



UNIVERSIDADE FEDERAL DE UBERLÂNDIA
FACULDADE DE DIREITO “PROFESSOR JACY DE ASSIS”
BACHARELADO EM DIREITO

ISABELA CRISTINA FERREIRA BORGES

**TERCEIRIZAÇÃO DO TRABALHO REGULADO NA INICIATIVA PRIVADA E AS
MUDANÇAS DA REPERCUSSÃO GERAL 958252:
PRECARIZAÇÃO DOS DIREITOS TRABALHISTAS**

UBERLÂNDIA

2019

ISABELACRISTINA FERREIRA BORGES

**TERCEIRIZAÇÃO DO TRABALHO REGULADO NA INICIATIVA PRIVADA E AS
MUDANÇAS DA REPERCUSSÃO GERAL 958252:
PRECARIZAÇÃO DOS DIREITOS TRABALHISTAS**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à Faculdade de Direito “Prof. Jacy de Assis” da Universidade Federal de Uberlândia como requisito parcial para obtenção do título de bacharel em Direito.

Orientadora: Prof.(a) Juliane Caravieri Martins

UBERLANDIA

2019



UNIVERSIDADE FEDERAL DE UBERLÂNDIA

**FACULDADE DE DIREITO “PROFESSOR JACY DE ASSIS”
BACHARELADO EM DIREITO**

TERMO DE APROVAÇÃO

**TERCEIRIZAÇÃO DO TRABALHO REGULADO NA INICIATIVA PRIVADA E AS
MUDANÇAS DA REPERCUSSÃO GERAL 958252: PRECARIZAÇÃO DOS DIREITOS
TRABALHISTAS**

por

ISABELA CRISTINA FERREIRA BORGES

Esta presente Monografia foi apresentado(a) em de Dezembro de 2019 como requisito parcial para a obtenção do título de Bacharel em Direito. A candidata foi arguida pela Banca Examinadora composta pelos professores abaixo assinados. Após deliberação, a Banca Examinadora considerou o trabalho aprovado.

Prof.(a) Orientador(a)

Membro titular

Membro titular

Dedico este trabalho aos meus pais, Mary Janey e Vicente, aos meus irmãos, Gabriela e Pedro Arthur, à minha orientadora, Prof.(a) Juliane Caravieri Martins, e à todos aqueles que participaram dessa minha jornada.

AGRADECIMENTOS

Estes parágrafos não irão atender a todas as pessoas que fizeram parte dessa importante jornada. Portanto, desde já peço desculpas àquelas que não estão presentes entre essas palavras, mas podem estar certas que fazem parte do meu pensamento e de minha gratidão.

Agradeço à minha orientadora Prof.(a) Juliane Caravieri Martins, pela sabedoria, dedicação e zelo com que me guiou nesta trajetória.

Aos meus colegas de faculdade.

Aos professores e professora, pelos ensinamentos.

Agradeço à minha família e meus amigos, pois acredito que sem o apoio deles seria muito difícil vencer essa etapa da minha vida.

Enfim, agradeço a todos os que por algum motivo contribuíram para a realização desta pesquisa.

Eu denomino meu campo de Gestão do Conhecimento, mas você não pode gerenciar conhecimento. Ninguém pode. O que você pode fazer, o que a empresa pode fazer é gerenciar o ambiente que otimize o conhecimento. (PRUSAK, Laurence, 1997)

RESUMO

Este trabalho busca solucionar o conflito entre a Súmula 331 e a RE 958252, uma vez que esta ainda não possui entendimento pacificado acerca da sua modulação de efeitos e aplicação na Justiça do Trabalho, bem como será analisado a fiscalização da terceirização mediante o modelo econômico atual. Nessa perspectiva, buscou-se apresentar uma evolução histórica do Direito do Trabalho no Brasil. Em seguida, apresenta-se as alterações promovidas pela Súmula 331 e RE 958252, relatando seus princípios, atrelando-os as mudanças ocorridas com a reforma acerca da terceirização (Lei 13.429/2017), a Reforma Trabalhista (Lei 13.497/2017) e a inovação trazida pela Repercussão Geral e pela ADIN 324. Assim, também contemplou a necessidade de apresentar mudanças necessárias para uma fiscalização mais eficiente desta modalidade de trabalho, relatando as consequências imediatas e práticas desta terceirização ilimitada. Por fim, o estudo será realizado através do método dedutivo, partindo de princípios constitucionais e específicos do Direito do Trabalho para encontrar qual a melhor forma de terceirização.

Palavras-chave: Direito do Trabalho. Terceirização. Reforma Trabalhista. Repercussão Geral. Fiscalização.

ABSTRACT

This paper aims to solve the dissidence between Precedent 331 and Extraordinary Appeal (RE) 958252, since an agreement about its modulation effects and its application in Labor Court is yet to be achieved, as well as to analyze the supervision of outsourcing through the lenses of the current economic model. In this regard, we sought to present a historical evolution of labor law in Brazil. Subsequently, this essay will exhibit the changes elicited by Precedent 331 and Extraordinary Appeal (RE) 958252, accounting its principles and linking them to the changes elicited by Law 13.429/2017 and the Labor Law Reform (Law 13.497/2017), as well as the innovation brought about by the General Repercussion and ADIN 324. Thereby, this paper also contemplated the need to present necessary changes for a more efficient supervision of this type of work, describing the immediate and practical consequences of unlimited outsourcing. Lastly, the study will be conducted through the deductive method, starting from the constitutional principles and going through the specific principles of Labor Law to find the best way of outsourcing.

Keywords: Labor Law. Outsourcing. Labor Law Reform. General Repercussion. Supervision.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	09
2	A HISTÓRIA DO DIREITO DO TRABALHO E SUAS MUDANÇAS	11
2.1	EVOLUÇÃO DO DIREITO DO TRABALHO NO BRASIL	11
2.2	PRINCIPAIS MUDANÇAS TRAZIDAS PELA SÚMULA 331 DO TST	15
2.3	PRINCIPAIS MUDANÇAS TRAZIDAS PELA LEI 13.429/2017 E PELA RE 958252	20
3	PRINCIPIOS CONSTITUCIONAIS DO DIREITO DO TRABALHO, A TERCEIRIZAÇÃO E A REPERCUSSÃO GERAL	25
3.1	PRINCIPIOS DO DIREITO DO TRABALHO	25
3.2	A TERCEIRIZAÇÃO E O DESCOMPASSO COM A CONSTITUIÇÃO DE 1988	35
3.3	A REPERCUSSÃO GERAL DA TERCEIRIZAÇÃO E SEUS IMPACTOS JUSLABORAIS	38
4	A TERCEIRIZAÇÃO: DA SÚMULA 331 DO TST AO JULGAMENTO DA ADPF 324 E RE 958252	43
4.1	APLICAÇÃO DA SÚMULA 331 DO TST NA TERCEIRIZAÇÃO TRABALHISTA	43
4.2	A REPERCUSSÃO GERAL 958252 E ADPF 324 NO JULGAMENTO DO STF: FRAGILIZAÇÃO DA PROTEÇÃO JUSLABORAL NA TERCEIRIZAÇÃO DAS ATIVIDADES LABORATIVAS	50
5	CONSIDERAÇÕES FINAIS	63
	REFÊRENCIAS BIBLIOGRÁFICAS	65

1 INTRODUÇÃO

As relações no mercado de trabalho sofreram diversas alterações no decorrer do tempo com as revoluções industriais e o capitalismo, uma vez que o principal foco das empresas passou a ser o aumento da produção e do lucro, em detrimento da diminuição dos gastos com a mão de obra. Assim, a terceirização passou a ser uma das principais fontes de contratação dos empregadores, pois esta permite gastos básicos com os funcionários, a perda de vários direitos trabalhistas, aumento dos lucros e o aumento da produção.

Nessa forma, o presente trabalho visa promover a discussão acerca da terceirização, levando em consideração a Súmula 331 do TST. Além disso, ocorrerá análise das mudanças trazidas por leis e ações ao decorrer do tempo, como por exemplo a Lei 13.429/2017, Lei 13.467/2017, ADPF 324 e RE 958252.

No ano de 2018, o STF defendeu que a perpetuação da ilegalidade da terceirização da atividade fim, violaria os princípios constitucionais da livre concorrência e da iniciativa, fixando a tese de repercussão geral: “É lícita a terceirização ou qualquer outra forma de divisão do trabalho entre pessoas jurídicas distintas, independentemente do objeto social das empresas envolvidas, mantida a responsabilidade subsidiária da contratante”. Assim, surge a seguinte questão: como serão aplicadas as novas disposições legais apresentadas pelas alterações acerca da terceirização, pela ADPF 324 e pela RE N°958252?

Certo é que até mesmo os ministros do STF se encontram divididos sobre a modulação de efeitos dessa decisão. Não há consenso sobre como se dará a aplicação da nova tese. O assunto da aplicação da Reforma Trabalhista, bem como da inovação da Repercussão Geral na iniciativa privada, não tem sido tratado de modo suficientemente claro, existindo certa confusão em torno do tema. Há, de fato, diferentes análises em relação à aplicação das novas disposições normativas, tanto no âmbito de direito material quando no de direito processual.

O presente trabalho possui como principal objetivo adentrar nestas mudanças. O primeiro capítulo irá retratar a história do Direito do Trabalho e suas mudanças, sendo que será dividido em três partes, quais sejam: a evolução do Direito do Trabalho no Brasil, as principais mudanças trazidas pela Súmula 331 do TST e principais mudanças trazidas pela Lei 13.429/2017 e pela RE 958252. Assim, este capítulo trará, de forma exemplificativa e descritiva, a evolução das formas de trabalho desde dos primórdios até os dias atuais, relatando de maneira clara o surgimento dos direitos trabalhistas ao longo dos anos. Além disso, também trará o surgimento da Súmula 331 do TST que trata da possibilidade de

terceirização nas praticas trabalhistas, bem como relatará as mudanças trazidas pela lei da terceirização e pelo RE 958252 que passou a permitir a terceirização na atividade fim, dificultando a fiscalização do trabalho.

O segundo capítulo será responsável por relatar os princípios constitucionais do Direito do Trabalho, da terceirização e da Repercussão Geral, sendo dividida em: princípios do Direito do Trabalho, a terceirização e o descompasso com a Constituição de 1988, Repercussão Geral da terceirização e seus impactos juslaborais. A primeira parte irá explicar a aplicação dos princípios específicos do Direito do Trabalho, mostrando a aplicação destes nas relações trabalhistas, impondo limites e segurança aos trabalhadores. Já a segunda e a terceira parte irão relatar os princípios constitucionais basilares da terceirização, demonstrando que esta pratica possui limites constitucionais a serem respeitados, bem como um grande conflito entre os princípios da livre iniciativa e da proteção ao valor social do trabalho.

O terceiro capítulo tratará do assunto da terceirização: da sumula 331 do TST ao julgamento do ADPF 324, sendo explicada em duas grandes partes: a aplicação da Súmula 331 do TST na terceirização trabalhista e a Repercussão Geral 958252 e ADPF 324 no julgamento do STF: fragilização da proteção juslaboral na terceirização das atividades laborativas. Assim, o ultimo capitulo ira retratar a aplicação da terceirização pautada pela Súmula 331 em casos concretos da seara trabalhista com o objetivo de esclarecer que a terceirização não deve ser utilizada como uma forma de burlar os direitos trabalhistas. Por fim, a ultima parte deste capítulo irá analisar a ADPF 324 e RE 958252 através dos votos dos ministros, trazendo a baila dois votos favoráveis e dois votos contrários, mostrando, novamente, que a terceirização desenfreada desrespeita os valores sociais do trabalho, bem como marginaliza o trabalhador frente ao mercado de trabalho.

Dessa forma, todo o trabalho tem a finalidade de esclarecer dúvidas quanto ao problema mencionado, além de apresentar, por amostragem, qual o entendimento observado pelos Tribunais brasileiros. Além disso, o estudo sobre a Terceirização proveniente da Súmula 331 do TST, da Repercussão Geral 958252 e sua aplicação se faz necessário a fim de garantir certa segurança jurídica aos brasileiros, seja aos trabalhadores quando da propositura de ações, seja às empresas ao se defenderem destas. Por fim, o estudo em questão irá contribuir para a expansão do conhecimento sobre a nova fase vivida pela Justiça do Trabalho, garantido que a sociedade brasileira tenha acesso a cada vez mais informações sobre a terceirização e, assim, possa fazer escolhas sobre como proceder em relação às demandas trabalhistas

2 A HISTÓRIA DO DIREITO DO TRABALHO NO BRASIL

O presente capítulo busca demonstrar a evolução das relações de trabalho, cujo crescimento obrigou a criação de legislação específica regulamentando estas relações. Não obstante, nota-se que, com o passar dos anos, as relações de trabalho foram sofrendo alterações em seu âmbito contratual e tecnológico, forçando a mão de obra se especializar cada vez mais e a se submeter a relações indignas de trabalho.

Assim, a evolução do Direito do Trabalho gerou benefícios e malefícios aos empregados e empregadores, relatando a necessidade de melhorar a fiscalização destas relações para que sejam respeitados os princípios constitucionais inerentes ao indivíduo, como por exemplo, o princípio da dignidade humana.

2.1 A EVOLUÇÃO DO DIREITO DO TRABALHO NO BRASIL

O trabalho esteve inerente ao homem a partir da época da pré história. Desde os primórdios, o homem era responsável por buscar os elementos essenciais a sobrevivência da espécie, como por exemplo realizar a caça e proteger sua espécie dos ataques de animais. Assim, verifica-se que, apesar de ser dono de si e ser subordinado a si, o homem já estava realizando seu devido trabalho, cuja a relação era deste com sua família.

Com o passar dos anos, a sociedade passou a ser dividida em duas grandes classes, sendo elas: senhores e escravos. Nesta época, os escravos eram subordinados aos senhores, sendo que aqueles trabalhavam por horas, em condições precárias e não recebiam remuneração pelo seu trabalho. Assim, o escravo era tratado como um objeto, em que o senhor tinha pleno domínio sobre sua pessoa, o tornando incapaz de estabelecer relações jurídicas. Dessa forma, o trabalho escravo era a nítida representação de trabalho sem direitos, não sendo dignificante ao homem.

Na Idade Média, surgiu o chamado sistema feudal, em que a relação passou a ser caracterizada por duas grandes classes: os senhores feudais e os servos. Nesta época, o trabalho passou a ser servil, em que os senhores feudais davam proteção política e militar aos trabalhadores, enquanto os servos, apesar de ainda não serem livres, entregavam parte da produção aos senhores em troca da permanência e uso da terra para suas necessidades básicas diárias. Apesar de representar uma nova forma de trabalho, a servidão continuou caracterizando um labor sem direitos para o elo mais fraco da relação.

A partir do século XIII, no final da idade média, ocorreu o surgimento das corporações de ofício, em que esta possuía uma estrutura hierarquizada, sendo que os aprendizes estavam subordinados aos seus mestres. Por ser a figura mais poderosa, os mestres passaram a abusar de seu poder, acarretando o surgimento de greves e revoltas dos seus aprendizes. Assim, verifica-se que o trabalho continuou sendo não dignificante ao homem.

Apesar de todas essas mudanças, o trabalho escravo continuou existindo no Brasil, sendo abolido em 1888. Com a abolição da escravidão através da Lei Áurea, ocorreu o surgimento do Direito do Trabalho, uma vez que, devido ao grande crescimento da força de trabalho no setor agrícola imperando a monocultura do café, surgiu as primeiras leis laborais. Estas primeiras leis trabalhistas diziam respeito a jornada de trabalho do menor, às férias e ao regime previdenciário.

Com o grande crescimento da produção de café, no início do século XX, e com o surgimento da Organização Internacional do Trabalho sob o contexto da Primeira Guerra Mundial ocorreu o início do processo de industrialização, em que a produção massificada passou a ser um grande objetivo das empresas. Segundo Cezar Britto, esta revolução foi responsável pelo surgimento do Direito do Trabalho devido a necessidade de legislar a forma de exercício político e econômico do trabalho “industrial”. Veja-se:

O conceito de trabalhador enquanto sujeito de direito se torna mais consensual a partir de outra movimentação social, mais notadamente com o advento da Revolução Industrial. Tornou-se hegemônica a afirmação de que o Direito do Trabalho nasceu com o surgimento das máquinas, das suas indústrias e a da massificação da mão de obra que se aglutinava em torno do novo método de produção de riquezas. O século XIX é marcado, pela primeira vez, pela necessidade de se criar uma efetiva legislação que regulamentasse esse novo fenômeno que surgia como moderna forma de exercício de poder político e econômico. Neste clima de efervescência social e consolidação de riquezas, um novo Direito do Trabalho começou a ser teorizado, fazendo com que a luta pelo Direito ao Trabalho com princípio fundamental também provocasse o surgimento do Direito Coletivo do Trabalho.¹

O primeiro método industrial adotado foi o Fordismo, em que a mão de obra era dividida em setores operacionais, realizando movimentos repetitivos e produtos padronizados, uma vez que se valorizava a quantidade da produção. A partir dos anos 1930, foi implantada um método conhecido como Taylorismo, em que o trabalho era dividido em etapas, tornando-o mais organizado, subdividido e produtivo. Assim, como a produção era incentivada com prêmios, notou-se o surgimento de leis ordinárias que tratavam de trabalho dos menores, da organização dos sindicatos rurais e urbanos, de férias e entre outros.

¹BRITTO, Cezar. Aspectos históricos e ideológicos na construção do direito ao trabalho. **Revista TST**, Brasília, DF, v. 78, n. 1, p. 46-66, 2012, p. 49.

O Direito do Trabalho começou a surgir dentro de um contexto que se preocupava com um padrão de qualidade e com a quantidade excessiva da produção, o que acabou promovendo o acúmulo de riquezas, o aumento da desigualdade social e aumento a necessidade de uma regularização destas relações de trabalho, conforme bem mencionado por Cezar Britto:

Com elas, o controle sobre o Trabalho pelos próprios trabalhadores tornou-se o contraponto ao acúmulo de riquezas e à crescente desigualdade social. É evidente que não havia consenso sobre as diversas propostas socialistas então em discussão. Mas também não havia dúvida de que todas apontavam que a origem da riqueza dos capitalistas e a inversamente proporcional pobreza dos trabalhadores decorriam da apropriação por aqueles dos meios de produção. Este consenso foi bem sintetizado por Marta Harnecker e Gabriela Uribe, segundo as quais “a existência de ricos e pobres é sempre o resultado da exploração, do fato de um pequeno grupo, por ser proprietário dos meios de produção, se apropriar do trabalho da grande maioria, que não possui os meios de produção.”²

Assim, a Constituição de 1934 foi a pioneira do Direito do Trabalho, uma vez que normatizou várias garantias, como a liberdade sindical, isonomia salarial, salário mínimo, jornada de oito horas de trabalho, proteção do trabalho das mulheres e menores, repouso semanal e férias anuais remuneradas. Não obstante, nesta época ocorrer a criação do Ministério do Trabalho, Indústria e Comércio, do Departamento Nacional do Trabalho e sua organização, ocorreu a normatização federal de uma estrutura sindical oficial única, surgiu as Comissões Mistas de Conciliação.

Com a Revolução Industrial e, conseqüentemente, o crescimento das relações de trabalho, em 1943, com o Decreto-Lei nº5.452, ocorreu a criação da Consolidação das Leis do Trabalho, em que esta unificou as leis trabalhistas em um único documento. Nota-se que esta unificação ocorreu durante o Governo do Getúlio Vargas, em que este foi responsável por ampliar os direitos trabalhistas através do caráter intervencionista do Estado em manifestações operárias, sendo que a greve e o lock-out eram recursos antissociais de manifestação trabalhista. Apesar do grande desenvolvimento do Direito do Trabalho, a Justiça do Trabalho passou a incorporar o Poder Judiciário apenas com a Constituição de 1946, especializando ainda mais os direitos e deveres provenientes de uma relação de trabalho.

O modelo juslaboral era representado pelo Justiça do Trabalho, sindicato, legislação individual protetiva, Ministério do Trabalho e o sistema previdenciário, em que a união destes promovia a resolução dos conflitos trabalhistas e dos problemas econômicos provenientes destes. Também realizava o controle das organizações da classe dos trabalhadores por meio da legislação sindical e pela intervenção do Ministério do Trabalho.

²BRITTO, 2012, p.51.

Diante de todo o exposto e com o crescimento do capitalismo, o Direito do Trabalho passou a ser pautado pela fase democrática da Constituição de 1988, surgindo a possibilidade do processo negocial autônomo, em que as demandas relativas aos conflitos individuais e coletivos puderam ser resolvidas por órgão de representantes dos empregados e empregadores. Além disso, a Constituição de 1988 trouxe outras mudanças como a isonomia no tratamento de empregados urbanos e rurais, ganhando o status de preceito fundamental inerente à dignidade da pessoa humana, conforme verifica-se *in verbis*:

O Brasil também adotou a mesma política evolutiva em relação ao Direito do Trabalho. Inicialmente tentou a escravidão índia, consolidando, até o século XIX, o trabalho escravo pela cor como maior forma de apropriação da mão de obra. Viveu, ainda, a Inconfidência Mineira, apontada como marco da luta pela independência do Brasil. Tratou a questão social como “Caso de Polícia”, com prisões, torturas e deportações de vários líderes anarquistas estrangeiros, não raro com assassinato de seus líderes, como ocorrera em julho de 1917 com o sapateiro Antônio Martinez e no dia 05 de maio de 1919, o tecelão Constante Casteleni. Assumiu, ainda, a sua fase protecionista do Direito do Trabalho e repressora do Direito Coletivo do Trabalho na Era Vargas, criando-se o Ministério do Trabalho, a Justiça do Trabalho, a obrigatoriedade de pagamento do salário-mínimo e da assinatura da CTPS, o atrelamento do movimento sindical ao Estado e, finalmente, o arcabouço legal que consolidava toda a legislação trabalhista e sindical aprovadas, conhecido como CLT – Consolidação das Leis Trabalhistas. E, finalmente, fixou o seu apogeu quando constitucionalizou, em 05 de outubro de 1988, os direitos sociais como fundamentais e cláusulas pétreas. O Direito ao Trabalho, enfim, ganhou o *status* de princípio fundamental, inerente à dignidade da pessoa humana.³

Não obstante, a emenda constitucional nº 45 modificou a competência da Justiça do Trabalho ampliando o rol do artigo 114 da Constituição, em que a Justiça passou a ser competente para regularizar as demandas provenientes da relação de trabalho e deixando de regularizar apenas as relações de emprego.

Dessa forma, conclua-se o Direito do Trabalho surgiu desde os primórdios da sociedade, porém só passou a ser formalizado com a abolição da escravatura. Atualmente as leis trabalhistas continuam sendo reformadas, em que um grande exemplo é a Reforma Trabalhista (Lei 13.467/2017) que promoveu o surgimento de novas formas de trabalho, como o trabalho intermitente, fortaleceu os Acordos e Convenções Coletivas provenientes da relação do sindicato com os empregadores, modificação as horas extras previstas no artigo 58 da CLT, realizou alterações acerca da terceirização e entre outros. Por fim, nota-se que a constante mudança da sociedade e o seu crescimento tecnológico, vem exigindo cada vez mais mudanças trabalhistas para que todas as formas de trabalho sejam regulamentadas, dificultando cada vez mais a fiscalização dos direitos e deveres trabalhistas.

³ BRITTO, 2012, p. 59.

2.2 EVOLUÇÃO E PRINCIPAIS MUDANÇAS TRAZIDAS PELA SÚMULA 331 DO TST

Com as transformações socioeconômicas, o crescimento do capitalismo, os avanços tecnológicos e globalização econômica e cultural, as grandes empresas passaram a buscar uma nova forma de reduzir os custos e maximizar os lucros. Dessa forma, surgiu a terceirização, que, conforme a doutrinadora Gabriela Neves Delgado, pode ser conceituada como:

[...] pode-se compreender a terceirização dos serviços como a relação trilateral que possibilita à empresa tomadora de serviços (empresa cliente) descentralizar e intermediar suas atividades acessórias (atividades-meio), para empresas terceirizantes (empresa fornecedora), pela utilização de mão de obra terceirizada (empregado terceirizado), o que, do ponto de vista administrativo, é tido como instrumento facilitador para a viabilização da produção global, vinculada ao paradigma da eficiência nas empresas.⁴

Assim, a terceirização é o fenômeno em que partes das atividades da empresa passaram a ser realizadas por funcionários de outras empresas, fazendo com que a atividade principal da tomadora de serviços aumentasse a sua produção ao mesmo tempo em que diminuiu sua responsabilidade diante dos funcionários terceirizados, bem como diminuiu os vínculos trabalhistas, deixando de ter os “gastos” previstos na CLT.

Os primeiros vestígios de normatização da terceirização começaram a surgir na década de 1960, devido ao grande crescimento da terceirização nas indústrias automobilísticas instaladas no Brasil. Assim, em 1966, surgiu o Decreto lei 1.212 e 1.216 que regulamentavam os serviços bancários prestados por empresas interpostas. Não obstante, em 1968, editou-se o Decreto lei 756, regulamento o funcionamento das agências de colocação ou intermediação de mão de obra, e, no ano seguinte, surgiu o Decreto lei 1.034 que normatizou a adoção de medidas de segurança para funcionamento de empresa de segurança bancária.

Diante o exposto, nota-se que os primeiros passos da evolução normativa diziam respeito a trabalhos específicos, permitindo, assim, a desenfreada terceirização de ramos não tipificados pelas leis. Por outro lado, este crescimento da terceirização de empresas não bancárias ocorreu devido a utilização do Direito do Processo Civil, em que se pode realizar tudo aquilo que a lei não proíbe. Assim, os passos iniciais para regulamentação da terceirização mostraram uma especificação, deixando desamparando vários ramos do Direito do Trabalho.

⁴ DELGADO, Gabriela Neves. **Terceirização: paradoxo do direito do trabalho contemporâneo**. São Paulo: LTR, 2003, p. 142.

As primeiras normatizações acerca da terceirização no âmbito da Administração Pública e da empresa privada, surgiram na época de 1967 com o Decreto lei nº 200, a Lei 5.645, Lei 6.019 e Lei 7.102, sendo que estas ultimas tratavam do contrato de trabalho temporário e dos serviços de vigilância bancaria e transportes de valores, em caráter permanente. Assim, ocorreu uma amplificação na terceirização que deixou de atingir apenas o setor bancário.

Apesar da criação de todas estas leis e decretos, em 1986, o Tribunal Superior do Trabalho normatizou a terceirização através da Súmula 256, que contava com a seguinte redação:

Súmula nº 256 do TST
 CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LEGALIDADE (cancelada) -
 Res. 121/2003, DJ 19, 20 e 21.11.2003 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.⁵

Assim, verifica-se que a terceirização, inicialmente, foi bastante especifica, sendo permitida apenas nos casos de trabalho temporário e serviço de vigilância previsto na lei 7.102, considerando ilícitos os demais casos. Vale salientar que atividades antes permitidas como conservação e limpeza, deixaram de ser modalidade de terceirização lícita e passar a ser ilícitas s executadas por empresas terceiras. Tal entendimento foi pautado pelo doutrinador Mauricio Godinho Delgado, conforme se observa *in verbis*:

[...] a mencionada súmula pareceu fixar um leque exaustivo de exceções terceirizantes (Leis n. 6.019/74 e 7.102/83), o que comprometia sua própria absorção pelos operadores jurídicos. Afinal, as expressas e claras exceções contidas no art. 10 do Decreto lei nº 200/67 e Lei nº 5.465/70 – exceções consubstanciadas de um comando legal ao administrador público – não constavam do leque firmado pela súmula exame. A par disso, a posterior vedação expressa de admissão de trabalhadores por entes estatais sem concurso público, oriunda da Carta Constitucional de 1988 (art. 37, II e §2º), não tinha guarida na compreensão estrita contida na Súmula 256.⁶

Dessa forma, a sumula introduzida pelo TST não representou a realidade trazida pelos anos anteriores, seja pela existência de leis que regulamentavam outras maneiras de terceirização, seja porque a terceirização passou a ser utilizada e consolidada pela maioria das empresa, tanto no setor privado quanto no setor público. Assim, ocorreu a necessidade de

⁵ JUSTIÇA DO TRABALHO. **Súmula nº 256 do TST**. Brasília, DF: Justiça do Trabalho, 21/11/2003. Disponível em: http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_251_300.html#SUM-256. Acesso em: 12 nov. 2019.

⁶ DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 6. Ed. São Paulo: LTR, 2007, p. 439.

mudanças quanto ao tema, sendo introduzido a sumula 331 do TST, com a seguinte redação, desde a sua última alteração no ano de 2011:

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.⁷

Assim, conforme se verifica em todos os seus itens, a terceirização passou a ser aceita nos casos de trabalho temporário, serviços de vigilância, de conservação e limpeza, serviços ligados a atividade-meio do tomador. Também regulamentou a contratação irregular por empresa interposta, em que não gera vínculo de emprego com a Administração Pública direta, indireta ou fundacional, bem como relatou que o inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, promove a responsabilidade subsidiária do tomador. Dessa forma, a Súmula 331 passou a ser um dos principais instrumentos de terceirização do Brasil.

⁷ JUSTIÇA DO TRABALHO. **Súmula nº 331 do TST**. Brasília, DF: Justiça do Trabalho, 31/05/2011. Disponível em: http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_301_350.html#SUM-331. Acesso em: 12 nov. 2019.

O inciso IV da Súmula 331 demonstrou a intensificação da terceirização na Administração Pública através da responsabilidade subsidiária, conforme bem observado pelo desembargador Magda Barros Biavaschi e pelo Vantuil Abdala:

A inclusão, no inciso IV, da responsabilidade subsidiária da Administração Direta, Autarquias, Fundações, Empresas Públicas e Sociedades de Economia Mista foi a reação ao aprofundamento da terceirização no Poder Público. Em 1997, a Reforma Administrativa (PEC nº 41/97), entre outras medidas, introduziu na Administração Pública direta e indireta.⁸

A responsabilidade subsidiária do Ente Público foi comemorada por certos setores sociais. Mas continuou forte a pressão de outras forças para eliminá-la. Recentemente, em 24 de novembro de 2010, Ação Declaratória de Constitucionalidade proposta pelo Governador do Distrito Federal ao artigo 71, § 1º da Lei de Licitações foi julgada procedente pelo STF. O dispositivo prevê que a responsabilidade trabalhista das terceiras não se transfere à Administração Pública. Na Ação, um dos argumentos é o de que a interpretação do TST transfere ônus para o Estado, como se este fosse de fato o Segurador Universal da Humanidade, defendendo a terceirização como necessária ao serviço público porquanto: Diminui-se o papel do Estado para que este se torne mais eficiente, mais ágil e menos custoso para a sociedade. Ocorre que esse julgamento acaba por estimular a terceirização no serviço público, podendo impactar futuras decisões sobre o tema.⁹

Mediante isto, nota-se que o entendimento sumulado promoveu a legitimação da terceirização em mais atividades e adotou a responsabilidade subsidiária da tomadora. Alguns doutrinadores ressaltam que a Súmula 331 representa um retrocesso aos freios normativos da Súmula 256, principalmente em relação a responsabilidade subsidiária, uma vez que a jurisprudência reconheciam a condição de empregadora da tomadora e aplicavam a responsabilidade solidária.

Apesar de ser vista como retrocesso, a Súmula 331 passou a ser utilizada como parâmetro principal no combate a terceirização desenfreada praticada pelas empresas. Entretanto, a súmula sofreu algumas alterações através da ação declaratória de constitucionalidade do artigo 71 §1º da Lei de Licitações, ADC 16, em que ficou evidenciado que não se transfere a Administração Pública a responsabilidade das obrigações trabalhistas quando as empresas são inadimplentes, favorecendo a ampliação da terceirização no serviço público. Assim, o enunciado da Súmula 331 passou a ser o seguinte:

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) – Resolução
nº 174/2011, DEJT divulgado em 27, 30 e 31.05.2011.

⁸ BIAVASCHI, Magda Barros; Santos, Anselmo Luis dos. A terceirização no contexto da reconfiguração do capitalismo contemporâneo: a dinâmica da construção da súmula 331 do TST. **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**, Brasília, DF, vol.80 nº3, p. 19-35, 2014, p.27.

⁹ BIAVASCHI, Magda Barros. **A história da súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho**: alteração na forma de compreender a terceirização. Londrina: Editora Mediações, v 16, nº1, p. 139.

I – A contratação de trabalhadores por empresa interposta é ilegal, formando-se o vínculo diretamente com o tomador dos serviços, salvo no caso de trabalho temporário (Lei nº 6.019, de 03.01.74).

II – A contratação irregular de trabalhador, 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 20.06.83) 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

nº 8.666, de 21.06.93, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora. A aludida responsabilidade não decorre de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada.

VI – A responsabilidade subsidiária do tomador de serviços abrangendo todas as verbas decorrentes da condenação referentes ao período da prestação laboral.¹⁰

Assim, a nova redação da Súmula 331 permitiu a responsabilidade subsidiária nos casos em que se verificar a conduta culposa da Administração Pública direta e indireta no cumprimento das obrigações da Lei nº 8.666 e no cumprimento das obrigações legais e contratuais da prestadora de serviços como empregadora. Ademais, relatou que a responsabilidade subsidiária do tomador de serviço abrange todas as verbas referentes ao período de prestação laboral. Assim, a súmula em questão ampliou a responsabilidade das empresas contratantes e empregadoras, adentrando no fenômeno da culpa *in elegendo e in vigilando*, conforme bem exposto pela doutrinadora Livia Mendes:

O fundamento da responsabilização subsidiária imputada à tomadora e sobre o qual se construiu a orientação jurisprudencial é a culpa *in elegendo e in vigilando* da empresa contratante em relação à prestadora. Sucede em culpa *in elegendo* ao contratar empresa que não possua capacidade econômica ou idoneidade financeira para honrar seus créditos. Outrossim, o dever de fiscalizar o pagamento das verbas trabalhistas pagas pela empresa prestadora também compete à empresa contratante. Se assim não procede, ocorre em culpa *in vigilando*. Nesse sentido, em ambas as hipóteses, a empresa tomadora é responsabilizada, subsidiariamente, no pagamento de todas as verbas trabalhistas devidas.¹¹

Diante o exposto, conclua-se que, a partir dos anos 1980, as empresas, visando reduzir os custos do trabalho e aumentar o lucro produtivo, passaram a utilizar a terceirização como forma de conseguir mão de obra barata e eficiente, bem como buscaram se isentar das

¹⁰JUSTIÇA DO TRABALHO. **Súmula nº 331 do TST**. Brasília, DF: Justiça do Trabalho, 31/05/2011. Disponível em: http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_301_350.html#SUM-331. Acesso em: 12 nov. 2019.

¹¹MIRAGLIA, Livia Mendes Moreira. **A terceirização trabalhista no Brasil**. São Paulo: Editora Quarter Latin do Brasil, 2018, p. 197.

responsabilidades trabalhistas, provocando uma precariedade nas relações de trabalho, aumento na taxa de desemprego, fragilização dos sindicatos dos trabalhadores e elevaram a concentração de renda e da riqueza.

Assim, a Justiça do Trabalho passou a ter um grande papel de evitar esta desigualdade desenfreada entre os trabalhadores, normatizando a terceirização, primeiramente através da Súmula 256 e, posteriormente, através da Súmula 331. Esta representou um grande marco no Direito do Trabalho, pois permitiu que se evitasse a desenfreada terceirização, cujo principal objetivo era burlar as leis trabalhistas para aumentar o lucro das empresas. Por outro lado, movimentos de resistência liderados por atores sociais, centrais sindicais, entidades de representação, pesquisadores e estudiosos demonstraram que o entendimento sumulado pelo Tribunal Superior do Trabalho foi importante para a criação de uma legislação civilizatória e inclusiva, na qual o principal propósito era evitar qualquer forma de regulamentação que não fosse comprometida com as conquistas sociais, os avanços tecnológicos e produtivos, ou seja, evitar qualquer contratações que burlassem a legislação trabalhista para aumentar a renda e riqueza das empresas, em decorrência da marginalização dos empregados terceirizados.

2.3 PRINCIPAIS MUDANÇAS TRAZIDAS PELA LEI 13.429/2017, LEI 13.467/2017 E PELA RE 958.252

A terceirização trabalhista, por um longo período de tempo, não possuía uma regulamentação específica, sendo pautada por leis ordinárias esparsas como a Lei do Trabalho Temporário (lei nº 6.019/1974) e a Lei do Serviço de Vigilância Especializada (lei nº 7.102/1983). Assim, com a ausência de uma legislação específica, ocorreu a criação da sumula 331 do TST devido ao entendimento jurisprudencial da época. Entretanto, com o passar do tempo, criou-se novas regras acerca do tema através da Lei 13.429, conhecida como Lei da Terceirização, e Lei 13.467, conhecida como reforma trabalhista.

A Lei de Terceirização foi responsável por promover mudanças na Lei nº 6.019, passando a tratar tanto do trabalho temporário quanto da terceirização. Uma das principais mudanças foi a possibilidade de terceirização independentemente do ramo da empresa contratante, conforme previsto no artigo 4º- A, §2º da Lei 6.019.

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](#))

§ 2º Não se configura vínculo empregatício entre os trabalhadores, ou sócios das empresas prestadoras de serviços, qualquer que seja o seu ramo, e a empresa contratante.¹²

Assim, verifica-se que a terceirização não apresentava vínculo empregatício entre as partes, porém, se for verificada a subordinação direta com o contratante do serviço, ocorrerá a caracterização da fraude na contratação, devido ao reconhecimento do vínculo, devendo ser aplicado os dispositivos previstos no artigo 9º da Consolidação das Leis Trabalhistas. Ressalta-se que esta fraude na contratação acaba representando um avanço na fiscalização no âmbito trabalhista, uma vez que possui a finalidade de aproximar o contrato de trabalho com a realidade vivenciada pelo contratado. Este entendimento foi pontuado pelo doutrinador Sergio Pinto Martins:

“ Se se pretender terceirizar serviços da empresa com o intuito de burlar as disposições trabalhistas, é evidente que se atrairá a aplicação do artigo 9º da CLT e também da Súmula 331, sendo que o vínculo de emprego se dará com o tomador dos serviços – aquele que terceirizou os serviços. (...) Daí o cuidado que se deve ter não só na elaboração dos contratos de prestação de serviços com terceiro, na verificação da realidade fática, como também na subordinação existente entre as partes. Se o terceirizado presta serviços não só para uma empresa, mas também para outras, não tendo subordinação com a primeira não ocorrerá o vínculo empregatício. (...) Epidemia deve ser combatida e controlada. O controle da terceirização tem de ser feito pela lei, sendo punidos os casos de fraude (Artigo 9º da CLT)”¹³

Outras grandes mudanças acerca da terceirização ocorreram através da Lei 13.467/2017, que promoveu alterações na regência normativa da terceirização, nas atividades regulamentares da empresa contratante e na discriminação salarial entre os funcionários da empresa e os terceirizados. Uma das mudanças foi a alteração nos artigos 4º - A e 5º - A, em que passou a permitir a terceirização na atividade principal da empresa, conforme se verifica *in verbis*:

“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](#))”¹⁴

Art. 5º-A. Contratante é a pessoa física ou jurídica que celebra contrato com empresa de prestação de serviços relacionados a **quaisquer de suas atividades, inclusive sua atividade principal**. (Redação dada pela Lei nº 13.467, de 2017)”¹⁴

¹²BRASIL. Lei n 6.019: Dispõe sobre o trabalho temporário nas empresas urbanas e dá outras providências. Brasília, DF, Presidência da República, 1974. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6019.htm. Acesso em: 12 nov. 2019.

¹³MARTINS, Sergio Pinto. **A terceirização no Direito do Trabalho**. São Paulo: Editora Saraiva, 2018, p. 232 e 235.

¹⁴BRASIL. Lei n 6.019: Dispõe sobre o trabalho temporário nas empresas urbanas e dá outras providências. Brasília, DF, Presidência da República, 1974. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6019.htm. Acesso em: 12 nov. 2019.

Mediante isto, nota-se que, diferentemente da regulamentação prevista na Súmula 331 do TST, a terceirização passou a ser permitida na atividade principal da empresa contratante, provocando um aumento significativo desta forma de trabalho nas atividades fim das empresas. Vale ressaltar que, apesar da ampliação da terceirização, foi estabelecido, no artigo 5º - D da Lei nº 6.019, medidas de proteção para os trabalhadores, como uma quarentena para impedir que a empresa demita o empregado efetivo para recontratá-lo como terceirizado, evitando, portanto, o fenômeno da pejotização.

Outra grande mudança trazida pela Reforma Trabalhista foi a possibilidade da igualdade entre os salários dos funcionários e dos terceirizados, conforme previsto no artigo 4º- C, §1º da Lei nº 6019/74:

Art. 4º-C. São asseguradas aos empregados da empresa prestadora de serviços a que se refere o art. 4º-A desta Lei, quando e enquanto os serviços, que podem ser de qualquer uma das atividades da contratante, forem executados nas dependências da tomadora, as mesmas condições:

§ 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.¹⁵

Assim, verifica-se que esta igualdade salarial entre os funcionários e os terceirizados acabou promovendo uma “valorização” das regras da dignidade da pessoa humana (art 1º, III da Constituição Federal), uma vez que o ordenamento jurídico brasileiro passou a buscar uma terceirização limitada aos princípios constitucionais, evitando a instrumentalização da pessoa humana, conforme bem observado por Mauricio Delgado:

Nesse quadro constitucional lógico, sistemático e teleológico, a propriedade privada, a livre iniciativa, a sociedade civil em gerat além de, sem dúvida, também as instituições estatais, todas têm, sim, de se amoldar aos princípios constitucionais humanísticos e sociais de 1988. E todos esses princípios, quer individualmente considerados, quer considerados em seu conjunto, todos repelem a terceirização trabalhista sem peias, sem limites, descontrolada. Relembrem-se tais princípios, já exaustivamente estudados no Capítulo I desta obra dual. São os denominados princípios constitucionais do trabalho: 1) princípio da dignidade da pessoa humana; 2) princípio da centralidade da pessoa humana na vida socioeconômica e na ordem jurídica; 3) princípio da valorização do trabalho e do emprego; 4) princípio da inviolabilidade do direito à vida; 5) princípio do bem-estar individual e social; 6) princípio da justiça social; 7) princípio da submissão da propriedade à sua função socioambiental; 8) princípio da não discriminação; 9) princípio da igualdade em sentido material; 10) princípio da segurança; 11) princípio da proporcionalidade e razoabilidade; 12) princípio da vedação do retrocesso social.¹⁶

¹⁵BRASIL. Lei n 6.019: Dispõe sobre o trabalho temporário nas empresas urbanas e dá outras providências. Brasília, DF, Presidência da República, 1974. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/16019.htm. Acesso em: 12 nov. 2019.

¹⁶DELGADO, Mauricio Godinho. **A Reforma Trabalhista no Brasil com comentários a lei 13.467/2017**. São Paulo: Editora LTR, 2017, p. 200.

Dessa forma, o trabalho digno passou a ser um dos grandes parâmetros para a “limitação” da terceirização no ordenamento jurídico brasileiro. A dignidade da pessoa humana ocorre quando o homem, enquanto ser, deixa de ser considerado um meio para alcançar um fim específico. Assim, o trabalho digno, seja para o funcionário contratado diretamente pela empresa, seja para o terceirizado, passou a ser o responsável pela busca da valorização dos valores éticos. Não obstante, a autora Cinara Rosenfield defende que o trabalho deve promover uma proporcionalidade entre os valores éticos e econômicos, conforme se confira *in verbis*:

O trabalho remete, por um lado, ao instrumentalismo, à dominação e à submissão às forças de mercado, e por outro, à sociabilidade, à implicação moral, aos projetos pessoais e de estima social. No âmbito do trabalho e no capitalismo em especial, valores éticos e econômicos convivem em tensão permanente. Os indivíduos esperam por reconhecimento, simultaneamente, como humanos – e seria um reconhecimento incondicional – assim como por intermédio de sua *performance* e contribuição social – e seria um reconhecimento condicional (Taylor, 1997). A noção de reconhecimento, em suas três esferas, teria a contribuição de articular, com vistas à justiça social, as esferas dos direitos e da solidariedade e contribuição social. Transpondo a contraposição entre cidadania e direitos humanos, o reconhecimento pelo trabalho integraria os sujeitos sociais às dimensões do direito e da comunidade moral de valores.¹⁷

Além da “busca” pela dignidade humana na terceirização, a Reforma Trabalhista também inseriu valores jurídicos internacionais provenientes de Convenções e Declarações Internacionais sobre Direitos Humanos Econômicos, Sociais e Culturais, assim como os Direitos Humanos Trabalhistas. Assim, a utilização dos valores internacionais na reforma da terceirização brasileira teve como principal objetivo o “combate” a mercantilização e miséria no trabalho.

Dessa forma, os valores jurídicos internacionais implantados no Brasil permitiriam a busca por um decente, bem como preceitua a agenda da OIT e do Plano Nacional de Trabalho Decente, lançado em 2010 pelo Ministério do Trabalho e Emprego, conforme se verifica *in verbis*:

Trabalho Decente é uma condição fundamental para a superação da pobreza, a redução das desigualdades sociais, a garantia da governabilidade democrática e o desenvolvimento sustentável. Em inúmeras publicações, o Trabalho Decente é definido como o trabalho adequadamente remunerado, exercido em condições de liberdade, equidade e segurança, capaz de garantir uma vida digna. Para a Organização Internacional do Trabalho (OIT), a noção de trabalho decente se apoia em quatro pilares estratégicos: a) respeito às normas internacionais do trabalho, em

¹⁷ROSENFELD, Cinara L. **Para além da dicotomia entre trabalho decente e trabalho digno: reconhecimento e direitos humanos**. Salvador: Caderno CRH, 2012, p. 326.

especial aos princípios e direitos fundamentais do trabalho (liberdade sindical e reconhecimento efetivo do direito de negociação coletiva; eliminação de todas as formas de trabalho forçado; abolição efetiva do trabalho infantil; eliminação de todas as formas de discriminação em matéria de emprego e ocupação); b) promoção do emprego de qualidade; c) extensão da proteção social; d) diálogo social (Brasil, 2010, p.11).

Assim, a terceirização de forma ilimitada e generalizada em todos os âmbitos das atividades da empresa contratante acaba por descaracterizar a busca pelo trabalho decente, uma vez que o empregado terceirizado não possui as mesmas prerrogativas de um funcionário com Carteira de Trabalho assinada. Por outro lado, a terceirização ilimitada promove a desigualdade entre os funcionários da empresa, pois os terceirizados são vistos e caracterizados como mera fonte de incremento da eficiência econômica da empresa.

Além da Reforma Trabalhista e da Lei 13.429/2017, a Terceirização também sofreu alterações com a ADPF nº 324 e Recurso Extraordinário nº 958.252, em que restou reconhecida a constitucionalidade da prática da terceirização nas atividades-fim das empresas.

Apesar da Reforma Trabalhista ter permitido a terceirização na atividade fim da empresa, a ADPF acima mencionada visou discutir a aplicação da terceirização na atividade-fim antes da entrada em vigor da Reforma, tornando inconstitucional a Súmula 331 do TST. Com isso, restou fixada a seguinte tese de repercussão geral: “É lícita a terceirização ou qualquer outra forma de divisão do trabalho entre pessoas jurídicas distintas, independentemente do objeto social das empresas envolvidas, mantida a responsabilidade subsidiária da contratante”. Não obstante, salienta-se que, mesmo com a tese da Repercussão

Geral, permaneceu a possibilidade de reconhecimento de vínculo empregatício entre empregado terceirizado e a empresa tomadora de serviços, conforme artigo 9º da Lei 13.467.

Assim, conclua-se que a Terceirização passou a ser um dos grandes mecanismos utilizados pelas empresas na busca de uma mão-de-obra barata e no crescimento dos lucros, uma vez que os funcionários terceirizados não possuem todas as garantias trabalhistas de um funcionário celetista. Não obstante, as alterações trazidas pelas leis e pela ADPF serviram para demonstrar que a fiscalização do trabalho ficará cada vez mais precária, pois esta nova forma de “emprego” permite o grande crescimento da fraude contratual, bem como permite que o ser humano se diminua a condição de mero objeto contratual.

3 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DO DIREITO DO TRABALHO, A TERCEIRIZAÇÃO E A REPERCUSSÃO GERAL

O crescimento da discussão acerca da terceirização e de sua ampliação nas atividades fim das empresas sempre foi pautada e limitada pelos princípios que regem a Constituição Federal e o Direito do Trabalho.

Dessa forma, necessária se faz a apresentação acerca do tema para que se possa entender a terceirização no âmbito jurídico brasileiro.

3.1 PRINCÍPIOS DO DIREITO DO TRABALHO

Cada ramo do direito brasileiro possui autonomia, sendo que esta se manifesta através de um domínio interpretativo vasto, doutrinas homogêneas pautadas por conceitos gerais comuns e metodologia própria. Assim, pode-se dizer que o Direito do Trabalho possui esta três características, influenciando, portanto, na existência de princípios peculiares e próprios, além dos princípios constitucionais.

Os princípios gerais surgiram através da Constituição da República Federativa do Brasil, uma vez que esta foi a pioneira no surgimento do Estado Democrático de Direito, da principiologia humanística social e do conceito de direitos fundamentais da pessoa humana.

Construída desde o pós Segunda Guerra Mundial, o Estado Democrático de Direito representou uma superação do Estado Social, sendo responsável pela institucionalização de ideias relacionadas às liberdades individuais básicas, às liberdades públicas, ideias e fórmulas de controle do poder político e de representação política da sociedade civil no plano da sociedade política. Apesar desde avanço inicial, a Constituição possuía um caráter limitador e restrito, uma vez que não representavam a grande maioria da população, dando voz apenas a “elite” da sociedade. Segundo Mauricio Delgado:

É característica desse marco inicial do constitucionalismo, por outro lado, o caráter limitado, restrito, senão até mesmo excludente, de todas essas ideias e fórmulas novas institucionalizadas. Ou seja, embora se trate de concepções inovadoras em face da realidade até então consagrada, o fato é que os avanços foram, na realidade, bastante restritos, pois cuidadosamente limitados a uma pequena elite da comunidade envolvente. Tais ideias, direitos e fórmulas inovadoras não abrangiam nem incorporavam a grande maioria das populações das sociedades e Estados respectivos; ou seja, de maneira geral, mulheres, escravos, analfabetos, indivíduos pobres ou simplesmente abaixo de certo parâmetro censitário, estrangeiros, grupos

étnicos não europeus, etc., não eram contemplados pelos avanços jurídicos e institucionais propostos pelo Estado Liberal.¹⁸

Assim, as restrições presentes na Constituição caracterizam o Estado Liberal, sendo caracterizado pelo liberalismo jurídico e político brasileiro, não sendo, portanto, característica específica do Estado Democrático. Dessa forma, conclua-se que os primeiros passos principiologicos da Constituição foram marcados por ideias liberais, se afastando do conceito real e efetivo de Democracia.

Mediante o exposto, viu-se a necessidade de se buscar um constitucionalismo mais social, visando, principalmente, o bem estar social coletivo e individual. Com isso, o novo paradigma da Constituição, conhecido como Estado Social, surgiu com o Tratado de Versalhes em 1919, dando amplitude ao campo social do Direito Brasileiro, sendo este composto pelo Direito do Trabalho e pelo Direito da Seguridade Social (anteriormente, denominado Direito Previdenciário). Esta mudança de paradigma foi responsável pelo surgimento dos direitos sociais, ampliou o conceito de cidadania política, promoveu o intervencionismo estatal na economia e nas relações sociais e entre outros.

Vale salientar que o Estado Social de Direito possuía como objetivo a igualdade material e liberdade na vida em sociedade, bem como possui o objetivo de garantir condições mínimas para uma existência digna. Apesar de seus avanços, este estado também foi marcado por limitações e restrições, pois promoveu a institucionalização dos direitos sociais como normas constitucionais em sentido meramente formal, sendo cortada por mecanismos antidemocráticos. O Estado Social de Direito foi uma transição do liberalismo para o processo de democratização da sociedade, porém com uma formalidade parcialmente mitigada devido a falta de regras concretas constitucionais.

Após a Segunda Guerra Mundial foi surgindo um constitucionalismo humanista e social contemporâneo, em que este foi aplicado no Direito Brasileiro através da Constituição da República de 1988. Este novo paradigma representou o surgimento do Estado Democrático de Direito, sendo caracterizado pela matriz principiológica das constituições, institucionalização da natureza normativa dos princípios jurídicos, estruturação de um rol de princípios humanísticos e sociais imperativos, bem como marcado pela sofisticação dos mecanismos democráticos da sociedade política e civil. Segundo Mauricio Delgado, o conceito de Estado Democrático de Direito é:

O conceito constitucional de Estado Democrático de Direito importa,

¹⁸DELGADO, Mauricio Godinho. **A Reforma Trabalhista no Brasil com comentários a lei 13.467/2017**. São Paulo: Editora LTR, 2017, p. 24.

dessa maneira, na democratização também da sociedade civil, uma vez que esse conceito e sua abrangência não se restringem ao simples plano da sociedade política. Participação e inclusão no contexto da sociedade civil – das instituições sociais, da economia e seu mercado capitalista, etc. - consistem, nesse quadro, em imperativos democráticos consagrados pelo conceito constitucional de Estado Democrático de Direito. Democratização da sociedade civil, inclusive do mercado econômico e suas instituições - e não o seu inverso -, eis o que determina a Constituição da República e seu conceito de Estado Democrático de Direito.¹⁹

Assim, com este contexto histórico para a formação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, o Direito do Trabalho acabou sendo pautado pelos seguintes princípios constitucionais: 1) princípio da dignidade da pessoa humana; 2) princípio da centralidade da pessoa humana na vida socioeconômica e na ordem jurídica; 3) princípio da valorização do trabalho e do emprego; 4) princípio da inviolabilidade do direito à vida; 5) princípio do bem-estar individual e social; 6) princípio da justiça social; 7) princípio da não discriminação; 8) princípio da igualdade em sentido material; 9) princípio da segurança; 10) princípio da irredutibilidade salarial; 11) princípio da vedação do retrocesso social.

Além dos princípios previstos na Constituição de 1988, o Direito do Trabalho é composto por princípios próprios do seu ramo, sendo que o principal valor incutido nestes princípios é a justiça em seu caráter social e individual. Os princípios são: 1) princípio da proteção do hipossuficiente, 2) princípio da norma mais favorável ao trabalhador, 3) princípio da condição mais benéfica, 4) princípio *in dubio pro operario*, 5) princípio da primazia da realidade, 6) princípio da continuidade da relação de emprego, 7) princípio da inalterabilidade *in pejus*.

O princípio da proteção do hipossuficiente, como o próprio nome diz, visa garantir uma igualdade de forças entre as partes da relação de trabalho, ou seja, visa proteger o trabalhador para que este possa estar no “mesmo patamar” do empregador. Este princípio se tornou mais relevante com a reforma trabalhista, uma vez que esta acabou agravando a situação de hipossuficiência do trabalhador perante o empregador. Apesar de agravar esta desigualdade, o princípio acabou ganhando mais força em sua utilização, conforme bem observado pelo doutrinador Francisco Gêrson:

Aliás, no Direito do Trabalho brasileiro, agora se torna ainda mais relevante potencializar o princípio, pois a hipossuficiência do trabalhador se agravou perante o empregador, o qual passou a deter maiores poderes de gestão e de impor sua vontade ao obreiro, direta e individualmente. (...)Sucedem que as negociações individuais diretas, entre empregados e empregadores, possuem um substrato de desigualdade na essência, considerando o poderio empresarial. Apenas em situações excepcionalíssimas, o trabalhador tem a mesma força (ou superior) que o

¹⁹DELGADO, Mauricio Godinho. **A Reforma Trabalhista no Brasil com comentários a lei 13.467/2017**. São Paulo: Editora LTR, 2017, p. 28.

empregador. Mas o princípio não é estabelecido para as excepcionalidades, senão fulcrado na realidade corrente, no que seja ordinário.²⁰

Assim, verifica-se que a lei 13.467/2017, apesar de fortalecer o empregador, continua sendo pautada pelo Direito Comum, não podendo, portanto, realizar um negócio jurídico que cause lesão, conforme artigo 157 do Código Civil. Dessa forma, o princípio da proteção do hipossuficiente acabou ganhando forças, bem como passou a atuar cada vez mais nas relações de trabalho.

Outro princípio trabalhista é o princípio da norma mais favorável ao trabalhador, em que este é utilizado quando ocorre o conflito entre duas ou mais normas vigentes e aplicáveis à mesma situação jurídica, deve-se prevalecer aquela mais vantajosa para o trabalhador. Segundo o autor Vólia Bomfim Cassar, a comparação entre as normas, para que se escolha a norma mais favorável, deve levar em consideração as teorias atomistas, conglobamento e intermediária, conforme se verifica em verbis:

Entretanto, em termos de Direito do Trabalho a regra é diferente, pois norteadas pelo princípio da norma mais favorável ao trabalhador. Neste caso, não há um respeito à hierarquia formal da norma e sim, em cada caso, à fonte que for mais benéfica ao empregado. Desde que esteja acima do mínimo legal, prevalecerá a norma que lhe trouxer mais benefícios. Quando existirem duas normas conflitantes que se apliquem ao mesmo trabalhador, mas que disciplinam a matéria de forma diversa ou, ainda, quando uma delas contiver partes benéficas e partes menos favoráveis que a outra norma em comparação, deve-se respeitar a que for mais favorável ao empregado, observando-se, quanto às normas autônomas (elaboradas sem a participação do Estado), o critério de comparação segundo uma das teorias: atomista, conglobamento e intermediária.²¹

A teoria atomista defende que as normas devem ser interpretadas isoladamente, em que o benefício de cada uma será aglutinada e acumulada em uma só. A teoria do conglobamento relata que deve ser usada a norma como um todo, prevalecendo aquela que for mais favorável ao trabalhador, ignorando tanto os malefícios e os benefícios da norma menos favorável. Por fim, a teoria intermediária defende que deve selecionar os institutos existentes em diferentes normas e, a partir daí, ocorrerá a escolha exclusiva do capítulo mais benéfico de cada norma para aplica ao trabalhador.

Assim, nota-se que o princípio da norma mais favorável ao trabalhador pode ser escolhida através de três teorias completamente diferentes. Entretanto, vale ressaltar que no conflito de norma autônoma com norma heterônoma ou no conflito entre duas normas

²⁰ LIMA, Francisco Gérson Marques de. **Convite ao estudo da hermenêutica em Direito do Trabalho**. Fortaleza: Excola, 2017, p. 04. Disponível: <http://www.excolasocial.com.br/>. Acesso em: 12 nov. 2019.

²¹ CASSAR, Vólia Bomfim. **Resumo de Direito do Trabalho**. São Paulo: Editora Método, 2018, p. 31.

heterônomas deve-se utilizar a teoria atomista, uma vez que a norma heterônomas são indisponíveis, não podendo ser excluída por outra norma.

Aplica-se, também, no Direito do Trabalho, o princípio da condição mais benéfica, em que este é responsável pela proibição das alterações contratuais prejudiciais ao trabalhador, prevalecendo a norma mais benéfica. Não obstante, este princípio está expresso no artigo 468 da CLT, em que relata que o tratamento favorável ao trabalhador incorpora o patrimônio deste como cláusula contratual ajustada.

Este princípio, além de ser aplicado no caso de concorrência de normas com origens diferentes, também deve ser aplicado nos casos em que a norma derogada possui tratamento mais benéfico ou quando este tratamento não é contemplado pela nova norma. Segundo Ojeda Avilés, existe três requisitos para aplicação desta regra:

1) que sejam condições de trabalho, entendidas em sentido amplo, ou seja, não só as condições de trabalho propriamente ditas, mas também as condições de trabalho que se concedem no trabalho realizado por conta alheia: alojamento, alimentação, roupa, bolsas, gratificações, etc.

Não se incluem as condições de representação, negociação ou conflito. Tampouco as expectativas de direito nem as interinidades.

2) que sejam mais benéficas, o que importa a comparação entre duas regulações distintas, ou seja, que a relação de trabalho tenha nascido sob o império da antiga norma. Os trabalhadores admitidos na empresa após a sucessão normativa não podem alegar uma situação que não conheceram;

3) que tenham sido reconhecidas ao trabalhador. Como esta regra equivale a uma defesa do status alcançado pelo trabalhador na empresa, embora sua base de apoio tenha sido destruída, exige-se que tenha preenchido os requisitos necessários para o nascimento do direito. Excluem-se, pois, as condições que não chegaram a ser exercidas sob a norma antiga, pois não se cumpriram, nem uma só vez, os requisitos necessários para isso.²²

Assim, verifica-se que este princípio será devidamente aplicado na relação entre empregador e empregado, devido as condições de trabalho, sendo que prevalecerá a condição benéfica ao empregado e que foi devidamente reconhecida anteriormente pelo empregador. Além disso, mesmo a reforma trabalhista fortalecendo a superioridade do empregador nas relações de trabalho, este princípio representa um freio nos abusos do superior, reestabelecendo as condições de trabalho, bem como ampliando a segurança jurídica entre estes.

Outro princípio importante na esfera trabalhista é o princípio *in dubio pro operario* ou *pro misero*, em que este regula que deve ser escolhida a norma mais favorável ao trabalhador, quando esta possuir mais de uma interpretação razoável e distinta. Segundo

²²AVILÉS, Antonio Ojeda: „EI principio de condición más beneficiosa“, em **Revista de Política Social**“, Centro de Estudios Constitucionales, Madri, n. 134, abril-junho de 1982, p. 35.

Américo Plá, a interpretação da norma deve partir da vontade do legislador, equilibrando os valores patronais com os valores da coletividade, conforme se verifica *in verbis*:

Relativamente à segunda condição, *Deveali* adverte que à interpretação literal deve preferir aquela que parte da vontade do legislador, ou seja, a *ratio legis* ou o espírito da lei. Isso obriga a levar em conta, muitas vezes, que a lei tencionou não apenas contemplar os interesses dos trabalhadores, mas também harmonizar os interesses obreiro-patronais com os da coletividade; que às vezes prescinde da consideração da situação pessoal para levar em conta a finalidade social; que muitas vezes se preferem deliberadamente soluções *forfaitaires* ou tarifárias, nas quais se ampliam casos contemplados, sob a condição de dirimir a reparação ou, inversamente, que uma medida de amparo especialmente intensa esteja acompanhada de uma disposição que reduza notavelmente seu campo de aplicação; ou seja, à maior intensidade corresponde uma menor extensão; e que às vezes, por razões práticas ou econômicas, se dá preferência a soluções parciais ou menos perfeitas. Em todos esses casos – acrescenta – o intérprete, ao investigar a *ratio legis*, deve levar em conta que o legislador, ao mesmo tempo em que se propôs outorgar um benefício, preocupou-se em evitar que a nova norma ocasionasse certos inconvenientes. Somente dessa forma – conclui – se interpreta fielmente a vontade do legislador e se evita o perigo de que uma norma deixe de produzir os efeitos a que se propõe, ou ocasione prejuízos que o legislador quis evitar.²³

Mediante o exposto, nota-se que a interpretação mais favorável, portanto, será da vontade do juiz, em que este buscará equilibrar a relação de trabalho entre empregador e empregado. Apesar disso, este princípio só pode ser aplicado quando existir dúvida razoável sobre o alcance da norma legal e quando não estiver em desacordo com a vontade expressa do legislador. Por fim, vale ressaltar que este princípio não se aplica na valoração da prova, uma vez que este possui caráter de direito material, conforme bem observado pela autora Vólia:

Apesar de se tratar de um princípio de direito material, existe tímida corrente defendendo sua aplicação ao Processo do Trabalho. Isto porque o princípio tem nomenclatura similar àquela conhecida no processo penal como *in dubio pro reo*, confundindo alguns estudiosos que afirmam ser uma transposição adaptada deste princípio processual penal ao Direito do Trabalho. Não concordamos. O princípio em estudo não se aplica para valoração da prova, para julgamento, pois é princípio de direito material.²⁴

No Direito do Trabalho ocorre a aplicação do princípio da primazia da realidade, em que este relata a prevalência dos fatos reais sobre as formas, ou seja, o que importa é o que realmente aconteceu e não o que está escrito em documentos ou acordos. Assim, nota-se que este princípio é aplicado nos casos em que ocorre divergência entre a prática do trabalho e as cláusulas pactuadas entre as partes da relação de trabalho. Segundo Américo Plá, esse desajuste pode ocorrer de diferentes formas:

²³RODRIGUEZ, Américo Plá. **Princípios de Direito do Trabalho**. São Paulo: Editora LTR, 2000, p. 47.

²⁴CASSAR, Vólia Bomfim. **Resumo de Direito do Trabalho**. São Paulo: Editora Método, 2018, p. 33.

- 1) resultar de uma intenção deliberada de fingir ou simular uma situação jurídica distinta da real. É o que se costuma chamar de simulação. É muito difícil conceber casos de simulação absoluta na qual se pretenda apresentar um contrato de trabalho, quando na realidade não exista nada⁵¹⁷. Ao contrário, o mais freqüente é o caso das simulações relativas, nas quais se dissimula o contrato real, substituindo-o ficticiamente por um contrato diverso. As diferenças entre o contrato simulado e o efetivo podem versar sobre todos os aspectos: as partes, as tarefas, os horários, as retribuições, etc. Nesta categoria se pode fazer outra grande distinção entre as simulações acordadas bilateralmente e as impostas ou dispostas unilateralmente por uma parte, com toda a variadíssima gama de matizes intermediários;
- 2) provir de um erro. Esse erro geralmente recai na qualificação do trabalhador e pode estar mais ou menos contaminado de elementos intencionais derivados da falta de consulta adequada ou oportuna. Também essa situação equívoca se pode atribuir a erro imputável a ambas as partes ou a uma só delas;
- 3) derivar de uma falta de atualização dos dados. O contrato de trabalho é um contrato dinâmico no qual vão constantemente mudando as condições da prestação dos serviços. Para que os documentos reflitam fielmente todas as modificações produzidas, devem ser permanentemente atualizadas. Qualquer omissão ou atraso determina um desajuste entre o que surge dos elementos formais e o que resulta da realidade; e
- 4) originar-se da falta de cumprimento de requisitos formais. Algumas vezes, para ingressar ou ter acesso a um estabelecimento, requer-se a formalidade da nomeação por parte de determinado órgão da empresa ou o cumprimento de qualquer outro requisito que se haja omitido. Em tais casos, também o que ocorre na prática importa mais do que a formalidade.²⁵

Mediante o exposto, fica evidente que o princípio da primazia permite que os fatos prevaleçam sobre as formas pactuadas entre as partes, independentemente do grau de intenção ou responsabilidade do empregador ou do empregado. Não obstante, resta comprovado que os fatos demonstrados não podem ser neutralizados ou contrapesados por documentos ou qualquer outro “objeto” formal.

Vale salientar que o artigo 442-B da CLT, acrescentado pela Reforma Trabalhista, relata quais são as características de um funcionário autônomo, sendo que, conforme o princípio da primazia da realidade, se o empregado possui subordinação, pessoalidade, onerosidade e habitualidade, restará incontroverso o vínculo empregatício com o empregador. Dessa forma, mesmo com alterações provenientes da lei 13.497/2017, o princípio acima mencionado permite que seja combatido qualquer forma ilegal de terceirização. Assim, conclui o doutrinador Francisco Gerson:

A natureza da relação de emprego sempre será passível de discussão e verificação em concreto, quando houver prestação de serviços. Deste modo, a disposição contida no art. 442-B, CLT, diz o óbvio e, apesar de todo o esforço do legislador em sentido contrário, admite a perquirição fática sobre a presença dos elementos da relação de emprego. Eis a dicção do dispositivo legal:
 “Art. 442-B. A contratação do autônomo, cumpridas por este todas as formalidades legais, com ou sem exclusividade, de forma contínua ou não, afasta a qualidade de empregado prevista no art. 3º desta Consolidação”.

²⁵RODRIGUEZ, Américo Plá. **Princípios de Direito do Trabalho**. São Paulo: Editora LTR, 2000, p. 147.

Se estiverem presentes a subordinação, a pessoalidade, a onerosidade, a habitualidade, haverá vínculo empregatício, mesmo que a formalidade na contratação tenha sido cumprida. A simples contratação por meio de expedientes de pejetização, na tentativa de mascarar a pessoa física, não elide a realidade que a simulação busca encobrir. É que o contrato de trabalho é informal, tanto no sentido de que ele nasce mesmo sem forma específica, por mero desenvolvimento da atividade laboral, quanto o contrato tenha recebido formalização própria de outra modalidade, quando de fato seja relação de emprego.

Havendo a Lei da Reforma Trabalhista previsto que muitos acertos se darão diretamente entre empregado e empregador, o princípio da primazia da realidade poderá ser invocado em muitas circunstâncias para esclarecer se, de fato, a vontade do empregado fora manifestada espontaneamente ou se decorrerá de vícios capazes de anular tais acertos (erro, dolo, coação, fraude, lesão etc.).²⁶

Apesar de em alguns pontos permitir a prevalência do princípio da primazia da realidade, a reforma trabalhista foi bastante desfavorável ao trabalhador, modificando, em algumas espécies, o princípio estudado, uma vez que permitiu a prevalência do ajustado individualmente ou coletivamente sobre a realidade, mesmo sendo menos favorável ou diferente da vivenciado pelo empregado. Segundo a autora Vólia Bonfim, as exceções ao princípio são:

Para que um empregado seja enquadrado como trabalhador intermitente basta que celebre por escrito contrato de trabalho intermitente com o patrão, mesmo que inicialmente trabalhe de forma continuada (art. 452-A da CLT). O trabalho intermitente é desfavorável ao empregado, pois ficará aguardando a convocação para o trabalho e enfrentará períodos de inatividade e estes não serão considerados como tempo à disposição, o que contraria o art. 4º da CLT;

O contrato de trabalho que indique que o empregado é um teletrabalhador (art. 75-C da CLT) o afasta do Capítulo “Da Duração do Trabalho” (art. 62, III, da CLT). Mesmo que controlado e fiscalizado não terá direito às horas extras, noturnas e intervalo intrajornada. Neste caso, não prevalece a realidade (controle, fiscalização e labor extra comprovado). Mesmo sendo uma espécie de trabalhador externo, o art. 75-B da CLT informa que o teletrabalhador que executa seus serviços fora do estabelecimento do patrão não é considerado empregado externo. Uma inversão da realidade e da lógica;

Empregado cuja função é apontada na norma coletiva como de confiança nos moldes do art. 62,

II, da CLT. Mesmo que não exerça de fato função de confiança intensa estará excluído do Capítulo “Da Duração do Trabalho”, pois a norma coletiva se sobrepõe à lei e não poderá o juiz questionar seu conteúdo, salvo de violar a Constituição ou o art. 104 do CC (art. 8º, § 3º, da CLT);

Prestação de horas extras habituais não descaracteriza o ajuste de compensação de jornada, na forma do parágrafo único do art. 59-B da CLT. Ora, se existe um contrato para compensar a jornada e se este não é cumprido porque o empregado habitualmente faz horas extras no dia da compensação, deveria prevalecer a realidade (o não cumprimento do acordo), mas a lei, alterando o entendimento da jurisprudência (Súmula 85 do TST) pugna pela validade do acordado (compensação) sobre a realidade;

Considerar os feriados trabalhados como compensados nas jornadas de 12x36 horas é prevalecer a lei sobre a realidade, pois de fato não são compensados, pois

²⁶LIMA, Francisco Gérson Marques de. **Convite ao estudo da hermenêutica em Direito do Trabalho**. Fortaleza: Excola, 2017, p. 08 e 09. Disponível: <http://www.excolasocial.com.br/>. Acesso em: 12 nov 2019.

trabalham o mesmo número de dias que nos meses que não têm feriado – art. 59-A da CLT;

Prevalência das cláusulas contratuais sobre a realidade, desde que versem sobre os direitos previstos no art. 611-A da CLT e desde que seja portador de diploma de curso superior e que perceba igual ou mais que duas vezes o limite máximo dos benefícios do Regime Geral da Previdência – art. 444, parágrafo único, da CLT. Por exemplo: se este empregado assinar com o patrão um contrato contendo uma cláusula que informa que ele é empregado de confiança nos moldes do art. 62, II, da CLT, este fato, por si só, o afasta do Capítulo Da Duração do Trabalho, mesmo que na prática não seja um empregado de alta confiança, mas de confiança simples; Prevalência do termo de quitação da parcela feito com a chancela no sindicato mesmo que não tenha havido pagamento da parcela – art. 507-B da CLT. Não concordamos com a tese, apesar de defendida por alguns, pois não se quita o que não foi pago. O simples carimbo do sindicato noticiando a quitação de verbas trabalhistas não tem o condão de liberar da guarda dos recibos de pagamento. A mesma tese pode ser aplicada ao termo de conciliação efetuado na CCP (Comissão de Conciliação Prévia – parágrafo único do art. 625-D da CLT).²⁷

Conclua-se que a realidade dos fatos continuou sendo um importante mecanismo de prevalência sobre o pactuado entre as partes, cujo objetivo principal é combater qualquer forma de abuso pelo empregador, bem como fiscalizar o trabalho combatendo a terceirização ilegal e desenfreada. Entretanto, salienta-se que princípio da primazia da realidade não será utilizado em determinadas situações acrescentadas com a Reforma Trabalhista, uma vez que a realidade dos fatos deixará de prevalecer sobre documentos, pacto individuais ou coletivos, prejudicando ainda mais o trabalhador.

O princípio da continuidade da relação de emprego diz que, em regra, os contratos de trabalho devem ser pactuados por tempo indeterminado. Entretanto, o contrato a termo é uma exceção a essa regra, uma vez que este contrato possui tempo determinado expresso, conforme artigo 29 da CLT. Não obstante, na forma da Súmula 212 do TST, este princípio transfere o ônus de prova a data e o motivo da extinção do pacto trabalhista ao empregador. Segundo Vólia, este princípio é importante devido ao desejo do homem em continuar em seu emprego por um longo período, sendo ônus do empregador a comprovação do motivo da demissão, conforme se verifica *in verbis*:

O homem médio busca a segurança e a estabilidade econômica, o que acarreta presunção de que todos desejam uma colocação no mercado para ter a oportunidade de trabalho, já que o desemprego assusta e traz instabilidade econômica. Daí pressupõe-se que o trabalhador não quer sair de seu emprego. O desdobramento dessa presunção, conjugado ao fato do contrato de trabalho ser de trato sucessivo (que não se esgota num único ato), gera a conclusão de que o ônus de provar o motivo e a data da saída do empregado de seu emprego é do patrão.²⁸

²⁷CASSAR, Vólia Bomfim. **Resumo de Direito do Trabalho**. São Paulo: Editora Método, 2018, p. 34 e 35.

²⁸CASSAR, 2018, p. 36.

Mediante o exposto, verifica-se que o principal objetivo deste principio é garantir estabilidade na relação de trabalho entre as partes, bem como proteger e assegurar o vínculo empregatício, Segundo Horacio Schick, este principio é:

Lembre-mos de que sua vigência foi uma das principais conquistas que o Direito do Trabalho consagrou em favor do trabalhador, ao outorgar ao contrato extrema dureza e resistência na duração, superando a liberalidade da locação e a dissolução quando o vínculo era regulado conforme a locação de serviços. Essa instabilidade marcou o primeiro momento da relação de trabalho na era industrial onde a falsa ilusão da autonomia da vontade disfarçava a imposição do mais forte. A maioria das pessoas se vale de sua força de trabalho para participar do sistema produtor de bens e serviços e receber, como contraprestação, o necessário para seu sustento e realização pessoal. Se não fosse protegida sua permanência, o trabalhador poderia ser, às vezes, privado, de um dia para outro, de sua renda alimentar, que em período de crise comprometeria sua realização como ser humano.²⁹

O principio da continuidade da relação de emprego, segundo Américo Plá, deve ser utilizado nas seguintes situações: 1) preferência pelos contratos de duração indefinida; 2) amplitude para a admissão das transformações do contrato; 3) facilidade para manter o contrato, apesar dos descumprimentos ou nulidades em que se haja incorrido; 4) resistência em admitir a rescisão unilateral do contrato, por vontade patronal; 5) interpretação das interrupções dos contratos como simples suspensões; e 6) manutenção do contrato nos casos de substituição do empregador³⁰. Assim, nota-se que este principio faz com que a continuidade da relação de emprego se sobreponha à fraude, variação, infração, arbitrariedade, interrupção e substituição. Portanto, este principio é um importante mecanismo na fiscalização da relação de trabalho, uma vez que é capaz de evitar e proteger o empregado contra terceirizações fraudulentas.

Vale salientar que a Reforma Trabalhista acabou trazendo outra exceção ao principio acima estudado, em que esta está presente no contrato intermitente (Artigo 452-A CLT), pois o empregado alterna períodos de trabalho, em que pode passar longos períodos sem qualquer trabalho.

Outro grande principio do Direito do Trabalho é o principio da inalterabilidade contratual *in pejus*, em que este define que o contrato faz lei entre as partes, sendo que a alteração de clausula ao curso do contrato não pode ser feita de forma livre. Conforme artigo 444 da CLT, as partes podem pactuar livremente clausulas iguais ou melhores que a lei, não podendo ser contrarias à proteção ao trabalho, aos contratos coletivos e às decisões das autoridade competentes. Não obstante, em seu artigo 468, a Consolidação das Leis

²⁹SCHICK, Horacio: Estado actual de los principios generales de Derecho del Trabajo con especial referencia al principio protectorio y el de continuidad de la relación laboral", na revista „Derecho del Trabajo“, Buenos Aires, 1991, pág. 1835.

³⁰RODRIGUEZ, Américo Plá. **Principios de Direito do Trabalho**. São Paulo: Editora LTR, 2000, p. 104.

Trabalhistas permitiu a alteração contratual bilateral, desejo de ambas as partes, apenas quando não resultar prejuízo ao trabalhador.

Segundo Vólia, a lei 13.467/2017 trouxe algumas exceções a este princípio, sendo elas:

A Reforma Trabalhista permitiu uma série de alterações contratuais, mesmo que prejudiciais ao empregado, como analisado abaixo.

A partir da Lei 13.467/2017 várias exceções à regra da inalterabilidade *in pejus* foram acrescentadas às já apontadas acima:

- a) Possibilidade de alteração do contrato, que antes era executado de forma presencial, para telepresencial – teletrabalho, mediante ajuste escrito – art. 75-C da CLT e alteração unilateral do trabalho telepresencial para presencial, mediante aviso prévio de 15 dias;
- b) Autorização indireta para alteração do trabalho contínuo para trabalho intermitente, desde que por ajuste escrito – art. 452-A da CLT;
- c) Redução ou supressão ampla de direitos pela flexibilização dos direitos trabalhistas através das normas coletivas (art. 611-A da CLT);
- d) Supressão da gratificação de função de confiança mesmo após dez anos, caso o empregado seja revertido ao cargo efetivo – art. 468, § 2º, da CLT;
- e) Autorização de renúncia ou transação feita por empregado que ganhe salário igual ou maior que duas vezes o valor máximo do benefício previdenciário e possua diploma de curso superior em relação aos direitos previstos nas normas coletivas ou acerca dos direitos previstos no art. 611-A da CLT (parágrafo único do art. 444 da CLT);
- f) Supressão do auxílio alimentação, diárias de viagem, ajudas de custo ou do prêmio por determinação do empregador que os concedia por liberalidade – art. 457, § 2º, da CLT. O artigo é expresso ao afirmar que tais”.³¹

Assim, a Reforma Trabalhista foi capaz de trazer mudanças significativas quanto a aplicação deste princípio, podendo prejudicar o empregado. Não obstante, restou evidente que a lei pode criar ou retirar direitos que serão aplicados nos contratos, podendo causar ou não causar prejuízos ao empregado, desrespeitando o princípio da inalterabilidade *in pejus*.

Mediante todo o exposto, resta comprovado que os princípios do Direito do Trabalho buscam proteger o empregado mediante uma relação desigual com o empregador. Além disso, mesmo com a Reforma Trabalhista, salienta-se que estes princípios ainda possuem força para fiscalizar e evitar fraudes nos contratos de trabalho, bem como podem ser utilizados para aumentar a fiscalização do trabalho em situações ilegais, tais como a utilização da terceirização como mecanismo de evitar os direitos trabalhistas.

3.2 A TERCEIRIZAÇÃO E O DESCOMPASSO COM A CONSTITUIÇÃO DE 1988.

A Terceirização é uma forma de contratar, em que as empresas visam o aumento da produção, o aumento do lucro, bem como visam o baixo custo dos gastos com os

³¹CASSAR, Vólia Bomfim. **Resumo de Direito do Trabalho**. São Paulo: Editora Método, 2018, p. 40 e 41.

funcionários. Assim, para que seja possível essa forma de contratação, vale ressaltar que deve ser respeitado alguns princípios constitucionais.

As normas de direitos fundamentais dos trabalhadores são importantes para impor limites ao direito empresarial de utilizar a terceirização como forma de contratação. Segundo Ingo Wolfgang Sarlet, os direitos fundamentais são constitucionalizados nas seguintes dimensões:

a) as normas de direito fundamental têm superior hierarquia em relação às demais normas do sistema jurídico; b) estão submetidos aos limites formais e materiais de revisão e de emenda constitucional, previstos no artigo 60, §4º da Constituição; e c) em face do §1º do artigo 5º da Constituição, têm aplicabilidade imediata e vinculam todos os poderes públicos.³²

Resta claro que os direitos previstos na Constituição, tanto os fundamentais aos trabalhadores quanto os direitos sociais, estão relacionados com a proteção da dignidade humana, possibilitando que os interesses individuais se sobreponha os interesse do Estado, bem como permite a vinculação dos três poderes na interpretação do ordenamento jurídico. Assim diz a autora Gabriela Neves:

Nesse parâmetro teórico-hermeneutico, a constitucionalização material da ordem jurídica-trabalhista é realidade consagrada pela irradiação da dimensão objetiva dos direitos fundamentais dos trabalhadores. Os valores sociais previstos textualmente na Constituição em enunciados principiológicos, tais como o valor social do trabalho (Art. 1º, IV), o primado do trabalho na ordem econômica (Art. 170), o trabalho como veículo de justiça social (art. 193) e a função social da propriedade dos meios de produção (Art. 173, III), se densificam nos direitos fundamentais dos trabalhadores, previstos nos arts. 7º a 11 da Constituição, por meio de regras de denso conteúdo comportamental, e esse direitos, por sua vez, irradiam valores objetivos sobre toda a ordem jurídica. Portanto, ao tempo em que aqueles princípios constitucionais protetivos do valor social do trabalho se concretizam em regras constitucionais de direitos fundamentais do trabalhador, esta regras, além de atribuírem direitos subjetivos ao trabalhador, também projetam valores objetivos a serem concretizados em todos os âmbitos do Direito, determinando um dever de proteção estatal.³³

Dessa forma, resta incontroverso que o Estado possui o dever de proteger o trabalho em face dos valores fundamentais relacionados ao trabalho, sendo protegido o direito subjetivo do trabalhador e o direito objetivo fundamental de intervenção dos três. Não obstante, conclua-se que os direitos fundamentais possuem o objetivo de promover a proteção da relação de emprego, sendo que busca aumentar a integração do trabalhador à empresa e

³²SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais.**, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 86 e 87.

³³DELGADO, Gabriela Neves; AMORIM, Helder Santos. **Os limites constitucionais da terceirização.** São Paulo: Editora LTR, 2014, p. 116.

assegurar a continuidade do vínculo de trabalho. Segundo Helder Santos, a partir deste corolário dos direitos fundamentais se inicia os limites da terceirização:

Esse padrão protetivo da relação de emprego constitui a baliza constitucional a partir da qual se deve apreciar os limites constitucionais da terceirização, tomando-se como ponto de partida o princípio da livre iniciativa, porque nele se assenta a liberdade de contratação, mas logo considerando que, conforme já estudado anteriormente, o mecanismo de subcontratação de serviço institui um modelo de relação triangulada de trabalho fortemente impactado pela lógica toyotista de mercado que rege o contrato interempresarial, e que por isso desencadeia um modelo de emprego rarefeito, de baixa densidade protetiva, que contraria objetivamente o standard constitucional de proteção social ao trabalhador.³⁴

A terceirização representa um modelo de trabalho rarefeito, uma vez que acaba diminuindo a integração do empregado à empresa e diminui a continuidade da relação de trabalho, esvaziando a efetividade do direito fundamental do trabalho digno. Assim, a terceirização é responsável por colocar em conflito o princípio da liberdade contratual, na condição de direito fundamental de liberdade, com a proteção à relação de empregos, na condição de direito fundamental social do trabalhador, sendo que esta concorrência poderá ser analisada sobre a ótica de duas teorias: a teoria interna e a teoria externa.

A teoria interna relata que o direito fundamental com conteúdo jurídico determinado possui o seu próprio limite, não sendo restringido externamente pelo Direito, ou seja, o direito fundamental possui uma limitação interna como seu próprio âmbito de proteção. Já a teoria externa define que os direitos fundamentais são restringidos externamente, sendo que esta restrição vem de regras constitucionais restritivas e pela ponderação entre princípios opostos.

Dessa forma, nota-se que a terceirização é regida pela proteção ao trabalho digno, pois esta forma de contratação utiliza o emprego como forma de produção, não como elemento de consumo entre as partes. Além disso, a terceirização utiliza o trabalho humano como principal fonte de “poder”, devendo, portanto, ser pautado pela proteção ao valor social do trabalho (Artigo 1º da Consituição), sendo superior a autonomia da vontade do empregador. Segundo Gabriela Delgado, a autonomia da vontade não possui grande amplitude constitucional, conforme se verifica *in verbis*:

Partindo dessa premissa, a autonomia da vontade e da contratação que a Constituição assegura à livre iniciativa não tem, portanto, a amplitude que ostenta no campo das relações patrimoniais privadas pactuadas entre seres econômicos e jurídicos com autonomia equivalente. A Constituição é muito clara: no campo das relações do trabalho, a liberdade de contratação empresarial tem de ser exercitada de maneira a assegurar a valorização do trabalho, a dignidade da pessoa humana, a justiça social, a segurança da pessoa humana que vive do trabalho – o que se faz, na

³⁴DELGADO, Gabriela Neves; AMORIM, Helder Santos. **Os limites constitucionais da terceirização**. São Paulo: Editora LTR, 2014, p. 118.

perspectiva da Constituição, mediante o respeito ao emprego e ao Direito do Trabalho.

Disso decorre naturalmente a limitação da vontade dos contratantes, por incidência dos princípios constitucionais protetivos do trabalho e por irradiação dos direitos fundamentais dos trabalhadores sobre a relação privada.

Na medida em que a liberdade contratual se volta para viabilizar a terceirização, que constitui fator de redução protetiva do regime de emprego, como um elemento que lhe é inerente, essa liberdade contratual sofre grave restrição constitucional, somente podendo ser exercida, à luz da Constituição, em medida excepcional, quando se tornar indispensável à promoção de interesses compatíveis com a ordem constitucional, o que restringe sobremaneira o seu âmbito de proteção.”³⁵

Conclua-se que a terceirização desenfreada acaba por afrontar o sistema constitucional de proteção ao trabalhador digno, bem como o sistema constitucional de proteção ao emprego. Por outro lado, esta terceirização também representa um desacato ao Estado Democrático de Direito fundado na centralidade da pessoa humana, na valorização do trabalho e do emprego, na justiça social e na subordinação da propriedade à sua função socioambiental.

3.3 A REPERCUSSÃO GERAL DA TERCEIRIZAÇÃO E SEUS IMPACTOS JUSLABORAIS

A terceirização, no ano de 2017, antes da entrada em vigor da Lei de Terceirização e da Reforma Trabalhista, passou a ser tema de uma repercussão geral, em que a empresa Celulose Nipo Brasileira S/A interpôs ação contra decisão do TST que manteve a ilicitude da terceirização dos serviços de reflorestamento e afins, uma vez que entendeu se tratar de atividade fim. Esta ação visou questionar a Súmula 331 do TST, pois esta considera ilegal a contratação de trabalhadores por empresa interposta e prevê o reconhecimento do vínculo diretamente com o tomador dos serviços.

Em seu julgamento, o relator, ministro Luiz Fux, votou pela reforma da decisão da Justiça do Trabalho que proibiu a terceirização na atividade fim sob o argumento de que a Súmula 331 do TST é um obstáculo à liberdade jurídica de contratar sem restrição, conforme se verifica no voto deste:

2. Interesse recursal subsistente após a aprovação das Leis n.º. 13.429, de 31 de março de 2017, e 13.467, de 13 de julho de 2017, as quais modificaram a Lei n.º 6.019/1974 para expressamente consagrar a terceirização das chamadas “atividades-fim”, porquanto necessário não apenas fixar o entendimento desta Corte sobre a constitucionalidade da tese esposada na Súmula n.º. 331 do TST quanto ao período

³⁵DELGADO, Gabriela Neves; AMORIM, Helder Santos. **Os limites constitucionais da terceirização**. São Paulo: Editora LTR, 2014, p. 122.

anterior à vigência das referidas Leis, como também deliberar a respeito da subsistência da orientação sumular do TST posteriormente às reformas legislativas.

3. A interpretação jurisprudencial do próprio texto da Carta Magna, empreendida pelo Tribunal *a quo*, revela a admissibilidade do apelo extremo, por traduzir ofensa direta e não oblíqua à Constituição. Inaplicável, dessa forma, a orientação esposada na Súmula nº 636 desta Egrégia Corte. Mais além, não tem incidência o verbete sumular nº 283 deste Egrégio Tribunal, porquanto a motivação de cunho legal do aresto recorrido é insuficiente para validar o acórdão de forma autônoma.

4. Os valores do trabalho e da livre iniciativa, insculpidos na Constituição (art. 1º, IV), são intrinsecamente conectados, em uma relação dialógica que impede seja rotulada determinada providência como maximizadora de apenas um desses princípios, haja vista ser essencial para o progresso dos trabalhadores brasileiros a liberdade de organização produtiva dos cidadãos, entendida esta como balizamento do poder regulatório para evitar intervenções na dinâmica da economia incompatíveis com os postulados da proporcionalidade e da razoabilidade.

5. O art. 5º, II, da Constituição consagra o princípio da liberdade jurídica, consectário da dignidade da pessoa humana, restando cediço em sede doutrinária que o “princípio da liberdade jurídica exige uma situação de disciplina jurídica na qual se ordena e se proíbe o mínimo possível” (ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 177).
(...)

21. O escrutínio rigoroso das premissas empíricas assumidas pela Corte de origem revela insubsistentes as afirmações de fraude e precarização, não sendo suficiente para embasar a medida restritiva o recurso meramente retórico a interpretações de cláusulas constitucionais genéricas, motivo pelo qual deve ser afastada a proibição, em homenagem às liberdades fundamentais consagradas na Carta Magna (art. 1º, IV, art. 5º, II, e art. 170).³⁶

Assim, resta evidente que o RE 958.252 foi pautado pelos princípios constitucionais da livre iniciativa e da livre concorrência, uma vez que estes não vedam a possibilidade de terceirização como modelo organizacional da empresa, bem como permite que as empresas promovam ajustes em seu quadro de funcionários de acordo com o desenvolvimento da economia do país e do mercado de trabalho. Não obstante, devido ao sistema capitalista adotado pelo Brasil, os ministros defenderam que a terceirização não pode ser confundida com a intermediação ilícita de mão de obra.

O princípio da livre iniciativa é a atuação no particular no âmbito econômico, com a mínima intervenção do poder público, prevalecendo sua liberdade quanto aos seus interesses empresariais e organizacionais. Este princípio serve, portanto, para defender a liberdade de empresa, permitindo aos empregadores a escolha livre de suas atividades. O autor Eros roberto defende o livre exercício da atividade econômica da seguinte forma:

Inúmeros sentidos, de toda sorte, podem ser divisados no princípio, em sua dupla face, ou seja, enquanto liberdade de comércio e indústria e enquanto liberdade de concorrência. A este critério classificatório acoplando-se outro, que leva à distinção entre liberdade pública e liberdade privada, poderemos ter equacionado o seguinte quadro de exposição de tais sentidos: a) liberdade de comércio e indústria (não

³⁶BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário: RE 958.252. Relator: Ministro Luiz Fux. Dj: 13/09/2019. Portal STF, Brasília, DF, 2019. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4952236>. Acesso em: 12 nov. 2019.

ingerência do Estado no domínio econômico): a.1) faculdade de criar e explorar uma atividade econômica a título privado – liberdade pública; a.2.) não sujeição a qualquer restrição estatal senão em virtude de lei – liberdade pública; b) liberdade de concorrência: b.1) faculdade de conquistar a clientela, desde que não através de concorrência desleal – liberdade privada; b.2.) proibição de formas de atuação que deteriam a concorrência – liberdade privada; b.3) neutralidade do Estado diante do fenômeno concorrencial, em igualdade de condições dos concorrentes – liberdade pública.³⁷

Além da liberdade de empresa, o princípio da livre iniciativa também protege a liberdade de contrato, uma vez que permite ao empregador a escolha de sua forma de contratação e as livre estipulação das cláusulas que irão fundamentar seu negócio jurídico. O autor André Ramos Tavares relata que a liberdade de contratar envolve: a faculdade de ser parte, a faculdade de escolher com quem irá fazer o contrato, faculdade de escolher o tipo de negócio, faculdade de escolher o conteúdo do contrato e poder de utilizar o poder Judiciário para valer do contrato, conforme se verificar *in verbis*:

A liberdade de contratar envolve: 1) a faculdade de ser parte em um contrato; 2) a faculdade de se escolher com quem realizar o contrato; 3) a faculdade de escolher o tipo do negócio a realizar. 4) a faculdade de fixar o conteúdo do contrato segundo as convicções e conveniências das partes; e, por fim 5) o poder de acionar o Judiciário para fazer valer as disposições contratuais (garantia estatal da efetividade do contrato por meio da coação).³⁸

O princípio da livre concorrência, previsto no artigo 170, inciso IV da Constituição Federal, defende a utilização de diferentes formas de mercado para concorrer com os demais na busca de clientela, bem como visa impedir o abuso do poder econômico para evitar o domínio do mercado por uma única empresa. Não obstante, este princípio também é caracterizado pela mínima intervenção do Estado ou de outros agentes econômicos.

Mediante o exposto, nota-se que a Recurso Extraordinário 958.252 acabou promovendo a prevalência dos princípios acima mencionados diante a proteção da relação de emprego e do valor social do trabalhador, o que acabou permitindo a possibilidade de uma terceirização “ilícita” em prejuízo do empregado devido a retirada de seus direitos trabalhistas. Assim, resta evidente que a proteção a relação de emprego deveria ser priorizada, pois esta seria capaz de evitar a utilização da terceirização, conforme entendimento esboçado pela Gabriela Delgado:

³⁷GRAU, Eros Roberto. In: **Comentários à Constituição do Brasil**. Coord. CANOTILHO, J. J. Gomes. MENDES, Gilmar Ferreira. SARLET, Ingo Wolfgang. STRECK, Lênio Luiz. São Paulo: Editora Saraiva, 2013, p. 1787.

³⁸TAVARES, André Ramos. **Direito constitucional econômico**. São Paulo: Editora Método, 2003. p. 249.

Por essa razão é que, na lógica constitucional, o mecanismo de exacerbação de poder de desigualdade e de precarização trabalhista, como a terceirização, somente pode ser acolhida em situações excepcionais, jamais de maneira genérica, ampla e irrefreada. Ou seja, para as normas internacionais da OIT vigorantes no país e para a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, a livre iniciativa é subordinada e condicionada à sua função social e aos princípios e regras constitucionais, especialmente os de valorização e proteção do emprego, do trabalho e da pessoa humana que vive no trabalho.³⁹

Dessa forma, nota-se que a proibição da terceirização na atividade fim não representa uma afronta ao princípio da livre iniciativa e da livre concorrência, uma vez que esta forma de contratação caracteriza uma precarização dos direitos trabalhistas e do vínculo empregatício (essencialidade, pessoalidade, subordinação). Além disso, a terceirização desenfreada também representa um fracionamento dos terceirizados, visto que estes perderam força no movimento reivindicatório devido a divisão do coletivo de empregados da empresa contratada pelos diversos setores da tomadora de serviços. Já diz Gabriela Delgado:

Considera-se que uma das mais polêmicas manifestações dessa dimensão desregulamentadora que agride o Direito do Trabalho contemporâneo é a terceirização. **Além de romper com a estrutura empregatícia bilateral clássica de prestação de serviços, contribui para precarizar as condições de trabalho e dificulta a formação da identidade social do trabalhador terceirizado e de sua emancipação coletiva.** No Brasil, a difusão das práticas terceirizantes também ganhou forte impulso, notadamente no setor de serviços, em especial no âmbito da economia privada, mas também estendeu seus tentáculos à área pública. Em relação à terceirização trabalhista, observa-se que além de a CLT não ter incorporado regras específicas sobre a triangulação de mão de obra via terceirização, exatamente porque não previu a descentralização empresarial nos moldes toyotistas de produção, também a legislação extravagante à CLT pouco avançou no sentido de propor controles civilizatórios a essa prática de contratação trabalhista, altamente inibidora dos direitos sociais fundamentais.

Em termos jurídicos, a terceirização trabalhista praticada no país mais parece uma colcha de retalhos. Apesar da existência de legislação específica reguladora do trabalho temporário, hipótese de terceirização de curto prazo, não há lei própria a normatizar a terceirização permanente, a mais importante delas.

A construção jurisprudencial existente, sintetizada na Súmula nº 331 do TST, propõe alguns “controles civilizatórios” para a terceirização, mas não o suficiente.

Mesmo que se considere irreversível o avanço da terceirização, isso não significa que ela não deva enquadrar-se nos limites do Direito do Trabalho, assegurados, essencialmente, em seus princípios. resistência de âmbito principiológico atinge, sem dúvida, a terceirização trabalhista.

Enfatiza-se: se, na origem do Direito do Trabalho, o arsenal de princípios básicos era tido como eixo de orientação do ramo justrabalhista, a compreensão do Direito do Trabalho contemporâneo também deve perpassar pelos princípios cardeais. Inclusive, a moderna doutrina constitucional garante aos princípios caráter vinculante, com função normativa própria, o que somente ratifica sua importância no contexto da interpretação, aplicação e integração das normas jurídicas.⁴⁰

³⁹DELGADO, Gabriela Neves; AMORIM, Helder Santos. **Os limites constitucionais da terceirização**. São Paulo: Editora LTR, 2014, p. 122.

⁴⁰DELGADO, Gabriela Neves. A CLT aos 70 anos: rumo a um Direito do Trabalho Constitucionalizado. **Revista do TST**, Brasília, DF, vol. 79, n. 2, p. 1-36, 2013, p. 12-14.

Conclua-se que os valores sociais do trabalho e a livre iniciativa são princípios protegidos constitucionalmente, porém, para que não ocorra uma marginalização dos trabalhadores, o princípio da livre iniciativa deve ser usado em situações pontuais, respeitando os limites impostos pela Constituição e pelo Direito do Trabalho, quais sejam o trabalho digno e a proteção a relação de trabalho. Vale ressaltar que o Recurso Extraordinário 958.252 acabou centralizando cada vez mais o poder de escolha na mão do empregador, fazendo com que os trabalhadores se submetam a situações degradantes e desrespeitosas a seus direitos sociais trabalhistas. Por fim, esta Repercussão Geral acabou tirando a imperatividade do contrato de trabalho regulamentado pela legislação trabalhista e pautado pelo trabalho digno, uma vez que, mesmo presente os requisitos dos artigos 2^a e 3^a da CLT, o contrato de trabalho passa a ser apenas uma escolha pelos empregadores, bem como acaba externalizando ainda mais a responsabilidade dos que contratam e se beneficiam dos serviços.

4 A TERCEIRIZAÇÃO: DA SÚMULA 331 DO TST AO JULGAMENTO DA ADI 324

Neste capítulo será analisado a aplicação da Súmula 331 do C.TST e do Recurso Extraordinário 958.252 em casos concretos presentes na seara trabalhista, cujo objetivo é demonstrar a necessidade e a importância da fiscalização do trabalho frente a terceirização “ilícita” utilizada pelas empresas.

Dessa forma, ocorrerá a análise dos processos nºs: 0010427-65.2015.5.15.0106, 0010264-14.2018.5.03.0042 e 1001833-18.2017.5.02.0468. Além disso, também será analisado o processo e os votos da ADPF 324 e RE 958.252.

4.1 APLICAÇÃO DA SÚMULA 331 DO TST NA TERCEIRIZAÇÃO TRABALHISTA

O primeiro processo a ser analisado será o processo nº 1001833-18.2017.5.02.0468, sendo uma ação que Rogério Ferreira Evaristo dos Santos distribuiu reclamação trabalhista em face de Associação para Valorização de Pessoas com Deficiência, PBL Assessoria de Comercio Exterior Ltda, GI Group Brasil Recursos Humanos Ltda e Volkswagen do Brasil Industria de Veiculos Automotores Ltda. Um dos principais pedidos desta ação é a fraude na terceirização e reconhecimento de vínculo empregatício com a Volkswagen sob o argumento de que a Volkswagen contrata empresa terceirizadas para realizar serviços essenciais ao seu funcionamento, em afronta ao artigo 9º da CLT, bem como deixa de contratar novos funcionários, pagar salários e demais direitos estabelecidos para a categoria de seus funcionários, com o objetivo de burlar os direitos trabalhistas.

Inicialmente, cumpre ressaltar que o processo foi distribuído antes da vigência da Lei 13.467/2017, sendo que ocorrerá apenas a aplicação imediata das normas processuais, em consonância aos incisos II, XXXV, XXXVI e LIV do artigo 5º da Constituição Federal. Além disso, o processo ainda está na fase recursal, portanto, ocorrerá a análise da sentença e do Recurso Ordinário das reclamadas.

A sentença julgou procedente o pedido de fraude na terceirização e reconhecimento do vínculo empregatício sob os seguintes argumentos:

7. Do liame de emprego

A terceirização não é vedada no ordenamento pátrio. Recentemente, o Supremo Tribunal Federal decidiu que é lícita a terceirização e todas as atividades da empresa, seja meio ou fim, no julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 324 e Recurso Extraordinário (RE) 958252, com repercussão geral reconhecida.

Ocorre que mesmo diante da autorização da terceirização na atividade-fim, prevalece o entendimento que norteou a parte final do inciso III da súmula 331 do C. TST, qual seja, a de que existindo personalidade e subordinação direta com o tomador dos serviços, a terceirização é nula, formando-se o vínculo de emprego diretamente com o tomador.

Prossiga-se.

Na sessão transata, a testemunha ouvida afirmou, *verbis*:

(...) que trabalhou de dezembro de 2002 a fevereiro de 2018, começou na Holomática, foi para Avape, voltou para Holomática e depois PBL; sempre trabalhou continuamente, não houve interrupção nem mudança na forma de trabalho; sempre respondeu à supervisor da Volkswagen, primeiro Francisco e depois Cláudia; trabalhou com o reclamante sempre no mesmo setor, de exportação; sempre faziam o mesmo trabalho; o reclamante respondia à Cláudia; o depoente era analista e passou a coordenador de exportação, um cargo de "fachada" e o reclamante não respondia ao depoente; (...) trabalhavam apenas para a Volkswagen; na sua contratação fez entrevista com o coordenador da Volkswagen Antônio Augusto, depois passaram o reclamante para conversar com Francisco para a contratação e foi quando soube que o trabalho seria como temporário para a Holomática; ao final do prazo, Francisco o convidou para continuar trabalhando quando foi para a Avape; em caso de atrasos, faltas e férias, tratava com supervisor da Volkswagen; reclamante e depoente não poderiam ser substituídos pelos empregadores sem o consentimento da Volkswagen; quando havia mudança de empregador, a Sra. Claudia anunciava, depois eram apresentados à nova empresa e eram contratados pela nova empresa antes da demissão da empresa antiga; (...) acredita que a GI GROUP não possuía RH dentro da Volkswagen; quando mudava a terceirizada, todos eram contratados pela nova; não havia mudança no salário; quando o depoente passou a coordenador, não foram alteradas as funções realizadas (...) (negritos ora acrescentados, id. 8eef911).

Como visto, especialmente nos trechos em destaque, não há dúvida de que o labor do reclamante era pessoal e subordinado diretamente à tomadora dos serviços, pois ele sempre respondia ao supervisor da Volkswagen, inclusive em casos de atrasos, faltas e férias. Fixou comprovado, ainda, que o reclamante e a testemunha ouvida não poderiam ser substituídos pelos formais empregadores sem o consentimento da quarta reclamada.

Desta feita, está claro que o autor foi contratado para realizar atividade-fim da quarta ré, em suas dependências, mediante sua direção e fiscalização, de forma habitual, pessoal e onerosa. Nota-se ainda que o expediente perpetrado pela tomadora, no sentido de formalizar o contrato através de terceira empresa, caracteriza ato ilícito, uma vez que visa a frustrar os direitos trabalhistas do obreiro.

Assim, estando presentes os elementos fático-jurídicos da relação de emprego (arts. 3º e 2º da CLT) e configurada a contratação ilegal através de empresa interposta (Súmula 331, I, do TST), DECLARO, em primeiro lugar, a nulidade do contrato de prestação de serviços havido entre o autor e a primeira, segunda e terceira demandadas (art. 9º da CLT) e, em segundo, que existiu um contrato de emprego entre o reclamante e a quarta acionada no período de 14/7/2003 até 13/4/2017, em que aquele laborou como analista de exportação e auferiu R\$ 4.645,84 (quatro mil e seiscentos e quarenta e cinco reais e oitenta e quatro centavos) mensais.

Determino, ademais, a retificação, pela última ex-empregadora, na CTPS do obreiro, fazendo constar apenas um contrato de emprego de 14/7/2003 até 13/4/2017, depois do trânsito em julgado e em dez dias após especificadamente intimada para tanto, sob multa diária de R\$ 100,00, limitada a R\$ 2.000,00. No inadimplemento da demandada, sem prejuízo da astreinte, a Secretaria desta VT procederá à anotação da CTPS do reclamante.⁴¹

⁴¹BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho (2. Região). Sentença: Atord 1001833-18.2017.5.02.0468. Juiz: Andre Sentoma Alves. DJ: 12/09/2019. PJE, São Paulo, 2019. Disponível em: <https://pje.trtsp.jus.br/primeirograu/Processo/ConsultaDocumento/listView.seam?nd=190625112411704000014292069>. Acesso em: 12 nov. 2019.

Inconformado com a decisão, a Volkswagen interpôs recurso ordinário alegando sua ilegitimidade passiva para figurar no polo passivo da presente demanda com os seguintes argumentos:

A r. sentença, publicada em 17/09/2018, embora posterior a decisão mais recente no que toca ao tema de “terceirização” prolatada pela mais alta Corte, não adotou o entendimento trazido pelo E. STF, que deverá ser aplicado a todas as decisões pendentes de julgamento de mérito.

O E. STF reuniu a ADPF 324 e o RE 958.252, cuja repercussão geral foi dada ao Tema 725, para que pudesse decidir de forma uníssona a respeito da discussão travada sobre a licitude da terceirização nas atividades fins das empresas, e o seu consequente reconhecimento de vínculo com a tomadora nos casos de ilicitude declarada.

Extraí-se dos votos ainda não publicados que o E. STF decidiu pela adoção da tese de que a terceirização da atividade fim é lícita, mas a sua licitude não impede o reconhecimento de vínculo quando presentes os requisitos dos artigos 2º e 3º da CLT, qual sejam, subordinação jurídica, pessoalidade, onerosidade, habitualidade e necessidade do empregado ser uma pessoa física.

Neste ato, deixa-se de colacionar aos autos o mencionado acórdão, uma vez que ainda não publicados. Sabe-se o quanto decidido pelo noticiado pela mídia, inclusive pelo site do próprio STF e pelo que se assistiu da leitura dos votos dos E. Ministros da referida corte.

O entendimento trazido na sessão finalizada em 30/08/2018 foi que nos casos em que não ficarem comprovados os requisitos para o reconhecimento do vínculo empregatício, e mesmo que a terceirização seja verificada na atividade fim da empresa, a tomadora será responsável de forma subsidiária pelos eventuais créditos percebidos na demanda. Conforme decidido na ADPF 324, publicada em 31/08/2018:

Decisão: O Tribunal, no mérito, por maioria e nos termos do voto do Relator, julgou procedente a arguição de descumprimento de preceito fundamental, vencidos os Ministros Edson Fachin, Rosa Weber, Ricardo Lewandowski e Marco Aurélio. Neste assentada, o Relator prestou esclarecimentos no sentido de que a decisão deste julgamento não afeta os processos em relação aos quais tenha havido coisa julgada. Presidiu o julgamento a Ministra Cármen Lúcia. Plenário, 30.8.2018.

Desta forma, como a presente lide não teve o seu trânsito em julgado certificado, de rigor a reforma do mérito, a fim de corresponder a tese firmada e entendimento adotado pelo E. STF.

Após ter-se entendido por atribuir Repercussão Geral ao tema 725, qual seja – “Terceirização de serviços para a consecução da atividade-fim da empresa” –, o E. STF, por meio do Recurso Extraordinário 958.252 decidiu que é possível e lícita a terceirização, inclusive da atividade fim, firmando a seguinte tese:

“É lícita a terceirização ou qualquer outra forma de divisão do trabalho entre pessoas jurídicas distintas, independentemente do objeto social das empresas envolvidas, mantida a responsabilidade subsidiária da empresa contratante”

A partir da r. decisão, imprescindível a reforma do julgado na origem, por adotar entendimento contrário ao adotado pela Suprema Corte, com repercussão geral, e efeito erga omnes.

Tal entendimento, inclusive, já está sendo adotado pelo C. TST, conforme se infere pelas seguintes decisões:

AGRAVO DE INSTRUMENTO . SERVIÇO DE CALL CENTER. BANCO. TERCEIRIZAÇÃO. LICITUDE. NÃO PROVIMENTO. A aferição da licitude da terceirização no âmbito desta Corte Superior demandava prévia análise do objeto da contratação. Isso porque sempre se entendeu pela impossibilidade da terceirização de serviços ligados à atividade precípua da tomadora de serviços, com o fim de evitar a arregimentação de empregados por meio da intermediação de mão de obra e, por consequência, a precarização de direitos trabalhistas (Súmula nº 331, itens I e III). A questão, contudo, foi submetida à apreciação do Supremo Tribunal Federal na ADPF 324 e no RE 958.252, em repercussão geral, os quais foram julgados

conjuntamente em 30.8.2018, ocasião em que foi fixada a seguinte tese jurídica: "É lícita a terceirização ou qualquer outra forma de divisão do trabalho entre pessoas jurídicas distintas, independentemente do objeto social das empresas envolvidas, mantida a responsabilidade subsidiária da empresa contratante."

Desse modo, a partir dessa data, em razão da natureza vinculante das decisões proferidas pelo excelso Supremo Tribunal Federal nos aludidos feitos, deve ser reconhecida a licitude das terceirizações em qualquer atividade empresarial, de modo que a empresa tomadora apenas poderá ser responsabilizada subsidiariamente. Na hipótese, o Tribunal Regional reconheceu a licitude da terceirização, em razão de o serviço de call center prestado pela reclamante não se encontrar diretamente relacionado à atividade financeira desenvolvida pela empresa tomadora. Por essa razão, manteve a improcedência do pedido de vínculo de emprego formulado pela reclamante. Ante o exposto, não há falar em contrariedade à Súmula 331, I, tampouco em violação do artigo 9º da CLT. Agravo de instrumento a que se nega provimento.

(TST - AIRR: 101838320135060001, Relator: Guilherme Augusto Caputo Bastos, Data de Julgamento: 19/09/2018, 4ª Turma, Data de Publicação: DEJT 21/09/2018).

O C. TST, desde a decisão do excelso STF, embora o acórdão ainda penda de publicação, vem adotando o entendimento proferido pela Corte Suprema, reformando o mérito das decisões que declaram de forma equivocada o vínculo entre o empregado terceirizado e a tomadora de serviços, por exercer atividades ditas como fim da empresa.

A r. sentença no caso em tela adotou o entendimento ultrapassado firmado pela Súmula 331/TST, que se posicionava de forma a reconhecer o vínculo direto entre o empregado e a tomadora de trabalho, sem analisar se presentes os requisitos para configuração do vínculo empregatício, única e exclusivamente porque o empregado desempenhava suposta ou atividade entendida como fim.

Revisando o entendimento deveras rígido e que não observava a modernização da legislação do trabalho, o E. STF alterou o entendimento até o momento adotado, em votação de 7x4 pela adoção do entendimento de que é lícita a terceirização da atividade fim.

Por eivada de equívocos e contrária a decisão do mais alto órgão julgador, merece a preliminar de mérito das razões deste Recurso Ordinário interposto ser acolhida, a fim de que seja adotada a tese firmada pelo E. STF, reformando a r. sentença de primeiro grau, ou, caso não seja o entendimento dos n. desembargadores, que a ação seja sobrestada até a publicação dos votos dos Eminentes Ministros do STF, a fim de que a decisão possa ser prolatada conforme o r. acórdão.⁴²

Diante o exposto, nota-se que, no presente caso, o inciso III da Súmula 331 do C.TST, a qual prevê que não forma vínculo de emprego desde que inexistente a pessoalidade e subordinação direta, prevaleceu sobre o entendimento interposto pela ADPF 324 e RE 958.252, na qual tornou lícita a terceirização em todas as atividades da empresa, seja meio ou fim. No caso em análise, restou incontroverso que o autor da ação era pessoal e subordinado ao tomador de serviços, uma vez que respondia o supervisor da Volkswagen e não podia ser substituído sem o consentimento desta empresa.

⁴²BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho (2. Região). Recurso Ordinário: Atord 1001833-18.2017.5.02.0468. Volks wagen do Brasil Ltda. DJ: 27/09/2019. PJE, São Paulo, 2019. Disponível em: <https://pje.trtsp.jus.br/primeirograu/Processo/ConsultaDocumento/listView.seam?nd=1906251124117040000014292069>. Acesso em: 12 nov. 2019

Assim, o autor foi contratado para realizar a atividade fim da empresa Volkswagen, de forma habitual, pessoal e onerosa, porém sem receber o que lhe é de direito, uma vez que a terceirização foi utilizada de forma ilícita e com o objetivo de burlar os direitos trabalhistas.

Mediante o estudo acima realizado, restou claro que a terceirização, em qualquer ramo da atividade da empresa, não pode ser utilizada como um mecanismo desenfreado de contratação de mão de obra barata e sem direitos trabalhistas, uma vez que a caracterização de pessoalidade e subordinação (artigos 3º e 2º da CLT) promovem o reconhecimento do vínculo empregatício direto com a empresa que utiliza a terceirização como “principal fonte de empregados”.

O segundo processo a ser analisado será o processo nº 0010363-39.2017.5.03.0035, com trânsito em julgado em 20/09/2019, em que Alexandre Otero ajuizou reclamação trabalhista em face da Inovar Transportes de Carga Ltda, Inovar Logística e Distribuidora de Bebidas Ltda e Brasil Kirin Indústria de Bebidas Ltda para que fosse reconhecido a responsabilidade subsidiária da empresa Brasil Kirin Indústria devido a terceirização ilícita a luz da Súmula 331 do TST.

Em decisão, o D. Juízo reconheceu a responsabilidade da empresa Brasil Kirin sob o argumento de que os dados colhidos em audiência demonstraram que a terceira ré utilizava do serviço do autor, exigindo exclusividade e subordinação, uma vez que mantinha um preposto dentro das dependências das contratadas, configurando o disposto no item IV da Súmula 331 do C.TST.

A empresa interpôs recurso ordinário alegando que não se tratou de terceirização, não havendo que se falar em responsabilidade. Ainda que assim não fosse, a reclamada pleiteou o benefício da ordem, alegando que as duas primeiras reclamadas deveriam arcar com as verbas trabalhistas, podendo ser executada apenas no inadimplemento destas. Em sede de julgamento, o recurso da reclamada foi conhecido e deferido sob o argumento de que não existe terceirização de serviços na relação entre empresas que se traduz em mera revenda e distribuição de bebidas, julgando improcedente o pedido de responsabilidade da 3ª reclamada. Inconformado com a nova decisão, a parte autora interpôs recurso de revista sob o argumento de que a empresa Brasil Kirin se beneficiava diretamente dos trabalhos prestados pelo reclamante, conforme comprovado pelos depoimentos colhidos em sede de instrução processual. Assim, a parte autora alegou que a responsabilidade da reclamada está pautada pelo item IV da Súmula 331 do C.TST, a qual relata que em caso de inadimplência, responde o tomador de serviços subsidiariamente pelos créditos devidos ao trabalhador terceirizado.

Mediante o recurso interposto, a decisão 3ª 3ª Turma do Tribunal Superior do Trabalho DECIDIU, à unanimidade: I - dar provimento ao agravo de instrumento para determinar o processamento do seu recurso de revista; II - conhecer do recurso de revista por contrariedade à Súmula 331, IV/TST e, no mérito, dar-lhe provimento para restabelecer a sentença no ponto em que reconheceu a responsabilidade subsidiária da 3ª Reclamada, com os seguintes fundamentos:

B) RECURSO DE REVISTA

I) CONHECIMENTO

Atendidos todos os pressupostos comuns de admissibilidade, examino os específicos do recurso de revista.

RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. EMPRESA PRIVADA. SÚMULA 331, IV/TST

Nas razões do recurso de revista, o Autor requer, em síntese, a responsabilidade subsidiária da 3ª Reclamada, consoante disposto na Súmula 331, IV/TST. Transcreve arestos para o cotejo de teses.

O recurso de revista merece conhecimento.

Para o Direito do Trabalho terceirização é o fenômeno pelo qual se dissocia a relação econômica de trabalho da relação justabalhista que lhe seria correspondente. Por tal fenômeno insere-se o trabalhador no processo produtivo do tomador de serviços sem que se estendam a este os laços justabalhistas, que se preservam fixados com uma entidade interveniente. A terceirização provoca uma relação trilateral em face da contratação de força de trabalho no mercado capitalista: o obreiro, prestador de serviços, que realiza suas atividades materiais e intelectuais junto à empresa tomadora de serviços; a empresa terceirizante, que contrata este obreiro, firmando com ele os vínculos jurídicos trabalhistas pertinentes; a empresa tomadora de serviços, que recebe a prestação de labor, mas não assume a posição clássica de empregadora desse trabalhador envolvido.

O avanço do processo de terceirização no mercado de trabalho brasileiro das últimas décadas tem desafiado a hegemonia da fórmula clássica de relação empregatícia bilateral, expressa no art. 3º, caput, e no art. 2º, caput, ambos da CLT.

Uma singularidade desse desafio crescente reside no fato de que o fenômeno terceirizante tem se desenvolvido e alargado sem merecer, ao longo dos anos, cuidadoso esforço de normatização pelo legislador pátrio. Isso significa que o fenômeno tem evoluído, em boa medida, à margem da normatividade heterônoma estatal, como um processo algo informal, situado fora dos traços gerais fixados pelo Direito do Trabalho do País. Trata-se de exemplo marcante de divórcio da ordem jurídica perante os novos fatos sociais, sem que desponte obra legiferante consistente para sanar tal defasagem jurídica. Apenas em 2017 é que surgiu diploma que enfrentou mais abertamente o fenômeno da terceirização (Lei n. 13.467/2017), no contexto da denominada reforma trabalhista; porém, lamentavelmente, dentro do espírito da reforma feita, o diploma jurídico escolheu o caminho da desregulação do fenômeno socioeconômico e jurídico, ao invés de se postar no sentido de sua efetiva regulação e controle.

De todo modo, o processo de acentuação e generalização da terceirização no segmento privado da economia e a reduzida regulamentação legal do fenômeno induziram a realização de esforço hermenêutico destacado por parte da jurisprudência, na busca da compreensão da natureza do referido processo e, afinal, do encontro da ordem jurídica a ele aplicável. Tal processo culminou na construção da Súmula 331/TST que, entre outras questões que enfrentou, consagrou o entendimento jurisprudencial pacífico e consolidado relativo à responsabilidade subsidiária do tomador de serviços.

A Súmula 331 do TST - elaborada na década de 1990, após longo enfrentamento dos assuntos concernentes à terceirização -, ao tratar dessa interpretação da ordem justabalhista no que tange à temática da responsabilidade em contextos de

terceirização, fixou que “o inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica na responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços quanto àquelas obrigações, desde que este tenha participado da relação processual e conste também do título executivo judicial” (Súmula 331, IV).

O entendimento jurisprudencial sumulado claramente percebe a existência de responsabilidade do tomador de serviços por todas as obrigações laborais decorrentes da terceirização (ultrapassando a restrição de parcelas contida no texto da Lei n. 6.019/74). Apreende também a súmula a incidência da responsabilidade desde que verificado o inadimplemento trabalhista por parte do contratante formal do obreiro terceirizado (tornando despicienda, assim, a verificação de falência - *rectius*: insolvência - da empresa terceirizante). Interpreta, por fim, essa súmula que a responsabilidade de que se fala na terceirização é do tipo subsidiário (aqui reduz a súmula examinada a garantia solidária insculpida na Lei n. 6.019).

Saliente-se, ainda, que a reforma trabalhista de 2017 igualmente sufragou a existência da responsabilidade subsidiária da entidade tomadora de serviços (ora denominada de “empresa contratante”) pelas parcelas inadimplidas pela empresa prestadora de serviços no contexto de relação trilateral de terceirização trabalhista. É o que resulta claro da regra especificada no art. 5º-A, § 5º, da Lei n. 6.019, conforme redação implementada pela Lei n. 13.429/2017. Ressalte-se, entretanto, que as novas disposições legislativas não se aplicam ao caso dos autos, tendo em vista que o contrato de trabalho findou-se em março de 2017.

Lado outro, o próprio STF, no julgamento em que alargou as possibilidades da terceirização de serviços no sistema socioeconômico do País (abrangendo, inclusive, as atividades-fim da empresa tomadora de serviços), enfatizou a presença da responsabilidade subsidiária dessa entidade tomadora pelas obrigações trabalhistas da empresa terceirizante, em qualquer modalidade de terceirização, a par da responsabilidade pelas contribuições previdenciárias pertinentes (ADPF n. 324/MG: Rel. Min. Luis Roberto Barroso; RR n. 958.252/MG, Rel. Min. Luiz Fux - ambas com decisão prolatada na sessão de 30.08.2018). Em síntese, firmou-se a tese, pelo STF, por maioria, no sentido de ser “lícita a terceirização ou qualquer outra forma de divisão do trabalho entre pessoas jurídicas distintas, independentemente do objeto social das empresas envolvidas, mantida a responsabilidade subsidiária da empresa contratante”.

Não há dúvida de que a interpretação contida na Súmula 331, IV, bem como do próprio STF sobre o tema da responsabilização do tomador dos serviços, abrange todas as hipóteses de terceirização veiculadas na ordem sociojurídica brasileira.

Nesse quadro, desponta claro que a responsabilidade subsidiária do tomador de serviços compreende também a Empresa que figure como contratante num contrato de transporte, revenda, distribuição de mercadorias ou contratos similares, desde que envolva a utilização da força de trabalho humano.

No caso concreto, o Tribunal Regional de origem, reformando a sentença, afastou a responsabilidade subsidiária da 3ª Reclamada (Brasil Kirin Indústria de Bebidas LTDA.), por entender que o contrato celebrado com a 2ª Reclamada (Inovar Transportes de Carga LTDA.), empregadora do Autor, para executar o transporte e a distribuição de suas mercadorias, detinha natureza civil-comercial, a não atrair a aplicação do disposto na Súmula 331 do Colendo TST.

Contudo, ficou incontroverso nos autos que a atividade da 2ª Reclamada se insere na cadeia produtiva da 3ª Reclamada e que esta se beneficiou da força de trabalho despendida pelo Autor.

Assim, considera-se que a 3ª Reclamada é tomadora dos serviços prestados pela 2ª Ré e deve ser responsabilizada, de forma subsidiária, pelas verbas laborais devidas ao Reclamante, conforme Súmula 331, IV/TST.

Não se questiona a licitude do contrato de prestação de serviço; porém, inadimplindo a contratada as obrigações trabalhistas, deve responder a Reclamada pelos créditos pendentes dos trabalhadores que lhe serviram.

Registre-se, mais uma vez, que a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços pelas verbas laborais inadimplidas pelo empregador formal abrange todas as hipóteses de terceirização veiculadas na ordem jurídica brasileira e utilizadas no plano fático, independentemente do objeto social das empresas envolvidas ou da denominação do contrato.

(...)

Assim, CONHEÇO do recurso de revista, por contrariedade à Súmula 331, IV/TST.

II) MÉRITO RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. EMPRESA PRIVADA.

SÚMULA 331, IV/TST

Como consequência do conhecimento do recurso de revista por contrariedade à Súmula 331, IV/TST, DOU-LHE PROVIMENTO para restabelecer a sentença no ponto em que reconheceu a responsabilidade subsidiária da 3ª Reclamada.

ISTO POSTO

ACORDAM os Ministros da Terceira Turma do Tribunal Superior do Trabalho, à unanimidade: I – dar provimento ao agravo de instrumento para determinar o processamento do seu recurso de revista; II – conhecer do recurso de revista por contrariedade à Súmula 331, IV/TST e, no mérito, dar-lhe provimento para restabelecer a sentença no ponto em que reconheceu a responsabilidade subsidiária da 3ª Reclamada.

Brasília, 28 de agosto de 2019.

Firmado por assinatura digital (MP 2.200-2/2001)

MAURICIO GODINHO DELGADO

Ministro Relator⁴³

Dessa forma, nota-se que no presente caso restou incontroverso que a 3ª reclamada é tomadora dos serviços prestados pela 2ª ré, caracterizando a terceirização e a responsabilidade conforme Súmula 331 do TST. Assim, no processo em questão, conclua-se que a terceirização, independentemente se foi na atividade meio ou atividade fim da empresa tomadora de serviços, não exime a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços pelas verbas laborais inadimplidas pelo empregador formal

4.2 A REPERCUSSÃO GERAL 958.252 E ADPF 324 NO JULGAMENTO DO STF: FRAGILIZAÇÃO DA PROTEÇÃO JUSLABORAL NA TERCEIRIZAÇÃO DAS ATIVIDADES LABORATIVAS

A ADPF nº 324 é uma arguição de descumprimento de preceito fundamental, com pedido de medida cautelar, proposta pela Associação Brasileira do Agronegócio – ABAG, tendo como objeto o conjunto das decisões judiciais proferidas pela Justiça do Trabalho acerca da terceirização de serviços, sendo que afirma que o conjunto de decisões que aplicam a Súmula 33 do TST tem produzido entendimentos casuísticos, imprecisos, erráticos, que não permitem qualquer previsibilidade quanto às hipóteses de cabimento da terceirização, o que, na prática, inviabiliza em absoluto a sua contratação no âmbito do agronegócio, onerando as atividades dos associados da ABAG, impedindo sua adequada gestão e limitando a competitividade do setor na esfera internacional.

⁴³BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Acórdão: Atord 0010363-39.2017.5.03.0035. Relator: Mauricio Godinho Delgado. DJ: 28/08/2019. PJE, Brasília, DF, 2019. Disponível em: <http://www.tst.jus.br/processos-do-tst>. Acesso em: 14 nov. 2019.

O relator da ADPF, o Sr. Ministro Luiz Fux, votou pela procedência da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental sob os seguintes argumentos:

A vexata quaestio, conforme já adiantado, consiste em definir, quanto ao período anterior à vigência das Leis nº. 13.429/2017 e 13.467/2017, se o entendimento acolhido pela Súmula nº 331 da jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho traduz entendimento imposto pelos preceitos constitucionais que regem a ordem econômica e a proteção do trabalhador. Conclusão negativa resultará não apenas na afirmação da constitucionalidade das referidas leis sancionadas em 2017, no que regulam a terceirização, mas também na inaplicabilidade da orientação sumular do TST às relações jurídicas ocorridas em período anterior ao novo diploma.

Inaugura-se a nossa Carta Magna com o elenco dos fundamentos da República, reunindo, curiosamente, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa em um mesmo inciso (art. 1º, IV). A observação topográfica não é desimportante, pois denota que a inspiração axiológica do constituinte é refratária a uma suposta “guerra de classes”, senão que reputa essencial para o progresso dos trabalhadores brasileiros a liberdade de organização produtiva dos cidadãos, entendida esta como balizamento do poder regulatório para evitar intervenções na dinâmica da economia incompatíveis com os postulados da proporcionalidade e da razoabilidade. Em outras palavras, os valores do trabalho e da livre iniciativa são intrinsecamente conectados, em uma relação dialógica que impede seja rotulada determinada providência como maximizadora de apenas um desses princípios. Não se pode legitimar, binariamente, a intervenção restritiva em um sob o pretexto de homenagem ao outro, porquanto componentes de um mesmo núcleo comum e harmônico.

Esta conexão inata entre ambos os valores deita suas raízes na história da contenção do poder absoluto dos monarcas, que se confunde também com o próprio advento e evolução da liberdade profissional. Sabe-se que o melhor meio de controle dos súditos sempre foi a concentração do poder de decisão sobre suas atividades produtivas nas mãos do monarca e da elite que lhe era servil. Na Europa, desde a idade média, profissões eram estritamente reguladas pelas chamadas guildas, sendo vedado o seu exercício sem a autorização dos dirigentes destas. É curioso notar como ainda há traços desse período no mundo moderno: vejam-se os sobrenomes europeus que remetem a profissões, derivados da época em que todos os descendentes de uma família eram obrigados a seguir o ofício de seus ascendentes. A rigidez regulatória concentrava em uma elite de mestres artesãos, no topo da hierarquia imposta, a prerrogativa de monopólio dos meios de produção, assim como o de estabelecer salários, preços e padrões de qualidade. Nesse ambiente hostil à competição e à inovação, tornava-se mais fácil controlar as massas e assegurar a manutenção no poder da nobreza dirigente. Apesar do notório óbice ao progresso e à distribuição das riquezas, o sistema eram justificado paradoxalmente na proteção ao trabalhador.

(...)

Refutada a existência de uma tensão inata entre o valor social do trabalho e a liberdade de iniciativa, prossegue-se à questão central deste julgamento: afinal, o texto constitucional impõe, a partir do parâmetro axiológico do valor social do trabalho (arts. 1º, IV, 6º e 170, caput), uma restrição à liberdade de iniciativa que condicione o modo de organização empresarial, limitando a possibilidade de divisão de trabalho entre quadros de pessoal pertencentes a empregadores distintos? Seria possível extrair de preceitos tão abstratos a necessidade de uma providência tão específica e de magnitude tão intensa?

Vale recordar que não há norma jurídica no ordenamento positivo conferindo caráter cogente à solução restritiva. Nesse cenário, exsurge em importância o princípio fundamental e necessário em qualquer ordenamento constitucional, e que na Carta brasileira pode ser extraído do art. 5º, II: o princípio da liberdade jurídica, consistente na faculdade de agir ou deixar de agir conforme se aprover. Trata-se de imperativo lógico inferido da impossibilidade de reger de forma adequada, por limitações cognitivas próprias da condição humana dos legisladores, todas as infinitas situações decorrentes das relações interpessoais. Mais além, o princípio da liberdade jurídica é consectário da dignidade da pessoa humana, pois esta, como

afirma o Tribunal Constitucional Federal alemão, compreende o ser humano como um ser intelectual e moral, capaz de se determinar e de se desenvolver em liberdade (“Dem liegt die Vorstellung vom Menschen als einem geistig-sittlichen Wesen zugrunde, das darauf angelegt ist, in Freiheit sich selbst zu bestimmen und sich zu entfalten”) (BVerfGE 45, 187).

(...)

Na hipótese vertente, há um fator adicional, que recomenda ainda maior rigor na apuração da segurança das premissas empíricas: a medida restritiva em escrutínio (qual seja, a Súmula nº. 331 do TST) não foi estabelecida pela via legislativa, com a chancela do debate público e democrático, mas imposta por construção jurisprudencial. Se a postura do julgador deve ser, *prima facie*, de autocontenção em face do legislador, em homenagem à legítima função que também assiste a este de interpretação da Carta Magna, exige-se com maior razão o minimalismo quando não há vedação expressa a uma conduta nem na Constituição e nem na lei. Entender de outra forma equivale a tratar a liberdade como exceção, não como regra, contrariando o núcleo base da dignidade humana, expresso na formulação do imperativo categórico de Immanuel Kant: o ser humano deve sempre ser um fim em si mesmo, nunca um meio para um fim (“Handle so, dass du die Menschheit sowohl in deiner Person, als in der Person eines jeden anderen jederzeit zugleich als Zweck, niemals bloß als Mittel brauchst” – KANT, Immanuel. *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten*. AA IV. Berlin: Ausgabe der Preußischen Akademie der Wissenschaften, 1900. p. 429). Some-se a tudo isso o fato de que, por meio das Leis nº. 13.429/2017 e 13.467/2017, o Congresso Nacional veio a acolher expressamente a legitimidade da terceirização em todas as suas formas, com expressa menção aos princípios constitucionais da reserva legal (art. 5º, II) e da livre iniciativa (art. 1º) no curso do processo legislativo (cf. parecer do Relator da CCJ, Deputado Laércio Oliveira).

(...)

As premissas empíricas invocadas pelo órgão a quo para sustentar a orientação esposada na Súmula nº 331, de acordo com os precedentes que lhe deram origem, são as seguintes: (i) a utilização, em dado processo produtivo, do trabalho prestado por empregados ligados a pessoas jurídicas diferentes configuraria fraude, autorizando a responsabilização da pessoa jurídica reputada como beneficiada; e (ii) a terceirização precarizaria o trabalho humano, conseqüentemente comprometendo o equilíbrio da ordem econômica instituída e a integração do trabalhador na vida da empresa.

Outro argumento, por vezes invocado em discussões sobre a matéria, é o de que a terceirização fragilizaria a mobilização sindical dos trabalhadores. Reputo essa alegação demasiadamente frágil, mormente porque é imprestável a sustentar, só por si, uma suposta inconstitucionalidade dessa técnica empresarial. A divisão da atividade produtiva entre diversas empresas não altera a representação sindical, haja vista que o art. 8º, II, da Constituição contempla a existência de apenas uma organização sindical para cada categoria profissional ou econômica. Nem se alegue que a terceirização provocaria uma dispersão territorial dos trabalhadores nociva à mobilização sindical, porquanto uma mesma firma pode igualmente dividir a sua operação por diversas localidades distintas.

(...)

Primeiramente, a divisão entre empresa “tomadora” e “prestadora” de serviço ignora que, na dinâmica da economia moderna, caracterizada pela especialização e divisão de tarefas com vistas à maior eficiência possível, diversos agentes podem fazer parte de um complexo sistema produtivo, tornando, na verdade, como único “tomador” do serviço o consumidor final. Tome-se como exemplo a Apple Inc., oitava maior empresa do mundo no ano de 2018 (ranking Forbes Global 2000). O consumidor final, ao adquirir um iPhone da marca, sequer desconfia que todo o hardware foi fabricado pela Foxconn, pessoa jurídica distinta com sede em Taiwan que também produz componentes eletrônicos para Dell, Hewlett-Packard, Sony, Microsoft e Motorola, dentre outros. A Foxconn, por sua vez, fabrica os aparelhos utilizando processadores da Intel. Enquanto a Apple lidera o ranking das maiores empresas de tecnologia do planeta no ano de 2018, a Foxconn ocupa a décima posição da lista e a Intel o sexto lugar. Nesse panorama simplificado – que omite, para fins didáticos, inúmeras outras pessoas jurídicas integrantes da cadeia produtiva nas atividades de

desenho industrial, criação de softwares, publicidade, distribuição, sistema de pagamentos, obtenção de matérias-primas, controle de qualidade etc. –, já se antevê que não há verdadeiramente uma subordinação entre as empresas que compõem o sistema produtivo, senão uma coordenação entre agentes especializados para a consecução do melhor resultado final possível ao consumidor. A evolução do empreendedorismo tornou obsoleta, se é que algum dia foi útil ou objetivamente controlável, a diferença entre “atividades-meio” e “atividades-fim”.

Logo se percebe que a cisão de atividades não revela qualquer intuito fraudulento, mas sim estratégia de configuração das empresas para fazer frente às exigências do mercado competitivo (em última análise, exigências de consumidores como todos nós), sendo precisamente esse o núcleo protegido pela liberdade de iniciativa insculpida nos artigos 1º, IV, e 170 da Constituição brasileira. A incessante busca por eficiência existe porque, ao contrário do afirmado pelo Tribunal Superior do Trabalho nos acórdãos geradores da Súmula nº 331, as empresas assumem o risco da atividade, sabendo que a perda de mercado significa uma ameaça à sua sobrevivência e, conseqüentemente, ao emprego dos seus trabalhadores. Voltando ao exemplo da Apple, a Foxconn disputa o mercado de fabricação dos componentes de produtos da Apple, com outras empresas, como a Pegatron Corporation, gerando uma sadia competição dentro da mesma cadeia produtiva. Não há qualquer pessoalidade entre os funcionários da Foxconn e da Pegatron, de um lado, e a Apple Inc., de outro, muito embora o resultado do trabalho prestado deva atender às diretrizes e exigências desta última.

(...)

Michael E. Porter, professor da Harvard Business School e uma das maiores autoridades do mundo em estratégia corporativa e competição no mercado, enumera ainda outros problemas que podem surgir quando não há terceirização (PORTER, Michael E. *Competitive strategy: techniques for analyzing industries and competitors*. New York: Free Press, 1998. p. 300- 323):

(i) volume de transferência e eficiência de escala: quando a necessidade da firma por um bem ou serviço não é grande o suficiente para compensar a economia de sua produção doméstica, restam apenas as opções não desejáveis de manter uma estrutura pequena e ineficiente para atender apenas à sua demanda ou construir uma estrutura capaz de aproveitar a economia de escala, com o possível inconveniente de ter de vender o excesso ao mercado, inclusive a concorrentes;

(ii) divergência entre preços de transferência e preços de mercado: quando o custo do fornecimento internalizado de um bem ou serviço não reflete o preço de mercado destes, uma unidade da companhia estará subsidiando a outra em comparação com o que poderia ser alcançado no mercado externo, de modo que a tomada de decisão com base nesses preços artificiais reduz a eficiência e prejudica a competitividade da empresa como um todo;

(iii) barreiras de entrada no mercado: se todas as empresas integram verticalmente a cadeia de produção, novos agentes interessados em ingressar no mercado necessitarão de grandes investimentos para conseguir fazer frente aos custos de uma estrutura que internalize o fornecimento de todos os bens e serviços necessários à sua atividade, diminuindo-se, assim, o espectro de entrantes com capacidade de suportar o aporte inicial e conseqüentemente a concorrência no mercado;

(iv) limitações de acesso a tecnologias ou matérias-primas: a integração à firma de um componente da cadeia produtiva pode ser inviabilizada ou dificultada em razão de restrições de acesso a certas tecnologias – v. g., por questões de propriedade intelectual – ou matérias-primas – v. g., quando há barreiras de acesso às suas fontes;

(v) maior alavancagem operacional: sendo certo que a integração vertical aumenta os custos fixos da empresa, esta fica mais sujeita a flutuações de mercado que reduzam a demanda pelo bem ou serviço internamente fornecido (v. g., ciclos inerentes ao negócio ou inovações de mercado), expondo a companhia a maiores riscos e oscilações de balanço;

(vi) menor flexibilidade para se adaptar ao mercado: sem terceirização, o sucesso de um negócio é ao menos parcialmente correlacionado à habilidade do seu fornecedor (ou cliente) interno de se adaptar às exigências competitivas. Inovações tecnológicas, mudanças no design do produto envolvendo componentes, falhas

estratégicas ou problemas de gestão podem criar uma situação em que o fornecedor “doméstico” provê bens ou serviços mais caros, inferiores ou inapropriados para o negócio, mas os custos para que a firma promova a necessária adaptação são muito maiores se comparados ao relacionamento com entidades independentes;

(vii) requerimentos de investimento de capital: prover internamente todas as necessidades de uma firma consome os seus recursos, muitas vezes não compensando os custos de oportunidade, ao passo que a negociação com entidades independentes utiliza o capital de investimento de terceiros. Esse fator pode expor a empresa a riscos estratégicos e drenar os recursos que poderiam ser aplicados em outros setores da companhia, reduzindo a flexibilidade de alocação dos fundos de investimento e, desse modo, a capacidade de diversificar a operação;

(viii) incentivos frágeis: os incentivos de performance em uma relação cativa podem ser enfraquecidos quando o fornecimento é interno e não em ambiente competitivo. A aquisição de um bem ou produto de fornecedores externos pode ser objeto de barganhas que não ocorrem no interior de uma mesma firma. Ademais, quando uma unidade da cadeia enfrenta problemas, eles podem se espalhar para unidades até então saudáveis, pois estas, pressionadas ou voluntariamente, tendem a tentar socorrer a ala com desempenho ruim ao custo do seu próprio desempenho;

(ix) diferentes requerimentos de administração: diferentes setores de uma cadeia produtiva podem ser diferentes em estrutura, tecnologia e administração. A produção e a fabricação de metal primário, por exemplo, são bastante diferentes; uma é extremamente dependente de investimentos intensivos de capital, enquanto a outra, que não é, demanda estreita supervisão da produção e ênfase descentralizada em serviços e marketing. Fabricação e venda no varejo são atividades substancialmente diferentes. Adquirir o know-how e a estrutura necessários para administrar cada uma dessas áreas representa um custo adicional para a empresa, pois a administração capaz de operar um setor pode muito bem ser incapaz de gerir outros. A tendência é que a companhia submeta todos os setores a um conjunto comum de diretrizes inadequado para muitos daqueles: estrutura organizacional, controles, incentivos, diretrizes de investimento, dentre outras técnicas de administração, se aplicadas indiscriminadamente geram resultados contraproducentes.

Tratando-se de estratégia de organização, a decisão sobre a terceirização ou não depende da peculiaridade de cada mercado e cada empresa, sendo que por vezes a configuração ótima pode ser o fornecimento tanto interno quanto externo, o que Ranjay Gulati, também professor da Harvard Business School, denomina como “plural sourcing” (GULATI, Ranjay; PURANAM, Phanish; BHATTACHARYA, Sourav. "How Much to Make and How Much to Buy? An Analysis of Optimal Plural Sourcing Strategies." *Strategic Management Journal* 34, no. 10 (October 2013): 1145–1161).

Nota-se, portanto, que a terceirização é um mecanismo moderno e eficiente de configuração da firma, utilizado pelas principais empresas do mundo nos mais variados segmentos, inclusive em suas “atividades-fim”, pois facilita a especialização e fomenta a concorrência dentro de uma mesma cadeia de produção. Isso incentiva cada célula empresarial a produzir mais, melhor e com menos custos, proporcionando à sociedade, assim, bens e serviços com qualidade superior e preços inferiores.

(...)

Por todo o exposto, a premissa de que a “terceirização” configura fraude é desprovida de qualquer fundamento fático, pois contraria os ensinamentos da mais avançada literatura no campo da administração de empresas, bem assim a realidade organizacional de companhias que são referência no mercado e devem servir de exemplo para concorrentes interessados em obter performances semelhantes. Tanto não há intuito fraudulento que cada uma das empresas envolvidas na cadeia de valor deve observar as leis trabalhistas com relação aos empregados que contratarem. Verbi gratia, a supramencionada Foxconn, que mantém fábricas no Brasil, é obrigada a cumprir com a legislação do trabalho e de segurança do trabalho no que tange ao seu quadro de pessoal.

Estabelecido que a proibição inserta na Súmula nº 331 do TST é insustentável sob a premissa da fraude, passa-se a testar os pressupostos empíricos da hipótese segundo a qual a terceirização gera “precarização” para as relações de trabalho.

(...)

Essas conclusões reforçam a hipótese de que a terceirização está associada ao crescimento do mercado de trabalho, na medida em que a competitividade e a produtividade das empresas também aumentam com a especialização no processo produtivo.

(...)

Como proponente da regra proibitiva, competiria aos juízos trabalhistas demonstrar inequivocamente as premissas empíricas por eles assumidas, não bastando o recurso meramente retórico a interpretações de cláusulas genéricas da Constituição, como a dignidade humana (art. 1º, III), o valor social do trabalho (art. 1º, IV), a proteção da relação de emprego contra despedida arbitrária (art. 7º, I) ou a busca do pleno emprego (art. 170, VIII). Não sendo a seara adequada para adoção de decisões puramente políticas, o Judiciário assume o ônus ainda maior de comprovar, com grau de certeza virtualmente insuperável, que a conduta por ele proibida causa danos a todos os trabalhadores, formais e informais, sem produzir qualquer benefício social em contrapartida. No entanto, apurações criteriosas, mediante técnicas universalmente aceitas pela comunidade científica, permitem concluir em sentido diametralmente oposto – longe de “precarizar”, “reificar” ou prejudicar os empregados, a terceirização está associada a inegáveis benefícios aos trabalhadores em geral, como a redução do desemprego, diminuição do turnover, crescimento econômico e aumento de salários. Igualmente, não se sustenta a afirmativa de fraude, por tratar-se a terceirização de técnica aplicada pelas mais valiosas e modernas empresas do mundo, cuja importância é reconhecida tanto nas ciências econômicas quanto na literatura de Administração. Aplicando-se a já referida “lei epistêmica do sopesamento”, para utilizar a nomenclatura de Alexy, é necessário afastar a regra proibitiva em exame, ante a debilidade das premissas empíricas em que se baseia a intervenção.

Conclui-se ante todo o exposto que, mesmo no período anterior à edição das Leis nº. 13.429/2017 e 13.467/2017, a prática da terceirização já era válida no direito brasileiro, independentemente dos setores em que adotada ou da natureza das atividades contratadas com terceira pessoa. A Súmula nº. 331 do TST é inconstitucional, por violação aos princípios da livre iniciativa (artigos 1º, IV, e 170 da CRFB) e da liberdade contratual (art. 5º, II, da CRFB). Por conseguinte, até o advento das referidas leis, em 31 de março e 13 de julho de 2017, respectivamente, reputam-se hígidas as contratações de serviços por interposta pessoa, na forma determinada pelo negócio jurídico entre as partes. A partir do referido marco temporal, incide o regramento determinado na nova redação da Lei n.º 6.019/1974, inclusive quanto às obrigações e formalidades exigidas das empresas tomadoras e prestadoras de serviço.

(...)

Portanto, o regime legal hoje em vigor atribui ao poder público a tarefa de fiscalizar a saúde financeira das empresas prestadoras de serviços a terceiros, ao passo que impõe à contratante a responsabilidade subsidiária no caso de inadimplemento de obrigações trabalhistas e previdenciárias.

Entendo que a mesma solução deve ser aplicável para relações jurídicas anteriores ao advento da reforma trabalhista, ou seja, preexistentes à Lei n.º 13.429, de 31 de março de 2017. Estabelecido que a terceirização é compatível com a Carta Magna e protegida pelos seus artigos 1º, IV, 5º, II, e 170, os quais garantem a livre iniciativa e a liberdade contratual, sendo insubsistente a Súmula nº 331 do TST, deve-se aplicar a solução da reforma trabalhista aos casos pretéritos, a fim de evitar um vácuo normativo quanto à matéria. Por essa razão, também quanto a fatos pretéritos se impõe a responsabilidade subsidiária da pessoa jurídica contratante pelas obrigações trabalhistas não adimplidas pela empresa prestadora de serviços, bem como a responsabilidade pelo recolhimento das contribuições previdenciárias devidas por esta, na forma do art. 31 da Lei n.º 8.212/93. Em contrapartida, afasto a imposição à contratante do dever de fiscalização da capacidade financeira da contratada, por ausência de previsão legal.

Ex positis, julgo procedente a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental.⁴⁴

Apesar da procedência da ADPF, alguns ministros demonstraram sua contrariedade a procedência, como por exemplo a Sra. Ministra Rosa Weber e o Sr. Ministro Edson Fachin. O Sr. Ministro Edson Fachin votou pela improcedência da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental com os seguintes fundamentos:

A parte arguente sustenta violação aos seguintes preceitos fundamentais: valores sociais do trabalho e da livre iniciativa como fundamentos da República, e princípios da legalidade e da liberdade.

Cumpra, portanto, analisar os argumentos da parte separadamente.

Quanto à alegada violação ao princípio da legalidade, sustenta-se que as decisões do TST, fulcradas em interpretação da Súmula 331 impedem a terceirização de mão-de-obra na atividade-fim das empresas, mesmo inexistindo lei que, especificamente, vede a referida prática, levando à violação da liberdade de contratar e impedindo a competitividade das empresas brasileiras, inclusive no plano internacional.

A questão a ser aqui colocada, de modo semelhante àquela que consiste no ponto central debatido no Recurso extraordinário nº 958.252, submetido à sistemática da repercussão geral, centra-se em saber se a Justiça Especializada, a qual, por meio da Súmula 331 do TST, vem interpretando como ilegal a terceirização da mão-de-obra na atividade-fim das empresas, viola, com esse posicionamento, o princípio constitucional da legalidade, insculpido no artigo 5º, inciso II da Constituição da República.

Inicialmente, cumpre ressaltar que Súmula consiste na consolidação, por meio de verbete, de posicionamento pacífico ou ao menos majoritário de um Colegiado em determinada matéria contida em sua competência, a fim de conferir maior segurança jurídica tanto aos órgãos jurisdicionais a ele subordinados, como aos próprios jurisdicionados. É, portanto, compilação de entendimentos proferidos reiteradamente em diversos julgados por determinado Tribunal. À toda evidência, um entendimento sumular proveniente de Tribunal Superior tem uma repercussão majorada, decorrente da ampliação do seu espectro de aplicação.

A Súmula nº 331 do Tribunal Superior do Trabalho, em seus seis itens, manifesta o entendimento daquela Justiça Especializada, no que concerne à terceirização de mão-de-obra. Há, então, efetivo exercício interpretativo que toma como ponto de partida a base legislativa existente para o correto enquadramento da questão.

Ressalte-se, uma vez mais, que, após o ajuizamento da presente ação, duas leis emergiram para a regulamentação da questão relativa à terceirização, nos contratos relativos a trabalho temporário e também nas demais formas de pactuação: a Lei nº 13.429, de 31 de março de 2017, e a Lei nº 13.467, de 14 de julho de 2017, ambas a alterar dispositivos da Lei nº 6.019/1974.

Nada obstante, referido arcabouço jurídico referente às possibilidades de terceirização de mão-de-obra, inclusive quanto à atividade-fim da empresa tomadora de serviços, é objeto de questionamento quanto à sua constitucionalidade, por meio das Ações Diretas de Inconstitucionalidade nº 5.685, 5.686, 5.687, 5.695 e 5.735, todas sob a relatoria do Ministro Gilmar Mendes, não se encontrando, especificamente, sob análise no presente momento.

Seja como for, o presente caso deve ser julgado considerando-se que, à época do ajuizamento da presente demanda, inexistia, efetivamente, lei específica que vedasse, limitasse ou mesmo regulamentasse a terceirização na atividade-fim empresarial. Nada obstante, o exercício interpretativo acima mencionado levou em conta a Consolidação das Leis do Trabalho, que conceitua a figura do empregador e do empregado, de modo a caracterizar a relação de trabalho protegida pela lei, além de vedar expressamente a figura do contrato nulo, por meio do qual se consagra o

⁴⁴BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão: ADPF Nº 324. Relator: Luiz Fux. DJ: 22/08/2018. STF, Brasília, DF, 2018. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/> sob o número 11992060.. Acesso em: 14 nov. 2019.

princípio da primazia da realidade, desvelando a verdadeira relação empregatícia por trás daquela avença contratual.

(...)

De fato, a regulamentação da terceirização da contratação de mão-de-obra na atividade-fim da empresa encontrava-se na espacialidade até então não exercitada, mas exercitável pelo Congresso Nacional, e a Súmula nº 331 daí não desbordou, limitando-se a consolidar entendimento com base na legislação existente, e não inovando no ordenamento jurídico. Ainda, nada impede a atuação do Poder Judiciário posteriormente, no exercício do controle de constitucionalidade dos diplomas normativos decorrentes do legítimo exercício do direito de legislar.

A seara específica a esse debate localiza-se no Poder Legislativo e na sociedade, restando inviável requerer-se desta Corte que determine, à míngua de outra lei regulamentadora quando dos fatos narrados, o afastamento de sua incidência à contratação de mão-de-obra por empresa interposta.

Em conclusão, não há violação ao princípio constitucional da legalidade quando a Justiça do Trabalho, sobretudo seu Tribunal de cúpula, interpretando a base legal infraconstitucional existente, formula entendimento, especialmente à luz da CLT, ausente qualquer reforma de iniciativa legislativa quando do reconhecimento da presente repercussão geral, adota interpretação possível dentre mais de uma hipótese de compreensão sobre a matéria, e ao assim fazê-lo, julga ilegais as contratações de mão-de-obra terceirizada na atividade-fim das empresas, especialmente em se considerando que a alteração desse cabedal normativo cabe, como efetivamente depois o exercitou, ao Poder competente, debatida a questão com todos os atores envolvidos no processo de modificação estrutural do sistema de relações trabalhistas no campo jurídico, econômico e social.

De outra parte, sustenta a arguente a contrariedade ao disposto nos artigos 1º, inciso IV, e 5º, caput, da Constituição da República, por entender que as decisões da Justiça Trabalhista que aplicam o contido na Súmula 331 do TST violam a previsão de que os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa se conformam como fundamento da República, bem como o princípio da liberdade, ao impedirem a livre organização empresarial por meio da contratação de empresas terceirizadas.

(...)

De outra parte, também nesse mesmo contexto, espraia-se prática diversa que, a despeito de ser considerada debaixo do largo espectro da terceirização, significa, em verdade, intermediação de mão-de-obra, na medida em que possibilita a contratação de empregados por interposta pessoa, intentando-se estabelecer o vínculo laboral não com a tomadora da prestação dos serviços, mas sim com a empresa interposta, reduzindo-se o custo com a manutenção dos empregados. Trata-se de verdadeira locação da mão-de-obra necessária à execução do objeto primordial que define a própria existência da organização empresarial tomadora dos serviços.

(...)

Nesse ínterim, compreendo que a questão revela-se deveras tormentosa, atraindo posicionamentos ideológicos das mais variadas matizes. É tema que, por sua relevância, envolve, efetivamente, debates que tem como pano de fundo as diversas visões de mundo que compõem o Estado democrático e plural introduzido e pretendido pela Constituição da República.

No entanto, é na Carta Constitucional que se deve buscar os alicerces para a solução do tema, uma vez trazido à apreciação do Poder Judiciário, como na presente arguição de descumprimento de preceito fundamental.

Assim, da manifestação da arguente e dos amici curiae que sustentam a inconstitucionalidade da Súmula 331 e das interpretações delas derivadas, depreende-se pleito para que esta Corte assegure a liberdade de contratação das empresas, inclusive no que concerne à locação de mão-de-obra para o exercício de suas atividades essenciais, principais ou primordiais.

Nada obstante, nenhum princípio ou preceito constitucional pode ser interpretado com tamanha concreção, a ponto de se sobrepor sobre os demais princípios encartados no texto constitucional. A garantia da livre iniciativa, corolária da liberdade de contratação, vem acompanhada da necessidade de assegurar o valor social do trabalho e do trabalho humano, tanto no artigo 1º, inciso IV, como no artigo 170, caput, da Constituição de 1988.

Portanto, a Justiça Especializada, ao identificar a ocorrência de terceirização ilícita ou fraudulenta na intermediação de mão-de-obra, por abrir a porta à reificação do trabalhador, à precarização das relações de trabalho e à redução das garantias trabalhistas insculpidas no artigo 7º da Carta Constitucional, não viola os princípios da livre iniciativa e da liberdade, mas busca a tutela das relações de emprego constitucionalmente adequadas, o que se revela imperativo na Constituição, como já assentado em seus artigos 1º, IV, e 170, caput.

Efetivamente, a Constituição de 1988 acolhe a livre iniciativa como fundamento da República. Nada obstante, impossibilitar que a Justiça Trabalhista fiscalize e censure práticas decorrentes da intermediação perniciosa de mão-de-obra, tais como a “pejotização”, a existência dos “gatos” a aliciar trabalhadores conhecidos como bóias-frias para a colheita em diversas plantações agrícolas, ou seja, asseverar que a Justiça Especializada não poderá impedir a ocorrência de fraudes nos contratos de trabalho, não se coaduna com a estruturação constitucional das relações de emprego. Assim, ao buscar o equilíbrio entre os princípios da livre iniciativa e da valorização do trabalho humano por meio de atitude interpretativa, não visualizo eventual contrariedade entre o Enunciado 331 e a Constituição da República, quando a Justiça Especializada promove a análise de um contrato entre tomador de serviços e o prestador que oferta a mão-de-obra, e, com base na análise de todo o arcabouço normativo a reger as relações de trabalho, declara nula (nos termos do artigo 9º da CLT) essa avença.

Voto, portanto, pelo não conhecimento da arguição de descumprimento de preceito fundamental, e, caso conhecida, pela sua improcedência.⁴⁵

A outra ação trata-se de ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público do Trabalho da 3ª Região em face da empresa Celulose Nipo Brasileira S/A – CENIBRA após a instauração de prévio Inquérito Civil Público, no qual ter-se-ia constatado a contratação de empreiteiras para a execução de atividades de florestamento e reflorestamento, apesar de os atos constitutivos da CENIBRA indicarem tais ofícios como seus objetivos sociais, afigurando-se, portanto, como finalísticas de sua atividade empresarial. Em apertada síntese, o parquet trabalhista sustentava a tese de terceirização ilícita de atividade-fim, e a conseqüência fragilização dos direitos trabalhistas, postulando, como pedido principal, a condenação da ré à abstenção de contratação de “terceiros para a prestação de serviços relacionados à sua atividade-fim”.

Diante da decisão do Acórdão que promoveu a procedência da ação baseado na Súmula 331, IV do TST. Inconformada, a empresa interpôs Recurso Extraordinário apontando violação ao art. 5º, II, ao argumento de que a decisão recorrida proibiria a contratação de prestadoras de serviços sem dispositivo legal que comine tal obrigação. Sustenta a liberdade de contratação, que afirma ser garantida pelo texto constitucional, e que na ausência de norma infraconstitucional regulamentadora seria de prevalecer a autonomia de contratação, prevalecendo o negócio jurídico pactuado entre agentes capazes e com objeto lícito.

⁴⁵BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão: ADPF Nº 324. Relator: Ministro Luiz Fux. DJ: 22/08/2018. STF, Brasília, DF, 2018. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/> sob o número 11992060.. Acesso em: 14 nov. 2019.

Na análise deste processo, o Sr. Ministro Alexandre de Moraes julgou procedente a ADPF 324 e deu provimento ao Recurso Extraordinário 958252 com os seguintes argumentos:

A Constituição Federal não veda ou restringe expressa ou implicitamente a possibilidade de terceirização, enquanto possibilidade de modelo organizacional, como bem destacado pelos votos dos Ministros relatores ROBERTO BARROSO e LUIZ FUX, cujos fundamentos adoto, sem, contudo, repeti-los, por celeridade processual e razoável duração do voto.

Vou, porém, mais além ao afirmar que a Constituição Federal tampouco impõe qual ou quais as formas de organização empresarial devam ou possam ser adotadas, pois assegurou a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.

No sistema de produção capitalista, consagrado constitucionalmente, a escolha do modelo organizacional das empresas compete ao empreendedor, não podendo ser imposta pelo Estado.

O texto constitucional não permite ao poder estatal – executivo, legislativo ou judiciário – impor um único e taxativo modelo organizacional para as empresas, sob pena de ferimento aos princípios constitucionais da livre iniciativa e livre concorrência.

O Estado – seja legislativamente, seja judicialmente – não poderá impor regras rígidas e específicas de organização interna das empresas; cabendo tal decisão aos próprios empreendedores, que, por sua conta e risco, devem realizar sua opção de modelo organizacional dentro das lícitas e legítimas possibilidades consagradas pelos Princípios Gerais da Atividade Econômica e estabelecidos no artigo 170 da Constituição Federal.

Obviamente, essa opção será lícita e legítima desde que não proibida ou colidente com o ordenamento constitucional; bem como, desde que, durante a execução dessa opção – na hipótese de terceirização –, as empresas “tomadoras” e “prestadoras” não violem direitos sociais e previdenciários do trabalhador e a primazia dos valores sociais do trabalho, que, juntamente com a livre iniciativa, tem assento constitucional como um dos fundamentos do Estado Democrático brasileiro.

Entendo, portanto, que inexistente vedação constitucional expressa ou implícita em relação à possibilidade de terceirização, enquanto legítima opção empresarial de modelo organizacional.

(...)

A organização de cada empresa para a produção e posterior comercialização de celulose, cujo exemplo está sendo utilizado em virtude de ser o objeto do caso concreto tratado na repercussão geral, visa à otimização de sua linha de produção da maneira que melhor lhe aprouver, dentro de escolhas administrativas essenciais e imprescindíveis, que fazem a real diferença entre empresas de sucesso e as demais.

Na hipótese da CENIBRA, a opção pelo fluxo de produção divide-se em: (a) “produção de mudas”; (b) “processo de produção”; e (c) expedição de celulose.

O longo fluxo se inicia com a produção de mudas pelo processo de “miniستاquia”, que consiste na utilização das próprias mudas para utilização dos brotos, não utilizando a propagação de sementes. Continua com o acondicionamento das minicepas de eucaliptos em mesas rolantes de aço inoxidável, com fertirrigação em tubos plásticos ou em leito de areia sobre calhetões de concreto armado. Após a coleta dos brotos no denominado “jardim clonal”, as mudas são conduzidas para enraizamento, no qual permanecem por aproximadamente 25 dias, com irrigação por nebulização, com controle de temperatura e umidade. As mudas passam para a fase de estaleiro e são preparadas para o plantio no campo; seguindo em caminhos semifechados.

(...)

O sistema organizacional e as etapas do fluxo de produção estão em constante adaptação, não existindo, portanto, modernamente qualquer racionalidade em distinguir dentro desse fluxo, eventuais “atividades fim” e “atividades meio”. A

terceirização mediante contratos de prestação de serviço para a realização dos transportes rodoviários e marítimos, para a comercialização da celulose no Brasil e no restante do mundo, seriam “atividades-meio”, enquanto os contratos de prestação de serviço para o corte de madeira seriam relacionados como “atividades-fim”? Não há razoabilidade nessa interpretação, pois ambas as atividades fazem parte do fluxo de produção da empresa que tem, realmente, como atividade a produção e comercialização de celulose.

(...)

A garantia de proteção ao trabalho não engloba somente o trabalhador subordinado mediante o tradicional contrato de trabalho, mas também o autônomo e o terceirizado, e, além disso, como salienta PAOLO BARILE, alcança o próprio empregador, enquanto empreendedor do crescimento do país, que tem, na correta interpretação dos valores sociais do trabalho, a necessária segurança jurídica.

Caso isso ocorra, seja na relação contratual trabalhista tradicional, seja na hipótese de terceirização, haverá um desvio ilegal na execução de uma das legítimas opções de organização empresarial, que deverá ser fiscalizado, combatido e penalizado.

Da mesma maneira, caso a prática de ilícita intermediação de mão de obra, com afronta aos direitos sociais e previdenciários dos trabalhadores, se esconda formalmente em uma fraudulenta terceirização, por meio de contrato de prestação serviços, nada impedirá a efetiva fiscalização e responsabilização, pois o Direito não vive de rótulos, mas sim da análise da real natureza jurídica dos contratos.

Concluo, sra. Presidente, acompanhando integralmente os eminentes Ministros relatores, julgando procedente a ADPF 324 e dando provimento ao Recurso Extraordinário 958252.⁴⁶

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski negou provimento ao RE e julgou improcedente a ADPF 324 sob os seguintes fundamentos:

O padrão de proteção constitucional ao regime de emprego possui elementos normativos intrínsecos e que não podem ser desconfigurados, sob pena de esvaziamento da eficácia de direitos e garantias fundamentais dos trabalhadores.

A prática observada no dia a dia dessas relações terceirizadas ressalta que, apesar da roupagem formal empregatícia, diversos elementos estruturantes da relação de emprego tornam-se frágeis, haja vista a alta rotatividade da mão de obra do trabalhador terceirizado, que fica prejudicado, portanto, no recebimento de importantes verbas trabalhistas, como, por exemplo, não chegam a adquirir o direito às férias anuais remuneradas.

(...)

Diante da constatação de todas essas consequências negativas advindas da flexibilização do instituto da terceirização, é que a Justiça do Trabalho, resistindo fortemente às pressões do mercado econômico, e por meio de melindroso processo de adaptação hermenêutica, discriminou os limites da terceirização legítima ao editar o enunciado da Súmula 331 do TST.

Observe-se das alterações interpretativas formuladas na referida Súmula, a predileção do princípio da proteção das relações de emprego ao revés da legalização da intermediação de mão de obra das atividadesfim, tendência do Direito do Trabalho identificada desde o Enunciado 256 do TST, de 1986.

Da leitura dessa fundamentação, percebe-se, claramente, o feixe protetivo da relação de emprego arraigado na legislação e jurisprudência trabalhista brasileira, como eficiente obstáculo interposto à generalização desenfreada dos artificios do sistema econômico capitalista.

Esse prestígio às garantias do trabalhador se torna ainda mais relevante em um cenário jurídico carente de proteção ao “terceirizado”, em oposição a todo esse

⁴⁶BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário: RE 958.252. Relator: Ministro Luiz Fux. Dj: 13/09/2019. Portal STF, Brasília, DF, 2019. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4952236>. Acesso em: 12 nov. 2019.

longo processo histórico de afirmação dos direitos sociais, que proporcionou a essas garantias o status de direitos indispensáveis ao regime democrático.

Assim, vê-se que, no processo de construção dos vetores da Súmula 331 do TST, a Justiça do Trabalho buscou conciliar, de forma proporcional, a liberdade de contratar do empreendedor e a proteção à relação de emprego, sem ferir a força normativa dos princípios constitucionais.

Dessa forma, ao legitimar a contratação triangulada de trabalho apenas nas atividades-meio empresariais, sob o mesmo modelo legislativo aplicado à Administração Pública, a citada Súmula flexibilizou a relação de emprego ao permitir ao empreendimento a concentração de esforços em seu core business, mas em respeito à unidade da Constituição, em especial, ao dever do Estado de proteção social ao trabalhador.

(...)

Concluo, portanto, pelo equívoco na compreensão de que a terceirização pode realizar-se em qualquer dimensão, o que pode ser sentido desde a análise do próprio conceito do instituto, que o define como estratégia e concentração das organizações em suas atividades principais, com externalização daquelas atividades acessórias ou não finalísticas.

Tal percepção é contrária, ainda, à evolução histórica e jurisprudencial da terceirização, inclusive em âmbito internacional.

Além disso, são nefastas as consequências do crescimento desenfreado da contratação triangulada de trabalho, por esvaziar os conceitos constitucionais cardeais de Estado Democrático de Direito. Entre tais decorrências, destaquei o não recebimento de importantes verbas trabalhistas, a taxa de rotatividade dos empregados terceirizados, o tempo médio de permanência no emprego e a consequente frustração da continuidade do vínculo, o reduzido nível remuneratório, o aumento na intensidade das jornadas, e, ainda, o enfraquecimento de relações de cooperação e solidariedade entre seus pares.

Por todo o exposto, pedindo vênias ao Relator do RE, Ministro Fux, e também ao Ministro Alexandre de Moraes, acompanho integralmente a divergência aberta pelo Ministro Edson Fachin e pela Ministra Rosa Weber, que nos brindaram com votos que, a meu ver, esgotaram plenamente o assunto e deram resposta satisfatória à questão colocada perante esta Suprema Corte.

Então, em consequência, eu nego provimento ao RE e julgo improcedente a ADPF.⁴⁷

Vale ressaltar que a ADPF 324 foi procedente e o RE 958252 foi provido, fixando a seguinte tese: “É lícita a terceirização ou qualquer outra forma de divisão do trabalho entre pessoas jurídicas distintas, independentemente do objeto social das empresas envolvidas, mantida a responsabilidade subsidiária da empresa contratante”

Diante o exposto, nota-se que a discussão acerca da terceirização na atividade fim da tomadora de serviços é pautada pelos princípios constitucionais da livre iniciativa e da livre concorrência. Não há que se falar que estes princípios constitucionais não são respeitados pela Súmula 331, uma vez que esta equilibra estes princípios com a valorização do trabalho humano através da análise do contrato entre o terceirizado e o tomador de serviço frente ao artigo 9º da CLT. Além disso, o entendimento sumulado é importante no combate a intermediação “ilegal” de mão de obra, uma vez que permite a fiscalização do trabalho frente

⁴⁷BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário: RE 958.252. Relator: Ministro Luiz Fux. Dj: 13/09/2019. Portal STF, Brasília, DF, 2019. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4952236>. Acesso em: 12 nov. 2019.

a fraude nos contratos para burlar os direitos trabalhistas. Segundo Gabriela Delgado (citação utilizada no voto do Sr. Ministro Edson Fachin):

Ademais, essa abertura à compreensão da realidade da empresa se afina à vocação do Direito do Trabalho para a identificação do direito do trabalhador a partir da análise das condições fáticas da execução do trabalho, à luz do princípio da primazia da realidade. A investigação sobre a natureza das atividades da empresa, com vistas à identificação do direito do trabalhador a uma relação de emprego direta (na atividade-fim) ou de sua sujeição a uma relação de trabalho triangular (na atividade-meio), não destoa substancialmente da atividade de investigação, no mundo dos fatos, que é própria do Direito do Trabalho, sobre a presença dos elementos caracterizadores da relação de emprego, tais como a subordinação jurídica, a pessoalidade, a onerosidade e a não eventualidade (CLT, arts. 2º e 3º). Esses novos conceitos (atividade-fim e atividade-meio) apenas se somam aos conceitos anteriores, na identificação do modelo relacional de emprego aplicável no caso concreto, como atributos realísticos que conferem ao Direito do Trabalho a sua vocação promotora de justiça social. A abertura conceitual é o que viabiliza, inclusive, a participação do empreendedor na definição de sua atividade-fim e de sua atividade-meio, na medida em que a ordem jurídica lhe confere liberdade para definir o objeto social lícito do seu empreendimento.⁴⁸

Outra argumentação acerca do tema é que a terceirização está associada ao crescimento do mercado de trabalho, na medida em que a competitividade e a produtividade das empresas também aumentam com a especialização no processo produtivo. Entretanto, tal argumentação não merecia prosperar, uma vez que aumentaria e evidenciaria ainda mais a dominância econômica do empregador frente ao trabalhador. Não obstante, os trabalhadores terceirizados passam a usufruir de forma precária de seus direitos trabalhistas, pois estes possuem remuneração média inferior à remuneração dos trabalhadores contratados, possuem tempo médio de permanência no emprego inferior aos contratados. Por fim, a taxa de mortalidade de trabalhadores terceirizados é superior a taxa dos trabalhadores contratados devido as condições de saúde e segurança do trabalho serem precárias, já que a relação triangular dificulta a adoção de medidas preventivas, de treinamento e fiscalização.

Conclua-se que a sujeição dos trabalhadores terceirizados a condições degradantes de trabalho e a exploração desmedida dessa força de trabalho visa, exclusivamente, burlar os direitos trabalhistas dos trabalhadores, como por exemplo o assalariamento. Assim, resta evidente que a fiscalização da terceirização, principalmente na atividade fim do tomador de serviço, deve ser cada vez mais estimulada com o objetivo de evitar contratos fraudulentos, pejetização e marginalização do trabalho, garantindo uma maior proteção ao trabalho dentro os valores sociais deste.

⁴⁸DELGADO, Gabriela Neves; AMORIM, Helder Santos. **Os limites constitucionais da terceirização**. São Paulo: Editora LTR, 2014, p. 156.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A ordem econômica do mundo globalizado no que se refere ao mundo do trabalho vem afetando consideravelmente o valor social do trabalhador. Não obstante, as alterações trazidas pelas leis, pela ADPF 324 e pela RE 958252 acabaram mostrando que prevalece a desigualdade econômica na relação de trabalho, em que o empregador é o elo poderoso desta relação, uma vez que este dita as regras. Assim, resta evidente que esta desigualdade acaba proporcionando um uso indevido de contratação de mão de obra.

O estudo demonstrou a importância da construção da Súmula 331, em que legitimou a terceirização na atividade-meio das empresas e em algumas atividades, bem como regulamentou a responsabilidade subsidiária da tomadora de serviços, servindo como uma excelente forma de regulamentação das relações de trabalho. O entendimento sumulado fez com que as empresas parassem de marginalizar o trabalhador, utilizando da terceirização como mecanismo de fraude à contratação e burlar os direitos trabalhistas. Além disso, também possibilitou uma maior fiscalização das relações de trabalho na busca da proteção do valor social do trabalho e do trabalho digno.

As alterações trazidas pela Reforma Trabalhista, pela ADPF 324 e pelo RE 958252 surgiram com o intuito de melhorar a crise econômica brasileira, porém há de se ressaltar que os trabalhadores não são os responsáveis por esta crise, mas serão os mais prejudicados. Não obstante, os trabalhadores não são aqueles que detêm os meios de produção e não compram a força de trabalho para o incremento do seu negócio, ou seja, no contexto atual, o trabalho vem sendo marginalizado devido os limites de um modelo de sociedade que precisa da desigualdade para se desenvolver e favorecer o processo de acumulação de capital nas mãos dos empregadores.

Dessa forma, resta claro que, no mecanismo da terceirização, a fiscalização deve ser feita pela ponderação entre os princípios da livre iniciativa e do valor social do trabalho através do estudo da realidade do trabalhador dentro da relação de trabalho, uma vez que a proteção à relação de trabalho e a proteção ao trabalho digno devem sempre ser o objetivo principal da sociedade como um todo. Além disso, esta fiscalização proporcionará o fim da marginalização dos trabalhadores, bem como irá combater, de maneira eficaz, a intermediação ilegal de mão de obra.

Assim, conclui-se que os direitos trabalhistas devem promover uma maior igualdade entre o empregado e o empregador, uma vez que o último é economicamente prevalecido. Ainda que assim não fosse, resta evidente que os princípios fixados na Constituição Federal e

no Direito do Trabalho são importantes reguladores no combate a exploração de trabalho, que tomem o trabalhador como mero objeto de produção. Por fim, ressalta-se que uma importante mudança na proteção do trabalhador frente ao contexto econômico atual seria negar o uso da terceirização, de forma desenfreada, como forma de contratação com objetivo de garantir a eficácia dos direitos trabalhistas e das proteções aos trabalhadores reguladas constitucionalmente, promovendo, dessa forma, uma valorização da mão de obra, em que o trabalhador passará a ser visto como “ser humano digno” e deixará de ser apenas uma fonte de proteção e de lucro.

REFERÊNCIAS

- AVILÉS, Antonio Ojeda: „El principio de condición más beneficiosa“, em „Revista de Política Social“, Centro de Estudios Constitucionales, Madri, n. 134, abril-junho de 1982.
- BIAVCASCHI, Magda Barros. **A historia da súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho**: alteração na forma de compreender a terceirização. Londrina: Editora Mediações, v 16, nº1.
- BIAVASCHI, Magda Barros; Santos, Anselmo Luis dos. A terceirização no contexto da reconfiguração do capitalismo contemporâneo: a dinâmica da construção da súmula 331 do TST. **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**, Brasília, DF, vol.80 nº3, p. 19-35, 2014, p.27.
- BRASIL. Lei n 6.019: Dispõe sobre o trabalho temporário nas empresas urbanas e dá outras providências. Brasília, DF, Presidência da República, 1974. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6019.htm. Acesso em: 12 nov. 2019.
- BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho (2. Região). Recurso Ordinário: Atord 1001833-18.2017.5.02.0468.Volks wagen do Brasil Ltda. DJ: 27/09/2019. PJE, São Paulo, 2019. Disponível em: <https://pje.trtsp.jus.br/primeirograu/Processo/ConsultaDocumento/listView.seam?nd=1906251124117040000014292069>. Acesso em: 12 nov. 2019
- BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho (2. Região). Sentença: Atord 1001833-18.2017.5.02.0468. Juiz: Andre Sentoma Alves. DJ: 12/09/2019. PJE, São Paulo, 2019. Disponível em: <https://pje.trtsp.jus.br/primeirograu/Processo/ConsultaDocumento/listView.seam?nd=1906251124117040000014292069>. Acesso em: 12 nov. 2019.
- BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Acórdão: Atord 0010363-39.2017.5.03.0035. Relator: Mauricio Godinho Delgado. DJ: 28/08/2019. PJE, Brasília, DF, 2019. Disponível em: <http://www.tst.jus.br/processos-do-tst>. Acesso em: 14 nov. 2019.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão: ADPF Nº 324. Relator: Luiz Fux. DJ: 22/08/2018. STF, Brasília, DF, 2018. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/> sob o número 11992060.. Acesso em: 14 nov. 2019..
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário: RE 958.252. Relator: Ministro Luiz Fux. Dj: 13/09/2019. Portal STF, Brasília, DF, 2019. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4952236>. Acesso em: 12 nov. 2019.
- BRITTO, Cezar. Aspectos históricos e ideológicos na construção do direito ao trabalho. **Revista TST**, Brasília, DF, v. 78, n. 1, 2012.
- CASSAR, Vólia Bomfim. **Resumo de Direito do Trabalho**. São Paulo: Editora Método, 2018.
- DELGADO, Gabriela Neves. A CLT aos 70 anos: rumo a um Direito do Trabalho Constitucionalizado. **Revista do TST**, Brasília, DF, vol. 79, n. 2, p. 1-36, 2013.

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

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

DELGADO, Mauricio Godinho. **A Reforma Trabalhista no Brasil com comentários a lei 13.467/2017**. São Paulo: Editora LTR, 2017.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 6. Ed. São Paulo: LTR, 2007.

GRAU, Eros Roberto. In: **Comentários à Constituição do Brasil**. Coord. CANOTILHO, J. J. Gomes. MENDES, Gilmar Ferreira. SARLET, Ingo Wolfgang. STRECK, Lênio Luiz. São Paulo: Editora Saraiva, 2013.

JUSTIÇA DO TRABALHO. Súmula nº 256 do TST. Brasília, DF: Justiça do Trabalho, 21/11/2003. Disponível em:
http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_251_300.html#SUM-256. Acesso em: 12 nov. 2019.

JUSTIÇA DO TRABALHO. Súmula nº 331 do TST. Brasília, DF: Justiça do Trabalho, 31/05/2011. Disponível em:
http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_301_350.html#SUM-331. Acesso em: 12 nov. 2019.

LIMA, Francisco Gérson Marques de. **Convite ao estudo da hermenêutica em Direito do Trabalho**. Fortaleza: Excola, 2017, p. 04. Disponível: <http://www.excolasocial.com.br/>. Acesso em: 12 nov. 2019.

MARTINS, Sergio Pinto. **A terceirização no Direito do Trabalho**. São Paulo: Editora Saraiva, 2018.

MIRAGLIA, Livia Mendes Moreira. **A terceirização trabalhista no Brasil**. São Paulo: Editora Quarter Latin do Brasil, 2018.

RODRIGUEZ, Américo Plá. **Princípios de Direito do Trabalho**. São Paulo: Editora LTR, 2000.

ROSENFELD, Cinara L. **Para além da dicotomia entre trabalho decente e trabalho digno: reconhecimento e direitos humanos**. Caderno CRH, Salvador, 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

SCHICK, Horacio: Estado actual de los principios generales de Derecho del Trabajo con especial referencia ai principio protectorio y el de continuidad de la relación laboral", na revista „Derecho del Trabajo“, Buenos Aires, 1991.

TAVARES, André Ramos. **Direito constitucional econômico**. São Paulo: Editora Método, 2003.