vem acompanhada de um comportamento liberal ou neoliberal dos países centrais, já que impõem barreiras monetárias e alfandegárias. A alta proteção trabalhista e a visão do bem-estar social praticados na era da administração econômica nacional ocasionam sociedades ocidentais não competitivas em relação às economias industrializadas e, por isso, alguns defendem que tais direitos devem ser drasticamente reduzidos, diminuindo os gastos, possibilitando melhor competitividade no mercado”. CASSAR, VÓLIA Bomfim. **Direito do trabalho**. 5ª ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2011, p. 26.

globalizado e interconectado entre si.¹³ De tal sorte, propaga-se um discurso fervoroso de que a Consolidação das Leis do Trabalho está fora do seu tempo, não sendo mais um uma fonte normativa, a contento¹⁴ aos anseios desse mercado hiperconectado.

De fato, o ramo justrabalista afirmou-se no período anterior como o mais clássico e abrangente instrumento de políticas sociais surgido no capitalismo, produzindo inquestionável intervenção normativa na economia, em favor, regra geral, de importante distribuição social dos ganhos do sistema econômico. Nesse contexto, a desregulamentação de suas regras ou, pelo menos, sua crescente flexibilização, tudo passou a compor foco destacado na matriz cultural que se generalizou no Ocidente no último quartel do século XX.¹⁵

Especificamente, no Brasil, após o processo de *impeachment* da Presidente da República Dilma Rousseff, a qual fora cassada em 31 de agosto de 2016, o então vice-presidente, Michel Temer, ao assumir a chefia do Poder Executivo Federal afirmou que dentre várias medidas para superação da crise econômica e para alavancar o crescimento do Brasil dar-se-ia início as articulações para a promoção da reforma trabalhista.

Nesse contexto de busca de reformas sistêmicas para “promoção” do desenvolvimento econômico e para superação da crise financeira tem-se a publicação da Lei nº 13.429/17 (“Lei da terceirização” – a qual altera dispositivos da Lei nº 6.019, de 3 de janeiro de 1974, que dispõe sobre o trabalho temporário nas empresas urbanas) o qual constitui-se de um resgate de um projeto de lei esquecido de 1998, posto o turbulento trâmite do Projeto de Lei nº 4.330/2004, o qual não corria com a velocidade desejada pelo governo, no seio do Senado.

A reforma trabalhista nos preceitos do Governo Temer ocorreu por meio da Lei nº 13.467/17 (publicada em 13 de julho de 2017) que alterou/acrescentou/revogou mais de 200 artigos da Consolidação da Leis do Trabalho (CLT), além de dispositivos das Leis nº 6.019/74 (dispõe sobre o trabalho temporário), nº 8.036/90 (dispõe sobre o fundo de garantia do tempo de serviço) e nº 8.212/91 (dispõe sobre a organização da seguridade social, institui plano de custeio).

Se não bastasse todo esse noval conjunto legislativo que impactou fortemente as relações sociais e que ainda estava se moldando e revelando seu contorno com a práxis do dia-a-dia, o STF, em agosto de 2018, julga, conjuntamente, as duas ações que versavam sobre a constitucionalidade da terceirização, a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamenta nº 324 e do Recurso Extraordinário nº 958.252, fixando tese quanto sua licitude.

¹³ “Com o aumento da competição no mundo cada vez mais globalizado as empresas tendem a se concentrar na sua atividade-fim, delegando as atividades-meio para parceiros estratégicos ou meros fornecedores de serviços, dependendo da importância da atividade para os resultados da organização. Este processo de desverticalização ou terceirização exige uma análise de cada situação específica e a adequada decisão quanto à sua execução ou não”. (OLIVEIRA, Fernanda Sousa. *Terceirização e Flexibilização das Normas Trabalhistas. Prolegómenos. Derechos y Valores*, Bogotá, vol. XVI, núm. 31, enero-junio, 2013, pp. 189-201. Disponível em: <<http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=87628085011>>. Acesso em: 08 de janeiro de 2015, p. 195).

¹⁴ “A legislação trabalhista brasileira pode ser comparada a urna máquina ultrapassada, que foi criada para trabalhar, mas que parecia não ter nascido para semelhante fim. A CLT não tem mais a mesma finalidade que tinha quando de sua criação, necessitando ser revista. Urna das formas dessa revisão é verificar mecanismos de flexibilização, de forma a adaptar à realidade de fato à norma jurídica”. (MARTINS, Sergio Pinto. *Flexibilização das Condições de trabalho*. 4º ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 02).

¹⁵ DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso do direito do trabalho*. 10º ed. São Paulo: LTr, 2011, p. 99.

Desta feita, fazendo uso de uma metodologia de análise qualitativa, usando-se os métodos de abordagem hipotético-dedutivos de caráter descritivo e analítico, adotando-se técnica de pesquisa bibliográfica, tem-se por objetivo fazer uma análise da dimensão normativa da terceirização da relação de trabalho no sistema jurídico brasileiro, na realidade atual, tendo em vista o contexto anterior a reforma trabalhista, aprovação da lei da terceirização em 2017, a publicação da reforma trabalhista, a qual entrou em vigor em 2018, e a decisão do STF quanto a licitude da terceirização.

2. Terceirização antes da reforma trabalhista

2.1. Do significado da relação de emprego

Com o fortalecimento do Estado Social, em contraposição aos ditames incrustados no pensamento liberal do séc. XIX, detecta-se uma forte intervenção estatal com o consequente fortalecimento dos direitos fundamentais de segunda dimensão. Destarte, trabalho e capital são elencados a um mesmo patamar protetivo, no qual é possível visualizar a importante carga axiológica de viés protetivo presente na relação de emprego.

Encerra-se a relação de emprego, nos ditames da CLT de 1943 e do arcabouço normativo constitucional da Constituição de 1934 e seguintes, numa relação jurídica bilateral, entre empregador e empregado, de caráter contínuo com a premissa de busca de maior integração do empregado a atividade empresarial, respaldado num manto de direitos e garantias mínimas para a promoção da dignidade da pessoa humana do trabalhador.

Tem-se a transmutação da figura do trabalhador visto de forma pejorativa, como um ser que exercia uma atividade inferior, cuja relação era explicada como uma contração de locação (*locatio operarum*), nos termos civilista,¹⁶ para uma realidade cujo o trabalho torna-se sinônimo de atividade dignificadora do homem, esculpido numa matriz jurídica de contornos próprios (Direito do Trabalho), vindo o trabalhador a deixar de ser um objeto do direito e galgar o *status* de sujeito de direito.

Em síntese, com a relação de emprego, erguido no seio do *Welfare State*, tem-se a construção de um instituto jurídico, o qual simboliza a proteção máxima ao trabalhador no contexto de economia capitalista, proporcionando um processo de horizontalização dessa relação bilateral, sob os auspícios da normatividade do princípio da igualdade.

2.2. Da vedação da terceirização

Com fulcro no pensamento de caráter mais voltado para a preservação dos direitos de segunda geração que busca fortalecer a relação laboral, que, inicialmente, no Brasil, qualquer forma de terceirização era completamente vedada.

O telos do microssistema trabalhista sempre foi da perpetuação do vínculo trabalhista, tanto que antes do advento da Lei nº 5.107/66, que institucionalizou o FGTS como forma alternativa, tinha-se o

¹⁶ “Os processos de terceirização que estamos enfrentando talvez nada mais sejam do que o retorno a sistemas de locação de serviços e de empreitada do Direito Civil, embora sob outros rótulos, diante da necessidade de competitividade interna e externa e das crises econômicas que proliferam nos nossos tempos”. (MARTINS, Sergio Pinto. **A terceirização do trabalho**. 13º ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 160).

regime de estabilidade decenal previsto no art. 492 da CLT,¹⁷ onde o trabalhador com mais de 10 anos de serviço, só poderia ser demitido em face de falta grave ou circunstância de força maior.

Na Constituição Federal de 1988 reconhece-se essa finalidade protetiva na redação do art. 7º, I: “relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos de lei complementar, que preverá indenização compensatória, dentre outros direitos;”.

Esse direito fundamental promotora da proteção contra a despedida arbitrária, consectário do princípio da continuidade da relação de emprego, fora construído em um longo processo histórico, vindo a ser consolidado como diretriz constitucional desde da Constituição de 1934,¹⁸ compondo, expressamente, como direito social nas Constituições seguintes (1937,¹⁹ 1946²⁰ e 1967),²¹ com a consagração na Constituição cidadã, transformando-o em um direito irreversível no termos do chamado efeito *cliquet* dos direitos fundamentais.²²

2.3. Do processo de mitigação da terceirização

A ruptura com a vedação absoluta a terceirização, permitindo a triangularização da relação empregatícia, deu-se através de duas edições legislativas, as quais regulamentou situações especialíssimas: Lei nº 6.019/74 (dispõe sobre o Trabalho Temporário nas Empresas Urbanas) e a Lei nº 7.102/83 (dispõe sobre segurança para estabelecimentos financeiros, estabelece normas para constituição e funcionamento das empresas particulares que exploram serviços de vigilância e de transporte de valores).

Com a Lei nº 6.019/74 buscou atender a demanda do empresariado quando da necessidade transitória de substituição de mão-de-obra (v.g., um funcionário de férias, de licença maternidade, afastado em face de acidente de trabalho, etc.) ou quando do acréscimo de serviços extraordinários (v.g., época natalina, carnaval, etc.).²³

¹⁷ CLT. Art. 492 - O empregado que contar mais de 10 (dez) anos de serviço na mesma empresa não poderá ser despedido senão por motivo de falta grave ou circunstância de força maior, devidamente comprovadas.

¹⁸ Constituição Federal de 1934. Art. 121 . (...)

§1º. (...)

g) indenização ao trabalhador dispensado sem justa causa;

¹⁹ Constituição Federal de 1937. Art. 137. (...)

f) nas empresas de trabalho contínuo, a cessação das relações de trabalho, a que o trabalhador não haja dado motivo, e quando a lei não lhe garanta, a estabilidade no emprego, cria-lhe o direito a uma indenização proporcional aos anos de serviço;

²⁰ Constituição Federal de 1946. Art. 157. (...)

XII - estabilidade, na empresa ou na exploração rural, e indenização ao trabalhador despedido, nos casos e nas condições que a lei estatuir;

²¹ Constituição Federal de 1967. Art. 158. (...)

XIII - estabilidade, com indenização ao trabalhador despedido, ou fundo de garantia equivalente;

²² “É esse movimento histórico de ampliação e aprofundamento que justifica o princípio da irreversibilidade dos direitos já declarados oficialmente, isto é, do conjunto dos direitos fundamentais em vigor. Dado que eles se impõem, pela sua própria natureza, não só aos Poderes Públicos constituídos em cada Estado, como a todos os Estados no plano internacional, e até mesmo ao próprio Poder Constituinte, à Organização das Nações Unidas e a todas as organizações regionais de Estados, é juridicamente inválido suprimir direitos fundamentais, por via de novas regras constitucionais ou convenções internacionais”. (COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 7º ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 79).

²³ Lei nº 6.019/74. Art. 2º - Trabalho temporário é aquele prestado por pessoa física a uma empresa, para atender à necessidade transitória de substituição de seu pessoal regular e permanente ou à acréscimo extraordinário de serviços.

Ter-se-ia uma relação contratual onde a empresa tomadora do serviço (cliente) firmaria um contrato escrito com a empresa de trabalho temporário, a qual forneceria um trabalhador, vindo este a prestar um serviço para o cliente pelo prazo máximo de 3 meses.²⁴

Já com a Lei nº 7.102/83 que vem ~~por~~ permitir que a vigilância ostensiva e o transporte de valores de estabelecimentos financeiros sejam executados por empresa especializada contratada.²⁵ Tem-se a primeira modalidade de terceirização, no Brasil, na qual se autoriza uma prestação intermitente.

Não se ignora o grande marco que foi o Decreto-lei nº 200/67, que veio por reestruturar a administração pública federal, quando do regime militar, vindo a permitir a terceirização na esfera pública, a qual passa a ser regido pelo princípio da descentralização.²⁶

Tal descentralização seria executada, dentre os planos principais, “da Administração Federal para a órbita privada, mediante contratos ou concessões”.²⁷ A ideia era desincumbir a administração pública federal de atividades executivas, transferindo para a órbita privada, de forma desburocratizar a máquina estatal, acelerando as tomadas de decisão e reduzindo os custos, na busca da concretização dos ditames do princípio da eficiência:

§ 7º 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.

Com a Lei nº 5.645/70, a qual veio por determinar as diretrizes de classificação de cargos do serviço civil da União e das autarquias federais, em seu art. 3º, parágrafo único, especificou que atividades em âmbito da administração pública federal poderia ser terceirizado:

²⁴ Lei nº 6.019/74. Art. 10 - O contrato entre a empresa de trabalho temporário e a empresa tomadora ou cliente, com relação a um mesmo empregado, não poderá exceder de três meses, salvo autorização conferida pelo órgão local do Ministério do Trabalho e Previdência Social, segundo instruções a serem baixadas pelo Departamento Nacional de Mão-de-Obra.

²⁵ Lei nº 7.102/83. Art. 3º A vigilância ostensiva e o transporte de valores serão executados:

I - por empresa especializada contratada; ou

II - pelo próprio estabelecimento financeiro, desde que organizado e preparado para tal fim, com pessoal próprio, aprovado em curso de formação de vigilante autorizado pelo Ministério da Justiça e cujo sistema de segurança tenha parecer favorável à sua aprovação emitido pelo Ministério da Justiça.

²⁶ Decreto-lei nº 200/67. Art. 6º As atividades da Administração Federal obedecerão aos seguintes princípios fundamentais:

(...)

III - Descentralização.

²⁷ Decreto-lei nº 200/67. Art. 10. A execução das atividades da Administração Federal deverá ser amplamente descentralizada.

§ 1º A descentralização será posta em prática em três planos principais:

a) dentro dos quadros da Administração Federal, distinguindo-se claramente o nível de direção do de execução;
b) da Administração Federal para a das unidades federadas, quando estejam devidamente aparelhadas e mediante convênio;
c) da Administração Federal para a órbita privada, mediante contratos ou concessões.

ROCCO ANTONIO RANGEL ROSSO NELSON, WALKYRIA DE OLIVEIRA ROCHA TEIXEIRA Y CRISTINA ALVES DA SILVA BRAGA: Da precarização da relação de trabalho por meio da terceirização no brasil

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 número 200, de 25 de fevereiro de 1967.

Tal modelação de gestão pública, mas tarde, na década de 90, se alinharia com o processo de desestatização, realizado pelo governo, iniciado com a Lei nº 8.031/90 e seguido pela Lei nº 9.491/97, reflexo, claro, da ideologia neoliberal.

No prelúdio da década de 80, com o Estado Social em crise e o afloramento das ideias neoliberais, tem-se uma impulsão da terceirização, face a formação de um mercado de serviços e a gradual expulsão dos empregados do âmbito das empresas.

O TST não se omitiu, vindo a pronunciar-se contrário a prática da terceirização (marchandage – fornecimento comercial de mão de obra, no sistema francês), reconhecendo a legalidade, apenas, nas hipóteses da Lei nº 6.019/74 e da Lei nº 7.102/83.

O conjunto jurisprudencial contrário a intermediação de mão-de-obra fora consolidado na súmula nº 256, de 30 de setembro de 1986:

CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LEGALIDADE

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.

A súmula vem reforçar o entendimento presente em um Estado protetivo cujo intento é preservar o trabalhador no âmbito da Administração Pública, bem como na iniciativa privada.

2.4. Das modalidades lícitas de terceirização –uma construção jurisprudencial da década de 90

No início da década de 90 tem-se o ápice do pensamento neoliberal, por assim dizer, repercutindo no Brasil, em um forte processo de terceirização, apesar da legislação autorizar, apenas, em situações muito adstritas e a súmula nº 256 do TST vetar o seu uso de forma generalizado.

Com efeito, o Ministério Público do Trabalho requereu, em 1993, ao TST, a revisão de sua súmula, ampliando a hipóteses de terceirização dentro da administração pública federal, também, para o âmbito das empresas públicas e sociedades de economia mista, nos termos do decreto-lei nº 200/67 e do art. 3º, parágrafo único da Lei nº 5.645/70.

Nesse interim, o TST, realizou a revisão de forma mais ampla que a solicitada pelo Ministério Público do Trabalho, alargando a hipótese de terceirização não só para as empresas públicas e sociedades de economia mista, mas para todas as entidades de natureza privada, desde que o serviço prestado esteja ligado a atividade-meio do tomador.

De tal sorte, houve o cancelamento súmula nº 256 do Tribunal Superior do Trabalho, sendo publicado um novo verbete, na figura da súmula nº 331, que assim sintetizou a matéria da terceirização, no ordenamento jurídico brasileiro:

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 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.

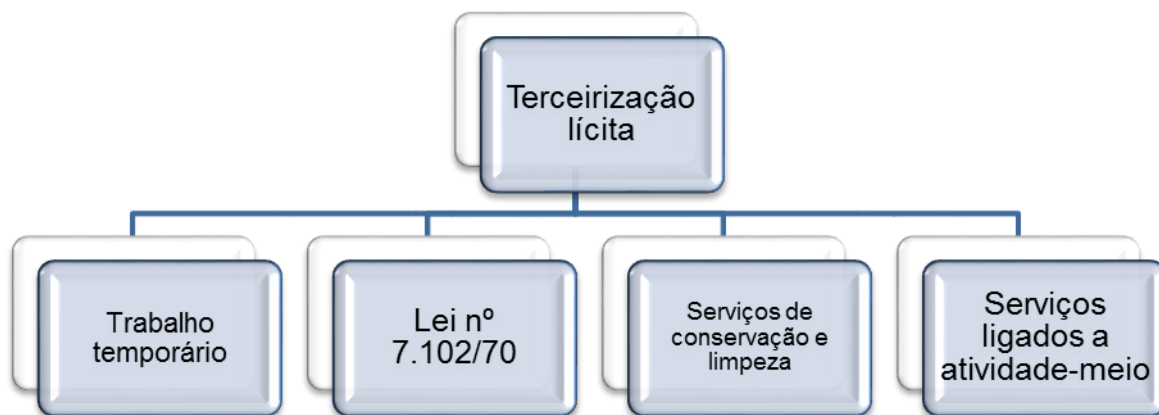
VI - A responsabilidade subsidiária do tomador de serviços abrange todas as verbas decorrentes da condenação referentes ao período da prestação laboral.

Constata-se que a terceirização, no Brasil, é ilustrada pela normatividade criada pela jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho, nos termos da súmula nº 331, vindo a configurar fraude, nas balizas do art. 9º da CLT,²⁸ todas as formas de terceirização praticada fora dos parâmetros sumulados.

De tal sorte, pode-se lapidar como formas de terceirização lícitas, no sistema jurídico trabalhista brasileiro as situações da Lei nº 6.079/74 (trabalho temporário), da Lei nº 7.102/70 (serviços vigilância ostensiva e o transporte de valores de estabelecimentos financeiros), serviços de conservação e limpeza e serviços especializados ligados a atividade meio do tomador (súmula nº 331, III do TST).

²⁸ CLT. 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.

Figura 01 – terceirizações lícitas



Fonte: elaborado pelos autores

Afere-se que não deve haver o vínculo de personalidade e subordinação direta entre o terceirizado e o tomador do serviço, nas hipóteses prescritas na súmula nº 331 do TST, em face de configurar fraude trabalhista, o que acarretaria o reconhecimento do vínculo empregatício. Excepciona tal regra no caso do trabalhador temporário, onde o mesmo será duplamente subordinado, ficando sobre o comando tanto do tomador do serviço (cliente) quanto da empresa de trabalho temporário.

Outro detalhe fulcral é que o conceito de atividade-fim se determinou por via de exclusão. Ou seja, será considerado atividade-fim aquilo que não for determinado ou fixado como atividade-meio.²⁹

Assim lapida os respectivos conceitos o professor Mauricio Godinho:

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. (...)³⁰

Não há dúvida que a definição de atividade-fim e atividade-meio se torna elemento nevrálgico para o aspecto de reconhecimento da terceirização lícita ou ilícita, no ordenamento jurídico brasileiro.

²⁹ Cf. DELGADO, Gabriela Neves; AMORIN, Helder Santos. **Os limites constitucionais da terceirização**. São Paulo: LTr, 2014, p. 48.

³⁰ DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso do direito do trabalho**. 10º ed. São Paulo: LTr, 2011, p. 438.

3. Da terceirização e seu caminho até o STF

Frente as inquietações sociais que se apresentam ao STF, a disputa registrada entre as restrições impostas à terceirização e a crescente demanda pela liberação do instituto, fomentou a reanálise pelo Supremo no que tange ao assunto em destaque. A Corte Constitucional firmou uma espetacular mudança de entendimento, desaguando no reconhecimento da repercussão geral sobre a terceirização.

Segue a contextualização do caso.

A súmula nº 331 do TST, desde sua publicação em 1993, tem sido respaldada por uma jurisprudência de mais de duas décadas, permanecendo firme os julgados da Justiça do Trabalho sobre os limites da terceirização, nos termos do verbete retro.

Nas diversas tentativas de se questionar as decisões da Justiça do Trabalho, em sede de recurso extraordinário, no tocante à violação da liberdade de contratar, o STF negou veementemente o recebimento do recurso em face de sua jurisprudência.

Note que as decisões exaradas pelo tribunal inadmitem o cabimento do recurso extraordinário quando para aferição da violação do princípio da legalidade venha a depender da verificação de normas infraconstitucionais. Em suma, não cabe o recurso extraordinário quando da violação indireta ou reflexa do princípio da legalidade.

Tal entendimento fora cristalizado na súmula nº 636 (verbetes aprovados em 2003) do STF:

Não cabe recurso extraordinário por contrariedade ao princípio constitucional da legalidade, quando a sua verificação pressuponha rever a interpretação dada a normas infraconstitucionais pela decisão recorrida.

Todavia, o STF, em 2014, no Recurso Extraordinário com Agravo nº 713.211/MG, interposta pela Cenibra (Celulose Nipo-Brasileira S.A.), empresa multinacional de celulosa, controlada por capital japonês, a qual está entre três maiores produtoras de papel do Brasil, recebeu o aspirado recurso incumbindo-se na apreciação da constitucionalidade da terceirização da atividade-fim das empresas, face a pretensa violação da liberdade de contratar inferida no princípio da legalidade (art. 5º, II da Constituição Federal).

Tudo teve início com a ação civil pública (ACP) interposta pelo Ministério Público do Trabalho (MPT), na Justiça do Trabalho de Minas Gerais, contra a Cenibra, embasado nas investigações decorrentes da CPI das Carvoarias, realizada pela Assembleia Legislativa de Minas Gerais, instalada em 2001,³¹ onde se constatou a intensa precarização das condições de trabalhos dos serviços terceirizados que envolviam, dentre outras atividades o de florestamento e reflorestamento, onde é feito o plantio, corte e replantio para fins de extração de madeira, praticado no domínio da Cenibra.

No processo nº 01261-2006-013-03-00-0, da 13ª Vara da Justiça do Trabalho de MG, o pleito da ACP do Ministério Público do Trabalho foi de procedência parcial, em 2007, momento marcado pelo reconhecimento dos serviços de florestamento e reflorestamento como atividades ínsitas ao objeto social da Cenibra, bem como a intermediação fraudulenta de mão-de-obra, determinando no mérito da sentença condenatória que a ré:

³¹ Relatório disponível em: <<http://dspace.almg.gov.br/xmlui/handle/11037/14441>>. Acessado em: 10 de fevereiro de 2019.

(...) abstenha-se de contratar terceiros para a prestação de serviços relacionados à sua atividade-fim, especialmente o florestamento, o reflorestamento, a colheita florestal, o reparo e o beneficiamento de madeira e ao objeto dos contratos firmados com seus empreiteiros, provendo este tipo de mão-de-obra, que lhe é essencial, por meio da contratação direta de trabalhadores, com vinculação a seus quadros funcionais e subordinação à sua disciplina interna, garantida toda a gama de direitos trabalhistas, sociais e os contemplados em acordos ou convenções coletivas da respectiva categoria profissional, sob pena de pagamento de multa diária correspondente a R\$1.000,00, em favor do Fundo de Amparo ao Trabalhador – FAT, ou na sua extinção, aos cofres da União, pelo descumprimento da referida ordem judicial.³²

No recurso ordinário, interposto ao TRT da 3ª região, a 7ª Turma confirma a condenação feita pelo juiz monocrático, bem como reconhece as práticas antissindiciais perpetrada pela ré e a configuração dos danos morais coletivos solicitados pelo MPT. O respectivo acordão fora publicado em setembro de 2008.

Extrai-se desse recurso ordinário o seguinte trecho que retrata a precarização dos terceirizados da CENIBRA:

*(...) pelo Relatório Circunstanciado de Ação Fiscal Trabalhista do Ministério do Trabalho e Emprego (f. 3399 e seguintes, 19º volume), que teve como investigada a reclamada, verifica-se que “este procedimento de terceirizar parte das atividades da empresa teve início por volta do ano de 1994. Os empregados que exerciam as funções de trabalhador florestal, operador de motosserra, entre outras funções na CENIBRA foram demitidos e contratados, na sua grande maioria, pelas empresas prestadoras de serviços (...) Nas áreas em que o relevo permite a colheita totalmente mecanizada, tais atividades são realizadas por trabalhadores registrados na CENIBRA, onde são utilizadas máquinas modernas com alta produtividade, restando às terceirizadas os trabalhos em local de relevo acentuado e em atividades mais perigosas, insalubres ou penosas”.*³³

Contra o acordão do TRT da 3ª região, a Cenibra interpõe recurso de revista, não sendo recebido pelo TRT. Em face de tal decisão a Cenibra agrava da decisão ao TST, alegando diversas matérias de orbita processual e material, como por exemplo, cerceamento de defesa, ilegitimidade ativa e passiva *ad causam*, litisconsórcio passivo necessário, que a terceirização era de atividade-meio, dentre outros.

No acordão desse agravo de instrumento em recurso de revista (junho de 2011), a 8ª turma, do TST, nega o provimento sob o seguinte fundamento, nos termos da jurisprudência do STF, já citado acima:

*A alegação de afronta ao art. 5º, II, da Carta Magna não impulsiona o recurso de revista, por tratar este dispositivo de princípio genérico cuja violação só se perfaz, quando muito, de forma reflexa ou indireta. Esse é o entendimento consagrado neste Tribunal.*³⁴

³² TRT da 3ª região – Processo de nº 1261-2006-013-03-00-0.

³³ TRT da 3ª região – Processo de nº 1261-2006-013-03-00-0.

³⁴ TST. AIRR nº 126140-27.2006.5.03.0013.

Não resiliente, a empresa Cenibra, contra a decisão do TST interpõe recurso extraordinário (RE), ao STF, em maio de 2012, não sendo recebido pelo TST, mais uma vez, pelo entendimento da inadmissibilidade do RE quando da ofensa reflexa aos preceitos constitucionais, conforme a consagrada jurisprudência do STF.

Nesse interim, a decisão de não recebimento do RE pelo TST é agravado ao STF, onde o ministro relator Luiz Fux, monocraticamente, nega o seu seguimento (em 19 de abril de 2013), nos termos da já citada súmula nº 636 do STF, onde a controvérsia gira em torno da interpretação de normas infraconstitucionais, só maculando a norma constitucional de forma oblíqua.

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.³⁵

Ainda, quando do agravo interno, a primeira turma do STF, negou o provimento nos termos do voto do relator, de forma unânime:

A violação reflexa e oblíqua da Constituição Federal decorrente da necessidade de análise de malferimento de dispositivo infraconstitucional torna inadmissível o recurso extraordinário. Precedentes: AI 503.093-AgR, Relator: Min. Ellen Gracie, DJe- 11/12/2009; RE 421.119-AgR, Relator: Min. Carlos Britto, DJ 11/02/2005; RE 402.557-AgR, Relator: Min. Sepúlveda Pertence, DJe- 27/04/2007 e RE 405.745-AgR, Relator: Min. Marco Aurélio, DJe 19/06/2009.³⁶

Apesar de toda uma plêiade argumentativa, onde se percebe um uníssono pensamento, desde a decisão do TRT da 3º Região, passando pelo TST e nas manifestações iniciais da Suprema Corte, a primeira turma, quando da análise dos embargos declaratórios, já nos idos de 2014, em uma virada de rompanete, confere efeitos modificativos a decisão embargada, reconhecendo os requisitos admissionais do recurso extraordinário.

2. 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. Patente, outrossim, 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.

3. Embargos de declaração providos, a fim de que seja dado seguimento ao Recurso Extraordinário, de modo que o tema possa ser submetido ao Plenário Virtual desta Corte para os fins de aferição da existência de Repercussão Geral quanto ao tema ventilado nos termos da fundamentação acima.³⁷

³⁵ STF. Recurso Extraordinário com Agravo nº 713211/MG.

³⁶ STF. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo nº 713.211/MG.

³⁷ STF. Embargos Declaratórios no Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo nº 713.211/MG.

ROCCO ANTONIO RANGEL ROSSO NELSON, WALKYRIA DE OLIVEIRA ROCHA TEIXEIRA Y CRISTINA ALVES DA SILVA BRAGA: Da precarização da relação de trabalho por meio da terceirização no Brasil

Em seguida, em maio de 2014, o STF reconhece a Repercussão Geral da matéria (tema de nº 725), vislumbrando que a interpretação sobre a atividade-fim pode repercutir no direito fundamental da livre iniciativa, vindo a ofender diretamente o princípio da legalidade, face uma obrigação não fundada em lei que comprometeria a liberdade empresarial.

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.³⁸

É importante frisar que em 2016 o Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo nº 713.211/MG sofreu reatuação passando a ser o Recurso Extraordinário nº 958.252.

Destaca-se, ainda, que fora protocolado, em 25 de agosto de 2014, uma Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 324 pela Associação Brasileira do Agronegócio – ABAG, tendo o Ministro Roberto Barroso como relator atual, com 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”.³⁹

4. Da nova lei da terceirização (lei nº 13.429/17)

4.1. Breve contexto histórico do projeto de lei nº 4.330/2004

Dos diversos projetos de lei que trata sobre terceirização (são quase trinta projetos de lei) o que se encontra mais adiantado em sua tramitação é o Projeto de Lei nº 4.330/2004, do deputado federal Sandro Mabel, o qual fora apresentado no dia 26 de outubro de 2004.

O respectivo projeto sofreu diversas emendas, sendo sua culminância no mês de abril de 2015, com as pressões dos mais diversos segmentos da sociedade e dos debates acalorados, nas diversas sessões de plenária da Câmara dos Deputados. A versão final foi aprovada na plenária do dia 22 de abril de 2015, com a denominação de Projeto de Lei nº 4.330- I/2004, sendo remetido ao Senado Federal, pela Mesa Diretora da Câmara dos Deputados por meio do ofício nº 140/2015.

O cerne normativo trazido nesse projeto de lei, se aprovado no Senado Federal e sancionado pelo Presidente da República, seria a autorização que liberaria de forma generalizada uso da terceirização, no âmbito das empresas privadas e equiparadas, independentemente da prestação de serviços está relacionada as atividades-meio ou atividades-fim da atividade econômica organizada, como se extrai da redação do art. 4º do respectivo projeto:

³⁸ STF. Repercussão Geral no Recurso Extraordinário com Agravo nº 713.211/MG.

³⁹ STF. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 324. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincide nte=4620584>>. Acessado em: 08 de fevereiro de 2019.

Art. 4º É lícito o contrato de terceirização relacionado a parcela de qualquer atividade da contratante que obedeça aos requisitos previstos nesta Lei, não se configurando vínculo de emprego entre a contratante e os empregados da contratada, exceto se verificados os requisitos previstos nos arts. 2º e 3º da Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943. (Grifos nossos)

No próprio conceito de terceirização dado no projeto de lei, supra, não é feito qualquer distinção entre a atividade-meio e a atividade-fim, deixando de ter relevância normativa para traçar os limites da terceirização:

Art. 2º Para os fins desta Lei, consideram-se:

I - terceirização: a transferência feita pela contratante da execução de parcela de qualquer de suas atividades à contratada para que esta a realize na forma prevista nesta Lei; (...)

Em evento da ANAMATRA, o professor Mauricio Godinho criticou durante o respectivo projeto, tendo em vista que o mesmo deveria restringir a já epidemia que é a terceirização, no Brasil, o qual precariza o trabalhador, causando redução de salários, aumento dos acidentes de trabalhos, fragilizando a organização sindical, comprometendo até mesmo a existência de categorias profissionais:

Eu nunca vi um projeto de precarização do trabalho tão impactante como esse, de tamanha amplitude e efeitos danosos, que desrespeita dezenas de milhões de pessoas que vivem do trabalho. (...)

(...). É como se o brasileiro fosse o problema do Brasil. Trata-se de uma visão retrógrada, com saudades do século XIX ou embevecida pela precarização de certas realidades asiáticas. É como se o trabalhador fosse uma matéria-prima que tem de ser cada vez mais barata, ao invés de ser um partícipe e co-contrutor das empresas e do Brasil. (...)

A terceirização, ao reverso do que o projeto faz, tem de ser restrita. O projeto teria de restringir a terceirização, pois ela já se tornou uma epidemia; epidemia restringe-se e se controla; ou seja, coloca-se o fenômeno dentro de margens de segurança, ao invés de se instigar a sua generalização. O PL não regulamenta, restringindo, a terceirização; ele, na verdade, desregulamenta, liberaliza, generaliza o fenômeno da terceirização.⁴⁰

4.2. A terceirização através da lei nº 13.429/17

A Lei nº 6.019/74 que versa sobre trabalho temporário nas empresas urbanas sofreu no início de 2017 alteração por meio da Lei nº 13.429/17, o qual fora fruto de articulação do presidente da Câmara dos Deputados (à época, o deputado federal pelo Estado do Rio de Janeiro e filiado ao DEM, Rodrigo Maia), tendo a dificuldade e demora na aprovação do Projeto de Lei nº 4.330-I/2004 que remodelava a terceirização, no Brasil, deu encaminhamento a um projeto de lei antiquíssimo, Projeto de Lei nº 4.302/98, proposto na época pelo presidente Fernando Henrique Cardoso, o qual já tinha sido retirado de pauta, em 2003, pelo ex-presidente Luís Inácio Lula da Silva.

⁴⁰ Disponível em: <<http://www.anamatra.org.br/index.php/noticias/mauricio-godinho-afirma-que-regulamentacao-da-terceirizacao-vai-esvaziar-o-papel-da-justica-do-trabalho>>. Acessado em: 10 de julho de 2015.

Por óbvio que a referida lei fora questionando quanto sua constitucionalidade, sendo identificado três ações diretas de inconstitucionalidade, ADI nº 5685 ajuizado pelo partido Rede Sustentabilidade, ADI nº 5686 impetrado pela Confederação Nacional das Profissões Liberais (CNPL) e ADI nº 5687 que tem por autor o Partido dos Trabalhadores e Partido Comunista do Brasil.

É importante apontar que a Lei nº 13.429/17 altera o conteúdo normativo da Lei nº 6.019/74 que passa a versar não só sobre trabalho temporário como sobre a terceirização através de empresa de prestação de serviços.⁴¹

A lei retro quando de sua publicação, ~~na época~~, ficou extremamente mal afamada sendo ventilado de forma geral, pela imprensa, quanto a liberação irrestrita da terceirização.

Ao se atentar ao que já fora explicitado nesse ensaio sobre hipóteses de terceirização lícita, no caso de trabalho temporário, nunca houve impedimento do uso de trabalhador temporário em relação a atividade-fim, posto que o serviço é decorrente de “fatores imprevisíveis ou, quando decorrente de fatores previsíveis, tenha natureza intermitente, periódica ou sazonal”, conforme bem explicita §2º do art. 2º da Lei nº 6.019/74 acrescentado pela Lei nº 13.429/17.⁴²

Ou seja, a nova redação prescrita no art. 9º, §3º só reitera o que já era praticado na realidade trabalhista e considerado lícito:

Art. 9º (...)

§ 3º O contrato de trabalho temporário pode versar sobre o desenvolvimento de atividades-meio e atividades-fim a serem executadas na empresa tomadora de serviços.

Constate que a redação original do art. 2º da Lei nº 6.019/74 possui o mesmo conteúdo normativo:

*Art. 2º - Trabalho temporário é aquele prestado por pessoa física a uma empresa, **para atender à necessidade transitória de substituição de seu pessoal regular e permanente ou à acréscimo extraordinário de serviços.** (grifo nosso)*

⁴¹ Cf. GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **Terceirização**. 3º ed. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 52. “Com efeito, podemos dizer que a encimada lei transformou a Lei Federal 6.019/1974 em verdadeira Lei Geral de Terceirização – LGT do trabalho no Brasil (...)”. SILVA, Paulo Renato Fernandes da. A nova lei de terceirização do trabalho no Brasil. IN: GUIMARÃES, Ricardo Pereira de Freitas; MARTINEZ (coord). **Desafios da Reforma Trabalhista – De acordo com a MP 808/2017 e com a Lei 13.509/2017**. São Paulo: RT, 2017, p. 364. “A despeito dessa particularidade, que importará em arguições de toda natureza, fato é que a citada Lei n. 13.429, de 31 de março de 2017, no influxo da chamada Era Temer, transformou o então diploma normativo (Lei 6.019/74) que cuidava exclusivamente da ‘terceirização de trabalhadores mediante o contrato de trabalho temporário’ num microssistema que passou a tratar conjuntamente tanto da citada ‘terceirização de trabalhadores’ (ou intermediação ode mão de obra, como preferem) quanto da terceirização de serviços’ através de empresa prestadora de serviços a terceiros”. (MARTINEZ, Luciano. **Reforma trabalhista – entenda o que mudou**. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 247).

⁴² Lei nº 6.019/74. Art. 2º - Trabalho temporário é aquele prestado por pessoa física a uma empresa, **para atender à necessidade transitória de substituição de seu pessoal regular e permanente ou à acréscimo extraordinário de serviços.** (grifo nosso)

Destaca-se que a Lei nº 13.429/17 tem maior ênfase, no que tange a redação original da Lei nº 6.019/74, é em relação a inserção do conceito de empresa prestadora de serviços, a qual só pode ser pessoa jurídica. Na redação original permitia pessoa jurídica e física. *In verbis*:

Redação anterior	Redação dada pela Lei nº 13.429/17
<p>Art. 4º Compreende-se como empresa de trabalho temporário a pessoa física ou jurídica urbana, cuja atividade consiste em colocar à disposição de outras empresas, temporariamente, trabalhadores, devidamente qualificados, por elas remunerados e assistidos. (Grifos nossos)</p>	<p>Art. 4º Empresa de trabalho temporário é a pessoa jurídica, devidamente registrada no Ministério do Trabalho, responsável pela colocação de trabalhadores à disposição de outras empresas temporariamente. (Grifos nossos)</p>

Quanto ao conceito de empresa prestadora de serviços a terceiros assim a Lei nº 13.429/17 prescrevia no art. 4º-A: “(...) é a pessoa jurídica de direito privado destinada a prestar à contratante serviços determinados e específicos”.⁴³

Por mais que o intento do empresariado fosse a permissão da terceirização de forma ampla e irrestrita, a redação supra não favorecia, permitindo um grande embate quanto ao sentido de “serviços determinados e específicos”, posto a possibilidade de terceirização da atividade-fim no trabalho temporário, o que não oferecia segurança jurídica ao empresariado, os quais ficariam na dependência da interpretação dada pelos tribunais.⁴⁴

Afira que se fosse o telos do legislador permitir a terceirização da atividade fim teria repetido na parte que tratava de empresa prestadora de serviços a terceiros a redação do §3º do art. 9º que se destinava a trabalho temporário.

É nesse sentido que lapida Vander Brusso da Silva e Geancarlos Lacerda Prata:

(...). O legislador ordinário, ao redigir o § 3º do art. 9º da Lei 6.019/1974, não almejou permitir que a terceirização geral contemplasse as atividades-fim das empresas tomadoras de

⁴³ “(...). Serviços específico (ou especificado) é aquele previamente delimitado quanto à sua extensão, pouco importando se é ‘especializado’ ou não; pouco importando se é ‘especializado’ ou não; pouco importando se a empresa cliente tem a mesma expertise ou não. O relevante agora é apenas que o trabalhador terceirizado não realize atividades distintas daquelas que foram objeto do contrato. Essa é a lógica do serviço determinado e específico ou, como aqui se denomina, do ‘serviço especificado’.

(...)

Exemplo: um banco, que tem expertise no manejo com o mercado de capitais, pode, em face da nova lógica estabelecida pela Lei n. 13.429, de 2017, contratar um empresa que lhe ofereça o serviço especificado de alimentação dos caixas eletrônicos e de registro de suas operações, mas não pode utilizar os trabalhadores em atividades distintas daquelas que foram objeto do contrato”. (MARTINEZ, Luciano. **Reforma trabalhista – entenda o que mudou**. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 255).

⁴⁴ “Foi alterada pela reforma trabalhista a redação do art. 4º-A da Lei 6.019/1974, pois sua redação mencionava que a empresa prestadora de serviços deveria prestar serviços “determinados e específicos” à contratante. A redação gerava controvérsias a respeito da possibilidade ou não de se terceirizar atividade-fim. A dúvida ocorria porque o legislador, quando tratou do trabalho temporário, foi claro em autorizar a terceirização em atividade-fim”. (CASSAR, VÓLIA Bomfim; BORGES, Leonardo Dias. **Comentários à Reforma Trabalhista**. São Paulo: Método, 2017, ps. 87-88).

ROCCO ANTONIO RANGEL ROSSO NELSON, WALKYRIA DE OLIVEIRA ROCHA TEIXEIRA Y CRISTINA ALVES DA SILVA BRAGA: Da precarização da relação de trabalho por meio da terceirização no Brasil

*serviço. Permitiu-se, na época, a terceirização de serviços determinados e específicos, porquanto que a intenção legislativa de se autorizar a terceirização geral para toda e qualquer atividade das empresas tomadoras de serviço somente se consumou com a promulgação da Lei 13.467/2017, dando nova redação ao art. 5º-A da Lei 6.019/1974.*⁴⁵

Apesar da lei, o elemento nevrálgico para determinação do que seria terceirização lícita ou ilícita continuaria a permear a noção de atividade fim e atividade meio. Provavelmente, em face dos precedentes da Justiça do Trabalho, os serviços determinados e específicos seriam interpretados como os serviços periféricos que dão suporte a atividade fim da empresa.

5. Impacto da reforma trabalhista (lei nº 13.467/17) na terceirização

A Lei nº 13.467/17 (reforma trabalhista) realizou ajustes como em relação a redação do art. 4º-A elucidando o tipo de atividade que o contratante poderia realizar.⁴⁶ No caso ampliando para as atividades principais do empreendimento econômico. *In verbis*:

Redação anterior	Redação dada pela Lei nº 13.467/17
<p>Art. 4º-A. Empresa prestadora de serviços a terceiros é a pessoa jurídica de direito privado destinada a prestar à contratante serviços determinados e específicos. (Incluído pela Lei nº 13.429, de 2017) (Grifos nossos)</p>	<p>Art. 4º-A. Considera-se prestação de serviços a terceiros a transferência feita pela contratante da execução de quaisquer de suas atividades, inclusive sua atividade principal, à pessoa jurídica de direito privado prestadora de serviços que possua capacidade econômica compatível com a sua execução. (Redação dada pela Lei nº 13.467, de 2017) (Grifos nossos)</p>

Com a redação da Lei nº 13.467/17 fica claro a norma permissiva quanto a terceirização da atividade principal,⁴⁷ configurando como lícita a terceirização de forma ampla e geral.⁴⁸ De tal sorte, o uso das

⁴⁵ SILVA, Vander Brusso da; PRATA, Geancarlos Lacerda. A terceirização no Brasil. IN: GUIMARÃES, Ricardo Pereira de Freitas; MARTINEZ (coord). **Desafios da Reforma Trabalhista – De acordo com a MP 808/2017 e com a Lei 13.509/2017**. São Paulo: RT, 2017, p. 399.

⁴⁶ “Houve alteração de parte da Lei do Trabalho Temporário, quanto ao tema da terceirização, ou seja, toda celeuma em torno da aprovação, em março de 2017, da terceirização da atividade-fim ou da atividade-meio caiu por terra, porque apenas quatro meses mais tarde a Lei 13.467/2017 trouxe tintas ainda mais pesadas na liberação do regime de terceirização no Brasil. (...)”. (SILVA, Homero Batista Mateus da Silva. **Comentários à reforma trabalhista – análise da Lei 13.467/2017 – artigo por artigo**. São Paulo: RT, 2017, p. 188).

⁴⁷ “A redação reformada de março de 2017 não contemplava a terceirização da atividade-fim, para o regime de terceirização em geral, mas apenas para o trabalho temporário. Então, a reforma da reforma usou a expressão “atividade principal”. Ainda assim, não recomendo nenhum cântico de vitória, pois não se sabe como a jurisprudência encarará exatamente esta proposta de uma empresa não empreender seu próprio objeto social, delegando-o integralmente a terceiros – donde a expressão terceirização irrestrita. Aliás, até mesmo o enquadramento tributário me parece que ficará em xeque, porque se uma metalúrgica não desenvolve a metalurgia, mas delega todo o processo produtivo para uma empresa prestadora de serviços de metalurgia, então talvez ela não seja uma metalúrgica, mas uma empresa de gerenciamento de contratos de terceirização. Desnecessário dizer da confusão que haverá no enquadramento sindical e na negociação coletiva, pois a empresa suscitada

definições de atividade-meio e atividade-fim deixa de ser utilizada para caracterização da terceirização lícita e ilícita.⁴⁹

Quanto a concepção de terceirização no sistema brasileiro, após a reforma trabalhista, assim explicita Luciano Martinez:

(...). A legislação simplesmente admite que uma empresa contrate outra para a prestação de determinado serviço, ainda que esse serviço coincida com a sua atividade-fim. Houve, portanto, uma desnaturação, uma desfiguração, uma adulteração, uma descaracterização daquilo que era da natureza da terceirização. Atualmente, portanto, a definição de terceirização no ordenamento jurídico brasileiro é a seguinte: técnica de organização do processo produtivo por meio da qual uma empresa, entendida como tomadora ou cliente, por conveniência ou oportunidade, contrata outra empresa, compreendida como prestadora, para prestar-lhe qualquer serviço em uma das suas atividades, inclusive no âmbito de sua atividade principal.⁵⁰

Todavia, é importante perceber a existência de um quadro normativo que delimita contornos para a licitude dessa terceirização geral.

Primeiramente fica evidenciado que só é possível ser feita com pessoa jurídica de direito privado (art. 4º-A, caput), o que impedi que seja feito com pessoa física; necessita está registrado na junta comercial (art. 4º-B,II). O que importa dizer é que tem que ser uma pessoa jurídica que se a molde ao conceito de empresário do art. 966 do Código Civil; que possua capital social compatível com o número de empregados (art. 4º-B,III) de sorte a preservar a capacidade econômica da empresa;⁵¹ devendo ser celebrado, necessariamente, por meio de contrato escrito (art. 5º-C); não pode figurar

talvez não tenha nenhum empregado metalúrgico, ao passo que a empresa terceirizada dirá que ela não é metalúrgica mas empreendimento especializado em prestação de serviços terceirizados”. SILVA, Homero Batista Mateus da Silva. **Comentários à reforma trabalhista – análise da Lei 13.467/2017 – artigo por artigo**. São Paulo: RT, 2017, p. 189-190).

⁴⁸ Enunciado da 2ª Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho da ANAMATRA que entende como inconstitucional o art. 4º-A introduzido pela reforma trabalhista. “O caput e parágrafo 1º do artigo 4º-A da Lei 6.019/1974 (que autorizam a transferência de quaisquer atividades empresariais, inclusive a atividade principal da tomadora, para empresa de prestação de serviços), são incompatíveis com o ordenamento jurídico brasileiro (art. 7º, I, CRFB/88 e arts. 3º e 9º, CLT), pois implicam violação do princípio da dignidade da pessoa humana e do valor social do trabalho (arts. 1º, IV; 5º, § 2º; 6º; 170 e 193, todos da CRFB/88 e Constituição da OIT). Presentes os requisitos do art. 3º da CLT, forma-se vínculo de emprego direto com a empresa tomadora de serviços. (Enunciado Aglutinado no 11 da Comissão 6)”. (FELICIANO, Guilherme Guimarães; MIZIARA, Raphael (orgs). **Enunciados da 2ª Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho da ANAMATRA**, p. 15. Disponível em: <https://drive.google.com/file/d/1oZL9_JohYjNInVvehEzYDp-bl0fcF6i6/view>. Acessado em: 10 de fevereiro de 2018).

⁴⁹ Cf. GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **Terceirização**. 3ª ed. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 155.

⁵⁰ MARTINEZ, Luciano. **Reforma trabalhista – entenda o que mudou**. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 247.

⁵¹ “Há uma virtude a ser enaltecida na redação apressada da reforma da Lei 6.019/1974: o art. 4º-A admite que a prestadora de serviços somente pode ser considerada aquela que tenha idoneidade financeira ou “capacidade econômica compatível com sua execução”. Logo, aquela pletera de empresas de fachada que atravancam o fluxo das audiências trabalhistas, bem como todos os numerosos aliciadores de mão de obra, popularmente chamados de “gatos”, e, ainda, aqueles esquemas de colocar o *maitre* como prestador de serviços terceirizados de garçons ou o *motoboy* mais antigo como fornecedor dos serviços de entregas motorizadas feitas pelos colegas, nada disso poderá ser considerado modalidade válida de terceirização – agora por força da própria lei. Terceirizar serviços para empresas sem capacidade financeiras compatível com sua execução já desafiava a lógica e, agora, desafia o texto legal. Será considerada terceirização ilegal”. (SILVA, Homero Batista Mateus da Silva. **Comentários à reforma trabalhista – análise da Lei 13.467/2017 – artigo por artigo**. São Paulo: RT, 2017, p. 190).

como contratada a pessoa jurídica cujos titulares ou sócios tenham, nos últimos 18 meses, prestado serviços à contratante na qualidade de empregado ou trabalhador sem vínculo empregatício, exceto se os referidos titulares ou sócios forem aposentados (art. 5º-C); o empregado que for demitido não poderá prestar serviços para esta mesma empresa na qualidade de empregado de empresa prestadora de serviços antes do decurso de prazo de dezoito meses, contados a partir da demissão do empregado (art. 5º-D); e é vedada à contratante a utilização dos trabalhadores em atividades distintas daquelas que foram objeto do contrato com a empresa prestadora de serviços (art. 5º-A, §1º).

Além disso, em face da primazia da realidade, não se pode existir relação de pessoalidade e de subordinação entre o empregado terceirização e o tomador de serviços.

Havendo o descumprimento dos termos acima descrito pode-se afirmar que estar-se-á diante de uma terceirização ilícita configurando-se vínculo empregatício.

*No contrato de prestação de serviço, de que trata o art. 4º-A, caput, da Lei 6.019/1974, com redação dada pela Lei 13.467/2017, a execução autônoma da atividade por empresa prestadora de serviço pressupõe: (a) que a empresa prestadora contrate e remunere os empregados necessários à execução da atividade, exercendo com exclusividade a direção de seu trabalho (art. 4º-A, § 1º); e (b) que a empresa contratante se abstenha de utilizar a mão de obra contratada pela prestadora de serviço para finalidade distinta da prevista no contrato (art. 5º-A, § 1º). A **presença de subordinação pessoal ou estrutural de trabalhador intermediado em relação à empresa contratante descaracteriza a prestação de serviço, ensejando reconhecimento de vínculo de emprego com o tomador dos serviços (Art. 9º da CLT).** (Enunciado no 12 da Comissão 6)⁵² (Grifos nossos)*

O que se torna alvo para críticas pertinentes são os parâmetros do capital social em relação aos números de empregados que não permite uma segurança financeira satisfatório em face de uma futura demanda trabalhista por descumprimento das normas protetivas ventiladas na Constituição e CLT. Transcreve-se, abaixo, a redação legal:

Art.4º-B. (...)

III - capital social compatível com o número de empregados, observando-se os seguintes parâmetros:

- a) empresas com até dez empregados - capital mínimo de R\$ 10.000,00 (dez mil reais);*
- b) empresas com mais de dez e até vinte empregados - capital mínimo de R\$ 25.000,00 (vinte e cinco mil reais);*
- c) empresas com mais de vinte e até cinquenta empregados - capital mínimo de R\$ 45.000,00 (quarenta e cinco mil reais);*
- d) empresas com mais de cinquenta e até cem empregados - capital mínimo de R\$ 100.000,00 (cem mil reais); e*
- e) empresas com mais de cem empregados - capital mínimo de R\$ 250.000,00 (duzentos e cinquenta mil reais).*

⁵² FELICIANO, Guilherme Guimarães; MIZIARA, Raphael (orgs). **Enunciados da 2 Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho da ANAMATRA**, p. 16. Disponível em: <https://drive.google.com/file/d/1oZL9_JohYjNInVvehEzYDp-bl0fcF6i6/view>. Acessado em: 10 de fevereiro de 2018.

Da forma que está posto no disposto legal retro, tem-se precarização do trabalhador, terceirização que invariavelmente vai acionar a empresa tomadora de serviço de forma subsidiária.⁵³

A melhor interpretação seria entender o art. 4º-B, III como requisito para constituição da empresa terceirizada. A comprovação da capacidade econômica deve ser dada antes da pactuação do contrato e durante sua execução. Esse entendimento é ventilado em enunciado da 2º Jornada de direito material e processual do trabalho da ANAMATRA:

A capacidade econômica da empresa prestadora de serviços, compatível com a execução do contrato, nos termos do art. 4o-A da Lei 6.019/1974, deve ser aferida pela contratante no ato da contratação e no curso do contrato, e não se restringe à observância do capital social mínimo exigido pelo art. 4o-B, inciso III, que é requisito de funcionamento e que deve estar integralizado. Consiste, mais, na situação econômica positiva para cumprir todos os compromissos decorrentes da atividade contratada, pressupondo: (a) pactuação de preço do serviço compatível com os custos operacionais (comerciais, trabalhistas, previdenciários, tributários etc.); e (b) inexistência de passivo comercial, trabalhista, previdenciário e/ou fiscal, decorrente de outro(s) contrato(s), que constitua risco ao adimplemento contratual. (Enunciado Aglutinado no 9 da Comissão 6).⁵⁴

Outro ponto criticável que prejudica o trabalhador terceirizado, que estranhamente fora alterado pela Lei nº 13.467/17, cinge-se em tornar facultativo a equivalência de salário entre os terceirizados e empregados do tomador. Situação diversa que se sucede em matéria de trabalho temporário.⁵⁵

Lembrar da regra constitucional fruto do princípio da isonomia que proíbe “distinção entre trabalho manual, técnico e intelectual ou entre os profissionais respectivos” (art. 7º, XXXII da Constituição Federal). De sorte que vislumbra mácula a regramento constitucional o conteúdo normativo ventilado no art. 4º-C. § 1º pela lei da reforma trabalhista que permite a faculdade na equivalência salarial.⁵⁶

Nesses termos se afere em enunciado da 2º Jornada de direito material e processual do trabalho da ANAMATRA:

Os empregados das empresas terceirizadas têm direito de receber o mesmo salário dos empregados das tomadoras de serviços em mesmas atividades, bem como usufruir de iguais serviços de alimentação e atendimento ambulatorial. Viola os princípios da igualdade e da dignidade da pessoa humana (artigos 1º, III e 5º, caput, da Constituição da República) o disposto nos §§ 1º e 2º do artigo 4º-C da Lei 6.019/74, ao indicarem como mera faculdade o

⁵³ Lei nº 6.019/74. Art. 5º-A. §5º A empresa contratante é subsidiariamente responsável pelas obrigações trabalhistas referentes ao período em que ocorrer a prestação de serviços, e o recolhimento das contribuições previdenciárias observará o disposto no art. 31 da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991.

⁵⁴ FELICIANO, Guilherme Guimarães; MIZIARA, Raphael (orgs). **Enunciados da 2 Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho da ANAMATRA**, ps. 15-16. Disponível em: <https://drive.google.com/file/d/1oZL9_JohYjNInVvehEzYDp-bl0fcF6i6/view>. Acessado em: 10 de fevereiro de 2018.

⁵⁵ Lei nº 6.019/74. Art. 4º-C. §1º Contratante e contratada poderão estabelecer, se assim entenderem, que os empregados da contratada farão jus a salário equivalente ao pago aos empregados da contratante, além de outros direitos não previstos neste artigo.

⁵⁶ “(...) É evidente que a negativa de salário equivalente dificilmente passará pelo crivo da verificação da constitucionalidade, pois, no termos do texto fundamental, refogem aos objetivos da República quaisquer formas de discriminação”. (MARTINEZ, Luciano. **Reforma trabalhista – entenda o que mudou**. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 258).

ROCCO ANTONIO RANGEL ROSSO NELSON, WALKYRIA DE OLIVEIRA ROCHA TEIXEIRA Y CRISTINA ALVES DA SILVA BRAGA: Da precarização da relação de trabalho por meio da terceirização no Brasil

*cumprimento, pelo empregador, desses deveres constitucionais. Aplicação dos artigos 1º, III, 3º, I, 5º, caput e 7º, XXXII da Constituição da República. (Enunciado Aglutinado no 7 da Comissão 6).*⁵⁷

Vislumbra-se como pernicioso a possibilidade da “terceirização da terceirização”, previsto na parte final do art. 4º-A, §1º (“**A empresa prestadora de serviços** contrata, remunera e dirige o trabalho realizado por seus trabalhadores, ou **subcontrata outras empresas para realização desses serviços**” – grifos nossos) bem como do instituto da “quarteirização”, posto que fragilizaria a já delicada relação de terceirização permitindo um ambiente propício a fraudes na relação de trabalho.⁵⁸

Para fins de esclarecimento, a “quarteirização” consistiria na terceirização da gestão da terceirização, onde a tomadora de serviço contrata uma empresa intermediária para administrar a contratação de empresas terceirizadas de prestação de serviços. Já na “terceirização da terceirização” (terceirização em cadeia), a empresa terceirização terceiriza (subcontrata) outra empresa para prestar o serviço originariamente contratado.⁵⁹

Por fim, destaca-se que com o fim de evitar a pejotização, o qual cresce em larga escala no Brasil, veda-se a terceirização pela pessoa física, de sorte que não se admite a contração de empresa individual (EIRELI) nos termos do art. 980-A do Código Civil.⁶⁰

Com o fito de obstaculizar essa prática perniciosa a reforma trabalhista impediu a terceirização com a pessoa jurídica cujos titulares ou sócios tenham, nos últimos 18 meses, prestado serviços à contratante na qualidade de empregado ou trabalhador sem vínculo empregatício. Acrescente a essa cláusula de barreira o impedimento do empregado que tiver sido demitido de prestar serviços para esta

⁵⁷ FELICIANO, Guilherme Guimarães; MIZIARA, Raphael (orgs). **Enunciados da 2 Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho da ANAMATRA**, p. 15. Disponível em: <https://drive.google.com/file/d/1oZL9_JohYjNInVvehEzYDp-bl0fcF6i6/view>. Acessado em: 10 de fevereiro de 2018.

⁵⁸ “Para muitos estudiosos do Direito do Trabalho, em especial para o Ministério Público do Trabalho (MPT), a *quarteirização* poderá ensejar um aumento substancial de fraude aos direitos trabalhistas, tendo em vista a fragilidade desse instituto e das práticas reiteradas de fraude perpetradas pelos empresários através da terceirização. (...)”. (SILVA, Vander Brusso da; PRATA, Geancarlos Lacerda. A terceirização no Brasil. IN: GUIMARÃES, Ricardo Pereira de Freitas; MARTINEZ (coord). **Desafios da Reforma Trabalhista – De acordo com a MP 808/2017 e com a Lei 13.509/2017**. São Paulo: RT, 2017, p. 4y06). A lei permite (parte final do § 1º do art. 4º-A) que a empresa que terceiriza possa subcontratar serviços de outra. Aí está a permissão da “quarteirização” um verdadeiro absurdo! Assim, uma empresa tomadora contrata uma empresa para que esta contrate outra para contratar empregado uma empresa para que esta contrate outra para contratar empregado para colocar na tomadora. (CASSAR, VÓLIA Bomfim; BORGES, Leonardo Dias. **Comentários à Reforma Trabalhista**. São Paulo: Método, 2017, p. 88).

⁵⁹ “Apesar de a “terceirização em cadeia” ser imensamente nociva, o referido dispositivo constante do § 1º do art. 4º-A abre portas inclusive para ela, pois não dá limites para a originária empresa prestadora de serviços subcontratar outras tantas empresas para a realização dos serviços a ela confiados. Nessas situações caberá à empresa cliente, se for o caso, vedar contratualmente a subcontratação ou, pelo menos, admiti-la somente mediante a sua expressa anuência. A empresa cliente deve ter essa atenção, porque eventual caracterização de ilícito trabalhista implicará a formação de vínculo diretamente com ela”. (MARTINEZ, Luciano. **Reforma trabalhista – entenda o que mudou**. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 250).

⁶⁰ Código Civil. Art. 980-A. A empresa individual de responsabilidade limitada será constituída por uma única pessoa titular da totalidade do capital social, devidamente integralizado, que não será inferior a 100 (cem) vezes o maior salário-mínimo vigente no País.

§ 1º O nome empresarial deverá ser formado pela inclusão da expressão “**EIRELI**” após a firma ou a denominação social da empresa individual de responsabilidade limitada.

§ 2º A pessoa natural que constituir empresa individual de responsabilidade limitada somente poderá figurar em uma única empresa dessa modalidade.

(...)

mesma empresa na qualidade de empregado de empresa prestadora de serviços antes do decurso de prazo de dezoito meses, contados a partir da demissão.⁶¹

Deve ser destacado que nem a Lei nº 13.429/2017 e nem a Lei nº 13.467/2017 permitiram a utilização de pessoa jurídica para mascarar relação de emprego. E da mesma forma, apesar de a decisão do Supremo Tribunal Federal ter sido no sentido de que é possível a terceirização irrestrita, isto não significa dizer que é possível utilizar a “pejotização”. Assim, este tipo de contratação sempre foi e continua sendo proibida, sob pena de caracterizar vínculo direto com o contratante, com aplicação do artigo 9º da CLT e estando presentes os requisitos do artigo 3º da CLT.⁶²

6. Da repercussão normativa da decisão do STF quanto a terceirização

Em 30 de agosto de 2018, o pleno do STF, por 7 votos a 4, em julgamento conjunto da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 324 e do Recurso Extraordinário nº 958.252, decidiram pela constitucionalidade da terceirização irrestrita, independente de considerações no caso concreto quanto atividade meio ou fim, superando a referida distinção.

O acórdão, até a presente data, ainda não fora publicado. Todavia, transcreve-se abaixo a tese da repercussão geral veiculado no DJE:

O Tribunal, no mérito, por maioria e nos termos do voto do Relator, julgou procedente o pedido e firmou a seguinte tese: 1. É lícita a terceirização de toda e qualquer atividade, meio ou fim, não se configurando relação de emprego entre a contratante e o empregado da contratada. 2. Na terceirização, compete à contratante: i) verificar a idoneidade e a capacidade econômica da terceirizada; e ii) responder subsidiariamente pelo descumprimento das normas trabalhistas, bem como por obrigações previdenciárias, na forma do art. 31 da Lei 8.212/1993, vencidos os Ministros Edson Fachin, Rosa Weber, Ricardo Lewandowski e Marco Aurélio. Nesta assentada, o Relator esclareceu que a presente decisão não afeta automaticamente os processos em relação aos quais tenha havido coisa julgada. Presidiu o julgamento a Ministra Cármen Lúcia. Plenário, 30.8.2018.⁶³ (grifos nossos)

⁶¹ “(...) a reforma trouxe um ponto interessante, mas cuja eficácia somente poderá ser compreendida ao longo dos anos: uma cláusula de barreira para a pejotização. Empregados efetivos ou trabalhadores terceirizados somente poderão ser pejotizados depois de 18 meses de quarentena. Pejotizado significa, em rápidas palavras, contratado para prestar serviços sob a forma de pessoa jurídica, quer dizer, o empregado constitui uma empresa prestadora de serviços e se torna ele próprio o terceirizado da empresa tomadora. Isso é bastante comum em diversos segmentos. Embora o discurso mais ouvido seja no sentido de o empregado ter optado por ganhos maiores, como um pequeno empreendedor, é corriqueira a denúncia de que essa era a única forma de contratação da tomadora e de que às vezes a empresa já está montada, atendo-se o empregado a assinar os documentos societários, a serem cuidados pelo mesmo contador da empresa tomadora e às expensas dessa. O crescimento alarmante da pejotização, como uma técnica habitual de planejamento tributário e trabalhista, banalizou a terceirização a níveis irreversíveis, varrendo do mapa do emprego categorias inteiras na área da saúde, da informática ou da consultoria”. (SILVA, Homero Batista Mateus da Silva. **Comentários à reforma trabalhista – análise da Lei 13.467/2017 – artigo por artigo**. São Paulo: RT, 2017, ps. 190-191). Cf. MARTINEZ, Luciano. **Reforma trabalhista – entenda o que mudou**. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 249. “

⁶² SILVA, Marilda Silva Feracioli. Alterações na Terceirização: As Inovações das Lei nº 13.429/2017 e nº 13.467/2017 e o Julgamento do STF. IN: **Revista Eletrônica do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região**, v.8, n. 72, outubro, 2018, p.112. Disponível em: < <http://www.mflip.com.br/pub/escolajudicial/?numero=72&edicao=10930#>>. Acessado em: 10 de fevereiro de 2019.

⁶³ STF. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 324. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4620584>>. Acessado em: 11 de fevereiro de 2019.

A decisão retro do STF, apesar de criticável, no que tange a fins de proteção a coesão dos grupos de trabalhadores, vem por alinhar com o preconizado pelo legislador através da Lei nº 13.467/17 e com as intenções da classe empresária. Fica evidente que na ponderação entre a liberdade empresarial, manifesto através do princípio da livre iniciativa face o valor do trabalho, preponderou o primeiro.⁶⁴

Frisa-se que muito além de consolidar as prescrições ventiladas na reforma trabalhista de 2017, a decisão do STF tem por escopo acarretar um efeito *ex tunc* em relação a todas as práticas de terceirização anteriores a citada reforma, podendo ser aplicado aos processos em andamento,⁶⁵ que se discute a licitude da terceirização, obedecendo, é claro, o instituto da coisa julgada.

7. Conclusões

Não se nega a realidade fática decorrente da globalização e do processo de aplanamento do mundo. Todavia, no contexto atual em que se apresenta a realidade brasileira, a adoção ampla da terceirização acarretará uma maior vulnerabilidade ao trabalhador, ocasionando menores salários, fragilização do movimento sindical, maiores riscos para a saúde do trabalhador, vindo de encontro com os vetores axiológicos dos direitos sociais esculpidos pelo constituinte originário de 1988, representando um verdadeiro retrocesso social.

Apesar de não concordamos com a decisão do STF, em sede do julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 324 e do Recurso Extraordinário nº 958.252, e com as prescrições da Lei nº 13.467/17 (reforma trabalhista) que permitem a terceirização independentemente de o serviço constituir atividade meio ou fim, algumas prescrições normativas devem ser postas com clareza.

Terceirização está permitida de forma geral no sistema jurídico brasileiro, não se restringindo mais apenas as hipóteses de trabalho temporário (Lei nº 6.019/74), de serviços vigilância ostensiva e o transporte de valores de estabelecimentos financeiros (Lei nº 7.102/70), serviços de conservação e limpeza e serviços especializados ligados a atividade meio do tomador.

Todavia, isso não prescreve autorização do uso de pessoa jurídica para intermediação de mão de obra. Estando presente pessoalidade e a subordinação, ter-se-á fraude no contrato de terceirização devendo ser reconhecido a relação de trabalho nos termos do arts. 2º, 3º e 9º da CLT.

A terceirização lícita precisa ocorrer da seguinte maneira: só é possível ser feita com pessoa jurídica de direito privado; que possua capital social compatível com o número de empregados, de sorte a preservar a capacidade econômica da empresa; devendo ser celebrado, necessariamente, por meio de contrato escrito). Perceba que não pode figurar como contratada a pessoa jurídica cujos titulares ou

⁶⁴ Constituição Federal de 1988. Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

⁶⁵ Fora estimado algo em torno de 4 mil ações onde se discute à questão da terceirização, anterior a reforma trabalhista. Disponível em: < <https://g1.globo.com/politica/noticia/2018/08/30/maioria-do-stf-vota-a-favor-de-autorizar-terceirizacao-da-atividades-fim.ghtml>>. Acessado em: 10 de fevereiro de 2019.

sócios tenham, nos últimos 18 meses, prestado serviços à contratante na qualidade de empregado ou trabalhador sem vínculo empregatício, exceto se os referidos titulares ou sócios forem aposentados.

O empregado que for demitido também não poderá prestar serviços para esta mesma empresa na qualidade de empregado de empresa prestadora de serviços antes do decurso de prazo de dezoito meses, contados a partir da demissão do empregado; e é vedada à contratante a utilização dos trabalhadores em atividades distintas daquelas que foram objeto do contrato com a empresa prestadora de serviços.

A inobservância de qualquer dos requisitos legais prescrito pelas Leis n° 13.429/17 e n° 13.467/17 que modificaram a Lei n° 6.019/74 tornam a terceirização ilícita, o que resulta no reconhecimento da relação de trabalho entre o empregado terceirizado e a empresa tomadora.

Referências

- Barros, Alice Monteiro de, (2011). *Curso do direito do trabalho*. 7º ed. São Paulo: LTr
- Cassar, Vólia Bomfim, (2011). *Direito do trabalho*. 5º ed. Rio de Janeiro: Impetus
- _____, (2010). *Princípios Trabalhistas, Novas Profissões, Globalização da Economia e Flexibilização das Normas Trabalhistas*. Rio de Janeiro: Impetus
- _____; Borges, Leonardo Dias, (2017). *Comentários à Reforma Trabalhista*. São Paulo: Método
- Castro, Maria do Perpétuo Socorro W. de, (2014). *Terceirização – uma expressão do direito flexível do trabalho na sociedade contemporânea*. São Paulo: LTr
- Comparato, Fábio Konder, (2010). *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 7º ed. São Paulo: Saraiva
- Delgado, Gabriela Neves; Amorin, Helder Santos, (2014). *Os limites constitucionais da terceirização*. São Paulo: LTr
- Delgado, Mauricio Godinho, (2011). *Curso do direito do trabalho*. 10º ed. São Paulo: LTr
- Faria, José Eduardo, (2011). *O Estado e o direito depois da crise*. São Paulo: Saraiva
- Feliciano, Guilherme Guimarães; Miziara, Raphael (orgs). *Enunciados da 2 Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho da ANAMATRA*. Disponível em: <https://drive.google.com/file/d/1oZL9_JohYjNInVvehEzYDp-bl0fcF6i6/view>. Acessado em: 10 de fevereiro de 2018.
- GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. 70 anos da Consolidação das Leis do Trabalho e reforma trabalhista: o debate sobre a desregulamentação e a flexibilização, (2013). *Revista de Direito do Trabalho* n. 150 ps. 51-57.
- Garcia, Gustavo Filipe Barbosa, (2017). *Terceirização*. 3º ed. Salvador: Juspodivm

ROCCO ANTONIO RANGEL ROSSO NELSON, WALKYRIA DE OLIVEIRA ROCHA TEIXEIRA Y CRISTINA ALVES DA SILVA BRAGA: Da precarização da relação de trabalho por meio da terceirização no brasil

- Martinez, Luciano, (2018). *Reforma trabalhista – entenda o que mudou*. São Paulo: Saraiva
- Martins, Sergio Pinto, (2014). *A terceirização do trabalho*. 13º ed. São Paulo: Atlas
- Oliveira, Fernanda Sousa. Terceirização e Flexibilização das Normas Trabalhistas, (2013). *Prolegómenos. Derechos y Valores*, vol. XVI, núm. 31, pp. 189-201. Disponível em: <<http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=87628085011>>. Acesso em: 08 de janeiro de 2015.
- Silva, Homero Batista Mateus da Silva, (2017). *Comentários à reforma trabalhista – análise da Lei 13.467/2017 – artigo por artigo*. São Paulo: RT
- Silva, Marilda Silva Feracioli. Alterações na Terceirização: As Inovações das Lei nº 13.429/2017 e nº 13.467/2017 e o Julgamento do STF, (2018). *Revista Eletrônica do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região*, v.8, n. 72, outubro, p.112. Disponível em: <<http://www.mflip.com.br/pub/escolajudicial/?numero=72&edicao=10930#>>. Acessado em: 10 de fevereiro de 2019.
- Silva, Paulo Renato Fernandes da. A nova lei de terceirização do trabalho no Brasil. IN: Guimarães, Ricardo Pereira de Freitas; Martinez (coord), (2017). *Desafios da Reforma Trabalhista – De acordo com a MP 808/2017 e com a Lei 13.509/2017*. São Paulo: RT
- Silva, Vander Brusso da; Prata, Geancarlos Lacerda. A terceirização no Brasil. IN: GUIMARÃES, Ricardo Pereira de Freitas; Martinez (coord), (2017). *Desafios da Reforma Trabalhista – De acordo com a MP 808/2017 e com a Lei 13.509/2017*. São Paulo: RT