

A TERCEIRIZAÇÃO DE ATIVIDADE-FIM E A (DES) PROTEÇÃO AOS DIREITOS SOCIAIS

José Antônio Ribeiro de Oliveira Silva

Sumário: 1. Introdução. 2. O entendimento adotado pela Corte Constitucional brasileira. 3. Argumentação contrária à terceirização ampla e irrestrita. 4. Argumentação favorável à terceirização irrestrita. 5. Conclusão.

Resumo: Tem este breve artigo a finalidade de examinar, no julgamento do RE n. 958.252 e da ADPF n. 324, feito pelo STF em 30-8-2018, as teses contrárias ou favoráveis à terceirização ampla e irrestrita, manifestadas nos votos dos ministros. Há argumentos contrários a esse tipo de terceirização que, na visão dos juslaboralistas verdadeiramente preocupados com a satisfação dos direitos sociais mínimos dos trabalhadores, parecem mais do que lógicos, sendo até óbvios, inclusive porque proporcionam o aumento da renda dos trabalhadores, a melhoria do mercado consumidor e o bem coletivo. De outra mirada, os argumentos que favorecem os mercados, em nome da sempre apregoada liberdade de empresa (livre iniciativa), na análise econômica do Direito, sempre vencem em épocas de

crises econômicas, com o velho discurso de que as regras protecionistas do direito do trabalho engessam a atividade empresarial, que é dinâmica e necessita de liberdade para enfrentar a cada vez mais acirrada concorrência. Essa dualidade de argumentos é examinada com profundidade, para se afirmar, ao final, que a terceirização ampla e irrestrita se trata de um grave perigo para a sociedade como um todo.

Palavras Chave: Terceirização Irrestrita; Atividade-Fim; Direitos Sociais; Reforma Trabalhista.

1. Introdução

Bem sabido que a Lei n. 13.467/17 – Lei da Reforma Trabalhista – promoveu profundas e criticáveis alterações na legislação laboral brasileira. Muitas foram as mudanças e parte de seu teor normativo se encontra pendente de apreciação de validade (constitucionalidade) para a afetiva e segura aplicação, com várias

.....
José Antônio Ribeiro de Oliveira Silva

Juiz Titular da 6ª Vara do Trabalho de Ribeirão Preto (SP); Doutor em Direito do Trabalho e da Seguridade Social pela Universidad de Castilla-La Mancha (UCLM), na Espanha – Título revalidado pela Universidade de São Paulo (USP); Mestre em Direito Obrigacional Público e Privado pela UNESP; Professor Contratado do Departamento de Direito Privado da USP de Ribeirão Preto e da Escola Judicial do TRT-15.

ADIs no E. STF – Supremo Tribunal Federal – pendentes de análise. De norte a sul inúmeros magistrados do trabalho têm aplicado – ou não aplicado – os novos dispositivos, segundo o entendimento jurídico que avaliam mais arrazoado, enquanto ainda não há pacificação de entendimento sobre cada um dos aspectos controversos da nova lei.

Dentre os inúmeros aspectos discutíveis, de se destacar a norma permissiva da terceirização ampla e irrestrita – parte da doutrina tem exposto que ela será ampla, mas não irrestrita, diante dos limites constitucionais e infraconstitucionais –, em conformidade com o art. 2º da referida lei, deu nova redação ao art. 4º-A da Lei n. 6019/74, abaixo transcrito:

Art. 2º. A Lei nº 6.019, de 3 de janeiro de 1974, passa a vigorar com as seguintes alterações:

“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.”

Ocorre que o tema da terceirização, antes e depois da alteração ocorrida no final do ano passado, já gozava de entendimento pacificado no Judiciário Trabalhista, consubstanciado no enunciado da *Súmula 331* do Tribunal Superior do Trabalho (TST), que em seu item III considera a terceirização de atividade-fim *ilícita* e, portanto, inadmissível. Daí que a nova redação do art. 4º-A da Lei n. 6.019/1974 – artigo que tinha pouco tempo

de vida, já que acrescido pela Lei n. 13.429/17 – procura subverter essa lógica proibitiva, tornando possível a terceirização inclusive da atividade principal da empresa contratante.

Contudo, antes mesmo da publicação da Lei n. 13.467/17, as empresas já vinham questionando no STF a constitucionalidade da Súmula 331, por meio de recursos extraordinários. Assim que em março de 2016 a empresa Cenibra, de Minas Gerais, havia interposto junto ao STF o RE n. 958.252, insurgindo-se contra o entendimento manifestado pelo Tribunal Superior do Trabalho em torno da questão. Diante dos inúmeros recursos abordando a temática, foi dada repercussão geral ao tema (tema n. 725), inclusive porque tramitava no STF a ADPF – arguição de descumprimento de preceito fundamental – n. 324, que havia sido ajuizada pela Associação Brasileira do Agronegócio em face do Tribunal Superior do Trabalho, em agosto de 2014, e ainda não havia sido julgada.

Em agosto deste ano, após três suspensões do julgamento, finalmente, o E. STF, por seu Tribunal Pleno, julgou conjuntamente o RE n. 958.252 e a ADPF n. 324, para firmar tese permissiva da terceirização ampla e irrestrita, embora parte da doutrina entenda que ela não poderá ser irrestrita.

Tem este breve artigo apenas a preocupação de explicar os principais argumentos dos votos condutores da discussão plenária, dos Ministros Barroso e Marco Aurélio, certamente os mais profícuos para uma análise acadêmica em torno dos acertos e desacertos das teorias desenvolvidas a respeito da abrangência da terceirização.

2. O entendimento adotado pela Corte Constitucional brasileira

O Supremo Tribunal Federal (STF), Corte Constitucional brasileira, tem o dever de atuar como *guardião* do diploma mais elevado e fundamental do nosso ordenamento jurídico, garantindo que não seja violado ou ameaçado por quaisquer excessos legislativos, judiciais, administrativos ou até mesmo por condutas privadas. No desempenho de tal nobre atribuição recebeu e apreciou conjuntamente a *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 324/DF (ADPF 324) e o Recurso Extraordinário n. 958.252 (RE 958.252)*, submetido à temática de repercussão geral (tema n. 725), como já ressaltado.

No mérito, tanto a ADPF quanto o recurso de natureza extraordinária versavam sobre a possibilidade de terceirização ampla e irrestrita, em contrariedade à Súmula

n. 331 do Tribunal Superior do Trabalho, que não a entendia possível na chamada atividade-fim da empresa. Como é sabido, na sessão ocorrida em 30 de agosto de 2018, o STF concluiu o julgamento dos instrumentos processuais já referidos, optando pela primeira tese. O resultado final dramático foi emplacado por 7 votos a 4, sendo que o voto do Relator da ADPF, Ministro Luís Roberto Barroso, foi acompanhado pelos Ministros Luiz Fux (Relator do RE), Alexandre de Moraes, Dias Toffoli, Gilmar Mendes, Celso de Mello e Cármen Lúcia. Em sentido contrário, o belíssimo voto do Ministro Marco Aurélio Mello, tendo proferido votos vencidos também os Ministros Luiz Edson Fachin, Rosa Weber e Ricardo Lewandowski.

Para clarificar, vejam-se a tese firmada e a decisão tomada no RE e na ADPF,

respectivamente:

O Tribunal, por maioria e nos termos do voto do Relator, apreciando o tema 725 da repercussão geral, deu provimento ao recurso extraordinário, vencidos os Ministros Edson Fachin, Rosa Weber, Ricardo Lewandowski e Marco Aurélio. Em seguida, o Tribunal fixou 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”, vencida a Ministra Rosa Weber. O Ministro Marco Aurélio não se pronunciou quanto à tese. Ausentes os Ministros Dias Toffoli e Gilmar Mendes no momento da fixação da tese. Presidiu o julgamento a Ministra Cármen Lúcia. Plenário, 30.8.2018.

Decisão: O Tribunal, no mérito, por maioria e nos termos do voto do Relator, julgou procedente a arguição de descumprimento de preceito fundamental, vencidos os Ministros Edson Fachin, Rosa Weber, Ricardo Lewandowski e Marco Aurélio. Nesta assentada, o Relator prestou esclarecimentos no sentido de que a decisão deste julgamento não afeta os processos em relação aos quais tenha havido coisa julgada. Presidiu o julgamento a Ministra Cármen Lúcia. Plenário, 30.8.2018. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=388429>>. Acesso em 6 set. 2018.

Doravante, deverá haver uma *guinada de 180 graus* na jurisprudência trabalhista em torno da terceirização de atividade finalística

da empresa, cujos efeitos deletérios somente serão sentidos a médio e longo prazo, pois se vislumbra uma ainda maior precarização das relações de trabalho no Brasil, conforme já tem sido advertido pela doutrina, antes e depois desse julgamento histórico. Vide, por todos: DELGADO, Gabriela Neves; DUTRA, Renata Queiroz¹, 2018, *on line*.

Entretantes, o objetivo deste breve artigo não é tanto apontar todos os equívocos da tese vencedora, mas apreciar, ponto a ponto, os argumentos que convenceram a doutra maioria dos ministros do STF. Antes, porém, mister uma análise do *percurso histórico* no qual o entendimento em torno da questão foi maturado, no curso do avanço legislativo e da jurisprudência que se firmou até a edição da Súmula n. 331, para que se possa bem compreender o motivo pelo qual a Suprema Corte teve de decidir o tema. Penso que o voto do Ministro Marco Aurélio, embora não prevalecente, traça um histórico formidável e, por isso, será analisado primeiramente. Em seguida, uma análise dos principais argumentos utilizados pelo Ministro Barroso, com críticas a equívocos cometidos em sua respeitável argumentação.

3. Argumentação contrária à terceirização ampla e irrestrita

Em seu voto vencido, o Ministro Marco Aurélio apresenta argumentos irretorquíveis

1 Neste breve – mas profundo artigo – as autoras citadas asseveram que há inúmeras pesquisas científicas, “dos mais diversos campos do conhecimento”, apontando os largamente conhecidos “efeitos precarizantes da terceirização do trabalho”. Em nota, citam algumas dessas pesquisas, delas próprias, de Ricardo Antunes, Grijalbo F. Coutinho, Helder Amorim, Graça Druck, Cristiano Paixão, dentre tantos outros.

a respeito do caráter social que permeia a Constituição da República Federativa do Brasil, demonstrando a necessidade de respeito aos direitos sociais trabalhistas, procedendo a um *resgate histórico* da jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho a respeito da terceirização, para que se possa compreender o que levou a mais alta Corte Trabalhista a firmar a *jurisprudência restritiva* à terceirização sem limites, em sua Súmula de n. 331.

De saída, o ilustre Ministro deixa bem evidente qual seria seu objeto de análise, a saber, *o conjunto de pronunciamentos formalizados pela Justiça do Trabalho*, ou seja, verificar se é justa (adequada) ou não a forma como os magistrados laboristas têm judicado no tocante a essa matéria. A ver:

Compete ao Plenário perquirir, a partir da análise de processos surgidos em contexto legislativo anterior, **se todo o conjunto de pronunciamentos formalizados pela Justiça do Trabalho** em demandas judiciais subjetivas atinentes à terceirização de serviços, nos quais observado o teor do verbete nº 331 da Súmula do Tribunal Superior do Trabalho – incluído o acórdão atacado por intermédio do extraordinário em jogo –, **revela-se compatível com a ordem jurídica constitucional ou se, ao contrário, vulnera preceitos fundamentais** (destaques não originais).

Afirma, antes de tudo, que o caráter protetivo do direito laboral foi necessário para *reparar as desigualdades* reinantes no mundo do trabalho, fazendo com que o Estado, em sua atuação legislativa, introduzisse normas para assegurar direitos mínimos aos trabalhadores.

O Estado, buscando o implemento

da justiça social, entendeu que as desigualdades reinantes somente poderiam ser corrigidas com a introdução de distinções em sentido oposto, surgindo, assim, normas jurídicas a assegurarem proteção mínima ao hipossuficiente.

(...) Daí porque repito quantos vezes for necessário: protetivo não é o julgador, mas a própria legislação trabalhista (destaques não originais).

Na sequência, apresenta minucioso percurso histórico do processo legislativo que foi permitindo, pouco a pouco, a terceirização no sistema jurídico brasileiro, mas sempre de modo a não permitir que ela ocorresse na atividade principal da empresa, pois do contrário seria admitir o desvirtuamento da clássica configuração da relação jurídica bilateral de trabalho subordinado.

Segundo a lição de Maurício Godinho Delgado (*Curso de Direito do Trabalho*. São Paulo: Ed. LTr, 2002 p. 418), a primeira manifestação normativa precursora do processo histórico de terceirização ocorreu nos idos da década de 1940, já com a Consolidação das Leis do Trabalho, cujo artigo 455 previu a possibilidade do emprego da força de trabalho de terceiros por meio do instituto da “subempreitada”, alçando-a à condição de exceção à configuração do vínculo empregatício (...).

Contudo, os “contornos mais bem definidos” da terceirização se deram no âmbito do *setor público*, tendo em vista que o art. 10, § 7º, do Decreto-lei n. 200, de 1967, permitiu “a descentralização dos encargos administrativos materialmente executivos mediante ajuste de

intermediação de mão de obra”. A conferir:

Art. 10. 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.

Melhor regulamentação sobre a *descentralização dos encargos administrativos* foi pela Lei n. 5.645/1970,

[...] a estabelecer parâmetros por meio da fixação de rol a abranger as práticas que poderiam ser objeto de execução descentralizada – todas, observa Maurício Godinho Delgado, instrumentais, de apoio, meramente executórias, as denominadas “atividades-meio no contexto de serviços executados pelos entes estatais” (*Curso de Direito do Trabalho*. São Paulo: Ed. LTr, 2002, p. 418).

De se notar que o art. 3º desta lei permitia a *descentralização* dos seguintes serviços: “transporte, conservação, custódia, operação de elevadores, limpeza e outras assemelhadas”, basicamente como permitiu a jurisprudência trabalhista, com a construção da tese da *licitude* da terceirização das *atividades-*

meio.

Em seguida, o insigne Ministro observa que, apesar do crescimento do PIB no início da década de 1970, não houve uma redução das desigualdades sociais, e, mesmo assim, a ordem jurídica passou a admitir a terceirização *também no âmbito privado*, inicialmente com a promulgação da Lei n. 6.019/1974:

Sobrevindo o período do dito “milagre econômico”, coincidente com os “anos de chumbo” do regime militar – 1969 a 1973 –, no qual o elevado crescimento do Produto Interno Bruto–PIB não se fez acompanhar da esperada redução das desigualdades sociais, **a ordem jurídica passou a albergar a possibilidade de terceirização também no âmbito privado**, a partir da promulgação da Lei nº 6.019/1974, a dispor sobre o trabalho temporário. De acordo com a dicção legal, a contratação de pessoa jurídica interposta, prestadora de serviço, pela empresa tomadora justificar-se-ia para “atender à necessidade transitória de substituição de pessoal regular e permanente ou a acréscimo extraordinário de serviços” – artigo 2º – pelo prazo máximo de três meses, salvo autorização do então Ministério do Trabalho e Previdência Social – artigo 10 (destaques não originais).

Novo capítulo da história sobre essa forma de prestação de serviços sobreveio quando foi possibilitada a terceirização “em caráter permanente”, com o advento da Lei n. 7.102/1983. Os novos parâmetros autorizaram:

[...] a expansão da prática da terceirização, agora em caráter permanente e não mais temporário, alcançadas as empresas particulares

especializadas nos serviços de vigilância e transporte de valores no segmento bancário da economia.

Ocorre que a contratação por empresa interposta, própria da terceirização, representa *grandes riscos* para a efetivação de direitos sociais. Não por outra razão, o Tribunal Superior do Trabalho, *desde 1986*, manifestou interpretação restritiva à sua possibilidade, conforme entendimento consubstanciado em sua Súmula n. 256, editada naquele ano. Eis o teor do verbete:

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

Em seguida, veio à tona a década em que o mundo inteiro sentiu *a onda da flexibilização* do direito do trabalho, no contexto da globalização.

Sob o signo da globalização, não apenas o Brasil[,] mas também a quase totalidade das nações tidas como subdesenvolvidas experimentaram, na década de 1990, **importante influxo de ideário neoliberal**, traduzido, em maior ou menor grau, em crescente pressão pela desregulamentação do mercado de trabalho. Em 28 de março de 1994, publicou-se a Lei nº 8.863, a qual veio a **ampliar a possibilidade de terceirização** das atividades alusivas a serviços de vigilância e transporte de valores para além do âmbito das

instituições bancárias (destaques não originais).

A ampliação de hipóteses legais nas quais seria lícita a terceirização ensejou a edição de nova *súmula pelo TST*, a de n. 331 – objeto de questionamento junto ao STF –, que, após algumas alterações, apresenta-se hodiernamente com a seguinte redação, em seu item III:

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** (destaques não originais).

Portanto, a jurisprudência atual do Tribunal Superior do Trabalho é no sentido de que, exceto na contratação de trabalho temporário (item I da referida súmula) e dos serviços mencionados no item III supratranscrito, seria *ilícita* a contratação por empresa interposta – terceirização –, formando-se o vínculo de emprego diretamente com o tomador de serviços, a não ser no caso de contratação pela Administração Pública, diante da exigência de concurso público (art. 37, II, da CF) – item II da Súmula 331.

Por fim, o voto ainda menciona que leis posteriores permitiram a terceirização de forma mais ampla, tanto que a *Lei n. 8.987/1995* autorizou a terceirização no tocante às “atividades inerentes para as concessionárias de serviço público”, e a *Lei n. 9.742/1997* também permitiu a terceirização dessas atividades para as empresas do ramo das telecomunicações,

mais precisamente em seu art. 94, II:

Art. 94. No cumprimento de seus deveres, a concessionária poderá, observadas as condições e limites estabelecidos pela Agência:

(...)

II - contratar com terceiros o desenvolvimento de atividades inerentes, acessórias ou complementares ao serviço, bem como a implementação de projetos associados.

Com isso se poderia sustentar a plena liberdade de terceirização das atividades inerentes, essenciais ou da atividade-fim das empresas em geral? Por óbvio que não, pois *as exceções devem ser interpretadas restritivamente*, conforme antigas lições de hermenêutica. Com base na preciosa obra de Carlos Maximiliano, *Hermenêutica e Aplicação do Direito*, publicada em 1924, o preclaro Ministro assevera que o intérprete não pode ignorar o passado do substrato fático da norma, pois “o Direito não se inventa”; antes, é fruto de “um processo lento da evolução, adaptado ao meio” social. Assim, a norma ditada pelo intérprete precisa ter sua fórmula desdobrada no tempo e no espaço. Com efeito, não se pode ignorar a *evolução histórica da jurisprudência* em torno da terceirização no Brasil, porque ela está coerente com o percurso histórico das próprias relações de trabalho e em conformidade com a ordem constitucional.

Apesar do progressivo aumento das hipóteses de terceirização lícita desde meados do século XX, **a regra, perpetuada historicamente, jamais deixou de ser a contratação empregatícia clássica, correndo as**

exceções à conta de circunstâncias extraordinárias, não obstante flexibilizadas com o passar dos anos: inicialmente, restrita, no domínio das relações privadas, ao regime de contratação temporária; após, circunscrita a determinados segmentos da economia – prestação de serviços de vigilância, transporte de valores, conservação e limpeza – e, alfim, autorizada para a consecução de atividades instrumentais, de apoio, meramente executórias.

À possibilidade de terceirização na prestação de serviços o Direito do Trabalho sempre reservou caráter excepcional – e **a exceção, todos o sabem, deve ser interpretada de maneira estrita, especialmente quando envolvidos direitos sociais** (destaques não originais).

É notável, portanto, que a Súmula 331 do TST “nada mais fez do que cristalizar longa construção jurídica”. Ademais, se não bastasse ser evidente o caráter excepcional da relação de trabalho terceirizada pelos motivos já expostos, em reforço à restrição veio a promulgação da *Constituição-cidadã*, em 5-10-1988, na qual os direitos sociais trabalhistas foram consagrados não apenas no seu art. 7º, pois foram “elevados à condição de fundamento da República e da ordem econômica e social – artigos 1º, inciso IV, 170, cabeça, e 193”.

O sistema revela preocupação do constituinte com a tutela dos trabalhadores. A proteção deixou de encontrar fonte apenas na disciplina legal e adquiriu envergadura constitucional, mediante a passagem da Consolidação das Leis do Trabalho para a Constituição.

Evidente que o Direito não poderia permanecer inerte à mutabilidade do mercado e da sociedade, exponenciada desde o advento da globalização e exacerbada nesse século XXI. Todavia, há **princípios constitucionais intangíveis** que não podem ser ignorados na apreciação da questão, sob pena de suportar a sociedade verdadeiro retrocesso e dramático aprofundamento das disparidades sociais. Como bem nota o Ministro,

[...] a tradicional restrição jurisprudencial à liberação absoluta da terceirização mostra-se decorrência do próprio princípio da proteção, matriz do Direito do Trabalho, a subsidiar todo o ordenamento jurídico-trabalhista brasileiro.

Dentre as razões pelas quais a vedação à terceirização irrestrita se mostra conteúdo do *princípio protetor*, o Ministro Marco Aurélio cita bela síntese doutrinária de Ricardo José Macêdo Britto Pereira², para quem a terceirização importa em: (i) recebimento, por terceirizados, de salários mais baixos; (ii) submissão a condições de trabalho desfavoráveis; (iii) abalo da pessoalidade e da subordinação diretas, *características clássicas* da relação de emprego; (iv) *inversão da lógica* da continuidade do contrato de trabalho; (v) inviabilização do gozo das férias pela *intensa rotatividade*; (vi) *redução da atuação sindical*; (vii) *aumento de acidentes do trabalho*.

A *desigualdade* de percepção salarial

2 PEREIRA, Ricardo José Macêdo Britto. Terceirização, a CLT e a Constituição. Disponível em: <<http://trabalho-constituicao-cidadania.blogspot.com/2013/>>. Acesso em 20 de agosto de 2018 (pelo Ministro).

por terceirizados e não terceirizados é ponto particularmente sensível da questão, traço que é enfatizado pelo Ministro Marco Aurélio, recorrendo ao maior juslaboralista em atividade no país.

Consoante bem explicitado por Maurício Godinho Delgado, a terceirização, “se não acompanhada do remédio jurídico da comunicação remuneratória, transforma-se em mero veículo de discriminação e aviltamento do valor da força de trabalho”, ocasionando indesejado rebaixamento do “modesto padrão civilizatório alcançado no mercado de trabalho do país” (*Curso de Direito do Trabalho*. São Paulo: Ed. LTr, 2017, p. 543/544).

Mesmo no âmbito do *direito coletivo* há implicações drásticas da terceirização irrestrita, uma vez que a situação do terceirizado é delicada, ocasionando inúmeras dificuldades na dinâmica funcional do direito coletivo do trabalho.

O terceirizado, observem, **não integra a categoria profissional vinculada à atividade econômica da empresa tomadora, mas sim aquela exercida pela prestadora de serviço**, constituindo grupo heterogêneo de representação, destituído, via de regra, de poder de reivindicação. A este fenômeno Lorena Vasconcelos Porto chama de “apartheid sindical” (destaques não originais).

Também é problemática a *desvinculação do trabalhador* à empresa contratante, dado que contraria o sentido da relação de trabalho consagrado no art. 7º, XI, da Constituição Federal, pois ali foi instituído um instrumento de *integração entre capital e trabalho* mediante a “participação nos lucros,

ou resultados, desvinculada da remuneração, e, excepcionalmente, participação na gestão da empresa, conforme definido em lei”.

Na esteira da preocupação com a *falta de integração* do trabalhador na empresa, o Ministro ainda menciona a Convenção n. 155 da OIT:

[...] internalizada pelo Decreto nº 1.254/1994, que, ao dispor sobre Segurança e Saúde dos Trabalhadores e o Meio Ambiente de Trabalho, prevê a necessidade de “cooperação entre os empregadores e os trabalhadores ou seus representantes na empresa” como **elemento essencial na organização empresarial** – artigo 20 –, princípio cuja observância encontra importante óbice em locais profundamente marcados pela terceirização da mão de obra (destaques não originais).

No desfecho de seu voto, o insigne Ministro conjuga todos os argumentos reunidos, afirmando que os pronunciamentos judiciais adotados na seara trabalhista, que não têm reconhecido como possível a terceirização de atividades-fim, são duplamente adequados: (i) *promovem justiça* de acordo com os moldes constitucionais; (ii) *reafirmam a tradição protetiva* que visa sempre a maior justiça e efetivação dos direitos sociais, razão mesma de ser do ordenamento jurídico como um todo.

Em razão da gravidade das implicações do entendimento a ser adotado pelo Supremo e limitando-me ao que versado nos processos em exame, concluo no sentido de reconhecer-se a compatibilidade, não só com a Constituição Federal mas também com a tradição jurídica da legislação protetiva no Brasil, do verbete nº 331 da Súmula do Tribunal Superior

do Trabalho e, por consequência, dos pronunciamentos judiciais formalizados em demandas subjetivas que dele se utilizam para, na busca pela almejada realização da Justiça, dar a cada um o que lhe é devido.

Concluindo, assim, brilhantemente seu voto, o Ministro Marco Aurélio deixa bem claro que não se trata de um ranço trabalhista, de resistência ao progresso das relações jurídicas, mas de uma posição abalizada, sedimentada ao longo de anos, em cumprimento aos mandamentos constitucionais, para *evitar que o trabalho se torne mercadoria* e não tenha seu valor social efetivado.

Contudo, esse voto não foi o aclamado pela douta maioria do STF, que, por sete votos a quatro (7 x 4), optou pela tese contrária, no sentido de que a Súmula 331 e seu tradicional entendimento impedem a modernização da economia e está em desacordo com a liberdade de empresa e de iniciativa, sendo, portanto, *inconstitucional* em sua limitação à terceirização de atividade-fim. É o que se verifica no conjunto dos argumentos tecidos pelo Ministro Luís Roberto Barroso, cujas anotações para o *voto oral* serão analisadas em seguida.

4. Argumentação favorável à terceirização irrestrita

Como se pode perceber desde o início da leitura das anotações do voto do Ministro Barroso, sua grande preocupação foi a de demonstrar que a dinâmica do mercado, após tantas revoluções no sistema de produção de bens e fornecimento de serviços, não comporta soluções reducionistas, que impeçam essa própria dinâmica de funcionar, sendo que a

regulação do mercado de trabalho não pode atuar em descompasso com aquela realidade inevitável. Em síntese, o respeitável voto se apoiou na lógica do mercado, ou mais precisamente no chamado direito econômico – análise econômica do Direito³ –, dando *primazia à liberdade de iniciativa e de empresa*, percebendo-se, de saída, o contraste desse conjunto de ideias com as apresentadas no voto do Ministro Marco Aurélio, cujo ideário não foi uma visada sobre o mercado, mas sobre a razão de ser da Justiça do Trabalho e dos atos judicativos juslaboralistas.

3 Sobre a AED – análise econômica do Direito –, de se consultar a preciosa obra de UGARTE C., José Luis. *Análisis económico del Derecho: el Derecho Laboral y sus enemigos*, 2001. Principalmente o capítulo VII, no qual o autor analisa a relação entre a AED e o direito do trabalho. Em brevíssima síntese, a eficiência que os adeptos da Escola de Chicago propõem ao Direito, inclusive na seara laboral, reduzindo o ser humano – e o trabalhador – ao “homem econômico”, não pode ser aceita nos termos economicistas, porque as reformas propostas para que a Economia produza resultados satisfatórios sempre conduzem a desregulamentação, flexibilização e precarização das relações laborais. Ademais, não é da tradição dos países continentais – adeptos da civil law – a intensa desregulamentação para que as leis de mercado ditem as regras, como se dá no sistema norte-americano (common law). O discurso em torno da eficiência tem de albergar a discussão da (re)distribuição das riquezas produzidas. Não basta o equilíbrio do mercado; é necessário alcançar também o equilíbrio das relações sociais. E o direito do trabalho, com suas regras protecionistas, é o principal instrumento que já se inventou para se alcançar o mínimo de distribuição de renda que permita um equilíbrio social, que, por sua vez, pode conduzir a um equilíbrio dos mercados. (UGARTE C., *passim*).

Pois bem, segundo o Ministro Barroso, após as “três grandes revoluções que moldaram a história da humanidade” – a Revolução Cognitiva (70 mil anos atrás), a Revolução Agrícola (há cerca de 10 mil anos) e a Revolução Científica (com início na virada do século XV para o XVI), está em curso a *Revolução Digital ou Tecnológica*. Trata-se da quarta revolução industrial – a primeira foi a do vapor (1850-1900), a segunda, a da eletricidade (1900-1940), e a terceira foi a do motor e da automação (1940-2000). Esta revolução digital – também chamada de revolução industrial 4.0 – altera de tal forma, com tamanha intensidade e velocidade, toda a economia, que há de se buscar “uma nova ética” – ou eticidade –, repensada para comportar melhor a liberdade. Veja-se:

7. A nova revolução é a Revolução Digital. Sem entrar em muitos detalhes técnicos que eu não ousaria tentar explicar, o que ocorreu aqui foi a mudança da tecnologia mecânica e eletrônica analógica para a eletrônica digital. A nova tecnologia permitiu a massificação do computador, do telefone celular digital e, conectando bilhões de pessoas em todo o mundo, a *internet*. Vivemos a era da informação e do acesso quase ilimitado ao conhecimento.

8. A maneira como se realiza uma pesquisa, se fazem compras, se chama um táxi, reserva-se um vôo ou ouve-se música, para citar alguns exemplos, foi inteiramente revolucionada. Nós vivemos sob a égide de um novo vocabulário, uma nova semântica e uma nova gramática. A linguagem dos nossos dias inclui um conjunto de termos recém-incorporados, sem os quais, no entanto, já não saberíamos

viver: Google, Uber, Spotify, Youtube, Windows, Mac, Dropbox, Skype, Facetime, Facebook, Twitter, Instagram, Amazon, Google maps, Google translator,. Para citar alguns.

9. Não há setor da economia tradicional que não tenha sido afetado. Está todo mundo atrás de novos modelos de negócio e, como bússola desse caminho, **busca-se também uma nova ética, que consiga combinar liberdade, privacidade, veracidade, proteção contra hackers, contra a criminalidade online e outras vicissitudes** (destaques não originais).

O desfecho da *reflexão ambientadora* da fundamentação, pelas declarações registradas no voto vencedor, será um mundo assombrado pelo terror generalizado do desemprego estrutural.

14. Inovação e avanços tecnológicos constroem esse admirável mundo novo da biotecnologia, da inteligência artificial, da robótica, da impressão em 3-D, da nanotecnologia e da computação quântica. O futuro é imprevisível e assustador, em meio a profecias que preveem a própria perda da primazia do homo sapiens, tal como o conhecemos.

15. O aclamado autor israelense Yuval Noah Harari acredita que o avanço tecnológico e a engenharia genética criarão super-homens e faz algumas especulações aterradoras sobre o futuro da humanidade. Uma delas é a seguinte:

“Enquanto a revolução industrial criou a classe trabalhadora, a próxima grande revolução criará a classe inútil” (destaques não originais).

18. **O risco do desemprego será a assombração do novo tempo.** A

sociedade, as empresas, o direito do trabalho e o sindicalismo precisam adaptar-se ao novo tempo. A história não para. Quando surgiu a impressão offset, os linotipistas invadiam as redações para quebrar as novas máquinas. Quando surgiu o *prêt à porter*, alfaiate destruíram as lojas que vendiam roupas prontas. E mesmo assim, a história não parou. Temos que ser passageiros do futuro e não prisioneiros do passado (destaques não originais).

Pois bem, com essa cena apocalíptica o eminente Ministro introduz a fundamentação da *inevitabilidade* da adaptação do mundo do trabalho e dos sindicatos, repetindo a velha ideologia de que é melhor ter trabalho com menos direitos assegurados do que não ter trabalho algum. Contudo, as crises econômicas e o seu coadjuvante desemprego, em verdade, são *companheiros de caminhada* do próprio direito do trabalho. Na Alemanha, em 1933, durante a crise intensa que se abateu sobre todos os países por conta da primeira grande crise sistêmica do capitalismo – derivada da quebra da Bolsa de Nova Iorque, em 1929 –, os primeiros juslaboralistas já advertiam para essa *correlação necessária*⁴. No entanto,

4 Como assevera Palomeque López, já em 1933, Hugo Sinzheimer, um dos expoentes da escola juslaboralista socialdemocrata da Alemanha Weimariana, pronunciava, quando a Europa conhecia as graves consequências da crise de 1929, que o Direito do Trabalho estava em sua crise mais grave, sendo que por isso deveria ser reformado, por ser complementar da economia. E se perguntava: “Que sentido tem o Direito do Trabalho, se se apresenta fundamentalmente como o Direito de uma elite de trabalhadores que tem a fortuna de trabalhar, quando às margens dele existe um cemitério econômico de desemprego estrutural?” (destaques no original) (PALOMEQUE LÓPEZ, 1989, p. 22-26). A perplexidade discursiva do doutrinador da década de 1930 é tão atual que dispensa comentários.

esse discurso de que é necessário ceder alguns direitos trabalhistas para se preservar o emprego e se reerguer a economia (ou os mercados) é tão antigo como o próprio direito do trabalho⁵.

Daí que a verdadeira ameaça no sentido de que o mundo do trabalho passará, inevitavelmente, “em todos os países de economia aberta, por transformações extensas e profundas”, a exigir uma harmonização das “novas demandas empresariais com os direitos básicos dos trabalhadores”, para que seja assegurado “a todos os trabalhadores emprego, salários dignos e a maior quantidade de benefícios que a economia comporte” – como fundamenta o nobre Relator –, nada tem de novo. Antes mesmo do nascimento oficial do Direito do Trabalho no início do século XX, nas duras e sangrentas lutas travadas no século XIX, durante e após a primeira revolução industrial, já havia esse debate nos segmentos econômico, político e social. Outrossim, desde a década de 1980, e sobretudo a partir da intensa flexibilização que se deu nos anos 90, estudiosos de vários matizes já apontavam o equívoco do prenúncio do fim do trabalho, mas advertindo que realmente

5 O grande doutrinador espanhol Palomeque López adverte que a crise econômica é uma noção que tem acompanhado o Direito do Trabalho desde sempre, sendo, na verdade, um companheiro de viagem histórico deste ramo do Direito. De se reconhecer que a história do século XX revela pelo menos mais um período de crise tão intensa como a dos anos 1970-1980, exatamente a crise do período de 1929- 1945. Sem embargo, aponta o juslaboralista, foi durante a crise econômica dos anos 1930, mais precisamente no chamado “biênio reformista” republicano, que o Direito do Trabalho espanhol conheceu um dos períodos de crescimento mais progressivo e espectacular de toda a sua história, demonstrando que é plenamente possível a expansão do Direito do Trabalho numa situação de crise econômica. (PALOMEQUE LÓPEZ, 1989, p. 19-20)

haverá um crescente desemprego estrutural⁶, a exigir a intervenção do Estado para garantir direitos mínimos dos trabalhadores – inclusive e principalmente uma acentuada redução da jornada de trabalho, uma das poucas formas de realmente se propiciar uma distribuição equânime do (reduzido) trabalho –, tendo em vista que a liberdade de mercado somente agravará essa dura realidade.

Se não existe emprego sem a existência das empresas, de outra mirada, não existe aumento exponencial da lucratividade empresarial sem empregados que tornem possível a extração da mais-valia, como apontou há muito tempo o grande Karl Marx⁷. Não há como a empresa

6 Ricardo Antunes afirma que o enorme salto tecnológico que se iniciou na década de 1970 se constituiu numa primeira resposta do capital às greves consideradas “selvagens” de 1968. Os capitalistas compreenderam que, em vez de limitar-se a explorar a força de trabalho muscular dos trabalhadores, privando-lhes de qualquer iniciativa e mantendo-os no trabalho fracionado do método taylorista/fordista, poderiam multiplicar os lucros, explorando-lhes a imaginação, os dotes organizativos, a capacidade de cooperação, enfim, todas as virtualidades da inteligência. Foi com esse fim que os capitalistas desenvolveram a tecnologia eletrônica e os computadores, além de remodelar os sistemas de administração de empresa, implantando o novo sistema chamado toyotismo, a qualidade total e outras técnicas de gestão. (ANTUNES, 2001, p. 44-45).

Ocorre que, após a revolução tecnológica e a transnacionalização das empresas, nas décadas seguintes o ritmo de dispensa de mão de obra foi impressionante, inclusive nas indústrias que se expandiam. O crescimento do desemprego nestas décadas não foi simplesmente cíclico, mas também estrutural. Os empregos perdidos não retornariam quando os tempos melhorassem: não voltariam jamais. Surge, assim, o denominado desemprego estrutural, inclusive nos países em desenvolvimento, para os quais migraram as indústrias de trabalho intensivo – com a nova divisão internacional do trabalho –, em busca de trabalhadores com salários mais baixos. A tragédia histórica das décadas de crise foi que a economia de mercado não conseguia gerar novos postos de trabalho para os tantos desempregados. (HOBBSAWM, 1995, p. 402-406).

7 MARX, Karl. O capital: crítica da economia

crescer e se inserir de forma consistente no tal mercado, se ela não tiver trabalhadores que produzam os bens em escala ou prestem os serviços contratados. São verso e reverso da mesma medalha. Daí porque não se pode restringir direitos trabalhistas mínimos, inclusive porque são estes que propiciam a pujança do “mercado” consumidor, sem o qual a economia fica sempre à deriva. No entanto, a lógica do voto vencedor não foi essa. Pelo contrário, o eminente Relator insiste que os direitos do trabalho devem ceder, exigindo-se apenas os benefícios que a economia consiga suportar, ou seja, trata-se de uma lógica economicista que não encontra respaldo na realidade. Hobsbawm demonstrou com sua visão impecável da história, que nos períodos históricos em que o capital cedeu e houve a concessão de mais direitos sociais – inclusive e principalmente os trabalhistas – é que se deu o maior progresso econômico e social, com estabilidade política⁸. Com efeito, no lugar de defender a garantia

política, p. 363 e ss.

8 Na chamada Era de Ouro do capitalismo – de 1947 a 1973 – houve uma globalização da situação dos Estados Unidos “pré-1945”, que passou a servir de modelo de sociedade industrial capitalista para os demais países. Foi a era do automóvel. O modelo de produção em massa de Henry Ford (fordismo) se estendeu a indústrias do outro lado dos oceanos, ao passo que nos Estados Unidos o princípio fordista se ampliava para novos tipos de produção, desde a construção de moradias à chamada *jung food* – o McDonald’s foi uma história de êxito do pós-guerra. Bens e serviços antes restritos a minorias agora eram produzidos para um mercado de massa, com destaque para o setor do turismo. O que antes era um luxo se tornou o modelo de conforto desejado, pelo menos nos países ricos, como a geladeira, a máquina de lavar roupas, o telefone. Dessa maneira, era possível ao cidadão de classe média desses países viver da maneira como somente os muito ricos haviam vivido no tempo de seus pais. Houve, portanto, uma maior e melhor distribuição de bens e serviços neste rico período da história, no qual ocorreu uma reestruturação do capitalismo. (HOBBSAWM, 1995, p. 259)

e efetivação do máximo possível de direitos sociais, o voto vencedor segue afirmando, de forma oposta, ainda que sutil, a necessidade de se observar um limite de ônus que poderia ser suportado pela economia, em matéria de direitos sociais:

E, do modo como penso a vida, é preciso assegurar a todos os trabalhadores emprego, salários dignos e a maior quantidade de benefícios que a economia comporte.

(...) Porque se não houver desenvolvimento econômico, se não houver sucesso empresarial das empresas, não haverá emprego, renda ou qualquer outro direito para os trabalhadores.

É lógico que a *estabilidade econômica* – na perspectiva dos princípios da livre iniciativa e da livre concorrência – deve ser considerada como algo estruturalmente necessário para a garantia e efetivação dos próprios direitos sociais, mas não há que se olvidar da *ordem de valores adequada* firmada pela Constituição-cidadã, na qual os “Direitos Sociais” parecem ser mesmo mais nobres do que as dinâmicas de mercado e do que a busca frenética do lucro⁹, pois *imprescindíveis* a assegurar o princípio da dignidade humana, embora haja entre os direitos econômicos e sociais uma relação de complementaridade desejada pelos próprios princípios aqui referidos (art. 1º, III e IV, da Constituição da República Federativa do Brasil).

9 Como já afirmei em outro trabalho, um exemplo concreto de como a propriedade privada e a busca do lucro, para que sejam tutelados pelo Estado, devem proporcionar a efetividade dos direitos sociais em geral, e dos trabalhistas em particular, é o instituto da função social da propriedade (SILVA, José Antônio Ribeiro de Oliveira. A função social da propriedade e a proteção ao trabalhador. 2018. Artigo ainda não publicado).

Continuando sua *análise econômica do Direito*, o nobre Relator argumenta, ainda, que diante do desemprego brutal que existe no país – 13 milhões de desempregados e 37 milhões de trabalhadores na informalidade –, faz-se necessário “considerar as opções disponíveis, sem preconceitos ideológicos ou apegos a dogmas antigos”. E propõe, no lugar de uma “visão protecionista/paternalista”, uma (sua) “visão emancipatória, que favorece a negociação e a liberdade”, lembrando que a liberdade de contratar é “rigidamente limitada pela Constituição”, porque “há direitos fundamentais mínimos dos trabalhadores que estarão sempre assegurados” – como os direitos ao (i) salário, à (ii) segurança, ao (iii) repouso (semanal), às (iv) férias, ao (v) FGTS, entre outros –, encerrando essa análise com a lapidar frase de que “o **excesso de proteção muitas vezes desprotege**” (destaques não originais).

Algumas observações:

1ª) sobre a *liberdade de contratação*, Lacordaire já renunciara, em pleno século XIX, que essa liberdade, no mundo do trabalho, é escravizadora, motivo pelo qual se fazia necessária – e ainda se faz – a intervenção do Estado com a edição de normas legais cogentes para proteger de fato os trabalhadores¹⁰, ideia que conforma o princípio ontológico do Direito do Trabalho, o princípio da proteção;

2ª) parece que o insigne Ministro

10 Entre os fortes e fracos, entre ricos e pobres, entre senhor e servo é a liberdade que oprime e a lei que liberta”. Frase atribuída a Jean-Baptiste-Henri Dominique Lacordaire, em “Conférences de Notre-Dame de Paris” (1848). Disponível em: <https://pt.wikiquote.org/wiki/Henri_Dominique_Lacordaire>. Acesso em: 6 set. 2018.

desconhece o recente tsunami que se abateu sobre o Direito do Trabalho brasileiro com a Lei da Reforma Trabalhista, a qual assegura plena autonomia da vontade coletiva, instituindo a primazia do negociado sobre o legislado, inclusive sobre direitos mínimos, como os relacionados à jornada de trabalho e à segurança contra adoecimentos e acidentes do trabalho (art. 611-A da CLT), ao mesmo tempo que retirou a compulsoriedade da contribuição sindical, deixando os sindicatos a mendigar contribuições para se manter, afetando sobremaneira o *equilíbrio* necessário para uma negociação coletiva igualitária;

3ª) pior, parece que Sua Excelência desconhece a realidade mostrada friamente nas audiências trabalhistas, diariamente, na qual se constata que a grande maioria das causas trabalhistas que envolvem terceirização revela que a empresa contratada simplesmente dispensou os trabalhadores – muitas vezes por ter perdido os postos de trabalho na livre concorrência – *sem lhes pagar os direitos mínimos* que ninguém ousaria suprimir – nas palavras do Relator –, como saldo de salário, férias, FGTS e outros, verificando-se, invariavelmente, que esses trabalhadores sequer tiveram respeitados *seus limites humanos de jornada de trabalho* e que não receberam as horas extras correspondentes.

De modo que, conquanto *teoricamente* justificável a primazia dos mercados – ou da liberdade econômica –, na prática, quanto à terceirização, ela conduz a uma deplorável e ignorada supressão de direitos mínimos dos trabalhadores. Assim, a teoria economicista apenas impõe a priorização do mercado

em desfavor de quase um século de ciência juslaboralista e da inquestionável escala de valores desenhada pelo texto máximo do ordenamento jurídico brasileiro¹¹.

O viés econômico prevalece sobre o jurídico (trabalhista) mais uma vez quando o voto registra que a recepção da terceirização irrestrita seria muito mais confortável ao mercado, promovendo uma melhor flexibilização, desconsiderando-se por completo os *riscos e malefícios* que já se concretizam, na prática das relações de trabalho, como supramencionado. Veja-se:

4. Não se trata de uma questão de atividade meio ou de atividade fim, mas de saber se é bom para a lógica do negócio que determinados atividades sejam prestadas por terceiros. **Não é direito, é economia.**

5. Esse modelo de produção flexível é hoje uma realidade em todo mundo e, em virtude [da] globalização de mercados, constitui um **elemento essencial para a preservação da competitividade de todas as empresas.** Tanto é assim, que a terceirização foi adotada por um conjunto extenso de países. É amplamente praticada nos Estados Unidos; na Alemanha; na Áustria, nos países escandinavos, na Espanha e no Uruguai. É praticada com limitações semelhantes às que devem vigorar no Brasil: na França, no Reino Unido, na Itália, no Chile, na Argentina,

11 Fica ainda mais evidente essa constatação quando em toda a ciência jurídica, a começar pelo segmento constitucional, há a consciência de que entre ponderações de direitos sociais mínimos e facilitação do desenvolvimento econômico, a Constituição Federal jamais comportaria juízos de valor que fizessem do ser humano e sua força laboral mera variável pecuniária a ser considerada no cálculo do balanço patrimonial de custos x benefícios.

no México, na Colômbia, no Peru e em diversos outros países da América Latina (destaques em negrito não originais).

Coroando a ambientação econômica, arremata o Ministro procurando convencer que é insustentável uma economia que não seja baseada em terceirização irrestrita, afirmação que não leva em conta a história econômica recente do Brasil, pois durante uma década, de 2003 a 2013 – período em que o Tribunal Superior do Trabalho tinha jurisprudência pacífica no sentido da ilicitude da terceirização da atividade-fim –, o Brasil experimentou seu mais pujante sucesso econômico, chegando muito próximo de implementar o pleno emprego¹². Mas, vamos aos argumentos:

6. Esse é o contexto em que se debate a terceirização. Ela é muito mais do que uma forma de reduzir custos: é uma estratégia de produção imprescindível para a sobrevivência e competitividade de muitas empresas brasileiras, cujos empregos queremos preservar (destaques originais).

Na sequência, o eminente Ministro

12 Vide, por todos: DELGADO, Mauricio Godinho. *Direito coletivo do trabalho*, 2017, p. 29. Nosso grande juslaboralista demonstra que em dezembro de 2002 havia 28,6 milhões de empregados registrados em nosso país, ao passo que em dezembro de 2013, 11 anos após, havia quase 49 milhões de empregos formais no Brasil, “uma evolução de aproximadamente 70% sobre o patamar de dezembro de 2002”. Daí a importância da função civilizatória e democrática do direito do trabalho, enaltecida pelo autor, mas sempre olvidada em épocas de crise, como a que estamos vivenciando desde 2014, mas sobretudo a partir de 2016, sendo o caso de se lamentar que as reformas predatórias recentes e a consolidação de jurisprudências regressivas tendem a aumentar o estado geral de crise, como há anos se passa em outros países, a exemplo da Espanha, Grécia e outros.

passa ao enfrentamento de *argumentos contrários à terceirização*, tentando demonstrar o equívoco das premissas, contudo, utilizando-se de uma argumentação própria dos sofistas, *data maxima venia*, por não enfrentar diretamente tais argumentos, tangenciando o problema sem demonstrar o acerto da solução proposta. A ver:

(i) à objeção de que a terceirização visa apenas à redução do custo da mão de obra, o ilustre Ministro defende a ideia de que a terceirização proporciona: a) maior eficiência na prestação de serviços por terceiros; b) ampliação da capacidade produtiva; c) acesso a mão de obra qualificada; e d) desenvolvimento de atividades que demandam profissionais de ponta.

Assim, não se nega diretamente que a *finalidade* precípua da terceirização seja a elevação dos lucros por se conseguir mão de obra mais barata. Ademais, essas finalidades secundárias parecem pouco sustentáveis na terceirização de serviços inerentes à atividade principal da empresa, porque (a) a qualidade (eficiência) pode não ser alcançada quando ausente um plano de carreira e um maior envolvimento do trabalhador na vida da empresa; (b) havendo aumento temporário da demanda, nem sempre a empresa terceirizada estará em condições de fornecer mais trabalhadores para uma maior produção; (c) a mão de obra qualificada em muitos casos prefere prestar serviços na qualidade de autônomo; (d) os profissionais de ponta raramente estarão desvinculados de uma carreira sólida em empresa de nome consolidado – e não de mero fornecimento de serviços –, quando não imersos

em seus próprios negócios (autônomos).

(ii) à afirmação de *precarização* da relação de emprego e de submissão dos terceirizados a *condições adversas de saúde e segurança*, o Ministro aponta “providências simples” para a solução de tais problemas, com um pacote de imposições regulamentadoras da terceirização, que envolvam: a) exigência de que a empresa contratante se certifique das condições econômicas da contratada; b) “equiparação de condições de saúde e segurança dos empregados terceirizados às condições dos empregados da contratante”; c) responsabilidade subsidiária da contratante.

Ocorre que a jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho, inclusive a consubstanciada na própria Súmula 331, já pronuncia *há anos* as condições das letras “a” e “c”, e tem sido rigorosa quanto à “equiparação” da letra “b”, e isso não tem mudado a realidade brasileira, porque invariavelmente as empresas contratantes *não se certificam* da idoneidade financeira da empresa contratada, não fiscalizam o cumprimento das mais comezinhas obrigações trabalhistas, *não oferecem* nem mesmo seus serviços de saúde aos terceirizados e ainda negam em defesa, no âmbito do processo do trabalho, qualquer responsabilidade para com os haveres dos trabalhadores que, com o suor de cada dia, auxiliaram no sucesso do empreendimento da contratante. *Em suma*, a realidade é mais feia do que as belas palavras do ilustre Ministro.

(iii) à alegação de *alta rotatividade* e seus riscos para a sustentabilidade dos sistemas de previdência e assistência social, o Ministro assevera que as empresas de

fornecimento de mão de obra “empregam por prazo indeterminado” e se houver redução de demanda em algum setor, “a empresa contratada poderá eventualmente alocar a mão de obra em outro setor”.

Não houve enfrentamento *direto* da objeção, talvez porque o nobre Ministro, por não ter militado na Justiça do Trabalho, desconheça a crua realidade: quando a empresa terceirizada perde a contratação dos serviços por ela oferecidos, em regra generalíssima, *não tem como realocar* essa mão de obra. É dizer, na imensa maioria dos casos surge uma empresa que oferece os serviços por um valor menor – na licitação pública ou no mercado privado –, e a antiga empresa, perdendo o contrato, simplesmente dispensa todos os empregados que prestavam serviços à contratante, *não pagando sequer saldo de salário e verbas rescisórias*, jogando os trabalhadores na fila do seguro-desemprego. Portanto, o argumento retórico do voto, além de profundamente contraditório, inclusive com as ideias de incremento em qualidade e produtividade defendidas, não enfrenta diretamente a questão da alta rotatividade da mão de obra, que o nobre Ministro entende ser até natural por decorrer “de variações de mercado, da economia e da produção”. Isso sem dizer que o trabalho de uma pessoa não pode ser descartado assim, sem mais, pois o trabalho confere identidade à pessoa, dando-lhe uma verdadeira “conformação social”¹³.

13 Guilherme Guimarães Feliciano, em nossa obra coletiva, aponta, dentre os aspectos precarizantes da terceirização, o seguinte:

- os setores terceirizados apresentam os maiores níveis de rotatividade de mão-de-obra de toda a economia nacional: de acordo com o IPEA, os empregados diretos

(iv) à desigualdade salarial e ao oferecimento de benefícios inferiores, o Ministro menciona três índices de diferença de remuneração entre os terceirizados e os empregados diretos da contratante, em dados apresentados pela CUT e pelo IPEA, de 24%, 12% e 3%, o que estaria a revelar imprecisão nos dados.

Contudo, o voto *não nega* que haja, de fato, *disparidade salarial e de benefícios* concedidos pelas empresas, e até tenta justificar isso, pois não seria lógico que empresas distintas pagassem “os mesmos benefícios”. Ademais, ainda que as pesquisas apresentem resultados diferentes, nelas há uma *única constante*: a inferioridade do salário percebido por terceirizados em relação aos contratados diretamente¹⁴. Ao se permitir que na mesma empresa trabalhem, lado a lado, empregados diretos e terceirizados, exercendo as mesmas funções – com a terceirização ampla e irrestrita

.....
permanecem no mesmo emprego por 5,8 anos em média; já os terceirizados permanecem no mesmo emprego, em média, por apenas 2,6 anos, amiúde com períodos intercalares de informalidade (ou agora, sob o pálio da Reforma, com períodos de “contratação intermitente”, o que equivale à oficialização da precariedade, como vimos supra). Há, com isto, sérias consequências para as próprias finanças públicas, com a elevação do número de beneficiários do seguro-desemprego e o aumento da concessão de aposentadorias por idade (i.e., sem a contribuição mínima de 30/35 anos)[.] (destaques no original). (FELICIANO, 2018, p. 256)

14 Vide FELICIANO:

- os trabalhadores terceirizados percebem remuneração 27,1% inferior à dos trabalhadores diretos (= tendencial achatamento salarial): segundo dados do DIEESE (2013- 2014), os setores da economia que contratava diretamente pagavam em média, aos seus empregados, salários de R\$ 1.824,20, enquanto os setores terceirizados remuneravam seus trabalhadores com o montante médio de R\$ 1.329,40[.] (FELICIANO, 2018, p. 256)

–, e que estes recebam *salário menores e benefícios inferiores*, o que se estará tolerando é que o princípio da isonomia seja simplesmente esquartejado.

(v) contra a restrição *da terceirização para atividades-fim*, o Ministro entende que “não há qualquer racionalidade na diferenciação entre os dois tipos de atividade” (atividade-fim e atividade-meio), porque o *risco de precarização* “existiria para todo tipo de atividade”, de fim ou de meio.

Aqui o sofisma se apresenta ainda mais claro, porque, primeiro, não se negou que *há intenso risco de precarização* na terceirização, como infelizmente tem sido constatado, na prática; segundo, o que os laboristas verdadeiramente preocupados com a dignidade humana dos trabalhadores querem, ao impedir a terceirização da atividade-fim, é *exatamente* que essa mesma precarização *se estenda a todos os trabalhadores*. Não se pode descartar uma jurisprudência construída durante décadas por argumentos que apenas tangenciam o real problema. Se a atividade-fim não fosse mais substancial para a vida empresarial do que a atividade-meio, de fato seria desarrazoada a distinção, mas o que propõe o insigne Ministro, ao fim e ao cabo, é que haja a possibilidade de *existência de empresa sem empregados*, de sócios que investem seu capital na contratação de empresas de terceirização, deixando de assumir quaisquer riscos da atividade econômica, como já tem ocorrido em alguns setores da economia, a exemplo do setor calçadista. Nessas amargas experiências, o trabalhador sequer sabe quem é o tomador de seus serviços, para tentar conseguir a

responsabilização – *meramente subsidiária* – pela satisfação de seus direitos fundamentais.

Encaminhando-se para o final, o voto passa a pregar a inconstitucionalidade da vedação à terceirização na atividade-fim, não de forma implícita, como sutilmente se faz notar em todo controle de constitucionalidade, mas de forma aberta e declarada. Seria inconstitucional essa vedação por três fundamentos:

(i) *violação aos princípios da livre iniciativa e da livre concorrência* – para o Ministro, as empresas precisam gozar de maior liberdade a fim de adotarem estratégias de produção que “lhes assegurem melhores resultados, maior eficiência e maior competitividade”;

(ii) *violação ao princípio da segurança jurídica* – para ele, a dicotomia das atividades (de fim e de meio) pela Súmula 331 promove insegurança jurídica e tratamento não isonômico, impedindo a redução da litigiosidade;

(iii) *falta de respaldo legal para as restrições à terceirização de atividade-fim* – com o fundamento de que “há na terceirização uma relação triangular”, com duas relações bilaterais: *uma de natureza civil*, presente no contrato de prestação de serviços celebrado entre as empresas (contratante e terceirizada); *outra de natureza trabalhista*, na relação de emprego que tem como partes a empresa contratada e o seu empregado.

Ignora-se, assim, que a jurisprudência também é *fonte do Direito* – veja-se, aí, a doutrina de observância dos precedentes judiciais, tão enfatizada após a vigência do novo CPC –, sendo que no direito do trabalho

isso está expresso no art. 8º da CLT desde 1943. Ademais, a possibilidade de terceirização da atividade-fim das empresas vai *umentar ainda mais a litigiosidade*, porque os terceirizados se sentirão inferiorizados por exercer funções idênticas às dos empregados da empresa contratante, recebendo salários mais baixos e menor quantidade de benefícios. Enfim, a livre iniciativa e a livre concorrência não podem ser asseguradas quando implicarem em vilipêndio dos direitos trabalhistas fundamentais – o que só acontecer na terceirização brasileira –, porque o respeito aos valores sociais do trabalho está no mesmíssimo patamar que aquelas liberdades, ex vi dos arts. 1º, IV, e 170, caput e incisos IV e VIII, da Constituição da República Federativa do Brasil. A ordem econômica há de assegurar a todos – empresários e também trabalhadores – uma existência digna, porque o princípio da dignidade humana (art. 1º, III) deve estar acima de qualquer liberdade de empresa, por ser o grande pilar de sustentação da sociedade brasileira.

Quanto à inexistência de limites constitucionais à terceirização, o ilustre Ministro argumenta que **“os ganhos de eficiência proporcionados pela terceirização não podem decorrer do descumprimento de direitos ou da violação à dignidade do trabalhador”** (destaques originais).

Contudo, para que a empresa contratada possa oferecer serviços inerentes à atividade-fim da empresa contratante com um *custo menor*, por óbvio que terá de *reduzir os direitos* dos trabalhadores que contratar. Trata-se de *raciocínio matemático*: se uma empresa “A” gastava X com mão de obra, remunerando Y a cada trabalhador, como pode gastar X-20% e ter pessoas trabalhando em

suas dependências, terceirizados empregados pela empresa “B”, que percebam salários idênticos aos de seus antigos funcionários? Como o X-20% recebido pela empresa “B” será suficiente para remunerar Y aos mesmos trabalhadores terceirizados? Se o insigne Ministro empregou em todas as premissas de seu silogismo o raciocínio econômico da AED – análise econômica do Direito –, *como pode ter se olvidado de resolver essa simples equação?* Penso que o voto enveredou-se apenas pelos argumentos sempre apregoados pelo capital, que invariavelmente buscará afirmar suas “fórmulas mágicas”, que sempre prometem benefícios para todos, mas na prática implicam num alto custo para os direitos sociais que com muita luta foram conquistados, proporcionando o *aumento da acumulação* que tem conduzido a uma *desigualdade perigosa*.

Ocorre que, ao ver do Ministro, *três limites já existentes*, inferidos da Constituição da República Federativa do Brasil, se efetivos, bastarão para que seja garantido o patamar civilizatório mínimo aos terceirizados:

- (i) a contratante deverá certificar-se da idoneidade e da capacidade econômica da empresa terceirizada para honrar o contrato com todas as obrigações, inclusive de cunho trabalhista e previdenciário, que dele decorrem, por meio da verificação da sua capacidade econômica; (ii) deverá fornecer diretamente, aos empregados terceirizados, equipamentos, treinamento e adequadas condições de saúde, higiene e segurança no trabalho, sempre que a prestação do serviço se der em suas instalações; e (iii) **assumirá a responsabilidade subsidiária caso a empresa terceirizada deixe de honrar quaisquer**

dessas obrigações (desde que tenha participado na relação processual em que ocorrer a condenação e que conste do título judicial), tal como já ocorre hoje, em razão do que prevê a Súmula 331 do TST (destaques originais).

Mas em nenhuma hipótese, jamais, se poderia declarar **“vínculo de emprego direto entre a contratante e o trabalhador da contratada, resolvendo-se eventuais intercorrências no campo da responsabilidade subsidiária da contratante”** (destaques originais).

Enfim, diante dos *princípios da livre iniciativa e da livre concorrência* (art. 170, caput e inciso IV, da CF), “que autorizam a terceirização”, e para assegurar a dignidade humana do trabalhador, os seus direitos fundamentais do trabalho, dentre eles o direito à proteção da saúde e à segurança no ambiente laboral (arts. 1º e 7º da CF), o nobre Ministro propõe a *seguinte tese*:

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

Conquanto criticável a tese por praticamente negar vigência ao art. 3º da CLT no âmbito da terceirização, impedindo o reconhecimento de vínculo de emprego entre a contratante e o trabalhador terceirizado *ainda que presentes* os requisitos clássicos que o definem, bem como ao jogar todos os problemas que certamente surgirão para o campo da responsabilidade – *meramente subsidiária*, quando no direito comparado a responsabilidade da empresa contratante quase sempre é solidária em relação à empresa contratada –, infelizmente, essa tese foi aclamada pelo E. STF, por sete votos favoráveis e quatro contrários.

Pior, a tese firmada pelo Plenário é ainda mais perigosa, porque contém uma *redação bem mais reduzida*, não fazendo menção alguma à obrigação de a empresa contratante “*zelar pelo cumprimento de todas as normas trabalhistas, de seguridade social e de proteção à saúde e segurança do trabalho incidentes na relação entre a empresa terceirizada e o trabalhador terceirizado*”, tampouco à assunção de responsabilidade subsidiária “*pela indenização por acidente de trabalho*”¹⁵. A tese fixada pelo Tribunal foi a

15 Como é amplamente sabido, os setores nos quais há forte predomínio da técnica da terceirização apresentam os maiores índices de acidente do trabalho e adoecimentos ocupacionais. Vide FELICIANO:

- há um incremento setorial, nos segmentos terceirizados, do número de acidentes de trabalho e mortes decorrentes do trabalho: são também do DIEESE (2005) dados a revelarem que, de cada dez acidentes de trabalho, oito vitimizam trabalhadores terceirizados, sendo que, em caso de morte decorrente do trabalho, quatro das cinco ocorrências eram registradas em notificações de empresas terceirizadas. Assim, em termos médios, oitenta por cento dos acidentes de trabalho estariam ligados à prestação de trabalho terceirizado[.] (destaques originais) (FELICIANO, 2018, p. 256) Veja-se, ainda, minha obra sobre flexibilização da jornada de trabalho e acidentes do trabalho, na qual

seguinte, como já pontuado ao início deste artigo:

“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”.

Nada mais a acrescentar. O que se evidencia, nesse julgamento do E. STF, é um 7 x 4 que certamente terá consequências desastrosas para a organização dos trabalhadores e para o cumprimento de seus direitos fundamentais. *O tempo dirá.*

5. Conclusão

Bem seu viu que há argumentos contrários à terceirização ampla e irrestrita que, na visão dos juslaboralistas verdadeiramente preocupados com a satisfação dos direitos sociais mínimos dos trabalhadores, parecem mais do que lógicos, sendo até óbvios, inclusive porque proporcionam o aumento da renda dos trabalhadores, a melhoria do mercado consumidor e o bem coletivo.

De outra mirada, os argumentos que favorecem os mercados, em nome da

.....
demonstro, com inúmeras estatísticas, que nas atividades econômicas nas quais predominam a prestação de serviços a terceiros, como no setor de transportes, bem como nos serviços de vigilância, limpeza e de escritório, as taxas de adoecimentos ocupacionais são altíssimas, maiores do que nos outros setores. Ademais, na Espanha, os trabalhadores com contratos temporários (por prazo determinado), nos quais prevalece a subcontratação (nossa terceirização), apresentam uma taxa de 50% dos acidentes do trabalho e doenças relacionadas ao trabalho, embora representem algo em torno de 33% dos trabalhadores empregados. (SILVA, 2013, p. 228-244)

sempre apregoada liberdade de empresa (livre iniciativa), na análise econômica do Direito, sempre vencem em épocas de crises econômicas, com o velho discurso de que as regras protecionistas do direito do trabalho engessam a atividade empresarial, que é dinâmica e necessita de liberdade para enfrentar a cada vez mais acirrada concorrência.

Contudo, os juslaboralistas preocupados com a dura realidade sempre apresentada nos processos em trâmite na Justiça do Trabalho, ou presenciada nos órgãos públicos encarregados de cuidar da situação dos trabalhadores – Ministério do Trabalho, INSS etc. –, sempre advertem que a redução do patamar civilizatório mínimo invariavelmente causa uma piora da situação geral. Vários estudiosos já demonstraram, à saciedade, que nos períodos em que houve uma verdadeira harmonização do lucro empresarial com a satisfação desses direitos mínimos, houve um progresso social – e econômico – considerável.

Portanto, aceitar a terceirização ampla e irrestrita significa, na bela síntese de Guilherme Feliciano:

[...] a admissão da mercancia pura e simples da força de trabalho humano (ou “*marchandage*”, na tradicional expressão francesa, a configurar, no ordenamento legal francês, infração penal prevista no art. L8234-1 do Code du Travail, que remete aos artigos 131-38 e 131-39 do Code pénal e impõe sanções penais – inclusive prisão de dois anos – para pessoas físicas e jurídicas). Terceirizar atividade-fim da empresa, em particular, significa admitir que a empresa tomadora possa captar, no mercado de trabalho, horas de labor humano ao melhor preço disponível, sem qualquer responsabilidade

direta para com as pessoas que desempenharão as atividades demandadas. No limite, caminha-se para a reificação do trabalhador, que o tomador de serviços não conhece e não precisa conhecer; suas relações contratuais se estabelecem com o prestador de serviços, que lhe ofertará essa mão-de-obra; e, tendencialmente, o tomador optará sempre por contratar o prestador que lhe ofereça o mesmo “lote” de horas de trabalho a menor preço. (FELICIANO, 2018, p. 246-247)

Espero, sinceramente, daqui a dez anos reescrever este breve artigo e me penitenciar por estar equivocado quanto às preocupações aqui manifestadas. Que o tempo se encarregue de demonstrar o equívoco de meus argumentos. Prefiro a concretização dos direitos fundamentais dos trabalhadores à satisfação intelectual de reconhecimento do acerto de meu discurso argumentativo.

Bibliografia

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

DELGADO, Gabriela Neves; DUTRA, Renata Queiroz. Terceirização sem limites: a crônica de uma tragédia social anunciada. JOTA. Publicado em 4 set. 2018. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/terceirizacao-sem-limites-a-chronica-de-uma-tragedia-social-anunciada-04092018>>. Acesso em: 6 set. 2018.

DELGADO, Mauricio Godinho. Direito coletivo do trabalho. 7. ed., rev., atual. e ampl. São

Paulo: LTr, 2017.

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

HOBBSAWM, E. J. Era dos Extremos: o breve século XX: 1914-1991. Tradução de Marcos Santarrita; revisão técnica de Maria Célia Paoli. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

MARX, K. O capital: crítica da economia política. Livro I. Tradução de Reginaldo Sant'Anna. 22. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2004.

PALOMEQUE LÓPEZ, M.-C. Derecho del trabajo e ideología: medio siglo de formación ideológica del Derecho español del trabajo (1873-1923). 4. ed. Madri: Editorial Tecnos, 1989.

PEREIRA, Ricardo José Macêdo Britto. Terceirização, a CLT e a Constituição. Disponível em: <<http://trabalho-constituicao-cidadania.blogspot.com/2013/>>. Acesso em 6 set. 2018.

SILVA, José Antônio Ribeiro de Oliveira. A flexibilização da jornada de trabalho e a violação do direito à saúde do trabalhador: uma análise comparativa dos sistemas jurídicos brasileiro e espanhol. São Paulo: LTr, 2013.

_____. A função social da propriedade e a proteção ao trabalhador. 2018. Artigo ainda não publicado.

TRINDADE, Rodrigo. O STF e o andor da terceirização. Publicado em 31 ago. 2018. RT – Revisão Trabalhista. Disponível em: <<http://revisaotrabalhista.net.br/2018/08/31/o-stf-e-o-andor-da-terceirizacao/>>. Acesso em 6 set. 2018.

net.br/2018/08/31/o-stf-e-o-andor-da-terceirizacao/>. Acesso em 6 set. 2018.

UGARTE C., José Luis. Análisis económico del Derecho: el Derecho Laboral y sus enemigos. Montevidéo: Fundación de Cultura Universitária, 2001.