

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS
FACULDADE NACIONAL DE DIREITO**

**A TERCEIRIZAÇÃO DE FORMA IRRESTRITA NO ÂMBITO DO DIREITO DO
TRABALHO: ANÁLISE DA DECISÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL
PROFERIDA NO JULGAMENTO DA ADPF Nº 324, DO RECURSO
EXTRAORDINÁRIO Nº 958.252 E DAS ADIs Nº 5.685, 6.686, 5.687, 5.695 e 5.735**

FERNANDA ALVES PIRES MARQUES

RIO DE JANEIRO

2022

FERNANDA ALVES PIRES MARQUES

**A TERCEIRIZAÇÃO DE FORMA IRRESTRITA NO ÂMBITO DO DIREITO DO
TRABALHO: ANÁLISE DA DECISÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL
PROFERIDA NO JULGAMENTO DA ADPF Nº 324, DO RECURSO
EXTRAORDINÁRIO Nº 958.252 E DAS ADIs Nº 5.685, 6.686, 5.687, 5.695 e 5.735**

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação do Professor Dr. Ivan Simões Garcia.

RIO DE JANEIRO

2022

CIP - Catalogação na Publicação

AA474t Alves Pires Marques, Fernanda
A TERCEIRIZAÇÃO DE FORMA IRRESTRITA NO ÂMBITO DO DIREITO DO TRABALHO: ANÁLISE DA DECISÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL PROFERIDA NO JULGAMENTO DA ADPF N° 324, DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO N° 958.252 E DAS ADIs N° ADIs n° 5.685, 6.686, 5.687, 5.695 e 5.735. / Fernanda Alves Pires Marques. -- Rio de Janeiro, 2022.
70 f.

Orientador: Ivan Simões Garcia .
Trabalho de conclusão de curso (graduação) - Universidade Federal do Rio de Janeiro, Faculdade Nacional de Direito, Bacharel em Direito, 2022.

1. Direito do Trabalho. 2. Terceirização. 3. Julgamento da ADPF n° 324 e do RE n° 958.252. 4. Lei das Terceirizações. I. Simões Garcia , Ivan , orient. II. Título.

FERNANDA ALVES PIRES MARQUES

**A TERCEIRIZAÇÃO DE FORMA IRRESTRITA NO ÂMBITO DO DIREITO DO
TRABALHO: ANÁLISE DA DECISÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL
PROFERIDA NO JULGAMENTO DA ADPF Nº 324, DO RECURSO
EXTRAORDINÁRIO Nº 958.252 E DAS ADIs Nº 5.685, 6.686, 5.687, 5.695 e 5.735**

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação do Professor Dr. Ivan Simões Garcia.

Data da aprovação: 17/02/2022.

Banca examinadora:

Prof. Dr. Ivan Simões Garcia - Orientador

Prof^a. Jéssica Lima Brasil Carmo

Prof^a. Ana Beatriz Bueno de Jesus

RIO DE JANEIRO

2022

RESUMO

O presente trabalho tem o objetivo de estudar a terceirização, com foco nas modificações proporcionadas pela Reforma Trabalhista, pela Lei da Terceirização e, sobretudo, pelo novo entendimento do Supremo Tribunal Federal, que ampliou as possibilidades para a utilização desta modalidade, tornando-a irrestrita. Além disso, foram analisadas as Ações Diretas de Constitucionalidade sobre as novas regulamentações da terceirização e sua validade legal. Para a concretização desta finalidade, foi imprescindível um exame dos eventos históricos que marcaram a terceirização no Brasil, bem como uma análise nos elementos argumentativos que formaram o novo entendimento do Supremo. Dessa forma, surge como principal indagação se estas novas disposições estão alinhadas aos preceitos dispostos no texto constitucional de proteção ao trabalho digno.

Palavras-chave: Terceirização; Supremo Tribunal Federal; Constituição Federal de 1988; CLT; ADPF.

ABSTRACT

The present paper seeks to analyze the outsourcing working model, focusing on the changes provided by the Brazilian Workers Law Reform, the Outsourcing Law, and, above all, by the new understanding of the Brazilian Supreme Court, which had expanded the possibilities for its usage, making it unrestricted. In addition, the author studied the Direct Unconstitutionality Actions against new regulations of the outsourcing work model and their legal validity. To achieve this purpose, it was essential to examine the historical events that marked the outsourcing process in Brazil, as well as an analysis of the argumentative elements that formed the new understanding of the Brazilian Supreme Court. Thus, the main question arises whether these new provisions are in line with the precepts set out in the text of the Brazilian Federal Constitution about the protection of decent work.

Keywords: Outsourcing; Brazilian Supreme Court; Brazilian Federal Constitution of 1988; CLT; ADPF.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
1 TERCEIRIZAÇÃO: UMA ANÁLISE CONCEITUAL SOBRE O INSTITUTO	19
1.1 Conceituação e sua natureza jurídica.....	19
1.2 Terceirização x Contrato de trabalho temporário: Principais diferenças	22
1.3 Evolução Legislativa da terceirização.....	24
1.4 Súmula nº 331 do Tribunal Superior do Trabalho.....	27
2 ALTERAÇÕES E POSSÍVEIS CONSEQUÊNCIAS DAS LEIS Nº 13.429/2017 E Nº 13.467/2017	33
2.1 Alterações promovidas pela Lei nº 13.429/2017.....	33
2.2 Alterações promovidas pela Lei nº 13.467/2017	34
3 ANÁLISE SOBRE O NOVO ENTENDIMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL SOBRE A TERCEIRIZAÇÃO: JULGAMENTO DA ADPF Nº 324 E DO RE Nº 958.252	38
3.1 Introdução sobre o julgamento	38
3.2 O novo entendimento do STF sobre a terceirização cristalizado no julgamento da ADPF nº 324 e do RE nº 948.252.....	40
3.3 Voto favorável do Ministro Luis Roberto Barroso pela procedência da ADPF nº324 e do RE 958.252	42
3.4 Voto divergente do Ministro Marco Aurelio pela improcedência da ADPF nº 324 e do RE 958.252	47
3.5 Conclusão do Julgamento	51
3.6 Considerações críticas	52
4 ANÁLISE SOBRE O JULGAMENTO DAS ADIs 5.685, 6.686, 5.687, 5.695 e 5.735 PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL	59
4.1 Introdução sobre o julgamento	59
4.2 Voto do Ministro Gilmar Mendes pela improcedência das ADIs	60
4.3 Voto do Ministro Marco Aurélio pela procedência das ADIs	63
4.4 Conclusão do Julgamento	66
CONCLUSÃO	68
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	72

AGRADECIMENTOS

Primeiramente, gostaria de agradecer aos meus pais, Fátima e Luiz, que sempre me acompanharam nessa trajetória. O carinho e cuidado de vocês deixou o caminhar mais tranquilo. Obrigada por apoiarem meu desejo de mudança e abraçar a ideia de um novo começo. Deu tudo certo!

Agradeço a minha irmã, Ana Luiza, a pessoa que me faz querer ser melhor todos os dias. A vida é melhor desde que você chegou.

Agradeço ao meu noivo, Gabriel, por acreditar em mim e não soltar a minha mão desde 2013. Obrigada por ser meu melhor amigo e maior incentivador. Não seria possível sem você!

Agradeço a meu avô, João, por incentivar minha educação e pelos abraços carinhosos nos momentos de comemorações.

Agradeço a toda minha família pelo carinho e amor nesse período que por muitas vezes foi difícil e angustiante. Essa vitória é de todos nós. Obrigada, Nathalia, Leandro, Thiago, avó Hermínia, avó Nair, Lucinha, Miguel, Lilia, Leila, Lucia, Marly, César, Jorge, Vinicius, Romulo e todos que me acompanharam nesse caminho.

Um agradecimento especial aqueles que não estão mais aqui, mas cuidam de mim por onde quer que eu vá. Obrigada, vó Tereza, vó Rosa, vô Anselmo e Madrinha.

Agradeço aos meus amigos da faculdade que fizeram os 5 anos serem especiais e únicos. Em especial, agradeço a Duda, não sei como seriam esses anos sem você. Nossa amizade é para sempre.

Por mim, agradeço a oportunidade e reconheço os privilégios que tive até aqui. A educação pública de qualidade está longe de ser uma realidade para a maioria das pessoas do nosso país. Me sinto sortuda e grata. Obrigada, Faculdade Nacional de Direito, foi uma oportunidade única estudar aqui.

LISTA DE ABREVIATURAS

STF – Supremo Tribunal Federal

TST – Tribunal Superior do Trabalho

CF – Constituição Federal

RE – Recurso Extraordinário

ADPF – Arguição de descumprimento de preceito fundamental

OIT – Organização Internacional do Trabalho

ONU – Organização das Nações Unidas

ANAMATRA - Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho

ABAG - Associação Brasileira do Agronegócio

CENIBRA - Celulose Nipo Brasileira S/A

IPEA - Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada

DIEESE - Departamento Intersindical de Estatística e Estudos Socioeconômicos

CUT - Central Única dos Trabalhadores

INTRODUÇÃO

O presente trabalho pretende abordar a terceirização ilimitada e irrestrita que foi assegurada pelos julgamentos da ADPF nº 324, do RE com repercussão geral nº 958252 e das ADIs Nº 5.735, 5.695, 5.687, 5.686 e 5.685, assim como pela Lei nº 13.429/2017 e pela Lei nº 13.467/2017. Em um primeiro momento aborda-se o conceito de terceirização pelo viés constitucional e as garantias fundamentais dos trabalhadores previstas na Constituição Federal e a licitude da terceirização. Em seguida, será demonstrada a transformação do instituto da terceirização com o passar dos anos, cabendo destaque as alterações sofridas com Lei nº 13.429/2017 e com a Reforma trabalhista, conforme breve panorama introdutório que relatará essas alterações.

Começar a debater a Terceirização trabalhista, só faz sentido quando busca-se resgatar os fundamentos constitucionais de proteção ao trabalho humano como instrumento para se viabilizar a teoria dos precedentes. Um precedente trata-se de uma decisão judicial prolatada em um caso concreto que possua o intuito de influir em decisões futuras. Logo, se a teoria dos precedentes passa a ser um caminho para a atualização jurisdicional, deseja-se que esse caminho seja feito a partir do resgate dos fundamentos constitucionais de proteção ao trabalho humano em precedentes que preconizem o bem-estar do trabalhador. Neste sentido, busca-se traçar um diálogo a partir de uma perspectiva com fundo nos preceitos constitucionais, e, assim, lançar luzes sobre os limites impostos pela Constituição Federal à terceirização trabalhista.

Inicialmente, cabe ressaltar que a Constituição estabelece um regime constitucional do trabalho protegido que pode ser observado no art. 7º ao prever os direitos dos trabalhadores rurais e urbanos. Esse regime se dá tanto numa perspectiva de elemento espacial, partindo da integração do trabalho no espaço do tomador dos serviços, assim como através de um elemento temporal, ou seja, uma suposta previsão por meio do que se denomina princípio da continuidade da relação de emprego, o qual entende que esse trabalhador poderá seguir continuamente na relação de emprego, recebendo da parte contratante estímulos para que ele possa seguir e criar raízes nessa relação empregatícia.

A Constituição ao criar um sistema constitucional de emprego protegido o faz buscando garantir um amplo e complexo rol de direitos fundamentais e de direitos coletivos em favor da categoria do trabalhador empregado, seja ele trabalhador rural ou urbano. Quando se trata da proteção à relação de emprego, a Constituição estabelece como base a dignidade do ser humano. Isso significa dizer que o trabalho protegido constitucionalmente é aquele trabalho que tem o rol dos direitos fundamentais assegurado aos trabalhadores. Isso também significa dizer, por

outro lado, que, a Constituição não ampara, em hipótese alguma, trabalhos que não dignifiquem o ser humano.

Cabe, portanto, lembrar que diversas garantias já existentes na CLT, passaram a receber status constitucional pela Constituição de 1988. Alguns dos direitos que já eram constitucionalmente garantidos foram ampliados e fortalecidos, como por exemplo, a garantia aos trabalhadores de uma jornada de oito horas diárias e 44 horas semanais – a jornada anterior era de 48 horas -, o aviso-prévio proporcional, a licença-maternidade de 120 dias, a licença paternidade, direito de greve, proteção contra a demissão arbitrária e a redução de salário.

Muitos desses direitos presentes nas relações trabalhistas atuais são fruto de lutas e entraves políticos entre entidades sindicais e patronais. A Constituição abraçou as relações coletivas de trabalho, com o fortalecimento da autonomia sindical, e a liberdade de organização, estendida aos servidores públicos. Também tornou constitucional o direito de greve para trabalhadores da iniciativa privada e do setor público.

Em um breve levantamento de importantes direitos trabalhistas, pode-se dizer que, formalmente, a Constituição relacionou, no artigo 7º, os direitos dos trabalhadores urbanos e rurais e outros que visem à melhoria de sua condição social. No parágrafo único, listou os direitos assegurados à categoria dos trabalhadores domésticos. No artigo 8º, estabeleceu a liberdade sindical; e, no artigo 9º, o direito de greve. Todas importantíssimas conquistas para o trabalhador brasileiro.

A partir disso, cabe adentrar, em particular, ao tema da terceirização trabalhista, visto que, a terceirização estabelece uma modalidade de relação de trabalho rarefeita, contrária aos preceitos constitucionais de proteção ao trabalho, o que significa dizer que se trata de uma relação de emprego de baixa densidade normativa constitucional. Tal relação possui uma roupagem formal, mas padece de um déficit de efetividade em relação aos direitos constitucionais trabalhistas abordados anteriormente. A carência de efetividade ocorre pois há uma série de direitos fundamentais na perspectiva individual e coletiva que não se concretizam, ou que se concretizam precariamente, nessa roupagem estabelecida terceirização trabalhista.

Além desses parâmetros constitucionais de proteção ao trabalho, Delgado aponta um conjunto significativo de normas constitucionais que traçam limites à terceirização trabalhista no Direito brasileiro. Assim expõe o autor:

A Constituição de 1988 traz limites claros ao processo de terceirização laborativa na economia e na sociedade, embora não faça, evidentemente- como não caberia -, regulação específica do fenômeno.

Os limites da Constituição ao processo terceirizante situam-se no sentido de seu conjunto normativo, quer nos princípios, quer nas regras assecuratórios da dignidade

da pessoa humana (art. 1º, III), da valorização do trabalho e especialmente do emprego (art. 1º, III, combinado com art. 170, caput), da busca da construção de uma sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, I), do objetivo de erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais (art. 3º, III), da busca da promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (art. 3º, IV). Todos esses dispositivos constitucionais, a propósito, também formatam o princípio da centralidade da pessoa humana na ordem jurídica, de nítida origem e destaque na Constituição da República.

Tais fundamentos (art. 1º, caput) e também objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil (art. 3º, caput), encorajados em princípios e regras constitucionais, todos com inquestionável natureza e força normativa, contingenciam fórmulas surgidas na economia e na sociedade de exercício de poder sobre pessoas humanas e de utilização de sua potencialidade laborativa.

A partir desse sólido contexto principiológico e normativo é que a Constituição estabelece os princípios gerais da atividade econômica (Capítulo I do Título VII), fundando-a na valorização do trabalho e da livre iniciativa, tendo por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social (caput do art. 170). Por essa razão é que, entre esses princípios, destacam-se a função social da propriedade (art. 170, III), a redução das desigualdades regionais e sociais (art. 170, VII), a busca do pleno emprego (art. 170, VIII).

Na mesma linha de coerência, o Texto Máximo estabelece a disposição geral da ordem social (Capítulo I do Título VIII), enfatizando que esta tem como base o primado do trabalho, e como objetivo o bem-estar e a justiça sociais (art. 193).

Nessa moldura lógica e sistemática da Constituição, não cabem fórmulas de utilização do trabalho que esgarcem o patamar civilizatório mínimo instituído pela ordem jurídica constitucional e legal do País, reduzindo a valorização do trabalho e do emprego, exacerbando a desigualdade social entre os trabalhadores e entre estes e os detentores da livre iniciativa, instituindo formas novas e incontroláveis de discriminação, frustrando o objetivo cardeal de busca do bem-estar e justiça sociais. Para a Constituição, em consequência, a terceirização sem peias, sem limites, não é compatível com a ordem jurídica brasileira. As fronteiras encontradas pela experiência jurisprudencial cuidadosa e equilibrada para a prática empresarial terceirizante, mantendo esse processo disruptivo dentro de situações manifestamente delimitadas, atende, desse modo, o piso intransponível do comando normativo constitucional.¹

Algumas facetas da precarização dos direitos trabalhistas que não são amparadas pela Constituição, e, portanto, não refletem o sentido de direito fundamental ao trabalho digno, vão de fato levar a conclusão de que a terceirização trabalhista, não foi absorvida pela Constituição nos moldes hoje aplicados, o que exigiria do Judiciário e do Legislativo propor limites constitucionais a sua utilização. Contudo, com o passar dos anos, o exato oposto ocorreu, sendo hoje possível a terceirização irrestrita, sob o fundamento do STF de que a limitação da terceirização de serviços ofendia os princípios da legalidade, da livre iniciativa, da livre concorrência e os valores sociais do trabalho.

Ao lado dos princípios trabalhistas constitucionalmente garantidos pela Constituição Federal no Brasil, e em perfeita harmonia, cabe trazer parâmetros jurídicos internacionais imperativos, decorrentes de Convenções e Declarações Internacionais sobre Direitos Humanos Econômicos, Sociais e Culturais, situando-se, nesse grupo, os Direitos Humanos Trabalhistas.

¹DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 16. ed. São Paulo: LTr, 2017, p. 512/513.

No ampliado rol de diplomas internacionais imperativos, os quais destacam-se, no campo justralhista, as Convenções Internacionais da Organização Internacional do Trabalho, ratificadas pelo Brasil e as Declarações Internacionais de Direitos Humanos subscritas pelo país. Há que se destacar também as Declarações e Convenções da ONU sobre direitos humanos econômicos, sociais e culturais, inclusive os trabalhistas.

A terceirização trabalhista desenfreada se conflita com esses parâmetros internacionais que vigoram no Brasil, considerado o contexto do Estado Democrático de Direito instituído em 1988. Pode se citar a Constituição da OIT, aprovada em 1948, em cujo Preâmbulo se enuncia:

(...) Considerando que existem condições de trabalho que implicam, para grande parte das pessoas, a injustiça, a miséria e as privações, o que gera um descontentamento tal que a paz e a harmonia universais são postas em risco, e considerando que é urgente melhorar essas condições².

Em 1998, a OIT sintetizou, na Declaração de 1988, os princípios do Direito do Trabalho, mediante a consagração de oito de suas convenções internacionais, enfocam e regulam os seguintes aspectos principais: 1) a posição de centralidade à liberdade de associação e de negociação coletiva (Convenção 87 da OIT, não ratificada pelo Brasil, ao lado da Convenção 98 da OIT, ratificada pelo Brasil)³; 2) a eliminação de todas as formas de trabalho forçado ou compulsório (Convenções 29 e 105 da OIT, ambas ratificadas pelo Brasil)⁴; 3) a abolição do trabalho infantil (Convenções 138 e 182 da OIT, ambas ratificadas pelo Brasil)⁵; 4) a eliminação da discriminação no que diz respeito ao emprego e à ocupação (Convenções 100 e 111 da OIT, ambas ratificadas pelo Brasil)⁶.

Sob a perspectiva da ONU, por sua vez, destaca-se a notável Declaração Universal dos Direitos do Homem⁷, aprovada em 1948. Essa Declaração Universal igualmente explicita

² ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Constituição da OIT, aprovada em 1948**. Disponível em: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/---ilo-brasil/documents/genericdocument/wcms_336957.pdf. Acesso em: 07 jan. 2022.

³ Id. **Convenção 87 da OIT**. Disponível em: <https://www.cut.org.br/system/uploads/ck/files/convencao87.pdf>. Acesso em: 07 jan. 2022. Id. **Convenção 98 da OIT**. <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=4699187>. Acesso em: 07 jan. 2022.

⁴ Id. **Convenção 29 da OIT**. https://www.ilo.org/brasil/convencoes/WCMS_235021/lang--pt/index.htm. Acesso em: 07 jan. 2022. Id. **Convenção 105 da OIT**. https://www.ilo.org/brasil/convencoes/WCMS_235195/lang--pt/index.htm. Acesso em: 07 jan. 2022.

⁵Id. **Convenção 138 da OIT**. <https://www.tst.jus.br/documents/2237892/0/Conven%C3%A7%C3%A3o+138+da+OIT++Idade+m%C3%ADni+de+admiss%C3%A3o+ao+emprego>. Acesso em: 07 jan. 2022. Id. **Convenção 182 da OIT**. https://www.ilo.org/brasil/convencoes/WCMS_236696/lang--pt/index.htm. Acesso em: 07 jan. 2022.

⁶ Id. **Convenção 100 da OIT**. https://www.ilo.org/brasil/convencoes/WCMS_235190/lang--pt/index.htm. Acesso em: 07 jan. 2022. Id. **Convenção 111 da OIT**. https://www.ilo.org/brasil/convencoes/WCMS_235325/lang--pt/index.htm. Acesso em: 07 jan. 2022.

⁷ GOVERNO DO ESTADO DO PARANÁ. **A Declaração Universal e a Constituição de 1988**. Disponível em: <https://www.justica.pr.gov.br/Pagina/Declaracao-Universal-e-Constituicao-de->

princípios que, lidos na realidade do mundo do trabalho contemporâneo, se colocam, com ênfase, no polo contrário à terceirização trabalhista desenfreada. No contexto do Direito Individual do Trabalho, a Declaração Universal dos Direitos do Homem ressalta vários princípios e direitos gravemente afetados pela prática desenfreada da terceirização.

Aponta-se, como exemplo, o direito de toda pessoa humana, "sem qualquer distinção a "igual remuneração por igual trabalho" (art. :XXIIT, item 2). Contudo, esse é um dos aspectos mais negativamente instigados pela terceirização irrestrita, uma vez que estimula o tratamento salarial discriminatório entre trabalhadores juridicamente vinculados à empresa tomadora de serviços e os respectivos trabalhadores terceirizados. A comprovação disso se dá por meio do recente julgamento do STF que entendeu ser inconstitucional a igualdade de direitos entre terceirizados e servidores públicos, sob a tese proposta pelo Ministro Luís Roberto Barroso e acompanhada pelos demais Ministros que:

Exigir que os valores de remuneração sejam os mesmos entre empregados da tomadora de serviço e empregados da contratada significa, por via transversa, retirar do agente econômico a opção pela terceirização para fins de redução de custos (ou, ainda, incentivá-lo a não ter qualquer trabalhador permanente desempenhando a mesma atividade). Trata-se, portanto, de entendimento que esvazia o instituto da terceirização (ou que amplia desnecessariamente seu uso). E limita injustificadamente as escolhas do agente econômico sobre a forma de estruturar a sua produção.⁸

Em continuação, cita-se também o direito às "férias remuneradas periódicas" (art. XXIV) também imprescindível para todo ser humano que trabalha. Neste tópico, porém, se está, diante de um aspecto sensível nas relações de terceirização trabalhista, uma vez que ela tende a provocar uma linha sequencial de contratos terceirizados ao longo dos anos, sem a percepção de efetivas férias pelo trabalhador contratado.

Mencione-se, ademais, o direito a "condições justas e favoráveis de trabalho", que é enfatizado pela Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948 (art. XXIII, item 1). Conforme se sabe, a terceirização desenfreada constitui a antítese de condições justas e favoráveis de trabalho - se tomada a perspectiva da pessoa humana trabalhadora, e não das melhores condições econômicas para a empresa contratante.

A estreita correlação entre as normas internacionais de Direitos Humanos, especialmente os trabalhistas, e Constituição Federal de 1988 é enfatizada por Gabriela Neves Delgado e Amorim nas seguintes palavras:

1988#:~:text=Todos%20s%C3%A3o%20iguais%20perante%20a%20lei%20e%20t%C3%AAm%20direito%2C%20sem,qualquer%20incitamento%20a%20tal%20discrimina%C3%A7%C3%A3o. Acesso em: 07 jan. 2022

⁸ Julgamento pelo Plenário do STF do RE com repercussão geral nº 635.546.

Note-se que essas diretrizes internacionais de proteção ao trabalho humano foram constitucionalizadas no Brasil, com ênfase para o papel da Lei Magna de 1988 - fator que contribuiu enormemente para a própria estruturação de um Direito do Trabalho constitucionalizado no país. O claro direcionamento da ordem jurídica internacional estipulada pela OIT e da ordem jurídica nacional estabelecida pela Constituição da República de 1988 e pelas leis trabalhistas do país, no sentido da fixação de incentivos e proteções ao trabalho protegido, especialmente a relação de emprego, tomam excetivas as diversas formas de contratação do trabalho humano fora desses marcos civilizatórios superiores. São sábias a ordem jurídica nacional e a internacional ratificada, uma vez que essas modalidades excetivas de contratação trabalhista, inclusive a terceirização, tendem ao rebaixamento protetivo da força de trabalho e à precarização do valor trabalho, propiciando desproporcional, injusta e antissocial prevalência do poder econômico empresarial sobre os seres humanos que vivem do trabalho.⁹

O que ocorre, de fato, é que a terceirização trabalhista irrestrita fere os valores sociais do trabalho elencados pela Carta Magna, pois apresenta um déficit de efetividade social em diversos aspectos. Toma-se como primeiro exemplo a fragilidade da representação sindical dos trabalhadores terceirizados, causada pela brutal rotatividade dos contratos, dificultando a criação de um vínculo entre o trabalhador e seus representantes sindicais. O que se observa no trabalhador terceirizado é que não há apenas uma dificuldade de entender os direitos coletivizados, mas também a dificuldade de compreender a sua inserção como trabalhador nos direitos coletivos. Assim, conclui-se que tal sistema frustra a organização dos trabalhadores em torno do sindicato representante de seus interesses, minando a força de colisão para negociar e conquistar melhorias das condições sociais.

Em 2018, o IPEA demonstrou em seu estudo “Terceirização do Trabalho no Brasil: novas e distintas perspectivas para o debate¹⁰”, que nas atividades tipicamente contratantes, quando se observa a relação entre vínculos ativos e vínculos rompidos ao final de 2014, notou-se que, de cada cem vínculos ativos, pouco mais de quarenta foram rompidos. Já nos setores tipicamente terceirizados, essa relação é de cem vínculos ativos para oitenta rompidos ao final de cada ano. Este último dado indica que os vínculos nas atividades tipicamente terceirizadas têm intensa rotatividade.

Resta evidente que, a rotatividade no espaço de trabalho esvazia a possibilidade do direito de resistência, como o direito a greve, além disso, dificulta a construção de uma identidade coletiva para reivindicação de direitos e melhoria de condições de trabalho.

⁹ AMORIM, Helder Santos; DELGADO, Gabriela Neves; VIANA, Márcio Túlio. Terceirização: aspectos gerais: a última decisão do STF e a Súmula n. 331 do TST: novos enfoques. **Revista Ltr: legislação do trabalho**, São Paulo, v. 75, n. 3, p. 282-295, mar. 2011.

¹⁰ PELATIERI, Patrícia et al. As desigualdades entre trabalhadores terceirizados e diretamente contratados: análise a partir dos resultados de negociações coletivas de categorias selecionadas. *In*: CAMPOS, André Gambier. **Terceirização do trabalho no Brasil: novas e distintas perspectivas para o debate**. Brasília: Ipea, 2018, p. 16.

Inclusive, cabe ressaltar que a própria expressão “terceirização”, não possui o sentido de “terceiro” como alheio à relação corporativa ou produtiva, mas sim para distinguir o subcontratado dos demais colaboradores da instituição, por exercer atividades distintas da principal da empresa¹¹. Ou seja, o próprio sentido dado ao termo, demonstra que há um afastamento com relação a esses trabalhadores e a possibilidade de criação de uma identidade com seu Sindicato.

Outra perspectiva que fica enfraquecida é o direito ao gozo de férias. O trabalhador terceirizado muitas vezes é submetido a sucessivos contratos de trabalhos, sendo impossível o gozo ao período aquisitivo de férias. A terceirização reduz ainda o patamar remuneratório do trabalhador terceirizado e tem aumentado o risco de inadimplemento em face do condicionamento contratual, isso porque não sabemos de fato quem é o real contratante do trabalho, isso porque o trabalhador não consegue realizar com êxito dos instrumentos sindicais para melhoria das condições.

A terceirização provoca evidente sinais de discriminação no espaço de trabalho. Os dados são significativos em face dos trabalhadores terceirizados com relação as condições de trabalho. Nas palavras de Pelatieri:

As condições de trabalho dos terceirizados são marcadas por menores salários, menor tempo de emprego, maiores jornadas, maior rotatividade e maiores índices de acidentalidade e de adoecimentos ocasionados pela ocupação. Além das desvantagens nas condições de trabalho e salários, os trabalhadores terceirizados ficam frequentemente desprotegidos no encerramento dos contratos, principalmente nos setores de vigilância e asseio e conservação, nos quais a falta de pagamento é constante, pois as empresas encerram as atividades e os trabalhadores não recebem as verbas rescisórias a que têm direito (CUT, 2011). Caso consigam ser imediatamente contratados por outra empresa, ou até pela mesma, com nome alterado, os trabalhadores não conseguem gozar férias. Também são constantemente removidos para diferentes locais de trabalho.¹²

Com relação a distinção sofrida pelos trabalhadores terceirizados, importante citar que em concluído em março de 2021, o STF reconheceu a possibilidade de salários diferentes entre terceirizados e os empregados da empresa contratante, ainda que exerçam as mesmas atividades em um mesmo local. Trata-se da decisão do RE 635.546, onde foi firmada a Tese de Repercussão Geral nº 383, com o seguinte teor:

¹¹ PEREIRA, Paulo Henrique Borges. **A eficácia e os limites da terceirização no Brasil**. Disponível em: <https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/8931/A-eficacia-e-os-limites-da-terceirizacao-no-Brasil>. Acesso em: 11 nov. 2021.

¹² PELATIERI, Patrícia et al. Op. cit., p. 16.

A equiparação de remuneração entre empregados da empresa tomadora de serviços e empregados da empresa contratada (terceirizada) fere o princípio da livre iniciativa, por se tratar de agentes econômicos distintos, que não podem estar sujeitos a decisões empresariais que não são suas.

Tal distinção contribui para que o trabalhador terceirizado não consiga reconhecer a importância de sua função, porque na realidade ele é identificado como “trabalhador terceirizado” por si próprio e pelos próximos através do modelo de contratação que se estabelece. Não há a identificação pelo cargo que exerce, qual seja, vigilante, porteiro, professor, dentre outros. A fórmula terceirizante enfraquece a identidade pessoal e profissional do trabalhador, diminuindo a valorização do trabalho e da pessoa humana trabalhadora.

A terceirização promove ainda a redução de investimentos em medidas de proteção a saúde e segurança do trabalho com eliminação de benefícios sociais diretos e indiretos. Os dados estatísticos são assustadores em relação ao número de acidentes de trabalho que se estabelece na categoria dos terceirizados. Ainda nas palavras de Pelatieri:

(...) No entanto, no setor elétrico, as tarefas terceirizadas fazem parte justamente da atividade principal das empresas; fato que indica que a terceirização nesse segmento está diretamente associada à redução do custo do trabalho. Estudo elaborado por Dieese (2010) destaca o alto grau de terceirização no setor, que atingiu 58,3% da força de trabalho naquele ano. A apuração das taxas de mortalidade por acidente de trabalho mostrou que essas são muito mais elevadas entre os terceirizados, sendo 3,21 vezes superior à verificada entre trabalhadores do quadro próprio. Entre os terceirizados, 47,5% morriam em decorrência de acidentes, enquanto entre os trabalhadores do quadro próprio das empresas apenas 14,8% eram vítimas fatais. Conforme o Relatório de estatísticas de acidentes do setor elétrico brasileiro, produzido pela Fundação Comitê de Gestão Empresarial (Coge) (Fundação Coge, 2010), os trabalhadores terceirizados morrem 3,4 vezes mais que os efetivos nas distribuidoras, geradoras e transmissoras da área de energia elétrica. Essas diferenças mostram claramente que existe maior risco de morte associado ao segmento terceirizado da força de trabalho no setor. Em 2010, das 82 mortes ocorridas no setor, 75 foram de trabalhadores em empresas terceirizadas (Fundação Coge, 2010). O motivo mais frequente relaciona-se a algum tipo de precariedade no exercício do trabalho, como falta de equipamentos de proteção e treinamentos¹³.

Cabe trazer a análise um exemplo de direito comparado. A República Tcheca¹⁴ entende a terceirização como uma relação comercial entre empresas amplamente permitida, ao ponto de se poderem terceirizar todas as atividades. Contudo se a prestação do serviço acontecer nas instalações da contratante, este deve garantir todas as condições de segurança e saúde no

¹³ PELATIERI, Patrícia et al. Op. cit., p. 16.

¹⁴ CONFEDERAÇÃO NACIONAL DA INDÚSTRIA. **Terceirização Comparada: Brasil e outros países.** Disponível em: [https://conexaotrabalho.portaldaindustria.com.br/media/publication/files/Deloitte_CNI_Terceirizacao_Livreto_v9_8-3%20\(1\)_1.pdf](https://conexaotrabalho.portaldaindustria.com.br/media/publication/files/Deloitte_CNI_Terceirizacao_Livreto_v9_8-3%20(1)_1.pdf). Acesso em: 12 nov. 2021, p. 4.

trabalho para o trabalhador. Tal entendimento colide com os assustadores dados apresentados anteriormente com relação a saúde no ambiente de trabalho do empregado terceirizado.

Isso faz parte de um projeto de desmonte dos direitos trabalhistas e das relações de emprego nas suas diversas modalidades; O fenômeno da terceirização veio passando por modificações constantes, responsáveis por precarizar as condições de trabalho do empregado terceirizado. Nas palavras de Carrelli:

A terceirização é instrumento que vem sendo utilizado em larga escala pelos empresários, com vistas à redução de custos, maior produtividade e melhor gerência de seu produto, gerando intensa modificação nas relações empregado-empregador, ocasionando também, por sua vez, grande precarização nas condições de trabalho e diminuição de direitos trabalhistas.¹⁵

O referido modelo econômico também vai trazer dificuldade de garantias responsabilizatórias acerca dos seus créditos trabalhistas. Por essa razão, a terceirização precisaria da imposição de limites juridicamente definidos, como por exemplo, quais seriam as balizas constitucionais que devem ancorar o raciocínio jurídico no julgamento de casos de terceirização; como suportar a terceirização respeitando a proteção ao sujeito trabalhador; como garantir os direitos sociais do trabalho ao empregado terceirizado.

A autonomia da vontade e da contratação no Direito do Trabalho deveria, portanto, alcançar uma amplitude fundada não nos direitos patrimoniais privados dos seres econômicos e jurídicos, quais sejam, as empresas, mas sim no sentido de valorização do trabalho humano. A Constituição Federal em seu art. 170 garante que são valores sociais o valor social do trabalho e da livre iniciativa. Isso significa que a livre iniciativa deve promover os valores de proteção aos direitos fundamentais amplamente lançados e não se limitar a defesa dos interesses econômicos.

Partindo-se dessa introdução, a pesquisa toma corpo da seguinte maneira: No primeiro capítulo temos a presente introdução sobre o tema, trazendo problemáticas que cercam a terceirização; no segundo capítulo, o leitor é introduzido ao conceito de terceirização e sua natureza jurídica, assim como da diferenciação entre terceirização e contrato temporário, diferenciação essa considerada relevante para a pesquisa.

O capítulo também será responsável por trazer o desenvolvimento legislativo sobre a terceirização no tempo, chegando até a Súmula nº 331, a principal questão de controvérsia para este trabalho de pesquisa; o terceiro capítulo debaterá sobre as consequências trazidas com a promulgação das Leis 13.429/2017 e 13.467/2017; o quarto capítulo tratará do novo

¹⁵ CARELLI, Rodrigo. **Terceirização como intermediação de mão de obra**. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.

entendimento do STF sobre a terceirização trabalhista irrestrita, a partir do julgamento da ADPF nº 324 e do RE nº 958.252, analisando o voto do Relator e um dos votos divergentes e encerrando com considerações autorais críticas o novo entendimento no STF da terceirização; no quinto capítulo será analisado o julgamento das ADIs que questionam a constitucionalidade da lei 13429/2017, pela perspectiva do voto do Relator e um dos votos divergentes. Na conclusão, serão expostas as constatações com base na construção teórica e de decisões empreendida nos capítulos anteriores.

Dada a breve introdução sobre as problemáticas que envolvem a terceirização e a explicação metodológica do presente trabalho, passaremos a conceituação do instituto da terceirização, analisando sua origem histórica, a finalidade do modelo e o posicionamento da Justiça Trabalhista antes da promulgação da Lei 13.429/2017 e o pronunciamento após os julgamentos do RE nº 958.252 e das ADIs nº 5.735, 5.695, 5.687, 5.686 e 5.685.

1 TERCEIRIZAÇÃO: UMA ANÁLISE CONCEITUAL SOBRE O INSTITUTO

O presente capítulo buscará analisar o conceito da Terceirização e sua natureza jurídica. Para isso, serão apresentadas diversas conceituações para que o leitor possa, com o decorrer do trabalho, identificar o conceito que melhor acredita definir esse instituto. Em seguida, o capítulo será direcionado para a diferenciação entre terceirização e trabalho temporário, conceitos estes que entendo serem pontuais para a análise da presente pesquisa.

Dando seguimento, será analisado a evolução legislativa da terceirização, pontuando as principais alterações sofridas com o tempo.

Por fim, o capítulo encerra abordando a súmula nº 331 do TST, de relevância ímpar para o trabalho, visto que o novo entendimento do STF sobre a terceirização surgiu a partir do questionamento desse enunciado.

1.1 Conceituação e sua natureza jurídica

Segundo sustenta o doutrinador Delgado¹⁶, a terceirização é o fenômeno pelo qual se dissocia a relação econômica de trabalho da relação justralhista 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 justralhistas, que se preservam fixados com uma entidade interveniente.

Já a Doutrinadora Cardone¹⁷, define a terceirização como sendo “o fenômeno da transferência da produção de bens ou serviços para outra empresa ou pessoa que não aquela que, primitivamente, os produziu.

Nas palavras de Cassar¹⁸, terceirização é a relação trilateral formada entre trabalhador, intermediador de mão de obra (empregador aparente, formal ou dissimulado) e o tomador de serviços (empregador real ou natural), caracterizada pela não coincidência do empregador real com o formal.

Ainda segundo Carelli¹⁹, a terceirização pode ser entendida como o processo de repasse para a realização de complexo de atividades por empresa especializada, sendo que estas atividades poderiam ser desenvolvidas pela própria empresa.

¹⁶ DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 18. ed. São Paulo: LTr, 2019, p. 540.

¹⁷ SUSSEKIND, Arnaldo; MARANHÃO, Decio. **Instituições de Direito do Trabalho**. 19. ed. São Paulo: LTr, 2000, p. 283.

¹⁸ CASSAR, Vólia Bonfim. **Direito do trabalho**. Rio de Janeiro: Forense; 2015, p. 480.

¹⁹ CARELLI, Rodrigo. Op. cit., p. 48.

Entre os economistas, essa prática é também conhecida por “outsourcing” ou “putting-out”. No Direito Comparado, em geral se usa o termo “subcontratação”. A empresa joga para as suas parceiras algumas das – ou mesmo todas as - etapas de seu ciclo produtivo, enxugando-se²⁰.

Vale ainda pontuar que terceirização é uma versão em português para o termo em inglês “outsourcing”²¹, que significa literalmente fonte externa, ou fornecimento vindo de fora. A formação da palavra demonstra a ideia original da produção, na qual, em síntese, tem como objetivo, que a produção seja feita na unidade da empresa contratada.

Conceituando a terceirização a partir do dicionário brasileiro, o significado da palavra se refere ao processo de contratação de terceiros, por parte de uma empresa, para que eles realizem serviços, buscando diminuir custos e economizar recursos, agilizando e desburocratizando o processo administrativo.

Por fim, a definição mais adequada para o presente trabalho, seria a terceirização como um processo de valorização do capital por meio de organização e gestão do trabalho, em que não há admissão da relação contratual com os trabalhadores em atividade e que se utiliza, para tanto, de um ente interposto²².

Outro conceito que vale ser citado é a quarteirização ou terceirização gerenciada, que segundo Sanchez²³, significa o processo em que a organização contratada para prestar o serviço de terceirização, não dispõe de recursos humanos (técnicos) suficientes para atender aquela demanda e com isso, contrata outra organização especializada, passando a atuar como mediadora do processo.

O contrato de terceirização se dá da seguinte maneira, a contratante faz um contrato de prestação de serviços com uma empresa de terceirização e essa empresa contrata o trabalhador que vai prestar serviços para a primeira empresa. Trata-se de uma relação trilateral.

Para entender melhor o instituto cabe descrever os agentes que fazem parte dessa relação e serão analisados no presente trabalho. A terceirização provoca uma relação trilateral em face da contratação de força de trabalho no mercado: o obreiro, prestador de serviços, que realiza suas atividades materiais e intelectuais junto à empresa tomadora de serviços; a empresa

²⁰ VIANA, Márcio Túlio. Terceirização e sindicato: um enfoque para além do direito. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região**, Belo Horizonte, v. 37, n. 67, p. 117-144, jan./jun. 2003, p. 2.

²¹ TUDO o que você precisa saber sobre Outsourcing: o que é, vantagens e como aderir! **Pontotel**. Disponível em: <https://www.pontotel.com.br/outsourcing/>. Acesso em: 11 nov. 2021

²² FILGUEIRAS, Vitor; CAVALCANTE, Sávio. **Terceirização: debate conceitual e conjuntura política**. Disponível em: <https://www.dmttemdebate.com.br/terceirizacao-debate-conceitual-e-conjuntura-politica/>. Acesso em: 11 nov. 2021.

²³ SANCHEZ, Elizabete Lumiko Fukuma. Terceirização – Aspectos Trabalhistas. **Revista Terceirização**, ed. 1, p. 18-20, 2003.

terceirizante, que contrata este obreiro, firmando com ele os vínculos jurídicos trabalhistas pertinentes; e a empresa tomadora de serviços, que recebe a prestação de labor, mas não assume a posição clássica de empregadora desse trabalhador envolvido.

Ressalta-se que o ordenamento jurídico deu legitimidade à terceirização. Contudo, faz-se necessário uma permissividade cautelosa com relação ao instituto, a fim de que a terceirização não venha a se transformar na antítese dos princípios constitucionais trabalhistas, instituídos em regras consagradas pelo Direito do Trabalho.

Segundo Godinho²⁴, são 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.

Partindo para a análise da natureza jurídica da terceirização, tem-se que é contratual, pois se externaliza pelo livre acordo de vontades celebrado entre as partes, quais sejam, as duas empresas, de um lado a contratante, denominada tomadora, e de outro, a contratada, denominada prestadora, no qual a segunda prestará serviços especializados àquela, de forma continuidade fornecendo a mão de obra.

Segundo Castro “a natureza jurídica da terceirização é contratual, pois se trata de um acordo de vontades celebrado entre duas empresas, tomadora e tomadora de serviços”²⁵.

Já nas palavras de Martins, é difícil dizer qual a natureza jurídica da terceirização, pois, existem várias concepções a serem analisadas. Dependendo da hipótese em que a terceirização for utilizada, haverá elementos de vários contratos, sejam, eles nominados ou incomodados.²⁶

Assim, poderá haver a combinação de elementos de vários contratos distintos: de fornecimento de bens ou serviços; de empreitada, em que o que interessa é o resultado; de franquia; de locação de serviços, em que o que importa é a atividade e não o resultado; de concessão; de consórcio; de inventos, fórmulas etc. Segundo o autor, a natureza jurídica será de contrato utilizado ou da combinação de vários deles.

²⁴ Esta lista de 12 princípios constitucionais do trabalho, conforme esclarecido, consta do citado livro de Mauricio Godinho Delgado. DELGADO, Mauricio Godinho. Op. cit., 2017.

²⁵ *apud* CARELLI, Rodrigo. Op. cit., p. 83.

²⁶ *Ibid.*, p. 87.

Assim, pode-se afirmar que a relação entre a empresa tomadora e a empresa prestadora dos serviços decorrente da terceirização, será sempre contratual, por se tratar de acordo entre duas pessoas jurídicas de direito privado. Desse modo, a relação será regida pelo Direito Civil, ao passo que não interessa ao Direito do Trabalho. Desta forma, o que interessa para o presente trabalho é a relação jurídica com os trabalhadores, pois estas sim dizem respeito a Justiça do Trabalho, porquanto jurisdiciona as relações existentes entre os contratos firmados entre empregados e empregadores.

Nesse sentido, a relação existente entre a empresa prestadora de serviços e os trabalhadores é, a princípio, uma relação de emprego; ou seja, estes são empregados daquela. Já a relação que se estabelece entre os trabalhadores e a empresa tomadora é, em princípio, uma simples “relação de prestação de serviços”. Entretanto, esta relação poderá converter-se em relação de emprego, caso a terceirização seja considerada ilícita, recaindo sobre a tomadora todos as responsabilidades trabalhistas referentes ao empregado terceirizado. Para entender tais aspectos será analisado a evolução histórica da terceirização no Brasil e o arcabouço legal que permite o desenvolvimento desse instituto.

1.2 Terceirização x Contrato de trabalho temporário: Principais diferenças

O presente capítulo buscar demonstrar as diferenças entre essas duas modalidades de trabalho, buscando delimitar o material de estudo do presente trabalho. Recentemente, os dois tipos de prestação de serviço tiveram a regulamentação alterada. Foi sancionada a Lei 13.429/17, responsável por regulamentar o fenômeno da terceirização e alterar a Lei 6.019/74. De acordo com o artigo 2 da reformada Lei, o trabalho temporário é:

Aquele prestado por pessoa física contratada por uma empresa de trabalho temporário que a coloca à disposição de uma empresa tomadora de serviços, para atender à necessidade de substituição transitória de pessoal permanente ou à demanda complementar de serviços²⁷.

Isso significa dizer que essa modalidade corresponde ao tipo de trabalho em que uma pessoa física é contratada para cobrir demanda de serviços em épocas que, por alguma razão, há o aumento da demanda, atender a substituição transitória de pessoal permanente, ou mesmo

²⁷ BRASIL. **Lei nº 6.019/74**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6019.htm. Acesso em: 08 fev. 2022.

em casos de substituição temporária por afastamento não permanente do colaborador responsável pelo cargo em questão.

Uma das principais características do trabalho temporário é que a duração do contrato não pode ultrapassar o prazo de 180 dias, consecutivos ou não. Podendo ser prorrogado por mais 90 dias além do primeiro prazo, totalizando 270 dias de pactuação para a prestação do serviço. Após o término dos 270 dias o empregador queira contratar o trabalhador temporário novamente, deverá esperar 90 dias após o término do primeiro contrato.

Quando tratamos da terceirização dos serviços, o fenômeno se constrói por meio da contratação de funcionários, dispostos por uma Empresa de Trabalho Temporário, responsável por realizar o pacto laboral entre a empresa contratante e empresa fornecedora da mão de obra. Conforme será visto adiante, esse foi um dos pontos mais alterados pela Reforma Trabalhista, visto que antes não havia legislação específica para essa modalidade de trabalho e sim uma súmula que só permitia a realização de atividades-meio por parte dos terceirizados.

Nesse sentido, constata-se que a principal diferença entre o trabalho terceirizado e o temporário é, basicamente, o tipo de contrato. No trabalho temporário o vínculo contratual do contratado e da contratante é intermediado por uma Empresa de Trabalho Temporário. Já com relação ao contrato de terceirização, ele ocasiona um vínculo empregatício e subordinação à empresa prestadora de serviços, e não à contratante.

Outra importante diferença é que os contratos de terceirização não têm determinação de prazo de duração, a empresa terceirizada contratada que define o tempo de permanência em uma contratante, conforme suas necessidades. Podendo, inclusive, ocorrer a manutenção dos contratos de terceirização com a troca dos funcionários que estão desempenhando determinada função.

Logo, há uma grande distinção entre o vínculo empregatício. Enquanto no trabalho temporário o trabalhador tem a contratação intermediada pela Empresa de Trabalho Temporário, na terceirização a Empresa é responsável pelo vínculo e subordinação do contratado com a contratante dos serviços. Cabe ainda ressaltar que o vínculo empregatício ocorre nas duas modalidades e, por isso, as ações trabalhistas tanto a empresa terceirizada, quanto a de terceirização e a contratante respondem na justiça especializada. A Lei do Trabalho Temporário prevê que a empresa contratante é subsidiariamente responsável pelas verbas trabalhistas decorrentes da prestação de serviços.

1.3 Evolução Legislativa da terceirização

O presente capítulo propõe um estudo sobre a evolução legislativa da terceirização, pois durante anos a Terceirização foi regulamentada apenas por decretos, súmulas e orientações jurisprudenciais em virtude da ausência de leis exclusivas. Diante da omissão legislativa e dos vários litígios sobre o tema, a jurisprudência, na interpretação dos dispositivos legais então existentes, que tratavam de temas análogos à terceirização, sedimentou alguns entendimentos sobre a matéria, razão pela qual o TST pacificou seu entendimento com a edição de Súmulas e mais tarde promulgando a Lei de terceirização nº 13.429/2017. Registra-se que não será tratado nesse capítulo as discussões acerca da lei, o que será feito em um próximo momento.

A terceirização trabalhista no Brasil não apresentava um diploma legal e próprio, que legislasse sobre as hipóteses de sua incidência, as garantias ambientais, trabalhistas, previdenciárias e responsabilizatórias, de maneira a evitar que tal fórmula de contratação e gestão dessa relação de emprego se tomasse um mero instrumento de degradação das condições ambientais, laborativas e previdenciárias no contexto do mundo da economia e da sociedade brasileira.

A evolução legislativa da terceirização ocorreu como uma forma de flexibilização do direito do trabalho. No momento da criação da CLT em 1943, não houve debates sobre a terceirização e a inclusão de dispositivos sobre o tema, uma vez que essa não constituía um fenômeno tão amplo como no presente que precisaria ser legislado naquele momento.

Assim, pode-se dizer que a implementação legislativa ocorreu de forma disforme, sendo certo que a legislação trabalhista vem se adequando a nova realidade da terceirização que está sendo construída com o passar dos anos e o aumento da demanda empresarial por relações trabalhistas enfraquecidas desenvolvimento dos meios de produção, como explica Delgado²⁸:

Em fins da década de 1960 e início dos anos 70 é que a ordem jurídica instituiu referência normativa mais destacada ao fenômeno da Terceirização (ainda não designado por tal epíteto nessa época, esclareça-se). Mesmo assim tal referência dizia respeito apenas ao segmento público (melhor definindo: segmento estatal) do mercado de trabalho – administração direta e indireta da União, Estados e Municípios. É o que se passou com o Decreto-Lei n. 200/67 (art. 10) e Lei n. 5.645/70.2.

Apesar da CLT de 1943 não abordar especificamente o tema da terceirização, tratava sobre o contrato de empreitada e subempreitada. O contrato entre a construtora e o empreiteiro é chamado de contrato de empreitada. Já o contrato de subempreitada nada mais é do que

²⁸ DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 4. ed. São Paulo: LTr, 2005, p. 429.

um contrato, também de natureza civil, firmado pelo empreiteiro para que tenha auxílio no cumprimento de suas obrigações na execução da obra. Tais contratos não podem ser chamados de terceirização nos moldes atuais, mas demonstram ser o embrião do fenômeno da terceirização nas leis trabalhistas.

No final da década de 60, foi promulgado o Decreto nº 200/67, que regulamentou a administração pública em âmbito federal. Esse decreto ficou conhecido como a reforma administrativa e previa em seu art. 10 que a execução das atividades da administração federal deveria ser amplamente descentralizada. Ou seja, a administração pública percebeu que seria interessante, e economicamente mais vantajoso, para a gestão que ocorresse a descentralizasse da prestação de serviços secundárias.

Assim, a terceirização começou a ser adotada, não propriamente com o nome desse instituto, mas sim com a utilização do seu principal fundamento: a descentralização de mão de obra. As atividades periféricas da administração pública começaram a ser delegadas para particulares, sendo exemplos de atividades pioneiras nessa nova modalidade o serviço de vigilância, transporte, limpeza, conservação, operação de elevadores, entre outros. Nesse sentido, pode-se considerar esse decreto como os prelúdios da terceirização no Brasil.

Em janeiro de 1974, foi promulgada a Lei nº 6.019/74. O objetivo da lei era evitar a fraude de contratação das empresas, sendo a contratação feita desde que, segundo o art. 2º da referida lei “para atender à necessidade de substituição transitória de pessoal permanente ou à demanda complementar de serviço.” A mencionada lei foi regulamentada pelo Decreto nº 73.841, de março de 1974²⁹.

A lei versava sobre o trabalho temporário e, hoje em dia, versa sobre as terceirizações em geral. No entanto, no momento de seu surgimento legislava apenas sobre o trabalho temporário, sendo certo que é uma espécie de terceirização, tendo como diferença a delimitação do tempo do contrato.

Já em 1983 foi promulgada a Lei 7.102/83³⁰, permitindo a terceirização da vigilância bancária e, ao contrário da terceirização de trabalho temporário, essa era definitiva, ou seja, não havia prazo estimulado para seu término.

Nesse sentido, percebe-se que o fenômeno da terceirização foi tomando alguns contornos e se desenvolver de acordo com as necessidades das empresas. Foi sendo percebido

²⁹ BRASIL. **Decreto nº 73.841 de março de 1974.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/Antigos/D73841.htm. Acesso em: 08 fev. 2022.

³⁰ BRASIL. **Lei 7.102/83.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17102.htm. Acesso em: 08 fev. 2022.

que a terceirização era um investimento para a empresa e passou a ser realizada de forma intensa e fora das hipóteses previstas na legislação vigente à época

O TST diante da ausência de uma forma que regulamentasse todo o fenômeno decidiu frear o processo, dando alguns limites e contornos a terceirização. Inicialmente, de forma tímida editou a súmula 239 de dezembro de 1985, primeira súmula a tratar da terceirização, tendo em sua redação que “é bancário o empregado de empresas de processamento de dados que presta serviço a banco integrante do mesmo grupo econômico.”

Cabe ressaltar que em abril de 2005, a súmula nº 239 recebeu nova redação e passou a ser da seguinte maneira:

É bancário o empregado de empresa de processamento de dados que presta serviço a banco integrante do mesmo grupo econômico, exceto quando a empresa de processamento de dados presta serviços a banco e a empresas não bancárias do mesmo grupo econômico ou a terceiros³¹.

Em sequência, no ano de 1986, o TST editou a súmula nº 256, a primeira súmula responsável por impor limites ao fenômeno da terceirização, tendo a seguinte redação:

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 serviços³².

É possível observar que a partir da Súmula nº 256 foram delimitadas as consequências da violação da súmula, sendo que exceto os casos autorizados por lei, a terceirização resultaria em vínculo empregatício com a empresa interposta. Posteriormente, em 1993, a Súmula nº 256 do TST foi revisada, após sofrer duras críticas acerca de sua insegurança jurídica, transformando-se na Súmula 331 do TST que será objeto de um estudo aprofundado em um próximo momento.

Em 1998 foi editada o Projeto de Lei 4.302, tendo como objeto regulamentar a terceirização no Brasil³³. Seu objetivo era alterar a Lei 6.019/74 que tratava sobre o trabalho

³¹ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Súmula 239 do TST**. Disponível em: <https://www.legjur.com/sumula/busca?tri=tst&num=239>. Acesso em: 07 jan. 2022

³² Id. **Súmula nº 256 do TST**. Disponível em: <https://www.legjur.com/sumula/busca?tri=tst&num=256>. Acesso em: 07 jan. 2022

³³ BRASIL. **Projeto de Lei 4.302 em 1998**. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=20794>. Acesso em: 08 fev. 2022.

temporário e incluir dentro dessa lei, a terceirização em geral³⁴. Contudo, esse projeto ficou parado durante quase vinte anos e apenas em 2017, começou a ser rediscutido e transformado na Lei 13.429/2017. Com relação ao panorama legislativo, passou-se a se ter a Lei 6.019/74, versando sobre o trabalho temporário e sobre o fenômeno da terceirização houve a regulamentação pela lei 13.429/2017.

Ainda em 2017 houve a edição da Lei 13.467/2017, conhecida como Reforma Trabalhista, entrando em vigor no dia 11 de novembro, e promoveu alterações na Lei 6.019/74, tanto no tema da terceirização trabalhista quanto do contrato temporário.

1.4 Súmula nº 331 do Tribunal Superior do Trabalho

Durante muitos anos a súmula 331³⁵ refletiu o novo entendimento do TST, que foi seguido pelos Tribunais Regionais Especializados: É possível a terceirização de serviços considerados como atividade-meio da tomadora, ou seja, que não fazem parte da sua atividade preponderante, sendo esta aquela para as quais todas as demais convergem e, em regra, a que consta do seu objeto social.

Diante da ausência de uma legislação específica sobre o tema, os Tribunais Regionais passaram a adotar o entendimento da Súmula 331 como se detivesse força de lei. Como consequência, a súmula passou a nortear no território nacional as contratações de prestadoras de serviços terceirizados. Considerando o impacto da súmula na Justiça do Trabalho e a

³⁴ BRASIL. **Lei nº 6.019/74**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6019.htm. Acesso em: 08 fev. 2022.

³⁵ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Súmula nº 331 do TST**. Disponível em: <https://www.legjur.com/sumula/busca?tri=tst&num=256>. Acesso em: 07 jan. 2022.

CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LEGALIDADE (nova redação do item IV e inseridos os itens V e VI à redação) – Res. 174/2011, DEJT divulgado em 27, 30 e 31.05.2011

I – A contratação de trabalhadores por empresa interposta é ilegal, formando-se o vínculo diretamente com o tomador dos serviços, salvo no caso de trabalho temporário (Lei nº 6.019, de 03.01.1974).

II – A contratação irregular de trabalhador, mediante empresa interposta, não gera vínculo de emprego com os órgãos da Administração Pública direta, indireta ou fundacional (art. 37, II, da CF/1988).

III – Não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância (Lei nº 7.102, de 20.06.1983) e de conservação e limpeza, bem como a de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistente a pessoalidade e a subordinação direta.

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

V – Os entes integrantes da Administração Pública direta e indireta respondem subsidiariamente, nas mesmas condições do item IV, caso evidenciada a sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei nº 8.666, de 21.06.1993, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora. A aludida responsabilidade não decorre de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada.

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

importância histórica para os estudos da terceirização, ela será objeto de análise no presente capítulo.

Historicamente, o TST considerava ilícita qualquer terceirização de mão de obra, exceto o trabalho temporário e o serviço de vigilância. Nesse sentido, previam os textos das Súmulas 239³⁶, 256³⁷ e 257³⁸. Contudo, em relação específica sobre a terceirização, destaca-se a súmula 256, propulsora para o desenvolvimento da súmula 331.

O Ministério Público do Trabalho, com o objetivo de questionar o ingresso no serviço público por meio de concurso e não por terceirização (artigo 37, II, da CF), provocou o TST para revisar a Súmula 256. A partir disso, o TST cancelou a Súmula 256 e editou a Súmula 331, ampliando as hipóteses de terceirização dos serviços e passando a ser o principal arcabouço legal para os julgamentos sobre o tema. Assim, a Justiça do Trabalho passou a tomar a súmula como ponto de apoio para julgar a legalidade ou não das terceirizações.

Segundo as reflexões do Doutrinador Carelli, argumentos conflitantes faz Bezerra Diniz, quando em um momento de seu estudo afirma que a terceirização se insere em um contexto maior de flexibilização do trabalho, apontando diversos malefícios, como precarização do trabalho, desemprego, redução salarial, piora nas condições de saúde e segurança, degradação do ambiente de trabalho, dificuldade de organização sindical etc., porém em outro ponto passa sinais de hesitação frente ao fenômeno, ao afirmar que:

A terceirização, como já explicitado, foi uma saída da classe empresarial à necessidade de barateamento da mão de obra; ao contrário do que pensam alguns, não deve ser simples e absolutamente proibida (como tentou fazer o Enunciado nº 256); é um sinal dos tempos, e como tal deve o direito do trabalho compreendê-la e decifrar suas estruturas, a fim de poder encontrar soluções para a classe trabalhadora, à quem ele serve, dentro desse novo contexto socioeconômico.³⁹

Tais conflitos demonstram que a terceirização, apesar de provocar diversas consequências prejudiciais para os direitos trabalhistas, se tornou necessário para os novos

³⁶ Súmula nº 239 do TST – BANCÁRIO. EMPREGADO DE EMPRESA DE PROCESSAMENTO DE DADOS (incorporadas as Orientações Jurisprudenciais nºs 64 e 126 da SBDI-1) – Res. 129/2005, DJ 20, 22 e 25.04.2005 – É bancário o empregado de empresa de processamento de dados que presta serviço a banco integrante do mesmo grupo econômico, exceto quando a empresa de processamento de dados presta serviços a banco e a empresas não bancárias do mesmo grupo econômico ou a terceiros. (Primeira parte – ex-Súmula nº 239 – Res. 15/1985, DJ 09.12.1985; segunda parte – ex-OJs nºs 64 e 126 da SBDI-1 – inseridas, respectivamente, em 13.09.1994 e 20.04.1998)

³⁷ Súmula 256: 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.”

³⁸ Súmula nº 257 do TST – VIGILANTE (mantida) – Res. 121/2003, DJ 19, 20 e 21.11.2003 – O vigilante, contratado diretamente por banco ou por intermédio de empresas especializadas, não é bancário.

³⁹ *apud* CARELLI, Rodrigo. Op. cit., p. 73.

modelos econômicos da sociedade capitalista a qual está inserida. Contudo, as diversas consequências negativas já discutidas anteriormente, não podem ser tratadas como reflexo de uma maior flexibilização dos direitos trabalhistas, pois isso significaria aceitar por completo a precarização da relação de emprego frente a um movimento de reestruturação produtiva, que só é positiva para uma das partes da relação: o empregador.

Ainda nas palavras de Carelli:

A interligação entre terceirização e flexibilização ocorre somente naquela como intermediação de mão de obra, a qual existe justamente para baixa de custos em desfavor dos trabalhadores, o que não é de forma alguma aceitável. E aceitar a terceirização como intermediação de mão de obra é avalizar a precarização e o subjugo do trabalhador frente a questões econômicas.⁴⁰

Apesar da tentativa da tentativa do TST por meio da Súmula nº 331 em impor limites a terceirização, permitindo apenas a terceirização de atividade-meio e considerando a tomadora responsável pelas obrigações trabalhistas da fornecedora, tais deslindes geraram lacunas no instituto, visto que o conceito de atividade-meio e atividade-fim, possui fragilidades em sua aplicação.

A distinção entre atividade-meio e atividade-fim para efeito de validade da terceirização tropeça nos diferentes modos de produzir, caindo no subjetivismo do julgador. Apenas de forma exemplificativa, podemos analisar que para alguns juízes o transporte de cana-de-açúcar é atividade-fim da indústria sucroalcooleira⁴¹ e, para outros, atividade-meio⁴². Como a decisão só atinge a empresa condenada e não todas as demais do setor, pode ensejar violação da livre concorrência. Aliás, decisões com entendimento diverso são comuns nas atividades de logística, *call center*, instalação de equipamentos, entre outros.

Como entende Carelli, não é possível a existência da verdadeira terceirização em atividade-fim, de uma empresa, pois, além de decorrer de incompatibilidade lógica com o instituto, há inconsistência prática, pois o controle de execução é sempre realizado pela empresa, alcançando o instituto da subordinação jurídica. Assim, quando se tratar de repasse de atividade central da empresa, não estaremos diante de terceirização, por absoluta incompatibilidade com o instituto. Tratar-se-á de fraude trabalhista, pois, no caso concreto, existirá sempre intermediação de mão de obra, pela clara existência de subordinação.

⁴⁰ CARELLI, Rodrigo. Op. cit., p. 130.

⁴¹ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **TRT-24 00243300520165240003**. Relator: Amaury Rodrigues Pinto Junior. Data de Julgamento: 22/08/2018.

⁴² BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **TRT15 0010161-53.2016.5.15.0103**. 3ª Vara do Trabalho de Araçatuba do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região. Data de Julgamento: 22/08/2018.

Nesse sentido, apesar da súmula nº 331 ter sido responsável por legislar a terceirização trabalhista durante um longo período, os diferentes entendimentos pelos legisladores causaram insegurança jurídica sobre o que poderia se entender como atividade-fim e atividade-meio e, conseqüentemente, sobre a licitude da terceirização.

Quanto à diferenciação entre atividade-fim e atividade-meio, tentou o Tribunal definir critérios baseados na atividade principal de cada empresa, afastando a terceirização para tais atividade. Partiu o Tribunal de uma presunção, de que a prestação de serviços em atividade-fim, nunca poderia ser realizada sem pessoalidade e subordinação direta com o tomador, o que entendo como correto. Apenas para ilustração do argumento, torna-se difícil imaginar o gerente de uma empresa de tecnologia ser terceirizado, pois não há como inexistir a pessoalidade dessa função com a empresa.

Sergio Pinto Martins, defende que a real solução para o problema foge à questão da atividade-meio ou fim, e sim quanto à existência de puro fornecimento de mão de obra. Segundo o autor, “a terceirização ilegal ou ilícita é a que se refere a locação permanente de mão de obra, que pode dar ensejo a fraudes e prejuízos em relação aos trabalhadores.”⁴³.

O magistrado continua sua análise indicando mecanismos para verificação da licitude da terceirização que fariam mais sentido ao legislador que a simples distinção entre atividade-meio e atividade-fim: “a) idoneidade econômica da terceirizada; b) assunção de riscos pela terceirizada; c) especialização nos serviços prestados; d) os serviços devem ser dirigidos pela própria empresa terceirizada; e) utilização do serviço principalmente em relação à atividade-meio da empresa que terceiriza serviços, evitando-se a terceirização da atividade-fim; f) necessidade extraordinária e temporária de serviços.”⁴⁴

A partir disso, chega-se a um importante ponto do presente trabalho, pois é possível alcançar que a discussão sobre atividade-fim e meio não promove soluções para as problemáticas envolvendo esse instituto. Para garantir a segurança jurídica dos trabalhadores em relação a legalidade do instituto, é necessário que seja alcançada a real diferenciação entre terceirização verdadeira e a mera intermediação de mão de obra. A resposta sobre estarmos diante de terceirização ou intermediação será encontrada na análise, principalmente, de existência de subordinação entre o empregado da terceirizada e a empresa tomadora, assim como na especialização da empresa contratada.

⁴³ *apud* CARELLI, Rodrigo. Op. cit., p. 136.

⁴⁴ *Ibid.*, p. 137.

Nas palavras de Lacerda⁴⁵, apesar de a subordinação, no caso da terceirização, não derivar do contrato de trabalho, já que se procura velar o vínculo de emprego por meio de uma empresa interposta, a gestão do trabalho, ou seja, a determinação do modo, tempo e forma que o trabalho deve ser realizado indica, por aplicação do princípio da primazia da realidade, a ocorrência de intermediação de mão de obra.

O motivo é claro: se a empresa contratante confia parte de suas atividades a outra empresa que possui maior especialização naquela área, de acordo com os propósitos da terceirização, não faz sentido que haja fiscalização do trabalho por parte da tomadora, que terá, inclusive, incapacidade técnica para tanto.

Na busca por melhores parâmetros para diferenciar a terceirização da intermediação, Carelli apresenta um feixe de elementos a ser observado, na prática, para tentar identificar a ocorrência de intermediação de mão de obra. Ele ressalta que nenhum desses elementos é por si só determinante, devendo haver uma convergência para a verificação ou não de fraude. Os componentes do feixe de indícios defendidos pelo Autor são os seguintes:

(...) 1) organização do trabalho pela contratante (gestão do trabalho); 2) falta de especialidade da empresa contratada (know-how ou técnica específica); 3) detenção de meios materiais para a realização dos serviços; 4) realização de atividade permanente da tomadora, dentro de estabelecimento próprio da contratante; 5) fiscalização da execução do contrato pela contratante; 6) ordens e orientações procedimentais por parte da contratante; 7) prevalência do elemento “trabalho humano” no contrato; 8) remuneração do contrato baseada em número de trabalhadores; 9) prestação de serviços para uma única empresa tomadora; e 10) realização subsequente de um mesmo serviço por empresas distintas, permanecendo os mesmos trabalhadores. Segundo o autor, esses indícios podem ser reduzidos a apenas três, que serão mais detidamente analisados a seguir: (i) gestão da mão de obra pela tomadora, (ii) especialização da prestadora do serviço e (iii) prevalência do elemento humano no contrato.⁴⁶

Nesse sentido, entende-se que não é possível que a terceirização seja utilizada para mascarar a intermediação de mão de obra. Logo, a solução para tanto, não está na criação de limites entre atividade-fim e meio, mas sim, na observância do princípio da primazia da realidade, buscando-se alcançar o que realmente acontece na relação de emprego em questão.

Perante a fragilidade da súmula 331 com relação aos limites impostos referente a atividade-fim e meio, e o entendimento de legisladores que tal distinção é disfuncional e comprometedor a liberdade de iniciativa, em 2014 e 2016, foram ajuizadas a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 324 e o Recurso Extraordinário (RE) nº

⁴⁵ LACERDA, Luísa. Terceirização e intermediação de mão de obra: em busca de novos parâmetros de responsabilização. **Rev. TST**, Brasília, vol. 81, n. 3, jul/set 2015, p. 3.

⁴⁶ CARELLI, Rodrigo. Op. cit., p. 124/125.

n. 958.252, em que se discutia a constitucionalidade da Súmula nº 331 do TST, por proibir a terceirização da atividade-fim da empresa.

O resultado de tais julgamentos serão tratados em capítulo próprio em um momento seguinte, contudo, importante ressaltar que o julgamento do STF, teve extraordinária importância, pois foi responsável por padronizar a jurisprudência sobre o tema.

2 ALTERAÇÕES E POSSÍVEIS CONSEQUÊNCIAS DAS LEIS Nº 13.429/2017 E Nº 13.467/2017

O presente capítulo buscar mostrar as alterações sofridas pelas Leis nº 13.429/2017 e nº 13.467/2017, a última, conhecida como Reforma Trabalhista. O ano de 2017, foi bastante significativo para a terceirização de serviços, pois tais diplomas representaram modificações relevantes para o futuro da prestação de serviços no Brasil.

A Lei 12.429/17, embora faça referências à terceirização em geral, no fundo produziu modificações mais especificamente no contrato de trabalho temporário, tendo como mais significativa alteração o aumento do prazo de duração. Com relação a Lei 13.467/17, ela foi, de fato, a responsável por introduzir regras voltadas às mudanças substanciais na terceirização de serviços. A partir dela, diversas alterações legislativas e jurisprudenciais passaram a dizer sobre o instituto.

2.1 Alterações promovidas pela Lei nº 13.429/2017

A Lei nº 13.429/17, alterou dispositivos da Lei nº 6.019, de 3 de janeiro de 1974, - conhecida como Lei do Trabalho Temporário -, que dispunha sobre o trabalho temporário nas empresas urbanas e sobre as relações de trabalho na empresa de prestação de serviços à terceiros, ou seja, da modalidade de serviço terceirizado.

Analisando especificamente as alterações que a Lei 13.429/17 trouxe em relação à terceirização, houve a introdução de novos dispositivos da dinâmica terceirizante no sentido mais amplo. Trata-se dos arts. 4-A, 4-B, 5º-A, 5º-B, 19-A, 19-B e 19-C insertos no interior da Lei do Trabalho Temporário.

No entendimento de Mauricio Godinho Delgado e Gabriela Neves Delgado⁴⁷, do ponto de vista técnico-jurídico, a Lei nº 13.429/2017 não incluiu modificações substantivas no regime jurídica da terceirização trabalhista em geral. Ao invés, confirmou a compreensão interpretativa dominante a respeito das possibilidades e limites jurídicos da terceirização trabalhista, classicamente explicitados pela interpretação sufragada na Súmula 331 do TST.

A lei definiu empresa "prestadora de serviços a terceiros" como "a pessoa jurídica de direito privado destinada a prestar à contratante serviços determinados e específicos" (novo art. 4º-A, caput, Lei n. 6.019/74).

⁴⁷ DELGADO, Mauricio Godinho; DELGADO, Gabriela. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo: LTR, 2019.

Em conjugação com o novo art. 4º-A, caput, supracitado, o novo art. 5º-A, caput, da Lei n. 6.019/74 dispõe que contratante "é a pessoa física ou jurídica que celebra contrato com empresa de prestação de serviços determinados e específicos".

Entendo que esse dispositivo se mostra contraditório ao desenvolvimento normativo da terceirização, visto que, ao contrário do que compõe o dispositivo, a prestação de serviços deixou de ser "determinada a específica", passando a ser possível a terceirização de todas as atividades, o que contradiz qualquer especificidade na hora da contratação do trabalhador terceirizado.

Por fim, o novo § 5º do art. 5º-A da Lei n. 6.019/74 se reporta à responsabilidade subsidiária da empresa tomadora de serviços (ou "empresa contratante", dentro da nova linguagem legal) pelas obrigações trabalhistas referentes ao período em que ocorrer a prestação de serviços, sem prejuízo da responsabilidade solidária criada pelo art. 31 da Lei n. 8.212/1991, no caso de verbas de caráter previdenciário.

A partir da análise dos novos dispositivos introduzidos pela Lei 13.429/17, é possível concluir que não ocorreram mudanças significativas na normatividade da terceirização em geral. Contudo, destaca-se no presente capítulo a ressalva quanto a contradição presente no art. 5º-A, pois será novamente trabalhada em um momento posterior.

2.2 Alterações promovidas pela Lei nº 13.467/2017

A reforma trabalhista, aprovada pela lei 13.467/17, trouxe modificações significativas para a terceirização trabalhista. Trazendo um conceito mais amplo sobre o instituto, passou a conceituá-lo em seu artigo 4º-A da segunda forma:

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 execução⁴⁸.

Pela literalidade do mencionado texto normativo inserido pela lei 13.467/2017, há referência à terceirização de quaisquer das atividades da empresa contratante, inclusive a sua atividade principal.

⁴⁸ BRASIL. **Lei 13.467, de 13 de julho de 2017**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/113467.htm. Acesso em: 08 fev. 2022.

Nesse sentido, a empresa terceirizada, responsável pela prestação de serviços à terceiros, passou a se dedicar, por força da lei 13.429/17, à execução de serviços determinados e específicos, os quais, a partir da reforma trabalhista, são direcionados às atividades principais da contratante dentro de uma terceirização considerada lícita.

A lei 13.467/17 retira a limitação anteriormente imposta sobre as atividades que são possíveis de serem terceirizadas. Assim, a partir dessas modificações, se uma escola desejar terceirizar o serviço de um professor será possível, pois não há mais o óbice dos limites relacionadas a atividade principal da empresa.

A segunda alteração impactante causada pela lei 13.467/2017 foi o fato da discriminação salarial entre os trabalhadores terceirizados e os empregados da empresa contratante ter sido sacramentada. Assim, passou a dispor o art. 4º-C, § 1º, Lei n. 6.019/74:

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.

Nas palavras de Mauricio Godinho Delgado e Gabriela Neves Delgado, o supracitado artigo, permitiu a possibilidade de escolha contratual, pelas empresas, entre se adotar uma prática discriminatória ou não quanto aos salários dos trabalhadores terceirizados e os demais. Beirando o absurdo, o novo dispositivo introduziu no Direito brasileiro, a liberalidade de estabelecer entre a contratante e a contratada um julgamento se os empregados da contratada farão jus a salário equivalente ao pago aos empregados da contratante, além de outros direitos não previstos neste artigo.

A matriz constitucional de 1988 e a matriz internacional presentes no ordenamento jurídico brasileiro, são responsáveis por fixar parâmetros para a interpretação de regras de legislação ordinária no País, e elas não absorvem a ideia de terceirização desenfreada, ainda mais, considerando a permissividade legislativa de discriminação salarial entre empregados que agora podem passar a exercer a mesma função.

Ainda nas palavras de Delgado:

Essas duas modificações mais impactantes da Lei da Reforma Trabalhista - bastante afinadas, aliás, ao viés anti-humanístico e antissocial da nova legislação -, contudo,

não podem prevalecer no contexto de uma interpretação lógico-racional, sistemática e teleológica dos preceitos legais enfocados⁴⁹.

Percebe-se que tais modificações fazem parte de um projeto de desmonte dos direitos do trabalhador, tanto no âmbito individual, quanto coletivo, trazidos pela reforma trabalhista. Demonstra-se que há uma busca pela proteção às empresas, em detrimento das condições dignas e justas do prestador de serviços.

Cabe ainda ressaltar que por diversas vezes tal posicionamento foi disfarçado sob o argumento da proteção à livre iniciativa. Contudo, tal argumento se mostra falho pois o próprio art. 170 da Constituição Federal estabelece que a ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existências dignas, conforme os ditames da justiça social.

Apenas à título de exemplo, pode-se citar o recente julgado do STF, que apreciou o RE nº 635.546, e fixou a tese de que a equiparação de remuneração entre empregados da empresa tomadora de serviços e empregados da empresa contratada terceirizada fere o princípio da livre iniciativa. O posicionamento do Ministro Luís Roberto Barroso, que foi acompanhado pelo Min. Luiz Fux, pela Min. Cármen Lúcia e pelo Min. Nunes Marques, foi no seguinte sentido:

Exigir que os valores de remuneração sejam os mesmos entre empregados da tomadora de serviço e empregados da contratada significa, por via transversa, retirar do agente econômico a opção pela terceirização para fins de redução de custos (ou, ainda, incentivá-lo a não ter qualquer trabalhador permanente desempenhando a mesma atividade). Trata-se, portanto, de entendimento que esvazia o instituto da terceirização (ou que amplia desnecessariamente seu uso). É limita injustificadamente as escolhas do agente econômico sobre a forma de estruturar a sua produção.

O que ocorre de fato, é que se um trabalhador exerce as mesmas funções, durante o mesmo período, na mesma empresa, o salário deve ser equivalente com os demais, independentemente do tipo de contrato firmado. É direito do trabalhador a equiparação salarial pela similitude das funções exercidas ao mesmo empregador. Tal posicionamento não fere a livre iniciativa, mas garante que todos os prestadores de serviços tenham os mesmos direitos.

Esse inclusive é o entendimento firmado pela Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho (ANAMATRA), durante a 2ª Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho, ao interpretar as disposições Leis nº 13.429/17 e 13.467/17 acerca da terceirização.

A Associação posicionou-se no sentido de ser devido conferir tratamento plenamente isonômico entre os empregados da tomadora e todos os trabalhadores terceirizados que prestem

⁴⁹ DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 16. ed. São Paulo: LTr, 2017, p. 189.

serviços a este tomador, sem qualquer distinção, tanto no aspecto do meio ambiente do trabalho, quanto no que diz respeito ao salário. Veja-se o Enunciado nº 7 da Comissão nº 6 da 2ª Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho promovida pela ANAMATRA, editado nos seguintes termos:

Terceirização: isonomia salarial. Os empregados das empresas terceirizadas têm direito de receber o mesmo salário dos empregados das tomadoras de serviços em mesmas atividades, bem como usufruir de iguais serviços de alimentação e atendimento ambulatorial. Viola os princípios da igualdade e da dignidade da pessoa humana (artigos 1º, III e 5º, caput, da Constituição da República) o disposto nos §§ 1º e 2º do artigo 4º-C da lei 6.019/74, ao indicarem como mera faculdade o cumprimento, pelo empregador, desses deveres constitucionais. Aplicação dos artigos 1º, III, 3º, I, 5º, 'caput' e 7º, XXXII da Constituição da República⁵⁰.

Nesse sentido, entende-se que a Reforma Trabalhista não conferiu plena isonomia entre o trabalhador terceirizado e o empregado da tomadora, em especial no que concerne ao aspecto salarial, facultando à tomadora e prestadora a possibilidade de estabelecer contratualmente, “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” (art. 4º-C, § 1º, incluído pela Lei nº 13.467/17). Isso significa dizer que o direito à isonomia passa a ser uma faculdade relativa aos empregados terceirizados, que passou a depender da vontade do empregador.

Assentado esse cenário pós-reforma, muitas foram as críticas suscitadas acerca da nova legislação, inclusive alegações de inconstitucionalidade de alguns dispositivos. Nesse sentir, o capítulo que segue buscará analisar as recentes decisões do STF acerca da possibilidade de terceirizar a atividade-fim, bem como a viabilidade ou não de ocorrer uma terceirização ilícita nos ditames fixados pela nova legislação.

⁵⁰ ANAMATRA. Reforma Trabalhista. Enunciados Aprovados na 2ª Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho (2017). **Anais** do XIX Congresso Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho 2018. Disponível em: https://www.anamatra.org.br/attachments/article/27175/livreto_RT_Jornada_19_Conamat_site.pdf. Acesso em: 11 nov. 2021;

3 ANÁLISE SOBRE O NOVO ENTENDIMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL SOBRE A TERCEIRIZAÇÃO: JULGAMENTO DA ADPF Nº 324 E DO RE Nº 958.252⁵¹

O presente capítulo busca analisar o julgamento realizado pelo STF da ADPF nº 324 e do RE nº 958.252 com repercussão geral, realizando uma análise crítica dos principais pontos levantados nos votos dos Ministros. A construção dessa criticidade sobre o julgamento se baseia no desenvolvimento do presente trabalho até o momento, tanto em relação as diretrizes constitucionais do Direito do Trabalho, quanto ao desenvolvimento da legislação sobre a terceirização.

Serão analisados de forma aprofundada apenas dois votos, o do Ministro Relator e um dos votos que abriu divergência. Busca-se com isso fazer um balanço entre os argumentos favoráveis à terceirização irrestrita e os argumentos contrários.

3.1 Introdução sobre o julgamento

A ADPF é uma das ações que fazem parte do controle concentrado de constitucionalidade. A regulamentação desta ação pode ser encontrada em dois textos normativos: na Constituição Federal e na Lei 9.882/99. A lei foi responsável por traçar como se dará o processo e o julgamento das ADPFs pelo STF. Já a previsão na Constituição teve a importância singular de fazer este instituto de direito processual constitucional nascer e tomar as suas primeiras formas a partir de seus artigos 102 e 103, como a designação da competência de julgamento ao STF e a necessidade de tomar medidas pelo poder Judiciário de tornar efetiva a norma constitucional.

A ADPF em análise foi proposta pela Associação Brasileira do Agronegócio (ABAG), tendo como Relator o Ministro Luís Roberto Barroso. Em suma, a associação autora argumentou que as novas formas de organização do mercado produtivo exigem novas modalidades de estruturação da atividade empresarial e das relações laborais. Buscou-se discutir, que as empresas continham uma estrutura verticalizada, em que os sócios e empregados realizam todo o processo produtivo, conquanto, a estrutura atual tornaria necessário reavaliar a licitude da contratação de mão-de-obra terceirizada, para prestação de serviços relacionados com a atividade-fim da empresa tomadora de serviços.

⁵¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF 324**. Rel.: Min. Roberto Barroso DJe 6.9.2019.

Com relação ao RE nº 958.252, trata-se de recurso interposto por Celulose Nipo Brasileira S/A (CENIBRA), com fulcro no art. 102, III, 'a' da Constituição da República, sob relatoria do Ministro Luiz Fux, contra acórdão prolatado pela 8ª Turma do TST, que manteve o entendimento da origem se baseando na jurisprudência sedimentada pela Súmula nº 331, IV, do TST. Na origem, tratava-se de ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público do Trabalho da 3ª Região em face recorrente, após a instauração de prévio Inquérito Civil Público, no qual constatou-se 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, caracterizando-se, portanto, como finalísticas de sua atividade empresarial.

Em apertada síntese, o parquet trabalhista sustentou a tese de terceirização ilícita de atividade-fim, e a consecutória 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.

Em meados de 2014, o STF reconheceu a repercussão geral da discussão sobre a possibilidade de terceirização da atividade-fim, diante da existência de milhares de contratos de terceirização de mão-de-obra em que subsistem dúvidas quanto à sua legalidade. Naquela ocasião, o relator da ação, Ministro Luiz Fux, entendeu que a proibição genérica da terceirização, baseada em interpretação judicial do que seria atividade-fim poderia violar o princípio da livre iniciativa, gerando possível ofensa ao art. 5º, II, da Constituição Federal, segundo o qual ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei.

Cabe ressaltar que antes dos mencionados julgamentos, o entendimento do TST era cristalizado pela Súmula 331, que vedava a terceirização em atividade-fim, sendo a baliza que os Tribunais Trabalhistas tinham para julgar os casos em que se discute a questão. Como já visto, a ADPF é um recurso apresentado ao STF como uma argumentação de que determinada medida tomada por alguma instância do poder público atenta contra preceitos fundamentais existentes na Constituição de 1988, como direito de defesa e de liberdade, por exemplo.

A ADPF nº 324 entendeu que as decisões proferidas pelos Tribunais Regionais do Trabalho, ao afastar a possibilidade de terceirização de atividade-fim, feriam os princípios da livre iniciativa e liberdade econômica.

3.2 O novo entendimento do STF sobre a terceirização cristalizado no julgamento da ADPF nº 324 e do RE nº 948.252

Após diversas repercussões sobre os julgamentos dos recursos, em 30 de agosto de 2018, o STF realizou o julgamento da ADPF nº 324 e do RE nº 958.252. Tendo sido iniciado pela ADPF, em seu relatório, o Ministro Barroso resume que a inicial da ação aponta que o conjunto de decisões da justiça do trabalho ao aplicar o enunciado da súmula 331 do TST, produzem entendimentos casuísticos e imprecisos, que não permitem previsibilidade quanto as hipóteses de cabimento da terceirização, dependendo do entendimento de cada julgador, o que na prática inviabiliza a sua contratação. O Relator ressalta que as partes relevantes do enunciado nº 331 para o julgamento são: Item I, item II, item III e item IV.

Em suma, o que se discutiu nesse processo foi o alcance do enunciado nº 331 e o modo como tem sido aplicado nas diferentes esperas da justiça do trabalho. A autora da ação alegou que a pretexto de interpretar os conceitos de atividade fim e atividade fim, tem se sustentado entendimento na justiça do trabalho que, na prática, impede o exercício seguro da terceirização. A autora por fim, salientou que esse quadro comprometedor da terceirização gera insegurança jurídica e, por isso, a necessidade da tutela jurisdicional do STF sobre o tema.

À época, a atual Procuradora Geral da República, Raquel Dodge, trouxe interessantes e essenciais preliminares para a análise de ambos os julgamentos. Primeiro ponto que foi realçado é o fato que tanto a ADPF quanto o RE contestarem a súmula nº 331, aprovada em 2011 e que contêm a expressão da jurisprudência do TST a respeito da constituição e das leis vigentes ao tempo em que o enunciado foi aprovado. A procuradora ressaltou que o STF tem jurisprudência estabelecida desde a ADI nº 594, no sentido que a uniformização de jurisprudência na forma do enunciado de uma súmula, não pode ser objeto de ADPF.

Essa decisão tem sido reforçada em diversos julgamentos, para considerar inviável atacar um enunciado por meio de uma ADPF, pela singularidade desse enunciado não ser vinculante do ponto de vista normativo. Logo, carece de pressupostos de admissibilidade a propositura da ADPF nº 324. No tocando ao RE, a Procuradoria alegou a impossibilidade do conhecimento da matéria de fundo, porque contesta uma decisão do TST, que examinou a questão do ponto de vista da lei e não da constituição, utilizando-se como base o enunciado da súmula nº 331. Portanto, o acesso dessa matéria do ponto de vista constitucional encontra barreiras para ser questionada por meio do recurso em questão.

Dando seguimento as reflexões trazidas pela Procuradoria, foi ressaltado que muitas decisões que seguem a jurisprudência consolidada no enunciado nº 331, já transitaram em

julgado. Nessa circunstância, quais seriam as consequências de uma ADPF que contesta o enunciado nº 331 na perspectiva desta enorme gama de decisões do TST já transitadas?

Foi ressaltado ainda que a referida súmula contém 6 itens, todos eles referentes a uma compreensão da legislação trabalhista e de normas que a complementaram, ou seja, o enunciado cita a interpretação que a justiça do trabalho fez da legislação vigente à época. Como realçou o Relator em seu relatório, duas outras leis, quais sejam as Leis 13.429/2017 e 13.467/2017, somaram-se a outras anteriores que vinham disciplinando o trabalho temporário pela corte trabalhista e instituíram uma nova disciplina a respeito da terceirização de mão de obra.

Assim, o enunciado nº 331 expressou uma jurisprudência que considerava a lei vigente até o ano 2011, e seguiu sendo aplicado pela corte trabalhista, até a edição dessas duas leis que passaram a trazer novas disposições sobre a terceirização. Portanto, é necessário que a decisão da corte considere o tempo e arcabouço legal à época da aplicação da súmula.

Outro importante ponto que foi ressaltado é a questão do tratamento que a Constituição Federal dá sobre o direito ao trabalho. Diferente da Constituição de outros países e diferente até mesmo das constituições brasileiras anteriores a de 1988, o direito do trabalho passou a ser considerado um direito humano. Antes da atual constituição, o direito trabalhista era disciplinado pela CLT, sobre uma outra perspectiva, muito mais próxima na ideia de estabelecer um equilíbrio entre empregado e trabalho. Contudo, com as reformas trazidas pela Constituição de 88, o trabalho passou a ser analisado de uma perspectiva mais humana, acentuando a importância da proteção do trabalho digno como um direito humano e não como uma mercadoria a ser vendida em troca de remuneração.

Assim, foi nessa perspectiva que a súmula 331 do TST foi criada. É por isso que o TST trata de uma forma bastante clara a diferença das hipóteses que a terceirização é possível, tentando acentuar com muita clareza que em todas as situações que o trabalho humano é vendido como mercadoria, deverá existir uma restrição da lei e uma restrição pela Constituição.

É preciso que o empregado saiba quem é seu empregador, quem é seu sindicato, que o seu contrato será mantido na função que está exercendo, permitindo se identificar pela função que exerce na empresa e não como um trabalhador terceirizado, sem que seja possível a identificação com o meio que realiza seu trabalho.

O enunciado, portanto, expressa uma novidade normativa instituída pela Constituição de 1988, que é tratar o trabalho como um direito subjetivo e que, por isso, tem atributos próprios de um direito subjetivo, como ser inalienável, ou seja, própria do sujeito que o possui. Essa é a razão por situações de como o trabalho é desempenhado ser previsto em lei, porque é importante

que aquele que resolve prestar o trabalho o faça informado como expressão de sua livre vontade, conhecendo as regras dos serviços prestados e para quem ele presta e como será remunerado.

Uma questão importante para o mundo moderno, é a discussão sobre as relações de gênero no mercado de trabalho. Observa-se que em muitas relações trabalhistas as mulheres são remuneradas de forma diferente dos homens para trabalho igual, no mesmo espaço e tempo. E como tratar isso sem ser pela perspectiva no Brasil da proteção de um direito fundamental e subjetivo?

Deveria ser algo óbvio: Para trabalho igual, igual remuneração, sem discriminação de gênero. Foi por essa razão que, buscando evitar discriminação nas relações empregatícias, a jurisprudência do TST por meio da súmula nº 331, distinguiu em seis itens as diferentes facetas que distinguem as possibilidades de terceirização lícita daquelas outras que não são possíveis.

Contudo, ao aprovar as novas leis, o Congresso Nacional decidiu por regulamentar, mais uma vez, essa matéria, certamente compreendendo que a realidade trabalhista é dinâmica e por isso precisaria de uma nova legislação sobre o tema. Nesse raciocínio o Ministério Público Federal, acentuou que, em sua análise, seria o caso de não conhecer nem o RE 958.252 e nem a ADPF 324 e no mérito, conhecer a validade da súmula nº 331 que expressa uma jurisprudência consolidada daquela corte formada pela centena de casos ali trazidos à luz de uma lei vigente até então.

A partir do entendimento trazido pela Procuradoria Geral da República, é possível compreender que a súmula nº 331 não se limitou apenas a proibir as hipóteses de terceirização ilícita, mas sim de obstar o tratamento do trabalho humano como uma mercadoria que pode ser barganhada. É preciso entender que nas relações trabalhistas, uma das partes é detentora do direito subjetivo do trabalho e da dignidade dele e de sua força produtiva. Essa parte é, sem dúvidas e exclusivamente, o trabalhador.

3.3 Voto favorável do Ministro Luis Roberto Barroso pela procedência da ADPF nº324 e do RE 958.252

O Ministro Relator Roberto Barroso inicia seu voto ressaltando que tanto a ADPF nº324, quanto o RE 958.252, foram apregoados conjuntamente, e por isso, seu voto é conjunto para os dois processos. Para o Ministro, terceirizar significa transferir parte da atividade de uma empresa para outra empresa por motivo de custo, eficiência, especialização ou por qualquer outro interesse empresarial legítimo. No geral, a justiça do trabalho tem entendido que é possível terceirizar a atividade meio, mas que não é possível terceirizar a atividade fim.

Em análise a matéria comum as duas ações, o relator entendeu que o desenvolvimento da tecnologia torna o futuro imprevisível e assustador para o direito do trabalho, ele cita o aclamado autor israelense Yuval Noah Harari⁵² que defende que enquanto a revolução industrial criou a classe trabalhadora, a próxima grande revolução tecnológica criará a classe inútil. Sendo certo que risco do desemprego é a assombração das próximas gerações. Para o Ministro, a sociedade, as empresas, o direito do trabalho e o sindicalismo precisam se adaptar ao novo tempo, pois a história não para.

O Relator enxerga que o direito do trabalho nos tempos atuais, passa por transformações extensas e muito profundas, não se tratando de escolhas ideológicas, mas sim, do curso da história. Para ele é preciso assegurar a todos os trabalhadores empregos, salários dignos e a maior quantidade de benefícios que a economia comporte sem deixar de considerar a necessidade do lucro empresarial para tanto.

Nas palavras do Relator, a discussão na Corte significa:

Este não é um debate entre progressistas e reacionários. Esse é um debate e essa é uma discussão sobre qual a forma mais progressista de se assegurar emprego, direitos dos empregados e desenvolvimento econômico, porque se não tiver desenvolvimento econômico e nem sucesso das empresas, não há emprego, não há renda e nem há qualquer outro direito para os trabalhadores. Num momento em que há 13 milhões de desempregados e 37 milhões de trabalhadores na informalidade, é preciso considerar as opções disponíveis sem preconceitos ideológicos ou apego a dogmas antigos.

Contudo, deve-se analisar com cautela cada processo social ao longo da história, visto que eles podem conter contradições complexas. Como é o caso da modernização por meio do desenvolvimento tecnológico, o qual foi responsável por trazer avanços nas ciências e em outras áreas que possibilitaram condições de vida melhores por meio do desenvolvimento econômico, mas, ao mesmo tempo, generalizou o desemprego e a desigualdade social, precarizando as relações de trabalho.

Diferente do que entende o Ministro Barroso, não deveria ser uma condição para ter um emprego renunciar a direitos adquiridos por conta de uma nova necessidade dos meios de produção atuais. Entender que a busca por melhores condições de trabalho está em paralelo ao aumento do lucro empresarial beira a inocência no modelo econômico capitalista.

Nas palavras de Marx, o que distingue uma época econômica da outra é menos o que se produziu do que a forma de o produzir, assim, inconsolável imaginar que o marco da época do

⁵² HARARI, Yuval Noah. **Sapiens: Uma Breve História da Humanidade**. Porto Alegre: LPM, 2011.

desenvolvimento tecnológico será visto como o período em que as relações trabalhistas foram esvaziadas por ter sido dado prioridade ao aumento da produção das riquezas.

Em contínua análise do voto do Relator, ele defende que o que está em discussão é se deve ser mantida uma estrutura de produção que em todo mundo já foi flexibilizada, que é o modo de produção fordista, em que a empresa precisa concentrar de modo vertical todas as etapas do processo produtivo, e com isso, arca com um altíssimo custo fixo, não conseguindo se adaptar ao aumento ou redução da demanda. A solução para superar essas condições surgiu no modo *toyotista* de produção, que passou a contratar externamente alguma das fases de produção, criando uma fórmula que permite que aumente ou reduza a produção em conformidade com demanda do mercado.

Assim, nas palavras do Ministro:

Não se trata, portanto, de uma divisão entre atividade meio e atividade fim, mas saber se é bom para a lógica do negócio que determinadas atividades sejam prestadas por terceiros que são remunerados e empregam trabalhadores para prestar aquelas atividades. Isso não é direito, isso é economia.

Não se busca aqui ignorar as vantagens do regime de produção *toyotista*, pois inegáveis são elas para a economia mundial. Busca-se criticar o entendimento do Ministro quanto a construção da ideia do modelo *toyotista* que ou você se enquadra na especialização de mão de obra forçada ou o trabalhador fica sem emprego. O trabalho digno não se limita ao recebimento de salário, mas sim, a condições que perpassam a remuneração, como a identificação do indivíduo com sua atividade, com as pessoas que trabalham no mesmo ambiente, com o sindicato que o representa e com a continuidade da relação de emprego.

O Ministro defende com relação a questão da precarização que há problemas na relação de emprego com ou sem a terceirização. Portanto, os problemas que existem relativos ao possível descumprimento do contrato de trabalho na terceirização são os mesmos que existem na contratação direta, só que na terceirização isso é perfeitamente contornável desde que se exige da empresa contratante que se certifique das condições econômicas e jurídicas da empresa cujo serviço se está tomando.

Para sanar os problemas da precarização, Barroso defende que basta garantir por lei a equiparação de condições de saúde e segurança dos empregados terceirização a condição dos empregados contratantes e que a empresa terceirizada ela permaneça com a responsabilidade subsidiária no caso de descumprimento das normas trabalhistas e previdenciárias.

Ainda nas palavras do Relator da ADPF:

Uma terceirização bem regulada e com ônus subsidiário sob a empresa tomadora de serviços é muito melhor para o mercado de trabalho do que a não terceirização que impede a contratação da mão de obra em situações quando o empregador não quer ter o ônus de contratar e depois ter que pagar todas as verbas rescisórias.

Partindo para a conclusão de seu voto, arguiu que as amplas restrições à terceirizações tais como vem sendo feitas pelo conjunto de decisões da justiça do trabalho violam a livre iniciativa, a livre concorrência e a segurança jurídica, além de não terem respaldo legal. Quanto aos princípios da livre iniciativa e da livre concorrência, esses princípios asseguram a empresa a busca de melhores resultados, maior eficiência e a maior competitividade desde que respeitados os direitos mínimos previstos na constituição e na legislação.

Defende Barroso que a Constituição não veda, nem implícita, e nem explicitamente a terceirização. No tocante a segurança jurídica, a interpretação que tem sido dada pela justiça do trabalho a essa matéria criou um ambiente de extrema insegurança pois trabalha-se com conceitos jurídicos indeterminados como atividade meio, atividade fim, atividade essencial e cada julgador projeta nesses conceitos elásticos o que deseja.

Portanto, justifica que permitir que esses conceitos vagos sejam definidores da jurisprudência acaba gerando um grande grau de subjetividade e uma incerteza jurídica a imensa e boa parte desses trabalhadores que estão na formalidade. Portanto, essas restrições são impostas de forma subjetiva, por criação da própria justiça do trabalho.

A invocação que a Procuradoria Geral da República faz dos arts. 2^o⁵³ e 3^o⁵⁴ da CLT é que a mesma prevê que as relações trabalhistas sejam bilaterais e que a terceirização criaria um tipo de relação jurídica trilateral, o que não corre, pois na terceirização há duas relações bilaterais, a primeira entre a empresa contratante e a empresa prestadora de serviços, uma

⁵³ Art. 2º - Considera-se empregador a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviço.

§ 1º - Equiparam-se ao empregador, para os efeitos exclusivos da relação de emprego, os profissionais liberais, as instituições de beneficência, as associações recreativas ou outras instituições sem fins lucrativos, que admitirem trabalhadores como empregados.

§ 2º Sempre que uma ou mais empresas, tendo, embora, cada uma delas, personalidade jurídica própria, estiverem sob a direção, controle ou administração de outra, ou ainda quando, mesmo guardando cada uma sua autonomia, integrem grupo econômico, serão responsáveis solidariamente pelas obrigações decorrentes da relação de emprego.

§ 3º Não caracteriza grupo econômico a mera identidade de sócios, sendo necessárias, para a configuração do grupo, a demonstração do interesse integrado, a efetiva comunhão de interesses e a atuação conjunta das empresas dele integrantes.

⁵⁴ Art. 3º - Considera-se empregada toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário.

Parágrafo único - Não haverá distinções relativas à espécie de emprego e à condição de trabalhador, nem entre o trabalho intelectual, técnico e manual.

relação de natureza civil, e a segunda uma relação entre a empresa terceirizada e o empregado, essa sim uma relação de natureza trabalhista.

Segundo o Ministro, a utilização abusiva da terceirização deve ser evitada e reprimida. Os ganhos de eficiência e empregabilidade trazidas pela terceirização, não podem evidentemente decorrer do descumprimento de direitos e da violação da dignidade do trabalhador. Pode se aferir da constituição algumas limitações, os limites são: (i) O contratante tem o dever de se certificar da idoneidade da empresa que está sendo contratada para honrar com as obrigações trabalhistas e previdenciárias; (ii) ela deve ter o dever de fiscalização, porque a empresa assume a responsabilidade subsidiária caso a empresa terceirizante deixe de honrar com as obrigações.

Contudo, ressaltou que a responsabilidade subsidiária não significa que exista uma relação direta de emprego entre a empresa contratante e o empregado da empresa terceirizada, mas sim uma responsabilidade subsidiária. Por fim, o ministro justificou que essas limitações previstas na Constituição Federal estão expressas nas novas Leis que cuidam da matéria, leis nº 13.429 e nº13.467. Por fim, ressaltou que não procede a preliminar de perda de objeto arguida com a nova legislação, pois a súmula não perdeu sua validade com as novas leis, sendo certo que o presente julgamento seria essencial para casos futuros.

Encerrando seu voto, Barroso, ao considerar de um lado, os princípios da livre iniciativa (art. 170 da CF) e da livre concorrência (art. 170, IV da CF), que autorizam a terceirização, e, do outro lado, a dignidade humana do trabalhador, os direitos trabalhistas assegurados pela Constituição, o direito de acesso do trabalhador à previdência social, à proteção à saúde e à segurança no trabalho, firmou o entendimento de que:

1. É lícita a terceirização de toda e qualquer atividade, meio ou fim, não se configurando relação de emprego entre a contratante e o empregado da contratada. 2. Na terceirização, compete à tomadora do serviço: i) zelar pelo cumprimento de todas as normas trabalhistas, de seguridade social e de proteção à saúde e segurança do trabalho incidentes na relação entre a empresa terceirizada e o trabalhador terceirizado; bem como ii) assumir a responsabilidade subsidiária pelo descumprimento de obrigações trabalhistas e pela indenização por acidente de trabalho, bem como a responsabilidade previdenciária, nos termos do art. 31 da Lei 8.212/1993.

O voto foi seguido pelos ministros Luiz Fux, Alexandre de Mores, Dias Toffoli, Gilmar Mendes, Celso de Mello e Cármen Lúcia.

O ministro Alexandre de Moraes, reafirma o entendimento do Relator ao defender que a Constituição Federal, ao consagrar os princípios de livre iniciativa e da livre concorrência, não veda a possibilidade de terceirização como modelo organizacional de uma empresa,

tampouco a limita com relação ao tipo de atividade ser possível terceirizar. Segundo o Ministro, além de não estabelecer proibição, a Constituição de 1988 adotou o sistema capitalista, característico por esse modelo de produção. De acordo com ele, a terceirização não pode ser confundida com a intermediação ilícita de mão de obra, que é caracterizada pelo abuso aos direitos trabalhistas e previdenciários do trabalhador.

O ministro Dias Toffoli também votou favoravelmente ao uso da terceirização na atividade-fim, por entender, em termos econômicos, que os custos da mão de obra interferem no desenvolvimento financeiro e na geração de emprego, atingindo o próprio trabalhador.

O ministro Gilmar Mendes em seu voto, destacou que a prática da terceirização coloca em xeque conceitos basilares do Direito do Trabalho, tal qual o conhecemos. Assim, a partir deste julgamento e das novas leis sobre o tema, será preciso refundar o Direito do Trabalho, instaurando novos pontos de ancoragem, ou no mínimo reformulando seus mais fundamentais conceitos.

3.4 Voto divergente do Ministro Marco Aurelio pela improcedência da ADPF n° 324 e do RE 958.252

Aberta a divergência pelo Ministro Marco Aurelio, cabe trazer alguns pontos necessários para o presente trabalho. O Ministro inicia seu voto trazendo os ensinamentos de Maurício Godinho Delgado⁵⁵, ao contextualizar a Suprema Corte que a primeira manifestação normativa precursora do processo histórico de terceirização ocorreu na década de 1940, já com a CLT, cujo artigo 455 previu a possibilidade do emprego da força de trabalho de terceiros por meio do instituto da “subempreitada”, alçando-a à condição de exceção à configuração do vínculo empregatício extraível dos artigos 2º e 3º da Consolidação, a pressupor a existência, em especial, dos elementos da personalidade e da subordinação direta.

Ao analisar o voto do ministro Marco Aurélio, nota-se sua preocupação em esmiuçar os aspectos históricos, ao ter como plano de fundo o âmbito normativo trabalhista e as instituições que devem assegurar os direitos previstos no processo da subcontratação. Dessa forma, ele atribui como ponto marcante a criação do Direito do Trabalho, este que teoricamente foi proporcionado pelo Estado como uma forma de diminuir as desigualdades entre o empregado e o empregador e deve seguir com tal objetivo.

⁵⁵ DELGADO, Mauricio Godinho. Op. cit., 2005, p. 418.

Consequentemente, engendrou uma maior promoção de direitos a parte hipossuficiente dos sujeitos, no caso desta relação, o trabalhador. Como exemplificação desta relação desproporcional, ele aborda que anteriormente à promulgação da CLT, a relação entre as partes era regida pelas normas do Direito Civil, cujos preceitos proporcionavam a prevalência dos interesses dos contratantes.

Se aproximando da contextualização feita por Barroso, o ministro também tratou do desenvolvimento da globalização e das mudanças sofridas nas relações trabalhistas. Em suas palavras, não apenas o Brasil, mas também a quase totalidade das nações tidas como subdesenvolvidas experimentaram, na década de 1990, importante influência do ideário neoliberal, traduzido, em maior ou menor grau, em crescente pressão pela desregulamentação do mercado de trabalho, se adequando a um modelo de produção, o já mencionado modelo *toyotista*. Exemplo dessa desregulamentação foi que em março de 1994, foi publicada a Lei nº 8.863, a qual foi responsável por ampliar a possibilidade de terceirização das atividades alusivas a serviços de vigilância e transporte de valores para além do âmbito das instituições bancárias.

Perpassada a breve explicação quanto as mudanças sofridas nas relações trabalhistas com o desenvolvimento da globalização, o Ministro faz uma consideração essencial para o debate que estava sendo, até então, negligenciada. Nas palavras de Marco Aurélio, a terceirização, por possuir caráter excepcional, deve ser interpretada de maneira restrita:

Longe de ignorar-se a necessidade de a Consolidação das Leis do Trabalho ser interpretada de acordo com a quadra vivida, considerado o mundo globalizado, marcado por altíssima especialização na divisão do trabalho, o estudo da evolução histórica do tratamento conferido à terceirização no Brasil, isto é, “o desdobrar da fórmula no tempo e no espaço”, não deixa margem a dúvidas. Apesar do progressivo aumento das hipóteses de terceirização lícita desde meados do século XX, a regra, perpetuada historicamente, jamais deixou de ser a contratação empregatícia clássica, correndo as exceções à conta de circunstâncias extraordinárias, não obstante flexibilizadas com o passar dos anos: inicialmente, restrita, no domínio das relações privadas, ao regime de contratação temporária; após, circunscrita a determinados segmentos da economia – prestação de serviços de vigilância, transporte de valores, conservação e limpeza – e, alfim, autorizada para a consecução de atividades instrumentais, de apoio, meramente executórias. À possibilidade de terceirização na prestação de serviços o Direito do Trabalho sempre reservou caráter excepcional – e a exceção, todos o sabem, deve ser interpretada de maneira estrita, especialmente quando envolvidos direitos sociais.

Nesse sentido, como bem defendido pelo Ministro, a terceirização não é a regra para a contratação na relação de emprego, mas sim, a exceção. Logo, deve ser interpretada de forma restrita, observando e respeitando que a contratação vigente no Direito Brasileiro é, em regra, a contratação clássica, qual seja, do contrato de trabalho firmado entre o empregador e o empregado.

E é nesse sentido que o Ministro defende que a súmula nº 331 do Tribunal Superior do Trabalho nada mais fez do que cristalizar longa construção jurídica, gestada tanto em sede legal quanto nos mais diversos âmbitos da Justiça do Trabalho quanto a proteção ao trabalhador, criando balizas e limites institucionais para a terceirização.

A necessidade de tais limitações se faz considerando que os trabalhadores terceirizados são, em geral, trabalhadores que desfrutam de salários mais baixos e condições de trabalho desfavoráveis e por isso, carecem de maior proteção jurisdicional e normativa. Como bem explicitado por Maurício Godinho Delgado⁵⁶, a terceirização, se não acompanhada do remédio jurídico da comunicação remuneratória, transforma-se em mero veículo de discriminação e aviltamento do valor da força de trabalho, ocasionando indesejado rebaixamento do padrão civilizatório alcançado no mercado de trabalho do país.

O Ministro cita ainda um interessante conceito, o de “*apartheid sindical*”⁵⁷, fenômeno conceituado por Lorena Vasconcelos Porto, como sendo aquilo que ocorre com os terceirizados ao não integrarem a categoria profissional vinculada à atividade econômica da empresa tomadora, mas sim aquela exercida pela prestadora de serviço, constituindo grupo heterogêneo de representação, destituído, geralmente, de poder de reivindicação. Nesse sentido, com a ausência de limites legais para a terceirização, tal fenômeno tende a se intensificar, fragilizando ainda mais o sindicalismo e a identificação do empregado com sua classe. Na verdade, o conceito de classe sindical tende a desaparecer pelo fenômeno do *apartheid sindical*.

Contrapondo ainda o Ministro Barroso que defendeu que a terceirização ocorre na maioria dos países desenvolvidos pelo mundo, ao analisar o âmbito internacional, o Ministro Marco Aurelio, em sua divergência, mencionou a Recomendação nº 198/2006 da Organização Internacional do Trabalho (OIT)⁵⁸, que versa sobre o domínio das políticas nacionais, nas quais os países membros devem definir normativamente indicadores específicos da existência de uma relação de trabalho, sublinhando a integração do trabalhador na organização da empresa, a personalidade na prestação do serviço contratado e a garantia da continuidade do vínculo no tempo, que são elementos incompatíveis com a terceirização irrestrita dos serviços.

Na conclusão de seu voto, o Ministro entendeu no sentido de reconhecer-se a compatibilidade, não só com a Constituição Federal, mas também com a tradição jurídica da

⁵⁶ DELGADO, Mauricio Godinho. Op. cit., 2017, p. 543/544.

⁵⁷ PORTO, Lorena Vasconcelos. A Terceirização na Reforma Trabalhista e a Violação às Normas Internacionais de Proteção ao Trabalho. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região**, Belo Horizonte, v. 63, n. 96, jul./dez. 2017, p. 177.

⁵⁸ ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Recomendação n. 198/2006**. Disponível em: <https://www.legistrab.com.br/recomendacao-oit-198-relativa-a-relacao-de-trabalho/>. Acesso em: 11 nov. 2021.

legislação protetiva no Brasil, da Súmula nº 331, por consequência, das decisões judiciais formalizados pela Justiça do Trabalho, na busca pelo almejado e necessário acesso à Justiça, e, assim, garantir a cada um o direito que lhe é devido.

O ministro Edson Fachin também votando em divergência à procedência da ADPF e do RE, ressaltou que a súmula nº 331 do TST não viola os princípios constitucionais da legalidade ou da livre iniciativa. O ministro explicou que, embora se possa questionar a inadequação da CLT aos novos modos de produção com o desenvolvimento da globalização, somente no ano de 2017 o Congresso exerceu sua prerrogativa de editar leis específicas sobre a terceirização. A seu ver, a Justiça do Trabalho não atuou para vedar a terceirização, mas sim para aferir se a relação de emprego estaria em conformidade com as regras vigentes à época sobre o tema, respeitando os direitos trabalhistas, que proibiam a prática na atividade-fim da empresa, admitindo-a apenas em algumas atividades-meio, como os serviços de vigilância e de limpeza.

Fachin destacou ainda que os princípios constitucionais devem ser interpretados em conjunto, não sendo possível que um tenha primazia sobre outro. Segundo ele, a garantia da livre iniciativa, um dos fundamentos republicanos da Constituição e principal fundamento adotado por Barroso para defender seu voto, está acompanhada, no mesmo patamar de relevância, da necessidade de assegurar o valor social do trabalho. Assim, a Justiça do Trabalho, ao identificar a terceirização ilícita de mão de obra, apenas tutelou o que está no texto constitucional sobre direitos e garantias dos trabalhadores.

A ministra Rosa Weber também proferiu voto no mesmo sentido. Ela elucidou que a súmula 331 do TST nasceu como produto de longa consolidação da jurisprudência a partir da adequação das normas de proteção ao trabalho e da atividade cotidiana de intermediação de mão de obra por empresa interposta. Em seu voto, a ministra apresentou um histórico da legislação relativa à terceirização no Brasil, destacando a lei 6.019/74, que autorizou a intermediação de mão de obra em situações específicas, para atender necessidade transitória de substituição de pessoal permanente ou acréscimo extraordinário de serviço.

A Ministra defendeu que súmula nº 331, ampliou a possibilidade da prática para alcançar outras atividades além das de limpeza e de vigilância, desde que ausente a relação direta de emprego. Essa conclusão foi extraída, segundo a ministra, do artigo 9º da CLT, que declara fraudulenta toda atividade que afaste as normas legais e protetivas consagradas. A ministra citou, trouxe ao julgamento uma irretocável conclusão ao defender que a rarefação de direitos trabalhistas nas relações terceirizadas vulnerabiliza os trabalhadores a ponto de os expor a formas de exploração extremas e ofensivas a seus direitos no seu dia a dia na nova realidade de trabalho.

3.5 Conclusão do Julgamento

Encerrado o julgamento, restou decidido pela possibilidade de terceirização da atividade-fim por sete votos a favor e quatro contras, superando o entendimento firmado pela súmula nº 331 do TST. Os ministros, por maioria, entenderam que a restrição de atividades-fim pela Justiça do Trabalho com base na súmula, ofendem preceitos constitucionais.

No julgamento da ADPF, votaram a favor da terceirização sem restrições os Ministros: Luis Roberto Barroso - relator da ADPF -, Luiz Fux - relator do RE -, Alexandre de Moraes, Dias Toffoli, Gilmar Mendes, Celso de Mello e Carmen Lúcia. Votaram contra, ou seja, pela restrição da terceirização, os Ministros: Edson Fachin, Rosa Weber, Ricardo Lewandowski e Marco Aurélio. A mesma linha de decisões ocorreu no julgamento do RE 958.252, no qual foi dado provimento, com votos iguais aos da ADPF, declarando-se a inconstitucionalidade dos incisos I, III, IV (parcialmente) e VI da Súmula 331 do TST, que previam as seguintes determinações:

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).

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.

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

Nesse sentido, no julgamento conjunto da referida ADPF nº 324 com o RE nº 958.252 foi 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 empresa contratante".

Assim, o STF reconheceu a constitucionalidade da terceirização em quaisquer das etapas ou atividades da cadeia de produção, em acórdão assim ementado:

DIREITO DO TRABALHO. ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. TERCEIRIZAÇÃO DE ATIVIDADE-FIM E DE ATIVIDADEMEIO. CONSTITUCIONALIDADE.

1. A Constituição não impõe a adoção de um modelo de produção específico, não impede o desenvolvimento de estratégias empresariais flexíveis, tampouco veda a terceirização. Todavia, a jurisprudência trabalhista sobre o tema tem sido oscilante e

não estabelece critérios e condições claras e objetivas, que permitam sua adoção com segurança. O direito do trabalho e o sistema sindical precisam se adequar as transformações no mercado de trabalho e na sociedade.

2. A terceirização das atividades-meio ou das atividades-fim de uma empresa tem amparo nos princípios constitucionais da livre iniciativa e da livre concorrência, que asseguram aos agentes econômicos a liberdade de formular estratégias negociais indutoras de maior eficiência econômica e competitividade.

3. A terceirização não enseja, por si só, precarização do trabalho, violação da dignidade do trabalhador ou desrespeito a direitos previdenciários. É o exercício abusivo da sua contratação que pode produzir tais violações. 4. Para evitar tal exercício abusivo, os princípios que amparam a constitucionalidade da terceirização devem ser compatibilizados com as normas constitucionais de tutela do trabalhador, cabendo a contratante:

i) verificar a idoneidade e a capacidade econômica da terceirizada; e

ii) responder subsidiariamente pelo descumprimento das normas trabalhistas, bem como por obrigações previdenciárias (art. 31 da Lei 8.212/1993).

5. A responsabilização subsidiária da tomadora dos serviços pressupõe a sua participação no processo judicial, bem como a sua inclusão no título executivo judicial.

6. Mesmo com a superveniência da Lei 13.467/2017, persiste o objeto da ação, entre outras razões porque, a despeito dela, não foi revogada ou alterada a Sumula 331 do TST, que consolidava o conjunto de decisões da Justiça do Trabalho sobre a matéria, a indicar que o tema continua a demandar a manifestação do Supremo Tribunal Federal a respeito dos aspectos constitucionais da terceirização. Além disso, a aprovação da lei ocorreu após o pedido de inclusão do feito em pauta.

7. Firmo a seguinte tese: '1. É lícita a terceirização de toda e qualquer atividade, meio ou fim, não se configurando relação de emprego entre a contratante e o empregado da contratada. 2. Na terceirização, compete a contratante: i) verificar a idoneidade e a capacidade econômica da terceirizada; e ii) responder subsidiariamente pelo descumprimento das normas trabalhistas, bem como por obrigações previdenciárias, na forma do art. 31 da Lei 8.212/1993'.

8. ADFP julgada procedente para assentar a licitude da terceirização de atividade-fim ou meio. Restou explicitado pela maioria que a decisão não afeta automaticamente decisões transitadas em julgado.⁵⁹

3.6 Considerações críticas

Do ponto de vista dos direitos trabalhistas, a terceirização aparece como a porta de entrada para a fragilização e possível violação de direitos, dando permissividade ao que Gabriela Neves Delgado e Helder Amorim denominaram de “relações de trabalho rarefeitas”. Como observam Sayonara Grillo e Ana Luísa Palmisciano:

Refletir sobre os motivos pelos quais a legislação e a jurisprudência trabalhista brasileira repudiam as triangulações contratuais permanentes e limitam temporalmente a interposição de mão de obra (nos termos da Lei nº 6.019, de 1974) é compreender que, ainda sob uma ambiguidade constitutiva, o direito do trabalho persiste tendo uma importante função para a concretização da dimensão social do constitucionalismo e a realização de um desenvolvimento orientado para os mais amplos e generosos objetivos da economia: o da realização das necessidades plenas das pessoas e da sociedade.⁶⁰

⁵⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF 324**. Rel.: Min. Roberto Barroso DJe 6.9.2019.

⁶⁰ SILVA, Sayonara Grillo Coutinho da; PALMISCIANO, Ana Luísa. A terceirização sob o prisma do trabalho e do desenvolvimento social. **Rev. TST**, Brasília, vol. 80, no 3, jul/set 2014.

Como visto, o tema é de suma importância para a sociedade brasileira, e não apenas em função do tema subjacente referente ao estabelecimento de limitadores constitucionais a terceirização de atividade fim da empresa, mas no sentido de o julgamento em análise ter consequências para milhares de processos trabalhistas. Sendo certo que historicamente, o direito do trabalho, tem papel singular para a concretização das garantias constitucionais.

Nesse sentido, ainda a título preambular cabe realçar que a Constituição de 1988 não possui uma matriz ultraliberal. Com toda certeza ela incorpora elementos do liberalismo clássico, e vai além, bebendo nas fontes do constitucionalismo social e, mais intensamente, do constitucionalismo democrático que adveio após a 2ª guerra mundial. Esse constitucionalismo foi responsável por projetar o ser humano como epicentro de toda ordem jurídica, social, econômica e política.

Portanto, o equilíbrio que deveria ser buscado pela legislação e pelo julgamento em análise diz respeito, não apenas sobre a noção de terceirização como uma estratégia de gestão empresarial que busca o desenvolvimento econômico, mas principalmente da análise de quais são os efeitos que os modelos econômicos atuais têm para o ser humano que trabalha e que, portanto, precisaria ter o reconhecimento e o respeito por parte da sociedade civil e empresarial.

Contudo, o que se observou do julgamento é que os votos favoráveis pela terceirização irrestrita analisaram sob uma perspectiva econômica, entendendo que tal fenômeno favorece o desenvolvimento empresarial e o aumento dos lucros e por isso não deve ser freado pela Justiça do Trabalho. Dizer que a terceirização não fragiliza os direitos do empregado, significa olhar, exclusivamente, para a perspectiva legal, deixando de se ater a realidade dos fatos dessa relação de emprego.

O que esquecem os Ministros favoráveis pela terceirização de todas as atividades, é um dos principais princípios do direito do trabalho, o princípio da primazia da realidade dos fatos. Assim, por mais que legalmente os direitos sejam garantidos aos trabalhadores na terceirização, ainda que de maneira reduzida comparado ao contrato de trabalho tradicional, a realidade é que a terceirização dificulta o acesso as garantias constitucionais ao trabalho digno.

Para além dos efeitos visíveis da terceirização, cumpre a análise de Márcio Túlio Viana⁶¹, no sentido de que, numa esfera secundária, a terceirização estaria a afetar, por meio da fragilização dos sindicatos, o próprio Direito do Trabalho, eis que dificulta a criação de normas protetivas, facilita a edição de normas precarizantes e, ainda, tira vida das normas construídas, tanto por meio do seu descumprimento, como de sua interpretação. Ela seria, portanto, mais

⁶¹ VIANA, Márcio Túlio. **Para entender a terceirização**. São Paulo: LTR, 2015.

que uma nova técnica de estruturação das empresas, uma estratégia de poder que fere frontalmente o Direito do Trabalho em seus pressupostos basilares.

Com relação ao mérito da ADPF nº 324, o argumento central da tese é que a súmula nº 331 seria genérica, estabeleceria conceitos abertos e imprevisíveis, não apenas no sentido de limitar a contratação de serviços, mas até mesmo de entender que tipo de contrato poderia ser firmado. Contudo, há objeções que precisam ser feitas. A primeira delas é que não se concebe a elaboração de uma súmula de qualquer tribunal que seja que possa regular em sua totalidade as situações de fraude e descumprimento da legislação, a súmula é uma pretensão de legislar.

E no caso da súmula nº 331 é uma súmula não vinculante e por isso, não há como exigir uma padronização das decisões dos juízes. A segunda objeção é que o cotidiano da justiça do trabalho, há décadas, tem revelado que a terceirização, apesar do discurso sedutor de maior produtividade, eficiência e especialização dos serviços, se dá em minoria, em casos isolados.

A grande maioria dos casos analisados por décadas pela justiça do trabalho, concluem que a terceirização promove sim a precarização das relações trabalhistas, em primeiro lugar pelo rebaixamento dos salários dos trabalhadores terceirizados, visto que ocorre um leilão da mão de obra, e a partir desse leilão que a empresa tomadora dos serviços resolve terceirizar suas atividades pela diminuição dos lucros. Há também um prejuízo a organização coletiva dos trabalhadores e a consequência natural disso é que as convenções e acordos coletivos firmados estabelecem patamares de condições piores aos trabalhadores terceirizados. As estatísticas do IPEA e DIEESE⁶², revelam que o número de acidente de trabalho nos terceirizados é 5 vezes maior que os trabalhadores contratados. E há uma relação quase umbilical entre a prática do trabalho escravo moderno e a terceirização, já que em quase 90% dos casos que se deflagra o trabalho escravo havia ali a terceirização para esconder e simular o verdadeiro beneficiário desse trabalho.

Uma outra análise que precisa ser feita, é que nas empresas que terceirizam não ocorre a retirada das empresas tomadoras de serviços do comando e coordenação da atividade terceirizada, mas, sim, um duplo exercício do poder empregatício, por contratante e contratada, que acabam por causar uma dupla subordinação em relação ao trabalhador. Observa-se, em regra, que a empresa tomadora delega para a empresa prestadora de serviços os custos e as responsabilidades da contratação do trabalho, sem, todavia, renunciar à gestão dessa força de trabalho.

⁶² PELATIERI, Patrícia et al. As desigualdades entre trabalhadores terceirizados e diretamente contratados: análise a partir dos resultados de negociações coletivas de categorias selecionadas. *In*: CAMPOS, André Gambier. **Terceirização do trabalho no Brasil**: novas e distintas perspectivas para o debate. Brasília: Ipea, 2018.

Nesse marco e constatando o fenômeno da dupla subordinação, em maior ou menor grau, de forma mais explícita ou mais velada, porém sempre presente, é que se pode explicar a terceirização como uma forma específica de gestão e organização do trabalho e não necessariamente como uma modalidade de externalização de parcelas de uma dada atividade econômica, numa suposta busca por especialização.

A distinção dessa modalidade exploratória, que preserva o exercício do poder de quem terceiriza, é que tal arranjo evita que esses empregados tenham acesso, por exemplo, aos mesmos salários e benefícios que os empregados contratados diretamente pelos tomadores teriam, coíbe que se afirmem identitariamente como trabalhadores dos setores contratantes e que possam galgar uma ascensão profissional no âmbito da tomadora ou se agremiar coletivamente contra a real beneficiária de sua força de trabalho.

Na verdade, o exato oposto ocorre, já que qualquer perspectiva de permanência que se poderiam cogitar em relação a um posto de trabalho protegido são sonegadas a esses trabalhadores pela volatilidade e descartabilidade com que essa força de trabalho tem sido. Essa estratégia de gestão, interessante do ponto de vista da redução de custos trabalhistas e da redução dos mecanismos individuais e coletivos de resistência à exploração, tem sido uma face importante do processo mais amplo de precarização social do trabalho.

Não há de se dizer que a súmula nº 331 se absteve ao desenvolvimento da terceirização no Brasil, só que os países verdadeiramente desenvolvidos, eles não se valeram para se tornar desenvolvidos de trabalho informal ou de mão de obra terceirizado, visto que a terceirização, como defendido pelo Ministro Marco Aurélio em sua divergência, é uma exceção à regra na relação de emprego. As estatísticas da OIT revelam que os países desenvolvidos ainda têm hoje o trabalhador formal entre 80 e 90% da mão de obra utilizada. Portanto, é preciso se examinar que se a terceirização tem promovido, ou ao contrário, destituído os direitos fundamentais expressos na Constituição e também nos direitos infraconstitucionais, como aqueles previstos CLT e na legislação espaça.

Há um dado que cabe ser trazido a análise. Graças a terceirização há um elevado número de reclamações trabalhistas na justiça do trabalho, que impele a frustração de direitos e o trabalhador vem a justiça buscar. A terceirização afeta a empregabilidade de um modo negativo, porque a terceirização não gera nenhum emprego, ela permite que o empregador substitua uma mão de obra mais cara para uma mais barata. Segundo dados de um Estudo elaborado pela Central Única dos Trabalhadores (CUT) em 2015, o trabalhador terceirizado trabalha cerca de 3 horas a mais por dia que o trabalhador com vínculo e recebem 25% menos de salário, ou seja, nessa perspectiva não há espaço para que novas pessoas sejam contratadas no mercado de

trabalho com contrato direto. Isso acontece, porque como bem pontuou o ministro Barroso, as empresas não desejam pagar todas as verbas rescisórias e por isso, intensifica-se cada vez mais a terceirização em todo o processo produtivo.

Nesse sentido, a justiça do trabalho buscou por meio da súmula nº 331, um meio termo à luz da Constituição, buscando valorizar as normas constitucionais e o direito subjetivo do trabalho. Assim, buscou-se priorizar o princípio da proteção do trabalho, e, para isso, seria necessário estabelecer uma distinção terminológica e factual entre a terceirização de atividade fim e a intermediação de mão de obra, porque essa promove inegavelmente a mercantilização do trabalho, não podendo ser admitida e legalizada pela justiça brasileira.

Como consequência do julgamento da ADPF nº 324 e do RE 958.252, por óbvio, houve um aumento significativo na contratação por terceirização pelas empresas. Em situações de inadimplemento de verbas trabalhistas – o que certamente é mais provável que ocorra com terceirizadas – o empregado só poderá exigir o pagamento dos seus direitos perante a empresa tomadora, após esgotados todos os meios executórios contra a empresa terceirizada. Ou seja, somente após a constrição dos bens desta, a desconsideração da personalidade jurídica e sua decretação de insolvência judicial é que o trabalhador poderá, caso não tenha ainda recebido, cobrar as verbas rescisórias da empresa tomadora dos serviços.

Isso porque a responsabilidade da empresa tomadora dos serviços, no caso da terceirização, é subsidiária, ou seja, ela só será acionada a responder e arcar com as verbas trabalhistas após esgotadas as chances de receber da empresa terceirizada. Ainda que tenha o trabalhador certa garantia no recebimento de suas verbas, dependeria ele do arbítrio e da demora do Judiciário na efetivação das medidas executórias até se chegar ao responsável subsidiário.

Cabe pontuar que antes da decisão do STF, quando apenas era permitida a terceirização das atividades-meio, qualquer terceirização de atividade-fim era considerada ilegal (Súmula 331, inciso I, do TST) e o vínculo de emprego era reconhecido diretamente com a empresa tomadora dos serviços, o que acarretava a ela a responsabilidade solidária com as verbas trabalhistas do empregado. Neste caso, o empregado poderia cobrar diretamente tanto da empresa tomadora quanto da terceirizada o pagamento de suas verbas trabalhistas.

Destaca-se também como consequência da terceirização irrestrita, a maior dificuldade dos trabalhadores se sindicalizarem e se mobilizarem, já que estarão distribuídos em várias empresas terceirizadas. Essa descentralização na organização dos empregados compromete diretamente o poder de mobilização destes na busca de melhores condições trabalhistas e acesso à direitos.

Apenas a título exemplificativo, não cabendo uma análise do entendimento jurisprudencial no atual momento da Justiça do Trabalho, vejamos duas recentes decisões do TST que mostram os reflexos do julgamento da ADPF nº 324 e do RE 958.252 para os casos de terceirização trabalhista:

AGRAVO DE INSTRUMENTO DO RECLAMANTE. RECURSO DE REVISTA. PROCESSO SOB A ÉGIDE DA LEI 13.015/2014 E ANTERIOR À LEI 13.467/2017. 1. TERCEIRIZAÇÃO TRABALHISTA. ADEQUAÇÃO AO ENTENDIMENTO DO STF (TEMA 725 DE REPERCUSSÃO GERAL NO STF - ADPF 324 E RE 958.252). TERCEIRIZAÇÃO LÍCITA. ISONOMIA SALARIAL. O STF, em 30.08. 2018, no julgamento da ADPF-324 (Rel. Min. Roberto Barroso) e do RE-958252 (Rel. Min. Luiz Fux), com repercussão geral (Tema 725), reconheceu a constitucionalidade do instituto da terceirização de toda e qualquer atividade, meio ou fim, afastando a incidência da Súmula 331 do TST. É necessário, pois, o exame da matéria à luz da tese firmada pelo STF, relativamente à legalidade irrestrita de terceirização de serviços, sendo irrelevante perquirir sobre a natureza das atividades exercidas pela empresa contratada. No caso vertente, o TRT afastou a ilicitude da terceirização, à luz do entendimento do E. STF. Consequentemente, não se viabiliza o reconhecimento da isonomia salarial em relação aos empregados da empresa tomadora de serviços e a condenação ao pagamento de direitos e benefícios legais, normativos e/ou contratuais daí decorrentes, em consonância com o entendimento do STF, no julgamento do RE 635.546/MG, segundo o qual "A equiparação de remuneração entre empregados da empresa tomadora de serviços e empregados da empresa contratada (terceirizada) fere o princípio da livre iniciativa, por se tratarem de agentes econômicos distintos, que não podem estar sujeitos a decisões empresariais que não são suas" (Tema 383). Remanesce, contudo, a responsabilidade subsidiária em caso de eventual condenação, nos termos da decisão do STF (Tema 725) e da Súmula 331, IV/TST. Ressalva de entendimento pessoal deste Relator. Agravo de instrumento desprovido.⁶³

AGRAVO DE INSTRUMENTO DA RECLAMANTE. RECURSO DE REVISTA. PROCESSO SOB A ÉGIDE DA LEI 13.015/2014 E ANTERIOR À LEI 13.467/2017. TERCEIRIZAÇÃO TRABALHISTA. ADEQUAÇÃO AO ENTENDIMENTO DO STF (TEMA 725 DE REPERCUSSÃO GERAL NO STF - ADPF 324 E RE 958.252). TERCEIRIZAÇÃO LÍCITA. O STF, em 30.08. 2018, no julgamento da ADPF-324 (Rel. Min. Roberto Barroso) e do RE-958252 (Rel. Min. Luiz Fux), com repercussão geral (Tema 725), reconheceu a constitucionalidade do instituto da terceirização de toda e qualquer atividade, meio ou fim, afastando a incidência da Súmula 331 do TST. É necessário, pois, o exame da matéria à luz da tese firmada pelo STF, relativamente à legalidade irrestrita de terceirização de serviços, sendo irrelevante perquirir sobre a natureza das atividades exercidas pela empresa contratada. No caso vertente, o TRT afastou a ilicitude da terceirização, à luz do entendimento do E. STF. Consequentemente, não se viabiliza o reconhecimento da isonomia salarial em relação aos empregados da empresa tomadora de serviços e a condenação ao pagamento de direitos e benefícios legais, normativos e/ou contratuais daí decorrentes, em consonância com o entendimento do STF, no julgamento do RE 635.546/MG, segundo o qual "A equiparação de remuneração entre empregados da empresa tomadora de serviços e empregados da empresa contratada (terceirizada) fere o princípio da livre iniciativa, por se tratarem de agentes econômicos distintos, que não podem estar sujeitos a decisões empresariais que não são suas" (Tema 383). Remanesce, contudo, a responsabilidade subsidiária em caso de eventual condenação,

⁶³ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **AIRR: 5127320135060021**. Relator: Mauricio Godinho Delgado, Data de Julgamento: 10/11/2021.

nos termos da decisão do STF (Tema 725) e da Súmula 331, IV/TST. Ressalva de entendimento pessoal deste Relator. Agravo de instrumento desprovido⁶⁴.

Observa-se das decisões mencionadas acima que, a partir do novo entendimento do STF, a Justiça do Trabalho tem autorizado a diferença salarial entre empregados contratados da empresa e empregados terceirizado. A justificativa é que por se tratar de agentes econômicos distintos, a exigência de igual salário feriria o princípio da livre iniciativa. Mas na verdade, o que está em xeque é todo o sistema protetor trabalhista, passando a ser incapaz de resolver os problemas entre os interesses do capital e o trabalho digno, já que os “princípios do capital” venceram os princípios subjetivos intrínsecos na relação de emprego.

Demonstra-se a exponencial crescente liberação do trabalho humano de toda a proteção estatal ao trabalhador, sem nenhuma arma, as condições trabalhistas são entregues nas mãos dos empregadores - ou tomadores de mão de obra, como preferem ser chamados atualmente. O alvo passou a ser toda a classe trabalhadora a partir do novo entendimento do STF, e parece que este alvo está sendo constantemente atingido.

Nas palavras de Carelli:

Se acreditarmos que há a possibilidade de que o modo de produção capitalista possa ser justo, deve ser tratado o trabalhador, seja ele realizador de trabalho intelectual ou de escritório, seja ele detentor de tarefas que necessitem de menor qualificação, como cidadão, como uma pessoa íntegra à espera de um tratamento igualitário e digno⁶⁵.

Podemos aqui concluir que da análise das duas decisões, é que a Justiça do Trabalho terá um grande desafio ao aplicar o novo entendimento do STF e garantir os direitos dos trabalhadores. Para tanto, será necessária uma maior fiscalização por parte dos órgãos responsáveis e pelo Poder Público, buscando que o mínimo dos direitos seja garantido ao trabalhador terceirizado.

Concorda-se que o direito deve estar alinhado às transformações sociais e ao desenvolvimento econômico, no entanto, seu objetivo maior tem como obrigatoriedade o cumprimento de deveres e direitos dispostos nos textos normativos e não a garantia de ganhos financeiros buscando a barganha de empregos para os trabalhadores. Sendo assim, a visão econômica em sobreposição à normativa não deveria ser utilizada para casos de terceirização.

⁶⁴ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **TST - AIRR: 118151020165030168**. Relator: Mauricio Godinho Delgado. Data de Julgamento: 29/09/2021.

⁶⁵ CARELLI, Rodrigo. Op. cit., p. 164.

4 ANÁLISE SOBRE O JULGAMENTO DAS ADIs 5.685, 6.686, 5.687, 5.695 e 5.735 PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL⁶⁶

A terceirização foi mais uma vez questionada no STF. Nesse capítulo será visto o novo questionamento sobre a constitucionalidade da Lei das Terceirizações que legislou sobre a possibilidade de terceirização de todas as atividades de uma empresa. Busca-se analisar se a Suprema Corte manteve o entendimento proferido no julgamento da ADPF nº 324 e do RE nº 958.252, que, por maioria, autorizou a terceirização irrestrita, ou se houve alguma alteração no entendimento da Corte.

4.1 Introdução sobre o julgamento

Passados dois anos do julgamento da ADPF nº 324 e do RE 958.252, o tema da terceirização voltou a ser debatido no STF com a propositura das Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADIs) nº 5685, 5686, 5687, 5695 e 5735, sob relatoria do Ministro Gilmar Mendes. As ações foram ajuizadas pela Rede Sustentabilidade (ADI 5685), pela Confederação Nacional das Profissões Liberais (ADI 5686), pelo Partido dos Trabalhadores e pelo Partido Comunista do Brasil (ADI 5687), pelas Confederações Nacionais dos Trabalhadores na Indústria Química e dos Trabalhadores nas Indústrias Têxtil, Vestuário, Couro e Calçados (ADI 5695) e pela Procuradoria-Geral da República (ADI 5735).

Segundo os argumentos apresentados nas ações, a prática irrestrita de terceirização e trabalho temporário em atividades ordinárias das empresas violariam os direitos sociais fundamentais dos trabalhadores, ao propiciar tratamento diferenciado entre empregados diretos e terceirizados na mesma empresa, como a diferença salarial.

Assim, o pedido comum às ações é a declaração de inconstitucionalidade da Lei 13.429/17, conhecida como Lei da Terceirização, que altera dispositivos da Lei 6.019/74, sobre trabalho temporário em empresas e sobre relações de trabalho em empresas de prestação de serviços a terceiros. A Lei das Terceirizações trata do trabalho temporário nas empresas urbanas e das relações de trabalho na empresa de prestação de serviços a terceiros. O texto amplia as possibilidades de contratação de serviço terceirizado, que pode ser feita tanto na atividade meio, quanto na atividade fim da empresa, ou seja, de forma irrestrita.

⁶⁶ Registra-se que as ações ora mencionadas tramitaram sob a relatoria do Min. Gilmar Mendes, tendo sido apensadas para julgamento.

Em 2017, o então procurador-Geral da República, Rodrigo Janot, apresentou ao STF ação contra a Lei das Terceirizações. Segundo Janot, a ampliação "desarrazoada" do regime de locação de mão de obra temporária para atender demandas complementares das empresas, aliada à triplicação do prazo máximo do contrato temporário de três meses para 270 dias, rompe com o caráter excepcional do regime de intermediação de mão de obra. Para o Procurador, o texto ainda viola o regime constitucional de emprego socialmente protegido (artigo 7º, inciso 1º, da CF), esvazia a eficácia dos direitos fundamentais sociais dos trabalhadores (artigos 1º, 7º a 11, 170, incisos VII e VIII, e 193) e vulnera o cumprimento, pelo Brasil, da Declaração de Filadélfia e das Convenções 29 e 155 da OIT.

Para o presente trabalho, a alegação mais relevante pelos Autores das ações é sobre a inconstitucionalidade material da Lei 13.429/17. Afirmam que o legislador ampliou o alcance da terceirização nos contratos de trabalho temporário, a qual pode se dar tanto em relação às atividades-meio quanto às atividades-fim, ofendendo os direitos fundamentais dos trabalhadores, a valorização do trabalho humano, o trabalho enquanto promotor do bem-estar e da justiça social, os princípios da isonomia, da legalidade, da moralidade, da impessoalidade e o primado do concurso público, no âmbito da Administração Pública.

Alegam também que a lei representaria retrocesso de direitos sociais, resultando na precarização da proteção ao trabalhador e levaria à criação de distinções entre trabalhadores em situação semelhante e ao desequilíbrio na relação. Por fim, requereram, que, caso não sejam acolhidos os pedidos de inconstitucionalidade formal e material, reconheça-se que a terceirização das atividades-fim, em contratos temporários, apenas alcance atividades acessórias.

4.2 Voto do Ministro Gilmar Mendes pela improcedência das ADIs

O relator das ações, Ministro Gilmar Mendes, inicialmente, observou em seu voto que a Constituição Federal possui uma série de normas referentes aos chamados direitos sociais do trabalhador que regulam as bases da relação contratual e fixam o estatuto básico do vínculo empregatício. O objetivo foi estabelecer limites ao poder do legislador e dos próprios contratantes na conformação do contrato de trabalho e definir a estrutura básica do modelo jurídico da relação de emprego, com efeitos diretos sobre cada situação concreta. No entanto, ressalta que a Constituição não proíbe a existência de contratos de trabalho temporários, tampouco a prestação de serviços a terceiros, sob qualquer tipo de limitação.

Nas palavras do Relator, em um cenário de etapas produtivas cada vez mais complexo, marcado pelo desenvolvimento da tecnologia e pela crescente especialização dos agentes econômicos, torna-se praticamente impossível definir, sem a influências de opiniões da legislação e de sua discricionariedade, quais atividades seriam meio e quais seriam fim em um sistema cada vez mais interligado. Ele considera que a modernização das relações trabalhistas são uma consequência da modernização dos modelos de produção e são necessárias para aumentar a oferta de emprego e assegurar os direitos constitucionais.

Cabe ressaltar que o “novo” pronunciamento do STF sobre a terceirização em nada é inovador. O Relator do caso, como ocorreu na relatoria do julgamento da ADPF nº 324 e do RE 958.252, realiza uma barganha com os direitos trabalhistas ao dizer que, se não houver trabalho, não há direitos a serem defendidos. Contudo, o altíssimo índice de desemprego no Brasil, não deve ser resolvido com a inserção dos desempregados em trabalhos que não garantam os direitos subjetivos previstos na Constituição do país.

O Relator, ao defender o trabalho a qualquer custo, sobrepondo os direitos trabalhistas, fere não só a Carta Magna como leis infraconstitucionais, como a CLT. De acordo com seu entendimento, a vedação à terceirização de etapas produtivas relacionadas à atividade-fim não passa de um controle artificial, e inócuo, do mercado e das relações trabalhistas. Vejamos tal pronunciamento:

Sem trabalho, não há falar-se em direito ou garantia trabalhista. Sem trabalho, a Constituição Social não passará de uma carta de intenções. A garantia contra despedida arbitrária ou sem justa causa e sua indenização compensatória, o seguro-desemprego, o fundo de garantia do tempo de serviço, o salário mínimo capaz de atender às necessidades vitais básicas do trabalhador e de sua família, o piso salarial proporcional à extensão e à complexidade do trabalho, a irredutibilidade do salário, a garantia de salário mínimo em caso de remuneração variável, o décimo terceiro salário, a remuneração do trabalho noturno superior ao diurno, a proteção do salário contra sua retenção dolosa, a participação nos lucros ou resultados e a participação na gestão da empresa, o salário-família, a jornada não superior a oito horas diárias e quarenta e quatro semanais, a jornada de seis horas para o trabalho realizado em turnos ininterruptos de revezamento, o repouso semanal remunerado preferencialmente aos domingos, a remuneração do serviço extraordinário superior em cinquenta por cento à do normal, o gozo de férias anuais remuneradas, licença à gestante, licença-paternidade, proteção da mulher no mercado de trabalho, aviso prévio proporcional ao tempo de serviço, a redução dos riscos inerentes ao trabalho, o adicional de remuneração para atividades penosas, insalubres ou perigosas, a aposentadoria, a assistência gratuita aos filhos e dependentes desde o nascimento até cinco anos de idade em creches e pré-escolas, o reconhecimento das convenções e acordos coletivos de trabalho, a proteção em face da automação, o seguro contra acidentes de trabalho, a ação quanto aos créditos resultantes das relações de trabalho, a proibição de diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil, a proibição de qualquer discriminação ao trabalhador com deficiência, a proibição de distinção entre trabalho manual, técnico e intelectual ou entre os profissionais respectivos, a proibição de trabalho noturno, perigoso ou insalubre a menores e a igualdade de direitos entre o trabalhador com vínculo

permanente e o trabalhador avulso; tudo isso estará fadado ao esvaziamento se não dermos essa resposta jurídica a um problema econômico e social sistêmico. A rigor, o art. 7º da Constituição não tem vida própria, depende do seu suporte fático: o trabalho.

O Ministro ainda afirma que: “aqui, estamos estabelecendo que o valor jurídico do trabalho seja compatível com o seu valor fático. Só assim superaremos a consagração artificial de direitos trabalhistas, atingindo a valorização do trabalho na medida do seu real valor”. Contudo, não vejo ser possível atingir a valorização do trabalho, como menciona o Relator, sendo certo que o que está sendo defendido entendimento do STF é uma limitação dos direitos trabalhistas ao empregado terceirizado, sendo possível citar como exemplo a diferenciação salarial entre empregados que podem estar exercendo a mesma função, na mesma empresa, só que um sendo terceirizado e o outro não. Na verdade, um julgamento que enfraquece os direitos trabalhistas em nada torna possível a compatibilização do valor jurídico com o valor fático do trabalho, até porque, o valor jurídico está sendo constantemente esvaziado.

Gilmar Mendes trata em um capítulo de seu voto sobre o Paternalismo do Direito do Trabalho. Segundo o Ministro, “o Direito do Trabalho brasileiro baseia-se em uma premissa de contraposição entre empregador e empregado; na prática, uma perspectiva marxista de luta entre classes. Essa dicotomia é um clássico do chamado conflito distributivo”. Contudo, o protecionismo do Direito do Trabalho em nada se assemelha a uma luta de classes, mas sim, no princípio basilar de sua criação, qual seja o de regular a relação jurídica entre patrões e empregados, quando em uma delas há uma força coercitiva e a outra não.

O direito do trabalho busca na verdade equilibrar uma balança que, em diversas situações, tende a pender para o lado mais forte, qual seja, o lado que tem em mãos o poder patronal. Assim, o principal objetivo não é contrapor as partes da balança, mas sim, equiparar as partes e suprimir as diferenças que existem entre elas, buscando assim um equilíbrio necessário para o funcionamento dessa relação. Assim, equivoca-se o Ministro Gilmar ao entender que o Direito do Trabalho propicia qualquer tipo de conflito, tampouco, que realiza a demonização do capital. Até porque, como bem pontuado pelo Relator, estamos em um desenvolvido sistema capitalista que tem como ponto central o lucro.

Para o Ministro, a prática da terceirização coloca em xeque conceitos basilares do Direito do Trabalho, passando a ser necessário, refundar o Direito do Trabalho, instaurando novos pontos de ancoragem ou, no mínimo, reformulando os seus mais fundamentais conceitos. Na verdade, a Lei da Terceirização já seria uma modificação significativa no Direito do Trabalho, fazendo com que as decisões se adequem a nova determinação legal e as consequências a partir dela.

Acredita-se, portanto, que a Justiça do Trabalho estará diante do grande desafio de coibir abusos, nomeadamente o uso ardiloso da terceirização, com vistas a impedir, em qualquer altura do processo produtivo, que alguma empresa deixe de arcar com os direitos trabalhistas.

Ainda conforme o Ministro, a Lei também está em consonância com a regra do concurso público e com todo o arcabouço constitucional, e caberá ao gestor, no exercício de sua competência, optar pela melhor forma de atender ao interesse público. Para o Relator é certo que a utilização de serviço temporário pela administração pública não pode configurar, jamais, burla à exigência de concurso público. Nas palavras de Gilmar:

O concurso público é a única via de ingresso em cargo ou emprego público e qualquer forma de utilização, pela administração pública, do serviço temporário para burlar a regra constitucional do concurso público já encontra sanção em nosso ordenamento e na jurisprudência do STF.

Portanto, a contratação de empresa de serviço temporário para terceirizar o desempenho de determinadas atividades dentro da administração pública não implica em violação à regra do concurso público, uma vez que não permite a investidura em cargo ou emprego público, devendo a Administração observar todas as normas pertinentes a contratação de tais empresas.

O Ministro encerra seu voto, indicando que não vislumbrou violação à Constituição Federal a determinar a nulidade da lei da Terceirização, e nesse sentido, julgou improcedente a ação direta de inconstitucionalidade em face da Lei nº 13.429/2017. Para o Ministro, a lei é válida, já que a Constituição Federal não impôs modelo específico de produção, e a mudança na relação de trabalho é uma tendência natural que o mundo vem passando, precisando que o entendimento jurisdicional também se modifique. Acompanharam seu entendimento os ministros Alexandre de Moraes, Roberto Barroso, Luiz Fux, Cármen Lúcia, Celso de Mello e Dias Toffoli.

4.3 Voto do Ministro Marco Aurélio pela procedência das ADIs

Abrindo a divergência no Julgamento, o Ministro Marco Aurélio também inicia seu voto fazendo uma contextualização histórica do Direito do Trabalho no tempo. O Ministro explica que no contexto da globalização, não apenas o Brasil, mas também a quase totalidade das nações tidas como subdesenvolvidas experimentaram, na década de 1990, importante influência do ideário neoliberal, traduzido, em maior ou menor grau, em crescente pressão pela desregulamentação do mercado de trabalho e pelos novos modelos de produção.

Reflexo disso, ocorreu logo em 1994 com a publicação da Lei nº 8.863, responsável por ampliar a possibilidade de terceirização das atividades de vigilância e transporte de valores para além do âmbito das instituições bancárias.

O Ministro reforça a importância de interpretar as leis trabalhistas no tempo e no espaço global que estão inseridas, mas reforçou que a terceirização sempre teve historicamente um caráter excepcional, e por isso, deve existir limites legais que a tornam uma excepcionalidade. Tal posicionamento, já havia sido levantado no julgamento da ADPF nº 324 e do RE nº 958.252. Vejamos o que entende o Ministro:

Longe de ignorar-se a necessidade de a Consolidação das Leis do Trabalho ser interpretada de acordo com a quadra vivida, considerado o mundo globalizado, marcado por altíssima especialização na divisão do trabalho, o estudo da evolução histórica do tratamento conferido à terceirização no Brasil, isto é, o desdobrar da fórmula no tempo e no espaço, não deixa margem a dúvidas. Apesar do progressivo aumento, desde meados do século XX, das situações nas quais lícita a terceirização, a regra, perpetuada historicamente, jamais deixou de ser a contratação empregatícia clássica, correndo as exceções à conta de circunstâncias extraordinárias, não obstante flexibilizadas com o passar dos anos: inicialmente, restrita, no domínio das relações privadas, ao regime de contratação temporária; depois, circunscrita a determinados segmentos da economia – prestação de serviços de vigilância, transporte de valores, conservação e limpeza – e, alfin, autorizada para a consecução de atividades instrumentais, de apoio, meramente executórias. À possibilidade de terceirização na prestação de serviços o Direito do Trabalho sempre reservou caráter excepcional, devendo a exceção ser interpretada de maneira estrita, especialmente quando envolvidos direitos sociais.

Nesse sentido, entende o Ministro que, apesar do sistema de produção globalizado, as relações trabalhistas terceirizadas continuam sendo exceção, devendo ser interpretadas de forma restrita. Cabe ressaltar que a terceirização não é o modelo de produção global, mas sim, uma forma de contratação da mão de obra. Ou seja, caso ela não seja realizada, não há uma inviabilização do processo.

Além disso, ela não pode ser vista, exclusivamente, como parte essencial do processo produtivo, pois essa é a visão da empresa, o trabalhador não pensa no processo produtivo, pois, muitas vezes, sequer participa de boa parte dele. Inclusive, a alienação do trabalho⁶⁷ é um dos principais conceitos desenvolvidos por Karl Marx ao longo de sua obra. O autor explica que numa linha de produção, por exemplo, o trabalhador faz apenas parte do processo, estando completamente alheio ao produto final e, por consequência, do valor agregado ao bem a partir de seu trabalho.

⁶⁷ MESZAROS, Istvan. **A teoria da alienação em Marx**. São Paulo: Boitempo, 1970.

A ampla constitucionalização dos direitos dos trabalhadores, não ocorreu por acaso. O sistema revela preocupação do constituinte com a tutela dos trabalhadores. A proteção deixou de encontrar fonte apenas na disciplina legal e adquiriu envergadura constitucional, mediante a passagem da CLTT para a Constituição. Desse sistema extrai-se o principal princípio do Direito do Trabalho, o da proteção ao trabalhador, alicerce do estatuto jurídico-constitucional trabalhista a vincular a atuação jurisdicional e servir de vetor interpretativo à solução de controvérsias levadas ao exame da Justiça do Trabalho.

Nesse sentido, como bem ressaltado pelo Ministro, a restrição jurisprudencial à liberação absoluta da terceirização mostra-se consequência do próprio princípio da proteção, matriz do Direito do Trabalho. O tratamento inferior aos terceirizados, surge quase como regra geral no Brasil, mostrando-se uma realidade incompatível com a garantia da isonomia remuneratória em sentido amplo prevista no inciso XXX do artigo 8º da Constituição Federal, reforçada pela Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, da Organização das Nações Unidas (ONU), cujo artigo 23, § 2º, possui a seguinte redação: “toda pessoa, sem qualquer distinção, tem direito a igual remuneração por igual trabalho”.

Logo, a diferença salarial entre o empregado terceirizado e o não terceirizado ofende não só a direitos constitucionais brasileiros, como a normas internacionais, as quais, o Brasil é signatário. O Ministro cita um posicionamento do Godinho⁶⁸, que possui importância ímpar para análise do presente trabalho:

A terceirização, se não acompanhada do remédio jurídico da comunicação remuneratória, transforma-se em mero veículo de discriminação e aviltamento do valor da força de trabalho, ocasionando indesejado rebaixamento do modesto padrão civilizatório alcançado no mercado de trabalho do País.

Nesse sentido, o que quer dizer o Ministro do TST Mauricio Godinho Delgado, referência para os ensinamentos do Direito do Trabalho, é que a terceirização, se não vier acompanhada de salários iguais para os trabalhadores terceirizados e aqueles não terceirizados, se torna uma forma de enriquecimento empresarial baseado na discriminação da força de trabalho, reduzindo os direitos laborais. Muito já se caminhou no sentido da melhoria das condições gerais do trabalho e da fixação da remuneração mínima, mas ainda é patente a desigualdade econômica, agravada por excesso de mão de obra e escassez de emprego. Tendo em vista a temática afeta à terceirização de serviços, não pode o julgador afastar-se do que é

⁶⁸ DELGADO, Mauricio Godinho. Op. cit., 2017, p. 543/544.

mais próprio ao Direito do Trabalho, ou seja, a disparidade jurídica na qual se encontram as partes contratantes, ante as particularidades de cada situação e o momento vivido.

Assim, não se pode o julgador, esquecer-se, no momento da prestação jurisdicional, que sua atuação deve ser norteadada pelos princípios gerais do Trabalho, considerando a história da legislação protetiva, sob pena de subverter-se aquilo que é o fundamento e a razão de ser da Justiça trabalhista, a proteção do trabalhador. Além disso, é função da Justiça laboral impedir a renunciabilidade de direitos do empregado, por sua simples manifestação de vontade ou por conjunturas impostas, como o caso da terceirização irrestrita. Nesse sentido, é essencial que a justiça seja capaz de garantir as proteções e vantagens que lhe asseguram a CLT e a Constituição Federal.

Foi nesse sentido, que o Ministro Marco Aurélio, votou pela procedência da ação, para julgar pela inconstitucionalidade da Lei nº 13.429/2017. Acompanharam a divergência votando pela inconstitucionalidade da Lei, os Ministros Ricardo Lewandowski, Rosa Weber e Edson Fachin.

Em seu voto, o Ministro Fachin pontua de forma brilhante que a questionada lei impossibilita que a Justiça Trabalhista fiscalize e censure práticas decorrentes da intermediação de mão-de-obra. Isso significa dizer que a Justiça Especializada não poderá impedir a ocorrência de fraudes nos contratos de trabalho, o que não se coaduna com a estruturação constitucional das relações de emprego previstas na Constituição Federal.

4.4 Conclusão do Julgamento

Encerrado o julgamento virtual, maioria dos ministros do STF acompanhou o voto do relator, ministro Gilmar Mendes, e confirmou a constitucionalidade da Lei 13.429/17, a chamada Lei das Terceirizações, julgando improcedente as ADIs nº 5685, 5686, 5687, 5696 e 5735.

Assim, o julgamento manteve o entendimento já anteriormente firmado no STF sobre a licitude da terceirização em todas as atividades produtivas, proferido quando do julgamento da ADPF nº 324 e do RE nº 958.252. Ressalta-se que não houve modificação quanto ao entendimento dos Ministros, sendo certo que aqueles que votaram pela licitude da terceirização de todas as atividades, mantiveram o posicionamento votando pela constitucionalidade da Lei das Terceirizações. A ementa do julgamento foi:

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. 2. LEI FEDERAL 13.429/2017. TRABALHO TEMPORÁRIO. PRESTAÇÃO DE SERVIÇO A TERCEIROS. 3. TERCEIRIZAÇÃO DA ATIVIDADE-MEIO E DA ATIVIDADE-FIM. TERCEIRIZAÇÃO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. 4. AUSÊNCIA DE INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL E MATERIAL. PRECEDENTES: ADPF 324, REL. MIN. ROBERTO BARROSO, E RE-RG 958.252, REL. MIN. LUIZ FUX. 5. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE JULGADA IMPROCEDENTE.

Cabe lembrar que a Lei 13.429/2017 não revoga a CLT e, portanto, a terceirização não terá riscos de ser reconhecida como fraudulenta na medida em que o art. 3º da CLT for respeitado, ou seja, desde que não exista na relação entre o tomador de serviços e o prestador terceirizado, concomitantemente, os seguintes elementos: subordinação, pessoalidade, onerosidade e habitualidade.

CONCLUSÃO

Como visto no desenvolvimento do presente trabalho, há claros argumentos contrários à terceirização ampla e irrestrita que, na visão dos juslaboralistas que intencionalmente buscam colocar os direitos sociais acima da lógica do capital, parecem mais adequados para contrariar esse fenômeno. Contudo, em um outro olhar, vimos os argumentos que favorecem o desenvolvimento da produção do mercado, defendendo o argumento da livre iniciativa.

Em uma análise econômica do Direito, sempre vencem em épocas de crises econômicas como a que estamos vivendo, marcado pelo alto índice de desemprego e trabalho informal – argumento usado pelos próprios ministros do TST para defender a terceirização -, o ultrapassado discurso de que os princípios e regras protecionistas do direito do trabalho engessam a atividade empresarial, esta que é dinâmica e necessita de liberdade para enfrentar a cada vez mais acirrada concorrência.

No entanto, a realidade apresentada e vivida pelos trabalhadores nos processos em trâmite na Justiça do Trabalho, advertem que a redução do patamar civilizatório mínimo invariavelmente causa uma piora da situação social e econômica como um todo. Defendo que se houve uma verdadeira harmonização do lucro empresarial com a satisfação dos direitos mínimos trabalhistas, haveria um progresso social e econômico amplo e considerável, visto que, é princípio básico do capitalismo que para o desenvolvimento do sistema é necessário que os indivíduos tenham condições de consumir os produtos e para isso, é necessário salários dignos.

Porém, o que mais acontece em uma sociedade com altíssimo número de desempregados, é a barganha de baixos salários por, pelo menos, ter a oportunidade de conseguir um emprego. Nas sábias palavras do Autor Feliciano⁶⁹:

Terceirizar atividade-fim da empresa, em particular, significa admitir que a empresa tomadora possa captar, no mercado de trabalho, horas de labor humano ao melhor preço disponível, sem qualquer responsabilidade direta para com as pessoas que desempenharão as atividades demandadas. No limite, caminha-se para a reificação do trabalhador, que o tomador de serviços não conhece e não precisa conhecer; suas relações contratuais se estabelecem com o prestador de serviços, que lhe ofertará essa mão-de-obra; e, tendencialmente, o tomador optará sempre por contratar o prestador que lhe ofereça o mesmo “lote” de horas de trabalho a menor preço.

Gostaria de aqui concluir que não cabe em hipótese alguma terceirização de atividade fim de acordo com a lógica constitucional. Não há suporte constitucional para mecanismos de

⁶⁹ FELICIANO, Guilherme Guimarães et. al. **Comentários à lei da reforma trabalhista**: dogmática, visão crítica e interpretação constitucional. São Paulo: LTr, 2018, p. 246/247.

intermediação do uso da força de trabalho, pois isso torna indisponível os direitos do trabalhador. A terceirização de atividades meio deve ser considerada em um modelo restrito, excepcional, acessório, socialmente mais vulnerável e por isso carecedor de uma tutela legislativa especial que confira a máxima densidade possível com visto a sua proteção e para superação do modelo de trabalho rarefeito.

Gostaria de aqui ressaltar que, me parece irracional a discussão de uma possibilidade de terceirização para atividades fins, pois isso significa dizer que é permitido a terceirização de todo um processo produtivo e isso causaria a redução em massa de salários. Aliás, reforço tais desejos pelo que é reverberado por meio dos instrumentos internacionais como a Declaração de Filadelfia que já nos dizia que o trabalho humano não é mercadoria.

Isso porque, a Constituição em seu art. 7º, inciso I instituiu um regime de emprego socialmente protegido, dotado de um conteúdo material que compreende um componente espacial, consistente na pretensão de máxima integração do trabalhador em empreendimento econômico, e um elemento temporal que diz respeito a pretensão de máxima continuidade do vínculo de emprego.

Assegurar esses dois componentes significa em termo de argumentação jurisdicional concretizar o valor social do trabalho em contraponto ao valor da livre iniciativa. Isso significa romper com as barreiras patrimoniais para se discutir também na perspectiva da terceirização trabalhista, direitos extrapatrimoniais, que são direitos que ficam a margem de um sistema de proteção.

No entanto, apesar do verbo “gostaria”, escolhido intencionalmente para demonstrar o forte desejo que a realidade fosse outra, não é o que aconteceu por determinação da Justiça Brasileira, considerando que o STF permitiu a terceirização irrestrita no Direito do Trabalho ao julgar procedente a ADPF nº 324 e o RE nº 958.252, retirando a autonomia da Justiça Especializada em analisar casuisticamente e com o olhar protecionista, o qual é um dos objetivos de sua criação.

Para chegar a essa conclusão, além de superar por vias heterodoxas a sua própria jurisprudência quanto ao não cabimento de ADPF em face de decisões judiciais transitadas em julgado, a ADPF nº 324 foi proposta em face da consolidada jurisprudência do TST, a partir de diversos julgamentos já transitados em julgado que redundaram na expedição da Súmula TST nº 331, que vedava a terceirização de atividades-fim.

O STF, em mais um capítulo do seu ativismo judicial, em hermenêutica sobrecarregada pelo discurso ideológico neoliberal, desconsiderou princípios fundamentais da Constituição e

do Direito do Trabalho e, mais uma vez, legitimou a onda de retrocessos sociais a que assistimos nos últimos anos.

Assim, afirmo que o entendimento acolhido pelo STF foi o do retrocesso. O STF, mais uma vez, acolhe a tese menos protetiva do caráter social da Constituição de 1988. A pergunta que fica é: se diante dos limites colocados pela Súmula nº 331 do TST, já era difícil conter o avanço da precarização e da intermediação fraudulenta de mão de obra nas relações de trabalho, o que se pode esperar do cenário do trabalho no país a partir do momento que o STF autoriza a prática da terceirização de todas as atividades empresariais, em um contexto de crise econômica, no qual a ordem do mercado tem sido o corte de custos independentemente do que esses custos – e quem são esses “custos” - representam? A resposta para esses questionamentos pode ser vista daqui a anos com o aumento da desigualdade social e da miserabilidade.

A verdade é que a mencionada súmula nº 331, buscou o equilíbrio entre os princípios da livre iniciativa e da valorização do trabalho humano por meio de atitude interpretativa e restritiva da terceirização, pois, como bem visto no presente trabalho, esse instituto não deveria ser usado como regra, mas como exceção ao contrato de trabalho padrão. Não há qualquer contrariedade entre o enunciado nº 331 e a Constituição Federal, quando a Justiça especializada promove a análise de um contrato entre tomador de serviços e o prestador que oferta a mão-de-obra.

Cabe ressaltar que o STF ao pronunciar seu novo entendimento, não ofereceu respostas, nem pacificou conflitos, tampouco trouxe segurança jurídica. O que foi feito é a autorização expressa da terceirização de todas as atividades empresariais, sem qualquer limite legal. Isso abre caminho para um período de incertezas jurídicas que precisará que ser respondido por meio de profunda reconstrução dos pilares de proteção ao trabalho no Brasil. A meu ver, o principal receio é a abertura de um caminho que aprofunde ainda mais o processo de precarização que a exploração ilimitada do trabalho engendra e coloca em xeque um dos fundamentos Constituição Brasileira, do qual deveria ser defensor, qual seja a valorização social do trabalho.

Nesse sentido, o presente trabalho buscou construir o desenvolvimento da terceirização com o passar dos anos e com as alterações na legislação. Tentou-se defender na presente dissertação, posicionamento contrário ao adotado pelo STF no julgamento sobre a terceirização irrestrita, demonstrando os malefícios que tal decisão pode causar ao direito social do trabalho digno.

Entende-se que a Justiça do Trabalho terá que aprender, por meio de um caminho tortuoso, que não é possível interpretar a “valorização social do trabalho” como um enunciado

retórico de uma ordem jurídica que, na verdade, é regida por imperativos econômicos. Nas palavras de Gabriela Neves Delgado e Renata Queiroz Dutra⁷⁰:

Relembremos, a duras penas, que os limites do Direito e da Economia são colocados em diferentes searas justamente porque aquilo que o Direito pode assegurar em termos de padrões civilizatórios, democracia e preservação de garantias fundamentais, não pode ser oferecido pelas meras movimentações econômicas. Será preciso experimentar o empobrecimento de quem trabalha para entender, como afirma Laura Carvalho, que “A proteção aos mais vulneráveis sempre pode caber no orçamento, mas o genocídio jamais caberá na civilização.

Por fim, o presente trabalho busca concluir que a Justiça Trabalhista terá grandes desafios com o compromisso com a realidade trabalhista no Brasil. Embora os recentes pronunciamentos do STF tenham sido lastreados pelas preocupações de natureza econômica e do desenvolvimento comercial, a questão sociológica merece profunda atenção pela justiça especializada.

É preciso nortear os próximos julgamentos sobre terceirização considerando que, a Constituição Federal se compromete com a dignidade humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, o combate às desigualdades sociais e regionais, a justiça social, a busca do pleno emprego e a função social da propriedade, simultaneamente. Isso significa dizer que, não é elencado pela Carta Magna, qual valor é mais relevante que outro, sendo certo ser necessário um sopesamento para o alcance da justiça social e garantia dos direitos trabalhistas.

⁷⁰ DELGADO, Gabriela Neves; DUTRA, Renata Queiroz. **Terceirização sem limites**: a crônica de uma tragédia social anunciada. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/terceirizacao-sem-limites-a-cronica-de-uma-tragedia-social-anunciada-04092018> Acesso em: 02 fev. 2022.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMORIM, Helder Santos; DELGADO, Gabriela Neves; VIANA, Márcio Túlio. Terceirização: aspectos gerais: a última decisão do STF e a Súmula n. 331 do TST: novos enfoques. **Revista Ltr: legislação do trabalho**, São Paulo, v. 75, n. 3, p. 282-295, mar. 2011.

ANAMATRA. Reforma Trabalhista. Enunciados Aprovados na 2ª Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho (2017). **Anais do XIX Congresso Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho 2018**. Disponível em: https://www.anamatra.org.br/attachments/article/27175/livreto_RT_Jornada_19_Conamat_site.pdf. Acesso em: 11 nov. 2021.

ANTUNES, Ricardo. **Os sentidos do trabalho**: Ensaio sobre a afirmação e a negação do trabalho. 4. ed. São Paulo: Boitempo, 2001.

BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 07 jan. 2022.

BRASIL. **Decreto Lei 200 de 25 de fevereiro de 1967**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del0200.htm. Acesso em: 08 fev. 2022.

BRASIL. **Decreto Lei 5.452 de 10 de novembro de 43**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452compilado.htm. Acesso em: 08 fev. 2022.

BRASIL. **Decreto nº 73.841 de março de 1974**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/Antigos/D73841.htm. Acesso em: 08 fev. 2022.

BRASIL. **Lei 13.429, de 31 de março de 2017**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/113429.htm. Acesso em: 08 fev. 2022.

BRASIL. **Lei 13.467, de 13 de julho de 2017**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/113467.htm. Acesso em: 08 fev. 2022.

BRASIL. **Lei 7.102/83**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7102.htm. Acesso em: 08 fev. 2022.

BRASIL. **Lei nº 6.019/74**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6019.htm. Acesso em: 08 fev. 2022.

BRASIL. **Projeto de Lei 4.302 em 1998**. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=20794>. Acesso em: 08 fev. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI 5.685**. Relator: Min. Gilmar Mendes. Julgamento em: 05 a 15/06/2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI 5.687**. Relator: Min. Gilmar Mendes. Julgamento em: 05 a 15/06/2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI 5.695**. Relator: Min. Gilmar Mendes. Julgamento em: 05 a 15/06/2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI 5.735**. Relator: Min. Gilmar Mendes. Julgamento em: 05 a 15/06/2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI 6.686**. Relator: Min. Gilmar Mendes. Julgamento em: 05 a 15/06/2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF 324**. Relator: Min. Luis Roberto Barroso DJe 6.9.2019.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Súmula 239 do TST**. Disponível em: <https://www.legjur.com/sumula/busca?tri=tst&num=239>. Acesso em: 07 jan. 2022.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Súmula nº 256 do TST**. Disponível em: <https://www.legjur.com/sumula/busca?tri=tst&num=256>. Acesso em: 07 jan. 2022.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Súmula nº 257 do TST**. Disponível em: <https://www.legjur.com/sumula/busca?tri=tst&num=257>. Acesso em: 07 jan. 2022.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Súmula nº 331 do TST**. Disponível em: <https://www.legjur.com/sumula/busca?tri=tst&num=256>. Acesso em: 07 jan. 2022.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **AIRR: 5127320135060021**. Relator: Mauricio Godinho Delgado, Data de Julgamento: 10/11/2021.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **TRT-24 00243300520165240003**. Relator: Amaury Rodrigues Pinto Junior. Data de Julgamento: 22/08/2018.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **TST - AIRR: 118151020165030168**. Relator: Mauricio Godinho Delgado. Data de Julgamento: 29/09/2021.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **TRT15 0010161-53.2016.5.15.0103**. 3ª Vara do Trabalho de Araçatuba do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região. Data de Julgamento: 22/08/2018.

CARELLI, Rodrigo. **Terceirização como intermediação de mão de obra**. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.

CASSAR, Vólia Bonfim. **Direito do trabalho**. Rio de Janeiro: Forense; 2015.

CONFEDERAÇÃO NACIONAL DA INDÚSTRIA. **Terceirização Comparada: Brasil e outros países**. Disponível em: [https://conexaotrabalho.portaldaindustria.com.br/media/publication/files/Deloitte_CNI_Terceirizacao_Livreto_v9_8-3%20\(1\)_1.pdf](https://conexaotrabalho.portaldaindustria.com.br/media/publication/files/Deloitte_CNI_Terceirizacao_Livreto_v9_8-3%20(1)_1.pdf). Acesso em: 12 nov. 2021.

DELGADO, Gabriela Neves; DUTRA, Renata Queiroz. **Terceirização sem limites: a crônica de uma tragédia social anunciada.** Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/terceirizacao-sem-limites-a-cronica-de-uma-tragedia-social-anunciada-04092018> Acesso em: 02 fev. 2022.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Princípios Constitucionais do Trabalho e Princípios de Direito Individual e Coletivo do Trabalho.** 5. ed. São Paulo: LTr, 2017.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho.** 4. ed. São Paulo: LTr, 2005.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho.** 16. ed. São Paulo: LTr, 2017.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho.** 18. ed. São Paulo: LTr, 2019.

DELGADO, Mauricio Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. **A reforma trabalhista no Brasil com os comentários à Lei n. 13.467/2017.** São Paulo: Editora LTr, 2017.

DELGADO, Mauricio Godinho; DELGADO, Gabriela. **Curso de Direito do Trabalho.** São Paulo: LTR, 2019.

DUTRA, Retana Queiroz; MATTOS, Bianca. A terceirização, o STF e o Estado de Exceção. **Teoria Jurídica Contemporânea**, vol. 4, n. 2, 2019.

FELICIANO, Guilherme Guimarães et. al. **Comentários à lei da reforma trabalhista: dogmática, visão crítica e interpretação constitucional.** São Paulo: LTr, 2018.

FILGUEIRAS, Vitor; CAVALCANTE, Sávio. **Terceirização: debate conceitual e conjuntura política.** Disponível em: <https://www.dmttemdebate.com.br/terceirizacao-debate-conceitual-e-conjuntura-politica/>. Acesso em: 11 nov. 2021.

GOVERNO DO ESTADO DO PARANÁ. **A Declaração Universal e a Constituição de 1988.** Disponível em: [https://www.justica.pr.gov.br/Pagina/Declaracao-Universal-e-Constituicao-de-1988#:~:text=Todos%20s%C3%A3o%20iguais%20perante%20a%20lei%20e%20t%C3%AAm%20direito%20sem,qualquer%20incitamento%20a%20tal%20discrimina%C3%A7%C3%A3o](https://www.justica.pr.gov.br/Pagina/Declaracao-Universal-e-Constituicao-de-1988#:~:text=Todos%20s%C3%A3o%20iguais%20perante%20a%20lei%20e%20t%C3%AAm%20direito%20sem,qualquer%20incitamento%20a%20tal%20discrimina%C3%A7%C3%A3o.). Acesso em: 07 jan. 2022.

HARARI, Yuval Noah. **Sapiens: Uma Breve História da Humanidade.** Porto Alegre: LPM, 2011.

LACERDA, Luísa. Terceirização e intermediação de mão de obra: em busca de novos parâmetros de responsabilização. **Rev. TST**, Brasília, vol. 81, n. 3, jul/set 2015.

MESZAROS, Istvan. **A teoria da alienação em Marx.** São Paulo: Boitempo, 1970.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Constituição da OIT, aprovada em 1948.** Disponível em: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/--ilo-brasilia/documents/genericdocument/wcms_336957.pdf. Acesso em: 07 jan. 2022.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Convenção 100 da OIT.**

https://www.ilo.org/brasil/convencoes/WCMS_235190/lang--pt/index.htm. Acesso em: 07 jan. 2022.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Convenção 105 da OIT.**

https://www.ilo.org/brasil/convencoes/WCMS_235195/lang--pt/index.htm. Acesso em: 07 jan. 2022.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Convenção 111 da OIT.**

https://www.ilo.org/brasil/convencoes/WCMS_235325/lang--pt/index.htm. Acesso em: 07 jan. 2022.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Convenção 138 da OIT.**

<https://www.tst.jus.br/documents/2237892/0/Conven%C3%A7%C3%A3o+138+da+OIT++Idade+m%C3%ADnima+de+admiss%C3%A3o+ao+emprego>. Acesso em: 07 jan. 2022.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Convenção 182 da OIT.**

https://www.ilo.org/brasil/convencoes/WCMS_236696/lang--pt/index.htm. Acesso em: 07 jan. 2022.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Convenção 29 da OIT.**

https://www.ilo.org/brasil/convencoes/WCMS_235021/lang--pt/index.htm. Acesso em: 07 jan. 2022.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Convenção 87 da OIT.**

Disponível em: <https://www.cut.org.br/system/uploads/ck/files/convencao87.pdf>. Acesso em: 07 jan. 2022.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Convenção 98 da OIT.**

<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=4699187>. Acesso em: 07 jan. 2022.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Recomendação n. 198/2006.**

Disponível em: <https://www.registrab.com.br/recomendacao-oit-198-relativa-a-relacao-de-trabalho/>. Acesso em: 11 nov. 2021.

PELATIERI, Patrícia et al. As desigualdades entre trabalhadores terceirizados e diretamente contratados: análise a partir dos resultados de negociações coletivas de categorias selecionadas. *In*: CAMPOS, André Gambier. **Terceirização do trabalho no Brasil**: novas e distintas perspectivas para o debate. Brasília: Ipea, 2018.

PEREIRA, Paulo Henrique Borges. **A eficácia e os limites da terceirização no Brasil.**

Disponível em: <https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/8931/A-eficacia-e-os-limites-da-terceirizacao-no-Brasil>. Acesso em: 11 nov. 2021.

PORTO, Lorena Vasconcelos. A Terceirização na Reforma Trabalhista e a Violação às Normas Internacionais de Proteção ao Trabalho. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região**, Belo Horizonte, v. 63, n. 96, jul./dez. 2017.

SANCHEZ, Elizabete Lumiko Fukuma. Terceirização – Aspectos Trabalhistas. **Revista Terceirização**, ed. 1, p. 18-20, 2003.

SILVA, José Antônio Ribeiro de Oliveira. A terceirização de atividade-fim e a (des)proteção aos direitos sociais. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região**, Curitiba, v. 9, n. 83, p. 86-108, out./nov. 2019.

SILVA, Sayonara Grillo Coutinho da; PALMISCIANO, Ana Luísa. A terceirização sob o prisma do trabalho e do desenvolvimento social. **Rev. TST**, Brasília, vol. 80, no 3, jul/set 2014.

SUSSEKIND, Arnaldo; MARANHÃO, Decio. **Instituições de Direito do Trabalho**. 19. ed. São Paulo: LTr, 2000

TUDO o que você precisa saber sobre Outsourcing: o que é, vantagens e como aderir! **Pontotel**. Disponível em: <https://www.pontotel.com.br/outsourcing/>. Acesso em: 11 nov. 2021.

VIANA, Márcio Túlio. **Para entender a terceirização**. São Paulo: LTR, 2015.

VIANA, Márcio Túlio. Terceirização e sindicato: um enfoque para além do direito. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região**, Belo Horizonte, v. 37, n. 67, p. 117-144, jan./jun. 2003.