

UNIVERSIDADE DE MARÍLIA

DAISY DORO PEREZ

**ANÁLISE CRÍTICA DA TERCEIRIZAÇÃO NAS RELAÇÕES DE TRABALHO NO
BRASIL SEGUNDO OS PRINCÍPIOS DA ORDEM ECONÔMICA**

MARÍLIA

2019

DAISY DORO PEREZ

**ANÁLISE CRÍTICA DA TERCEIRIZAÇÃO NAS RELAÇÕES DE TRABALHO NO
BRASIL SEGUNDO OS PRINCÍPIOS DA ORDEM ECONÔMICA**

Dissertação apresentada ao Programa de Mestrado em
Direito da Universidade de Marília como requisito para a
obtenção do título de Mestre em Direito, sob orientação do
Prof. Dr. Lourival José de Oliveira.

MARÍLIA

2019

Perez, Daisy Doro

Análise crítica da terceirização nas relações de trabalho no Brasil segundo os princípios da ordem econômica / Daisy Doro Perez - Marília: UNIMAR, 2019.

144f.

Dissertação (Mestrado em Direito – Empreendimentos Econômicos, Desenvolvimento e Mudança Social – Universidade de Marília, Marília, 2019.

Orientação: Prof. Dr. Lourival José de Oliveira

1. Ordem Econômica 2. Terceirização 3. Valorização - Trabalho Humano I. Perez, Daisy Doro

CDD – 341.378

DAISY DORO PEREZ

ANÁLISE CRÍTICA DA TERCEIRIZAÇÃO NAS RELAÇÕES DE TRABALHO NO
BRASIL SEGUNDO OS PRINCÍPIOS DA ORDEM ECONÔMICA

Dissertação apresentada ao Programa de Mestrado em Direito da Universidade de Marília, área de concentração Empreendimentos Econômicos, Desenvolvimento e Mudança Social, sob a orientação do Prof. Dr. Lourival José de Oliveira.

Aprovado pela Banca Examinadora em ____/____/____.

Prof. Dr. Lourival José de Oliveira
Orientador

Prof. (a) Dr. (a)

Prof. (a) Dr. (a)

Dedico esse trabalho aos meus pais (*in memoriam*),
que me ensinaram os valores do estudo e do trabalho.

Agradeço a Deus por mais esta oportunidade concedida em minha vida. À minha família pelo apoio incondicional. Ao Professor Lourival pela sua assistência constante, correções e incentivos. A todo o corpo docente do Mestrado e equipe da Secretaria. Às amigas e amigos que me ajudaram e incentivaram nessa jornada, o meu muito obrigada.

ANÁLISE CRÍTICA DA TERCEIRIZAÇÃO NAS RELAÇÕES DE TRABALHO NO BRASIL SEGUNDO OS PRINCÍPIOS DA ORDEM ECONÔMICA

Resumo: A presente dissertação propõe uma análise crítica do fenômeno da terceirização do trabalho à luz dos princípios constitucionais da ordem econômica, notadamente o princípio da valorização do trabalho humano. O objetivo geral é identificar a conformidade da regulamentação da terceirização no Brasil, trazida pela Lei nº 13.429 de 31 de março de 2017 e modificada pela Lei nº 13.467 de 13 de julho de 2017, aos princípios constitucionais da ordem econômica, tendo ainda como objetivos específicos compreender o fenômeno da terceirização do trabalho, identificar os principais problemas dele decorrentes e formular propostas de aperfeiçoamento normativo para o cumprimento dos princípios constitucionais. Para compreensão da terceirização, o estudo inicia com um percurso histórico da construção legislativa sobre a terceirização no Brasil, ressaltando seus fatores determinantes. Segue com a conceituação do instituto e sua contextualização nas relações de trabalho, enfocando, também, o seu significado para o aperfeiçoamento do processo produtivo das empresas, abordando, sucintamente, outras formas de terceirização. Em seguida, estuda-se a relação da terceirização com a precarização do trabalho humano, o problema relativo à responsabilidade do tomador de serviços pelas obrigações trabalhistas nas relações de trabalho terceirizadas e o posicionamento da OIT sobre o tema. Analisa-se de forma crítica a lei da terceirização em comparação com os parâmetros adotados pela Súmula nº 331 do TST e, também, faz-se uma análise sistêmica à luz dos fundamentos e princípios da ordem econômica, buscando responder se os novos paradigmas normativos observaram de forma equilibrada os referidos fundamentos e princípios constitucionais e, ainda, se haverá possibilidade de retrocesso nas cláusulas sociais. São apresentadas propostas de aperfeiçoamento, destacando-se o papel da negociação coletiva, da atuação do Ministério Público do Trabalho e da Auditoria Fiscal do Trabalho e a importância do conceito de subordinação estrutural para a atribuição de responsabilidade aos tomadores de serviço. Ao final, sugerem-se propostas de alterações legislativas para o cumprimento dos princípios da ordem econômica. Utilizou-se o método dedutivo, sendo realizadas pesquisas bibliográficas, legislativas e na jurisprudência.

Palavras-chave: Ordem econômica. Terceirização. Valorização do trabalho humano.

CRITICAL ANALYSIS OF THE OUTSOURCING IN WORK RELATIONS IN BRAZIL ACCORDING TO THE PRINCIPLES OF THE ECONOMIC ORDER

Abstract: This dissertation proposes a critical analysis of the phenomenon of the outsourcing of labor in light of the constitutional principles of the economic order, notably the principle of valorization of human work. The general objective is to identify the compliance of the outsourcing regulation in Brazil, brought by Law 13429 of March 31, 2017 and modified by Law 13467 of July 13, 2017, to the constitutional principles of the economic order, also having specific objectives understand the phenomenon of outsourcing, identify the main problems arising from it and formulate proposals for normative improvement to comply with constitutional principles. To understand the outsourcing, the study begins with a historical course of the legislative construction on outsourcing in Brazil, highlighting its determining factors. It follows with the conceptualization of the institute and its contextualization in the labor relations, also focusing its meaning for the improvement of the productive process of the companies, briefly addressing other forms of outsourcing. Next, we study the relationship between outsourcing and the precariousness of human labor, the problem of the responsibility of the service taker for the labor obligations in the outsourced work relations and the position of the ILO on the subject. The law of outsourcing is critically analyzed in comparison with the parameters adopted by the TST Precedent nº 331 and also, a systemic analysis is made in light of the fundamentals and principles of the economic order, seeking to respond if the new normative paradigms observed in a balanced way the aforementioned foundations and constitutional principles, and also, if there is a possibility of regression in the social clauses. Proposals are presented for improvement, highlighting the role of collective bargaining, the work of the Public Labor Ministry and the Fiscal Audit of Labor and the importance of the concept of structural subordination for the assignment of responsibility to service providers. At the end, proposals for legislative changes are suggested for compliance with the principles of the economic order. The deductive method was used, being carried out bibliographical, legislative and jurisprudence researches.

Key words: Economic order. Outsourcing. Valorization of human work.

LISTA DE ABREVIATURAS

ADC – Ação Declaratória de Constitucionalidade

ADPF - Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental

ANAMATRA – Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho

CLT – Consolidação das Leis do Trabalho

DIEESE - Departamento Intersindical de Estatística e Estudos Socioeconômicos

FGTS – Fundo de Garantia por Tempo de Serviço

IPEA – Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada

OIT – Organização Internacional do Trabalho

RAIS - Relação Anual de Informações Sociais

RE – Recurso Extraordinário

STF – Supremo Tribunal Federal

TRT – Tribunal Regional do Trabalho

TST – Tribunal Superior do Trabalho

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	10
1 A TERCEIRIZAÇÃO NAS RELAÇÕES DE TRABALHO NO BRASIL.....	14
1.1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA E OS FATORES DETERMINANTES.....	14
1.2 CONCEITO DE TERCEIRIZAÇÃO E SUA CONTEXTUALIZAÇÃO NAS RELAÇÕES DE TRABALHO.....	24
1.3 A TERCEIRIZAÇÃO COMO APERFEIÇOAMENTO DO PROCESSO PRODUTIVO..	30
1.4 OUTRAS FORMAS DE TERCEIRIZAÇÃO.....	34
2 PRINCIPAIS PROBLEMAS SURTIDOS COM A TERCEIRIZAÇÃO.....	43
2.1 A PRECARIZAÇÃO DO TRABALHO HUMANO.....	44
2.2 A RESPONSABILIDADE PELAS OBRIGAÇÕES TRABALHISTAS NAS RELAÇÕES TERCEIRIZADAS.....	51
2.3 POSICIONAMENTO DA OIT NOS PROCESSOS DE TERCEIRIZAÇÃO.....	66
3 ESTUDO CRÍTICO DA REGULAMENTAÇÃO DA TERCEIRIZAÇÃO E OS PRINCÍPIOS DA ORDEM ECONÔMICA.....	73
3.1 A NORMATIZAÇÃO DA TERCEIRIZAÇÃO NO BRASIL.....	74
3.2 ANÁLISE SISTÊMICA DA TERCEIRIZAÇÃO E OS PRINCÍPIOS DA ORDEM ECONÔMICA.....	81
3.3 POSSIBILIDADE DE RETROCESSO DAS CLÁUSULAS SOCIAIS.....	91
4 PROPOSTAS DE APERFEIÇOAMENTO DO PROCESSO DE TERCEIRIZAÇÃO DE ACORDO COM OS PRINCÍPIOS DA ORDEM ECONÔMICA.....	103
4.1 A NEGOCIAÇÃO COLETIVA COMO FORMA DE COIBIR ABUSOS NA TERCEIRIZAÇÃO.....	104
4.2 FORMAS DE ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO E DA AUDITORIA FISCAL DO TRABALHO.....	111
4.3 A SUBORDINAÇÃO ESTRUTURAL APLICADA ÀS RELAÇÕES DE TRABALHO COMO FORMA DE RESPONSABILIZAÇÃO.....	118
4.4 PROPOSTAS DE APERFEIÇOAMENTO NORMATIVO PARA O CUMPRIMENTO DOS PRINCÍPIOS DA ORDEM ECONÔMICA.....	121

CONCLUSÃO.....127

REFERÊNCIAS.....133

INTRODUÇÃO

Nas últimas décadas, de maneira geral, as empresas vivenciaram profundas alterações, surgindo novas formas de organização das suas atividades, propiciadas pelos avanços tecnológicos e fomentadas pela globalização da economia. Nesse contexto, o processo produtivo passa de um modelo verticalizado de produção para um modelo horizontalizado, onde a empresa busca concentrar-se no núcleo essencial do seu negócio, visando a uma maior eficiência e a uma redução nos seus custos. Surgem assim, novos e complexos arranjos empresariais, tais como as cadeias produtivas e as redes de empresas.

Consequentemente, criaram-se outras formas de gestão e organização da força de trabalho, dentre as quais a terceirização, que se tornou mundialmente difundida, trazendo mudanças nas relações de trabalho. Num mesmo ambiente de trabalho passam a conviver trabalhadores diretos e terceirizados, com condições de trabalho diferenciadas, variando principalmente a remuneração, o local da prestação de serviços, tornando-se quase impossível a prevalência do princípio da igualdade.

Ao mesmo tempo, no final do século XX, surge um clamor por alterações legislativas que venham a adaptar o ordenamento jurídico trabalhista ao atual modelo de produção mais flexível, com ganhos de eficiência e produtividade, para que, assim, as empresas possam manter sua competitividade num cenário econômico instável, marcado por acirrada concorrência tanto em nível local quanto em nível global.

A terceirização dos serviços gera uma relação de trabalho triangular, que envolve a empresa tomadora, beneficiária dos serviços, a empresa prestadora e o empregado por ela contratado, chamado de “terceirizado”. Esse novo paradigma de contratação desafia o modelo clássico da relação de emprego, de estrutura bilateral, firmada entre o trabalhador e a empresa que auferir o resultado do seu trabalho. Transferem-se as responsabilidades trabalhistas para a empresa terceirizada. Além disso, outro efeito significativo da terceirização é a fragmentação da classe trabalhadora, com o conseqüente enfraquecimento do seu poder coletivo. Tudo isso acaba por afetar os pilares do próprio Direito do Trabalho.

Defendida por uns como modernização e acusada por outros como precarização das condições de trabalho, o fato é que a terceirização é uma prática disseminada, que não deve ser ignorada pelo Direito, sendo que, ao longo das últimas décadas vem sendo amplamente utilizada no Brasil, a despeito da inexistência de uma lei específica sobre o tema até o ano de 2017.

Até a edição da Lei nº 13.429 de 31 de março de 2017, no Brasil, a terceirização era permitida em casos excepcionais previstos em leis especiais e era regulada através da Súmula nº 331 do TST, que consubstanciou o entendimento no sentido da ilicitude da terceirização praticada nas atividades-fim das empresas.

A referida lei trouxe uma significativa mudança em relação ao entendimento jurisprudencial, passando a permitir a terceirização de quaisquer atividades empresariais, inclusive a principal, bem como a subcontratação dos serviços para outras empresas, a chamada “quarteirização”. A contratação do trabalho mediante terceirização deixa de ser modalidade de exceção no ordenamento jurídico e passa a disputar espaço no mercado de trabalho, ocupando uma parcela antes restrita à contratação na forma direta.

Estudos realizados no Brasil nos últimos anos apontaram os principais problemas decorrentes da terceirização: a desigualdade no tocante a salários e demais condições de trabalho, uma menor proteção aos riscos existentes no meio ambiente de trabalho, a fragmentação da classe trabalhadora e conseqüente perda do seu poder organizativo e a mercantilização da força de trabalho. Demonstraram, ainda, que a terceirização pode se tornar um meio para a empresa se eximir da responsabilidade pelos trabalhadores, podendo estar associada, também, ao trabalho análogo ao de escravo.

A Lei nº 13.429 de 31 de março de 2017, com as modificações introduzidas pela Lei nº 13.467 de 13 de julho de 2017, criou o contrato de prestação de serviços a terceiros, dando ampla liberdade aos empresários, retirando as limitações à contratação de serviços nas atividades-fim e permitindo a externalização de atividades sem garantir a igualdade de condições de trabalho nesse caso. Quanto aos salários, não estabeleceu a obrigatoriedade de equivalência salarial entre empregados diretos e terceirizados, cuja questão poderá ser livremente decidida pelas empresas contratante e contratada. No que se refere às responsabilidades, a lei prevê que a empresa tomadora dos serviços é responsável subsidiária pelas obrigações trabalhistas e responsável direta por garantir as condições de higiene, segurança e salubridade somente quando o trabalho for prestado em suas dependências ou local previamente convencionado em contrato.

A ordem econômica brasileira está fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, sendo ainda orientada por diversos princípios elencados no artigo 170 da Constituição Federal de 1988. O sistema econômico adotado constitucionalmente foi o capitalismo, a par da consagração dos direitos sociais, dentre eles os trabalhistas, elevados à categoria de direitos fundamentais.

Toda a produção legislativa ordinária deve ater-se aos princípios constitucionais, de forma que seja alcançada a sua máxima efetividade, criando regras que representem a concretização dos valores contidos naqueles princípios, os quais, por não possuírem caráter absoluto, devem ser sopesados pelo legislador com equilíbrio para que uns não prevaleçam indevidamente sobre outros.

Segundo a ótica constitucional, o trabalho humano não é um mero fator de produção, mas sim um valor social que conduz à realização da dignidade da pessoa humana, sendo um dos fundamentos da República, juntamente com a livre iniciativa. Os instrumentos de valorização do trabalho humano encontram-se no rol dos direitos sociais enumerados nos artigos 6º e 7º da Constituição Federal de 1988.

Partindo dessa premissa, é relevante realizar uma análise crítica da lei da terceirização, cotejando-a com os valores e princípios constitucionais da ordem econômica, especialmente a valorização do trabalho humano, a livre iniciativa, a função social da propriedade, a livre concorrência, a redução das desigualdades sociais e regionais e a busca do pleno emprego.

Considerando que o Direito do Trabalho tem como fundamento o princípio da proteção, há que se questionar se a regulamentação do instituto da terceirização, na forma como foi tratado pela nova lei, enfrentou adequadamente os problemas surgidos com a terceirização, contribuindo para um maior equilíbrio nas relações entre empresários e trabalhadores. Cabe averiguar se os interesses conflitantes foram igualmente contemplados e, ainda, se a lei favorecerá uma melhoria das condições sociais, conforme a diretriz contida no artigo 7º da Constituição Federal de 1988 ou se, ao contrário, permitirá retrocessos.

A aprovação das leis relativas à terceirização e à reforma trabalhista foi acompanhada de um discurso de que ambas representam uma modernização da legislação que, além de proporcionar vantagens aos empresários, propiciaria a manutenção e a geração de novos empregos.

Sem discordar do argumento de que a legislação do trabalho carecia de uma atualização para melhor adequar-se às novas práticas surgidas nas últimas décadas, é necessário refletir até que ponto a flexibilização da legislação trabalhista, no que se refere à terceirização, contribuirá, de fato, para a solução dos problemas apontados, bem como o seu potencial para gerar empregos decentes e não mais precários.

Após as análises e reflexões propostas acima, pode-se pensar se são necessárias alterações legislativas que contribuam para um aperfeiçoamento do processo de terceirização, evitando o seu desvirtuamento e dando efetivo cumprimento aos princípios constitucionais da ordem econômica.

O primeiro capítulo inicia com um percurso histórico-legislativo sobre a terceirização no Brasil, ressaltando seus fatores determinantes, apresentando sua conceituação, sua contextualização nas relações de trabalho, seu significado para o aperfeiçoamento do processo produtivo das empresas, abordando outras formas de terceirização. Na sequência, foram estudados os principais problemas surgidos com a terceirização, sendo tratados os temas da precarização do trabalho humano, da responsabilidade do tomador dos serviços e o posicionamento da OIT.

O terceiro capítulo contém um estudo crítico da regulamentação da terceirização face aos princípios constitucionais da ordem econômica, a partir da evolução da normatização no Brasil, passando a uma análise sistêmica do instituto à luz dos referidos princípios para aferir se os mesmos foram equilibradamente observados, abordando, ainda, a possibilidade de retrocesso nas cláusulas sociais. Ao final, são apresentadas propostas de aperfeiçoamento do processo de terceirização de acordo com os princípios da ordem econômica, destacando-se o papel da negociação coletiva, as formas de atuação do Ministério Público do Trabalho e da Auditoria Fiscal do Trabalho, a subordinação estrutural como forma de responsabilização e propostas de alterações legislativas para o cumprimento dos aludidos princípios constitucionais.

Para alcançar os objetivos pretendidos nesse trabalho foram realizadas pesquisas legislativas, bibliográficas, em artigos de periódicos, teses e dissertações relacionadas ao tema da terceirização, bem como na jurisprudência. Também foram pesquisadas publicações feitas por órgãos dedicados ao estudo da temática do trabalho, como OIT, DIEESE, IPEA e ANAMATRA. Como fonte secundária, também foram consultados artigos em *sites* especializados em assuntos jurídicos. Através do método dedutivo, primou-se por uma pesquisa horizontalizada, com vinculação estreita com a economia e a administração empresarial principalmente.

1 A TERCEIRIZAÇÃO NAS RELAÇÕES DE TRABALHO NO BRASIL

A terceirização do trabalho é um fenômeno mundial e, ao longo das últimas décadas, vem se acentuando no Brasil.

Para bem compreendê-la, faz-se necessário percorrer o seu histórico legislativo e jurisprudencial e buscar os fatores determinantes do seu surgimento no cenário empresarial.

Cabe, ainda, conceitua-la juridicamente e contextualizá-la no universo das relações de trabalho. Observa-se que a terceirização foi conquistando cada vez mais espaço na legislação, abrangendo um número cada vez maior de relações de trabalho, até culminar com a edição da Lei nº 13.429 de 31 de março de 2017, que lhe deu amplitude máxima.

É pertinente, também, indagar se a terceirização representa, de fato, um aperfeiçoamento do processo produtivo e descrever as outras formas que a terceirização pode assumir, além da forma mais comumente utilizada, que é o contrato de prestação de serviços.

1.1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA E OS FATORES DETERMINANTES

Primeiramente, encontram-se no Código Civil de 1916, em seus artigos 1216 a 1247, as figuras contratuais da locação de serviços e da empreitada, distintas do contrato de trabalho. Embora tais contratos não tivessem por objeto específico o fenômeno da terceirização, tal como é entendido hoje, não se pode deixar de vislumbrar naquelas figuras contratuais uma possibilidade de transferência de atividades, serviços ou obra, de uma empresa a outra. No Código Civil de 2002, encontra-se a regulamentação da prestação de serviços nos artigos 593 a 609 e da empreitada nos artigos 610 a 626.

Também na CLT, em seu artigo 455, foram mencionados os contratos de subempreitada, imputando-se ao empregador principal a responsabilidade subsidiária pelas obrigações decorrentes do contrato de trabalho celebrado pelo subempreiteiro. Trata-se da primeira regulamentação acerca da responsabilidade trabalhista do beneficiário dos serviços no caso de inadimplemento das obrigações pelo prestador de serviços.

Segundo Batista (2013, p. 70), a terceirização tomou impulso no Brasil a partir da década de 50 do século XX, com a chegada das indústrias automobilísticas, e se consolidou na década de 80, quando assumiu uma dimensão maior no contexto nacional.

A partir da década de 60, começa a surgir, através de legislações esparsas, a regulamentação de diversas situações que abriram espaços cada vez maiores para a terceirização no campo jurídico das relações de trabalho. Martins (2017, p. 22) aponta, nesse sentido,

diversos decretos-lei que permitiram a contratação pelos bancos de serviços de segurança prestados por empresas particulares; a Lei nº 4.594 de 29 de dezembro de 1964, que trata da venda de seguros e o Decreto nº 62.756 de 22 de maio de 1968 que estabeleceu regras para o funcionamento das agências de colocação ou intermediação de mão de obra.

A Lei nº 6.019 de 03 de janeiro de 1974 regulou a prática do trabalho temporário pelas empresas privadas, sendo considerada por Martins (2017, p. 24) a primeira norma que, efetivamente, tratou da terceirização, embora não com esse nome, vindo a regular uma prática já utilizada em larga escala no mercado de trabalho antes da sua edição.

Inicialmente, o trabalho temporário foi assim definido no artigo no artigo 2º da referida lei: “Trabalho temporário é aquele prestado por pessoa física a uma empresa, para atender à necessidade transitória de substituição de seu pessoal regular e permanente ou a acréscimo extraordinário de serviços.”.

Recentemente, a Lei nº 13.429 de 31 de março de 2017 modificou a redação do referido artigo, o qual ficou assim enunciado:

Art. 2º. 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 serviços.

[...]

§ 2º Considera-se complementar a demanda de serviços que seja oriunda de fatores imprevisíveis ou, quando decorrente de fatores previsíveis, tenha natureza intermitente, periódica ou sazonal.

Com relação aos serviços de vigilância e transporte de valores, a Lei nº 7.102 de 20 de junho de 1983, em seu artigo 3º, permitiu que o mesmo fosse realizado por empresa especializada contratada pelo estabelecimento financeiro. Posteriormente, em 1994, uma modificação legislativa no artigo 10º da mesma lei, ampliou a possibilidade de terceirização dos serviços de segurança privada, que podem ser contratados, além das instituições financeiras, também por pessoas, estabelecimentos comerciais, industriais e prestadores de serviços, residências, entidades sem fins lucrativos e órgãos e empresas públicas. Em consonância com o disposto na referida lei, a Súmula nº 257 do TST assim dispõe: “O vigilante, contratado diretamente por banco ou por intermédio de empresas especializadas, não é bancário”.

O TST, diante da ausência de regulamentação legal mais abrangente sobre o tema, pronunciou-se sobre a questão editando Súmulas, cujas orientações representaram, na prática, uma quase normatização da matéria. Assim, em 1986, foi editada a Súmula nº 256:

Salvo os casos de trabalho temporário e 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 de serviços.

Segundo a lição de Delgado (2009, p. 414-415), a referida Súmula trouxe dois tópicos orientativos importantes, quais sejam, a ideia de que a contratação mediante terceirização era uma forma excetiva, prevalecendo como regra geral o padrão empregatício constante da CLT e, ainda, no caso de ilicitude da terceirização, o vínculo empregatício se configurava com o tomador de serviços.

Posteriormente, em 1994, a referida Súmula foi revista pelo mesmo Tribunal, sendo editada a Súmula nº 331, cuja redação atual é:

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

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

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

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

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

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

Ao longo do tempo, o inciso IV teve sua redação modificada. Em 2000 teve sua redação alterada para explicitar que a responsabilidade subsidiária ali referida também incluía os órgãos da administração direta, as autarquias, as fundações públicas, as empresas públicas e as sociedades de economia mista. Novamente foi alterado em 2011, sendo concomitantemente incluídos os incisos V e VI, ficando agora a responsabilidade dos entes estatais definida no inciso V.

Em comparação com a Súmula nº 256, a Súmula nº 331 ampliou as hipóteses de terceirização consideradas lícitas, com a inclusão dos serviços de conservação e limpeza e dos serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador. Também atacou a questão da responsabilidade do tomador de serviços, entes públicos e particulares, nas relações de trabalho terceirizadas.

A Lei nº 13.429 de 31 de março de 2017 veio regulamentar a prestação de serviços a terceiros, inserindo dispositivos no diploma legal relativo ao trabalho temporário. A princípio, o art. 4º-A, *caput*, definiu como empresa prestadora de serviços a terceiros aquela “destinada a prestar à contratante serviços determinados e específicos”, o que ainda ensejava dúvidas a respeito da possibilidade de tais serviços estarem ligados à atividade-fim do tomador.

A Lei nº 13.467 de 13 de julho de 2017, que trouxe a chamada “Reforma Trabalhista”, alterou a redação do referido artigo para deixar cristalina a possibilidade da terceirização da atividade principal da empresa contratante:

Art. 4º-A. Considera-se prestação de serviços a terceiros a transferência feita pela contratante da execução de quaisquer de suas atividades, inclusive sua atividade principal, à pessoa jurídica de direito privado prestadora de serviços que possua capacidade econômica compatível com a sua execução.
[...]

Com relação à administração pública, o Decreto-Lei nº 200 de 25 de fevereiro de 1967, que tinha como um dos seus objetivos a descentralização das atividades da Administração Federal, abriu a possibilidade de terceirização de atividades estatais, como uma das formas de se atingir tal objetivo:

Art. 10º. A execução das atividades da administração federal deverá ser amplamente descentralizada.
[...]
§ 7º Para melhor desincumbir-se das tarefas de planejamento, coordenação, supervisão e controle e com o objetivo de impedir o crescimento desmesurado da máquina administrativa, a Administração procurará desobrigar-se da realização material de tarefas executivas, recorrendo, sempre que possível, à execução indireta, mediante contrato, desde que exista, na área, iniciativa privada suficientemente desenvolvida e capacitada a desempenhar os encargos de execução.
[...]

Da leitura do referido dispositivo, pode-se perceber a *mens legis* no sentido de que a administração realize diretamente as suas atividades principais, elencadas como planejamento, coordenação, supervisão e controle, relegando-se as tarefas meramente executivas, ou seja,

secundárias, à terceirização. Transparece, também, a ideia de que a terceirização é uma forma de a administração desempenhar melhor suas atividades e evitar o “inchaço” da máquina pública.

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 175, trouxe uma espécie de terceirização dos serviços públicos, ao permitir ao Poder Público a delegação da prestação de serviços públicos sob o regime de permissão ou concessão, na forma da lei.

A regulamentação desse artigo trouxe, ainda, a possibilidade das empresas concessionárias dos serviços terceirizarem suas atividades. A Lei nº 8.987 de 13 de fevereiro de 1995, que tratou do regime da concessão e permissão da prestação de serviços públicos, previu em seu artigo 25, § 1º que a empresa pode contratar com terceiros o desenvolvimento de atividades inerentes, acessórias ou complementares ao serviço concedido, bem como a implementação de projetos associados. No mesmo sentido, a Lei nº 9.472 de 16 de julho de 1997, que dispôs sobre a organização dos serviços de telecomunicações, no seu artigo 94, inciso II, deu igual permissivo às empresas concessionárias.

O Decreto nº 2.271 de 7 de julho de 1997 veio regulamentar o Decreto-Lei nº 200 de 25 de fevereiro de 1967, dispondo sobre contratação de serviços pela Administração Pública Federal direta, autárquica e fundacional. No seu artigo 1º delimitou as atividades que poderiam ou não ser terceirizadas:

Art. 1º No âmbito da Administração Pública Federal direta, autárquica e fundacional poderão ser objeto de execução indireta as atividades materiais acessórias, instrumentais ou complementares aos assuntos que constituem área de competência legal do órgão ou entidade.

§ 1º As atividades de conservação, limpeza, segurança, vigilância, transportes, informática, copeiragem, recepção, reprografia, telecomunicações e manutenção de prédios, equipamentos e instalações serão, de preferência, objeto de execução indireta.

§ 2º Não poderão ser objeto de execução indireta as atividades inerentes às categorias funcionais abrangidas pelo plano de cargos do órgão ou entidade, salvo expressa disposição legal em contrário ou quando se tratar de cargo extinto, total ou parcialmente, no âmbito do quadro geral de pessoal.

Note-se que o § 2º abriu a possibilidade de terceirizar atividades inerentes aos cargos públicos, previstas nos respectivos planos de cargos de cada órgão, desde que por expressa disposição legal ou quando se tratar de cargo extinto, o que em tese, poderia representar a possibilidade de substituição de mão-de-obra de servidores públicos concursados por trabalhadores terceirizados.

O referido decreto veio a ser substituído pelo Decreto nº 9.507 de 21 de setembro de 2018 que ampliou o seu campo de incidência também para as empresas públicas e sociedades de economia mista. Adotou um novo critério, pois ao invés de elencar os serviços que podem ser objeto de execução indireta, referiu-se apenas aos serviços que não podem ser terceirizados. Assim é que dispõe o artigo 3º:

Art. 3º Não serão objeto de execução indireta na administração pública federal direta, autárquica e fundacional, os serviços:

I - que envolvam a tomada de decisão ou posicionamento institucional nas áreas de planejamento, coordenação, supervisão e controle;

II - que sejam considerados estratégicos para o órgão ou a entidade, cuja terceirização possa colocar em risco o controle de processos e de conhecimentos e tecnologias;

III - que estejam relacionados ao poder de polícia, de regulação, de outorga de serviços públicos e de aplicação de sanção; e

IV - que sejam inerentes às categorias funcionais abrangidas pelo plano de cargos do órgão ou da entidade, exceto disposição legal em contrário ou quando se tratar de cargo extinto, total ou parcialmente, no âmbito do quadro geral de pessoal.

§ 1º Os serviços auxiliares, instrumentais ou acessórios de que tratam os incisos do **caput** poderão ser executados de forma indireta, vedada a transferência de responsabilidade para a realização de atos administrativos ou a tomada de decisão para o contratado.

§ 2º Os serviços auxiliares, instrumentais ou acessórios de fiscalização e consentimento relacionados ao exercício do poder de polícia não serão objeto de execução indireta.

Com relação às empresas públicas e sociedades de economia mista:

Art. 4º Nas empresas públicas e nas sociedades de economia mista controladas pela União, não serão objeto de execução indireta os serviços que demandem a utilização, pela contratada, de profissionais com atribuições inerentes às dos cargos integrantes de seus Planos de Cargos e Salários, exceto se contrariar os princípios administrativos da eficiência, da economicidade e da razoabilidade, tais como na ocorrência de, ao menos, uma das seguintes hipóteses:

I - caráter temporário do serviço;

II - incremento temporário do volume de serviços;

III - atualização de tecnologia ou especialização de serviço, quando for mais atual e segura, que reduzem o custo ou for menos prejudicial ao meio ambiente; ou

IV - impossibilidade de competir no mercado concorrencial em que se insere.

§ 1º As situações de exceção a que se referem os incisos I e II do **caput** poderão estar relacionadas às especificidades da localidade ou à necessidade de maior abrangência territorial.

§ 2º Os empregados da contratada com atribuições semelhantes ou não com as atribuições da contratante atuarão somente no desenvolvimento dos serviços contratados.

§ 3º Não se aplica a vedação do **caput** quando se tratar de cargo extinto ou em processo de extinção.

§ 4º O Conselho de Administração ou órgão equivalente das empresas públicas e das sociedades de economia mista controladas pela União estabelecerá o conjunto de atividades que serão passíveis de execução indireta, mediante contratação de serviços.

O novo decreto, a par de reafirmar o decreto anterior, ampliou o permissivo para terceirização, uma vez que os serviços que não estão relacionados nos artigos acima, *a priori*, poderão ser amplamente terceirizados. Além disso, as exceções abertas no inciso IV do artigo 3º e no artigo 4º e seus parágrafos, no que se refere a possibilidade de terceirização de atividades inerentes aos cargos integrantes do plano de cargos e salários dos órgãos ou empresas estatais, podem redundar no esvaziamento das proibições definidas no próprio decreto e numa paulatina substituição de servidores e empregados públicos concursados por terceirizados.

Assim, a limitação da terceirização nas funções que pertencem à estrutura de cargos do funcionalismo foi esvaziada, à medida que, na reforma do aparelho de Estado, houve uma reestruturação nas carreiras, com a extinção de cargos públicos, permitindo-se, dessa forma, a ampliação da terceirização. Além disso, outras duas leis incentivaram a terceirização da atividade-fim no serviço público, quais sejam, a Lei nº 9.637 de 15 de maio de 1998, que permite a subcontratação através das chamadas organizações sociais e a Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar nº 101 de 4 de maio de 2000), cujo objetivo é reduzir as despesas com o funcionalismo público, inibindo, assim, a realização de concursos públicos e incentivando a terceirização, uma vez que as despesas com subcontratação de empresas, contratação temporária, emergencial e de comissionados não são computadas como despesas de pessoal. (DRUCK *et al.*, 2018, p. 119).

Some-se, ainda, como incentivo à terceirização, a mitigação da responsabilidade da Administração Pública, prevista no § 1º do artigo 71 da Lei nº 8.666 de 21 de junho de 1993, a lei das licitações, reconhecido como constitucional pelo STF no julgamento da ADC nº 16-DF, reafirmada mais recentemente no julgamento do RE nº 760.931-DF.

Para compreender os fatores determinantes do surgimento da terceirização como forma de organização do trabalho e o seu paulatino acolhimento pelo ordenamento jurídico, os quais culminaram na legalização da terceirização ampla e irrestrita, é necessário fazer uma breve reflexão sobre a transformação pela qual passou o capitalismo nas últimas quatro décadas. A terceirização merece ser contextualizada dentro do novo padrão de organização capitalista, reflexo da globalização econômica e da ideologia neoliberal.

Segundo Anderson, o neoliberalismo distingue-se do liberalismo clássico. Surgiu logo depois da II Guerra Mundial como uma reação teórica e política contra o Estado intervencionista e de bem-estar. (2003, p. 9);

Esclarece o mesmo autor que, com a chegada da grande crise do modelo econômico do pós-guerra, em 1973, as ideias neoliberais começaram a ganhar terreno. Segundo elas, as raízes da crise estavam no poder excessivo dos sindicatos e do movimento operário, que havia corroído as bases de acumulação capitalista com suas pressões reivindicatórias sobre salários e para que o Estado aumentasse cada vez mais os gastos sociais. Esses dois processos destruíram os níveis necessários de lucros das empresas e desencadearam processos inflacionários, culminando numa crise generalizada das economias de mercado (Op. cit., p. 10-11).

O remédio, então, era claro: manter um Estado forte, sim, em sua capacidade de romper o poder dos sindicatos e no controle do dinheiro, mas parco em todos os gastos sociais e nas intervenções econômicas. A estabilidade monetária deveria ser a meta suprema de qualquer governo. Para isso seria necessária uma disciplina orçamentária, com a contenção dos gastos com bem-estar, e a restauração da taxa “natural” de desemprego, ou seja, a criação de um exército de reserva de trabalho para quebrar os sindicatos. Ademais, reformas fiscais eram imprescindíveis, para incentivar os agentes econômicos. [...]. (Idem Ibidem, p. 11).

A partir da vitória política ocorrida no eixo anglo-saxão, as ideias neoconservadoras difundiram-se de forma implacável por todo o mundo, animando os projetos neoliberais de reforma dos Estados, atingindo em cheio os Estados de bem-estar social, os quais foram sendo lentamente desmontados. As reformas neoliberais adquiriam várias formas e matizes, mas alguns elementos estiveram presentes em todas elas: a remercantilização da força de trabalho, a contenção ou desmontagem dos sindicatos, a desregulação dos mercados de trabalho e a privatização de muitos serviços sociais que se encontravam nas mãos dos Estados. (FIORI, 1997, p. 142).

Arruda destaca os principais aspectos da ideologia neoliberal: o papel do mercado na formação e organização das forças econômicas, relegando ao Estado um papel secundário, sendo a função primordial deste último garantir o livre funcionamento do primeiro; a liberdade é prioritária sobre a igualdade, não sendo considerado justo o ganho de igualdade em detrimento da liberdade; a separação entre o econômico e o social, entre o Estado e o mercado; a utilidade das desigualdades para o crescimento econômico e a exclusão como fenômeno individual, resultado de um comportamento do indivíduo e não da organização social. (1998, p. 83-84).

No cenário internacional, verifica-se um acirramento da concorrência e maior instabilidade do nível da atividade econômica e nas finanças globais. Acrescente-se a isso as transformações nos processos produtivos e as inovações tecnológicas. Nesse cenário, grandes empresas, especialmente as transnacionais, articuladas em torno de cadeias globais de produção, tiveram necessidade de redefinir suas estratégias organizacionais e competitivas. A busca por maior flexibilidade é um elemento de redução de custos e riscos. Essa busca refletiu-se, também, sobre as relações de trabalho, gerando uma pressão sobre governos e sindicatos tanto para a redução de direitos trabalhistas quanto para a introdução de novas formas de contratação, uso e remuneração da força de trabalho, dentre as quais a terceirização. (SANTOS; BIAVASCHI, 2014, p. 21 e 22).

A aceitação no plano interno da ideologia neoliberal pelo Brasil, para além da sua influência na formulação das políticas econômicas, desde o governo Fernando Collor até o governo atual, influenciou diretamente na produção legislativa, mormente na legislação trabalhista que, nas últimas décadas, vem sofrendo alterações significativas, todas elas no sentido da flexibilização dos direitos trabalhistas.

Segundo Barros, as relações individuais de trabalho sofreram várias modificações, decorrentes de uma conjugação de fatores: inovação tecnológica, alterações na organização da produção, nos métodos utilizados na gestão da mão de obra e, em consequência, nas necessidades dos trabalhadores. Ainda, segundo a autora:

Essas mudanças deram origem ao conhecido debate sobre a flexibilidade do emprego, em contraposição à relação de emprego “típica”, gerada por um contrato de trabalho indeterminado, com um empregador único e protegida contra a dispensa injusta. Sustenta-se que essa relação de trabalho “típica” é incompatível com a necessidade da empresa moderna de adaptar-se a um processo econômico competitivo. Passou-se, então, a sugerir um modelo contraposto, cujo traço distintivo era o recurso a diversas modalidades de emprego chamadas flexíveis, entre as quais se inclui a terceirização. (2013, p. 357).

A flexibilização dos direitos trabalhistas tem gerado intensa polêmica já há algum tempo e, até hoje, as discussões persistem. De um lado, argumenta-se que ela é inevitável para que as normas jurídicas possam se adaptar às novas características do mercado de trabalho, possibilitando às empresas tornarem-se mais competitivas, e, além disso, seria uma das formas de combater o desemprego. Por outro lado, os críticos da flexibilização sustentam que ela serve apenas a uma lógica de maior eficiência econômica, com a finalidade de redução dos custos e

aumento dos lucros do empresário, resultando numa redução dos direitos dos trabalhadores e num retrocesso social.

Uma consequência do processo de terceirização e ao mesmo tempo um fator determinante para o seu crescimento, é o fato de que ela engendra uma desagregação dos trabalhadores, enfraquecendo o seu poder coletivo. A fragmentação da grande empresa em unidades produtivas menores, cuja cadeia produtiva encontra-se dispersa por vários locais, inclusive em países distintos, acarreta, também, a fragmentação dos trabalhadores. A forma de organização atual da grande empresa já não reúne mais num único estabelecimento fabril um grande número de trabalhadores, tal como no passado. Tal reunião, naturalmente, levava os trabalhadores a identificarem-se nas suas condições de trabalho, favorecendo a sua organização coletiva, especialmente através dos sindicatos, fortalecendo o seu poder de negociação na conquista de melhores condições e maior resistência para impedir retrocessos nos direitos já conquistados.

Nesse sentido:

Ao se fragmentar, a empresa também fragmenta o universo operário; mas, ao se recompor, formando a rede, não o recompõe. Os terceirizados não se integram aos trabalhadores permanentes.

Às vezes, as relações entre uns e outros chega a ser conflituosa: os primeiros veem os segundos como privilegiados, enquanto estes acusam aqueles de pressionar para baixo os seus salários. Mas os trabalhadores de cada segmento também competem entre si pelo emprego sempre mais precário e escasso.

O próprio sindicato sente dificuldade em recompor a unidade desfeita. Na verdade, ele surgiu não tanto como resposta ao *sistema*, mas a um *modo de ser* desse mesmo sistema, representando pela fábrica concentrada. Na medida em que a fábrica se dissemina, o sindicato perde a referência, o seu contraponto. (VIANA, 2003, p. 133-134, grifo do autor).

Todos os fatores mencionados acima convergem para um fator primordial que justifica, do ponto de vista empresarial, a opção pela terceirização nas suas diversas formas: a redução de custos diante da necessidade da empresa de se adaptar a um mercado globalizado, instável e altamente competitivo, garantindo a sua própria sobrevivência.

Cabe, então, conceituar e contextualizar a terceirização no âmbito das relações de trabalho, não se perdendo de vista os fatores acima mencionados.

1.2 CONCEITO DE TERCEIRIZAÇÃO E SUA CONTEXTUALIZAÇÃO NAS RELAÇÕES DE TRABALHO

O termo terceirização não é adotado em nenhum diploma normativo brasileiro, nem mesmo nas leis recentes que regularam o tema. A lei nº 13.467 de 13 de julho de 2017, ao dar nova redação ao artigo 4º-A da Lei nº 6.019 de 03 de janeiro de 1974, que fora introduzido pela Lei nº 13.429 de 31 de março de 2017, adotou uma expressão que remete ao termo terceirização, quando define o que é considerado como prestação de serviços a terceiros.

Trata-se de um neologismo, oriundo da palavra terceiro, no sentido de intermediário e não naquele sentido jurídico de alguém que é estranho a certa relação jurídica entre duas ou mais partes. (DELGADO, 2009, p. 407)

O termo terceirização é corriqueiramente utilizado no meio jurídico trabalhista e, segundo Santos (2008, p. 24), popularizou-se a partir da divulgação de um trabalho de um grupo de advogados gaúchos. Informa, ainda, o mesmo autor que hoje em dia já se fala em quarteirização e que o termo terceirização não é utilizado na doutrina estrangeira.

Fora do meio jurídico, também é comum utilizar-se o termo terceirização quando se quer dar a ideia da transferência de um encargo, que originalmente compete a uma pessoa, a uma outra pessoa por ela remunerada, como, por exemplo, os serviços domésticos, os cuidados com crianças e idosos, que comumente são “terceirizados” a pessoas remuneradas ou a instituições especializadas na prestação destes serviços.

Para Carelli a terceirização não é um fenômeno pertinente ao Direito do Trabalho, não sendo nem mesmo um instituto de Direito. Pertence a outras áreas do conhecimento como a economia e a administração de empresas. Conceitua a terceirização como o processo de repasse de um complexo de atividades para realização por empresa especializada, atividades essas que poderiam ser desenvolvidas pela própria empresa. Trata-se de forma de gestão empresarial ou técnica de administração, cujo conceito atinge apenas incidentalmente o Direito do Trabalho. O conceito de terceirização é utilizado pelo Direito do Trabalho para a verificação da existência da mesma, ou de mera intermediação de mão de obra, por ele não permitida. (2014b, p. 58-60).

Robortella prefere chamá-la, genericamente, de subcontratação, classificando-a em duas espécies contratuais: a locação de serviços e a empreitada. Para este autor, a subcontratação dá origem a uma parceria entre as empresas, cada qual especializada em determinada atividade, com seus próprios empregados, sem qualquer relação subordinante entre elas, mas com divisão e definição de responsabilidades. Os empregados da empresa contratada não se sujeitam ao poder de comando da contratante. Diferencia, ainda, a subcontratação do

grupo de empresas, uma vez que neste último, embora haja fragmentação de tarefas entre várias empresas especializadas, todas se sujeitam à unidade de direção e de controle, característica da concentração econômica e empresarial. A subcontratação, por sua vez, caminha em sentido inverso, para a desconcentração produtiva e econômica, fazendo com que a empresa busque bens e serviços no mercado, em mãos de terceiros. (ROBORTELLA, 1994, p. 240 e 242).

Segundo o mesmo autor, a empresa prestadora de serviços a terceiros distingue-se do traficante de mão-de obra, uma vez que aquela assume os riscos, obrigações e responsabilidades da sua condição de empregadora. A tutela trabalhista incidirá igualmente, seja a atividade terceirizada ou não. (Op. cit., p. 247).

Conceituando a terceirização, Delgado afirma:

Para o Direito do Trabalho *terceirização é o fenômeno pelo qual se distingue a relação econômica de trabalho da relação trabalhista 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 trabalhistas, que se preservam fixados com uma entidade interveniente. A terceirização provoca uma relação trilateral em face da contratação de força de trabalho no mercado capitalista: o obreiro, prestador de serviços, que realiza suas atividades materiais e intelectuais junto à empresa tomadora de serviços; a empresa terceirizante, que contrata este obreiro, firmando com ele os vínculos jurídicos trabalhistas pertinentes; a empresa tomadora de serviços, que recebe a prestação de labor, mas não assume a posição clássica de empregadora desse trabalhador envolvido. (2009, p. 407, grifo do autor).

Segundo o conceito de Martins:

[...] Trata-se, na verdade, de uma estratégia na forma de administração das empresas, que tem por objetivo organizá-las e estabelecer métodos da atividade empresarial [...].

Terceirização é a possibilidade de contratar empresa prestadora de serviços para a realização de atividades específicas da tomadora. Geralmente, tem-se entendido que a terceirização deve ser feita em atividades que não constituem o objeto principal da empresa. Essa contratação pode compreender tanto a produção de bens como serviços, como ocorre na necessidade de contratação de serviços de limpeza, de vigilância ou até de serviços temporários.

Terceirização da atividade diz respeito à empresa. Terceirização da mão de obra diz respeito ao serviço.

Compreende a terceirização uma forma de contratação que vai agregar a atividade-fim de uma empresa, normalmente a que presta os serviços, à atividade-meio de outra. É também uma forma de parceria, de objetivo comum, implicando ajuda mútua e complementaridade. O objetivo comum diz respeito à qualidade dos serviços para colocá-los no mercado. A complementaridade significa a ajuda do terceiro para aperfeiçoar determinada situação que o terceirizador não tem condições ou não quer fazer. (2017, p. 31-32).

O termo terceirização é utilizado em diversas áreas do conhecimento e com vários significados: estratégia de administração empresarial, forma de organizar o trabalho, contratação de serviços através de empresa intermediária, etc. Isto dificulta estabelecer um conceito que abranja o fenômeno nos seus aspectos econômicos e jurídicos, e dentro desses últimos, nos campos do Direito Empresarial e do Direito do Trabalho.

Além disso, na prática empresarial, a terceirização se manifesta de forma muito variada, não se limitando meramente à contratação de serviços. Segundo Pastore e Pastore (2015, p. 12), a produção realizada em redes ou cadeias produtivas dá-se através de constelações de empresas e pessoas, que se entrelaçam nas mais variadas formas de trabalhar, decorrendo daí novas relações de trabalho, pois os contratos de terceirização assumem diferentes formas e tipos jurídicos.

Ainda, segundo os referidos autores, os contratos podem ter como objeto o fornecimento de produtos, de serviços ou de produtos e serviços. As atividades podem ser executadas no estabelecimento da empresa contratante, no da contratada ou mesmo à distância.

A empresa contratada pode servir a uma ou a várias empresas contratantes. As tarefas podem ser executadas exclusivamente por empregados da contratada ou, por exigências técnicas, ser executadas em íntima parceria com os empregados da contratante. As empresas, tanto contratante como contratada, podem se valer de empregados com contrato por prazo indeterminado, por prazo determinado, em tempo parcial, em regime de trabalho temporário e até autônomos. A profissão exercida pelos empregados da contratante e da contratada pode ser a mesma, mas com nível de qualificação diferente, buscando-se talentos especiais.

As tarefas contratadas podem se realizar de uma só vez, ser de curta duração ou ainda, estenderem-se por longo prazo. Há contratos firmados entre empresas do mesmo setor e com integrantes das mesmas categorias profissionais, sendo que outros envolvem setores e categorias diferentes. A subordinação técnica da contratada em relação à contratante pode variar de um grau mínimo até um grau grande o suficiente para gerar confusão com a subordinação jurídica. (Op. cit., p. 12).

Como estratégia empresarial, a terceirização pode ser conceituada como o ato de transferir uma parcela da atividade empresarial para uma ou várias outras empresas. Essa transferência pode se revestir das mais variadas modalidades contratuais ou efetivar-se através da constituição de um grupo econômico ou de uma cadeia produtiva, estando tais questões afetas ao campo do Direito Civil.

Na esfera trabalhista, a terceirização constitui-se numa forma de obter a prestação de serviços ou o seu resultado, através de um ente intermediário, sem a formalização do vínculo

de emprego diretamente com o seu beneficiário. Como consequência, a empresa que terceiriza suas atividades, terceiriza, também, os riscos e responsabilidades legais inerentes ao serviço terceirizado. Daí surge um impacto importante nas relações de trabalho, uma vez que a responsabilidade principal pelos direitos e condições de trabalho transfere-se do beneficiário direto da atividade ou serviço para a empresa prestadora.¹

A extensão maior ou menor da terceirização, ou seja, o nível de fragmentação da atividade empresarial dependerá de uma análise da sua conveniência, considerando a própria natureza da atividade, o porte da empresa, o caráter internacional ou não dos seus negócios, o mercado no qual atua, a existência ou não de regulamentação legal sobre a terceirização, e, logicamente, se a mesma representará uma efetiva redução de custos para a empresa.

A recente regulamentação acerca da terceirização definiu expressamente a prestação de serviços a terceiros:

Art. 4º-A. Considera-se prestação de serviços a terceiros a transferência feita pela contratante da execução de quaisquer de suas atividades, inclusive sua atividade principal, à pessoa jurídica de direito privado prestadora de serviços que possua capacidade econômica compatível com a sua execução.

§ 1º A empresa prestadora de serviços contrata, remunera e dirige o trabalho realizado por seus trabalhadores, ou subcontrata outras empresas para realização desses serviços.

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

Primeiramente, há que se destacar que a lei faz nascer no ordenamento jurídico uma modalidade contratual específica, o contrato de prestação de serviços a terceiros, a par de outras modalidades contratuais de natureza civil, que também se prestam à terceirização de atividades, conforme será estudado mais adiante, ao final deste capítulo.

Comparando-a com a Súmula nº 331 do TST, que, a despeito da entrada em vigor da nova lei, ainda não foi revista, verifica-se que houveram mudanças significativas.²

Numa primeira leitura do *caput* do artigo 4º-A, pode-se interpretar que a contratação através de empresa interposta, que era considerada ilegal pelo item I da referida Súmula, exceto nos casos de trabalho temporário, passa a ser acolhida legalmente. No entanto, já se começou a

¹ A Lei nº 13.429 de 31 de março de 2017 estabeleceu a responsabilidade subsidiária da empresa contratante pelas obrigações trabalhistas referentes ao período em que ocorrer a prestação dos serviços.

² Em 30 de agosto de 2018, o STF proferiu julgamento com repercussão geral no sentido da inconstitucionalidade da Súmula nº 331 do TST no que se refere à vedação da terceirização na atividade-fim das empresas, a qual será abordada no subcapítulo 3.1 deste trabalho.

defender na doutrina que o contrato de prestação de serviços a terceiros não representa a pura e simples legalização da intermediação de mão de obra.

Após fazer uma interpretação sistemática do novo dispositivo legal em conjunto com os artigos 2º, *caput*, 3º, 9º e artigo 7º da Constituição Federal de 1988, Vasconcelos sustenta que a mera intermediação da mão de obra, fora dos casos permitidos de trabalho temporário, ainda continua proibida, sustentando, ainda, que a terceirização da atividade fim é incompatível com o conceito legal e doutrinário de empregado. Entende, ainda, ser impossível inexistir subordinação, seja ela jurídica ou estrutural, quando a prestação de serviços se dá na atividade fim. (2017, p. 813-817).

Em que pese o posicionamento acima, a novel lei traz claramente a possibilidade de terceirização da atividade fim da empresa contratante, a qual ficará descaracterizada apenas se a subordinação dos empregados, de fato, ocorrer com a empresa tomadora de serviços.

Quanto ao aspecto da subordinação, o § 1º do artigo 4º-A deixa bem claro que a mesma se estabelece entre os empregados e a empresa prestadora de serviços a terceiros. O referido parágrafo remete ao conceito de empregador contido no art. 2º, *caput*, da CLT, e assim, o poder de direção do trabalho, numa terceirização válida, deve estar todo enfeixado nas mãos da empresa terceirizada.

Colocando-se de lado a questão relativa às atividades fim e meio, a Súmula nº 331 do TST, em seu item III, só reputa válida a terceirização desde que inexistente a personalidade e a subordinação direta. Por ausência de previsão legal expressa, o elemento personalidade deixa de ter importância na caracterização da licitude da terceirização. Assim, ainda que haja personalidade em relação à empresa contratante, desde que o poder de direção efetivamente seja exercido pela empresa contratada, a terceirização subsistirá válida.

Além disso, ao permitir a transferência da atividade principal, o referido artigo 4º-A não acolheu o conceito doutrinário de subordinação estrutural, segundo o qual o trabalhador inserido na dinâmica de uma certa organização empresarial estaria a ela subordinado, ainda que dela não recebesse ordens diretas, formando-se com ela o vínculo empregatício.

Agora, além da possibilidade de terceirização da atividade principal, permite o § 1º a subcontratação dos serviços a outras empresas, a chamada “quarteirização”, outro neologismo relacionado ao fenômeno da terceirização, e que agora está legitimado, algo que não ocorria sob a égide da Súmula nº 331.

A terceirização no Brasil veio se inserindo cada vez mais no contexto das relações de trabalho. No arcabouço legislativo, ela foi se imiscuindo gradativamente em leis especiais, contemplando situações específicas, conforme detalhado na evolução histórica descrita no

subcapítulo anterior, culminando, agora, com o permissivo legal da terceirização ampla e irrestrita. A nova lei da terceirização representa, assim, uma profunda flexibilização na forma de contratação do trabalho.

A clássica relação de emprego, estabelecida diretamente entre o beneficiário da prestação de serviços e o prestador, conforme preceituam os artigos 2º e 3º da CLT, que era a regra geral do ordenamento jurídico, passa a conviver com a nova modalidade de contratação terceirizada.

A contratação terceirizada, na medida em que é permitida nas atividades principais da empresa contratante, deixa de ser modalidade de exceção e passa a ocupar um grande espaço, que antes era reservado à relação bilateral. Esta última foi concebida num cenário em que o ciclo de fabricação de um bem era inteiramente desenvolvido pela empresa, cujas atividades eram segmentadas dentro da sua própria linha de produção, estando todos os trabalhadores sob seu controle, numa hierarquia rígida, de acordo com o sistema *fordista* de produção.

Com a transformação do capitalismo nas últimas décadas, engendrou-se a reestruturação empresarial e um processo de desverticalização da estrutura da empresa, passando esta a delegar parcelas das suas atividades, tendendo a se concentrar apenas no núcleo essencial dos seus negócios.

Essa nova forma de organização empresarial alterou, por consequência, a forma de organizar o trabalho, gerando impactos nas relações de trabalho. Num mesmo ambiente de trabalho passam a conviver trabalhadores diretamente contratados pela empresa e aqueles chamados terceirizados, criando-se, desde logo, uma distinção com potencial para levar a um tratamento desigual entre eles. A probabilidade de tratamento desigual aumenta se a terceirização ocorrer através da externalização das atividades para um outro ambiente de trabalho, que não o da empresa contratante, que pode inclusive ocorrer em outro país.

O processo de terceirização, tal como observado até aqui, não permitiu qualquer possibilidade de participação dos trabalhadores, muito embora os mesmos sejam diretamente por ele afetados. Cabe à empresa, única e livremente decidir sobre a conveniência ou não de terceirizar suas atividades. Como já dito alhures, o critério empresarial preponderante será o da redução de custos o que, obviamente, nem sempre coincidirá com os interesses dos trabalhadores.

As recentes leis sobre a terceirização referendaram essa liberdade empresarial permitindo a terceirização de quaisquer atividades, sem prever qualquer mecanismo de participação dos trabalhadores, e, ainda, estabelecendo a responsabilidade meramente subsidiária da empresa contratante pelas obrigações trabalhistas, conforme previsto no § 5º do

artigo 5º-A da Lei nº 6.019 de 03 de janeiro de 1974, incluído pela Lei nº 13.429 de 31 de março de 2017. Evidencia-se, assim, que a regulamentação privilegiou o enfoque empresarial sobre a terceirização.

Os defensores da terceirização aplaudiram a sua regulamentação nos termos em que foi positivada, sendo pertinente, agora, refletir sobre como essa nova forma de organização do trabalho pode gerar ou não um aperfeiçoamento do processo produtivo.

1.3 A TERCEIRIZAÇÃO COMO APERFEIÇOAMENTO DO PROCESSO PRODUTIVO

A terceirização merece ser examinada no contexto da reestruturação empresarial, que se iniciou nos países de capitalismo avançado e foi se introduzindo nos demais países de capitalismo periférico.

A partir do ano de 1970 e décadas seguintes, o processo produtivo sofre profundas alterações tecnológicas, com a absorção pelas empresas da automação, da microeletrônica e da informática. Somam-se a isso as inovações e melhorias no campo das comunicações e no do transporte de bens e pessoas. Esse quadro de modificações viabilizou a disseminação de novas formas de organização tanto das empresas como do próprio processo de trabalho. (DELGADO, 2017, p. 42).

Segundo o mesmo autor:

Ganha prestígio, assim a ideia de *empresas em rede*, uma modalidade de estruturação do empreendimento capitalista pela qual as clássicas concentração e centralização do capital se realizam mediante unidades empresariais de pequeno e médio porte, e outras de grande porte, ao invés da via tradicional estruturada em torno de megaplantas empresariais. (Op. cit., p. 43, grifo do autor).

Quanto às fórmulas de gestão trabalhista, destacam-se:

[...] a redução de cargos e funções (e, conseqüentemente, de postos de trabalho), com maior agregação funcional nos mesmos indivíduos; a terceirização trabalhista; o sistema *toyotista* ou *ohnista* de gestão do trabalho. Todas essas três fórmulas visam, em seu conjunto, acentuar a produtividade do trabalho, diminuindo, ao mesmo tempo, os custos a estes vinculados. Todas são fórmulas de gestão social, de gestão trabalhista, métodos de gerenciamento da força de trabalho. (Idem Ibidem, p. 43, grifo do autor).

Abordando o papel da terceirização na economia moderna, Pastore e Pastore afirmam que a contratação de serviços especializados com terceiros é uma prática mundial e que a própria terceirização passou por uma grande metamorfose. Numa primeira fase, que ocorreu na década de setenta do século passado, a terceirização envolvia apenas atividades periféricas e

era orientada para redução de custos com serviços de segurança, limpeza, alimentação e outros. Na segunda fase, que ocorreu em meados dos anos oitenta, as empresas passaram a terceirizar atividades próximas da sua atividade principal, visando tanto a melhoria de qualidade quanto a redução de custos, sendo contratados serviços de criação de novos produtos, pesquisa e desenvolvimento, sistemas sob medida, dentre outros, executados, inclusive, por empresas localizadas no exterior. A terceira fase, iniciada em meados dos anos noventa, foi guiada pela necessidade de superar a intensa concorrência em nível internacional. As empresas partiram para contratar etapas da sua atividade principal. A padronização dos processos permitiu a contratação da mesma etapa com várias empresas simultaneamente. Contratantes e contratadas passam a compor a mesma cadeia global de valor, surgindo uma nova visão da terceirização, encarada como uma decisão estratégica a fim de viabilizar inovações e vantagens competitivas. (PASTORE; PASTORE, 2015, p. 12-14).

Os defensores da terceirização afirmam que ela tem como consequência um aperfeiçoamento do processo produtivo, uma vez que a empresa, ao delegar atividades que lhe são secundárias, pode concentrar-se naquilo que constitui o objetivo principal do seu negócio, gerando uma melhoria na qualidade dos bens e serviços e um aumento de produtividade.

Assim, ao especializar-se na sua atividade principal, a empresa ganha em eficiência e competitividade. A mesma noção de especialização e eficiência aplica-se, também, às empresas prestadoras de serviços, completando-se, assim, um círculo virtuoso, que beneficia a cadeia produtiva como um todo. A consequência natural desse processo seria uma redução dos custos.

Entretanto, a necessidade de especialização ultrapassa a questão da atividade meio ou fim, a depender dos fins sociais da empresa e da sua atividade econômica. Em empresas de alta tecnologia a distinção entre atividades-meio e atividades-fim muito pouco tem de significativo. Na prática, existem complexos procedimentos que demandam alta especialização para os segmentos de produção, serviços e consumo, sendo comum a superposição encadeada de múltiplas empresas atuando em cada um deles. (MOLINARO; SARLET, 2014, p. 135).

Por outro lado, não se pode perder de vista que a terceirização se insere num conjunto de transformações ocorridas no *modus operandi* das empresas para fazer face aos desafios do capitalismo contemporâneo. Inserida num cenário de globalização, que propicia intensa concorrência, a empresa busca estratégias para reduzir custos e garantir a própria sobrevivência:

O fenômeno da globalização também pode ser considerado uma das motivações para a organização terceirizar suas atividades. Ele contribui significativamente para o crescente uso da terceirização. A liberação do comércio internacional tem exposto companhias a patamares crescentes de

competição internacional, que as pressiona para que encontrem modos de reduzir seus custos por meio de terceirização e *offshoring*. Ao mesmo tempo, a terceirização tem sido enormemente facilitada pela liberação do comércio, que tem oferecido acesso mais fácil aos fornecedores por todo o mundo. As avançadas tecnologias de comunicação e informática, especialmente a *internet*, estão levando à redução dos custos de interação e das imperfeições no mercado. Esses poderosos facilitadores têm dado às companhias um grau até agora desconhecido de escolha sobre como elas estruturam os seus negócios. (CHILD apud NEGRÃO, 2007, p. 40-41).

Portanto, não se pode afirmar que o único motivo que leva a empresa a optar pela terceirização é o fato de que ela conduz ao aperfeiçoamento produtivo. Em muitos casos, a decisão pela terceirização funda-se na necessidade da empresa de se adaptar às exigências de um mercado globalizado, reduzindo seus custos. O processo de terceirização focado apenas neste objetivo pode levar à precarização do emprego e das condições de trabalho:

Neste sentido:

[...] A busca pela redução de custos em contexto de enfraquecimento da posição dos trabalhadores foi compatível com mudanças nos processos de contratação, uso e remuneração da força de trabalho. Processos esses movidos pela lógica da redução de custos e com forte deterioração das condições de trabalho, de redução salarial e de direitos sociais do trabalhador, incluídos os benefícios previdenciários.

Esse é o caso da enorme maioria dos processos de terceirização que, geralmente justificados como “modernos”, mais racionais e eficientes, na realidade não resultam do aumento da produtividade do trabalho, de maior eficiência organizacional interna ou entre as empresas; ao contrário, resultam geralmente da simples possibilidade de contar com as novas características – políticas, sociais, culturais e, não somente, econômicas – do padrão de organização do capitalismo contemporâneo, que contribuiu para alterar a correlação de forças em prejuízo dos trabalhadores e de suas organizações. [...]. (SANTOS; BIAVASCHI, 2014, p. 23).

O aperfeiçoamento do processo produtivo foi resultado das inovações tecnológicas, sendo a terceirização uma das consequências desse processo e não a sua causa. O uso das tecnologias disponíveis, especialmente a informática e a grande facilidade de transmissão de dados através da *internet*, permite à empresa organizar e gerir o trabalho a um custo bem menor, sem que o trabalhador tenha que estar sob as vistas e o controle direto do empregador, abrindo-se, assim, espaço para a terceirização.

Assim, do ponto de vista empresarial, a terceirização pode ser entendida como um importante fator de competitividade, mas não necessariamente como uma determinante do aperfeiçoamento do seu processo produtivo. Não se nega, porém, que a terceirização pode, sim, contribuir para o aperfeiçoamento do processo produtivo, notadamente aquele cujas etapas demandam um alto nível de especialização tecnológica, sendo às vezes impossível que a

empresa detenha todo o conhecimento ou a técnica necessária para a produção de um determinado bem, sendo imprescindível que se valha dos serviços de outras empresas especializadas para, assim, poder concretizar a sua atividade principal.

Porém, do ponto de vista do Direito do Trabalho, a terceirização nem sempre pode ser vista como um aperfeiçoamento das relações de trabalho, considerada a desigualdade de posições entre trabalhadores e empresários. O trabalhador que simplesmente aliena sua força de trabalho no mercado, seja na condição de terceirizado ou empregado direto, seja contratado como autônomo ou travestido de empresário (microempresário ou microempreendedor individual), continua sendo a parte mais vulnerável dessa relação, na medida da dependência econômica que mantém em relação ao beneficiário dos seus serviços. Junte-se a isso as recorrentes instabilidades das economias nacional e mundial, provocando crises e retrações da atividade econômica, gerando desemprego, o que potencializa a fragilização da condição do trabalhador.

O fenômeno da terceirização acentua essa fragilização uma vez que fragmenta a classe trabalhadora, sendo esta fragmentação um dos motivos determinantes da adoção da terceirização, conforme analisado no subcapítulo 1.1 deste trabalho. Enfraquecido o poder de representação sindical dos trabalhadores, enfraquece-se, por consequência, seu poder de resistência quanto à piora das condições de trabalho e dos níveis salariais, enfraquecendo-se, ao final, o próprio Direito do Trabalho.

O Direito do Trabalho, ao contrário do direito comum, vive sob tensão. Envolve um embate constante entre trabalho e capital, exigindo um acúmulo maior de forças para se construir formalmente e para se tornar efetivo na realidade. A existência de um forte aparato estatal – Auditores Fiscais, uma Justiça e um Ministério Público especializados – não é suficiente para garantir o equilíbrio de forças, sendo necessária a presença da ação coletiva, ainda que potencialmente. O enfraquecimento do sindicato propicia uma crise do próprio Direito. (VIANA, 2012, p. 199).

Há que se considerar, ainda, nas relações contratuais entre as empresas, a possível condição de fragilidade econômica da empresa terceirizada diante da empresa contratante. Há situações em que a empresa contratada, a depender do tipo de serviço prestado ou produto a ser fornecido, possui capacidade econômica semelhante à da empresa contratante, assumindo posição de igualdade na negociação das condições do contrato. Mas há inúmeros casos em que a empresa contratada, geralmente de pequeno porte, chamada eufemisticamente de “parceira”, está numa posição de dependência econômica em relação à empresa contratante, que muitas vezes é uma empresa de grande porte que domina o mercado numa determinada região ou até

mesmo no país. Nesse cenário, é comum a empresa terceirizada submeter-se às condições contratuais impostas pela empresa líder da cadeia produtiva, especialmente o preço dos serviços contratados.

Deve ser considerado, ainda, que pode haver concorrência entre várias empresas prestadoras do mesmo serviço e que ganhará o contrato aquela que oferecer o menor preço, o qual muitas vezes é conseguido à custa de uma redução dos níveis salariais e até mesmo de uma piora das condições de trabalho, notadamente as de segurança e saúde, que compõem, também, os custos com a mão de obra.

Neste sentido:

As empresas prestadoras de serviços auferem lucro, como vimos, sobre a força de trabalho humana. Assim, para persistir em atividade e gerar dividendos, essas empresas precisam oferecer a seu contratante o menor preço. Num mercado de trabalho altamente competitivo, as empresas disputam a atenção de clientes (empresas “tomadoras” de serviço) e acenam, na maior parte dos casos, com o preço “mais competitivo”, que usualmente é o menor. Com isso, agrava-se a precarização do trabalhador terceirizado: além de pertencer aos quadros de uma empresa que toma sua força de trabalho como objeto de negociação, esse trabalhador ainda verá seu empregador barganhando o valor do seu salário, com a finalidade de obter um contrato de prestação de serviços. (PAIXÃO; LOURENÇO FILHO, 2014, p. 65).

Compreende-se, assim, que a terceirização se insere no processo de aperfeiçoamento produtivo, podendo levar à redução de custos e ao aumento da competitividade empresarial, em sintonia com as exigências do capitalismo contemporâneo. Porém, causa impactos significativos no mercado de trabalho e na capacidade de organização da classe trabalhadora, favorecendo a sua fragmentação. Carece, assim, de um tratamento jurídico adequado, que venha contribuir para um aperfeiçoamento das relações de trabalho, as quais devem evoluir para além do conquistado no clássico modelo da relação de emprego, fortalecendo direitos e evitando retrocessos.

Embora a forma mais comum de se realizar a terceirização seja o contrato de prestação de serviços, ela pode ser efetivada de outras formas, assumindo outras modalidades contratuais.

1.4 OUTRAS FORMAS DE TERCEIRIZAÇÃO

Conquanto a Lei nº 13.429 de 31 de março de 2017 tenha trazido o conceito prestação de serviços a terceiros, a empresa pode transferir suas atividades ou parte delas, utilizando-se de outras formas contratuais, o que já vinha ocorrendo na prática e em larga escala. Vários

contratos de natureza civil e comercial podem se prestar a essa finalidade. É importante identificar a modalidade contratual adotada para se aquilatar eventual responsabilidade da empresa contratante pelas obrigações trabalhistas ou mesmo identificar a ocorrência de possíveis fraudes.

Dentre os contratos de natureza civil, Martins (2017, p. 67) cita os contratos de empreitada e subempreitada, a prestação de serviços e a parceria, todos regulados no Código Civil.

O contrato de empreitada está regulamentado no Código Civil de 2002, em seus artigos 610 a 626. É o contrato cujo objeto é a execução de uma obra, ou seja, é um contrato de resultado. O encarregado de executá-la é o empreiteiro, que pode contribuir apenas com o seu trabalho ou com ele e os materiais.

Pereira assim conceitua a empreitada:

Empreitada é o contrato em que uma das partes (empreiteiro) se obriga, sem subordinação ou dependência, a realizar certo trabalho para a outra (dono da obra), com material próprio ou por este fornecido, mediante remuneração global ou proporcional ao trabalho executado.

[...] Com efeito, não se confunde a empreitada com o contrato de trabalho, nem com o de prestação civil de serviços. Não obstante o ponto de aproximação, que é a prestação da atividade, a empreitada caracteriza-se nitidamente pela circunstância de considerar o resultado final, e não a atividade, como objeto de relação contratual. Enquanto no contrato de serviços se cogita da atividade como prestação imediata, na empreitada tem-se em vista a obra executada, figurando o trabalho que a gera como prestação mediata ou meio de consecução. (1995, p. 201-202, grifo do autor).

Essa modalidade contratual é largamente utilizada na construção civil, tanto por pessoas físicas quanto pelas empresas que se dedicam a esta atividade econômica. O empreiteiro tanto pode ser uma pessoa física que exerce a sua atividade profissional de forma autônoma como uma pessoa jurídica.

O mais comum é que o empreiteiro contribua apenas com o seu trabalho. É comum, também, que o objeto do contrato não seja a execução da obra como um todo, mas de partes da obra. Assim, o contratante celebra diversos contratos de empreitada, cujos objetos são os mais variados, tais como a execução da alvenaria, da pintura, das instalações elétricas e hidráulicas, etc.

Consideradas as peculiaridades de cada obra, especialmente o seu porte e o grau de especialização requerido em cada uma das etapas da construção, pode surgir uma zona gris entre o contrato de empreitada e o contrato de prestação de serviços. Na medida em que o objeto desse contrato deixa de ser a execução da obra como um todo e passa a ser a execução de uma

determinada fração da obra, fica difícil delimitar qual é o resultado pretendido com a execução dessa fração. Assim, a ideia de contrato de resultado vai esmaecendo e ganhando corpo a ideia de contrato de atividade, mais próximo da prestação de serviços.

A tipificação do contrato, independentemente do nome adotado pelas partes contratantes, é relevante, pois a responsabilidade do contratante em relação aos empregados da empresa prestadora de serviços é mais ampla neste último contrato do que no contrato de empreitada. Na empreitada de construção civil, o dono da obra não assume qualquer responsabilidade, seja ela subsidiária ou solidária, quanto às obrigações trabalhistas contraídas pelo empreiteiro, salvo se aquele for uma empresa construtora ou incorporadora, conforme entendimento previsto na Orientação Jurisprudencial nº 191 da Subseção I Especializada em Dissídios Individuais do TST.

Já no contrato de prestação de serviços a terceiros, a empresa contratante responde pela garantia das condições de segurança, higiene e salubridade durante a execução do serviço, bem como tem responsabilidade subsidiária pelas obrigações trabalhistas e previdenciárias, por força do disposto nos artigos 4º-C e 5º-A, §§ 3º e 5º da Lei nº 6.019 de 3 de janeiro de 1974, acrescidos pela Lei nº 13.429 de 31 de março de 2017.

Se o empreiteiro subempreitar a obra, responderá subsidiariamente pelas obrigações trabalhistas inadimplidas pelo subempreiteiro, por força do disposto no artigo 455 da CLT.

O Código Civil de 1916 regulava a locação de serviços. Com o advento da legislação do trabalho, a locação de serviços, que se referia ao trabalho subordinado, foi substituída pelo contrato individual de trabalho e pelo contrato de trabalho avulso. O contrato de trabalho conquista sua autonomia, passando a ser regido por normas de ordem pública, em que a autonomia da vontade encontra-se cerceada pela intervenção estatal tanto no momento da celebração quanto no desenvolvimento do contrato. (DINIZ, 2014, p. 311).

Atualmente, o contrato de prestação de serviços está previsto nos artigos 593 a 609 do Código Civil de 2002 e, por definição legal, é aquele que tem por objeto toda espécie de serviço ou trabalho lícito e que não esteja sujeito às leis trabalhistas ou à lei especial.

Antes da edição da Lei nº 13.429 de 31 de março de 2017, esta modalidade contratual era genérica e utilizada como base legal para defender a licitude da terceirização, inclusive nas atividades-fim da empresa.

Com o surgimento do contrato de prestação de serviços a terceiros, verifica-se que o contrato tipificado no Código não mais serve para contemplar a terceirização na amplitude com que era utilizado até então. Os artigos 4º-A, *caput* e art. 5º-A, *caput*, na nova redação que lhes foi dada pela referida lei, estabelecem como objeto do contrato de prestação de serviços a

terceiros a prestação de serviços relacionada a quaisquer das atividades da contratante, inclusive sua atividade principal. O leque de situações é amplíssimo e agora está regulado em lei especial. Sendo assim, sai do campo de incidência do Código Civil atual, conforme expressa previsão do seu artigo 593. Tal como foi exposto acima no contrato de empreitada, a distinção tem relevância para se aferir o grau de responsabilidade do contratante, que será muito diferente quer se trate do contrato previsto no Código ou do contrato previsto na lei da terceirização.

Como o referido artigo 4º-A estabelece que a contratada deve ser pessoa jurídica de direito privado, que, conforme artigo 44 do Código Civil, deve assumir a forma de associação, sociedade ou fundação, pode-se concluir, ainda, que o trabalho autônomo prestado por pessoa física não pode ser objeto do referido contrato, continuando, assim disciplinado pelo Código Civil, seja como contrato de prestação de serviços, seja como contrato de empreitada. A *contrario sensu*, pode-se concluir, também, que a empresa que pretenda terceirizar suas atividades nos moldes da nova lei, não poderá fazê-lo mediante a contratação de trabalhadores autônomos.

A celebração de contratos agrários, denominados arrendamento rural e parceria rural, também pode ser entendida como um meio de terceirizar atividades.

Distinguindo arrendamento de parceria rural, assim escreve Venosa:

O arrendamento e a parceria rural estão definidos, respectivamente, nos arts. 3º e 4º do Decreto nº 59.566/66. Pelo contrato de *arrendamento rural*, termo equivalente à locação costumeiramente utilizada para imóveis urbanos, uma pessoa obriga-se a ceder a outra o *uso e o gozo de imóvel rural* para ali ser exercida atividade pertinente à esfera rural, mediante pagamento de aluguel em dinheiro ou em espécie. Pelo contrato de *parceria rural*, alguém se obriga a ceder o *uso específico* de imóvel rural a outrem, para atividade própria rural, mediante partilha de riscos e lucros, em proporções estabelecidas em lei. (2013, p. 640, grifo do autor).

Interessa mais ao tema da terceirização o contrato de parceria rural, uma vez que o contrato de arrendamento se aproxima mais da figura da locação de imóvel do que da prestação de serviços. Na parceria, a cessão do imóvel para exploração de atividade rural pode ser uma forma de terceirização, uma vez que se presta ao objetivo de transferir a atividade econômica de um para outro. O parceiro é inteiramente responsável pelos contratos de trabalho que celebrar, não havendo previsão legal de reponsabilidade subsidiária ou solidária do cedente. Ressalva-se, contudo, a situação da falsa parceira, prevista no § 4º do artigo 96 da Lei nº 4.504 de 30 de novembro de 1964, quando a direção dos trabalhos é exercida inteira e exclusivamente

pelo proprietário, caracterizando-se, assim, a subordinação e estabelecendo-se o vínculo empregatício entre as partes.

A terceirização também pode ser levada a efeito através da contratação de cooperativas. Prestam-se à finalidade da terceirização tanto a cooperativa de produção, na qual os sócios contribuem com trabalho para a produção em comum de bens sendo a cooperativa a detentora dos meios de produção, quanto a cooperativa de serviço, constituída por sócios para a prestação de serviços especializados a terceiros, conforme definições constantes do artigo 4º da Lei nº 12.690 de 19 de julho de 2012.

Entretanto, a terceirização lícita através de cooperativas pressupõe que essa não se desvie do seu objetivo principal, que é a prestação de serviços a seus associados, conforme artigo 4º, *caput*, da Lei nº 5.764 de 16 de dezembro de 1971. Quanto às cooperativas de trabalho, estas devem objetivar melhor qualificação, renda, situação socioeconômica e condições gerais de trabalho para seus associados e não podem servir como meras intermediadoras de mão de obra subordinada, conforme previsto nos artigos 2º e 5º da Lei nº 12.690 de 19 de julho de 2012. Assim, a prestação de serviços a terceiros, através de cooperativa de serviço, deve ser exercida de forma autônoma e de maneira a propiciar ao associado melhores condições do que obteria se ofertasse isoladamente sua força de trabalho, não podendo acarretar a precarização das condições de trabalho e da remuneração. Também não podem estar presentes os elementos subordinação e pessoalidade, característicos da relação de emprego.

Uma vez caracterizada a verdadeira cooperativa, obviamente fica afastada a existência de vínculo de emprego entre ela e seus associados e entre estes e os tomadores de serviço daquela, conforme reza o parágrafo único do artigo 442 da CLT. Quanto às atividades que podem ser terceirizadas através da contratação de cooperativa, cabível a aplicação analógica do artigo 4º-A da Lei nº 6.019 de 03 de janeiro de 1974, cuja redação foi alterada para deixar expressa a permissão de terceirização de quaisquer atividades, inclusive da atividade principal da contratante.

Ressalta-se, ainda, a responsabilidade solidária do contratante de cooperativa de serviço quanto ao cumprimento das normas de segurança e saúde do trabalho, quando os serviços forem prestados em seu estabelecimento ou em local por ele determinado, conforme previsão expressa do artigo 9º da Lei nº 12.690 de 19 de julho de 2012.

No campo do Direito Comercial, Martins elucida que o processo de terceirização passa por um contrato entre as partes, o qual pode ser um contrato comum ou um misto de vários contratos, redundando num pacto novo, não havendo preponderância de elementos de um único contrato, mas de vários deles. Mais adiante, afirma que a terceirização pode dar-se, também,

através da cisão de uma sociedade em uma ou mais empresas distintas. (MARTINS, 2017, p. 73-74).

Dentre os contratos comerciais, o contrato de franquia empresarial ou *franchising* vem assim definido pela Lei nº 8.955 de 15 de dezembro de 1994:

Art. 2º Franquia empresarial é o sistema pelo qual um franqueador cede ao franqueado o direito de uso de marca ou patente, associado ao direito de distribuição exclusiva ou semi-exclusiva de produtos ou serviços e, eventualmente, também ao direito de uso de tecnologia de implantação e administração de negócio ou sistema operacional desenvolvidos ou detidos pelo franqueador, mediante remuneração direta ou indireta, sem que, no entanto, fique caracterizado vínculo empregatício.

O *franchising* pode ser considerado uma forma de terceirização uma vez que o franqueador transfere a outrem uma atividade que ele poderia realizar por si próprio. No entanto, essa transferência não se dá mediante um contrato de prestação de serviços, mas sim mediante a cessão de alguns direitos inerentes à atividade econômica explorada.

A análise do aspecto trabalhista da questão deve considerar essa sutil diferença. O contrato de *franchising* se realiza através do exercício pelo franqueado dos direitos de uso e distribuição estabelecidos no contrato. O franqueado deve assumir a postura de um autêntico empresário, arcando com os riscos do negócio e atuando com autonomia em relação ao franqueador. Mesmo no caso de valer-se da tecnologia de implantação e administração do negócio ou sistema operacional do franqueador, sua atuação na condução do negócio deve ser independente, bem como deve exercer integralmente o poder de direção sobre os seus empregados, não cabendo qualquer ingerência da franqueadora nesse sentido. Caso contrário, pode ocorrer um desvirtuamento da relação e a caracterização do vínculo de emprego.

Nesse sentido, a lição de Martins:

É na autonomia das partes e no grau de subordinação entre os pactuantes da franquia – principalmente se a franqueada for pessoa física, ou for criada uma pessoa jurídica para o desvirtuamento da relação – que se irá distingui-la da relação de emprego. O verdadeiro *franchising* não pode caracterizar vínculo de emprego (art. 2º da Lei nº 8.955/94). (Op. cit., p. 112).

Quanto à reponsabilidade do franqueador, a jurisprudência do TST não reconhece a compatibilidade entre o contrato de *franchising* e o instituto da terceirização, afastando a responsabilidade subsidiária:

RECURSO DE REVISTA. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. CONTRATO DE FRANQUIA. INEXISTÊNCIA. VIOLAÇÃO DO ARTIGO 2º DA LEI Nº 8.955/94. CONFIGURAÇÃO. PROVIMENTO. A teor da exegese do artigo 2º da Lei nº 8.955/94, o contrato de franquia celebrado entre franqueado e franqueador se distancia da hipótese de terceirização. Naquela situação o franqueado é livre para administrar seu negócio e contratar seus próprios empregados assumindo os riscos da operação e, embora exista, por parte do franqueador, orientação e repasse de tecnologia, não há ingerência direta nos negócios do franqueado. A fiscalização existente é mínima, apenas para se resguardar a própria marca repassada. Logo, não há que se falar em prestação de serviços entre elas, tampouco em responsabilidade subsidiária pelos créditos trabalhistas. Precedentes da Corte. Recurso de revista de que se conhece e a que se dá provimento. (RR nº 1170-78.2011.5.03.0077, 2014).

Porém, tal posicionamento não prevalece quando ocorre o desvirtuamento do contrato de franquia, com a inserção de cláusulas que atribuem ao franqueado a obrigação de prestar serviços ao franqueador, revelando a intenção de transferir a execução de uma parcela da atividade empresarial. Nesse caso, pode concluir-se pela existência de terceirização e caracterização da responsabilidade subsidiária do franqueador pelos créditos trabalhistas dos empregados do franqueado. (BARROS, 2013, p. 363).

A reforma trabalhista alterou a redação do § 2º do artigo 2º da CLT, trazendo uma nova regulamentação sobre o grupo econômico trabalhista. A nova redação manteve o conceito de grupo econômico tradicionalmente previsto, o grupo vertical, mas inseriu uma nova possibilidade: o reconhecimento do grupo econômico horizontal, constituído de empresas que agem por coordenação, mantendo cada uma sua autonomia, figura jurídica que já era defendida tanto na doutrina quanto na jurisprudência. (MAGALHÃES, 2017, item 5).

Foi inserido, também, um parágrafo terceiro no referido artigo que explicita quais os elementos necessários para caracterização do grupo econômico, quais sejam a demonstração do interesse integrado, a efetiva comunhão de interesses e a atuação conjunta das empresas dele integrantes. Não é explicitado qual é o tipo de organização empresarial ou mesmo o tipo de contrato que deve entrelaçar as empresas do grupo, apenas ressaltando que a mera identidade dos sócios não o caracteriza, sendo necessária a presença dos três elementos já mencionados.

Antes da reforma trabalhista, Maria Inês Miya Abe, ao pugnar pela responsabilidade solidária da empresa franqueadora e a caracterização do grupo econômico, já sustentava:

Certo é que a estrutura do contrato de franchising beneficia as franqueadas, na medida em que possibilita sua atuação mais agressiva o [sic] mercado em relação a outras redes, beneficiando também a franqueadora que expande sua marca sem a necessidade de próprio investimento e por consequência trazer benefícios ao consumidor pela concorrência entre as redes e a diminuição dos

custos. Se isto não se caracteriza uma atuação conjunta, o que mais caracterizaria. (ABE, 2011, p. 130).

Analisando o novo parágrafo terceiro do artigo 2º da Consolidação das Leis do Trabalho, Magalhães posiciona-se em sentido contrário, afirmando que:

Na prática, a nova exigência legal restringe a caracterização do grupo econômico, excluindo as empresas com sócios comuns que não atuam de forma conjunta, bem como empresas meramente parceiras e até mesmo as franquias, que são objeto de longa controvérsia na jurisprudência. No entanto, aqui novamente a lei apenas reafirmou o que já prevalecia na jurisprudência e até mesmo em setores da doutrina pátria. (2017, item 6).

Em obra editada após a aprovação da lei da terceirização e da reforma trabalhista, Pragmácio Filho, analisando a questão da responsabilidade do franqueador em relação aos empregados do franqueado, afirma que:

Três caminhos podem tomar a doutrina e a jurisprudência para tentar responder àquela indagação: (i) ou se entende a franquia como um grupo econômico e se atribui responsabilidade solidária (CLT, artigo 2º, § 2º); (ii) ou se considera a franquia uma forma de terceirização e se atribui responsabilidade subsidiária, (iii) ou, por fim, mantém-se o entendimento atual de que não há qualquer responsabilidade. (2018, p. 126).

O TST, em decisão proferida após a reforma trabalhista, continua se posicionando pela inexistência de grupo econômico nas relações comerciais de *franchising*:

RECURSO DE REVISTA. CONTRATO DE FRANQUIA. MARCA OU PATENTE. DIREITO DE USO. ENTREGA DE ATIVIDADE-FIM. POSSIBILIDADE. GRUPO ECONÔMICO TRABALHISTA. NÃO CONFIGURAÇÃO I. Os contratos de franquia e assemelhados visam a promover a cooperação entre empresas, proporcionando ao proprietário de uma marca conhecida maior participação no mercado e ao comerciante o direito de uso da marca, da tecnologia, do estudo de mercado e do sistema de gestão. II. Conquanto somem esforços para alcançar objetivos comuns, os contratos dessa natureza caracterizam-se pela autonomia da personalidade e do patrimônio dos contratantes. III. Da moldura fática delineada no acórdão regional não se verifica a subordinação direta do Reclamante à empresa dona da marca, tampouco uma ingerência tão rigorosa que autorize a declaração de nulidade do “ACORDO DE RELACIONAMENTO COMERCIAL”, muito assemelhado ao contrato de franquia, celebrado pelas Reclamadas. IV. O atrativo do contrato celebrado consiste na higidez da marca do franqueador e, em razão disso, cabe ao dono da marca zelar intensamente pela preservação de sua imagem no mercado, sem que isso se traduza em fraude, tampouco na configuração de grupo econômico trabalhista. Precedentes. V. Recurso de revista de que se conhece e a que se dá provimento, para excluir a

responsabilidade solidária imposta ao dono da marca. (RR nº 11365-41.2013.5.18.0011, 2018).

Não sendo o escopo do presente trabalho analisar todas as formas pelas quais a empresa pode delegar parcelas das suas atividades, procurou-se abordar aquelas que guardam mais proximidade com a terceirização dos serviços e que eventualmente, a despeito do nome contratual adotado, possam vir a caracterizar um verdadeiro contrato de trabalho ou, então, atrair para a contratante a responsabilidade pelas obrigações trabalhistas assumidas pelo contratado.

Esboçado um panorama geral sobre a terceirização, passa-se a analisar os principais problemas que dela surgiram, uma vez que, mesmo antes da sua regulamentação, já vinha sendo comumente utilizada na prática empresarial.

2 PRINCIPAIS PROBLEMAS SURTIDOS COM A TERCEIRIZAÇÃO

Muito embora a terceirização dos serviços tenha sido regulamentada somente em 2017, essa prática já vinha sendo utilizada amplamente pelas empresas, não somente para execução de atividades meio, como também para a execução de atividades diretamente ligadas às atividades finalísticas da empresa contratante.

O uso da terceirização como forma de gestão e organização da força de trabalho sempre despertou intensa polêmica no meio jurídico.

Os defensores, em sua grande maioria representantes da classe empresarial e alguns juristas, afirmam que a permissão para a terceirização, inclusive das atividades fim, representa uma modernização da legislação trabalhista, a qual, afirmam eles, ser rígida e ultrapassada.

Ressaltam as vantagens propiciadas pela terceirização: maior eficiência que resultaria em maior produtividade e conseqüentemente redução de custos, tornando as empresas nacionais mais competitivas. Isso acabaria por gerar mais investimentos por parte das empresas e finalmente a geração de empregos. Refutam o argumento de que a terceirização gera precarização das condições de trabalho, uma vez que os trabalhadores terceirizados possuem contrato de trabalho regido pela CLT, tendo, portanto, os mesmos direitos dos empregados contratados diretamente pela empresa tomadora dos serviços.

Por outro lado, aqueles que são contrários à terceirização encontram-se em vários segmentos: sindicatos de trabalhadores, estudiosos do direito do trabalho e da sociologia do trabalho, entidades representativas dos Auditores Fiscais do Ministério do Trabalho, do Ministério Público do Trabalho e da Magistratura do Trabalho, dentre outros. São enfáticos ao afirmar que a terceirização gera precarização das condições de trabalho e representa um retrocesso nos direitos sociais arduamente conquistados ao longo do século passado.

A polêmica sobre se a terceirização gera ou não precarização também pode ser percebida nos votos externados no julgamento proferido pelo STF na ADPF nº 324 e no RE nº 958.252, este último com repercussão geral, quando foi reconhecida a licitude da terceirização em todas as atividades empresariais, conforme notícias veiculadas no sítio eletrônico do STF no decorrer das várias sessões de julgamento, que iniciaram em 22 de agosto de 2018 e se encerraram em 30 de agosto de 2018. Cabe lembrar que tais ações foram propostas antes da edição da Lei nº 13.429 de 31 de março de 2017, a qual por sua vez também é objeto de ações diretas de inconstitucionalidade.³

³ Tramitam ainda no Supremo Tribunal Federal as Ações Diretas de Inconstitucionalidade nº 5.685, 5.686, 5.687, 5.695 e 5.735, questionando a constitucionalidade da terceirização das atividades fim da empresa.

No cerne de todos os debates, inclusive no STF, está a questão da precarização, a qual será abordada a seguir.

2.1 A PRECARIZAÇÃO DO TRABALHO HUMANO

Pragmácio Filho refere-se ao ambiente de trabalho fissurado como aquele em que a relação bilateral e bem definida entre empregador e empregado está fissurada, sendo as tarefas básicas de uma relação de emprego – contratar, avaliar, remunerar, fiscalizar e dirigir – executadas por múltiplas organizações. As grandes empresas não empregam mais, diretamente, uma legião de trabalhadores para fazerem seus produtos e serviços, ao contrário, delegam-nos a uma rede de empresas menores. Uma das consequências imediatas dessa mudança é o pagamento de salários e benefícios menores, tornando o trabalho, em princípio, mais precário. (2018, p. 82).

Três estratégias integradas estão subjacentes ao fissuramento do ambiente de trabalho da empresa: focar nas receitas e no *core business*; terceirizar, espalhar o trabalho para diminuir custos e criar padrões para manter a qualidade e impor custos. Focar nas principais competências e nos benefícios da especialização pode levar ao desenvolvimento de novos, melhores e mais baratos produtos e serviços, mas pode, também, trazer reais consequências sociais. A primeira delas é enfraquecer o cumprimento de padrões mínimos de proteção trabalhista, uma vez que, grandes empresas, via de regra, sempre pagaram salários maiores do que o mínimo legal e deram mais benefícios além dos garantidos em lei. Já as organizações menores, para quem o trabalho foi delegado no processo de fissuramento, tendem sempre a diminuir custos e pagar menos pela força de trabalho. (Op. cit., p. 83-84).

Segundo Druck, investigações de natureza qualitativa, feitas através de estudos de casos e quantitativas, realizadas a partir do uso de estatísticas de fontes oficiais ou de instituições sindicais e do Direito do Trabalho (Ministério Público do Trabalho, Auditores Fiscais e Juízes do Trabalho), feitas em todo o país nos últimos vinte anos, evidenciam de forma unânime a associação entre terceirização e precarização das condições de trabalho. Tais pesquisas não tratam do futuro, após a implementação de uma lei que libera a terceirização para todas as atividades. Não constituem uma previsão do que pode acontecer daqui para frente, mas retratam os resultados que de fato aconteceram, sob a égide da regulação criada pela Súmula nº 331 do TST. Trata-se da forma mais comum utilizada pelas empresas para burlar a legislação trabalhista, gerando vulnerabilidade social e política que coloca em risco a relação de emprego como elemento básico do contrato de trabalho. (2017, p. 189-190).

Tomando como referência o que denomina como “tipologia da precarização”, indicando-a como um fenômeno multifacetado, a citada pesquisadora apresenta alguns indicadores da terceirização no Brasil que são evidências paradigmáticas da precarização em todas as suas dimensões. Os indicadores elencados são: proporção de trabalhadores terceirizados em relação aos efetivos (contratados diretamente), diferenças salariais entre terceirizados e efetivos, benefícios não recebidos pelos terceirizados ou recebidos em menor valor, sonegação de direitos estabelecidos pela CLT, rotatividade no emprego, jornada de trabalho (número de horas em comparação com os efetivos), representação sindical pulverizada e saúde dos trabalhadores (número de acidentes e adoecimento entre os terceirizados comparados com os efetivos). (DRUCK, 2017, p. 190-192).

Após apresentar uma série de dados comparativos entre trabalhadores terceirizados e efetivos, conclui a mesma autora:

Todas as informações acima apresentadas configuram o quadro das relações e condições de trabalho para os terceirizados comparativamente aos trabalhadores contratados diretamente pelas empresas. É notória a desigualdade em todos os indicadores: os terceirizados recebem menos, trabalham mais, têm menos direitos e benefícios, são mais instáveis e estão crescendo mais do que os demais trabalhadores. Em síntese, no contexto da precarização social do trabalho que atinge a todos, estão numa condição pior que os demais. Este fato tem sérias implicações no campo político, da ação coletiva e organização sindical, e na saúde do trabalhador.

No âmbito da representação sindical, se confirmam as teses debatidas nas pesquisas sobre terceirização: a pulverização dos sindicatos, a fragmentação dos trabalhadores, o enfraquecimento das ações coletivas e a perversa disputa entre os próprios sindicatos, pois existem entre 4 a 6 sindicatos de maior porte numa mesma categoria, como é o caso dos petroquímicos, petroleiros, bancários e trabalhadores do serviço público. (Op. cit., 2017, p. 195).

Destacando a relação íntima entre o processo de saúde e doença e as condições de trabalho, Druck afirma que todos os indicadores apresentados acima para os terceirizados caracterizam condições de trabalho muito precárias. A vulnerabilidade da sua saúde e a sua maior exposição aos riscos decorrem da maior precariedade das suas condições de trabalho, da falta de treinamento adequado, da falta de qualificação, da ausência, em regra, de política de segurança e saúde pelas empresas terceirizadas, da ausência de CIPA (Comissão Interna de Prevenção de Acidentes) e da não identificação, eliminação e controle dos riscos existentes através de proteções coletivas. (Ibidem., p. 196-197).

Em estudo que traz uma contribuição da sociologia crítica do trabalho ao tema da terceirização, Antunes e Druck, correlacionam a precarização do trabalho e a terceirização no Brasil:

No quadro mais geral da dinâmica da acumulação flexível, a precarização social contemporânea do trabalho se torna o centro das transformações produtivas do capitalismo em suas várias dimensões. Nesta última década no Brasil, o crescimento e a difusão da terceirização a reafirma como uma modalidade de gestão, organização e controle do trabalho num ambiente comandado pela lógica da acumulação financeira, que, no âmbito do processo de trabalho, das condições de trabalho e do mercado de trabalho, *exige total flexibilidade em todos os níveis*, instituindo um novo tipo de precarização que passa a dirigir a relação capital-trabalho em todas as suas dimensões. [...]. (2013, p. 219, grifos dos autores).

Segundo os mesmos autores, tais dimensões atingidas são: o mercado de trabalho, onde se observa um recrudescimento da mercantilização da força de trabalho; a organização do trabalho, onde se evidencia uma discriminação entre trabalhadores terceirizados e contratados diretamente, no tocante a condições de trabalho e salariais; saúde e segurança do trabalho, cujas situações de riscos a que estão expostos os terceirizados sofrem as implicações da discriminação referida anteriormente; o coletivo dos trabalhadores, sendo que a terceirização fragmenta, desmembra as identidades coletivas, individualizando e criando concorrência entre os que trabalham no mesmo local de trabalho; a ação coletiva e sindical, uma vez que a terceirização impõe uma pulverização dos sindicatos e, por fim, a terceirização oculta as relações de trabalho entre a empresa contratante e os trabalhadores subcontratados através de uma terceira, eximindo-se a primeira da responsabilidade formal pelos trabalhadores e, desta forma, burlando a legislação trabalhista. (Op. cit., p. 219-221).

No que se refere à representação sindical, a terceirização agrava o já elevado grau de fragmentação de representação da classe trabalhadora existente no Brasil, ensejado por uma estrutura sindical baseada em categorias profissionais e não em ramos ou setores econômicos. Ao fragmentar a representação sindical, a terceirização reduz o poder de barganha dos trabalhadores nas negociações coletivas, resultando em acordos e convenções que avançam muito pouco em relação ao previsto em lei ou que, não raro ferem a própria lei. A permissão da terceirização ilimitada através da Lei nº 13.429 de 31 de março de 2017, fragilizará ainda mais o já restrito potencial das negociações coletivas no país, trazendo rebaixamento do poder aquisitivo dos salários, afetando a distribuição da renda e a retomada do crescimento da economia. (PELATIERI *et al.*, 2018, p. 41).

Podendo agravar esse quadro de negociação *in pejus* para os trabalhadores, a reforma trabalhista trazida pela Lei nº 13.467 de 13 de julho de 2017, inseriu o artigo 611-A na CLT, o qual prevê que o acordo e a convenção coletiva de trabalho têm prevalência sobre a lei no tocante a diversos direitos ali enumerados. Destacam-se, ainda, os seus parágrafos primeiro e segundo, que limitam o poder de apreciação do mérito dos pactos coletivos pela Justiça do Trabalho, bem como dispensam a indicação expressa de contrapartidas recíprocas para sua validade.

Contraopondo-se à ideia de que a terceirização gera precarização do trabalho, alguns estudiosos levantam dúvidas sobre o que isso significa exatamente. Sustentam que não significa perda de direitos trabalhistas, pois os trabalhadores terceirizados devem trabalhar com carteira assinada como os demais trabalhadores, estando mantidos os direitos previstos na CLT. Por outro lado, sustentam que a regulamentação da terceirização introduz uma modernização que alinha as relações de trabalho com as práticas dos países de economia avançada, permitindo à economia brasileira ganhar competitividade, redundando em aumento da produção e da prestação de serviços e, conseqüentemente mais empregos. (REBELO *et al.*, 2018, p. 49-50).

Rebatendo os argumentos de que a terceirização não gera perda de direitos:

Suas conhecidas falácias, tais como a “terceirização cria empregos”, os “terceirizados percebem salários” e são “providos de direitos”, a “terceirização é positiva”, pois permite a “especialização e qualificação das empresas”, esconde o fundamental, ou seja, que a terceirização tem como objetivos centrais a redução dos salários, a retração crescente dos direitos do trabalho e, o que é também de enorme relevância, aumentar a fragmentação, procurando desorganizar ainda mais a classe trabalhadora, tanto na esfera sindical como nas distintas formas de solidariedade coletiva que florescem no espaço produtivo. (ANTUNES; DRUCK, 2013, p. 219-221).

Com relação à competitividade empresarial:

Essas são as conseqüências do tipo de competitividade que as empresas defendem no Brasil, assentada na depredação da força de trabalho, ao invés de reduzirem seu padrão de consumo conspícuo para investir em padrões sustentáveis de competição, a exemplo do desenvolvimento e emprego de meios de produção mais produtivos e seguros.

Se não fosse a competição predatória o cerne da posição defendida pelas empresas, elas não pestanejariam em aceitar isonomia total de condições para os trabalhadores e responsabilidade solidária irrestrita entre empresas contratantes e contratadas, que não fazem qualquer diferença para a competitividade que não seja espúria, ou seja, que não se sustenta na redução dos salários, condições de trabalho e de vida das pessoas. (FILGUEIRAS, 2014, p. 11).

Há que se ressaltar que, embora haja uma base de dados oficiais sobre o mercado de trabalho brasileiro, consubstanciada na RAIS do Ministério do Trabalho, tal base de dados não identifica se o trabalhador atua em empresa prestadora de serviços terceirizados e muito menos o local da sua prestação de serviços e a empresa tomadora, o que dificulta o trabalho dos pesquisadores. As pesquisas realizadas com base nas informações da RAIS, dependendo da metodologia adotada e das variáveis consideradas, podem chegar a conclusões díspares no que se refere à associação da terceirização com a precarização das condições de trabalho. Cita-se como exemplo dessa disparidade dois trabalhos que, utilizando-se dos dados da RAIS, chegaram a conclusões diversas:

A falta de regulamentação do trabalho terceirizado e sua restrição às atividades-meio levaram a uma situação em que a maior parte do emprego terceirizado se concentrou em atividades auxiliares à atividade produtiva; por exemplo, limpeza e controle de portarias. Esse tipo de atividade tem como características a baixa qualificação de sua mão de obra e condições de trabalho piores que a média de outros setores, como é o caso da indústria de transformação.

Quando focamos a análise em setores que utilizam mão de obra mais qualificada, percebemos que o fato de esse trabalhador estar ou não alocado em uma empresa terceirizadora de mão de obra pouco influencia em suas condições de trabalho: remuneração, jornada e tempo no emprego. Em alguns casos, até mesmo melhora sua remuneração, por exemplo.

Sendo assim, a mera comparação de médias, desconsiderando-se esses fatos, leva a conclusões equivocadas e a generalizações distorcidas, que não necessariamente refletem a realidade. (REBELO *et al.*, 2018, p. 67).

Em sentido contrário:

Os dados obtidos a partir de recortes específicos na Rais revelam, de um modo geral, que, nas atividades tipicamente terceirizadas, as condições de trabalho e a remuneração são inferiores às verificadas nas atividades tipicamente contratantes.

Em síntese, e considerando somente o ano de 2014, os dados obtidos revelam o seguinte:

a taxa de rotatividade descontada é duas vezes maior nas atividades tipicamente terceirizadas (57,7% contra 28,8% nas atividades tipicamente contratantes);

nas atividades tipicamente terceirizadas, 44,1% dos vínculos de trabalho foram contratados no mesmo ano, enquanto nas tipicamente contratantes o percentual foi de 29,3%;

85,9% dos vínculos nas atividades tipicamente terceirizadas tinham jornada contratada entre quarenta e uma e quarenta e quatro horas semanais; já nos setores tipicamente contratantes, a proporção era de 61,6%;

os salários pagos nas atividades tipicamente terceirizadas fora da região Sudeste eram menores, o que reforça as desigualdades regionais;

o percentual de afastamentos por acidentes de trabalho nas atividades tipicamente terceirizadas é maior do que nas atividades tipicamente contratantes – 9,6% contra 6,1%; e

os salários nas atividades tipicamente terceirizadas eram, em média, 23,4% menores do que nas atividades tipicamente contratantes (R\$ 2.011 contra R\$ 2.639). (PELATIERI *et al.*, 2018, p. 28 e 29).

Para Carelli, a intermediação da mão de obra causa a precarização do trabalho humano por intermédio de três fenômenos: a subtração de direitos dos trabalhadores intermediados, com relação aos que deteriam se fossem diretamente contratados; a fragmentação da classe trabalhadora e conseqüente perda do seu poder organizativo e a degradação do meio ambiente laboral, com maior probabilidade de acidentes de trabalho e menor proteção em relação aos riscos no ambiente de trabalho. (2014b, p. 124).

Fazendo uma construção puramente lógica, o mesmo autor parte do pressuposto de que se alguém necessita de determinado número de trabalhadores para realização de certa atividade, a partir do momento que repassa a contratação desses trabalhadores para outro empresário, não há como haver redução de custos relativos a esse trabalho, já que deverá arcar como o lucro do intermediador, a menos que haja perdas para o trabalhador (Op. cit., p. 125).

Um dos piores efeitos que traz a intermediação de mão de obra para o mundo do trabalho é a fragmentação da classe trabalhadora, causa de enfraquecimento da representatividade sindical. A terceirização coloca lado a lado, no mesmo local de trabalho, trabalhadores representados por diversas entidades sindicais, das mais fortes às mais fracas, de diversas posições ideológicas, e muitas vezes, com atuação individual e descoordenada. Essa dispersão dos trabalhadores em sindicatos diferentes, sem força coletiva, individualizados e rivalizados, fragiliza a força de trabalho, trazendo a precarização das condições de trabalho em todos os seus aspectos. (Idem *Ibidem*, p. 130, 131 e 134).

Ainda segundo o pensamento de Carelli, a precarização do meio ambiente de trabalho, em parte é decorrente do próprio esfacelamento do coletivo trabalhista. Com a pulverização da classe trabalhadora e a multiplicação das entidades sindicais, fica difícil a defesa do meio ambiente de trabalho que é o mesmo tanto para os empregados quanto para os terceirizados, sejam eles cooperados ou empregados de empreiteiras. Após analisar exemplos ocorridos em grandes empresas como Petrobrás e Telemar, que passaram a utilizar amplamente mão de obra terceirizada, conclui o mesmo autor que o meio ambiente de trabalho sofre sérios danos com a intermediação de mão de obra pelas seguintes causas: precarização da situação laboral do trabalhador; dificuldade de efetiva representação e defesa sindical; fragmentação do ambiente de trabalho, com falta de coesão comunitária; menor remuneração; menor qualificação e possibilidade de qualificação; menor experiência na função e menor conhecimento da situação específica do trabalho; maior risco das atividades exercidas. (Idem *Ibidem*, p. 139).

Em artigo baseado no universo dos relatórios de ações do Ministério do Trabalho, referentes aos resgates de trabalhadores em condições de trabalho análogo ao de escravo, ocorridos no país em 2010, 2011, 2012 e 2013, Filgueiras conclui que terceirização e trabalho análogo ao de escravo estão intimamente relacionados, pelas seguintes razões: a contratação de trabalhadores terceirizados normalmente resulta em menor propensão à insubordinação; por sua condição mais precária, os terceirizados tendem a se esforçar mais, tanto para manter o emprego quanto para atenuar sua inserção adversa; a existência de uma figura interposta entre o trabalhador e o tomador de serviços aprofunda a subsunção do primeiro ao capital, pois aquele muitas vezes sequer percebe sua participação no processo produtivo que integra; as empresas buscam transferir ou afastar a incidência da regulação exógena (Estado e sindicato) do seu processo de acumulação, externalizando-a ao ente interposto. Assim, a adoção da terceirização potencializa a capacidade de exploração do trabalho e reduz a probabilidade de atuação dos entes que poderiam impor limites a esse processo, residindo nessa combinação a relação entre terceirização e trabalho análogo ao de escravo. (FILGUEIRAS, 2014, p. 4-5).

A despeito da polêmica existente sobre a precarização, a terceirização como forma de organização do processo produtivo e gestão da força de trabalho é uma prática que se enraizou na dinâmica empresarial de vários países, inclusive no Brasil, ganhando *status* legal. Tentar simplesmente proibi-la ou limitá-la às atividades meio não inibirá a sua prática, nem tampouco a ocorrência de precarização das condições de trabalho dos terceirizados.

O fato é que a terceirização cria, pela sua própria dinâmica, várias situações de desigualdade entre trabalhadores diretos e terceirizados, ainda que esse não seja o fim primeiro almejado pelo empresário. É o que se conclui dos diversos estudos citados acima, baseados em investigações quantitativas e, também, em estudos de casos específicos de terceirização em algumas atividades econômicas. Tal situação de desigualdade é o campo propício para vicejar a precarização das mais diversas condições de trabalho.

Além disso, a precarização tende a se acentuar nas situações em que as subcontratações se sucedem, com o repasse dos serviços de uma terceira para uma quarta, uma quinta empresa e assim sucessivamente, gerando uma cadeia de empresas interpostas, que podem ser utilizadas para ocultar as situações de burla aos direitos trabalhistas, notadamente o trabalho em condições análogas a de escravo.

O grande desafio dos operadores do Direito do Trabalho é encontrar no arcabouço normativo dispositivos que sirvam para inibir as condutas empresariais que revelem o nítido escopo de burlar a legislação trabalhista. Pode-se começar trazendo para o campo da terceirização as proteções previstas nos artigos 9º e 10º da CLT:

Art. 9º - Serão nulos de pleno direito os atos praticados com o objetivo de desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação dos preceitos contidos na presente Consolidação.

Art. 10 - Qualquer alteração na estrutura jurídica da empresa não afetará os direitos adquiridos por seus empregados.

Outra questão que é fundamental para o enfrentamento do tema da precarização é a responsabilidade do tomador dos serviços quanto às obrigações trabalhistas contraídas pela empresa terceirizada. A depender da maior ou menor extensão dessa responsabilidade, haverá um estímulo ou não à precarização. É o que se pretende abordar a seguir.

2.2 A RESPONSABILIDADE PELAS OBRIGAÇÕES TRABALHISTAS NAS RELAÇÕES TERCEIRIZADAS

Inicialmente é necessário fazer uma distinção entre a responsabilidade dos entes privados e a dos entes públicos nos contratos de terceirização.

Quanto aos entes privados, há que se buscar as regras para sua responsabilização na Lei nº 6.019 de 03 de janeiro de 1974, com as modificações que lhe foram introduzidas em 2.017. Do artigo 5º-A da referida lei, extraem-se as principais regras sobre a responsabilidade da empresa contratante:

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

§ 1º É vedada à contratante a utilização dos trabalhadores em atividades distintas daquelas que foram objeto do contrato com a empresa prestadora de serviços. (Incluído pela Lei nº 13.429, de 2017).

§ 2º Os serviços contratados poderão ser executados nas instalações físicas da empresa contratante ou em outro local, de comum acordo entre as partes. (Incluído pela Lei nº 13.429, de 2017).

§ 3º É responsabilidade da contratante garantir as condições de segurança, higiene e salubridade dos trabalhadores, quando o trabalho for realizado em suas dependências ou local previamente convencionado em contrato. (Incluído pela Lei nº 13.429, de 2017).

§ 4º A contratante poderá estender ao trabalhador da empresa de prestação de serviços o mesmo atendimento médico, ambulatorial e de refeição destinado aos seus empregados, existente nas dependências da contratante, ou local por ela designado. (Incluído pela Lei nº 13.429, de 2017).

§ 5º A empresa contratante é subsidiariamente responsável pelas obrigações trabalhistas referentes ao período em que ocorrer a prestação de serviços, e o recolhimento das contribuições previdenciárias observará o disposto no art. 31 da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991. (Incluído pela Lei nº 13.429, de 2017).

De acordo com o § 3º citado acima, a empresa contratante é responsável direta por garantir as condições de segurança e saúde no ambiente de trabalho, esteja ele localizado em suas dependências ou em local previamente convencionado no contrato.

Porém, caso o trabalho não seja prestado nas dependências da contratante e não tenha sido convencionado o local em contrato, abre-se à empresa contratante um caminho para fugir à sua responsabilidade neste aspecto. Considerando que o processo de terceirização pode se desdobrar numa cadeia sucessiva de subcontratações, conforme permitido no § 1º do artigo 4º-A da Lei nº 6.019 de 03 de janeiro de 1974, cria-se uma corrente de transferência de responsabilidade, resultando, na prática, numa fragilização da proteção do trabalhador quanto aos riscos para a sua segurança e saúde, ainda mais se na ponta dessa cadeia encontrar-se o trabalho em domicílio ou o teletrabalho, este último introduzido na CLT pela Reforma Trabalhista.

Assim, a empresa pode acabar optando por terceirizar justamente aquelas atividades que oferecem maiores riscos aos trabalhadores, como forma de transferir responsabilidades e também de diminuir os custos que teria para neutralizar ou minimizar esses riscos. Ao contrário, se a responsabilidade da contratante fosse direta ou mesmo solidária, independentemente do local da prestação dos serviços, a tendência seria manter sob seu controle direto os serviços que envolvessem riscos maiores, refreando o processo de terceirização ou, pelo menos, induzindo uma maior vigilância da empresa contratante sobre as empresas contratadas.

Portanto, teria andado melhor o legislador se houvesse estabelecido a responsabilidade solidária entre empresa contratante, empresas contratadas e subcontratadas pelas condições de segurança e saúde do trabalho, qualquer que fosse o local da prestação de serviços. Essa seria uma forma eficaz de reduzir desigualdades entre os trabalhadores diretos e terceirizados e proteger estes últimos contra as tentativas de precarização.

Para Melo e Melo (2017, p. 81-82), no que se refere à responsabilidade do tomador de serviços por acidentes de trabalho nas terceirizações, aplicam-se as regras contidas nos artigos 932, inciso III, 933 e 942 do Código Civil, que tratam da responsabilidade por ato de terceiro. Na terceirização dos serviços ocorre uma relação de preposição entre a empresa prestadora de serviços e a empresa tomadora, sendo esta última a comitente e aquela a preposta. Esclarecem os autores que:

Assim, para a espécie “dano acidentário”, a responsabilidade por ato de terceiro é de duas naturezas: objetiva e solidária do tomador de serviços em

relação ao empregado ou preposto (terceirizado) e, subjetiva, como regra, a do empregado ou preposto, ressalvadas as hipóteses de responsabilidade objetiva e inversão do ônus da prova para os empregadores em geral. Assim, a vítima não terá mais de provar que o empregador ou comitente agiu com culpa pelo ato de seu empregado, serviçal ou preposto. (MELO; MELO, 2017, p. 83).

Analisando as alterações introduzidas na Lei nº 6.019 de 03 de janeiro de 1974, no que se refere às responsabilidades das empresas tomadoras de serviços, concluem os mesmos autores:

Quanto à responsabilidade subsidiária nada muda, uma vez que esta se aplica às verbas de caráter estritamente trabalhista, sendo que as de natureza civil continuam a ser regidas pelo Código Civil, como antes fundamentado.

Quanto às condições de segurança, higiene e salubridade dos trabalhadores estabelece a lei a responsabilidade direta do tomador de serviços, o que reforça sobremaneira a responsabilidade solidária pelos danos decorrentes dos acidentes e doenças do trabalho, não havendo mais qualquer sentido falar-se em responsabilidade subsidiária da Súmula n. 331 do C. TST, que, conforme evolução da jurisprudência dessa Corte aplica-se às verbas trabalhistas. De qualquer forma, não teria qualquer sentido estabelecer a lei a responsabilidade direta do tomar [sic] de serviços pela segurança, higiene e saúde dos trabalhadores temporários e terceirizados e, na ocorrência de acidentes de trabalho, aplicar-se a responsabilidade subsidiária. Seria uma incoerência inaceitável em termos de interpretação jurídica. (Op. cit., p. 86).

No mesmo sentido:

Logo, se o empregado terceirizado prestar serviço no estabelecimento da empresa tomadora ou em outro local pactuado entre as partes, esta responde pela higidez do meio ambiente de trabalho, inclusive em casos de acidentes de trabalho e doenças ocupacionais.

Sendo assim, as indenizações decorrentes desses infortúnios são de responsabilidade solidária tanto da empresa prestadora de serviço, por ser empregadora, como da empresa contratante, por ter o dever de cuidar do meio ambiente de trabalho. (GARCIA, 2017, p. 79).

Quanto à responsabilidade pelas obrigações trabalhistas, estabelece o § 5º do artigo 5º-A da Lei nº 6.019 de 03 de janeiro de 1974, que a responsabilidade da empresa contratante é meramente subsidiária em relação às obrigações trabalhistas e contribuições previdenciárias, referentes ao período que ocorrer a prestação de serviços, mantendo-se o critério já adotado pela Súmula nº 331 do TST.

Quem terceiriza atividades tem os deveres de escolher prestadora de serviços idônea e de acompanhar o correto cumprimento das obrigações trabalhistas. O tomador dos serviços responde de forma subsidiária uma vez que assume o risco de ter optado pela terceirização e

deixado de contratar os empregados diretamente. Qualquer disposição contratual que venha a excluir a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços não tem eficácia perante o trabalhador, uma vez que tal responsabilidade decorre de norma de ordem pública, inafastável pela vontade das partes. A responsabilidade subsidiária torna mais dificultosa e menos célere a satisfação dos créditos do empregado terceirizado em eventual processo trabalhista, uma vez que terá que cobrar primeiramente a sua empregadora e, somente se esta não possuir bens suficientes, cobrar a empresa tomadora dos serviços. (GARCIA, 2017, p. 82-83).

Segundo Martins:

A responsabilidade subsidiária é um benefício de ordem. É o que a jurisprudência definiu como a existência de culpa *in eligendo*, de escolher a empresa inidônea, e culpa *in vigilando*, de não fiscalizar pelo pagamento das verbas trabalhistas devidas ao empregado. Se não a fiscaliza e a prestadora dos serviços não paga verbas trabalhistas aos empregados, responderá a tomadora de forma subsidiária. Isso significa que deve ser exaurida a execução contra a empresa prestadora de serviços e seus sócios para depois responder a tomadora dos serviços. (2017, p. 174).

Fundamentando a responsabilidade subsidiária atribuída ao tomador de serviços no conceito de culpa aquiliana por fato de terceiro, extraído do direito civil, assim se manifesta Pinto:

A responsabilidade do tomador de serviços decorre de ato de terceiro, que contratou empregados e os disponibilizou a seu favor. E este terceiro, ao deixar de pagar verbas trabalhistas, comete ato ilícito, estando obrigado à reparação. O tomador de serviços, na contratação de terceiro, deve estar atento à sua idoneidade, tanto no ato de contratação, sob pena de se configurar a culpa *in eligendo*, quanto na execução do contrato, sob pena de incidir na culpa *in vigilando*. Referidas modalidades de culpa são presumidas do inadimplemento de obrigações trabalhistas pelo empregador. (2004, p. 134).

Com relação à chamada “quarteirização”, Franco Filho esclarece que consiste em o tomador de serviços transferir o gerenciamento das atividades atribuídas às empresas terceirizadas para outras – as quarteirizadas – tratando-se de uma evolução natural do processo de terceirização. Também ocorre a quarteirização quando uma empresa terceirizada subcontrata outra para executar total ou parcialmente o contrato celebrado com a empresa cliente, situação essa permitida pelo § 1º do artigo 4º-A da Lei nº 6.019 de 03 de janeiro de 1974. Nesse caso, a jurisprudência do TST vem admitindo sistematicamente a responsabilidade subsidiária da empresa tomadora em relação às responsabilidades da empresa quarteirizada. (2017, p. 21-23).

A responsabilidade subsidiária da empresa tomadora dos serviços é a regra geral nos processos de terceirização lícita. Questão interessante que se apresenta é saber quais são as consequências jurídicas nos casos de terceirização fraudulenta, utilizada para mascarar a verdadeira relação de emprego com o tomador dos serviços, ou como forma de sonegar direitos trabalhistas e previdenciários. Haverá responsabilidade solidária da empresa tomadora dos serviços? O vínculo de emprego poderá ser diretamente a ela atribuído, assumindo a condição de real empregadora?

A lei da terceirização é omissa neste aspecto. Limitou-se a inserir o artigo 19-A, que preceitua: “o descumprimento do disposto nesta Lei sujeita a empresa infratora ao pagamento de multa”. Ou seja, previu apenas uma penalidade administrativa, silenciando sobre quaisquer outras consequências jurídicas que possam advir do seu descumprimento.

Interpretando o referido artigo juntamente com o § 2º do artigo 4º-A da mesma lei, há entendimento de que a intenção do legislador foi claramente se afastar da linha jurisprudencial do TST, no sentido de reconhecer o vínculo empregatício como penalidade, como consequência do descumprimento das formalidades legais ou mesmo do tipo de atividade desempenhada. Entretanto, se estiver presente a subordinação jurídica direta entre o trabalhador terceirizado e o tomador dos serviços, assim como os demais elementos dos artigos 2º e 3º da CLT, além da aplicação da penalidade administrativa, não se afasta a possibilidade de reconhecimento do vínculo empregatício eventualmente existente *in concreto*. (BELMONTE; BELMONTE, 2017, p. 1.320).

O silêncio da lei contribui para a insegurança jurídica e, provavelmente a questão despertará controvérsias no judiciário.

A ANAMATRA, em enunciados aprovados na 2ª Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho, assim se posicionou:

77. Terceirização: Limites de Legalidade.

A validade do contrato de prestação de serviços previsto no artigo 4º-A da Lei nº 6.019/1974 sujeita-se ao cumprimento dos seguintes requisitos: I – efetiva transferência da execução de atividades a uma empresa prestadora de serviços, como objeto contratual; II – execução autônoma da atividade pela empresa prestadora, nos limites do contrato de prestação de serviço; III – capacidade econômica da empresa prestadora, compatível com a execução do contrato. A ausência de qualquer desses requisitos configura intermediação ilícita de mão de obra (art. 9º da CLT) e acarreta o reconhecimento de vínculo de emprego entre os trabalhadores intermediados e a empresa tomadora de serviço.

96. Terceirização. Inadimplemento de verbas trabalhistas. Reconhecimento direto do vínculo com a contratante. O inadimplemento das verbas trabalhistas por parte da empresa prestadora de serviços revela sua incapacidade

econômica para a execução dos serviços (art. 4º-A da Lei 6.019/74) e autoriza o consequente reconhecimento do vínculo diretamente com a contratante.

A interpretação conferida pela ANAMATRA é bem abrangente no que se refere às hipóteses de ilicitude da terceirização e consequente atribuição do vínculo de emprego à empresa tomadora dos serviços. O entendimento no enunciado nº 96 praticamente elimina a caracterização da responsabilidade subsidiária da empresa tomadora, atribuindo-lhe responsabilidade direta no caso de inadimplemento das obrigações trabalhistas, o que contraria frontalmente a regra insculpida no § 5º do artigo 5º-A da Lei nº 6.019 de 3 de janeiro de 1974.

O § 1º do artigo 4º-A da mencionada lei define a empresa prestadora de serviços como aquela que contrata, remunera e dirige o trabalho dos terceirizados, vindo de encontro ao critério que já fora adotado no item III da Súmula nº 331 do TST quando esta se refere à inexistência de pessoalidade e subordinação direta. Caso haja a subordinação direta, o vínculo se estabelecerá diretamente com a empresa contratante, pois pode se considerar que houve um desvirtuamento do contrato de prestação de serviços, com a finalidade de ocultar a condição da empresa contratante de verdadeira empregadora, incidindo, assim, a regra do artigo 9º da CLT.

Outro ponto relevante é identificar quais seriam as consequências jurídicas ou a extensão da responsabilidade da empresa tomadora dos serviços no caso de descumprimento dos parâmetros definidos pela lei da terceirização, especialmente: os elementos que definem o contrato de prestação de serviços a terceiros (artigo 4º-A); os requisitos para o funcionamento da empresa de prestação de serviços (artigo 4º-B); a utilização de trabalhadores em atividades distintas daquelas que foram objeto do contrato (artigo 5º-A, § 1º); a não especificação no contrato dos serviços a serem prestados (artigo 5º-B, inciso II) e o desrespeito ao prazo de dezoito meses para recontração como terceirizados de ex-empregados da empresa tomadora de serviços (artigos 5º-C e 5º-D).

Analisando-se os referidos artigos, deduz-se um conjunto de regras que tem por escopo coibir fraudes no processo de terceirização. São regras que visam garantir a real autonomia e capacidade econômica da empresa prestadora de serviços, para que de fato, ela exerça o papel de empregadora; a não utilização da terceirização como mera intermediação de mão-de-obra, seja pela proibição de utilizar os trabalhadores em atividades distintas daquelas objeto do contrato, seja pela proibição de celebrar contratos com objeto genérico e, por fim, evitar a recontração imediata de trabalhadores diretos como terceirizados, o que poderia ser utilizado como uma estratégia para reduzir salários e outros benefícios.

Portanto, se a empresa contratante optar por desrespeitar essas regras que, repita-se, mostram um claro objetivo de evitar fraudes e a consequente precarização do trabalho, merece tal conduta ser caracterizada como ilícita, atribuindo-se o vínculo de emprego diretamente com a tomadora dos serviços, mesmo que não haja subordinação direta dos terceirizados em relação a ela. Considerada ilícita a terceirização, ao tomador de serviços caberá, juntamente com a empresa contratada, a responsabilidade solidária pelos débitos trabalhistas. Nesse sentido:

A terceirização ilícita, como visto, implica estabelecer-se o vínculo empregatício diretamente com o tomador de serviços, com responsabilidade direta por todo e qualquer débito trabalhista, sendo certo que também o prestador de serviços se mantém responsável de forma solidária com o tomador, em decorrência do disposto no art. 942 do Código Civil, uma vez que a ofensa a direitos trabalhistas, nesse caso, é gerada por mais de um autor, sendo todos solidariamente responsáveis pela sua reparação. (PINTO, 2004, p. 134).

A responsabilização dos órgãos da Administração Pública, nas terceirizações de serviços por eles contratados, recebeu um tratamento diferenciado em relação aos entes privados. É necessário fazer um percurso legislativo e jurisprudencial para sua compreensão.

Preceitua o artigo 71 da Lei nº 8.666 de 21 de junho de 1993:

Art. 71. O contratado é responsável pelos encargos trabalhistas, previdenciários, fiscais e comerciais resultantes da execução do contrato.

§ 1º A inadimplência do contratado, com referência aos encargos trabalhistas, fiscais e comerciais não transfere à Administração Pública a responsabilidade por seu pagamento, nem poderá onerar o objeto do contrato ou restringir a regularização e o uso das obras e edificações, inclusive perante o Registro de Imóveis.

§ 2º A Administração Pública responde solidariamente com o contratado pelos encargos previdenciários resultantes da execução do contrato, nos termos do art. 31 da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991.

§ 3º (Vetado).

No TST, a questão da responsabilização da Administração Pública foi tratada inicialmente através da Resolução nº 96 de 11 de setembro de 2000, que deu nova redação ao item IV da Súmula nº 331, conforme segue:

O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica na responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços, quanto àquelas obrigações, inclusive quanto aos órgãos da administração direta, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista, desde que hajam participado da relação processual e constem também do título executivo judicial (art. 71 da Lei nº 8.666/93).

A partir de então, fomentou-se uma corrente que defendia a tese de que o TST teria deixado de aplicar o referido artigo 71 da Lei nº 8.666 de 21 de junho de 1993, declarando, ainda que de forma indireta, a sua inconstitucionalidade. Nessa linha, foi proposta pelo Governador do Distrito Federal a ADC nº 16 – DF visando à declaração de constitucionalidade do artigo 71 da Lei nº 8.666 de 21 de junho de 1993. A pretensão foi julgada procedente e o STF declarou a sua constitucionalidade, não impedindo, porém, a responsabilização subsidiária da Administração Pública. (COELHO; NEVES, 2017, p. 579).

A ementa da decisão, proferida em 24 de novembro de 2010, é a seguinte:

RESPONSABILIDADE CONTRATUAL. Subsidiária. Contrato com a administração pública. Inadimplência negocial do outro contraente. Transferência consequente e automática dos seus encargos trabalhistas, fiscais e comerciais, resultantes da execução do contrato, à administração. Impossibilidade jurídica. Consequência proibida pelo art. 71, § 1º, da Lei federal nº 8.666/93. Constitucionalidade reconhecida dessa norma. Ação direta de constitucionalidade julgada, nesse sentido, procedente. Voto vencido. É constitucional a norma inscrita no art. 71, § 1º da Lei federal nº 8.666, de 26 de junho de 1993, com a redação dada pela Lei nº 9.032 de 1995. (ADC nº 16-DF, 2011).

Para adequar-se à referida decisão, através da Resolução nº 174 de 24 de maio de 2011, o TST deu nova redação ao item IV e inseriu um item V na Súmula nº 331, os quais ficaram assim redigidos:

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.

Entretanto, o julgamento proferido na ADC nº 16-DF não pacificou as disputas que estavam surgindo na esfera dos processos trabalhistas, mas sim as acirrou, multiplicando o número de reclamações constitucionais e recursos extraordinários perante o STF, arguindo afronta à decisão proferida naquela ADC. Sendo assim, reconhecendo a repercussão geral do tema (Tema nº 246), foi eleito como paradigma o RE nº 760.931-DF. Trata-se de recurso interposto pela União Federal contra decisão proferida pela Justiça do Trabalho, que lhe impôs

a responsabilidade subsidiária pelas verbas trabalhistas devidas pela empresa contratada, como decorrência da sua culpa *in vigilando*. A União sustentou em seu recurso ordinário que a decisão violava o texto constitucional, especialmente os artigos 5º, inciso II, 37, *caput*, 97 e 102, § 2º e, ainda, desobedecia ao que fora decidido na ADC nº 16-DF.

Ao final, o recurso foi parcialmente conhecido e julgado procedente, transcrevendo-se, abaixo, parcialmente, a sua ementa:

EMENTA: RECURSO EXTRAORDINÁRIO REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA COM REPERCUSSÃO GERAL. DIREITO CONSTITUCIONAL. DIREITO DO TRABALHO. TERCEIRIZAÇÃO NO ÂMBITO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. SÚMULA 331, IV E V, DO TST. CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 71, § 1º, DA LEI Nº 8.666/93. TERCEIRIZAÇÃO COMO MECANISMO ESSENCIAL PARA A PRESERVAÇÃO DE POSTOS DE TRABALHO E ATENDIMENTO DAS DEMANDAS DOS CIDADÃOS. HISTÓRICO CIENTÍFICO. LITERATURA: ECONOMIA E ADMINISTRAÇÃO. INEXISTÊNCIA DE PRECARIZAÇÃO DO TRABALHO HUMANO. RESPEITO ÀS ESCOLHAS LEGÍTIMAS DO LEGISLADOR. PRECEDENTE: ADC 16. EFEITOS VINCULANTES. RECURSO PARCIALMENTE CONHECIDO E PROVIDO. FIXAÇÃO DE TESE PARA APLICAÇÃO EM CASOS SEMELHANTES.

[...]

7. O art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93, ao definir que a inadimplência do contratado, com referência aos encargos trabalhistas, não transfere à Administração Pública a responsabilidade por seu pagamento, representa legítima escolha do legislador, máxime porque a Lei nº 9.032/95 incluiu no dispositivo exceção à regra de não responsabilização com referência a encargos trabalhistas.

8. Constitucionalidade do art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93 já reconhecida por esta Corte em caráter *erga omnes* e vinculante: ADC 16, Relator (a): Min. CEZAR PELUSO, Tribunal Pleno, julgado em 24/11/2010.

9. Recurso Extraordinário parcialmente conhecido e, na parte admitida, julgado procedente para fixar a seguinte tese para casos semelhantes: “O inadimplemento dos encargos trabalhistas dos empregados do contratado não transfere automaticamente ao Poder Público contratante a responsabilidade pelo seu pagamento, seja em caráter solidário ou subsidiário, nos termos do art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93”. (RE nº 760931-DF, 2017).

Em 03 de abril de 2018, em julgamento unânime proferido pela Sétima Turma do TST, no processo nº TST-RR-20261-74.2015.5.04.0017, foi dado provimento ao Recurso de Revista impetrado pelo Departamento de Trânsito do Rio Grande do Sul – DETRAN/RS para excluir a responsabilidade subsidiária a ele imposta pelos créditos trabalhistas inadimplidos pela empresa prestadora de serviços por ele contratada, sob o fundamento de que, com a decisão proferida pelo STF no RE nº 760.931-DF, a condenação da Administração Pública só é admissível quando houver prova inequívoca da conduta omissiva ou comissiva do ente público na

fiscalização dos contratos. No caso concreto, concluiu a Turma que não foi evidenciada por parte do reclamante a conduta culposa na fiscalização do contrato.

Conclui-se que não ficou afastada completamente a hipótese de responsabilização subsidiária da Administração Pública pelos encargos trabalhistas devidos pela empresa terceirizada, reafirmando-se o que fora decidido na ADC nº 16-DF. No julgamento do RE nº 760.931, no debate em plenário realizado no dia 26 de abril de 2017 para votação da tese de repercussão geral, percebe-se a intenção dos julgadores em manter a possibilidade de responsabilização da administração pública, pela inclusão da expressão “automaticamente”, com o intuito de deixar a porta aberta para a discussão da configuração da culpa.

Até o momento mantém-se inalterada a redação do item V da Súmula nº 331 do TST. A recente decisão proferida pela Sétima Turma do TST aponta no sentido de que, após o pronunciamento do STF, o ônus da prova da culpa da Administração Pública é do reclamante, ou seja, do trabalhador.

A questão do ônus da prova é crucial e, caso seja atribuído ao trabalhador, poderá redundar, na prática, na irresponsabilização do ente público.

Lendo-se o inteiro teor do acórdão proferido pelo STF no RE nº 760.931-DF, percebe-se que o intuito principal foi reafirmar o que fora decidido na ADC nº 16-DF, especialmente, quanto à necessidade de existir prova cabal da conduta omissiva ou comissiva do Poder Público e que tal conduta tenha nexos de causalidade com os danos sofridos pelo trabalhador. A inexistência da referida prova ou a presunção de culpa da Administração pela alegação genérica de ausência do cumprimento do seu dever de fiscalização é que vinha motivando inúmeras reclamações junto ao STF por descumprimento da referida ADC. Assim, para evitar a proliferação de recursos e reclamações com o mesmo tema, o STF frisou a necessidade da existência de prova. No entanto, não fez qualquer referência ao ônus da prova na redação final da tese de repercussão geral, embora tal questão tenha sido ventilada nos votos proferidos e nos debates. Portanto, conclui-se que definição do *onus probandi* permanece na órbita de competência dos juízes trabalhistas, a ser apreciada em cada caso concreto.

No caso do reclamante que ingressa com uma ação trabalhista contra a empresa terceirizada, sua empregadora e, concomitantemente, contra o órgão público tomador dos serviços, poder-se-ia afirmar, considerando apenas a estática do ônus da prova, que seria dele o encargo de provar o nexo causal entre a conduta culposa do referido órgão e o inadimplemento das obrigações trabalhistas por parte do seu empregador. Tal fato, seria, a princípio, constitutivo do seu direito em ver responsabilizada subsidiariamente a Administração Pública contratante numa eventual condenação do seu empregador.

Porém, há que se considerar as peculiaridades da terceirização ocorrida nos serviços públicos, cujo processo de contratação e deveres das partes contratantes encontra-se disciplinado na Lei nº 8.666 de 21 de junho de 1993.

Primeiramente, cabe ressaltar que a Administração Pública tem a prerrogativa de fiscalizar a execução do contrato administrativo de prestação de serviços, bem como de aplicar sanções ao contratado no caso da sua inexecução total ou parcial, conforme disposto no artigo 58, incisos III e IV da referida lei. Além disso tem o dever de acompanhar e fiscalizar a execução do contrato por um representante especialmente designado, conforme previsto no artigo 67 do mesmo diploma legal:

Art. 67. A execução do contrato deverá ser acompanhada e fiscalizada por um representante da Administração especialmente designado, permitida a contratação de terceiros para assisti-lo e subsidiá-lo de informações pertinentes a essa atribuição.

§ 1º O representante da Administração anotará em registro próprio todas as ocorrências relacionadas com a execução do contrato, determinando o que for necessário à regularização das faltas ou defeitos observados.

§ 2º As decisões e providências que ultrapassarem a competência do representante deverão ser solicitadas a seus superiores em tempo hábil para a adoção das medidas convenientes.

As condutas inerentes a esse dever, encontram-se detalhadas na Instrução Normativa nº 5 de 26 de maio de 2017, do Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão, que dispõe sobre as regras e diretrizes do procedimento de contratação de serviços sob o regime de execução indireta no âmbito da Administração Pública federal direta, autárquica e fundacional, vindo a substituir a Instrução Normativa nº 02 de 30 de abril de 2008. Estabeleceu-se um padrão fiscalizatório a ser seguido pelo administrador público e demais servidores incumbidos da fiscalização do contrato.

Este padrão fiscalizatório federal vincula a Administração Pública nos demais âmbitos federativos, por força do princípio da predominância do interesse, uma vez que, sendo privativa da União a competência para legislar sobre normas de licitações e contratos, aos estados e municípios incumbe complementar esta legislação. As diretrizes traçadas pela Administração Pública Federal para uma fiscalização eficaz sobre os contratos de terceirização em matéria trabalhista acabam por orientar os demais entes federativos na implementação de suas normas internas sobre a matéria (VIANA *et al.*, 2011, p. 77 e 78).

Considerando que no caso da Administração Pública, a terceirização que importa, aquela que via de regra enseja a formulação de pedido de responsabilidade subsidiária, é a contratação de serviços de natureza contínua com dedicação exclusiva de mão de obra

(COELHO; NEVES, 2017, p. 584), passa-se a destacar da Instrução Normativa nº 05 referida acima os dispositivos que interessam ao tema sob enfoque.

As atividades de gestão e fiscalização da execução contratual são um conjunto de ações que tem por objetivos, dentre outros, aferir o cumprimento dos resultados previstos pela Administração para os serviços contratados e verificar a regularidade das obrigações previdenciárias, fiscais e trabalhistas (artigo 39). Nesse conjunto de ações inclui-se a fiscalização administrativa, que consiste no acompanhamento dos aspectos administrativos da execução dos serviços quanto às obrigações previdenciárias, fiscais e trabalhistas, bem como quanto às providências tempestivas nos casos de inadimplemento (artigo 40, inciso III). O parágrafo § 3º do artigo 40 determina que as atividades de gestão e fiscalização da execução contratual devem ser realizadas de forma preventiva, rotineira e sistemática.

O gestor e o fiscal do contrato devem ser formalmente designados (artigo 42), devendo registrar todos os seus atos:

Art. 46. As ocorrências acerca da execução contratual deverão ser registradas durante toda a vigência da prestação dos serviços, cabendo ao gestor e fiscais, observadas suas atribuições, a adoção das providências necessárias ao fiel cumprimento das cláusulas contratuais, conforme o disposto nos §§ 1º e 2º do art. 67 da Lei nº 8.666, de 1993.

§ 1º O registro das ocorrências, as comunicações entre as partes e demais documentos relacionados à execução do objeto poderão ser organizados em processo de fiscalização, instruído com os documentos de que trata o § 4º do art. 42.

§ 2º As situações que exigirem decisões e providências que ultrapassem a competência do fiscal deverão ser registradas e encaminhadas ao gestor do contrato que as enviará ao superior em tempo hábil para a adoção de medidas saneadoras.

Segundo o artigo 65, quando da rescisão dos contratos de serviços com regime de dedicação exclusiva de mão de obra, deve ser verificado o pagamento pela contratada das verbas rescisórias ou a comprovação de que os empregados serão realocados em outra atividade de prestação de serviços, sem interrupção do contrato de trabalho (artigo 65), devendo o órgão contratante reter a garantia contratual prestada e os valores das notas fiscais ou faturas até que a empresa contratada comprove o cumprimento de tais obrigações. Não havendo quitação das obrigações por parte da contratada, o contratante poderá efetuar o pagamento das obrigações diretamente aos empregados da contratada.

No anexo VIII-B da já mencionada Instrução Normativa, fica explicitado como deve ser realizada, na prática, a fiscalização do cumprimento das obrigações trabalhistas e sociais. O órgão contratante deverá exigir os documentos que comprovem o cumprimento de todas as

obrigações trabalhistas, desde o momento da contratação do empregado até a extinção do contrato, tais como o registro em CTPS (Carteira de Trabalho e Previdência Social), os documentos comprobatórios do pagamento dos salários, dos recolhimentos previdenciários e de FGTS, da entrega de benefícios suplementares previstos em lei, convenção ou acordo coletivo de trabalho e dos comprovantes de quitação de verbas rescisórias. O descumprimento de tais obrigações pode dar ensejo à rescisão do contrato de prestação de serviços pela Administração Pública.

A fiscalização deve ocorrer em diversos momentos: inicial (no momento em que a prestação de serviços é iniciada), mensal (antes do pagamento da fatura) e diária. Encontra-se, ainda, prevista uma fiscalização procedimental, para verificação da observância da data-base da convenção coletiva de trabalho, de férias e licenças e do respeito às estabilidades provisórias. Prevê-se, ainda, uma fiscalização por amostragem, por meio da qual a Administração deverá solicitar aos empregados terceirizados que verifiquem o regular recolhimento das suas contribuições previdenciárias e do FGTS, devendo solicitar a entrega dos extratos da respectiva conta. Também através da fiscalização por amostragem, a Administração pode solicitar à contratada, a qualquer tempo, documentos comprobatórios do cumprimento das obrigações trabalhistas e previdenciárias.

De todos esses dispositivos mencionados, ressalta que o dever de fiscalização do cumprimento das obrigações trabalhistas relativas aos empregados terceirizados não está sujeito à discricionariedade, devendo a Administração praticar os atos administrativos específicos previstos na referida Instrução Normativa, os quais devem ser registrados e documentados pelo servidor público designado para o mister de fiscalização.

Embora tenha sido voto vencido, oportuno trazer trecho do voto da Ministra Rosa Weber no RE nº 760.931, acerca do ônus da prova:

É inequivocamente desproporcional impor aos terceirizados o dever probatório quanto ao descumprimento da aludida fiscalização por parte da Administração Pública.

Reforça, por fim, a compreensão quanto ao dever probatório da Administração Pública, em situações como a debatida, a técnica processual da **distribuição dinâmica do ônus da prova**, a qual, fundamentada nos princípios da igualdade, aptidão para a prova e cooperação, surge em contraposição ao ônus estático da prova (art. 818 da CLT e art. 333 do já revogado CPC de 1973) e tem por diretriz a efetiva capacidade probatória de cada parte, antídoto para a chamada “prova diabólica”. Decorre, tal técnica, do caráter publicista da jurisdição e da necessidade de equilíbrio na relação processual, entre outros. (p. 124).

O artigo 818 da CLT, cuja redação foi modificada pela Reforma Trabalhista, prevê em seu parágrafo primeiro a possibilidade de o juiz atribuir o ônus da prova de modo diverso, nos casos previstos em lei ou diante de peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário.

Atribuir ao trabalhador o encargo de provar a conduta culposa da Administração Pública, decorrente da não fiscalização do cumprimento das obrigações trabalhistas no curso do contrato de trabalho, enquadra-se na hipótese legal de impossibilidade ou excessiva dificuldade de cumprir o encargo.

Nesse sentido:

Ademais, também por direta aplicação do princípio da aptidão para a prova (decisivo para estabelecer, em determinado litígio judicial, a inversão do *onus probandi* de um fato controvertido em detrimento da parte sobre a qual, em princípio, esse encargo não recairia mas que se mostra, para a comprovação do fato controvertido, muito mais apta do que o seu *ex adverso*), não pode haver nenhuma dúvida de que esse encargo, em casos como este, só pode mesmo recair sobre a Administração Pública demandada que detém as provas correspondentes (e que, simetricamente, são inacessíveis ou de difícil acesso à parte contrária) e que, por isso mesmo, terá melhores condições para demonstrar haver praticado todos os atos administrativos, de sua responsabilidade, de fiscalização do adimplemento, pelo empregador, de suas obrigações trabalhistas referentes aos trabalhadores terceirizados. (PIMENTA, 2011, p. 300-301).

Uma vez que a Administração tem o dever legal de fiscalização, cujo procedimento está previsto na norma regulamentar destacada acima, é muito mais fácil que ela prove que cumpriu os atos administrativos ali descritos, trazendo ao processo as provas documentais e testemunhais que corroborem a sua atuação diligente e efetiva no sentido de evitar o descumprimento das obrigações trabalhistas pela empresa contratada. Só assim é que se poderá admitir que ela seja eximida da sua responsabilidade subsidiária.

Sobre o ônus da prova, colhe-se o posicionamento explicitado em acórdão proferido em recurso ordinário, no TRT da 10ª Região:

Atribuir ao empregado este ônus significaria, na prática, na imensa maioria das vezes, tornar letra morta o princípio da legalidade, esvaziando-se, por conseguinte, o conjunto das disposições legais as quais obrigam o poder público contratante a realizar intensa fiscalização e rigoroso acompanhamento da execução do contrato de prestação de serviços. Importaria, sem sombra de dúvida, na absolvição trabalhista prematura da tomadora de serviços, uma vez que o empregado não reúne condições materiais para produzir tal prova, ao

contrário da reclamada, detentora da melhor aptidão para a prova a que se encontra obrigada a formalizar diariamente, mostrando em juízo, por exemplo, as ações adotadas para impedir o inadimplemento trabalhista da empresa prestadora de serviços. (RO nº 01353-2015-001-10-00-3, 2017).

É evidente a desigualdade existente entre o empregado terceirizado e a Administração Pública no que se refere à possibilidade de produzir prova da culpa desta última, pois ao empregado terceirizado é praticamente impossível fazê-la enquanto que ao órgão público ela será fácil, desde que efetivamente tenha cumprido o seu dever legal de fiscalização. Atribuir o ônus da prova ao reclamante equivaleria, na prática, à impossibilidade de responsabilização subsidiária da Administração Pública pelo inadimplemento das obrigações trabalhistas.

Além disso, corre-se o risco de que o processo de terceirização nos serviços públicos, ao invés de contribuir para a eficiência na sua prestação, sirva para defender interesses privados em detrimento do interesse público, conforme afirma Amorim:

Por meio da terceirização, o capital se organiza estrategicamente em todos os vieses da máquina estatal na defesa dos interesses de mercado, em privilégio de camadas empresariais muito restritas da sociedade, acentuando o ambiente propício à promiscuidade entre o público e o privado, e aprofundando o caráter patrimonialista das relações entre os governos e as elites econômicas. O corporativismo das elites burocráticas, de servidores públicos privilegiados, firmemente combatido pela Reforma do Aparelho de Estado, acaba substituído pelo corporativismo das empresas empreiteiras, prestadoras de serviços, não menos agressivo na colonização privada do espaço estatal. (AMORIM, Helder Santos apud SILVA, 2011, p. 107).

Os riscos se tornam ainda maiores, quando se busca mitigar cada vez mais a reponsabilidade subsidiária do Estado, sob o falso argumento de que o interesse particular, no caso o do trabalhador terceirizado, não pode prevalecer sobre o interesse público, qual seja o do ente público contratante. Estimula-se, assim, um relaxamento por parte dos administradores públicos no cumprimento do seu dever de fiscalização sobre a empresa contratada, a qual por sua vez, se sentirá pouco motivada ao cumprimento rigoroso das suas obrigações trabalhistas. Sobre o assunto, assim se manifestou Gemignani:

A responsabilização subsidiária do Estado visa preservar o interesse público sobre interesses outros, nem sempre confessáveis, daqueles que participam de um processo licitatório apresentando propostas fictícias, já contando com futura inadimplência de certas obrigações. Trata-se de cumprir o princípio da legalidade e fazer valer a finalidade do ordenamento jurídico, evitando que a licitação seja usada para auferir vantagens e burlar a legislação trabalhista pelo contratante, causando pesado ônus para a sociedade como um todo, que arcará com os custos da máquina judiciária a ser movimentada pelos trabalhadores

para o recebimento de seus direitos, além dos prejuízos causados pela falta de recolhimento das contribuições devidas. (GEMIGNANI, 2011, p. 45).

Corre-se o risco de violação dos princípios que regem a administração pública, previstos no artigo 37 da Constituição Federal, especialmente a regra da obrigatoriedade de contratação de pessoal através de concurso público, a qual vem sendo contornada pela utilização desenfreada da terceirização em todas as esferas governamentais.

Nas últimas décadas foram se ampliando os permissivos legais para utilização da terceirização nos serviços públicos, ao mesmo tempo em que se limitou a possibilidade de responsabilização da Administração Pública pelo inadimplemento das obrigações trabalhistas, conforme previsão do § 1º do artigo 71 da Lei nº 8.666 de 21 de junho de 1993. Sustentar o entendimento de que cabe ao empregado terceirizado o ônus de provar a culpa do ente público implicará, pela extrema dificuldade no seu cumprimento, a completa irresponsabilidade da Administração Pública. Nesse cenário, estimula-se o uso indevido da terceirização, com o risco de desvirtuar a finalidade do instituto, resultando na ineficiência na prestação dos serviços públicos, e o risco adicional de precarização das condições de trabalho dos empregados terceirizados.

2.3 POSICIONAMENTO DA OIT NOS PROCESSOS DE TERCEIRIZAÇÃO

A Constituição da OIT, chamada Declaração de Filadélfia, cujo texto em vigor data de 1946, contém em seu anexo a declaração referente aos seus fins e objetivos, reafirmando, dentre os seus princípios fundamentais, que o trabalho não é uma mercadoria.

Condenou, assim, a *marchandage*, expressão francesa surgida no século XIX, que designa a situação na qual um trabalhador era contratado por intermédio de um mercador da força de trabalho, que lucrava com o trabalho de terceiros que intermediava ou locava. (MIZIARA; PINHEIRO, 2017, p. 26).

As agências de colocação ou de angariação de mão de obra foram inicialmente vedadas pela Convenção nº 34 da OIT. Posteriormente, em 1949, a mesma foi revisada pela Convenção nº 96, que deixou aos Estados ratificantes a opção de proibir a existência de tais agências ou de regular suas atividades. Esta última foi ratificada pelo Brasil, mas posteriormente denunciada. Em 1997, a referida convenção também foi revisada pela Convenção nº 181, que dispõe sobre as agências de emprego privadas, não sendo esta ratificada pelo Brasil. (Op. cit., p. 26-27).

Embora não ratificada pelo Brasil, é interessante destacar para o tema da terceirização, alguns artigos da citada Convenção nº 181:

Artigo 1º

1 – Para os efeitos da presente Convenção, a expressão “agência de emprego privada” designa qualquer pessoa singular ou colectiva, independente das autoridades públicas, que preste um ou mais dos seguintes serviços referentes ao mercado de trabalho:

[...]

b) Serviços que consistem em empregar trabalhadores com o fim de os pôr à disposição de uma terceira pessoa, singular ou colectiva (adiante designada “empresa utilizadora”), que determina as suas tarefas e supervisiona a sua execução;

[...]

Revelando-se preocupada com essa abertura do sistema laboral à terceirização, a OIT publicou a Recomendação nº 188, da mesma Conferência Internacional do Trabalho, conclamando os Estados a adotar medidas necessárias e apropriadas à eliminação de condutas antiéticas pelas agências privadas de emprego; que exigissem contratos escritos com a enumeração das condições impostas aos trabalhadores terceirizados e proibissem a terceirização para substituição de empregados em greve, a propaganda enganosa de oferta de trabalho, a intermediação de trabalho de risco, abusivo ou discriminatório, além de outras providências que visariam inibir o uso nocivo da terceirização. (CARVALHO; CORRÊA, 2014, p. 39).

Logo após a aprovação do projeto de lei da terceirização pela Câmara dos Deputados, em artigo jornalístico (WENTZEL, 2017), o diretor da OIT para o Brasil, Peter Poschen, afirmou que a vulnerabilidade dos trabalhadores é o ponto central que distingue as situações de terceirização em experiências positivas e negativas. A OIT reconhece que o trabalho pode ser visto sob várias formas contratuais. O objetivo não é que ele se ajuste ao modelo típico, mas que todos estejam no conceito de trabalho decente, o que depende de uma regulamentação que equilibre as necessidades dos trabalhadores, das empresas e dos governos.

O projeto de lei brasileiro, continua o referido diretor, abre uma brecha para que ocorram episódios de abuso. Na versão aprovada pela Câmara foram suprimidos os artigos que tratavam da obrigação das empresas contratantes de reportar acidentes de trabalho, permitindo que a sua marca se desassocie da responsabilidade social nesses casos. Podem, ainda, ser criados acordos com múltiplas partes com o objetivo específico de eliminar responsabilidade e contornar a regulamentação. Incluem-se nessa gama de acordos o trabalho temporário, a

subcontratação, o *franchising* e, também, as cadeias de fornecimento, os grupos empresariais, a terceirização de trabalhadores autônomos.

Em texto que discute as estratégias empresariais surgidas a partir da regulamentação da terceirização através da Súmula nº 331 do TST, Filgueiras identifica a adoção de diferentes terminologias pelas empresas para definir suas relações produtivas, tais como sistema de “integração”, contrato comercial de compras, vendas de produtos “em pé”, contrato de facção, tendo como objetivo refutar a existência de uma relação de assalariamento, bem como a existência de terceirização. Notou a ocorrência de um processo de incremento das tentativas de externalização, com o objetivo de afastar a incidência da regulação protetiva do direito do trabalho. (FILGUEIRAS, 2016, p. 742-743).

A nova lei da terceirização, tal como apontou o diretor da OIT no Brasil, não cuidou de estabelecer uma regulação sobre as outras formas de terceirização, para além dos contratos de prestação de serviços. Abre-se, assim, espaço para que o processo de terceirização seja realizado através de outras modalidades contratuais, para as quais não estão previstas responsabilidades trabalhistas a cargo da empresa contratante, uma vez que estariam fora do âmbito de incidência da referida lei.

Colocando o debate sobre a regulamentação da terceirização sob perspectiva ainda mais ampla, assim se manifesta Nahas:

Portanto, como se vê, torna-se insuficiente travar discussões que acabam por limitar-se a existência ou não de responsáveis por pagamentos de trabalhadores, por exemplo. A matéria é muito mais ampla e deveria suscitar um debate muito mais profundo que é o de compreender os novos tipos empresariais e como atuam na cadeia de valor e produção e estabelecer regras que efetivamente serão capazes de impedir a depreciação e precarização de direitos sociais e dos trabalhadores, cumprindo uma agenda de direitos e garantias mínimas que vão mais além da possibilidade (ou não) de se terceirizar atividades fins ou meio das empresas. [...]
Há que se tentar conciliar a liberdade empresarial com os interesses dos trabalhadores cumprindo assim os princípios constitucionais da busca do pleno emprego e redução das desigualdades sociais, que somente se torna possível com o respeito aos direitos fundamentais e sociais mínimos com a livre iniciativa e concorrência, o que cumpriria com o que reza o art. 170 da CF. [...]. (2017, p. 40).

O governo brasileiro assumiu compromisso com a OIT de promover o trabalho decente a partir de junho de 2003, com a assinatura do Memorando de Entendimento que prevê um Programa Especial de Cooperação Técnica para a promoção de uma Agenda Nacional de Trabalho Decente. Em maio de 2006, o Brasil lançou a Agenda Nacional do Trabalho Decente

durante a XVI Reunião Regional Americana da OIT. Em Decreto Presidencial de 04 de junho de 2009, foi instituído Comitê Executivo, o qual foi encarregado da elaboração do Programa Especial referido anteriormente. Em agosto de 2012 foi realizada em Brasília a I Conferência de Emprego e Trabalho Decente, com centenas de representantes do mundo do trabalho, de empregadores, trabalhadores e outras organizações interessadas.⁴

Segundo a Agenda Nacional do Trabalho Decente (Ministério do Trabalho, 2006, p. 5):

Entende-se por Trabalho Decente um trabalho adequadamente remunerado, exercido em condições de liberdade, equidade e segurança, capaz de garantir uma vida digna. Para a Organização Internacional do Trabalho (OIT), a noção de trabalho decente se apoia em quatro pilares estratégicos: a) respeito às normas internacionais do trabalho, em especial aos princípios e direitos fundamentais do trabalho (liberdade sindical e reconhecimento efetivo do direito de negociação coletiva; eliminação de todas as formas de trabalho forçado; abolição efetiva do trabalho infantil; eliminação de todas as formas de discriminação em matéria de emprego e ocupação); b) promoção do emprego de qualidade; c) extensão da proteção social; d) diálogo social.

Para a OIT, a promoção do trabalho decente deve se estender ao conjunto geral dos trabalhadores, tanto aqueles que tem um emprego regular, estável e protegido no setor formal da economia, quanto aqueles que trabalham à margem do mercado de trabalho estruturado: assalariados não regulamentados, trabalhadores por conta própria, terceirizados ou subcontratados, trabalhadores a domicílio, etc. (ABRAMO, 2015, p. 29).

Embora não haja referências específicas aos processos de terceirização, as quatro dimensões que compõem a agenda do trabalho decente da OIT (direitos do trabalho, emprego, proteção social e diálogo social) falam de perto aos principais problemas surgidos com a terceirização.

A primeira dimensão se refere aos direitos do trabalho, cujo parâmetro são as normas internacionais (convenções e recomendações da OIT). De especial importância para a definição do trabalho decente são as oito Convenções e Recomendações que fazem parte da Declaração relativa aos Princípios e Direitos Fundamentais do Trabalho, adotada em junho de 1998. (Op. cit., p. 46).⁵

⁴ Conforme informações na página eletrônica da OIT, disponíveis em: https://www.ilo.org/brasil/temas/trabalho-decente/WCMS_302660/lang-pt/index.htm. Acesso em 12 set. 2018.

⁵ Essas convenções são as seguintes: Convenção sobre o trabalho forçado, 1930 (nº 29) e a Recomendação sobre a imposição indireta do trabalho, 1930 (nº 35); Convenção sobre a liberdade sindical e a proteção do direito de sindicalização, 1948 (nº 87); Convenção sobre o direito de sindicalização e de negociação coletiva, 1949 (nº 98); Convenção sobre a abolição do trabalho forçado, 1957 (nº 105); Convenção sobre igualdade de remuneração, 1951 (nº 100) e a Recomendação sobre o mesmo tema, 1951 (nº 90); Convenção sobre discriminação (emprego e

Destacam-se para o tema da terceirização, as Convenções e Recomendações sobre a igualdade de remuneração e sobre discriminação no emprego e ocupação.

Quanto à segunda dimensão do trabalho decente, o emprego, é importante não apenas gerar postos de trabalho, mas garantir um padrão mínimo de qualidade do emprego gerado, que abarca uma combinação de fatores, que inclui aspectos das relações sociais de trabalho, o caráter mais ou menos estável e permanente dos contratos de trabalho, o nível das remunerações e aspectos da segurança material com que se realizam as atividades laborais. (ABRAMO, 2015, p. 47).

Um dos argumentos repetidamente utilizados para justificar a aprovação da lei de terceirização no Brasil foi que ela favoreceria a geração de empregos. Entretanto, conforme exposto nos subcapítulos 2.1 e 2.2, não foram levados em conta alguns aspectos que promoveriam a geração de empregos de qualidade de acordo com o conceito acima.

Com relação à dimensão do diálogo social, para que haja trabalho decente, é necessário que trabalhadores e empregadores tenham voz e representação em relação às questões que lhe dizem respeito, adotando-se o diálogo social para compor e equilibrar diferenças e chegar a novos acordos produtivos e de convivência no trabalho. (Op. cit., p. 48).

A lei de terceirização não valorizou adequadamente o diálogo social, uma vez que privilegiou a livre iniciativa, deixando ao puro arbítrio do empresário decidir quais atividades terceirizar, onde terceirizar e em que condições vai terceirizar, restando ao trabalhador submeter-se passivamente, caso queira manter o seu emprego. A ele não foi dado nenhum instrumento legal que lhe possibilite resistir a um processo de precarização das condições de trabalho.

Destacando a íntima relação entre igualdade e trabalho decente:

A noção de *equidade* é um elemento central da Agenda de Trabalho Decente. Essa noção se refere às diversas formas de desigualdade e exclusão que afetam os grupos humanos na sociedade, baseadas tanto no sexo como na origem e condições socioeconômicas, raça, etnia, nacionalidade, idade, opções políticas e religiosas, orientação sexual, entre outras.

Isso significa, em primeiro lugar, que *trabalho decente* é também um trabalho livre de qualquer discriminação. Em segundo lugar, que a preocupação com a promoção da equidade deve estar presente sempre, de maneira transversal, nas quatro áreas estratégicas da Agenda do Trabalho Decente: a promoção das normas internacionais e dos direitos no trabalho, a criação de empregos produtivos e de qualidade, a ampliação da proteção social e o fortalecimento

ocupação), 1958 (n° 111) e a Recomendação sobre o mesmo tema, 1958 (n° 111); Convenção sobre a idade mínima, 1973 (n° 138) e a Recomendação sobre o mesmo tema, 1973 (n° 146); Convenção sobre as piores formas de trabalho infantil, 2000 (n° 182) e a Recomendação sobre o mesmo tema, 2000 (n° 191).

da organização e representação dos atores do mundo do trabalho e do diálogo social. (ABRAMO, 2015, p. 51).

A Convenção nº 111 da OIT, promulgada no Brasil pelo Decreto nº 62.150 de 19 de janeiro de 1968, sobre discriminação em matéria de emprego e profissão, assim dispõe:

Artigo 1º

1. Para fins da presente convenção, o termo "discriminação" compreende:

- a) Toda distinção, exclusão ou preferência fundada na raça, cor, sexo, religião, opinião política, ascendência nacional ou origem social, que tenha por efeito destruir ou alterar a igualdade de oportunidades ou de tratamento em matéria de emprego ou profissão;
- b) Qualquer outra distinção, exclusão ou preferência que tenha por efeito *destruir ou alterar a igualdade de oportunidades ou tratamento em matéria de emprego ou profissão*, que poderá ser especificada pelo Membro Interessado depois de consultadas as organizações representativas de empregadores e trabalhadores, quando estas existam, e outros organismos adequados.

[...]

3. Para os fins da presente convenção as palavras "emprego" e "profissão" incluem o acesso à formação profissional, ao emprego e às diferentes profissões, bem como as *condições de emprego*.

[...]

ARTIGO 3º

Qualquer Membro para o qual a presente convenção se encontre em vigor deve, por métodos adequados às circunstâncias e os usos nacionais:

- a) Esforçar-se por obter a colaboração das organizações de empregadores e Trabalhadores e de outros organismos apropriados, com o fim de favorecer a aceitação e aplicação desta política;
- b) *Promulgar leis e encorajar os programas de educação próprios a assegurar esta aceitação e esta aplicação;*
- c) *Revogar todas as disposições legislativas e modificar todas as disposições ou práticas, administrativas que sejam incompatíveis com a referida política.*

[...] (grifo nosso).

Dos trechos destacados acima, é possível concluir que, ao permitir a estipulação de condições de trabalho desiguais entre trabalhadores diretos e terceirizados, inclusive a desigualdade salarial, conforme discorrido no subcapítulo 2.2, a lei da terceirização feriu o princípio da não discriminação exarado na Convenção nº 111 da OIT, bem como foi na contramão da Agenda Nacional do Trabalho Decente.

Levando em conta os atuais arranjos empresariais, onde as empresas se entrelaçam numa cadeia produtiva ou se valem de várias empresas prestadoras de serviços, caso típico da terceirização, não se pode restringir a aplicação de tal princípio apenas à não discriminação entre os trabalhadores vinculados a um mesmo empregador, sendo necessário estender o seu manto a todos os trabalhadores que concorrem para o alcance dos fins econômicos da empresa

principal. Caso contrário, no cenário do mercado de trabalho atual, impactado pela presença cada vez maior da terceirização e outras formas de externalização das atividades, o sentido do princípio ficaria completamente esvaziado.

Considerando que o crescimento econômico é essencial, mas insuficiente para assegurar a equidade, o progresso social e a erradicação da pobreza e, considerando, ainda, a necessidade de reafirmar os princípios de direitos fundamentais inscritos na sua Constituição, a OIT adota em 1998 a Declaração sobre os Princípios e Direitos Fundamentais do Trabalho.

O documento é uma reafirmação do compromisso dos Estados Membros de respeitar, promover e aplicar de boa-fé os princípios relativos a direitos fundamentais, quais sejam a liberdade sindical e o reconhecimento efetivo do direito de negociação coletiva, a eliminação de todas as formas de trabalho forçado ou obrigatório, a abolição efetiva do trabalho infantil e a eliminação da discriminação em matéria de emprego e ocupação. (OIT, 1998, p. 1-2).

Embora até o momento a OIT não tenha editado convenção específica sobre a terceirização, pode-se inferir dos documentos internacionais acima mencionados, normas e princípios norteadores que deveriam ter sido melhor observados na construção da lei da terceirização no Brasil.

3 ESTUDO CRÍTICO DA REGULAMENTAÇÃO DA TERCEIRIZAÇÃO E OS PRINCÍPIOS DA ORDEM ECONÔMICA

A ordem econômica brasileira encontra regramento na Constituição Federal de 1988, a qual em seu artigo 170 elenca um conjunto de princípios interligados entre si, estando fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa. O sistema econômico adotado foi o capitalismo, a par da consagração de vários direitos sociais, dentre eles os trabalhistas, dando, assim, ao Estado brasileiro um caráter de estado de bem-estar.

Evidente é a correlação entre a ordem econômica e os direitos sociais estampados no capítulo II do título II da Lei Maior. Toda a legislação infraconstitucional que se refira aos direitos trabalhistas deve ser produzida e interpretada à luz dos mencionados dispositivos constitucionais.

Embora o processo de terceirização já viesse sendo largamente utilizado pelas empresas ao longo das últimas décadas, carecia de um tratamento legal específico. Ante o vácuo legislativo, o TST construiu um entendimento jurisprudencial sobre o tema, iniciado com a edição da Súmula nº 256 em 30 de setembro de 1986, a qual foi revista em 17 de dezembro de 1993 pela Súmula de nº 331. Esta, por sua vez, teve seus incisos alterados ao longo do tempo. Entretanto, não sofreu alteração ou revisão posteriormente à edição da Lei nº 13.429 de 31 de março de 2017.

A lei da terceirização veio finalmente regulamentar a prestação de serviços a terceiros, prevendo a ampla liberdade de contratação, inclusive dos serviços inerentes à atividade principal da empresa contratante, contrariando o entendimento consolidado na jurisprudência do TST, que, até então, só considerava lícita a terceirização de serviços de vigilância, de conservação e limpeza e de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador.

Considerando que o trabalho humano é um importante fator de produção, o mesmo representa uma parcela significativa dos custos empresariais. Numa economia globalizada, as empresas atuam em mercados cada vez mais competitivos, tendo que enfrentar uma forte concorrência. Além disso, sujeitam-se às ondas de crises econômicas, que também ocorrem em nível global. Logo, buscam constantemente estratégias para reduzir seus custos de forma a garantir a própria sobrevivência.

O Direito do Trabalho nasceu para regular as relações de trabalho na ordem econômica capitalista, tendo como característica essencial a proteção da parte economicamente hipossuficiente - o trabalhador - dando origem aos direitos sociais. Sua finalidade última é a valorização do trabalho humano, com vistas à finalidade maior, que é o alcance da dignidade.

O contexto econômico atual é marcado pela hegemonia do sistema econômico capitalista e pelo retorno às ideias econômicas liberais, o chamado neoliberalismo. Nesta senda, cabe averiguar se a lei da terceirização preservou o valor do trabalho frente aos interesses do capital, ou se, ao contrário, privilegiou um em detrimento do outro, tendo sempre por baliza nesta análise os parâmetros constitucionais.

Os direitos sociais, atualmente, têm seus fundamentos na Constituição Federal de 1988, que consagrou a valorização do trabalho humano e os colocou no patamar de direitos fundamentais. Por outro lado, a legislação trabalhista infraconstitucional, para além do seu caráter social, tem também um viés econômico, tangenciando a liberdade de iniciativa, quando regula com maior ou menor intensidade a liberdade de contratar e organizar a força de trabalho, ou quando estabelece formas mais ou menos flexíveis de contratação. Afeta diretamente os custos da atividade econômica ao estabelecer um conteúdo de direitos aos trabalhadores e os seus respectivos encargos sociais.

Considerando que a valorização do trabalho humano é um dos fundamentos da ordem econômica, juntamente com a livre iniciativa, e sua estreita relação com os direitos sociais, releva empreender uma análise crítica da nova lei da terceirização, cotejando-a com os princípios constitucionais da ordem econômica, especialmente a valorização do trabalho humano, a livre iniciativa, a função social da propriedade, a livre concorrência, a redução das desigualdades sociais e regionais e a busca do pleno emprego. É pertinente, também, investigar se haverá possibilidade de retrocesso das cláusulas sociais.

3.1 A NORMATIZAÇÃO DA TERCEIRIZAÇÃO NO BRASIL

A princípio, a terceirização da mão de obra não era contemplada no ordenamento jurídico brasileiro. A relação de emprego clássica, bilateral, definida nos artigos 2º e 3º da CLT, era o padrão de contratação do trabalho subordinado, atraindo toda uma gama de direitos mínimos, expressando o princípio da proteção ao trabalhador, característica essencial do Direito do Trabalho.

Ressaltando a finalidade da relação de emprego de colocar o capital e o trabalho no mesmo patamar de igualdade e o seu viés protetivo, assim se manifestam Nelson e Nelson:

Encerra-se a relação de emprego, nos ditames da CLT de 1943 e do arcabouço normativo constitucional da Constituição de 1934 e seguintes, numa relação jurídica bilateral, entre empregador e empregado, de caráter contínuo com a premissa de busca de maior integração do empregado a atividade empresarial,

respaldado num manto de direitos e garantias mínimas para a promoção da dignidade da pessoa humana do trabalhador.

[...]

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

É nesses termos da razão de ser da relação de emprego, descrito no tópico acima, que, inicialmente, no Brasil, qualquer forma de terceirização era completamente vedada. (NELSON; NELSON, 2017, p. 970-971).

A ruptura com a vedação absoluta da terceirização e a consequente permissão para a triangulação da relação de emprego deu-se através da edição da Lei nº 6.019 de 03 de janeiro de 1974, referente ao trabalho temporário e da Lei nº 7.102 de 20 de junho de 1983, dispendo sobre os serviços de vigilância e transporte de valores. (Op. cit., p. 971).

O Decreto-lei nº 200 de 25 de fevereiro de 1967 foi um grande marco pois permitiu a terceirização na esfera pública, a qual passa a ser regida pelo princípio da descentralização. A descentralização seria executada, dentre outros planos, da Administração Federal para a órbita privada, mediante contratos ou concessões. Por sua vez, a Lei nº 5.645 de 10 de dezembro de 1970, em seu artigo 3º, parágrafo único, especificou quais atividades poderiam ser terceirizadas no âmbito da administração pública federal. Tal modelo de gestão pública, mais tarde, se alinharia com o processo de desestatização, através da Lei nº 8.031 de 12 de abril de 1990, seguido pela Lei nº 9.491 de 9 de setembro de 1997, como reflexo da ideologia neoliberal. (Idem Ibidem, p. 971-972).

Posteriormente, a Lei nº 8.987 de 13 de fevereiro de 1995, que tratou do regime da concessão e permissão da prestação de serviços públicos, previu em seu artigo 25, § 1º que a empresa concessionária pode contratar com terceiros o desenvolvimento de atividades inerentes, acessórias ou complementares ao serviço concedido, bem como a implementação de projetos associados. No mesmo sentido, a Lei nº 9.472 de 16 de julho de 1997, que dispôs sobre a organização dos serviços de telecomunicações, no seu artigo 94, inciso II, deu igual permissivo à empresa concessionária desses serviços.

A princípio, a Justiça do Trabalho, considerou como ilegal a contratação de trabalho por empresa interposta, exceto os casos de trabalho temporário e serviços de vigilância. Assim, em 1986, foi editada a Súmula nº 256 pelo TST:

Salvo os casos de trabalho temporário e 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 de serviços.

Ante o embate entre a exigência econômica por flexibilização da organização empresarial e a imperatividade protetiva do Direito do Trabalho, a Justiça do Trabalho estabeleceu uma divisa conceitual entre a legítima terceirização de atividades auxiliares e a intermediação fraudulenta de mão de obra. A jurisprudência trabalhista procurou retratar na Súmula nº 331 do TST o pacto compromissório constitucional entre capital e trabalho, compatibilizando liberdade de contratação da terceirização nas atividades-meio com a preservação da função social da empresa em manejar o fator de produção trabalho, em suas atividades-fim, preservando nesse núcleo essencial o espaço à contratação direta de trabalhadores. (DELGADO; AMORIM, 2015, p. 31-32).

Segundo os mesmos autores, a Justiça do Trabalho não cedeu à aplicação do modelo de terceirização previsto para a Administração Pública Direta na Lei nº 5.645 de 10 de dezembro de 1970, sob o argumento de que a legalidade da contratação de serviços interempresariais dependia de expressa autorização legal, a qual somente existia para o segmento estatal. (Op. cit., p. 41).

Ainda assim, mesmo com a vedação contida na Súmula citada acima, no início da década de 90 do século XX, a terceirização espalhou-se pelo mercado empresarial brasileiro. Nesse ambiente, a jurisprudência trabalhista dividiu-se entre a preocupação acerca dos efeitos deletérios da terceirização sobre os fundamentos do Direito do Trabalho e o discurso de modernização da estrutura empresarial. (Idem Ibidem, p. 46).

Em outubro de 1993, o Ministério Público do Trabalho requereu ao TST a revisão daquele enunciado da jurisprudência, propondo fossem excetuadas da restrição à terceirização as empresas públicas e as sociedades de economia mista. Apreciando o requerimento, o TST flexibilizou o seu entendimento a respeito do tema e reconheceu a legalidade da contratação de quaisquer serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador não apenas para as empresas estatais, conforme requerido, mas para quaisquer entidades da iniciativa privada. (Idem Ibidem, p. 46).

Nasce, assim, a Súmula nº 331 do TST, que passa a definir as hipóteses de terceirização consideradas lícitas, reputando fraudulentas as demais formas intermediadas de contratação do trabalho. Delineou-se o entendimento de que, uma vez realizada na atividade-fim, a terceirização era ilícita, atribuindo-se o vínculo de emprego diretamente ao tomador de serviços,

sem a necessidade de se demonstrar a existência dos elementos da relação de emprego entre o trabalhador terceirizado e a empresa contratante.

A partir daí surge a dificuldade em estabelecer uma linha demarcatória entre atividades-fim e atividades-meio. As atividades-fim foram conceituadas como aquelas que se ajustam ao núcleo da dinâmica empresarial, compondo a sua essência e contribuindo para a definição do seu posicionamento e classificação no contexto empresarial e econômico. (DELGADO, 2009, p. 418).

Considerando o processo de reestruturação produtiva, a desverticalização das empresas e a fragmentação das suas atividades, o uso cada vez maior da tecnologia nos processos produtivos, a configuração das cadeias produtivas, como precisar em que ponto a atividade deixa de ser meio e passa a ser fim? Considerando, ainda, as constantes mutações nos processos e atividades laborais, como definir o que são atividades nucleares e o que são atividades acessórias?

A dificuldade de estabelecer um critério preciso e uniforme que servisse para definir o que são atividades-fim e que abarcasse os diversos ramos da atividade econômica, levou a uma insegurança jurídica, causando justificados receios ao empresário que se valia da terceirização, uma vez que corria o risco de vê-la declarada judicialmente como ilícita.

Com o advento da Lei nº 13.467 de 13 de julho de 2017, foi alterada a redação do artigo 4º-A da Lei nº 6.019 de 03 de janeiro de 1974, para deixar explícita a possibilidade da terceirização da atividade principal da empresa contratante. No entanto, até o momento a Súmula nº 331 não foi revista ou cancelada.

Em 30 de agosto de 2018, o STF, no julgamento do RE nº 958.252, com repercussão geral reconhecida, aprovou a seguinte tese: “É lícita a terceirização ou qualquer outra forma de divisão do trabalho entre pessoas jurídicas distintas, independentemente do objeto social das empresas envolvidas, mantida a responsabilidade subsidiária da empresa contratante.”.

O referido recurso foi julgado em conjunto com a ADPF nº 324, ambas tratando da legalidade da terceirização na atividade-fim.

A ADPF nº 324 foi proposta pela Associação Brasileira de Agronegócio, sustentando, em síntese, que o entendimento consolidado na Súmula nº 331 do TST tem conduzido, concretamente, à desconsideração das normas constitucionais que garantem ao empresário a liberdade de organizar suas atividades; que, sobretudo em relação à terceirização de atividade-meio, tem havido interpretação extremamente restritiva; que as decisões judiciais que, sem precisão conceitual, restringem e proíbem a terceirização, atentam contra a liberdade e um de seus desdobramentos, a livre iniciativa.

O RE nº 958.252 foi proposto pela Celulose Nipo Brasileira em face do Ministério Público do Trabalho, contra acórdão do TST que manteve decisão no sentido da ilicitude da terceirização, tendo em vista a transferência fraudulenta e ilegal de parte da atividade fim, com o nítido propósito de reduzir custos de produção. A recorrente alegou que a razão de decidir se limitou ao conceito de atividade-fim, o qual não encontra respaldo, limitação ou definição precisa em lei alguma.⁶

Tanto o Ministro Luís Roberto Barroso, relator da ADPF, quanto o Ministro Luiz Fux, relator do RE, entenderam que a prática da terceirização é lícita em todas as etapas do processo produtivo, inclusive nas atividades-fim.⁷

O primeiro ressaltou que se trata de um caminho para assegurar o emprego, garantir os direitos dos trabalhadores e proporcionar o desenvolvimento econômico. Mais do que uma forma de reduzir custos, o modelo mais flexível é uma estratégia essencial para a competitividade das empresas, afastando o argumento da precarização da relação de emprego, a qual pode ser evitada através da responsabilização subsidiária do tomador de serviços. Segundo o Ministro, as restrições à terceirização impostas pela Justiça do Trabalho violam os princípios da livre iniciativa, da livre concorrência e da segurança jurídica, concluindo que a Constituição não impõe um modelo específico de produção e nem impede modelos flexíveis.

O Ministro Luiz Fux afirmou que a Súmula nº 331 do TST é uma intervenção imotivada na liberdade jurídica de contratar sem restrição; que a valorização social do trabalho e a livre iniciativa são princípios conectados, o que impede a maximização de apenas um deles; refutou os argumentos contrários à terceirização, afirmando que as leis trabalhistas continuam a ser de observância obrigatória por todas as empresas da cadeia produtiva.⁸

O entendimento dos relatores foi seguido pelos Ministros Alexandre de Moraes, Dias Toffoli, Gilmar Mendes, Celso de Mello e Ministra Carmen Lúcia. O Ministro Edson Fachin abriu a divergência e foi seguido pela Ministra Rosa Weber e pelos Ministros Ricardo Lewandowski e Marco Aurélio.

Um dos argumentos que surgiram contra a Súmula nº 331 é que a mesma afrontaria o princípio da legalidade, uma vez que o conceito de atividade fim não teria respaldo legal. O

⁶ Conforme notícia veiculada no portal eletrônico do STF em 21 de agosto de 2018. Disponível em: <http://stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=387373>. Acesso em: 09 out. 2018.

⁷ Embora ainda não esteja disponível até o momento a íntegra do acórdão, foram colhidos da notícia veiculada no portal eletrônico do Supremo Tribunal Federal no dia 22 de agosto de 2018, os argumentos expendidos pelos Ministros relatores. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=387588>. Acesso em: 09 out. 2018.

⁸ Conforme notícia veiculada no portal eletrônico do STF em 22 de agosto de 2018. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=387588>. Acesso em: 09 out. 2018.

princípio da legalidade previsto no artigo 5º, inciso II, da Constituição Federal, além de outras relevantes funções, tem implicações na organização da atividade econômica. O empresário pode praticar determinado preço no mercado, em razão de cálculos realizados a partir do pressuposto do princípio da legalidade, projetando receita que lhe possibilitará a recuperação do investimento, dos custos e a obtenção de lucro. As proibições de determinadas condutas, a imposição de obrigações e as permissões legais (expressas ou por inexistência de obrigação), norteiam os cálculos dos empresários, especialmente a fixação dos preços dos produtos ou serviços oferecidos no mercado. (COELHO, 2014, p. 101-102). E conclui:

[...] A garantia constitucional conferida pelo princípio da legalidade, ao incidir sobre a exploração de atividade econômica privada, consiste exatamente nisto: o empresário só pode ser obrigado a fazer, ao organizar sua empresa, o que a lei obriga. Impor-lhe obrigações não previstas em lei implicará inegável comprometimento dos cálculos realizados, perdas de receita, nenhum lucro e, no limite, falência. (Op. cit., p. 102).

Rebatendo as críticas de que teria ocorrido ativismo judicial por parte do TST ao editar as Súmulas nº 256 e 331, Carelli (2014a, p. 245) sustenta que o Tribunal não foi ativista, mas sim, resolveu os casos a ele submetidos com base na legislação e nos princípios do Direito do Trabalho. Os casos reiterados deram origem às súmulas, todas com base no próprio direito laboral. Não foram criadas regras no vazio legal, pois essa lacuna não existia.

Continua o mesmo autor (Op. cit., p. 248-249), que o critério de distinção entre atividades-meio e fim não foi inventado pelo TST, sendo oriundo da própria ideia de terceirização, que se tornou o instrumento central ao contexto de reestruturação produtiva ocorrida a partir do final dos anos 1970. Esse novo modelo propõe a concentração da empresa em sua atividade central ou nuclear, entregando tarefas acessórias, complementares e periféricas a empresas especializadas nessas atividades. Assim, de maneira lógica, a terceirização nunca poderia ser realizada na atividade fim, porque a mesma está, necessariamente, sob o controle da empresa que a exerce. Desta forma, o TST entendeu que entregar a atividade-fim para um intermediário não é terceirizar, sendo apenas uma intermediação de mão-de-obra disfarçada de contratação de serviços, proibida pelo nosso ordenamento jurídico.

Confira-se a respeito o posicionamento do Ministro Marco Aurélio, proferido em seu voto:

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 [...].

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.

Firme nessa premissa, verifica-se que, ao versar balizas à terceirização da mão de obra, o verbete nº 331 da Súmula 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.⁹

Portanto, ainda que não houvesse um conceito específico na lei trabalhista acerca das atividades-fim, não se pode afirmar que a Súmula nº 331 do TST ofendeu o princípio da legalidade, pois o TST firmou sua jurisprudência numa interpretação sistemática das leis vigentes até então que, só por exceção, admitiam a terceirização dos serviços, tendo como regra geral a contratação bilateral.

Encerrando mais um capítulo na história da normatização da terceirização, a Lei nº 13.429 de 31 de março de 2017 pôs um fim à discussão sobre a distinção entre atividades-fim e atividades-meio. O STF, manifestando-se sobre a Súmula nº 331 na decisão proferida no RE nº 958.252, sinalizou claramente no sentido da constitucionalidade da referida lei no aspecto da liberação da terceirização de maneira irrestrita, mantendo-se a responsabilidade subsidiária.

A decisão atacada nesse RE foi proferida antes da edição da lei da terceirização, com base numa construção jurisprudencial sedimentada na Justiça do Trabalho ao longo do tempo, lastreada na interpretação das leis até então vigentes. A decisão do STF despreza essa construção jurisprudencial, acabando por desprestigiar a Justiça do Trabalho e o próprio Direito do Trabalho, submetendo-os à primazia da livre iniciativa e da liberdade de contratar.

Além disso, gera-se uma insegurança jurídica quanto à sorte dos vários processos versando sobre a terceirização, propostos antes da edição da referida lei, muitos deles ações

⁹ Voto proferido na sessão plenária do STF do dia 29 de agosto de 2018 no julgamento conjunto da ADPF nº 324 e do Recurso Extraordinário nº 958.252. Disponível em <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF324eRE958.252VotodoMMA.pdf>. Acesso em 12 out. 2018.

civis públicas onde se questiona a terceirização na atividade fim como artifício utilizado para precarização das condições de trabalho e para a exploração do trabalho análogo à escravidão.

O fato é que a terceirização das atividades empresariais é uma realidade, que agora ganhou seu *status* jurídico. O critério de licitude da terceirização deixa de ter como baliza a distinção entre atividade-fim e atividade-meio. Cabe, então, realizar uma análise da terceirização, dentro dos contornos em que foi recentemente regulada, para perquirir se o modelo adotado pela lei se coaduna com os princípios constitucionais da ordem econômica.

3.2 ANÁLISE SISTÊMICA DA TERCEIRIZAÇÃO E OS PRINCÍPIOS DA ORDEM ECONÔMICA

A Constituição Federal de 1988, ao regular a ordem econômica, dentre outras diretrizes, buscou harmonizar os interesses do capital e do trabalho, ao mesmo tempo consagrando a livre iniciativa e valorização do trabalho humano. Ao Estado foi reservado o papel de agente normativo e regulador da atividade econômica.

Preceitua o seu artigo 170:

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

I - soberania nacional;

II - propriedade privada;

III - função social da propriedade;

IV - livre concorrência;

V - defesa do consumidor;

VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação;

VII - redução das desigualdades regionais e sociais;

VIII - busca do pleno emprego;

IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País.

Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.

Constituem objetivos fundamentais da República, consoante o artigo 3º da Constituição Federal de 1988, construir uma sociedade livre, justa e solidária, garantir o desenvolvimento nacional, erradicar a pobreza e a marginalização, diminuir as desigualdades sociais e regionais e promover o bem de todos, sem preconceitos e discriminações.

Os princípios que regem a ordem econômica vinculam-se ao referido artigo 3º e espraiam-se por aqueles ramos do direito que repercutem de maneira mais direta no próprio exercício da atividade econômica ou nos impactos que a mesma produz na sociedade e no meio-ambiente. Assim, pode-se citar o Direito empresarial, o direito de propriedade, o Direito Concorrencial, o Direito do Trabalho, o Direito do Consumidor, o Direito Ambiental, etc.

Grau esclarece que o inciso IV do artigo 1º da Constituição Federal enuncia como fundamentos da República Federativa do Brasil o valor social do trabalho e o valor social da livre iniciativa, significando que esta última não foi tomada como expressão individualista, mas sim no quanto expressa de socialmente valioso. (2010, p. 202).

Já no artigo 170, *caput*, da Constituição Federal, a livre iniciativa foi tomada singelamente enquanto que o trabalho humano foi consagrado como objeto a ser valorizado e, nesse sentido, sustenta-se que a ordem econômica dá prioridade aos valores do trabalho humano sobre todos os demais valores da economia de mercado. (Op. cit., p. 202).

O trabalho, na ótica constitucional, não é visto apenas sob uma perspectiva patrimonialista. É uma expressão social, protegida enquanto direito fundamental e a ele é garantido um tratamento especial. Através do trabalho, se expressa a vida e produz-se o homem. Como se valoriza o trabalho? Através da geração de mais postos de trabalho; promovendo um melhor trabalho, ou seja, com mais satisfação, com menos riscos, com mais criatividade, com a participação dos trabalhadores no gerenciamento empresarial, sem discriminação; por meio de uma melhor retribuição, com a efetivação dos direitos sociais previstos nos artigos 6º a 11º da Constituição Federal e através de uma efetiva política pública de qualificação da mão de obra, capacitando criativamente o ser humano. (OLIVEIRA, 2011, p. 24).

A ordem econômica tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os princípios indicados no artigo 170 da Constituição Federal. Tal declaração, por si só, não tem significado substancial, uma vez que a análise dos referidos princípios não garante a efetividade daquele fim. (SILVA, 2005, p. 788). Continua o referido autor:

Assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da *justiça social*, não será tarefa fácil num sistema de base capitalista e, pois, essencialmente individualista. [...]. Algumas providências constitucionais formam agora um conjunto de direitos sociais com mecanismos de concreção que devidamente utilizados podem tornar menos abstrata a promessa de justiça social. Esta é realmente uma determinante essencial que impõe e obriga que todas as demais regras da constituição econômica sejam entendidas e operadas em função dela. (Op. cit., p. 789).

Os instrumentos de valorização do trabalho humano podem ser encontrados no rol dos direitos sociais elencados nos artigos 7º a 11º da Constituição Federal, constituindo, em sua maioria, limites estatais à autonomia negocial das partes, empregado e empregador. (ARAGÃO, 2009, p. 1971-1972).

Segundo Grau, a valorização do trabalho humano e o reconhecimento do valor social do trabalho são cláusulas principiológicas que, por um lado, compatibilizam os interesses distintos dos detentores do capital e do trabalho e, por outro, contém potencialidades transformadoras. Em sua interação com os demais princípios, expressam prevalência dos valores do trabalho na conformação da ordem econômica, que se expressa como prioridade sobre os demais valores da economia de mercado. (2010, p. 201).

No disciplinamento da atividade econômica, onde impera uma principiologia conflitiva e antinômica, que contempla figuras do Estado liberal e do Estado intervencionista, não se pode olvidar que o trabalho é muito mais que um fator de produção, dizendo respeito à dignidade da pessoa humana. Apesar de ser estruturada sob a forma de um contrato, a relação laboral não deverá ser examinada sob uma ótica estritamente patrimonialista, devendo ser sopesado o aspecto humanitário dessa relação. Valorizar o trabalho, então, equivale a valorizar a pessoa humana. (PETTER, 2008, p. 168).

Mas a valorização do trabalho humano não é um valor absoluto, sendo limitada pela defesa da livre iniciativa. A regulação estatal da economia deve refletir a necessária convivência desses valores, bem como dos demais previstos no artigo 170 da Constituição Federal que ora se somam, ora entram em conflito. (ARAGÃO, 2009, p. 1972-1973).

A liberdade de iniciativa envolve a liberdade de indústria e comércio ou liberdade de empresa e a liberdade de contrato. Como princípio básico do liberalismo econômico, num primeiro momento, significava garantia do caráter absoluto da propriedade, garantia da autonomia jurídica dos sujeitos para regular suas relações do modo que julgassem mais conveniente e garantia a cada um para desenvolver livremente a atividade escolhida. (SILVA, 2005, p. 793-794).

Segundo Tavares:

Assim, sinteticamente, é possível estabelecer a liberdade de iniciativa no campo econômico como constituída pela liberdade de trabalho (incluídos o exercício das mais diversas profissões) e de empreender (incluindo o risco do empreendimento: o que produzir, como produzir, quanto produzir, qual o preço final), conjugada com a liberdade de associação, tendo como pressupostos o direito de propriedade, a liberdade de contratar e de comerciar. (2011, p. 237).

A livre iniciativa referida no artigo 170 da Constituição Federal deve ser entendida quanto à sua extensão, não podendo ser compreendida como absoluta, ilimitada, sem condicionamentos, pelo simples fato de constar do referido artigo outro fundamento, que é o trabalho humano. A interpretação sistemática das normas constitucionais não admite o liberalismo sem limitações. (NASCIMENTO, 1997, p. 18-19).

Continua o mesmo autor:

Pode-se indagar e se pesquisar até que ponto a livre iniciativa e o trabalho humano estão colocados no mesmo nível de influência como fundamento, ou se pensar na supremacia de um sobre o outro e, na hipótese em exame, na predominância da livre iniciativa. A ideia extraída da Constituição é que os dois fundamentos atuam coordenadamente, sem qualquer prioridade ou condicionamento entre eles. Daí, cada um se relativizando diante do outro, nenhum sendo absoluto. São ideias e compreensões que se interpenetram, axiologicamente entrelaçadas. (Op. cit., p. 19).

Entretanto, há posicionamento no sentido de que os valores do trabalho humano prevalecem sobre os demais:

A Constituição declara que a ordem econômica é fundada na *valorização do trabalho humano* e na iniciativa privada. Que significa isso? Em primeiro lugar quer dizer precisamente que a Constituição consagra uma economia de mercado, de natureza capitalista, pois a *iniciativa privada* é um princípio básico da ordem capitalista. Em segundo lugar significa que, embora capitalista, a ordem econômica dá prioridade aos valores do trabalho humano sobre todos os demais valores da economia de mercado. Conquanto se trate de declaração de princípio, essa prioridade tem o sentido de orientar a intervenção do Estado, na economia, a fim de fazer valer os valores sociais do trabalho que, ao lado da iniciativa privada, constituem o fundamento não só da ordem econômica, mas da própria República Federativa do Brasil (art. 1º, IV). (SILVA, 2005, p. 788, grifos do autor).

Segundo Aragão (2009, p. 1972), a livre iniciativa é um dos corolários do princípio geral da liberdade, sendo um autêntico direito fundamental. Muito embora de conteúdo econômico, foi transferido pela Constituição para o domínio dos direitos fundamentais, que deixou de encará-lo como mero princípio objetivo de organização econômica. O direito de livre iniciativa, além de possuir existência autônoma, também é expressão dos direitos de propriedade, de livre escolha da profissão ou ofício, do direito ao trabalho, da liberdade de circulação de bens e pessoas, da liberdade contratual e da dignidade da pessoa humana.

Uma das faces da livre iniciativa é a liberdade de iniciativa econômica, cujo titular é a empresa. É um direito constitucionalmente assegurado, mas o texto constitucional não o consagra como direito fundamental. É um direito que só tem existência no contexto da ordem jurídica, tal como esta o definiu. (GRAU, 2010, p. 204-206).

Coelho conceitua como neoliberal o modelo econômico definido na Constituição Federal de 1988, fundado na livre iniciativa, mas também, consagrando outros valores com os quais ela deve se compatibilizar, descritos no seu artigo 170. Ao mesmo tempo que assegura aos particulares a primazia da produção e circulação dos bens e serviços, a Constituição baliza a exploração dessa atividade com a afirmação de valores que o interesse egoístico do empresariado normalmente desrespeita. (2014, p. 257).

A natureza neoliberal da ordem econômica, a qual equipara em importância a livre iniciativa e os valores normalmente desconsiderados pelo empresário, afasta a possibilidade de edição de leis, disciplinadoras da atividade econômica, desatentas a esses valores. Do artigo 170 da Constituição Federal se pode concluir a inconstitucionalidade de regras jurídicas que não reflitam a mesma igualação valorativa estabelecida entre a livre-iniciativa, a defesa do consumidor, a proteção ao meio ambiente, etc. (COELHO, 2014, p. 258).

A livre iniciativa não se trata de um direito absoluto. Como fundamento da ordem econômica, está jungida à sua finalidade: propiciar dignidade a todos, segundo os ditames da justiça social. Assim, não pode ser considerada uma liberdade pública como as demais, pois a sua preocupação básica não é o indivíduo, mas a coletividade. É liberdade atribuída ao indivíduo para o exercício de uma relevante função social. (ARAÚJO; NUNES JÚNIOR, 2005, p. 451).

A liberdade de iniciativa, desde a sua primeira positivação, jamais chegou a ser admitida em termos absolutos. Os condicionamentos a ela surgem na medida em que se constata a necessidade de garantir a realização da justiça social e do bem-estar coletivo. Portanto, a livre iniciativa garante a possibilidade de autodirecionamento econômico dos particulares, mas impõe também a necessidade de submissão às limitações impostas pelo Poder Público. Na falta de lei condicionadora, a liberdade será ampla, devendo ater-se, apenas, aos princípios constitucionais. A regra é a liberdade, só podendo haver restrições decorrentes da Constituição ou de leis editadas com fundamento nela. (TAVARES, 2011, p. 239).

Atualmente, a liberdade de iniciativa econômica privada, no contexto de uma Constituição preocupada com a realização da justiça social, significa liberdade de desenvolvimento da empresa no quadro estabelecido pelo poder público, submetendo-se às limitações postas pelo mesmo. Será legítima enquanto exercida no interesse da justiça social e

ilegítima quando exercida com o objetivo de puro lucro e realização pessoal do empresário. A liberdade de iniciativa econômica sofre compressões do poder público, dentre as quais a regulação da liberdade de contratar, especialmente no que se refere às relações de trabalho. (SILVA, 2005, p. 794).

Embora pare controversia sobre o caráter de direito fundamental da livre iniciativa, não há dúvidas de que ela não tem caráter absoluto quando confrontada com os demais direitos fundamentais, especialmente os direitos sociais.

Analisando-se a nova lei que permitiu a terceirização de todas as atividades empresariais, estabelecendo a responsabilidade meramente subsidiária do tomador de serviços pelas obrigações trabalhistas, pode-se afirmar que atende perfeitamente ao princípio da livre iniciativa, no sentido de dar ao empresário total liberdade de organizar o seu processo produtivo.

Entretanto, dada a necessidade de sopesar a livre iniciativa com a valorização do trabalho humano, constata-se que este último princípio não foi satisfatoriamente considerado pela nova lei. Considerando o exposto no subcapítulo 2.1 sobre as várias situações de precarização ensejadas pela prática da terceirização, era de se esperar que a referida lei, a par de alargar as hipóteses de terceirização para adaptar a legislação às novas formas de organização da força de trabalho, contivesse mecanismos mais efetivos para coibir a precarização e, de fato, proteger os trabalhadores terceirizados.

De maneira simplista e ignorando todos os estudos correlacionando terceirização e precarização, no julgamento da ADPF nº 324 e do RE nº 958.252, os Ministros Luís Roberto Barroso e Luiz Fux afirmaram que a precarização poderia ser evitada através da responsabilização subsidiária do tomador dos serviços e que as leis trabalhistas continuam a ser de observância obrigatória por todas as empresas da cadeia produtiva. Entretanto, a responsabilização subsidiária já era prevista na Súmula nº 331 do TST e por si só não foi suficiente para evitar a precarização das condições de trabalho, conforme já demonstrado nos diversos estudos existentes a respeito do tema.

Portanto, ao invés de promover um maior equilíbrio de forças entre tomadores de serviços, empregadores e trabalhadores terceirizados, a nova lei deixou esses últimos ainda mais vulneráveis, uma vez que ampliou significativamente a liberdade da empresa em terceirizar, mas, em contrapartida, não ampliou os mecanismos de proteção aos trabalhadores terceirizados, desconsiderando o princípio basilar do Direito do Trabalho.

Os dois valores fundamentais juridicamente protegidos nas economias capitalistas são o da propriedade privada dos bens de produção e a liberdade de contratar, sendo esta última um

corolário do primeiro. A liberdade de contratar tem o sentido de viabilizar a realização dos efeitos e virtualidades da propriedade individual dos bens de produção. (GRAU, 2010, p. 93).

No modelo ideal de liberalismo econômico, imperava o voluntarismo contratual, caracterizado por um largo poder de autorregulação no negócio jurídico. Ampliando-se as funções do Estado, passa ele a condicionar e direcionar o exercício dessa prerrogativa pelas partes contratantes. Do voluntarismo passa-se ao dirigismo contratual, levando a ação intervencionista do Estado a uma minimização dessa prerrogativa. (Op. cit., p. 93).

A ação estatal sobre os contratos é de importância capital, dada a sua configuração como instituto fundamental na economia de mercado. Isso porque a conformação das relações contratuais importa a conformação do exercício da própria atividade econômica. Daí a sua transformação – dos contratos que se praticam na economia de mercado administrado, ordenado ou organizado – em instrumentos dinâmicos voltados ao alcance não apenas dos fins almejados pelas partes mas também, na medida em que conformados pelo Estado, dos fins últimos da ordem econômica. [...]. (Idem Ibidem, p. 93).

Conforme a lição de Coelho:

A evolução do direito contratual é uma história de crescentes limitações à autonomia da vontade. Nos primórdios da trajetória, inspirado em valor caro à civilização ocidental, esse princípio encontra-se ligado à noção de que ninguém pode ser obrigado contra a própria vontade. A liberdade é o paradigma, balizada apenas pelo interesse público. À medida, porém, que se tornam mais complexas as relações sociais, a noção jurídica de autonomia da vontade não mais consegue servir de adequada referência à compreensão de todos os contratos.

No contrato de trabalho, por exemplo, é inapropriado falar-se em autonomia da vontade: o trabalhador não contrata porque quer (ao contrário, precisa trabalhar para sobreviver), não escolhe livremente o outro contratante (candidata-se às vagas disponíveis, nas habilidades que tem) e não pode discutir minimamente as cláusulas do contrato (adere às estabelecidas, unilateralmente, pelo patrão). [...]. (2014, p. 89).

Durante muito tempo, a propriedade privada e a liberdade de contratar, tida como o instrumento de realização da propriedade privada, eram consideradas valores absolutos do sistema capitalista. Atualmente, ambas permanecem juridicamente protegidas, não mais como valores absolutos, mas como valores a serem necessariamente harmonizados com os demais fins constitucionais, como a solidariedade social e a dignidade da pessoa humana. A previsão constitucional do princípio da função social da propriedade é consequência dessa nova concepção do direito de propriedade. (ARAGÃO, 2009, p. 1976).

A função social não se trata de uma limitação do direito de propriedade, mas constitui seu fundamento, razão e justificação. É um conceito próprio do regime capitalista, que legitima o lucro e a propriedade privada dos bens de produção, ao configurar a atividade do produtor de riquezas dentro de certos parâmetros constitucionais, no interesse geral. (BERCOVICI, 2009, p. 1952).

Sobre o cumprimento da função social pela empresa:

A empresa cumpre a função social ao gerar empregos, tributos e riqueza, ao contribuir para o desenvolvimento econômico, social e cultural da comunidade em que atua, de sua região ou do país, ao adotar práticas empresariais sustentáveis, visando à proteção do meio ambiente e ao respeitar os direitos dos consumidores, desde que com estrita obediência às leis a que se encontra sujeita. (COELHO, 2014, p. 76).

O contrato empresarial geralmente tem sido poupado das limitações à autonomia da vontade, sendo este o princípio jurídico mais adequado à disciplina das relações entre os contratantes empresários. Na seara dos contratos empresariais, o princípio da autonomia da vontade articula-se com os da livre iniciativa e da livre concorrência. O contrato empresarial, como os demais, deve cumprir a sua função social (artigo 421 do Código Civil) e deixa de cumpri-la quando, embora atendendo aos interesses das partes, prejudica ou pode prejudicar gravemente interesse coletivo, difuso ou individual homogêneo. A cláusula geral da função social dos contratos configura mais uma limitação da autonomia da vontade. (COELHO, 2014, p. 89-90).

Dadas as repercussões que os contratos de terceirização entre as empresas causam nos contratos de trabalho, verifica-se que a sua função social assume caráter significativo. Assim, justifica-se nessa seara a limitação da liberdade de contratar para coibir abusos que resultem na redução da garantia e da eficácia dos direitos dos trabalhadores terceirizados.

Para tanto, não basta garantir que os terceirizados tenham os seus contratos de trabalho regidos pela CLT. É necessário limitar a liberdade contratual das empresas para impedir que no processo de terceirização se criem condições de trabalho desiguais entre trabalhadores diretos e terceirizados, que se reduzam salários e outras condições mais benéficas conquistadas em negociação coletiva ou, ainda, que sejam mitigadas as proteções à saúde e à segurança dos trabalhadores.

Analisando o acórdão que permitiu o processamento do RE nº 958.252 e reconheceu a repercussão geral do tema relativo à terceirização da atividade-fim, dada uma possível

interferência no direito fundamental de livre-iniciativa e na liberdade de contratar, Carelli assim se manifesta:

Desta forma, a livre iniciativa e seu corolário, o livre contratar, são submetidos às limitações da valorização do trabalho e da função social da utilização da propriedade. Somente é justificável a livre-contratação se ela for para a valorização do trabalho humano, nunca para a desvalorização. A limitação da liberdade de contratação na atividade-fim se justifica justamente porque esta desvalorizará o trabalho, sendo, portanto, inconstitucional, por violar um fundamento da República e um pilar da ordem econômica. (2014a, p. 253).

O lucro é o principal fator de motivação da iniciativa privada, não podendo ser, no sistema capitalista, jurídica ou moralmente condenado. Por outro lado, a proteção jurídica ao investimento privado atende não somente aos interesses individuais do empresário investidor, mas também aos interesses da sociedade. (COELHO, 2014, p. 70-71). E continua:

Quando conflitarem, de um lado, os interesses individuais dos empresários voltados à obtenção de lucro e, de outro, os metaindividuais que se espalham pela sociedade, não há a menor dúvida de que estes últimos devem sempre prevalecer. É assim que determina a Constituição Federal, ao mitigar a liberdade de iniciativa, associando-a com outros valores na estruturação da ordem econômica. Quer dizer, talvez um empresário tivesse seus lucros acentuadamente elevados se ignorasse qualquer cautela com a questão ambiental. Nesse caso, há nítido conflito entre o interesse individual dele (maiores lucros) e o partilhado por toda a sociedade (preservação do meio ambiente). Claro, o interesse individual e egoísta do empresário não pode ser, e não será, minimamente protegido pela ordem jurídica, enquanto não se compatibilizar com o de todos relacionado à sustentabilidade ambiental. (Op. cit., p. 71).

O mesmo raciocínio acerca do conflito de interesses pode ser aplicado quando a empresa, com vistas a manter sua competitividade e obter maiores lucros, utiliza-se da terceirização dos serviços como forma de reduzir custos com salários e demais encargos trabalhistas e previdenciários, solapando os direitos da coletividade dos trabalhadores.

Segundo Tavares: “Livre concorrência é a abertura jurídica concedida aos particulares para competirem entre si, em segmento lícito, objetivando o êxito econômico pelas leis de mercado e a contribuição para o desenvolvimento nacional e a justiça social.”. (2006, p. 259).

Para Coelho, os empresários, ao competirem pela preferência do consumidor, empenham-se em melhorar a qualidade dos produtos serviços, bem como em economizar nos custos e, assim, possibilitar a redução de preços, com vistas a obter mais lucros. Contudo, o interesse individual perseguido pelo empresário é compatível com a realização dos interesses

metaindividuais da sociedade, numa intrínseca ligação de dependência entre tais interesses. (COELHO, 2014, p. 72).

Num ambiente de livre iniciativa e livre concorrência, permite-se aos empresários buscar ampliar a sua participação no mercado, conquistando uma parcela maior de consumidores, através da oferta de produtos e serviços cada vez melhores e com preços menores. O seu objetivo é ampliar os lucros e reduzir custos. A sua sobrevivência no mercado traduz-se numa palavra: competitividade.

Entretanto, o ordenamento jurídico, ao garantir a livre concorrência, não está protegendo apenas os interesses individuais do empresário, mas também os interesses da sociedade: dos consumidores dos produtos e serviços, dos trabalhadores, a proteção ao meio ambiente, a realização do desenvolvimento econômico e social, etc. Se assim não fosse, seria lícito ao empresário utilizar-se de quaisquer meios para se tornar mais competitivo, reduzindo custos, ainda que implicasse danos à sociedade.

Num cenário de acirrada concorrência empresarial, tanto no plano interno quanto no internacional, destaca-se a utilização da terceirização dos serviços como uma estratégia de redução de custos, tendo como justificativa inicial uma maior eficiência da empresa ao concentrar seus esforços nas suas atividades principais, delegando as atividades secundárias a outras empresas especializadas.

No entanto, a externalização da produção ultrapassa a mera terceirização dos serviços secundários. Pode-se dar-se num nível global, com uma distribuição espacial da cadeia produtiva em várias partes do globo ou, numa dimensão espacial mais restrita através da terceirização ampla de quase todas as atividades empresariais, inclusive as suas atividades principais. Ressalte-se que essa última estratégia pode ser adotada por qualquer empresa, não importando o seu porte econômico, não sendo exclusividade das grandes empresas transnacionais.

Segundo Lucena Filho, o Direito do Trabalho, para além das suas funções clássicas, tem também uma função concorrencial. Destaca, ainda, que atualmente o trabalho é um fator preponderante na formulação do preço final dos produtos e serviços, notadamente quando se constata a mobilidade das pessoas e das fábricas para locais com legislação ou fiscalização precária ou flexível, marcando um globalismo produtivo e trabalhista transnacional. O Direito do Trabalho, ainda que social na essência, não deixa de ser econômico pelos efeitos que provoca no mercado. O fator produtivo denominado trabalho pressiona não apenas os preços dos produtos, mas o valor pago ao trabalhador que se submete a um processo de concorrência social de venda do seu trabalho. (2016, p. 256-258).

É nesse reino de oferta e de procura que se verifica uma concorrência no mercado interno e externo de trabalho. A concorrência social interna opera-se, em uma empresa ou grupo de empresas, e se apresenta, já na fase de seleção, e, uma vez contratado, esse fenômeno não cessa, pois por medo ou pela ameaça o emprego não o elimina do mercado interno, que condiciona os aumentos salariais e as promoções a critérios comparativos de mérito com os outros trabalhadores. A faceta da concorrência social, no mercado de trabalho externo, aproxima-se da ideia defendida, até o presente momento, e passa pela subcontratação e por formas segmentadas de produção. Nesse aspecto, a terceirização, como planejamento de reestruturação produtiva facilita a pesquisa geográfica de salários menores ao redor do mundo e acaba por forçar uma dupla concorrência com trabalhadores de outros Estados. (LUCENA FILHO, 2016, p. 258).

O Direito do Trabalho sempre viveu sob tensão. Envolve um embate constante entre trabalho e capital, e não pode ficar alheio às transformações do capitalismo, especialmente quanto ao aspecto da concorrência. Na medida em que um acirramento da concorrência se reflete nas formas de organização do trabalho e na busca constante pela redução de custos, é necessário ampliar os horizontes do Direito do Trabalho, dando-lhe o vigor necessário para continuar cumprindo a sua missão precípua, que é proteger a parte hipossuficiente – o trabalhador.

O Estado, no exercício do seu papel constitucional de agente normativo e regulador da ordem econômica, deve agir norteado pelos princípios constitucionais, legislando criteriosamente no sentido de concretiza-los da melhor maneira possível, harmonizando os diversos interesses em jogo no cenário econômico, sem que um prevaleça injustificadamente sobre o outro.

Fazendo uma análise sistêmica dos princípios da ordem econômica acima referidos e confrontando-a com o histórico da normatização da terceirização, constata-se que foram privilegiados os princípios da livre iniciativa, da propriedade privada, da liberdade de contratar e da livre concorrência, em detrimento da valorização do trabalho humano.

Ao longo de todo esse processo de sucessivas alterações jurisprudenciais e legislativas, percebe-se que, ao final, os trabalhadores ficaram mais vulneráveis, estando, agora, sujeitos ao puro arbítrio dos empresários, que podem lhes impor a forma de contratação terceirizada que, pela sua própria dinâmica, enseja a precarização das condições de trabalho.

3.3 POSSIBILIDADE DE RETROCESSO DAS CLÁUSULAS SOCIAIS

A possibilidade de retrocesso das cláusulas sociais merece ser avaliada sob a perspectiva da valorização do trabalho humano, pois aquelas podem ser compreendidas como

um ponto de partida de valorização, não se admitindo inovações legislativas que, embora sem revogar direitos, permitam, por via transversa, o esvaziamento do seu conteúdo.

A aprovação das leis relativas à terceirização e à reforma trabalhista foram acompanhadas de um discurso no sentido de que ambas representam uma modernização da legislação para se adaptar às exigências da economia globalizada, aumentando a competitividade das empresas nacionais, bem como atraindo investimentos internacionais, o que redundaria na manutenção e geração de novos empregos. Por outro lado, os seus críticos afirmam que ambos os diplomas legais representam um retrocesso nos direitos sociais conquistados pelos trabalhadores.

A dignidade, no seu conteúdo de liberdade, autodeterminação e autonomia, provoca reflexões frente às novas modalidades de trabalho. A precarização dessas relações investe contra um projeto de vida para o trabalhador, em que se estabeleçam condições mínimas existenciais. A realização dos direitos sociais também se conecta com a observância do princípio da dignidade da pessoa humana. (CASTRO, 2016, p. 63).

Aprofundando a noção de valorização, Petter afirma que valorizar o trabalho humano diz respeito a todas as situações em que haja mais trabalho, ou seja, mais oferta de trabalho, mas também àquelas situações em que haja melhor trabalho, compreendendo todas as alterações fáticas que repercutam positivamente na própria pessoa do trabalhador, *e.g.*, o trabalho exercido com mais satisfação, com menos riscos, com mais criatividade, com mais liberdade, etc. (2008, p. 169-170)

Continua o referido autor, afirmando que também há valorização quando o trabalho não sofre tratamento anti-isonômico. Neste sentido, a remuneração do trabalho deve guardar estrita relação com o seu exercício, ou o que dele decorra, e não ser dimensionada por fatores outros, que nada lhe dizem respeito. (Op. cit., p. 170).

Ressaltando o papel do Direito do Trabalho como promotor da dignidade da pessoa humana, assim se manifestam Nelson e Nelson:

Não se pode conceber o direito como forma de maximizar os lucros das entidades privadas, mas sim como um gerador de expectativas de direito a um mínimo existencial para o trabalhador.

Pelo filtro jurídico, não se vê no trabalhador uma mão de obra geradora de despesas, como na economia, mas sim, um ser humano, uma pessoa, a qual se deve buscar uma normatividade que origine um *status* de promoção da dignidade humana.

É isso que constitui do Direito do Trabalho, um limite jurídico à racionalidade econômica, de forma a impedir que o capital se maximize, assim como o mercado se expanda de forma que desconsidere a pessoa do trabalhador,

despersonalizando-o e, conseqüentemente, coisificando-o. (NELSON; NELSON, 2017, p. 977-978).

A globalização da economia acirrou a polêmica entre os defensores do Estado Social e os adeptos do Estado Liberal, os quais adotaram caminhos distintos a respeito da posição dos poderes públicos frente às relações de trabalho. Os neoliberais pregam a omissão do Estado, desregulamentando, tanto quanto possível, o Direito do Trabalho, para que as condições de emprego sejam ditadas pelas leis de mercado. Por outro lado, os defensores do Estado Social, defendem a intervenção estatal nas relações de trabalho, na medida necessária à efetivação dos princípios da justiça social e da dignidade humana. (SÜSSEKIND apud DANTAS, 1999, p. 104-105).

A terceirização foi apontada como uma seqüela do neoliberalismo, embora não sendo considerado um fenômeno novo no Direito do Trabalho, apresenta-se atualmente sob novas formas, expandindo-se tanto no setor público quanto no privado, sendo considerada um fenômeno generalizado. O fenômeno ocorre, quase com exclusividade, em relação ao trabalho não qualificado, cujo excesso de oferta de mão-de-obra, favorece o pagamento de baixos salários pelas empresas prestadoras de serviços as quais, amiúde, descumprem a legislação trabalhista e previdenciária. Por tudo isso, conclui-se que a terceirização é uma via aberta à exploração do trabalho humano, no fundo considerado como uma mercadoria, ao gosto dos neoliberalistas, adeptos da máxima liberalização de um mercado autorregulado. (CATHARINO, 1997, p. 70-71).

Arruda, refletindo sobre os reflexos das ideias liberais no mundo das relações laborais, afirma que:

[...] A globalização intensifica a abertura de mercados e a migração de empresas para países e localidades que sejam mais lucrativas, ou seja, onde existe a mão-de-obra mais barata e a menor fiscalização e respeito aos direitos internacionalmente conhecidos como fundamentais para a classe trabalhadora. Além disso, o neoliberalismo privilegia a lógica exclusiva do mercado em detrimento do homem, desviando o avanço tecnológico para o fator lucro, em vez de ter como destinatário a valorização da vida humana.

[...]

O mundo do trabalho é atingido de forma direta por essas transformações, ocasionando não apenas a redução de empregos devido à automação robótica e microeletrônica, mas a *subproletarização do trabalho*, com a implantação de formas precárias de trabalho, como o contrato temporário, terceirizado ou informal. (ARRUDA, 1998, p. 84-85).

Analisando a valorização do trabalho humano e os atuais impulsos à flexibilização das normas trabalhistas, Petter (2008, p. 176-177) ressalta que o ordenamento, a começar pelo texto constitucional, dá realce à proteção do trabalhador e constitui tarefa difícil sinalizar em que medida a flexibilização conduziria ao escopo da valorização do trabalho humano. Pondera que a descaracterização do princípio da proteção do trabalhador, que está na base do Direito do Trabalho, levaria, mais cedo ou mais tarde, à falência e ao desaparecimento da própria disciplina. Embora essa constatação não seja impeditiva das adaptações que se fizerem necessárias, não se pode confundir flexibilização com desregulamentação, esta mais devastadora para a proteção do trabalho.

Segundo Rodriguez:

Os princípios, próprios do Direito do Trabalho por sua própria natureza e pela índole de sua função, têm uma capacidade de adaptação e de ajustes a diferentes realidades que lhes tiram a rigidez. Ao contrário, são particularmente aptos para conduzir e acompanhar as legítimas tentativas de flexibilização.

Todo o Direito do Trabalho nasceu sob o impulso de um propósito de proteção. Se este não tivesse existido, o Direito do Trabalho não teria surgido. Surgiu com o preciso objetivo de equilibrar, com uma desigualdade jurídica favorável, a desigualdade econômica e social que havia nos fatos.

[...]

No momento em que se questiona sua razão de ser é que os princípios devem ser invocados, defendidos e aplicados.

A nosso ver, são os princípios que podem dar consistência, firmeza, segurança à luta para manter e fecundar o Direito do Trabalho. (2000, p. 80).

Compreende-se que o Direito do Trabalho, pela própria natureza das relações que regula, tem uma índole flexível, estando sempre em evolução e os seus princípios, longe de ser um entrave à flexibilização e à modernização, traduzem os valores inafastáveis que devem nortear o legislador e o intérprete na condução do processo de vivificação e atualização da legislação. São valores inafastáveis porque dizem respeito à própria dignidade do ser humano.

Portanto, o cerne do debate não está em contrapor a flexibilização e os princípios basilares do Direito do Trabalho, mas sim em perquirir quais são as adaptações legislativas adequadas para fazer face às mudanças ocorridas no mundo do trabalho, que contribuam para perpetuar no ordenamento jurídico os valores contidos nos princípios e jamais para servir ao seu enfraquecimento ou à sua extinção. Nessa perspectiva, a flexibilização da legislação trabalhista não pode servir a uma lógica puramente empresarial. Neste sentido:

Em amplo sentido, a “flexibilização” é maneira de adaptação de normas jurídicas para atender alterações verificadas na economia.

Em sentido estrito, ... *de normas jurídicas trabalhistas para atender às alterações na economia, refletidas nas relações entre trabalho e capital.*

Maneira de amoldar a ordem jurídica ao sistema econômico capitalista, do qual a empresa é a principal fonte de produção de bens e serviços para o mercado, com finalidade lucrativa.

[...]

A tendência lógica, condizente com o pensamento liberalista econômico, é a de que seja feita “*flexibilização*” unilateral, favorecendo a empresa, o que significa dar predominância às leis econômicas vigentes. Se for para mantê-la, a “*flexibilização*” pode funcionar como preservativo contra a geração de desemprego, embora prejudicial aos seus empregados, até quanto a salário. (CATHARINO, 1997, p. 50-52, grifos do autor).

Corroborando o pensamento acima:

Todavia, as novas formas de trabalho, engendradas na fase atual do capitalismo, em que a economia financeira ocupa o lugar central e se exacerbam os mecanismos de exploração do trabalho mediante novas formas de organização social e técnica da produção, embaçam os valores e normas do Direito do Trabalho Clássico. É proposto, em seu lugar, o Direito Flexível do Trabalho, com a desfiguração da relação trabalhista mediante a supremacia da autonomia e liberdade contratual e a introdução de relações contratuais destituídas de regulamentação e de proteção social. (CASTRO, 2016, p. 97).

Outra questão que se relaciona ao tema da valorização do trabalho humano é o chamado desemprego estrutural, consequência da introdução de novos padrões tecnológicos e do aumento da produtividade e da redução da necessidade de mão de obra. Num contexto de desemprego recrudescente o fator trabalho é mais facilmente vilipendiado, ficando cada vez mais sujeito ao livre arbítrio do empregador. (PETTER, 2008, p. 171).

Abordando o desemprego estrutural, assim se manifesta Oliveira:

Cai assim por terra a máxima de que a qualificação do trabalhador proporcionará a queda do desemprego, porque os postos de trabalho que exigem qualificação são poucos e a cada vez se reduzirão mais. Os postos de trabalho criados em quantidade maior não exigem pessoas qualificadas. Serão ao contrário, preenchidos por não-qualificados recebendo valores baixos, por serem preenchidos por pessoas que estarão fazendo aqueles serviços não realizáveis ainda pela informatização ou pela robótica, como última alternativa para a manutenção das suas vidas.

Com essa explicação, outra afirmação simplista também cai por terra, a “*flexibilização da legislação trabalhista*” como fator de geração de empregos. É indiscutível a necessidade de adaptar a legislação. Só que essa adaptação deve vir ao encontro dos anseios sociais, de forma a proteger ainda mais o homem das forças infinitamente maiores exercidas pelo capital sobre o trabalho que agora passa por uma forma silenciosa, por causa da reestruturação produtiva. (OLIVEIRA, 2007, p. 162).

Correlacionando a terceirização e a questão do emprego:

A proposta de terceirização ampla e indiscriminada das relações de trabalho utiliza argumentos extraídos não do sistema jurídico, mas sim de uma lógica mercadológica, extrassistêmica. É um discurso falacioso, que prega a redução de gastos com a mão de obra, o que geraria a manutenção das vagas de trabalho, ou possibilidade de aumentar a demanda da mesma, além de uma maior capacidade concorrencial (lógica econômica).

Isso em detrimento de direitos que proporcionam um patamar civilizatório mínimo ao trabalhador e de dignificação de sua atividade. Ou seja, manutenção das vagas de emprego ou mesmo o seu aumento só que rebaixando a um nível que não proporcionaria ao trabalhador, sujeito de direito, uma melhor qualidade de vida, mas sim mais trabalho às custas da sua dignidade. (NELSON; NELSON, 2017, p. 978).

Ainda que se partisse de uma lógica puramente econômica, é sabido que o crescimento dos níveis de emprego está muito mais relacionado à adoção de políticas econômicas adequadas, capazes de promover um crescimento sustentável. Há que se considerar, ainda, o problema do desemprego estrutural referido acima, que merece ser combatido, dentre outras formas, através de uma política efetiva de requalificação profissional. Assim, é realmente falacioso afirmar que alterações na legislação trabalhista que permitam formas mais flexíveis de contratação, serão capazes de gerar novos empregos.

Além disso é necessário considerar a qualidade dos empregos gerados nessa onda de flexibilização. Conforme o pensamento de Delgado e Amorim, a terceirização dos serviços promove o regime paralelo do emprego rarefeito, reduzindo a eficácia dos direitos dos trabalhadores terceirizados:

*a) ao excluir os trabalhadores da categoria profissional vinculada à sua atividade econômica, a terceirização dos serviços frustra sua organização em torno do sindicato que representa seus reais interesses, minando-lhe a força de coalizção para negociar e conquistar a **melhoria de suas condições sociais**;*

[...]

b) submetido à lógica concorrencial do contrato interempresarial, o empregado terceirizado tem reduzido o patamar remuneratório (elemento inerente à terceirização) e tem aumentado o risco de inadimplemento, em face do condicionamento contratual.

[...]

*c) na terceirização interna, assim considerada **aquela praticada sob essencial controle do tomador**, a empresa prestadora não exerce domínio sobre os ambientes em que aloca seus empregados, os quais transitam no espaço de diversas empresas tomadoras.*

Essa instabilidade espacial dificulta para a empresa empregadora a implementação de **medidas de saúde e segurança no trabalho** (art. 7º, XXII), em cada espaço de atuação, conforme suas condições específicas, o que reduz, por conseguinte, a garantia laboral de proteção à sua incolumidade física e mental.

[...]

d) a instabilidade concorrencial do contrato de terceirização enseja a alta rotatividade contratual, esvaziando o ideal social de continuidade dos vínculos de emprego e de integração do trabalhador ao empreendimento principal, capaz de lhe oferecer a estabilidade institucional que lhe é própria. (grifos dos autores). (DELGADO; AMORIM, 2015, p. 61-62).

O princípio da vedação ao retrocesso social não é um princípio próprio do Direito do Trabalho, mas sobre ele tem incidência. Os direitos concretizados como expressão das normas de direitos fundamentais, que abrangem os direitos sociais, passam a constituir direitos subjetivos e, assim, devem alcançar progressividade e universalidade. Tendo o Direito do Trabalho como função central a melhoria das condições de pactuação da força de trabalho, o princípio da vedação do retrocesso ocupa lugar destacado no conjunto dos princípios de direito individual e coletivo do trabalho. (CASTRO, 2016, p. 96). Segundo a mesma autora:

No âmbito do Direito do Trabalho, a aplicação do princípio do não retrocesso na dinâmica das relações sociais é ainda confrontada pela possibilidade de os direitos e garantias dos trabalhadores serem entregues à solução das partes sob a desigualdade de suas condições.

Os avanços sociais que ocorreram ao tempo do Estado Social têm sofrido constantes investidas que não se resumem ao não fomento de melhoria ou de progresso na situação dos trabalhadores, mas, de modo muito mais grave, visam à retirada, ou exclusão, de direitos reconhecidos ou à sua modificação com efeitos tais que equivale à sua extinção, como se percebe entre banco de horas e horas extras. Também se encontra essa derruição no procedimento da terceirização, que implica o trabalho precário e móvel, o qual solapa os direitos trabalhistas cuja aquisição depende da continuidade do vínculo e cria a instabilidade das relações de trabalho. (Op. cit., p. 98).

Segundo posicionamento do Ministro Marco Aurélio, externado no voto proferido no julgamento conjunto do RE nº 958.252 e da ADPF nº 324-DF, após a ampla constitucionalização dos direitos dos trabalhadores, ordinariamente veiculados na legislação, o princípio da proteção ao trabalhador ganhou envergadura constitucional, sendo a baliza hermenêutica a ser observada pelo intérprete, óptica a partir da qual o instituto da terceirização deve ser compreendido.

Continua o Ministro afirmando que, a partir do rol de direitos sociais contido nos artigos 7º e seguintes da Constituição Federal, a literatura há muito sustenta a vulneração de diversas garantias dos trabalhadores em virtude da dissociação entre a relação econômica de trabalho e o vínculo empregatício correspondente. A dispensa de tratamento inferior aos terceirizados, mostra-se incompatível com a garantia de isonomia remuneratória. No plano do direito coletivo do trabalho, a imposição de limites à terceirização justifica-se diante do

relevante papel reservado pela Constituição Federal à liberdade de reunião e sindicalização, instrumento fundamental à obtenção de melhoria das condições sociais dos trabalhadores. A terceirização produz, ainda, o efeito danoso de desintegração da identidade coletiva dos trabalhadores. Contrária, também, princípios previstos em normas da Organização Internacional do Trabalho.¹⁰

Embora a lei da terceirização não tenha suprimido formalmente nenhum direito dos trabalhadores terceirizados, não criou mecanismos para protegê-los do risco real de redução da eficácia dos seus direitos. Pelo contrário, a referida lei contém muitas brechas para que se criem condições de trabalho desiguais entre trabalhadores diretos e terceirizados, resultando, assim, em precarização e retrocesso dos direitos sociais.

Veja-se o artigo 4º-C, acrescentado à Lei nº 6.019 de 03 de janeiro de 1974 pela Lei nº 13.467 de 13 de julho de 2017:

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:

I - relativas a:

- a) alimentação garantida aos empregados da contratante, quando oferecida em refeitórios;
- b) direito de utilizar os serviços de transporte;
- c) atendimento médico ou ambulatorial existente nas dependências da contratante ou local por ela designado;
- d) treinamento adequado, fornecido pela contratada, quando a atividade o exigir.

II - sanitárias, de medidas de proteção à saúde e de segurança no trabalho e de instalações adequadas à prestação do serviço.

§ 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.

§ 2º Nos contratos que impliquem mobilização de empregados da contratada em número igual ou superior a 20% (vinte por cento) dos empregados da contratante, esta poderá disponibilizar aos empregados da contratada os serviços de alimentação e atendimento ambulatorial em outros locais apropriados e com igual padrão de atendimento, com vistas a manter o pleno funcionamento dos serviços existentes.

¹⁰ Voto proferido na sessão plenária do STF do dia 29 de agosto de 2018 no julgamento conjunto da ADPF nº 324 e do Recurso Extraordinário nº 958.252. Disponível em <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF324eRE958.252VotodoMMA.pdf>. Acesso em 12 out. 2018.

Verifica-se que o citado dispositivo legal estabelece a igualdade obrigatória de apenas algumas condições de trabalho, as quais estão taxativamente relacionadas nos incisos I e II e desde que os serviços sejam executados nas dependências da empresa tomadora.

Entretanto, caso o trabalho seja prestado em outro local, não se assegura a igualdade de condições de trabalho para os empregados terceirizados. Assim, se a empresa contratante optar por externalizar suas atividades para diversos locais, as condições de trabalho dos empregados terceirizados poderão ser as mais díspares, embora na prática estejam prestando o mesmo tipo de serviço e em benefício da mesma empresa.

Quanto às condições sanitárias, medidas de proteção à saúde, de segurança no trabalho e instalações adequadas, só está garantida a igualdade se o trabalho terceirizado for executado nas dependências da empresa tomadora dos serviços. Ora, tais condições afetam diretamente a vida e a saúde do trabalhador e não se vislumbra motivo razoável para não se garantir a igualdade de condições em qualquer local que o serviço seja prestado.

Além disso, está expresso no § 1º do já referido artigo 4º-C, que fica facultado às empresas contratante e contratada estipularem salários equivalentes para os seus empregados. Numa interpretação a *contrario sensu*, conclui-se que ficou permitida a estipulação de salários diferentes ainda que os empregados da contratante e da contratada desempenhem as mesmas funções dentro do mesmo local de trabalho. Aqui foi ferido o princípio da igualdade salarial previsto no artigo 461 da CLT, bem como o princípio da não discriminação entre os trabalhadores, o qual se deduz dos incisos XXX, XXXI, XXXII e XXXIV do artigo 7º da Constituição Federal de 1988.

Nesse sentido:

A igualdade sempre foi princípio constitucional e a Constituição vigente é ainda mais ampla do que as constituições anteriores, vedando inclusive diferenças salariais no que se refere ao exercício de funções, destacando entre outros motivos a idade, sexo e o estado civil.

Desta forma, não deve ser outra a ideia, se não a de que o trabalhador pertencente ao sistema de terceirização tem os mesmos direitos que os demais empregados.

Sob o novo prisma constitucional tem-se um novo paradigma para equiparação entre o empregado da empresa de terceirização e o empregado da empresa tomadora. Ou seja, o fato de desempenharem funções idênticas, que apesar do vínculo laboral ser distinto, as prestações de serviço caminham para a mesma finalidade, seja o empregado da empresa de terceirização, seja o empregado da tomadora.

Deixa-se assim uma interpretação no plano da infra-constitucionalidade, presa ao ranço da formalidade exagerada, e direciona-se para o plano do valor, partindo-se para uma interpretação sistêmica da carta constitucional. (OLIVEIRA, 2011, p. 104).

Aprofundando a análise sobre a possibilidade da ocorrência de retrocessos, há que se considerar, ainda, os impactos que o processo de terceirização provoca sobre a organização coletiva dos trabalhadores.

Abordando a terceirização no contexto da descentralização produtiva e o seu avanço para além das atividades de apoio à produção, assim se manifestou Oliveira:

Na nova reestruturação produtiva atingiu diretamente as atividades vinculadas aos setores principais de produção, com trabalho qualificado, oferecendo uma nova divisão do processo produtivo aliado à manutenção do nível tecnológico. [...]

Dessa maneira, essa nova terceirização não vai desenvolver apenas uma nova forma de subordinação, ligada que está agora aos interesses da corporação e não mais somente aos da empresa. Cria-se **um novo trabalhador, vinculado a um mundo do trabalho diferente, transformando o coletivo do trabalho principalmente através da chamada desconcentração operária.** (OLIVEIRA, 2003, p. 170, grifo do autor).

E mais adiante, enfocando as dificuldades enfrentadas pela organização sindical no Brasil dentro deste contexto, continua o mesmo autor:

Dentro deste contexto, tomando aqui o exemplo da indústria automobilística, por ser considerada a vanguarda das transformações na produção, é que se reconhecem de maneira mais evidente as dificuldades enfrentadas pela organização sindical no Brasil que, presa em maior ou menor proporção ao conceito de categoria profissional, acaba por ter dificuldade de participação nessa nova forma de processo produtivo, ou, no caso do sindicalismo por empresa, encontrará várias empresas concentradas, num processo que compreende a coordenação conjunta da produção. Os sindicatos encontram-se fora da empresa e do complexo de produção, perdendo por sua vez a pouca legitimidade que possuía. Os seus contornos não estão atendendo as necessidades geradas pelo novo coletivo. Por outro lado, por esse motivo, progridem as defesas liberais sob a necessidade do fim do sindicalismo. (Op. cit., p. 172).

Retomando a análise do artigo 4º-C da Lei nº 6.019 de 03 de janeiro de 1974 que, como visto, permite a criação de várias condições desiguais entre os trabalhadores e, partindo-se da premissa de que a empresa competitiva é aquela que busca constantemente estratégias para aumentar lucros e reduzir custos, constata-se que a terceirização, nos moldes permitidos pela lei, pode ser utilizada como uma estratégia para pagar salários e outros benefícios em valores menores do que os devidos numa contratação feita diretamente.

Tal estratégia acaba facilitada pelo fato de que o processo de terceirização, pela sua própria dinâmica, leva necessariamente à fragmentação dos trabalhadores, enfraquecendo o seu

poder coletivo. Quanto mais a empresa tomadora terceirizar suas atividades através de várias empresas prestadoras de serviços, em diversas localidades, mais fragmentada será a representação sindical dos empregados e, conseqüentemente, menor o seu poder de negociação para conquista de melhores condições de trabalho e até mesmo para evitar o retrocesso naquilo que já foi conquistado.

Na prática, poderão os trabalhadores diretos ter direito a um determinado salário e outros benefícios, previstos em convenção ou acordo coletivo da categoria correspondente à atividade econômica exercida pela empresa principal, enquanto que os trabalhadores terceirizados, vinculados a um sindicato de categoria diversa, farão jus a salários e benefícios que poderão ser menores.

Esta situação pode se tornar um estímulo à terceirização desenfreada e viabilizar um processo perverso de concorrência entre diversas empresas terceirizadas que prestam o mesmo tipo de serviço. Obviamente que aquela que oferecer o menor preço será a que conseguirá celebrar o contrato. O menor preço poderá ser dado à custa da piora de condições mais vantajosas anteriormente conquistadas em negociação coletiva, especialmente no tocante a salários. O trabalho humano passa a ser tratado como uma mercadoria, que será adquirida em função do seu menor preço, ficando, assim, desprezado o princípio constitucional que determina a sua valorização e não a sua mercantilização.

Todas as transformações ocorridas nas organizações empresariais e no mundo do trabalho contribuíram para acentuar a posição de vulnerabilidade do trabalhador na relação laboral, uma vez que este se vê cada vez mais premido a aceitar formas precárias de emprego ou a enfrentar o próprio desemprego trabalhando na informalidade. Assim, qualquer alteração legislativa no sentido de flexibilização deveria considerar essa vulnerabilidade e a conseqüente disparidade ainda existente entre o trabalhador e o tomador da sua força de trabalho. A nova lei tornou ainda mais desigual a relação entre empresários e trabalhadores, uma vez que aqueles agora podem valer-se de mão de obra própria ou terceirizada, ao seu livre arbítrio e conveniência.

Diante da realidade da terceirização, era mais do que necessária uma regulamentação legal que viesse a substituir a Súmula nº 331 do TST. Porém, a lei da terceirização, ao invés de trazer uma real modernização na regulamentação das relações de trabalho, contribuiu para facilitar o seu desvirtuamento, ao atribuir demasiada liberdade contratual ao empresário, que poderá manejar esse expediente para incrementar seus lucros, sem se responsabilizar pelos efeitos danosos que podem advir à coletividade dos trabalhadores.

É possível notar que a reforma trabalhista não teve outra intenção senão prestigiar tão somente a livre iniciativa e os interesses dos detentores do poder econômico. O trabalho foi considerado em um aspecto estritamente econômico, em detrimento de seu caráter de direito fundamental social. A condição humana é substituída pela mercantilização do trabalhador, em evidente atentado à Constituição Federal, que fundamenta o Estado social democrático nos valores sociais do trabalho e da dignidade humana, visando à construção de uma sociedade livre, justa e solidária, com a promoção do bem de todos e a redução das desigualdades sociais. (OLIVEIRA; FIGUEIREDO, 2017, p. 118).

O argumento acima, utilizado para a reforma trabalhista, serve igualmente à lei da terceirização, também ela mais voltada ao atendimento dos interesses do capital do que do trabalho.

Frisando a importância do enunciado no *caput* do artigo 170 da Constituição Federal para compreensão da constitucionalidade das normas e das condutas, afirma Grau:

[...] O direito não descreve situações ou fatos senão para a eles atribuir consequências jurídicas. Por isso o texto do art. 170 não afirma que a ordem econômica *está* fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa e *tem* por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, senão que ela *deve estar* – vale dizer, *tem de necessariamente estar* - fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, e *deve ter* – vale dizer, *tem de necessariamente ter* - por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social. A perfeita compreensão dessa obviedade é essencial, na medida em que informará a plena compreensão de que qualquer prática econômica (*mundo do ser*) incompatível com a valorização do trabalho humano e com a livre iniciativa, ou que conflita com a existência digna de todos, conforme os ditames da justiça social, será adversa à ordem constitucional. [...] Daí porque desejo afirmar, vigorosamente, serem constitucionalmente inadmissíveis não somente normas com ele incompatíveis, mas ainda quaisquer condutas adversas ao disposto no art. 170 da Constituição. (2010, p. 196-197, grifos do autor).

Na medida em que a lei da terceirização permite condutas que geram desigualdades e não promovem a ampliação dos direitos sociais fundamentais, podendo causar de fato um verdadeiro retrocesso, conclui-se que a mesma não contribuiu para realização dos fundamentos e princípios da ordem econômica, notadamente a valorização do trabalho humano, a existência digna conforme os ditames da justiça social, a função social da propriedade, a defesa do meio ambiente de trabalho seguro e saudável, a redução das desigualdades sociais e a busca do pleno emprego.

Necessário se faz, então, perquirir propostas para um aperfeiçoamento normativo com vistas ao cumprimento dos princípios constitucionais.

4 PROPOSTAS DE APERFEIÇOAMENTO DO PROCESSO DE TERCEIRIZAÇÃO DE ACORDO COM OS PRINCÍPIOS DA ORDEM ECONÔMICA

O debate acerca da necessidade da regulamentação da terceirização intensificou-se na medida em que o seu uso passou a ser crescente pelas empresas. A controvérsia mais profunda era acerca do tratamento dado à terceirização pela Súmula nº 331 do TST, com fulcro nos conceitos de atividade-fim e atividade-meio.

Basicamente, uns postulavam a sua regulamentação no sentido da liberalização irrestrita e outros tachavam a terceirização de mera intermediação de mão de obra, cujo resultado era, em todos os casos, a precarização dos direitos dos trabalhadores, devendo, portanto, ser proibida.

Deixando de lado as posições extremadas, é necessário buscar a melhor solução legislativa, a qual precisa considerar as formas atuais de organização do processo produtivo e de gestão da força de trabalho, sem, no entanto, desconsiderar o fato de que a terceirização, a depender da forma que ocorra, tem grande potencial para gerar a precarização.

Uma das virtudes da Lei nº 13.429 de 31 março de 2017, logo mais alterada pela Lei nº 13.467 de 13 de julho de 2017, foi definitivamente acabar com a restrição da terceirização às atividades-meio da empresa tomadora. Tal limitação, que era prevista na Súmula nº 331 do TST, não impediu a intensificação da sua prática, inclusive nas atividades-fim, e nem tampouco impediu a ocorrência da precarização das condições de trabalho dos terceirizados.¹¹

Permite-se, agora, refletir sobre os malefícios que podem advir da terceirização, especialmente no que se refere à fragilização do sistema legal protetivo dos direitos dos trabalhadores, que foi pensado e estruturado tendo como modelo a relação de emprego bilateral de caráter permanente e não a relação triangular, muitas vezes efêmera, que ora se apresenta nos processos de terceirização.

Assim, considerando o grande impacto que a terceirização gera nos pilares clássicos do Direito do Trabalho, todo diploma legal que venha a tratar do tema, deve considerar o fenômeno não apenas do ponto de vista da livre iniciativa, mas também dar especial enfoque à proteção do trabalhador, de forma a promover o trabalho decente, de acordo com as normas internacionais e os princípios constitucionais vigentes.

Conforme estudado no capítulo 3, as últimas leis que trouxeram a regulamentação da terceirização permitem condutas que geram desigualdades, bem como não promovem a

¹¹ A precarização das condições de trabalho nos processos de terceirização foi abordada no Capítulo 2 deste trabalho.

ampliação dos direitos sociais fundamentais, abrindo margem à ocorrência de retrocessos. Cabe agora, refletir sobre os diferentes meios de coibir abusos, sobre a atuação dos órgãos estatais incumbidos da proteção do trabalhador e, ao final, sugerir propostas de aperfeiçoamento normativo para sua adequação e cumprimento dos princípios constitucionais da ordem econômica.

4.1 A NEGOCIAÇÃO COLETIVA COMO FORMA DE COIBIR ABUSOS NA TERCEIRIZAÇÃO

Segundo Delgado (2009, p. 1185-1187), o Direito Coletivo do Trabalho tem como uma das suas funções específicas a pacificação de conflitos de natureza sociocoletiva, sendo a negociação coletiva um dos instrumentos pacificadores mais relevantes. Cumpre, também, função social e política, sendo um instrumento de democratização social no âmbito do sistema capitalista. Ainda, tem um papel econômico, consistente em:

[...]sua aptidão para produzir a adequação às particularidades regionais ou históricas de regras de indisponibilidade apenas relativa características do Direito Individual do Trabalho. Com a negociação coletiva, esse segmento ajusta vários aspectos próprios à generalidade das leis trabalhistas a setores ou momentos específicos vivenciados no mercado laborativo. Nesse quadro, ele confere dinamismo econômico ao próprio Direito do Trabalho. (Op. cit., p. 1187).

O Direito do Trabalho tem um funcionamento lógico e é composto de normas cogentes porque, do contrário, perderia sua capacidade regulatória. Impõe obrigações que perfazem o liame empregado-empregador, que fazem parte do pacto da sociedade do trabalho, pressupondo a imputação de responsabilidades individuais e coletivas. Uma confusão frequente entre os leigos em Direito do Trabalho é que não seria importante quem seria o responsável pelo vínculo empregatício, desde que as obrigações fossem cumpridas por alguém. Essa noção desconhece toda a dimensão coletiva da relação de trabalho. Os conflitos de uma relação de trabalho ultrapassam sempre a relação individual empregador-empregado. Tais conflitos, por terem dimensão coletiva, são resolvidos em grande parte em termos coletivos, daí a importância da representação de trabalhadores e do sistema sindical. (CARELLI, 2014a, p. 254-255).

Quando se discute o fenômeno da terceirização, via de regra, a análise fica limitada ao fenômeno em si, sem que se verifique se há algo em seu entorno que possa assegurar um

controle da terceirização sem a necessidade de uma ação direta do Estado, por meio da legislação ou da jurisprudência. (BRITO FILHO, 2017, p. 33).

Assim, é que desponta o papel importante da negociação coletiva como forma de adequar o processo de terceirização à realidade dos diversos setores ou atividades econômicas, criando através de acordos ou convenções coletivas normas jurídicas específicas que contribuam para solucionar os possíveis conflitos e coibir o desvirtuamento do processo de terceirização, especialmente para impedir a precarização das condições de trabalho, as fraudes e o retrocesso nas conquistas realizadas.

O DIEESE promoveu estudos sobre as negociações coletivas realizadas no período de 2005 a 2009, analisando normas coletivas que continham alguma cláusula sobre terceirização, produzindo a Nota Técnica nº 112 de julho de 2012. De acordo com a mesma, as cláusulas sobre o assunto visam normatizar os usos que as empresas fazem desta modalidade de contratação, prevendo normas para seu emprego ou assegurando garantias aos trabalhadores, de acordo com os seguintes grupos temáticos:

1. Normas para a contratação de mão de obra terceirizada, que incluem: a) restrições à contratação de mão de obra terceirizada; b) exigências às empresas terceiras; c) fiscalização das empresas terceiras; d) responsabilidades da empresa contratante; e e) rompimento do contrato.
2. Garantias aos trabalhadores terceirizados presentes em: a) acordos/convenções das empresas contratantes; e b) acordos/convenções de empresas prestadoras de serviços.
3. Ações das empresas visando à terceirização ou primarização (ou seja, a desterceirização, a retomada, para dentro da empresa-mãe, de atividades antes cedidas a empresas terceiras) das atividades.
4. Cláusulas sindicais, tais como: a) constituição de comissão sindical sobre a terceirização; b) acesso às informações dos contratos de terceirização; e c) outras garantias sindicais.

O TST diverge quanto à validade de cláusula de convenção coletiva que imponha restrições à contratação de serviços terceirizados. Em 12 de março de 2018, a Seção Especializada em Dissídios Coletivos do TST, por maioria, declarou a nulidade de cláusula constante de convenções coletivas de trabalho que proibiam condomínios residenciais do Estado do Tocantins de contratar prestadores de serviços para as funções de porteiro, faxineiro, zelador e vigia, entre outras. O entendimento prevalecente foi o de que a proibição atinge a livre iniciativa empresarial para a consecução de objetivo considerado regular e lícito. (Recurso Ordinário nº 121-39.2014.5.10.0000, 2018).

A Ministra Dora Maria da Costa, redatora do acórdão, afirmou que a cláusula que proíbe a terceirização de serviços nos condomínios limita o campo de atuação das empresas

prestadoras de serviços de limpeza e conservação e vai de encontro aos princípios constitucionais da livre concorrência e da liberdade da iniciativa privada, da qual decorre, também, a liberdade de contrato. Destacou que as administrações dos condomínios devem ser livres para decidir, elas próprias, qual a melhor forma de contratação dos serviços a serem prestados, seja a contratação direta ou a de empregados terceirizados. De outro lado, as empresas prestadoras, cujo objeto social diz respeito à terceirização de serviços de conservação e limpeza, não podem sofrer limitações em seu campo de atuação, não se admitindo que um instrumento negocial invada a seara dos contratos que podem ser firmados entre elas e os condomínios residenciais.

Em 11 de junho de 2018, a mesma Seção Especializada em Dissídios Coletivos do TST, também por maioria, decidiu pela validade de cláusula constante de convenção coletiva de trabalho que proibia os condomínios residenciais do Distrito Federal de contratar mão de obra por meio de empresas interpostas para as funções de zelador, garagista, porteiro, trabalhador de serviços gerais e faxineiro. (Recurso Ordinário nº 332-46.2012.5.10.0000, 2018).

Segundo a Ministra Katia Arruda, relatora do acórdão, não afronta o princípio da livre iniciativa, a mera opção dos convenentes por certa modalidade legal de prestação de serviços, para aplicação restrita no âmbito das categorias representadas, sem imposição direta a terceiros. Também não há desrespeito à livre concorrência, uma vez que esse fundamento só tem pertinência nas circunstâncias em que a norma beneficia um indivíduo em detrimento de outro, não se aplicando para refutar interesses próprios da relação de trabalho. Manteve o entendimento de que são válidas as cláusulas que vedam a terceirização dos serviços atinentes à atividade fim dos condomínios, uma vez que foram estabelecidas livremente, não violam qualquer dispositivo ou princípio do ordenamento jurídico vigente, bem como atingem somente os interesses das categorias. A pactuação das normas contestadas está absolutamente dentro dos limites conferidos pela Carta Magna vigente para a negociação coletiva.

A Lei nº 13.429 de 31 março de 2017 permitiu aos empresários ampla liberdade e flexibilidade na forma de contratar a mão de obra, através de empregados diretos ou terceirizados. Porém, aos trabalhadores não foi conferida a mesma liberdade e flexibilidade, os quais, via de regra, sujeitam-se ao processo de terceirização, como condição inevitável para manter o próprio emprego, podendo ser deslocados para a empresa terceirizada, sem que lhes seja dada oportunidade para discutir as condições em que tal deslocamento ocorrerá.

Diante desse contexto, afigura-se como válida a possibilidade de se estabelecerem proibições ou restrições à terceirização de determinadas atividades através de normas coletivas, como forma de garantir um maior equilíbrio nos processos de terceirização.

Destacando importância da participação dos trabalhadores no processo de flexibilização:

Note-se que a flexibilização ocorre dentro de um contexto onde observa-se a participação do empregador, do Estado e do empregado, reforçando-se a necessidade da forte representação dos trabalhadores, entendendo-se por flexibilização não a insistência retaliatória ou de choque ou de simples contradição. Entenda-se por flexibilização a capacitação contributiva para conjuntamente, institucionalmente, integrativamente, trabalhar alternativas na superação dos problemas surgidos em razão, principalmente, das alterações nas condições de trabalho.

O que deve ser discutido é a maneira com que serão promovidas essas ações, pretendendo-se com isso contribuir eficazmente para o fortalecimento das relações de trabalho, principalmente no caso do Brasil, onde, em razão das desigualdades regionais, os problemas devem ser tratados separadamente em cada região. As transformações fáticas na relação de trabalho já ocorreram, sendo irreversíveis. Resta não despojar todo o direito do trabalho de valorização, adotando-se, sem critério, as conclusões neoliberais. Não há flexibilização sem a tripla participação colocada, sob pena de se estar atendendo unicamente o interesse econômico. Todavia, as formas de participação devem ser aperfeiçoadas. (OLIVEIRA, 2003, p. 68).

A forma mais eficaz de os trabalhadores se oporem aos efeitos nocivos da terceirização, como a redução de direitos trabalhistas e de salários, seria atuar, também, com flexibilidade que lhes permitisse enfrentar eventuais problemas, adaptando-se às novas situações. Entretanto, os trabalhadores estão presos a uma organização sindical rígida, não podendo optar por um sindicato distinto do que é definido como o que pode representa-lo dentro da base territorial, em decorrência da unicidade sindical. Além disso, sujeitam-se às restrições da representação por categoria, que impedem que as organizações sindicais possam ser criadas livremente, de acordo com as suas necessidades, mas sim levando em consideração a atividade preponderante do empregador. (BRITO FILHO, 2017, p. 38-39). E continua:

No caso da terceirização, o efeito dessas regras pode ser de extrema prejudicialidade aos trabalhadores. É o caso, do empregado que, dispensado pela empresa tomadora de serviços, é contratado por outra empresa, que vai prestar serviços para a sua antiga empregadora, por meio da terceirização. Houvesse liberdade de organização, esse empregado poderia continuar filiado ao seu antigo sindicato, mantendo a representação deste, e com a garantia de manutenção dos direitos por ele conquistados junto à categoria econômica. Mais, poderia, até, caso tivéssemos sindicatos livres, e via de regra mais fortes, pleitear destas organizações (no caso exemplificado, do seu sindicato)

medidas que impedissem que o tomador dos serviços terceirizasse sem restrições, ou de forma mais limitada.

Como essa liberdade de filiação não existe, pois somente vai até o direito de se filiar ao único sindicato que é definido como seu representante, pode acontecer de, mudando do emprego, o empregado ter o seu enquadramento sindical alterado, caso seja ele (o enquadramento) definido pela regra geral, ou seja, pela atividade preponderante do empregador, e a atividade do novo seja diferente da do anterior. (BRITO FILHO, 2017, p. 39).

No mesmo sentido:

A regra da simetria ou paralelismo entre categorias e atividades, adotada na legislação brasileira, não resiste ao contato com a realidade do trabalho na terceirização. As inovações introduzidas pela globalização, em cujo bojo vieram a flexibilização dos direitos trabalhistas e das relações trabalhistas, assim como a terceirização, atingem o conceito de categoria profissional como aquela composta por identidade, similitude ou conexão de condições de vida oriunda da profissão ou trabalho em comum, as condições de trabalho variam em razão da tomadora de serviços, ao passo que a empregadora, como prestadora de serviços, não é determinante, para seus empregados terem um trabalho em comum. A definição que foi dada na realidade do modelo fordista se esgarçou com a adoção do modelo toyotista das relações de trabalho e a fragmentação dos vínculos laborais; sua tríplice feição como forma pura é insuficiente para a compreensão das relações que ocorrem na terceirização. (CASTRO, 2016, p. 151).

Segundo Delgado (2009, p. 1219-1220) o ponto de agregação na categoria profissional é a similitude laborativa em função da vinculação a empregadores que tenham atividades econômicas idênticas, similares ou conexas. Assim, a categoria profissional não é identificada pela atividade ou profissão exercida pelo trabalhador, mas pela vinculação a certo tipo de empregador. A noção de categoria profissional pode sofrer uma interpretação restritiva, levando a um fracionamento de sindicatos obreiros. Porém, é possível realizar, também, uma interpretação ampliada, de modo a reforçar a atuação dos sindicatos. Essa última interpretação é mais consentânea com o próprio Direito Coletivo do Trabalho, uma vez que a história e o conceito das associações sindicais remetem ao apelo da união, da unidade, da agregação e não ao seu inverso.

Sobre a situação específica dos trabalhadores terceirizados, pontua o referido autor que a similitude de condições de vida oriunda da profissão ou trabalho em comum, conforme dispõe a CLT, encontra-se na empresa tomadora de serviços. Portanto, é no universo de trabalhadores da empresa tomadora de serviços que ele encontrará sua categoria profissional e seu efetivo sindicato. A ruptura com um enquadramento dos trabalhadores terceirizados, baseado numa

interpretação meramente formal da ordem jurídica, contribuirá para aperfeiçoar o controle civilizatório da terceirização no Brasil. (DELGADO, 2009, p. 444).

Alves (2017, p. 1168) propõe uma reinterpretação do disposto no § 2º do artigo 511 da CLT, tendo por fundamento não mais o modelo fordismo-subordinação-categoria profissional, mas sim, uma nova ideia que considere o paradigma toyotismo-subordinação estrutural-categoria profissional essencial. O critério para que se fixe a agregação por categoria profissional essencial não é mais o empregador, mas deve buscar quem se aproveita, essencialmente, da força produtiva entregue.

Trazendo essa releitura para o fenômeno da terceirização e o cálculo dos seus custos, continua o mesmo autor:

Ora, celetistas todos são igualmente, sejam trabalhadores terceirizados ou diretamente contratados. A distinção remuneratória está posta no conteúdo das normas autônomas negociadas e que tendem a ser substancialmente distintas entre os empregados terceirizados e aqueles vinculados diretamente ao tomador dos serviços. Assim, obviamente a igualdade de representação sindical entre os terceirizados e os demais empregados em um mesmo contexto produtivo forçará a identidade normativa básica nos planos do direito individual e coletivo do trabalho. [...]. (Op. cit., p. 1175).

Pode-se afirmar que o novo modelo de organização empresarial, horizontalizado, também atinge o conceito de categoria econômica. Segundo o artigo 511, § 1º, da CLT: “a solidariedade de interesses econômicos dos que empreendem atividades idênticas, similares ou conexas, constitui o vínculo social básico que se denomina categoria econômica”. Tal regra foi moldada numa época em que o modo de organização empresarial era totalmente diferente do modelo atual, sendo que hoje o segmento da prestação de serviços se imiscui em outros segmentos econômicos, em decorrência da reestruturação produtiva já estudada anteriormente, principalmente através do processo de terceirização.

É que as leis regentes da organização sindical surgiram em um tempo em que os agentes econômicos ainda não praticavam a terceirização de serviços. Logo, a incidência dessas leis no momento atual não pode abstrair de sua reflexividade, vale dizer, da percepção de qual o verdadeiro conflito por elas solucionado ao tempo em que foram editadas. Considerar a atividade econômica de *outsourcing* ou terceirização como atividade preponderante significaria flexibilizar a lei sindical de modo assistêmico, porque se ignoraria a verdadeira atividade econômica em cujo âmbito se realizariam os serviços terceirizados para se considerar a própria terceirização como atividade. A terceirização não é uma atividade econômica *per se*, mas sim o compartilhamento da atividade econômica de outra empresa. Ao menos no tocante ao trabalhador, a norma coletiva que o vincularia se a terceirização

ocorresse na atividade-fim seria aquela subscrita pela entidade patronal que representasse “a solidariedade de interesses econômicos dos que empreendem atividades idênticas, similares ou conexas, constitui o vínculo social básico que se denomina categoria econômica” (art. 511, § 1º, da CLT). Em suma, apresenta-se absolutamente defensável, de *lege lata*, o enquadramento sindical segundo a atividade preponderante do tomador dos serviços, se admitida, por hipótese, a terceirização da atividade-fim. (CARVALHO; CORRÊA, 2014, p. 54-55).

Resgatando a ideia de uma interpretação ampliativa proposta por Delgado para os sindicatos obreiros, é possível aplicá-la, também, ao conceito de categoria econômica para abranger no sindicato patronal representativo da categoria da empresa tomadora, as empresas prestadoras que gravitam na órbita da sua atividade econômica, dada a evidente solidariedade dos interesses econômicos.

Compreende-se que tal critério não encontra dificuldades de aplicação quando se trata daquele caso onde o contrato de prestação de serviços tem um caráter de continuidade dentro da mesma empresa tomadora. Mas, e naqueles casos em que a empresa prestadora de serviços mantém contratos com diversas empresas tomadoras com atividades econômicas distintas, deslocando frequentemente os trabalhadores?

Tomando como exemplo o caso de uma empresa prestadora de serviços de limpeza que mantém trabalhadores em empresas que se dedicam ao comércio, à indústria, aos serviços. Nesse caso, parece que não há solidariedade de interesses econômicos entre as empresas e nem similitude de condições de vida oriunda do trabalho na mesma atividade econômica ou em atividades econômicas similares. Assim, não seria viável o critério de definição da representação sindical dos trabalhadores terceirizados bem como das empresas prestadoras de serviços, a partir da atividade econômica desenvolvida pela empresa tomadora.

Em boa medida, como dizíamos, a quebra do movimento operário se explica pela terceirização. Foi ela a arma secreta que o capitalismo (re) descobriu ou (re) inventou. Ela lhe permite resolver a contradição entre a necessidade do trabalho coletivo e a possibilidade de resistência coletiva.

Ora, o sindicato é a principal fonte do Direito do Trabalho. Não apenas no sentido de criar as suas próprias normas, ou pressionar o Estado a fazer as dele, mas também para o efeito de aumentar a efetividade de umas e outras.

Assim, se o sindicato é fraco, o direito se torna fraco também. E o que é pior: um e outro passam a dar lugar a seus opostos. O sindicato se ajusta ao modo de produzir, tal como antes fazia, mas agora não tanto para resistir quanto para justificar a sua submissão.

Assim, depois de resolver a sua própria contradição, o capital começa a resolver a que existia no interior do direito. Ao invés de proteger capitalista e trabalhador, ele desequilibra a balança a favor do primeiro. Continua a regular a relação de trabalho, mas cada vez mais sob um enfoque *civil*. Ao invés de

opor obstáculos à dominação, apenas registra e legitima as alterações que a própria empresa sugere. (VIANA, 2003, p. 142).

A Lei nº 13.429 de 31 de março de 2017, conforme analisado no capítulo 3, veio a legitimar as propostas demandadas pelos empregadores sobre a liberalização irrestrita da terceirização. Embora os evidentes efeitos deletérios que tal abertura legal iria causar sobre a representatividade sindical dos trabalhadores e, conseqüente sobre o processo negociação coletiva, a lei da terceirização silenciou sobre esse aspecto e, mais, abriu possibilidades concretas de estipulação de condições desiguais entre os trabalhadores diretos e os terceirizados.

Por outro lado, a Lei nº 13.467 de 13 de julho de 2017, também atendendo a uma demanda antiga do empresariado, legitimou a prevalência do negociado sobre o legislado, sob o argumento de que se estaria fortalecendo a negociação coletiva. Porém, a reforma trabalhista, tão alardeada como uma modernização, não trouxe a necessária reforma sindical que contribuísse para um exercício mais efetivo da liberdade sindical e o fortalecimento dos sindicatos, especialmente os sindicatos obreiros, que vem sofrendo com o processo de fragmentação, conforme já visto alhures.

No entanto, a par das dificuldades existentes no modelo de organização sindical ainda vigente, a negociação coletiva é um dos meios de resistência contra as possíveis e prováveis ocorrências de precarização, coibindo abusos enquanto uma legislação mais adequada não surja.

4.2 FORMAS DE ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO E DA AUDITORIA FISCAL DO TRABALHO

De nada vale um ordenamento jurídico sem que se exija a sua observância, sendo destinado à Auditoria Fiscal do Trabalho e ao Ministério Público do Trabalho, dentro das suas competências específicas, o papel de zelar pelo cumprimento das normas de Direito do Trabalho.

A fiscalização do trabalho visa, administrativamente, o cumprimento da legislação laboral paralelamente à atuação judiciária, estando os direitos do trabalhador protegidos em dois níveis distintos: a inspeção ou fiscalização do trabalho, de natureza administrativa, e a proteção judicial, sendo a primeira de caráter nitidamente preventivo. (CARRION, 2003, p. 468).

A inspeção do trabalho é atividade estatal da maior importância, uma vez que assegura o cumprimento das normas de proteção ao trabalhador. Eficácia da lei e ação fiscalizadora guardam entre si estreita relação de causalidade. Quanto mais desenvolvida for a cidadania, a consciência e o apreço pela ordem jurídica, menos necessária será a presença da inspeção do trabalho e vice-versa. O papel da fiscalização cresce de importância quando se sabe que no Brasil, há muitos cidadãos e muitos empresários que supõem que burlar a lei, em vez de delito, é uma demonstração de superioridade ou inteligência. (TEIXEIRA FILHO, 1995, p. 1159-1160).

Seguindo essa linha de raciocínio, muitos empresários devem ter enxergado na lei de terceirização uma forma eficiente de reduzir custos com salários e com o cumprimento das normas de segurança e saúde do trabalho, vislumbrando, assim, um meio de obter vantagem competitiva sobre seus concorrentes.

Nessa onda recente de flexibilização de direitos trabalhistas, mais do que nunca é necessário que os órgãos estatais atuem firmemente para coibir a burla e a fraude, bem como para conter os avanços da precarização das condições de trabalho. Além disso, uma inspeção do trabalho atuante protege da concorrência desleal o bom empregador, aquele que, consciente da função social da empresa, prima pelo cumprimento da lei.

Neste sentido:

Os recentes movimentos em direção à modernização da legislação trabalhista, em que pese toda e qualquer merecida crítica negativa quanto ao real valor renovador das medidas propostas e publicadas, apenas reforçam a necessidade e a readequação do prumo da nova inspeção do trabalho brasileira. Afinal, em um cenário no qual a flexibilidade é a principal força motriz das relações de trabalho, é na completa proteção aos direitos fundamentais da pessoa do trabalhador e no combate ferrenho a todo e qualquer tipo de fraude social que reside a centralidade da moderna inspeção do trabalho. (BIGNAMI, 2017, p. 285).

A Lei nº 10.593 de 6 de dezembro de 2002 descreve as atribuições da Auditoria Fiscal do Trabalho:

Art. 11. Os ocupantes do cargo de Auditor-Fiscal do Trabalho têm por atribuições assegurar, em todo o território nacional:

- I - o cumprimento de disposições legais e regulamentares, inclusive as relacionadas à segurança e à medicina do trabalho, no âmbito das relações de trabalho e de emprego;
- II - a verificação dos registros em Carteira de Trabalho e Previdência Social - CTPS, visando a redução dos índices de informalidade;

III - a verificação do recolhimento e a constituição e o lançamento dos créditos referentes ao Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS) e à contribuição social de que trata o art. 1º da Lei Complementar nº 110, de 29 de junho de 2001, objetivando maximizar os índices de arrecadação;

IV - o cumprimento de acordos, convenções e contratos coletivos de trabalho celebrados entre empregados e empregadores;

V - o respeito aos acordos, tratados e convenções internacionais dos quais o Brasil seja signatário;

VI - a lavratura de auto de apreensão e guarda de documentos, materiais, livros e assemelhados, para verificação da existência de fraude e irregularidades, bem como o exame da contabilidade das empresas, não se lhes aplicando o disposto nos arts. 17 e 18 do Código Comercial.

VII - a verificação do recolhimento e a constituição e o lançamento dos créditos decorrentes da cota-parte da contribuição sindical urbana e rural.

§1º. O Poder Executivo regulamentará as atribuições privativas previstas neste artigo, podendo cometer aos ocupantes do cargo de Auditor-Fiscal do Trabalho outras atribuições, desde que compatíveis com atividades de auditoria e fiscalização.

§ 2º Os ocupantes do cargo de Auditor-Fiscal do Trabalho, no exercício das atribuições previstas neste artigo, são autoridades trabalhistas.

Para compreensão das prerrogativas atribuídas à Auditoria Fiscal do Trabalho, destacam-se os seguintes artigos do Decreto nº 4.552 de 27 de dezembro de 2002, que aprovou o Regulamento da Inspeção do Trabalho:

Art. 9º A inspeção do trabalho será promovida em todas as empresas, estabelecimentos e locais de trabalho, públicos ou privados, estendendo-se aos profissionais liberais e instituições sem fins lucrativos, bem como às embarcações estrangeiras em águas territoriais brasileiras.

[...]

Art. 13. O Auditor-Fiscal do Trabalho, munido de credencial, tem o direito de ingressar, livremente, sem prévio aviso e em qualquer dia e horário, em todos os locais de trabalho mencionados no art. 9º.

Art. 14. Os empregadores, tomadores e intermediadores de serviços, empresas, instituições, associações, órgãos e entidades de qualquer natureza ou finalidade são sujeitos à inspeção do trabalho e ficam, pessoalmente ou por seus prepostos ou representantes legais, obrigados a franquear, aos Auditores-Fiscais do Trabalho, o acesso aos estabelecimentos, respectivas dependências e locais de trabalho, bem como exibir os documentos e materiais solicitados para fins de inspeção do trabalho.

Dos dispositivos legais e regulamentares acima, depreende-se que a competência da Auditoria Fiscal do Trabalho abrange todas as relações de trabalho e não somente a relação de emprego, podendo o Auditor livremente ingressar em todos os locais de trabalho, sem aviso prévio. Além disso, os empregadores, tomadores e intermediadores de serviços, empresas, instituições, associações, órgãos e entidades de qualquer natureza ou finalidade são sujeitos à inspeção do trabalho e ficam obrigados a franquear aos Auditores Fiscais do Trabalho o acesso

aos estabelecimentos e locais de trabalho, bem como exibir os documentos e materiais solicitados.

O Auditor tem amplo poder para inspecionar o ambiente de trabalho e exigir documentos, criando-se condições para que verifique as irregularidades *in loco*, observando o trabalho na realidade da sua execução e do seu ambiente, com maior possibilidade de detectar fraudes com clareza, especialmente no caso da terceirização, onde, é corriqueiro se verificar uma regularidade apenas formal, mas, ao se inspecionar a execução das atividades no local de trabalho, pode-se constatar que, de fato, a subordinação se dá com a própria tomadora dos serviços, ou, ainda, a não garantia da igualdade das condições de trabalho.

A inspeção do trabalho conta com diversos instrumentos de atuação, que vão além da lavratura de Autos de Infração e imposição de multas. Veja-se o que dispõe o artigo 18 do Decreto nº 4.552 de 27 de dezembro de 2002:

Art. 18. Compete aos Auditores-Fiscais do Trabalho, em todo o território nacional:

[...]

II - ministrar orientações e dar informações e conselhos técnicos aos trabalhadores e às pessoas sujeitas à inspeção do trabalho, atendidos os critérios administrativos de oportunidade e conveniência;

[...]

IV - expedir notificação para apresentação de documentos;

[...]

VIII - inspecionar os locais de trabalho, o funcionamento de máquinas e a utilização de equipamentos e instalações;

IX - averiguar e analisar situações com risco potencial de gerar doenças ocupacionais e acidentes do trabalho, determinando as medidas preventivas necessárias;

X - notificar as pessoas sujeitas à inspeção do trabalho para o cumprimento de obrigações ou a correção de irregularidades e adoção de medidas que eliminem os riscos para a saúde e segurança dos trabalhadores, nas instalações ou métodos de trabalho;

XI - quando constatado grave e iminente risco para a saúde ou segurança dos trabalhadores, expedir a notificação a que se refere o inciso X deste artigo, determinando a adoção de medidas de imediata aplicação;

[...]

XIII - propor a interdição de estabelecimento, setor de serviço, máquina ou equipamento, ou o embargo de obra, total ou parcial, quando constatar situação de grave e iminente risco à saúde ou à integridade física do trabalhador, por meio de emissão de laudo técnico que indique a situação de risco verificada e especifique as medidas corretivas que deverão ser adotadas pelas pessoas sujeitas à inspeção do trabalho, comunicando o fato de imediato à autoridade competente;

[...]

XVIII - lavrar autos de infração por inobservância de disposições legais;

[...]

XXII - levar ao conhecimento da autoridade competente, por escrito, as deficiências ou abusos que não estejam especificamente compreendidos nas disposições legais;

Conforme descrito no artigo 18 citado acima, no desenrolar da ação fiscal, o Auditor Fiscal pode-se valer dos vários instrumentos ali previstos para compelir os entes sujeitos à inspeção do trabalho a cumprir os dispositivos legais de proteção ao trabalho, sejam eles decorrentes da Constituição Federal, da legislação ordinária ou das normas internacionais.

A ação da Auditoria Fiscal tem o efeito benéfico de prevenir litígios, pois o saneamento de irregularidades ainda no curso do contrato de trabalho evita que o trabalhador, ao término da sua relação de emprego, tenha que ingressar na Justiça do Trabalho para pleitear verbas que lhe foram sonegadas, situação muito corriqueira nos casos de terceirização. Evita, ainda, a precarização das condições de saúde e segurança do trabalho, prevenindo o adoecimento e a ocorrência de acidentes de trabalho.

A moderna inspeção do trabalho deve promover e fazer cumprir as condições de trabalho decentes preconizadas pela OIT. Nesse mister, os inspetores do trabalho enfrentam o desafio de promover a observância da lei em locais difíceis de serem alcançados como, por exemplo, os setores da agricultura e da construção, ou nos quais a relação de emprego é peculiar, como o trabalho em domicílio e o trabalho doméstico, ou mesmo difícil de identificar, como ocorre nas novas formas de trabalho e emprego, nas terceirizações e em complexas cadeias globais de fornecimento. (BIGNAMI, 2017, p. 296).

O Ministério Público do Trabalho conta com uma Coordenadoria Nacional de Combate às Fraudes nas Relações de Trabalho cujo objetivo é combater e inibir as fraudes que colimam afastar a relação de emprego e desvirtuar a aplicação dos direitos trabalhistas.

O inquérito civil público é um procedimento previsto na Lei nº 7.347 de 24 de julho de 1985, que disciplina a ação civil pública:

Art. 8º Para instruir a inicial, o interessado poderá requerer às autoridades competentes as certidões e informações que julgar necessárias, a serem fornecidas no prazo de 15 (quinze) dias.

§ 1º O Ministério Público poderá instaurar, sob sua presidência, inquérito civil, ou requisitar, de qualquer organismo público ou particular, certidões, informações, exames ou perícias, no prazo que assinalar, o qual não poderá ser inferior a 10 (dez) dias úteis.

Na área trabalhista, o inquérito civil visa a proteção dos direitos e interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos ligados aos direitos sociais indisponíveis referentes às relações de trabalho, dentre os quais a terceirização fraudulenta. (MELO, 2004, p. 60).

Após o término das diligências, o inquérito civil poderá redundar no arquivamento, na celebração de termo de ajuste de conduta para que o inquirido cumpra as exigências legais ou na propositura de ação civil pública. O termo de ajustamento de conduta tem eficácia de título executivo extrajudicial, conforme previsto no § 6º do artigo 5º da Lei nº 7.347 de 24 de julho de 1985.

A finalidade do termo de ajustamento de conduta é, pois, buscar o cumprimento da Lei, de forma espontânea, simples, barata e rápida, sem custo para o Estado, além de contribuir para o desfogo do moroso Judiciário. (MELO, 2004, p. 74).

Comumente o Ministério Público do Trabalho, ao instaurar um inquérito civil público, requisita aos órgãos do Ministério do Trabalho a realização de procedimentos fiscalizatórios, cujos relatórios e Autos de Infração lavrados acabam por subsidiar a propositura de ação civil pública ou a assinatura de termo de ajuste de conduta.

A atuação do Ministério Público do Trabalho, por meio de Inquéritos Cíveis e de Ações Cíveis Públicas tem sido decisiva na procura de adequação do instrumento da terceirização às hipóteses legais. Com isso, evita-se o desrespeito aos direitos fundamentais dos trabalhadores e, no caso do serviço público, de prejuízos ao erário, que responde subsidiariamente pelos direitos trabalhistas reconhecidos aos trabalhadores, conforme reconhece a jurisprudência do TST (Enunciado n. 331, item IV). (Op. cit., p. 266).

Também a Auditoria Fiscal do Trabalho conta com um instrumento para promover o cumprimento das normas de proteção do trabalho, dentro do próprio procedimento fiscal, sem a necessidade de atuação do Ministério Público do Trabalho ou da propositura de ação judicial. Trata-se do procedimento previsto no artigo 627-A da CLT:

Art. 627-A. Poderá ser instaurado procedimento especial para a ação fiscal, objetivando a orientação sobre o cumprimento das leis de proteção ao trabalho, bem como a prevenção e o saneamento de infrações à legislação mediante Termo de Compromisso, na forma a ser disciplinada no Regulamento da Inspeção do Trabalho.

Tal procedimento foi disciplinado no artigo 28 do Decreto nº 4.552 de 27 de dezembro de 2002:

Art. 28. O procedimento especial para a ação fiscal poderá ser instaurado pelo Auditor-Fiscal do Trabalho quando concluir pela ocorrência de motivo grave ou relevante que impossibilite ou dificulte o cumprimento da legislação

trabalhista por pessoas ou setor econômico sujeito à inspeção do trabalho, com a anuência da chefia imediata.

[...]

§ 3º O procedimento especial para a ação fiscal destinado à prevenção ou saneamento de infrações à legislação poderá resultar na lavratura de termo de compromisso que estipule as obrigações assumidas pelo compromissado e os prazos para seu cumprimento.

§ 4º Durante o prazo fixado no termo, o compromissado poderá ser fiscalizado para verificação de seu cumprimento, sem prejuízo da ação fiscal em atributos não contemplados no referido termo.

§ 5º Quando o procedimento especial para a ação fiscal for frustrado pelo não-atendimento da convocação, pela recusa de firmar termo de compromisso ou pelo descumprimento de qualquer cláusula compromissada, serão lavrados, de imediato, os respectivos autos de infração, e poderá ser encaminhando relatório circunstanciado ao Ministério Público do Trabalho.

§ 6º Não se aplica o procedimento especial de saneamento às situações de grave e iminente risco à saúde ou à integridade física do trabalhador.

O referido procedimento, se for bem manejado, confere um grau de efetividade à ação fiscal na proteção aos direitos dos trabalhadores, que pode, inclusive, ultrapassar os resultados que seriam obtidos através de um Termo de Ajuste de Conduta ou de uma sentença judicial num processo individual.

Tomam-se como exemplos apenas os casos de terceirização irregular ou fraudulenta. Num mesmo procedimento fiscal, pelo seu livre acesso aos locais de trabalho e aos documentos do empregador, o Auditor Fiscal pode coletar todos os elementos de prova que a caracterizam, lavrando os Autos de Infração pertinentes. Em seguida pode convocar o empregador para celebrar termo de compromisso, orientando e estipulando as obrigações a serem assumidas pelo empregador para o estreito cumprimento da legislação. Pode, ainda, fiscalizar o efetivo cumprimento do termo de compromisso. Caso o empregador se recuse a firmar o referido termo ou mesmo venha a descumprí-lo, será elaborado relatório ao Ministério Público do Trabalho que já terá todos os elementos para a propositura da ação civil pública.

Ainda é possível uma atuação conjunta e articulada do Ministério Público do Trabalho e da Auditoria Fiscal do Trabalho, o que se mostra particularmente eficaz no combate às terceirizações fraudulentas e à precarização das condições de trabalho nas cadeias produtivas, quando ao final se reúnem os elementos necessários ao resgate dos trabalhadores e à propositura da ação civil pública. São emblemáticos nesse sentido, os casos de constatação de trabalho análogo ao de escravo em cadeias produtivas de confecção ligadas a grandes marcas varejistas no Brasil, citando-se como exemplos fiscalizações realizadas nos últimos anos em oficinas de costura na cidade de São Paulo, as quais produziam peças de vestuário para lojas como Renner,

Marisa, Pernambucanas, dentre outras, sendo constatado que a terceirização foi utilizada como meio para burlar os direitos trabalhistas.¹²

4.3 A SUBORDINAÇÃO ESTRUTURAL APLICADA ÀS RELAÇÕES DE TRABALHO COMO FORMA DE RESPONSABILIZAÇÃO

Delgado (2007, p. 36) propõe uma renovação do conceito de subordinação para melhor adaptá-lo à dinâmica do mercado de trabalho contemporâneo, permitindo-se, assim, alargar o campo de incidência juslaborativa, bem como conferir resposta eficaz aos seus mais recentes instrumentos desestabilizadores. Segundo o referido autor:

Estrutural é, pois, a subordinação que se manifesta pela inserção do trabalhador na *dinâmica* do tomador de seus serviços, independentemente de receber (ou não) suas ordens diretas, *mas acolhendo, estruturalmente, sua dinâmica de organização e funcionamento.*

A ideia de *subordinação estrutural* supera as dificuldades de enquadramento de situações fáticas que o conceito clássico de subordinação tem demonstrado, dificuldades que se exacerbaram em face, especialmente, do fenômeno contemporâneo da terceirização trabalhista. Nessa medida, ela viabiliza não apenas alargar o campo de incidência do Direito do Trabalho, como também conferir resposta normativa eficaz a alguns de seus mais recentes instrumentos desestabilizadores – em especial, a terceirização. (DELGADO, 2007, p. 37, grifos do autor).

Ressignificando o conceito de subordinação jurídica, Mendes e Chaves Junior afirmam que ela:

[...] pode se formar na retina dos múltiplos agentes econômicos coordenados pela unidade central, de modo silencioso e aparentemente incolor e até indolor. A subordinação jurídica pode ser então “reticular”, também nesse sentido e através de instrumentos jurídicos de associação empresária, onde nenhuma atividade econômica especializada é desenvolvida pelo suposto empregador, que se envolve na produção de um determinado resultado pactuado com a unidade central. Suposto, não porque em verdade não o seja, mas por não ser o único empregador. (2007, p. 215).

Continuam os mesmos autores esclarecendo que a rede econômica montada pelas empresas, quer no modelo hierarquizado, quer assumindo as múltiplas formas jurídicas de cooperação empresarial, é uma realidade. Partindo dessa premissa, faz-se necessário enredar o

¹² Para um relato detalhado das fiscalizações promovidas pela Auditoria Fiscal do Trabalho e Ministério Público do Trabalho nas empresas mencionadas acima e outras, consultar reportagens produzidas pela ONG Repórter Brasil, disponíveis em: <<https://reporterbrasil.org.br/2012/07/especial-flagrantes-de-trabalho-escravo-na-industria-textil-no-brasil/>>. Acesso em: 07 nov. 2018.

conceito de subordinação jurídica, emprestando-lhe um caráter estrutural e reticular. Assim, é necessário imputar a condição de empregador a todos os integrantes da rede econômica, atraindo a incidência do princípio da proteção e seus aspectos consequentes: a aplicação da regra ou da condição mais benéfica. Isso torna secundária a investigação de quem seja o empregador para declarar a nulidade absoluta da pactuação contratual originária, pois o mais relevante é assegurar a efetividade do direito material do trabalho e não a imputação da fraude, afinal inexistente se todos são empregadores. (MENDES; CHAVES JUNIOR, 2007, p. 215-216).

Os conceitos de subordinação estrutural e reticular eram utilizados nos casos de terceirização da atividade-fim para atribuir o vínculo empregatício diretamente ao tomador de serviços e, assim, atribuir-lhe responsabilidade direta pelas obrigações trabalhistas inadimplidas pela empresa prestadora de serviços.

Cadeia de abastecimento é uma estrutura organizacional complexa, diversificada, fissurada e dinâmica, necessária para produzir bens ou serviços e para sua respectiva distribuição aos consumidores. A empresa-mãe, do topo, controla a cadeia, definindo os parâmetros a serem cumpridos pelas outras empresas, criando, impondo e mantendo os padrões (*standards*) da atividade empresarial. (PRAGMÁCIO FILHO, 2018, p. 133).

Defendendo a existência de responsabilidade solidária da empresa-mãe pelas obrigações trabalhistas, assim se pronuncia o mesmo autor:

No caso das cadeias de abastecimento, a solidariedade da empresa-mãe é oriunda do fato de ela ser o verdadeiro empresário (perfil subjetivo de Asquini), quem organiza os meios de produção, dando acesso aos ativos não humanos (marca, desenhos, modelos, insumos), impõe os *standards* e assume os riscos (econômicos e jurídicos) da atividade. Em outras palavras, é a mesma empresa, em sentido econômico, portanto, o mesmo empregador, na definição celetista.

[...]

O que o direito do trabalho brasileiro pode construir, daqui para frente, considerando todo o arcabouço teórico da economia e certa noção de função social, é uma interpretação que atribua responsabilidade, nas cadeias de abastecimento, à empresa mãe, para quem tem de fato poder, assume (e espalha) riscos e exerce uma ou algumas das funções de empregador. (Op. cit., p. 139-140).

Reconhecendo a existência de um debate acerca da medida mais eficaz para combater as práticas que afrontam à dignidade dos trabalhadores nas cadeias de produção, Lima (2016, p. 64) aponta aqueles que defendem o reconhecimento do vínculo diretamente com os tomadores de serviço e outros que defendem a responsabilização de toda a cadeia produtiva.

Argumenta que todos têm o mesmo objetivo, qual seja, a intensificação da eficácia das medidas protetivas dos direitos dos trabalhadores. E conclui:

Desse modo, e sem deixar de reconhecer um instante sequer a imprescindibilidade de serem adotadas todas as providências necessárias para o combate à fraude e ao simulacro, defende-se neste trabalho é que, independentemente dessa situação, e ainda que se esteja diante de terceirização efetivada por meio de subcontratações lícitas, ainda assim há elementos no ordenamento jurídico que permitem — e, ao nosso ver, recomendam enfaticamente, como maneira de otimizar a eficácia das medidas voltadas para o resguardo da dignidade humana na seara laboral — a responsabilização de toda a cadeia produtiva.

[...]

Não há como se entender como razoável que uma empresa, conquanto opte por se organizar mediante pulverização de toda sua linha de produção, valha-se de uma deliberada cegueira em relação às condições de trabalho e ao desrespeito à dignidade daqueles que, ao longo de toda a cadeia produtiva, desempenham o trabalho imprescindível para se chegar ao produto final, por ela comercializado lá na ponta, como maior e mais lucrativa beneficiária desse mesmo labor e dessa mesma cadeia. (LIMA, 2016, p. 64-65).

Dentre outras figuras contratuais, o contrato de prestação de serviços a terceiros é utilizado pelas cadeias produtivas e de abastecimento, embora esse tipo de estrutura empresarial não se sirva apenas da terceirização. Essa forma de estruturação, onde a empresa-mãe organiza toda a atividade, ditando as regras para as demais empresas componentes da cadeia, as quais ficam a ela subordinadas, guarda semelhança com os conceitos de subordinação estrutural e reticular vistos acima. É a empresa terceirizada se inserindo na dinâmica de organização e funcionamento da empresa tomadora dos serviços.

O Decreto nº 9.571 de 21 de novembro de 2018 estabeleceu as diretrizes nacionais sobre empresas e direitos humanos. Muito embora o referido decreto disponha em seu artigo 1º, § 2º, que as diretrizes serão implementadas voluntariamente pelas empresas, destacam-se diversos de seus dispositivos que devem nortear a conduta das mesmas no tocante à terceirização.

O capítulo III do mencionado decreto estabelece a responsabilidade das empresas com o respeito aos direitos humanos, cabendo a elas: monitorar o respeito aos direitos humanos na sua cadeia produtiva (artigo 5º, I); não violar os direitos da sua força de trabalho e criar políticas e incentivos para que seus parceiros comerciais respeitem os direitos humanos (artigo 6º, *caput* e inciso VIII); garantir condições decentes de trabalho, com remuneração adequada, em condições de liberdade, equidade e segurança, com iniciativas para avaliar e monitorar os contratos firmados com seus fornecedores de bens e serviços, parceiros e clientes que

tenham cláusulas de direitos humanos que impeçam o trabalho infantil ou o trabalho análogo à escravidão (artigo 7º, *caput* e inciso VI); adotar medidas de prevenção e precaução a violações aos direitos humanos em toda a cadeia de produção (artigo 7º, § 2º) e adotar procedimentos para avaliar o respeito aos direitos humanos na cadeia produtiva (artigo 9º, inciso III).

Considerando que agora o foco das discussões acerca da licitude da terceirização deixou de ser os conceitos de atividade-fim e atividade-meio, as construções doutrinárias e jurisprudenciais acerca da subordinação estrutural, bem como as diretrizes apontadas no decreto citado acima, podem ser aproveitadas para amadurecimento das reflexões acerca do tipo de responsabilidade a ser atribuído à empresa tomadora dos serviços, tema esse que será desenvolvido no tópico seguinte.

4.4 PROPOSTAS DE APERFEIÇOAMENTO NORMATIVO PARA O CUMPRIMENTO DOS PRINCÍPIOS DA ORDEM ECONÔMICA

Diante da realidade e da irreversibilidade do processo de terceirização das atividades empresariais, reconhece-se que a sua regulamentação foi muito bem-vinda, no sentido de estabelecer um marco regulatório, trazendo, assim, maior segurança jurídica aos empresários que a adotem como estratégia empresarial, especialmente pela pacificação da celeuma existente sobre a licitude da terceirização nas atividades-fim.

No entanto, a regulamentação legal deveria ter oferecido, também, segurança jurídica aos trabalhadores terceirizados, no sentido de não permitir desigualdades e retrocessos, o que, obviamente, não se resume a dizer que os terceirizados estão amparados pelos direitos previstos na CLT e que têm como garantia do seu cumprimento a responsabilidade subsidiária das empresas tomadoras dos serviços.

Se o interesse econômico inspirador da prática disseminada e incondicionada da terceirização se impuser (hipótese que o intérprete do direito não pode desconsiderar no plano lógico da argumentação), decerto a igualdade de salários e a interconexão entre atividade econômica (do tomador de serviços) e categoria profissional (dos trabalhadores terceirizados) deverão vir a braços com a autorização para que se terceirize a atividade-fim. (CARVALHO; CORRÊA, 2014, p. 54).

O momento em que uma empresa decide terceirizar parcela das suas atividades é crucial para os trabalhadores, pois geralmente a consequência imediata é a demissão em massa de empregados diretos, os quais poderão ser recontratados pelas terceirizadas ou mesmo ser

substituídos por outros empregados. Isso é observado amiúde após as aquisições de empresas nacionais por empresas estrangeiras e também no caso das privatizações de empresas estatais. Nesses processos negociais não é dado voz aos trabalhadores, que simplesmente devem se submeter às diretrizes da nova administração da empresa, a despeito de serem fortemente afetados por essas decisões.

Muito embora as regras previstas nos artigos 5º-C e 5º-D da Lei nº 13.429 de 31 de março de 2017, tenham por escopo evitar que ocorra a demissão de empregados diretos e sua recontração como terceirizados, impondo um interstício de dezoito meses para que isso seja possível, tais regras não protegem adequadamente os empregados. Há a possibilidade da substituição imediata dos empregados demitidos por outros empregados distintos, contratados por empresas terceirizadas. Tal possibilidade se torna mais factível num momento em que o índice de desemprego é alto e há muita mão de obra disponível no mercado de trabalho e, certamente, será levada em conta pelo empresário no momento de tomar a sua decisão.

No aspecto da negociação coletiva, sugere-se a inserção de um dispositivo legal que legitime a participação dos sindicatos no processo decisório acerca da terceirização, para negociar as condições de manutenção dos empregos e evitar o rebaixamento de salários e outras vantagens já conquistadas. Tal proteção se faz ainda mais indispensável, diante do artigo 477-A, inserido na CLT pela lei da reforma trabalhista, que iguala as dispensas imotivadas, sejam elas individuais ou coletivas, dispensando expressamente a negociação coletiva para sua efetivação.

Uma vez efetivada a terceirização, também é necessário criar regras que permitam uma negociação coletiva única, que envolva todas as empresas vinculadas à cadeia produtiva, como forma de garantir que se estabeleçam da maneira mais uniforme possível, condições de trabalho, salários e outros benefícios, visando à melhoria das condições sociais dos trabalhadores e não o seu retrocesso. Não se sugere aqui que não se possam estabelecer, em nenhuma hipótese, regras diferenciadas para os trabalhadores. Na complexidade e dinamismo das relações empresariais e de trabalho podem surgir circunstâncias que justifiquem o tratamento diferenciado.

Entretanto, a criação dessas regras diferenciadas não deve ficar exclusivamente nas mãos das empresas contratantes e contratadas, conforme se deduz da regra prevista no § 1º do artigo 4º-C da Lei nº 13.429 de 31 de março de 2017. O referido artigo garantiu a igualdade de apenas algumas condições de trabalho e somente se os serviços forem executados nas dependências da empresa tomadora, não garantindo a igualdade salarial, que é o ponto essencial do contrato de trabalho. Teria andado melhor o legislador se estabelecesse como regra geral a

igualdade de todas as condições de trabalho, inclusive salários, admitindo-se como exceção o estabelecimento de condições desiguais, sempre através de negociação coletiva.

Uma negociação coletiva, para ser eficaz, especialmente no caso da terceirização, tem como um dos pressupostos o exercício pleno da liberdade sindical o que, como já visto, encontra óbice nos critérios atualmente vigentes para definição de categoria econômica e profissional. No entanto, a lei da terceirização, por ser uma lei especial, deveria conter um dispositivo que adaptasse tais conceitos para a realidade do fenômeno que ela se propôs a regular. Considerando que a fragmentação coletiva é consequência natural e inevitável do processo de terceirização, o legislador não poderia simplesmente ter se omitido em criar regras que corrigissem essa distorção.

O empresário que optar, estrategicamente, por delegar atividade inerente ao seu ciclo produtivo, não pode ser impedido de fazê-lo, em razão da autonomia da vontade e do livre empreender, assegurados pela Constituição Federal. Porém, deve atender aos princípios da isonomia e da responsabilidade solidária. Afinal, não existe liberdade sem responsabilidade. Quanto mais livre, maior deve ser o grau da sua responsabilidade. (BORBA, 2017, p. 48).

Sem ter a pretensão de se imiscuir em todas as questões inerentes à terceirização, inclusive, pela limitação imposta a este tipo de pesquisa, entendemos que um ponto crucial para que seja possível autorizar a terceirização é a responsabilidade pelo seu uso. A cada um é dado o direito de gerenciar seu negócio, mas, também, a este bônus atrela-se o ônus de arcar com os custos (ideia do risco proveito e princípio da justiça), especialmente quando proporcionado o lucro decorrente da força de trabalho humano. (MARTINS, 2017, p. 185).

Segundo Caixeta:

Como não é difícil de se ver e concluir, agora, na forma da nova regulamentação do Código Civil brasileiro, a responsabilidade por ato de terceiro é objetiva (CCB, art. 933) e solidária (CCB, art. 942), porque o fato gerador da responsabilidade é o risco inerente à atividade (CLT, art. 2º), o que pode e deve, sem qualquer problema, ser aplicado ao tomador de serviços, incluindo todos aqueles que participam da cadeia produtiva e que auferem benefícios da atividade desenvolvida.

[...]

Subjacente ao próprio contrato triangular de terceirização, há outras razões que recomendam a responsabilidade solidária: — necessidade de satisfação imediata do crédito alimentar; — possibilidade de ajustar garantias no contrato de terceirização; — possibilidade de controle, pelo tomador, das obrigações trabalhistas e previdenciárias, evitando o inadimplemento; — possibilidade de retenção de repasses das faturas devidas para ressarcimento de pagamentos feitos; — condição mais favorável do tomador para fazer a cobrança regressiva. (2013, p. 133).

No caso das cadeias produtivas, o argumento em defesa da responsabilização solidária encontra-se reforçado pela inserção da empresa prestadora de serviços na dinâmica empresarial da empresa-mãe, a qual auferir diretamente os resultados do trabalho. Nada mais justo que, em contrapartida, assumir a responsabilidade do benefício obtido.

Quanto às terceirizações que ocorrem num contexto diverso das cadeias produtivas, também se justifica a responsabilidade solidária da empresa tomadora de serviços, pois assim a mesma seria estimulada a escolher com mais cuidado a empresa prestadora, atentando-se para a sua real capacidade econômico-financeira e, no curso, do contrato, fiscalizar o efetivo cumprimento das obrigações trabalhistas.

É imperioso alterar a legislação para impor a responsabilidade solidária e o dever de fiscalização por parte da empresa contratante, em todos os casos de terceirização, como forma de evitar o seu desvirtuamento. Além disso, a imposição desses deveres legais seria muito eficaz na prevenção de litígios trabalhistas.

A fragilidade no sistema de garantias, proporcionada pela responsabilidade meramente subsidiária, é um estímulo para o surgimento no mercado de empresas prestadoras de serviços inidôneas que não se preocupam em sofrer eventuais ações trabalhistas, pois contam que, ao final, o processo resultará inócuo diante da ausência de patrimônio que garanta a sua execução. Por outro lado, as empresas contratantes contam que, num eventual processo trabalhista, primeiramente a execução deverá se voltar contra a empresa terceirizada para só depois atingi-las.

Estabelecendo-se como regra a responsabilidade solidária, a empresa prestadora de serviços inidônea naturalmente perderia espaço no mercado, pois as empresas contratantes não iriam querer correr o risco de arcar com as obrigações trabalhistas inadimplidas. Isso afeta a decisão estratégica da empresa em optar pela terceirização ou não, contribuindo para que o faça quando realmente a terceirização resultar num aperfeiçoamento do seu processo produtivo e não apenas como forma de redução de custos através da sonegação de direitos trabalhistas.

O empregado, na sua condição de hipossuficiência, teria uma dupla garantia da satisfação dos seus direitos. À empresa tomadora dos serviços poderia ser estabelecido o direito de regresso contra a empresa prestadora, bem como outras garantias contratuais que lhe compensem pelos custos de arcar diretamente com os direitos trabalhistas do empregado terceirizado.

Analisando a edição da Lei nº 13.429 de 31 de março de 2017, assim se manifesta Borba:

Entretanto, o certo é que a autorização legal como ocorre, liberando indistinta e indiscriminadamente a terceirização, não atende, primeiro, porque não contempla proteção ao trabalhador, com a positivação, no mínimo, de regras de isonomia e de sistema de responsabilidade solidária para toda intermediação de mão de obra por interposta pessoa; depois, porque como se trata de fenômeno econômico e multidisciplinar – e não fenômeno jurídico, deixa à margem questão central do debate voltada à natureza da atividade. (BORBA, 2017, p. 47).

E prossegue:

Certamente, retrocesso não pode ser tolerado, mesmo porque o desenvolvimento econômico não pode se sustentar à custa da força de trabalho em estado precário. Aliás, o sistema jurídico, constitucional e infraconstitucional, dispõe de regras para impedir a ilicitude, até que o poder político seja capaz de normatizar, por completo, a matéria.

Assim, conclui-se com o Ministro Luiz Philippe Vieira de Mello, no sentido de que o problema é a extensão e o modo como é feita a terceirização, de forma que, para a normatização em curso não empurrar, cada vez mais, as relações de trabalho para a precarização, para não ser porta de entrada da degradação dos direitos trabalhistas e para que não fomente mais litigiosidade contida, indispensável a introdução na lei que venha regular a terceirização e suas consequências nas relações de trabalho⁶⁷ [sic] do princípio da isonomia de tratamento entre empregados da empresa contratante e empregados da empresa contratada ou subcontratada e da responsabilidade solidária. (Op. cit., p. 50).

Com relação aos salários, a regra deveria ser a igualdade salarial entre os empregados próprios e os terceirizados, observada a remuneração da categoria da empresa tomadora dos serviços, nos mesmos moldes do que já era preconizado para os trabalhadores temporários, conforme artigo 12, alínea “a”, da Lei nº 6.019 de 3 de janeiro de 1974, dispositivo que permaneceu incólume perante a lei da terceirização e a reforma trabalhista.

Ora, se o critério da igualdade prevalece para a terceirização de caráter provisório (trabalho temporário), seria lógico concluir que o mesmo critério deveria ser aplicado às terceirizações de mais longo curso, as chamadas terceirizações permanentes. (DELGADO, 2009, p. 440). Tal argumento ganha ainda mais força, no contexto de uma regulamentação que permitiu a terceirização das atividades-fim, quando empregados próprios e terceirizados vão prestar o mesmo labor ao mesmo empregador, não havendo argumento razoável para se permitir a desigualdade.

A lei deveria prever a fixação do padrão salarial mínimo equivalente ao salário da categoria da empresa tomadora dos serviços. Considerando as especificidades das diversas atividades econômicas e os diferentes graus de especialização das empresas envolvidas no

processo de terceirização, poderia ser aberta uma porta de flexibilização a essa regra, mediante negociação coletiva.

Por aplicação do princípio da isonomia e do específico preceito de que ao trabalho igual deve equivaler idêntica remuneração, enunciados em normas internacionais inseridas no ordenamento pátrio, na Constituição e em leis ordinárias, é imperativo o reconhecimento da igualdade de direitos entre os trabalhadores terceirizados e os da tomadora de serviços, incluindo os decorrentes de instrumentos normativos. (CAIXETA, 2013, p. 139).

Constata-se que é necessária uma completa reformulação do artigo 4º-C da Lei nº 6.019 de 3 de janeiro de 1974, para estabelecer a igualdade de condições de trabalho entre trabalhadores diretos e terceirizados, qualquer que seja o local da prestação de serviços, permitindo-se, por exceção, a flexibilização de direitos exclusivamente de caráter patrimonial, desde que mediante negociação coletiva.

Tolerar-se a desigualdade de condições permitidas pelo referido artigo, especialmente as relativas à segurança e saúde do trabalhador atentam contra a valorização do trabalho humano, a função social da propriedade, a defesa do meio ambiente de trabalho seguro e saudável e a redução das desigualdades sociais.

CONCLUSÃO

A terceirização, inicialmente permitida apenas em situações excepcionais, passou a ter cada vez mais espaço no ordenamento jurídico brasileiro nas últimas décadas, culminando com a permissão da sua utilização ampla e irrestrita, com o advento das Leis nº 13.429 de 31 de março de 2017 e 13.467 de 13 de julho de 2017, que introduziram novos dispositivos na Lei nº 6.019 de 3 de janeiro de 1974.

A ampliação do permissivo para utilização da terceirização também ocorreu no âmbito dos serviços públicos, através de edição de uma série de leis ordinárias e regulamentos, a despeito da existência da regra constitucional da obrigatoriedade do concurso público para a contratação de pessoal.

A prática da terceirização surgiu no contexto do novo padrão de organização capitalista, reflexo da globalização e da ideologia neoliberal, fazendo surgir uma demanda por maior flexibilidade. Essa demanda refletiu-se sobre as relações de trabalho, pressionando por alterações na legislação para permitir-se novas formas de contratação da força de trabalho, dentre as quais a terceirização.

É o que se observa no ordenamento jurídico trabalhista brasileiro, o qual vem sofrendo alterações significativas, todas elas no sentido da flexibilização. A lei da terceirização representou uma profunda flexibilização na forma de contratação do trabalho, uma vez que a relação de emprego triangular, de caráter efêmero e precário, deixa de ser modalidade de exceção e passa a dividir espaço com a relação de emprego clássica, bilateral e de caráter permanente.

O termo terceirização é utilizado por diversas áreas do conhecimento, com significados próprios. Na esfera trabalhista, a terceirização constitui-se numa forma de obter a prestação de serviços ou o seu resultado, através de um ente intermediário, sem a formalização do vínculo de emprego diretamente com o seu beneficiário, tendo como consequência a transferência dos riscos e responsabilidades legais para a empresa terceirizada.

No contexto da reestruturação produtiva, caracterizada pela desverticalização da empresa e pela concentração no núcleo essencial do seu negócio, a terceirização surgiu como uma das novas formas de organização e gestão da força de trabalho. Para a empresa, a terceirização é um fator de competitividade, na medida em que representa uma redução de custos, mas não necessariamente é uma determinante do aperfeiçoamento do seu processo produtivo. Por outro lado, a terceirização não gerou aperfeiçoamento das relações de trabalho, uma vez

que provocou a fragmentação da classe trabalhadora, acentuando a sua fragilidade num cenário de crises econômicas e elevado índice de desemprego.

A Lei nº 13.429 de 31 de março de 2017 definiu expressamente a prestação de serviços a terceiros, fazendo nascer uma modalidade contratual específica, a par de outras de natureza civil e comercial, que também se prestavam à terceirização de atividades empresariais. Dentre esses outros contratos, mereceu destaque o contrato de franquia empresarial ou *franchising* o qual, de acordo com jurisprudência, não se confunde com a terceirização e nem com o grupo econômico.

Constatou-se que a terceirização no Brasil está associada à precarização das condições de trabalho, conforme apontaram estudos realizados no país nos últimos anos, que demonstraram que a mesma provoca a desigualdade no tocante a salários e demais condições de trabalho, uma menor proteção aos riscos existentes no meio ambiente de trabalho, a fragmentação da classe trabalhadora e consequente perda do seu poder organizativo e a mercantilização da força de trabalho. Os mesmos estudos indicaram, ainda, que a terceirização é um meio de eximir-se da responsabilidade pelos trabalhadores, podendo estar associada, também, ao trabalho análogo ao de escravo.

As regras estabelecidas na lei de terceirização acerca das responsabilidades da empresa contratante quanto às condições de segurança e saúde no ambiente de trabalho, permitem que a mesma se exima de responsabilidades caso o trabalho não seja prestado nas suas dependências ou em local previamente convencionado. Isso incentiva a terceirização das atividades que expõem os trabalhadores a maiores riscos, com o fito de transferir responsabilidades e diminuir os custos com a sua neutralização, contribuindo para a precarização.

Quanto às obrigações trabalhistas, consolidou-se a regra da responsabilidade meramente subsidiária da empresa contratante pelo seu inadimplemento, a qual torna mais dificultosa e menos célere a satisfação dos créditos do empregado terceirizado em eventual processo trabalhista.

Embora a lei da terceirização não traga regra explícita sobre as consequências jurídicas da não observância dos parâmetros nela fixados, concluiu-se que, se houver subordinação direta dos trabalhadores terceirizados à empresa contratante, com a finalidade ocultar a sua real condição de empregadora, esta será a responsável direta pelo vínculo empregatício. Além disso, constatou-se que a lei estabeleceu elementos contratuais, requisitos e proibições com o fito de evitar fraudes e precarização, os quais se forem descumpridos, devem ter como consequência jurídica a responsabilidade solidária da contratante pelas obrigações trabalhistas.

A responsabilização dos órgãos da Administração Pública nas terceirizações tem tratamento jurídico diferenciado. A questão foi apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, entendendo que a Administração Pública só poderá ser responsabilizada se houver prova inequívoca da sua conduta culposa. A questão do ônus da prova é essencial, pois caso seja atribuído ao empregado terceirizado, poderá redundar, na prática, na irresponsabilização do ente público, impondo-se assim, a inversão do ônus da prova em favor do empregado.

Embora o governo brasileiro tenha assumido perante a OIT o compromisso de promover o trabalho decente, a lei da terceirização, ao permitir a estipulação de condições de trabalho e de salário desiguais, foi na contramão das normas internacionais sobre não discriminação. Também não valorizou o diálogo social, pois privilegiou a livre iniciativa do empresário, sem dar voz aos trabalhadores, os quais acabam simplesmente se submetendo ao processo de terceirização para manter o emprego. Também não cuidou de regular outras formas de terceirização, para além dos contratos de prestação de serviços, deixando, assim, à margem de regulação diversas situações que contribuem para a criação de empregos precários e situações de trabalho desprotegidas.

A Lei nº 13.429 de 31 de março de 2017 rompeu com o entendimento firmado na Súmula nº 331 do Tribunal Superior do Trabalho, permitindo à empresa contratante a transferência de quaisquer de suas atividades, inclusive a principal, contemplando, ainda, a subcontratação dos serviços, a chamada “quarteirização”. O Supremo Tribunal Federal, ao pronunciar-se em ações que atacavam a referida súmula, considerou-a inconstitucional, desprezando toda uma construção jurisprudencial feita pela Justiça do Trabalho, sedimentada numa interpretação sistemática das leis vigentes até então.

A lei da terceirização atendeu ao princípio da livre iniciativa, dando liberdade plena ao empresário na organização das suas atividades produtivas, podendo agora transferi-las através de um contrato de prestação de serviços. Porém, sopesando-se a livre iniciativa e a valorização do trabalho humano, conclui-se que esta última não foi satisfatoriamente contemplada na referida lei, pois, ao invés de promover um equilíbrio nas relações entre tomadores de serviços, empregadores e trabalhadores terceirizados, deixou-os mais vulneráveis, na medida em que ampliou a liberdade da empresa em terceirizar, mas não ampliou os mecanismos de proteção aos trabalhadores de forma a conter a precarização.

Dadas as repercussões dos contratos de terceirização entre empresas sobre os contratos de trabalho e, considerando que todo contrato deve cumprir a sua função social, justifica-se uma limitação na liberdade de contratar serviços terceirizados para coibir abusos que resultem em

prejuízos aos direitos dos trabalhadores terceirizados. Somente se justifica a liberdade de contratação se ela for para a valorização do trabalho humano, nunca para a desvalorização.

A persecução ao lucro num regime de livre concorrência só merece proteção jurídica quando o interesse individual do empresário se harmonizar com os interesses metaindividuais partilhados pela sociedade. Havendo conflito de interesses, os últimos devem prevalecer. Assim, não se justifica o uso da terceirização como forma de reduzir custos e aumentar lucros, quando dela resultar um retrocesso nos direitos sociais.

O Direito do Trabalho, pela própria natureza das relações que regula, tem uma índole flexível, estando sempre em evolução e os seus princípios, longe de serem um entrave à flexibilização e à modernização, traduzem os valores inafastáveis que devem nortear o legislador e o intérprete na condução do processo de vivificação e atualização da legislação. Não se trata, pois, de contrapor os princípios basilares do Direito do Trabalho e a necessidade de flexibilização, mas sim de perquirir quais são as adaptações legislativas adequadas para fazer face às mudanças ocorridas no mundo do trabalho, que contribuam para perpetuar no ordenamento jurídico os valores referidos e jamais permitir que sejam enfraquecidos ou extintos.

O princípio da vedação ao retrocesso social ocupa lugar destacado no conjunto dos princípios de direito individual e coletivo do trabalho. A aplicação desse princípio vem sendo confrontada pelas constantes investidas de flexibilização na legislação do trabalho, visando à retirada de direitos reconhecidos ou à sua modificação com efeitos que equivalem à sua extinção. O avanço da flexibilização nesses moldes pode levar à descaracterização do princípio da proteção ao trabalhador, que está na base do Direito do Trabalho, conduzindo essa disciplina à falência.

Tomando como baliza hermenêutica o princípio da proteção, constatou-se que, embora a lei da terceirização não tenha suprimido nenhum direito celetista aos empregados terceirizados, não os protegeu adequadamente, pois criou brechas que permitem a estipulação de condições de trabalho desiguais para eles. Dessa forma, incentivar a terceirização desenfreada, favorecendo a mercantilização do trabalho humano e não a sua valorização. Contribuirá para uma fragmentação cada vez maior da classe da trabalhadora, enfraquecendo sua representação sindical e, por consequência, seu poder de negociação coletiva na conquista de melhores condições de trabalho e na resistência ao retrocesso.

Fazendo-se uma análise sistêmica dos princípios da ordem econômica em confronto com o histórico da normatização terceirização, constatou-se que foram privilegiados os

princípios da livre iniciativa, da propriedade privada, da liberdade de contratar e da livre concorrência em detrimento da valorização do trabalho humano.

Na medida em que a lei da terceirização permite condutas que geram desigualdades e não promovem a ampliação dos direitos sociais fundamentais, mas ao contrário, o seu retrocesso, conclui-se que a mesma não contribuiu para realização dos fundamentos e princípios da ordem econômica, notadamente a valorização do trabalho humano, a existência digna conforme os ditames da justiça social, a função social da propriedade, a defesa do meio ambiente de trabalho seguro e saudável, a redução das desigualdades sociais e a busca do pleno emprego.

Constatou-se que o problema essencial a ser enfrentado na terceirização não é a permissão da sua realização nas atividades-fim das empresas, mas sim os malefícios advindos desse processo aos trabalhadores, uma vez que ele fragiliza o sistema legal protetivo, pensado e estruturado para o modelo bilateral da relação de emprego.

Concluiu-se que a Lei nº 13.429 de 31 de março de 2017 não trouxe soluções jurídicas adequadas aos diversos problemas surgidos com a terceirização, deixando, inclusive, de enfrentar a questão da representatividade sindical dos empregados terceirizados, que padece diante de um sistema rígido ainda vigente, baseado em conceitos desatualizados de categoria profissional e econômica.

A negociação coletiva apresenta-se como um dos meios de resistência contra o retrocesso e a precarização das condições de trabalho. Nesse aspecto, sugere-se a criação de um dispositivo legal que legitime a participação dos sindicatos no processo decisório acerca da terceirização, para negociar as condições de manutenção dos empregos e evitar o rebaixamento de salários e outras vantagens já conquistadas. Uma vez efetivada a terceirização, também é necessário criar regras que permitam uma negociação coletiva única, envolvendo todas as empresas vinculadas à cadeia produtiva, como forma de garantir que se estabeleçam da maneira mais uniforme possível, condições de trabalho, salários e outros benefícios, visando à melhoria das condições sociais dos trabalhadores e não o seu retrocesso.

Numa onda crescente de flexibilização da legislação trabalhista, é imprescindível a atuação firme dos órgãos estatais de proteção – Auditoria Fiscal do Trabalho e Ministério Público do Trabalho – para combater fraudes e coibir abusos. Os referidos órgãos contam com diversos instrumentos de atuação para promover a adequação da terceirização aos preceitos legais, prevenindo litígios e, ainda, podendo atuar de maneira conjunta para uma maior efetividade.

O conceito de subordinação estrutural reforça o argumento em defesa da atribuição de responsabilidade solidária à empresa contratante nas cadeias produtivas. Uma vez que ela auferir diretamente os resultados do trabalho, nada mais justo que, em contrapartida, assuma a responsabilidade do benefício obtido.

Quanto às terceirizações ocorridas num contexto diverso das cadeias produtivas, também se justifica a responsabilidade solidária da empresa tomadora de serviços, como forma de evitar o desvirtuamento do instituto, promovendo uma conduta mais responsável por parte da empresa contratante tanto no momento da escolha da empresa prestadora, quanto no curso da execução do contrato de prestação de serviços.

É imperioso, assim, alterar a legislação para impor a responsabilidade solidária e o dever de fiscalização por parte da empresa contratante, em todos os casos de terceirização. Afinal, quanto maior a liberdade de contratar, maior deve ser a responsabilidade. Ainda mais no caso em que se oferecem riscos a terceiros. O empregado terceirizado, na sua condição de hipossuficiência, teria uma dupla garantia da satisfação dos seus direitos.

Com relação aos salários, sugere-se a alteração da lei no sentido de garantir a igualdade salarial entre os empregados diretos e os terceirizados, prevendo-se a fixação do padrão salarial mínimo equivalente ao salário da categoria da empresa tomadora dos serviços, podendo-se abrir uma porta de flexibilização a essa regra, mediante negociação coletiva.

Concluiu-se que é necessária uma completa reformulação do artigo 4º-C da Lei nº 6.019 de 3 de janeiro de 1974, para estabelecer a igualdade de todas as condições de trabalho entre trabalhadores diretos e terceirizados, qualquer que seja o local da prestação de serviços, permitindo-se, por exceção, a flexibilização de direitos exclusivamente de caráter pecuniário, desde que mediante negociação coletiva.

REFERÊNCIAS

- ABE, Maria Inês Miya. *Franchising, Terceirização e Grupo Econômico: a responsabilidade solidária como instrumento de combate à precarização das relações trabalhistas*. 2011. Tese (Doutorado em Direito do Trabalho) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo. Doi: 10.11606/T.2.2011.tde-14052012-163149. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2138/tde-14052012-163149/pt-br.php>>. Acesso em: 26 mar. 2018.
- ABRAMO, Laís. *Uma década de promoção do trabalho decente no Brasil: uma estratégia de ação baseada no diálogo social*. Genebra: OIT, 2015. Disponível em: <https://www.ilo.org/brasilia/publicacoes/WCMS_467352/lang--pt/index.htm>. Acesso em: 12 set. 2018.
- ALVES, Amauri Cesar. Reforma trabalhista, terceirização e critérios de agregação do trabalhador ao sindicato. *Revista LTr*, São Paulo, v. 81, n. 10, p. 1168-1181, out. 2017.
- ANAMATRA. *Enunciados da 2ª Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho - 2017*. Disponível em: <<http://www.jornadanacional.com.br/listagem-enunciados-aprovados-vis1.asp>>. Acesso em: 31 ago. 2018.
- ANDERSON, Perry. Balanço do neoliberalismo. In: SADER, E.; GENTILI, P. (Org.). *Pós-neoliberalismo: as políticas sociais e o Estado democrático*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2003, p. 9-23.
- ANTUNES, Ricardo; DRUCK, Graça. A terceirização como regra? *Revista do TST*, Brasília, v. 79, n. 4, p. 214-231, out./dez. 2013. Disponível em: <<https://juslaboris.tst.jus.br/handle/20.500.12178/55995>>. Acesso em: 28 ago. 2018.
- ARAGÃO, Alexandre. Princípios gerais da atividade econômica. In: BONAVIDES, P.; MIRANDA, J.; AGRA, W.M. (Coord.). *Comentários à Constituição Federal de 1988*. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p-1971-1992.
- ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2005.
- ARRUDA, Kátia Magalhães. *Direito Constitucional do Trabalho*. Sua eficácia e o impacto do modelo neoliberal. São Paulo: LTr Editora Ltda, 1998.
- BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de Direito do Trabalho*. 9. ed. São Paulo: LTr, 2013.
- BATISTA, Eraldo Leme. *Terceirização no Brasil e suas implicações para os trabalhadores*. Campinas: Pontes Editores, 2013.
- BELMONTE, Pedro Ivo Leão Ribeiro Agra; BELMONTE, Viviana R. Moraya Agra. Aspectos jurídicos da Lei n. 6.019/74 – trabalho temporário e terceirização – após a “lei da terceirização” (Lei n. 13.429/17) e a “reforma trabalhista” (Lei n. 13.467/17). *Revista LTr*, São Paulo, v. 81, n. 11, p. 1312-1321, nov. 2017.

BERCOVICI, Gilberto. Artigos 170 ao 173. In: BONAVIDES, P.; MIRANDA, J.; AGRA, W.M. (Coord.). *Comentários à Constituição Federal de 1988*. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p 1933-1970.

BIGNAMI, Renato. A modernização da inspeção do trabalho no Brasil. *Revista da Escola Nacional da Inspeção do Trabalho*, Brasília, Ano I, v. 1, n. 1, p. 282-310, jan./dez. 2017. Disponível em: <<https://enit.trabalho.gov.br/revista/index.php?journal=RevistaEnit>>. Acesso em: 07 nov. 2018.

BORBA, Joselita Nepomuceno. Externalização produtiva: subcontratação e terceirização. Como não precarizar? Necessária aplicação do princípio da igualdade de tratamento e da responsabilidade solidária em aspectos de direitos inderrogáveis. In: GARCIA, G.F.B.; ALVARENGA, R.Z. (Coord.). *Terceirização de serviços e direitos sociais trabalhistas*. São Paulo: LTr, 2017. p. 41-51.

BRASIL. *Código Civil (1916)*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/leis/L3071.htm>. Acesso em: 12 fev. 2018.

_____. *Código Civil (2002)*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 12 fev. 2018.

_____. *Consolidação das Leis do Trabalho*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm>. Acesso em: 12 fev. 2018.

_____. *Constituição Federal de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm#art175>. Acesso em: 21 fev. 2018.

_____. Decreto nº 2.271 de 7 de julho de 1997. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d2271.htm>. Acesso em: 05 maio 2018.

_____. Decreto nº 4.552 de 27 de dezembro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4552.htm>. Acesso em: 08 nov. 2018.

_____. Decreto nº 9.507 de 21 de setembro de 2018. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Decreto/D9507.htm>. Acesso em: 30 set. 2018.

_____. Decreto nº 9.571 de 21 de novembro de 2018. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/decreto/D9571.htm>. Acesso em: 30 nov. 2018.

_____. Decreto nº 62.150 de 19 de janeiro de 1968. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto/1950-1969/D62150.htm>. Acesso em: 12 set. 2018.

_____. Decreto nº 62.756 de 22 de maio de 1968. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1960-1969/decreto-62756-22-maio-1968-403983-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em: 28 fev. 2018.

BRASIL. Decreto-lei nº 200 de 25 de fevereiro de 1967. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del0200.htm>. Acesso em: 12 fev. 2018.

_____. Decreto Presidencial de 4 de junho de 2009. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/sn/2009/decreto-45715-4-junho-2009-588689-publicacaooriginal-113395-pe.html>>. Acesso em: 12 set. 2018.

_____. Lei nº 4.504 de 30 de novembro de 1964. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L4504.htm>. Acesso em: 14 mar. 2018.

_____. Lei nº 4.594 de 29 de dezembro de 1964. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1960-1969/lei-4594-29-dezembro-1964-377667-normaatualizada-pl.html>>. Acesso em: 28 fev. 2018.

_____. Lei nº 5.645 de 10 de dezembro de 1970. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L5645.htm>. Acesso em: 14 mar. 2018.

_____. Lei nº 5.764 de 16 de dezembro de 1971. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/leis/L5764.htm>. Acesso em: 16 mar. 2018.

_____. Lei nº 6.019 de 03 de janeiro de 1974. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6019.htm>. Acesso em: 12 fev. 2018.

_____. Lei nº 7.102 de 20 de junho de 1983. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/leis/L7102.htm>. Acesso em: 12 fev. 2018.

_____. Lei nº 7.347 de 24 de julho de 1985. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7347orig.htm>. Acesso em: 07 nov. 2018.

_____. Lei nº 8.031 de 12 de abril de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8031.htm>. Acesso em 16 mar. 2018.

_____. Lei nº 8.666 de 21 de junho de 1.993. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8666cons.htm>. Acesso em: 12 fev. 2018.

_____. Lei nº 8.955 de 15 de dezembro de 1994. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8955.htm>. Acesso em: 13 mar. 2018.

_____. Lei nº 8.987 de 13 de fevereiro de 1995. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8987cons.htm>. Acesso em: 16 mar. 2018.

_____. Lei nº 9.472 de 16 de julho de 1997. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9472.htm>. Acesso em: 16 mar. 2018.

_____. Lei nº 9.491 de 9 de setembro de 1997. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9491.htm>. Acesso em 16 mar. 2018.

_____. Lei nº 9.637 de 15 de maio de 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9637.htm>. Acesso em: 05 maio 2018.

BRASIL. Lei nº 10.593 de 6 de dezembro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10593.htm>. Acesso em: 08 nov. 2018.

_____. Lei nº 12.690 de 19 de julho de 2012. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/L12690.htm>. Acesso em: 16 mar. 2018.

_____. Lei nº 13.429 de 31 de março de 2017. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13429.htm>. Acesso em: 12 fev. 2018.

_____. Lei nº 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: 12 fev. 2018.

_____. Lei Complementar nº 101 de 4 de maio de 2000. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp101.htm>. Acesso em: 05 maio 2018.

_____. Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão. Instrução Normativa nº 5 de 26 de maio de 2017. Disponível em: <<https://www.comprasgovernamentais.gov.br/index.php/legislacao/instrucoes-normativas/760-instrucao-normativa-n-05-de-25-de-maio-de-2017>>. Acesso em: 11 maio 2018.

_____. Ministério do Trabalho. *Agenda Nacional do Trabalho Decente*. Brasília, 2006. Disponível em: <https://www.ilo.org/brasilia/publicacoes/WCMS_226229/lang--pt/index.htm%22>. Acesso em: 12 set. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 16-DF. Requerente: Governador do Distrito Federal. Relator: Ministro Cezar Peluso. Brasília, 09 set. 2011. *Diário da Justiça Eletrônico*. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=627165>>. Acesso em: 02 maio 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 324. Requerente: Associação Brasileira de Agronegócio. Relator: Ministro Luís Roberto Barroso. Brasília, 30 de agosto de 2018. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4620584>>. Acesso em 30 out. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 760.931-DF. Recorrente: União Federal. Recorridos: Priscila Medeiros Nunes e Evolution Administradora de Serviços Terceirizados Ltda. Relatora: Ministra Rosa Weber. Brasília, 12 set. 2017. *Diário da Justiça Eletrônico*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=760931&classe=RE&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em: 02 maio 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 958.252. Recorrente: Celulose Nipo Brasileira S/A. Recorrido: Ministério Público do Trabalho. Relator: Ministro Luiz Fux. Brasília, 30 de agosto de 2018. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4952236>>. Acesso em 30 out. 2018.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 10ª Região. Recurso Ordinário nº 01353-2015-001-10-00-3. Recorrente: União (Câmara Federal). Recorrida: Ana Cláudia Maurício Viveiros. Relator: Desembargador Grijalbo Fernandes Coutinho, 1ª Turma. Brasília, 27 out. 2017. Disponível em:

<http://www.trt10.jus.br/processos/consultasap/acordao.php?nProcTrt=03064&tipo_trt=RO&aProcTrt=2017&dt_julgamento_trt=27/10/2017&%20np=01353-2015-001-10-00-3&nj=GRIJALBO%20FERNANDES%20COUTINHO&npvoto=494823&tp=RO>. Acesso em: 29 out. 2018.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. Orientação Jurisprudencial nº 191 da Subseção I Especializada em Dissídios Individuais. Disponível em:

<<http://www.tst.jus.br/en/web/guest/ojs>>. Acesso em: 22 ago. 2018.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. Recurso de Revista nº 1170-78.2011.5.03.0077.

Recorrente: Escola de Profissões S/A. Recorridos: Saskea Câmara Schaper e AD Centro Educacional. Relator: Ministro Guilherme Augusto Caputo Bastos, 5ª Turma. Brasília, 10 out. 2014. *Diário da Justiça Eletrônico*. Disponível em:

<<http://aplicacao4.tst.jus.br/consultaProcessual/consultaTstNumUnica.do?consulta=Consultar&conscsjt=&numeroTst=1170&digitoTst=78&anoTst=2011&orgaoTst=5&tribunalTst=03&varaTst=0077>>. Acesso em: 26 mar. 2018.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. Recurso de Revista nº 11365-41.2013.5.18.0011.

Recorrente: Todeschini S/A. Recorridos: Wilhas Câmara de Mattos e Ludovico e Lemos Ltda ME. Relator: Ministro Ubirajara Carlos Mendes, 7ª Turma. Brasília, 08 de jun. 2018. *Diário da Justiça Eletrônico*. Disponível em: <

<http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&format=html&highlight=true&numeroFormatado=RR%20-%2011365-41.2013.5.18.0011&base=acordao&rowid=AAANGhABIAAAPHfAAN&dataPublicacao=08/06/2018&localPublicacao=DEJT&query=franchising%20and%20grupo%20and%20economico>>. Acesso em: 20 ago. 2018.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. Recurso de Revista nº 20261-74.2015.5.04.0017.

Recorrente: Departamento Estadual de Trânsito – DETRAN/RS. Recorridos: Ogélio Fagundes Silveira e Vigilância Asgarras S/S Ltda. 7ª Turma. Relator: Altino Pedrozo dos Santos. Brasília, 06 abr. 2018. *Diário da Justiça Eletrônico*. Disponível em: <

<http://aplicacao4.tst.jus.br/consultaProcessual/resumoForm.do?consulta=1&numeroInt=315526&anoInt=2017>>. Acesso em: 02 maio 2018.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. Recurso Ordinário nº 121-39.2014.5.10.0000.

Recorrentes: Sindicato das Empresas de Asseio, Conservação, Limpeza Urbana e Terceirização de Mão de Obra no Estado do Tocantins e Outro. Recorridos: Sindicato dos Empregados em Edifícios e Condomínios do Estado do Tocantins e Sindicato das Empresas de Compra, Venda, Locação, Administração de Imóveis e Condomínios Residenciais e Comerciais do Estado do Tocantins. Relatora: Dora Maria da Costa, Seção Especializada em Dissídios Coletivos. Brasília, 23 de mar. 2018. *Diário da Justiça Eletrônico*. Disponível em: <<http://aplicacao4.tst.jus.br/consultaProcessual/consultaTstNumUnica.do?consulta=Consultar&conscsjt=&numeroTst=121&digitoTst=39&anoTst=2014&orgaoTst=5&tribunalTst=10&varaTst=0000&submit=Consultar>>. Acesso em 04 nov. 2018.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Recurso Ordinário nº 332-46.2012.5.10.0000. Recorrentes: Sindicato dos Trabalhadores em Condomínios Residenciais, Comerciais, Rurais, Mistos, Verticais e Horizontais de Habitações em áreas isoladas, Condomínio de Shoppings Centers e Edifícios, Ascensoristas de Condomínios, Trabalhadores em Empresa de Compra, Venda, Locação e Administração de Imóveis Residenciais e Comerciais, Trabalhadores em Prefeituras de Setores, Quadras e Entrequadras do Distrito Federal e Sindicato das Empresas de Asseio, Conservação, Trabalho Temporário e Serviços Terceirizáveis do Distrito Federal. Recorrido: Sindicato dos Condomínios Residenciais e Comerciais do Distrito Federal – Sindicondomínio. Relatora: Katia Magalhães Arruda, Seção Especializada em Dissídios Coletivos. Brasília, 23 de mar. 2018. *Diário da Justiça Eletrônico*. Disponível em: <<http://www.tst.jus.br/processos-do-tst>>. Acesso em: 04 nov. 2018.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. Resolução nº 96 de 11 set. 2010. Disponível em: <<https://hdl.handle.net/20.500.12178/4294>>. Acesso em: 05 maio 2018.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. Resolução nº 174 de 24 maio 2011. Disponível em: <<https://hdl.handle.net/20.500.12178/13179>>. Acesso em: 05 maio 2018.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. Súmula nº 256. Disponível em: <<http://www.tst.jus.br/sumulas>>. Acesso em 12 fev. 2018.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. Súmula nº 257. Disponível em: <<http://www.tst.jus.br/sumulas>>. Acesso em 12 fev. 2018.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. Súmula nº 331. Disponível em: <<http://www.tst.jus.br/sumulas>>. Acesso em: 12 fev. 2018.

BRITO FILHO, José Cláudio Monteiro de. Terceirização e organização sindical brasileira: um embate entre flexibilidade e rigidez. In: GARCIA, G.F.B.; ALVARENGA, R.Z. (Coord.). *Terceirização de serviços e direitos sociais trabalhistas*. São Paulo: LTr, 2017. p. 33-39.

CAIXETA, Sebastião Vieira. Apontamentos sobre a Normatização do Instituto da Terceirização no Brasil: por uma Legislação que Evite a Barbárie e o Aniquilamento do Direito do Trabalho. *Revista do Ministério Público do Trabalho*, Brasília, ano XXIII, n. 46, p. 124-140, set. 2013. Disponível em: <<http://www.anpt.org.br/attachments/article/2697/MPT%2046.pdf>>. Acesso em: 07 nov. 2018.

CARELLI, Rodrigo de Lacerda. O ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal e o debate sobre a terceirização. *Revista do TST*, Brasília, v. 80, n. 3, p. 239-256, jul./set. 2014a. Disponível em: <<https://hdl.handle.net/20.500.12178/71082>>. Acesso em: 10 set. 2018.

_____. *Terceirização como intermediação de mão de obra*. [S.l.]: Edição do autor, 2014b. Disponível em: <<https://indicadoresdeemprego.files.wordpress.com/2013/12/terceirizac3a7c3a3o-como-intermediac3a7c3a3o-de-mc3a3o-de-obra.pdf>>. Acesso em: 15 fev. 2018.

CARRION, Valentin. *Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho*. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

CARVALHO, Augusto César Leite de; CORRÊA, Lélío Bentes. Terceirização no âmbito da empresa privada. *Revista do TST*, Brasília, v. 80, n. 3, p. 36-57, jul./set. 2014. Disponível em: <<https://hdl.handle.net/20.500.12178/71082>>. Acesso em: 10 set. 2018.

CASTRO, Maria do Perpétuo Socorro Wanderley de. *Terceirização: uma expressão do direito flexível do trabalho na sociedade contemporânea*. São Paulo: LTr, 2016.

CATHARINO, José Martins. *Neoliberalismo e sequela*. São Paulo: LTr, 1997.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Comercial*. Direito de Empresa. São Paulo: Saraiva, 2014, v. 1.

COELHO, Humberto Alves; NEVES, Marcelo José das. A responsabilidade subsidiária da Administração Pública na terceirização, segundo a jurisdição constitucional: obrigações, encargo probatório e limites interpretativos – um contributo prático aos potenciais sujeitos do processo: trabalhador, empresa terceirizada, administração pública e órgão jurisdicional. *Revista LTr*, São Paulo, v. 81, n. 05, p. 577-590, maio 2017.

DANTAS, Ivo. *Direito Constitucional Econômico*. Globalização & Constitucionalismo. 1ª ed. Curitiba: Editora Revista dos Tribunais, 1999. 9ª reimpressão, 2009.

DELGADO, Gabriela Neves; AMORIM, Helder Santos. *Os limites constitucionais da terceirização*. São Paulo: LTr, 2015.

DELGADO, Maurício Godinho. *Capitalismo, trabalho e emprego*. Entre o paradigma de destruição e os caminhos de reconstrução. São Paulo: LTr, 2017.

_____. *Curso de Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2009.

_____. Direitos fundamentais na relação de trabalho. *Revista de Direitos e Garantias Fundamentais*, Vitória, n. 2, p. 11-39, 2007. Disponível em: <<http://sisbib.emnuvens.com.br/direitosegarantias/article/view/40>>. Acesso em: 07 nov. 2018.

DIEESE. *Terceirização e negociação coletiva: velhos e novos desafios para o movimento sindical brasileiro*. Nota Técnica nº 112 de julho 2012. Disponível em: <<https://www.dieese.org.br/notatecnica/2012/notaTec112terceirizacao.html>>. Acesso em: 3 nov. 2018.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. Teoria das Obrigações Contratuais e Extracontratuais. São Paulo: Saraiva, 2014, v. 3.

DRUCK, Graça. A terceirização sem limites: mais precarização e riscos de morte aos trabalhadores. In: FILGUEIRAS, V. A. (Org.). *Saúde e segurança do trabalho no Brasil*. Brasília: Gráfica Movimento, 2017. p. 183-204. Disponível em: <<http://www.cesit.net.br/saude-e-seguranca-do-trabalho-no-brasil/>>. Acesso em: 25 ago. 2018.

DRUCK, Graça; SENA, Jeovana; PINTO, Marina Morena e ARAÚJO, Sâmia. A terceirização no serviço público: particularidades e implicações. In: CAMPOS, A. G. (Org.). *Terceirização do Trabalho no Brasil: novas e distintas perspectivas para o debate*. Brasília:

Ipea, 2018. p. 113-141. Disponível em: <
http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=32326:terceirizacao-do-trabalho-no-brasil-novas-e-distintas-perspectivas-para-o-debate&catid=410:2018&directory=1>. Acesso em: 11 maio 2018.

FILGUEIRAS, Vitor Araújo. Regulação da terceirização e estratégias empresariais: o aprofundamento da lógica desse instrumento de gestão da força de trabalho. *Cadernos do CEAS: Revista crítica de humanidades*, Salvador, n. 239, p. 742-770, set./dez. 2016. Disponível em: <<https://cadernosdoceas.ucsal.br/index.php/cadernosdoceas/article/view/260>>. Acesso em: 30 out. 2018.

_____. *Terceirização e os limites da relação de emprego: trabalhadores mais próximos da escravidão e morte*, 2014. Disponível em: <
<http://indicadoresderegulacaodoemprego.blogspot.com/2014/08/terceirizacaoe-os-limites-da-relacao-de.html>>. Acesso em: 28 ago. 2018.

FIORI, José Luís. Estado de Bem-Estar Social: Padrões e Crises. *Physis: Revista de Saúde Coletiva*, Rio de Janeiro, v. 7, n. 2, p. 129-147, 1997.

FRANCO FILHO, Georgenor de Sousa. Quarteirização. In: GARCIA, G.F.B.; ALVARENGA, R.Z. (Coord.). *Terceirização de serviços e direitos sociais trabalhistas*. São Paulo: LTr, 2017. p. 21-24.

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. *Terceirização – trabalho temporário, cooperativas de trabalho*. Salvador: JusPODIVM, 2017.

GEMIGNANI, Tereza Aparecida Asta. Artigo 71 da Lei nº 8.666/93 e Súmula 331 do TST: poderia ser diferente? *Revista do TST*, Brasília, v. 77, n. 1, p. 32-53, jan./mar. 2011. Disponível em: <<https://juslaboris.tst.jus.br/handle/20.500.12178/21256>>. Acesso em: 02 maio 2018.

GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2010.

LIMA, Carlos Eduardo de Azevedo. Cadeias produtivas e a defesa dos direitos humanos dos trabalhadores. *Revista do Ministério Público do Trabalho*, Brasília, ano XXVI, n. 51, p. 40-67, mar. 2016. Disponível em: <
<http://www.anpt.org.br/attachments/article/3236/Revista%20n%C2%BA%2051.pdf>>. Acesso em: 06 nov. 2018.

LUCENA FILHO, Humberto Lima de. *Competitividade empresarial, custos trabalhistas e mercados: possibilidades e limites de reconhecimento da função concorrencial do direito do trabalho*. 2016. 342 f. Tese (Doutorado em Ciências Jurídicas) – Centro de Ciências Jurídicas, Universidade Federal da Paraíba, João Pessoa, 2016. Disponível em <
<https://repositorio.ufpb.br/jspui/bitstream/tede/8441/2/arquivototal.pdf>>. Acesso em 02 jul. 2018.

MAGALHÃES, Joalvo. Reforma trabalhista e grupo econômico. Caracterização, fundamentos, histórico e mudanças. *Jota.info*, 28 dez. 2017. Disponível em:

<<https://www.jota.info/opiniaoe-analise/colunas/reforma-trabalhista/reforma-trabalhista-e-grupo-economico-28122017>>. Acesso em: 20 ago. 2018.

MARTINS, Gilberto Rodrigues. Terceirização – análise de estrutura desta relação triangular de trabalho e busca de soluções para utilização sem violação de direitos laborais. *Revista Eletrônica do Tribunal Regional do Trabalho da Bahia*, Salvador, v. 6, n. 8, p. 174-189, jan. 2017. Disponível em: <<https://hdl.handle.net/20.500.12178/144262>>. Acesso em: 07 nov. 2018.

MARTINS, Sérgio Pinto. *A terceirização e o direito do trabalho*. São Paulo: Saraiva, 2017.

MELO, Raimundo Simão de. *Ação civil pública na Justiça do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2004.

MELO, Raimundo Simão de; MELO, Guilherme Aparecido Bassi de. Responsabilidade civil por acidentes do trabalho nas terceirizações e no trabalho temporário. In: GARCIA, G.F.B.; ALVARENGA, R.Z. (Coord.). *Terceirização de serviços e direitos sociais trabalhistas*. São Paulo: LTr, 2017. p. 79-87.

MENDES, Marcus Menezes Barberino; CHAVES JUNIOR, José Eduardo de Resende. Subordinação estrutural-reticular: uma perspectiva sobre a segurança jurídica. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região*, Belo Horizonte, v. 46, n. 76, p. 197-218, jul./dez. 2007. Disponível em: <<https://hdl.handle.net/20.500.12178/73990>>. Acesso em 06 nov. 2018.

MIZIARA, Raphael; PINHEIRO, Iuri. *A regulamentação da terceirização e o novo regime do trabalho temporário: comentários analíticos à Lei nº 6.019/74*. São Paulo: LTr, 2017.

MOLINARO, Carlos Alberto; SARLET, Ingo Wolfgang. Algumas notas sobre a terceirização o assim chamado *multisourcing*. *Revista do TST*, Brasília, v. 80, n. 3, p. 126-137, jul./set. 2014. Disponível em: <https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/1939/71032/007_molinaro_sarlet.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 21 fev. 2018.

NAHAS, Thereza Christina. A terceirização no marco da liberdade empresarial (no Brasil). *Revista dos Tribunais*, Caderno Especial Flexibilização do Trabalho, São Paulo, v. 975, p. 35-48, jan. 2017.

NASCIMENTO, Tupinambá Miguel Castro do Nascimento. *Comentários à Constituição Federal: ordem econômica e financeira*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

NEGRÃO, José Manoel Granados. *Terceirização e identidade organizacional: um estudo das manifestações de integração, diferenciação e fragmentação no setor de telecomunicações em Minas Gerais*. 2007. 192 f. Dissertação (Mestrado em Administração) – Faculdade de Ciências Empresariais, Universidade Fundação Mineira de Educação e Cultura, Belo Horizonte. Disponível em: <<http://www.fumec.br/revistas/pdma/article/viewFile/4231/2103>>. Acesso em: 02 jul. 2018.

NELSON, Rocco A. Rangel Rosso; NELSON, Natasha Rangel Rosso. Da precarização da relação de trabalho por meio da terceirização – violação do mínimo existencial social. *Revista LTr*, São Paulo, v. 81, n. 08, p. 968-979, ago. 2017.

OLIVEIRA, Lourival José de. *Direito do trabalho: organização de trabalhadores e modernização*. Curitiba: Juruá, 2003.

_____. *Direito do trabalho segundo o princípio da valorização do trabalho humano*. São Paulo: LTr, 2011.

_____. Direito empresarial, globalização e o desafio das novas relações de trabalho. In: FERREIRA, J.S.A.B.N.; RIBEIRO, M.F. (Org.). *Direito Empresarial Contemporâneo*. Marília: Unimar; São Paulo: Arte & Ciência, 2007. p. 137-172.

OLIVEIRA, Lourival José de; FIGUEIREDO, Mayra Freire de. A reforma trabalhista e liberdade contratual: o direito ao trabalho construído sob a perspectiva puramente econômica. *Revista de Direito Econômico e Socioambiental*, Curitiba, v. 8, n. 3, p. 93- 121, set./dez. 2017. Disponível em: <<https://periodicos.pucpr.br/index.php/direitoeconomico/article/view/18405/22578>>. Acesso em: 13 jul. 2018.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. *Constituição da OIT e Declaração de Filadélfia*. Montreal, 1946. Disponível em: <https://www.ilo.org/brasil/conheca-a-oit/WCMS_336957/lang--pt/index.htm>. Acesso em: 10 set. 2018.

_____. *Convenção nº 111*. Genebra, 1958. Disponível em: <https://www.ilo.org/brasil/convencoes/WCMS_235325/lang--pt/index.htm>. Acesso em: 10 set. 2018.

_____. *Convenção nº 181*. Genebra, 1997. Disponível em: <https://www.ilo.org/brasil/convencoes/WCMS_242713/lang--pt/index.htm>. Acesso em: 10 set. 2018.

_____. *Declaração da OIT sobre os Princípios e Direitos Fundamentais do Trabalho*. Genebra, 1998. Disponível em: <https://www.ilo.org/public/english/standards/declaration/declaration_portuguese.pdf>. Acesso em: 12 set. 2018.

_____. *Recomendação nº 188*. Genebra, 1997. Disponível em: <https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=1000:12100:0::NO::P12100_INSTRUMENT_ID,P12100_LANG_CODE:312526,es:NO>. Acesso em: 11 set. 2018.

PAIXÃO, Cristiano; LOURENÇO FILHO, Ricardo. Impactos da terceirização no mundo do trabalho: tempo, espaço e subjetividade. *Revista do TST*, Brasília, v. 80, n. 3, p. 58-74, jul./set. 2014. Disponível em: <https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/71033/003_paixao_lourenco_filho.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 21 mar. 2018.

PASTORE, José; PASTORE, José Eduardo G. *Terceirização: necessidade para a economia, desafio para o direito*. São Paulo: LTr, 2015.

PELATIERI, Patrícia; CAMARGOS, Regina Coeli; IBARRA, Antônio e MARCOLINO, Adriana. Terceirização e precarização das condições de trabalho: condições de trabalho e remuneração em atividades tipicamente terceirizadas e contratantes. In: CAMPOS, A. G. (Org.). *Terceirização do Trabalho no Brasil: novas e distintas perspectivas para o debate*. Brasília: Ipea, 2018. p. 11-31. Disponível em: <
http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=32326:terceirizacao-do-trabalho-no-brasil-novas-e-distintas-perspectivas-para-o-debate&catid=410:2018&directory=1>. Acesso em: 11 maio 2018.

PELATIERI, Patrícia; MARCOLINO, Adriana; HORIE, Leandro; COSTA, Luís Augusto Ribeiro da e CAMARGOS, Regina Coeli. As desigualdades entre trabalhadores terceirizados e diretamente contratados: análise a partir dos resultados de negociações coletivas de categorias selecionadas. In: CAMPOS, A. G. (Org.). *Terceirização do Trabalho no Brasil: novas e distintas perspectivas para o debate*. Brasília: Ipea, 2018. p. 33-48. Disponível em: <
http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=32326:terceirizacao-do-trabalho-no-brasil-novas-e-distintas-perspectivas-para-o-debate&catid=410:2018&directory=1>. Acesso em: 11 maio 2018.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. Rio Janeiro: Forense, 1995, v. 3.

PETTER, Lafayette Josué. *Princípios Constitucionais da Ordem Econômica*. O significado e o alcance do art. 170 da Constituição Federal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

PIMENTA, José Roberto Freire. A responsabilidade da administração pública nas terceirizações, a decisão do Supremo Tribunal Federal na ADC nº 16-DF e a nova redação dos itens IV e V da Súmula nº 331 do Tribunal Superior do Trabalho. *Revista do TST*, Brasília, v. 77, n. 2, p. 271-306, abr./jun. 2011. Disponível em: <
<https://hdl.handle.net/20.500.12178/25136>>. Acesso em: 02 maio 2018.

PINTO, Maria Cecília Alves. Terceirização de serviços – responsabilidade do tomador. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região*, Belo Horizonte, p. 123-146, jan./jun. 2004. Disponível em:
 <https://www.trt3.jus.br/escola/download/revista/rev_69/Maria_Pinto.pdf>. Acesso em: 03 set. 2018.

PRAGMÁCIO FILHO, Eduardo. *Teoria da empresa para o Direito do Trabalho Brasileiro*. São Paulo: LTr, 2018.

REBELO, André Marques; MOREIRA, Guilherme Renato Caldo; LOPES, Guilherme Byrro e COURA, Eduardo Batista. Terceirização: o que os dados revelam sobre remuneração, jornada e acidentes de trabalho. In: CAMPOS, A. G. (Org.). *Terceirização do Trabalho no Brasil: novas e distintas perspectivas para o debate*. Brasília: Ipea, 2018. p. 49-76. Disponível em: <
http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=32326:terceirizacao-do-trabalho-no-brasil-novas-e-distintas-perspectivas-para-o-debate&catid=410:2018&directory=1>. Acesso em: 11 maio 2018.

ROBORTELLA, Luiz Carlos Amorim. *O moderno direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 1994.
 RODRIGUEZ, Américo Plá. *Princípios de Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2000.

SANTOS, Anselmo Luis dos; BIAVASCHI, Magda Barros. A terceirização no contexto da reconfiguração do capitalismo contemporâneo: a dinâmica da construção da Súmula nº 331 do TST. *Revista do TST*, Brasília, v. 80, n. 3, p. 19-35, jul./set. 2014. Disponível em: <https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/1939/71081/001_santos_biavaschi.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 13 fev. 2018.

SANTOS, Rodrigo Coimbra. *Relações terceirizadas de trabalho*. Curitiba: Juruá, 2008.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros, 2005.

SILVA, Patrícia Pinheiro. Terceirização nos serviços públicos. *Revista do TST*, Brasília, v. 77, n. 1, p. 95-130, jan./mar. 2011. Disponível em: <<https://juslaboris.tst.jus.br/handle/20.500.12178/21256>>. Acesso em: 02 maio 2018.

TAVARES, André Ramos. *Direito Constitucional Econômico*. São Paulo: Método, 2011.

TEIXEIRA FILHO, João de Lima. O papel da inspeção do trabalho. In: SÜSSEKIND, A. et. al. *Instituições de Direito do Trabalho*. 15. ed. São Paulo: LTr, 1995, v. 2, p. 1159-1161.

VASCONCELLOS, Armando Cruz. Nova lei da terceirização: O que mudou? *Revista LTr*, São Paulo, v. 81, n. 07, p. 810-819, jul. 2017.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil*. Contratos em espécie. São Paulo: Atlas, 2013.

VIANA, Márcio Túlio. A terceirização revisitada: algumas críticas e sugestões para um novo tratamento da matéria. *Revista do TST*, Brasília, v. 78, n. 4, p. 198-224, out./dez. 2012. Disponível em: <<http://www.femargs.com.br/uploads/artigos/a-terceirizacao-revisitada/a-terceirizacao-revisitada.pdf>>. Acesso em 21 mar. 2018.

_____. Terceirização e sindicato: um enfoque para além do direito. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região*, Belo Horizonte, p. 117-144, jan./jun. 2003. Disponível em: <https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/1939/73293/2003_viana_marcio_terceirizacao_sindicato.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 13 fev. 2018.

VIANA, Marcio Tulio; DELGADO, Gabriela Neves e AMORIM, Helder Santos. Terceirização – aspectos gerais. A última decisão do STF e a Súmula 331 do TST. Novos enfoques. *Revista do TST*, Brasília, v. 77, n. 1, p. 54-84, jan./mar. 2011. Disponível em: <<https://juslaboris.tst.jus.br/handle/20.500.12178/21256>>. Acesso em: 02 maio 2018.

WENTZEL, Marina. Terceirização: quais são as lições da experiência internacional? *BBC News Brasil*, Basileia, 28 mar. 2017. Disponível em: <<https://www.bbc.com/portuguese/brasil-39413856>>. Acesso em: 10 set. 2018.