

REFORMA TRABALHISTA E JUSTIÇA DO TRABALHO: OLHOS VENDADOS E MÃOS ATADAS?

LABOR REFORM AND JUSTICE OF WORK: EYES SHUTTED AND HANDS TIED?

Florença Dumont Oliveira*

RESUMO

O presente artigo objetiva comentar, brevemente, a nova redação dada ao art. 8º da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), pela Lei n. 13.467/2017, à luz das fontes de integração do Direito do Trabalho e da interpretação jurisprudencial. A norma em comento deve ser interpretada à luz dos princípios inerentes ao Direito do Trabalho, além dos princípios da inafastabilidade do Poder Judiciário, da dignidade da pessoa humana e do valor social do trabalho.

Palavras-chave: Art. 8º da CLT. Hermenêutica jurídica. Integração e interpretação do Direito do Trabalho. Interpretação e exame dos acordos e convenções coletivas.

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O presente artigo objetiva comentar, brevemente, a nova redação dada ao art. 8º da CLT, pela Lei n. 13.467/2017, que assim dispõe:

Art. 8º As autoridades administrativas e a Justiça do Trabalho, na falta de disposições legais ou contratuais, decidirão, conforme o caso, pela jurisprudência, por analogia, por equidade e outros princípios e normas gerais de direito, principalmente do direito do trabalho, e, ainda, de acordo com os usos e costumes, o direito comparado, mas sempre de maneira que nenhum interesse de classe ou particular prevaleça sobre o interesse público.

§ 1º O direito comum será fonte subsidiária do direito do trabalho.

§ 2º Súmulas e outros enunciados de jurisprudência editados pelo Tribunal Superior do Trabalho e pelos Tribunais Regionais do Trabalho não poderão restringir direitos legalmente previstos nem criar obrigações que não estejam previstas em lei.

§3º No exame de convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho, a Justiça

* Mestra em Direito do Trabalho. Procuradora do Trabalho.

do Trabalho analisará exclusivamente a conformidade dos elementos essenciais do negócio jurídico, respeitado o disposto no art. 104 da Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), e balizará sua atuação pelo princípio da intervenção mínima na autonomia da vontade coletiva.

A redação original do *caput* do art. 8º, que trata das fontes e integração jurídica, foi mantida integralmente. Contudo, a lei altera o texto do então parágrafo único¹, substituindo-o pela novel redação dada ao § 1º do art. 8º, que se limita a dispor que o direito comum será fonte subsidiária do Direito do Trabalho, excluindo o texto anterior que complementava a norma, ao determinar a aplicação subsidiária nos casos de ausência de incompatibilidade com os princípios fundamentais do Direito do Trabalho. Ademais, foram adicionados outros dois parágrafos ao artigo em comento.

O que, concreta e efetivamente, mudará com a reforma trabalhista no aspecto? Teria o juiz perdido espaço para interpretar a lei? Não haveria norma para além do texto legal? Significaria a aplicação única e literal do brocardo *in claris cessat interpretatio*? Não haveria mais diferença entre o Direito Civil e o Direito do Trabalho? Como interpretar o texto que parece restringir a interpretação, inclusive à luz da Constituição da República? Sem a pretensão de responder às questões propostas, buscar-se-á uma breve reflexão acerca das recentes alterações mencionadas.

2 FONTES E INTEGRAÇÃO DO DIREITO DO TRABALHO

O juiz não poderá se abster de decidir diante de lacuna, ambiguidade ou omissão na lei, até mesmo para que se garanta certa pacificação social. A obrigação de julgar é imanente à natureza do Poder Judiciário e ao ofício do magistrado.²

Por isso mesmo, na falta de disposições legais ou contratuais, o juiz (intérprete) poderá se valer de analogia, equidade, jurisprudência, normas gerais de direito, costumes e direito comparado, devendo prevalecer o interesse público.³ E, aplicando a lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum.⁴

O problema das lacunas jurídicas é inerente ao sistema, considerando o caráter dinâmico do direito. Conforme ensina Diniz:

¹ Eis a redação anterior: "Parágrafo único - O direito comum será fonte subsidiária do direito do trabalho, naquilo em que não for incompatível com os princípios fundamentais deste."

² MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. Rio de Janeiro: Forense, 1992.

³ *Caput* do art. 8º da CLT e art. 4º do Decreto-Lei n. 4.657/1942 (Lei de Introdução ao Código Civil).

⁴ Art. 5º da Lei de Introdução ao Código Civil.

O direito apresenta lacunas, porém é, concomitantemente, sem lacunas [...] porque seu próprio dinamismo apresenta solução para qualquer caso *sub judice*, dada pelo Poder Judiciário ou Legislativo. O próprio direito supre seus espaços vazios, mediante a aplicação e criação de normas. De modo que o sistema jurídico não é completo, mas completável.⁵

Quanto às lacunas, estas costumam ser classificadas em três principais espécies, a saber: normativa (ausência de norma sobre o caso), ontológica (existência de norma que não mais corresponde aos fatos sociais) e axiológica (existência de preceito normativo que, se aplicado, conduzirá à solução injusta ou insatisfatória).⁶

E para preencher lacunas o intérprete se valerá das fontes do Direito e das técnicas de interpretação e integração jurídica, considerando a existência de um sistema aberto e os mecanismos disponíveis para sua justa aplicação.

No âmbito do Direito do Trabalho, cita-se a hipótese prevista na Orientação Jurisprudencial n. 355 da Subseção I Especializada em Dissídios Individuais do Tribunal Superior do Trabalho (TST), como exemplo de analogia, que trata da aplicação dos efeitos da não-concessão do intervalo intrajornada aos casos de não-concessão do intervalo interjornada. Trata-se de hipótese em que o e. TST reputou adequado o preceito existente em uma situação específica a outras situações semelhantes.

Podem-se citar, ainda, as Súmulas n. 229 e 428 do e. TST, que tratam da aplicação analógica do § 2º do art. 244 da CLT ao eletricitário e ao empregado que, à distância e submetido a controle patronal por instrumentos telemáticos ou informatizados, permanecer em regime de plantão ou equivalente, aguardando chamado para o serviço durante o período de descanso. No caso, tendo em vista a existência de similitude factual entre tais empregados e os ferroviários e, ainda, os princípios da razoabilidade, igualdade e enriquecimento sem causa⁷, entendeu a jurisprudência majoritária que a norma celetista especificamente prevista para os últimos deveria também ser aplicada aos primeiros.

Trata-se de exemplos de concretização de técnicas de integração do direito, em que a jurisprudência optou por aplicar uma regra expressa e específica para outros casos com circunstâncias laborais parecidas. Os mesmos casos concretos poderiam ter dado ensejo a interpretações diferentes. Por exemplo, seria razoável também entender que o § 2º do art. 244 da CLT restringe as horas de sobreaviso à razão de 1/3 do salário

⁵ DINIZ, Maria Helena. *As lacunas no direito*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 306.

⁶ DINIZ, Maria Helena. *As lacunas no direito*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 95.

⁷ BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de direito do trabalho*. 10. ed. São Paulo: LTr, 2016.

normal, e, portanto, a interpretação restritiva aplicada aos ferroviários não poderia ser estendida aos demais trabalhadores. Nessa esteira, seria plausível o entendimento no sentido de que todos aqueles que tivessem sua liberdade pessoal tolhida (ainda que parcialmente), ficando em constante estado de alerta, deveriam ter seu tempo computado como à disposição, remunerando-se normalmente as horas em que o trabalhador não tivesse plena disponibilidade de seu tempo, e não apenas à razão de 1/3. Ou, ao reverso, poder-se-ia pensar que a restrição apenas parcial da liberdade do empregado não ensejaria o pagamento de salário algum.

A existência de, pelo menos, três interpretações (anteriormente expostas) para uma mesma situação demonstra ser falha a pretensão de que a regra contenha, em si, todo o substrato inerente à norma a ser aplicada ao caso concreto, não se podendo usurpar do juiz seu poder-dever de dizer o direito e entender a lei dentro do sistema jurídico como um todo.

Não há como se pretender, portanto, a existência de uma única verdade incontestável, geradora de segurança jurídica, ou de uma única resposta para o caso concreto.

Assim como o intérprete poderá se valer da analogia como método de integração do direito, também poderá se valer da jurisprudência, costumes, direito comparado, princípios e normas gerais de direito e equidade.

A equidade (no sentido aristotélico, de retificação das distorções que uma lei genérica poderá ocasionar) e os princípios gerais de Direito e do Direito do Trabalho também deverão ser utilizados como forma de interpretar a lei.

Quanto à modificação do parágrafo único do art. 8º, embora não haja previsão expressa na lei de que a aplicação subsidiária do direito comum apenas poderá ocorrer se houver compatibilidade com os princípios próprios do Direito do Trabalho, tal compatibilidade é inferida do sistema jurídico, sendo desnecessário que a lei diga o óbvio. Portanto, conquanto não haja previsão expressa na lei, entende-se que o sentido da norma não fora alterado, haja vista que o processo hermenêutico levará à exegese de que a aplicação subsidiária do Direito Civil apenas poderá ocorrer se não for incompatível com os princípios fundamentais do Direito do Trabalho. Inclusive, nessa linha, não houve alteração em relação ao art. 769 da CLT, que prevê expressamente a necessária compatibilidade do Direito Processual Civil com as normas de Direito Processual do Trabalho.

Cumprе relevаr que, а teor do método lógico ou racional, também utilizado na operação interpretativa, а lei, após produzida, encarna uma vontade própria, não podendo ser interpretada à luz de simples exteriorização da vontade do legislador.⁸

⁸ DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2016.

Portanto, não cumpre perquirir o motivo pelo qual o legislador teria excluído parte da redação do antigo parágrafo único do art. 8º, inferindo-se, pelos métodos lógico, sistemático e teleológico, a necessária compatibilidade entre as normas do Direito do Trabalho e as do Direito Civil para a aplicação deste, até mesmo para que não se perca o sentido da realidade que penetra o Direito do Trabalho.

3 JURISPRUDÊNCIA E INTERPRETAÇÃO

A jurisprudência, em essência, tem por fim estratificar o sentido de determinada norma para o caso concreto. Portanto, em regra, as súmulas e outros enunciados objetivam interpretar a lei, por meio do Direito existente, assim visto como sistema aberto.

Por um lado, pode-se dizer que não há, necessariamente, criação de obrigações não previstas no ordenamento jurídico, porquanto, ainda que não haja lei específica para o caso sumulado, tais obrigações poderão ser extraídas do sistema como um todo pelas técnicas de integração e pelas fontes do Direito. Significa dizer que a inexistência de regra específica não representa a inexistência do direito, porque “[...] ao preencher lacunas o órgão judicante não cria direito novo; nada mais faz senão desvendar normas que, implicitamente, estão contidas no sistema jurídico.”⁹

Nesse sentido, o juiz, ao elaborar normas individuais para cumprir sua missão integradora, não o faz em criação autônoma, mas em conformidade ao sistema.¹⁰ E tal deve ser a interpretação do § 2º do art. 8º, vale dizer, no sentido de que o Poder Judiciário não pode se imiscuir em funções que não lhe são próprias (como legislar), mas pode e deve interpretar a lei e integrar o Direito.

Por outro, a própria lei reconhece certo poder jurígeno à jurisprudência, ao prever que esta será fonte do Direito do Trabalho (*caput* do art. 8º).¹¹ Portanto, o poder-dever de preencher lacunas concedido pela lei confere ao julgador, em certa medida, a faculdade de elaborar regras (não arbitrárias e imparciais). Dessa forma, ainda que o juiz não possa alterar ou substituir o direito, ele tem o poder-dever de interpretá-lo e aperfeiçoá-lo diante do caso concreto, analisando-o à luz do sistema jurídico como um todo, pautado por seus princípios e regras.¹²

⁹ DINIZ, Maria Helena. *As lacunas no direito*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 307.

¹⁰ DINIZ, Maria Helena. *As lacunas no direito*. São Paulo: Saraiva, 2009.

¹¹ DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2016.

¹² GOMES, Magno Federici; FREITAS, Frederico Oliveira. Lacunas no direito. *In: Âmbito jurídico*. Rio Grande, XIII, n. 75, abr. 2010. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7291>. Acesso em: 10 ago. 2017.

E, embora mantidas as normas relativas à integração no Direito do Trabalho, permitindo-se o uso da jurisprudência como fonte do Direito do Trabalho, o § 2º acrescentado ao art. 8º informa que as súmulas e enunciados editados pelo Tribunal Superior do Trabalho e pelos Tribunais Regionais do Trabalho não poderão restringir direitos nem criar obrigações.

Consoante o já registrado, em tese não há propriamente criação de obrigações novas, mas normas desvendadas no sistema jurídico, ainda que com explicitação de regras específicas.

E ainda que uma leitura apressada possa sugerir que o juiz esteja vinculado ao texto gramatical da lei, não há espaço para tal entendimento. O processo hermenêutico não poderá desconsiderar o diálogo entre o texto e o intérprete, suas experiências e as condições socioculturais existentes quando da leitura, interpretação e aplicação da norma:

[...] leis, tratados, convenções, decretos e regulamentos devem ser conhecidos pelo jurista não apenas em sua literalidade, mas sob uma hermenêutica aprofundada, funcionalizada e aplicativa, guiada pelo axioma da promoção da dignidade da pessoa humana na permanente dialética entre a norma e o fato, entre o formal e o social, cujo resultado, ainda que imprevisível, resulta na constante reinvenção e renovação do direito.¹³

O Direito, portanto, não se limita à fonte legislativa, sendo dever do intérprete reconhecer as questões sociais e culturais que o rodeiam, ao aplicar a lei ao caso concreto. A utilização isolada do antigo brocardo no sentido de que disposições claras não comportam interpretação não é aplicada na atualidade, mormente considerando-se que qualquer texto carece de interpretação.

Nessa esteira, o próprio art. 5º do Decreto-Lei n. 4.657/1942 dispõe que, “Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum.” Há tempos, pois, o próprio Direito Civil rompeu com a exegese tradicional das escolas de estrito legalismo ou dogmatismo, em que o intérprete era escravo da lei.

Ensina Alice Monteiro de Barros:

[...] a jurisprudência, como expressão do direito, deverá proporcionar a solução mais eficaz para os conflitos entre capital e trabalho. E essa eficácia é a sua adequação aos novos fatos da vida social, que o Direito visa a regular, em

¹³FACHIN, Luiz Edson. Aspectos de alguns pressupostos histórico-filosóficos hermenêuticos para o contemporâneo direito civil brasileiro - elementos constitucionais para uma reflexão. In: ANJOS FILHO, Robério Nunes dos (Org.). *10 anos do código civil*. Edição Comemorativa. Brasília: ESMPU, 2014. p. 92.

determinado momento [...]. Esses fatos, por sua vez, estão em constante mutação, a qual o direito codificado não consegue acompanhar [...]. [...] à luz da observação da realidade jurídica, é necessário que as decisões, sem desrespeitar o ordenamento jurídico vigente, resolvam a sua trajetória, indicando-se o caminho justo.¹⁴

Portanto, a lei existe para ser compreendida de forma justa e eficaz. Vejamos, por exemplo, os arts. 62, III, e 442-B da CLT, também incluídos pela Lei n. 13.467/2017, que deverão ser interpretados diante do caso concreto. O art. 62, III, exclui da abrangência do regime da jornada os empregados em regime de teletrabalho. Já o art. 442-B determina que “A contratação do autônomo, cumpridas por este todas as formalidades legais, com ou sem exclusividade, de forma contínua ou não, afasta a qualidade de empregado prevista no art. 3º desta Consolidação.”

Tais (e outros) dispositivos deverão ser interpretados de acordo com os princípios que regem o Direito do Trabalho, especialmente o princípio do contrato-realidade (também chamado de princípio da primazia da realidade sobre a forma). Aliás, até mesmo o Direito Civil, aplicável subsidiariamente, informa que, “Nas declarações de vontade se atenderá mais à intenção nelas consubstanciada do que ao sentido literal da linguagem.” (art. 112 do Código Civil brasileiro). Mais ainda no Direito do Trabalho o que importa é a prática concreta efetivada ao longo da prestação de serviços, independentemente da vontade manifestada pelas partes.¹⁵

Portanto, ainda que sejam cumpridas as formalidades inerentes à contratação do autônomo, se estiverem presentes os elementos fático-jurídicos da relação de emprego, especialmente a subordinação, não ficará afastada a sua qualidade de empregado. Por óbvio, para que se afaste a qualidade de empregado, deve haver efetiva autonomia, no sentido material da palavra. A hipótese assemelha-se ao já conhecido art. 442, parágrafo único, introduzido pela Lei n. 8.949/1994, que dispõe não haver vínculo de emprego entre a cooperativa e seus associados. A jurisprudência trabalhista vem decidindo, acertadamente, que o vínculo de emprego apenas não existe se não estiverem presentes os elementos da relação de emprego e se houver real cooperativismo, porquanto, havendo fraude, será configurado o vínculo de emprego.¹⁶

¹⁴BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de direito do trabalho*. 10. ed. São Paulo: LTr, 2016. p. 109.

¹⁵DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2016.

¹⁶Nesse sentido, há farta jurisprudência, citando-se exemplificadamente: 1) Número único Proc. RR-299000-26.2005.5.04.0018. Publicação: DEJT 10/10/2012. Acórdão da 2ª Turma - Relator Ministro José Roberto Freire Pimenta. 2) Número único Proc. RR 16562320105020046. Publicação: DEJT 13/11/2015. Acórdão da 3ª Turma - Relator Ministro Mauricio Godinho Delgado.

Da mesma forma, apenas é razoável conceber que o trabalhador em teletrabalho não se submeterá ao capítulo de jornada se, efetivamente, seu trabalho não for compatível com o controle de jornada, porquanto, uma vez submetido, na prática, ao controle de jornada pelo empregador, o que poderá ocorrer por meios telemáticos, haverá aplicação das normas pertinentes. Mais uma vez, a jurisprudência já possui tal entendimento em relação aos empregados que exercem atividades externas.¹⁷ E não poderia deixar de ser assim, até porque, sendo a jornada controlável, seria inconstitucional o não-pagamento de horas extras (incisos XIII e XVI do art. 7º da CR/88).

E, de fato, não se pode conceber que a lei venha para, pura e simplesmente, retirar direitos dos empregados e institucionalizar a fraude, até porque os preceitos constitucionais pertinentes ao Direito do Trabalho não foram revogados, a exemplo do valor social do trabalho e do conceito da relação de emprego, acolhido pelo inciso I do art. 7º da CR/88.

Também corrobora tal interpretação o teor do art. 9º da CLT, que dispõe serem “[...] nulos de pleno direito os atos praticados com o objetivo de desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação dos preceitos contidos na presente Consolidação.” Dessa forma, por exemplo, o contrato firmado formalmente com um “autônomo” que é subordinado, assim como a submissão de um trabalhador ao teletrabalho com efetivo controle de jornada, objetivando simplesmente fraudar direitos, torna o ato nulo, não podendo o empregador se valer de determinada formalidade para se esquivar de garantir direitos trabalhistas decorrentes do reconhecimento do vínculo empregatício ou não pagar horas extras.

Finalmente, registre-se que, ainda que a jurisprudência não crie, a rigor, direitos e obrigações, ela tem como função específica interpretar, vivificar, humanizar, suplementar e rejuvenescer a lei.¹⁸

4 EXAME DAS CONVENÇÕES COLETIVAS E INTERVENÇÃO MÍNIMA

Segundo o § 3º incluído ao art. 8º, no exame de convenções e acordos coletivos de trabalho, a Justiça do Trabalho analisará exclusivamente a conformidade dos elementos essenciais do negócio jurídico (art. 104 do Código Civil), balizando sua atuação pelo princípio da intervenção mínima na autonomia da vontade coletiva.

¹⁷ Número único Proc. AIRR 105749720145140092. Publicação: DEJT 13/11/2015. Acórdão da 4ª Turma - Relator Ministro João Oreste Dalazen; Número único Proc. RR 7808820105090041. Publicação: DEJT 12/6/2015. Acórdão da 3ª Turma - Relator Ministro Mauricio Godinho Delgado.

¹⁸ FRANÇA, R. Limongi. *Hermenêutica jurídica*. São Paulo: Saraiva, 1999.

A leitura do parágrafo em comento deverá ser feita à luz dos princípios da separação dos poderes e da inafastabilidade do Poder Judiciário, insculpidos nos arts. 2º e 5º da Constituição da República, de modo que nenhuma interpretação da regra em comento poderá afrontar tais normas constitucionais.

Nos termos do art. 104 do Código Civil, a validade do negócio jurídico requer agente capaz, objeto lícito, possível, determinado ou determinável e forma prescrita ou não defesa em lei.

Quanto aos agentes, seriam eles, no caso, empresa e sindicato (empresarial ou profissional). Nos termos do inciso III do art. 4º do Código Civil, são relativamente incapazes aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade. No caso do sindicato profissional, para além das questões meramente formais quanto à sua capacidade, vem à tona o seguinte questionamento: teria ele real liberdade para exprimir sua vontade?

Infelizmente, o sindicato tem caminhado para a hipossuficiência ao lado do trabalhador, como pondera Márcio Túlio Viana ao tratar da prevalência do negociado sobre o legislado:

[...]

É que nem sempre basta o sindicato para que as forças se igualem. Realmente, o sindicato pode equilibrar as forças - pelo menos em termos relativos - num contexto de pleno emprego, com produção centralizada, empresas verticalizadas, trabalhadores homogêneos e relações estáveis de emprego.

[...]

Em vários países - inclusive no nosso - grande parte dos direitos trabalhistas veio sob a forma de normas de ordem pública, impondo patamares mínimos à própria negociação coletiva.[...] Com isso, o sindicato profissional se sentava sem medo à mesa de negociações. [...] E era exatamente essa restrição à convenção coletiva que a libertava para cumprir o seu verdadeiro papel enquanto fonte do Direito do Trabalho, reduzindo em grau crescente as taxas de mais-valia.

A propósito, nunca é demais lembrar que o Direito do Trabalho só tem sentido enquanto instrumento de proteção do trabalhador. Sua estratégia - contrária à do Direito Civil - é a de incorporar desigualdades para reduzir desigualdades. Sem ela, ele próprio se torna Direito Civil.

[...]

Hoje, as peças já não se encaixam como antes. O novo modo de produzir não corresponde ao sindicato. A moderna empresa já não abriga multidões uniformes, trabalhando anos a fio, em jornada plena, sofrendo os mesmos dramas e sonhando sonhos iguais. Como dizíamos, ela se fragmenta e se diversifica, e com isso despedaça o movimento sindical. Com a diferença que ela controla - e ele não - cada um de seus pedaços.

Além disso, a crescente mobilidade da empresa viabiliza ameaças do tipo: “ou vocês cedem, ou nos mudamos daqui”. A greve dá lugar a um fenômeno que se assemelha ao *lockout*, e que é tão ou mais eficaz do que ela própria já foi. Não é preciso que a promessa se realize: bastam as ameaças.

E como já não vivemos o pleno emprego, mas o desemprego e o subemprego, não é só o coletivo operário, mas o próprio trabalhador que se parte ao meio, perdendo a sua face coletiva. A solidariedade cede passo ao individualismo. A nova empresa consegue externalizar a própria concorrência, jogando-a por sobre os ombros dos empregados e de suas contratadas. E salve-se quem puder.

Paradoxalmente, é nesse contexto de fragilização estrutural do sindicato que surge a ideia de se eliminar os patamares mínimos.

[...]

Na verdade, a ideia de se eliminar um dos poucos mecanismos que apoiam o nosso sindicalismo é resultado não só da ideologia, mas da própria fragilização do movimento sindical. E, seguramente, vai servir para fragilizá-lo ainda mais.

[...] ainda que não surjam perdas diretas, a simples possibilidade jurídica de que elas aconteçam pode alterar profundamente o jogo de forças [...].

Ou seja: as convenções coletivas terão um papel cada vez menor do ponto de vista de construção do Direito do Trabalho, embora possam assumir grande importância na criação progressiva de um Direito Civil do Trabalho.

[...]

Na verdade, falar em “livre negociação” num contexto de desemprego, terceirizações e fraudes é quase como falar em “livre contrato de trabalho”. A igualdade de regras traz a desigualdade de resultados; a liberdade formal leva à opressão real. Embora em dose menor, o que se passa no plano individual se reproduz na esfera coletiva.¹⁹

Não bastasse o caminho tortuoso sofrido pelo sindicato ao longo dos anos, a possível perda de sua fonte de custeio (contribuição sindical obrigatória), em razão da reforma trabalhista, poderá aumentar mais ainda seu grau de hipossuficiência e perda do poder de barganha.

Quanto ao objeto lícito, a CLT, no art. 611-B, prevê hipóteses em que o objeto de convenção coletiva ou acordo coletivo serão ilícitos. Além de tais hipóteses deverá o juiz analisar as normas constitucionais, inclusive princípios constitucionalizados, que não poderão ser revogados pela legislação ou por convenção coletiva. No aspecto, mister ponderar que o princípio da norma mais favorável, por exemplo, está previsto no *caput* do art. 7º da CR/88.

¹⁹VIANA, Márcio Túlio. Quando a livre negociação pode ser um mau negócio (crítica ao projeto que altera o art. 618 da CLT). *Rev. Trib. Reg. Trab. 3ª Reg.* - Belo Horizonte, 34(64): 155-159, jul./dez. 2001. Disponível em: <https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/1939/73135/2001_viana_marcio_quando_livre.pdf?sequence=1>. Acesso em: 09 ago. 2017.

Considerando que a própria lei celetista faz remissão ao Código Civil para a análise da validade das convenções e acordos coletivos, permitindo o uso subsidiário do direito comum, o magistrado também poderá avaliar, no caso concreto, eventuais defeitos do negócio jurídico que poderão invalidar, total ou parcialmente, o acordado coletivamente, citando-se, por exemplo, a lesão, o dolo, o estado de perigo e a coação.

Despiciendo relembrar, ademais, que o instrumento coletivo deverá ser fruto de efetiva negociação, mediante a concessão de vantagens recíprocas, e não mera renúncia unilateral de direitos, sob pena de invalidação do instrumento.

Também deverá o magistrado ter em mente, quando do exame de convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho, a eficácia horizontal dos direitos fundamentais, vale dizer, a necessária incidência dos direitos fundamentais no âmbito das relações privadas, com ênfase para a ponderação dos valores envolvidos.

5 CONCLUSÃO

O momento político em que vivemos leva ao inexorável questionamento: há justiça e democracia na lei? A reforma trabalhista foi aprovada sem a devida discussão e amadurecimento. O mesmo erro não deverá ser cometido pelos intérpretes e aplicadores da lei, incluído o Poder Judiciário.

Toda a legislação trabalhista deve ser interpretada de forma sistemática e em consonância com os princípios que regem o Direito do Trabalho. A hermenêutica jurídica atrela-se à existência de um sistema aberto, onde as regras estão submetidas a preceitos constitucionais, com destaque para o princípio da dignidade da pessoa humana, e à contraprova da realidade²⁰:

[...] como a constituição do Direito se dá gradativa e dialeticamente, abarcando leis elaboradas em momentos histórico-ideológicos bastante distintos, busca-se uma hermenêutica crítica, que conceba no Direito a complexidade da vida, interpretando-o com base em seus princípios e valores fundamentais; uma hermenêutica não adstrita à formalidade, mas alargada pela substancialidade do ser humano e de sua dignidade.²¹

²⁰FACHIN, Luiz Edson. Aspectos de alguns pressupostos histórico-filosóficos hermenêuticos para o contemporâneo direito civil brasileiro - elementos constitucionais para uma reflexão. In: ANJOS FILHO, Robério Nunes dos (Org.). *10 anos do código civil*. Edição Comemorativa. Brasília: ESMPU, 2014. p. 78-99.

²¹FACHIN, Luiz Edson. Aspectos de alguns pressupostos histórico-filosóficos hermenêuticos para o contemporâneo direito civil brasileiro - elementos constitucionais para uma reflexão. In: ANJOS FILHO, Robério Nunes dos (Org.). *10 anos do código civil*. Edição Comemorativa. Brasília: ESMPU, 2014. p. 94.

A equidade, no sentido de suavização do rigor da norma abstrata, “[...] sempre tenderá a auxiliar o operador jurídico a concluir com sensatez e equilíbrio sua atuação específica.”²²

Dessa forma, o Direito do Trabalho deverá ser interpretado considerando a equidade, a Constituição da República e os princípios gerais de Direito e do Trabalho.

Deve-se, portanto, buscar o pensamento contido no Direito enquanto sistema. Por isso mesmo é que, havendo lacunas (sejam elas normativas, ontológicas ou axiológicas), serão buscados elementos para a integração do direito, conforme estabelece o *caput* do art. 8º da CLT. Da mesma forma, §3º do art. 8º deverá ser lido em consonância com o princípio constitucional da inafastabilidade do Poder Judiciário, e o seu §2º deverá ser interpretado em consonância com o próprio *caput* do artigo e também tendo em vista que o Poder Judiciário, na realidade, desvenda normas já existentes, ainda que implicitamente, no sistema.

Conclui-se também que o Direito Civil será fonte supletiva do Direito do Trabalho, desde que não haja incompatibilidade, sendo que a alteração que deu origem ao § 1º teve por escopo, simplesmente, evitar a redundância. Nesse ponto cumpre destacar que o próprio Direito Civil vem fazendo uma releitura de seus institutos, com base nos princípios e valores constitucionais e objetivando os fins sociais da lei e as exigências do bem comum.

Nenhuma norma pertinente ao Direito do Trabalho poderá ser interpretada de forma incompatível com postulados elementares, como a dignidade da pessoa humana, a cidadania e o valor social do trabalho, além dos princípios da proteção, primazia da realidade, irrenunciabilidade, continuidade, boa-fé, isonomia e função social da propriedade, entre outros, sob pena de esvaziamento do sentido dos direitos fundamentais sociais dos trabalhadores.

Não se pode descuidar, ainda, do princípio do não retrocesso social e dos princípios gerais da atividade econômica, a saber: valorização do trabalho humano, justiça social, função social da propriedade e busca do pleno emprego (entendendo-se a palavra pleno não apenas no sentido de quantidade, mas também de qualidade e dignidade).

O Poder Judiciário deverá ter assegurada sua independência em relação aos demais Poderes e ter resguardado seu poder-dever de dizer o direito, com imparcialidade. Seus olhos estarão fechados, mas suas mãos não poderão estar acorrentadas.

²² DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2016. p. 179.

Na análise das convenções e acordos coletivos, o Juiz deverá preservar a autonomia coletiva até onde esta realmente existir, velando pela efetividade de preceitos sociais elementares e pela garantia da eficácia dos direitos fundamentais. Deverá também analisar a efetiva liberdade do sindicato para contratar, inclusive no sentido material da palavra.

E não poderá se eximir de resolver o caso concreto, dizendo qual é o direito aplicável, considerando as fontes e técnicas de interpretação, atentando-se às lacunas, inclusive ontológicas e axiológicas.

Apesar do argumento falacioso no sentido de que o Direito do Trabalho estaria velho, não muito se alterou quanto à antiga exploração por meio do trabalho alheio, com níveis de concentração de renda cada vez mais alarmantes. A antiga mais-valia continua atual, ainda que sob roupagens diferentes.

Será mesmo necessário repensar o Direito do Trabalho ou bastaria que se repensasse a forma de pensar o Direito? Poderá o magistrado, ao aplicar rígida e literalmente o princípio da intervenção mínima na autonomia da vontade coletiva, permitir a destruição negociada do Direito do Trabalho? Não há espaço para o retrocesso a um Direito Civil superado desde a Lei de Introdução ao Código Civil, que determina a aplicação da lei tendo em vista os seus fins sociais. E o § 2º do art. 8º não pode ser lido de forma dissociada de seu *caput*, que confere à jurisprudência o *status* de fonte do Direito, além de conferir poder-dever ao Juiz para decidir por analogia, equidade, princípios gerais de Direito e do Direito do Trabalho, e, inclusive, de acordo com os costumes e com o direito comparado, sempre objetivando o interesse público.

Parafraseando Fernando Pessoa, o Direito, assim como viver, não é preciso. Respeitar o primado do trabalho é preciso.

ABSTRACT

The present article aims to comment the new wording given to CLT Article 8, by Law 13.467/17, in light of the sources of integration of the Labor Law and the jurisprudential interpretation. The norm in question must be interpreted in the light of the inherent principles in Labor law, in addition to the principles of the impossibility to remove of the Judiciary the dignity of the human person and the social value of work.

Keywords: *CLT Article 8. Legal hermeneutics. Integration and interpretation os Labor Law. Interpretation and examination af collective deals and conventions.*

REFERÊNCIAS

- BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de direito do trabalho*. 10. ed. São Paulo: LTr, 2016.
- CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *Hermenêutica jurídica e(m) debate: o constitucionalismo brasileiro entre a teoria do discurso e a ontologia existência*. Belo Horizonte: Forum, 2017.
- DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2016.
- DINIZ, Maria Helena. *As lacunas no direito*. São Paulo: Saraiva, 2009.
- FACHIN, Luiz Edson. Aspectos de alguns pressupostos histórico-filosóficos hermenêuticos para o contemporâneo direito civil brasileiro - elementos constitucionais para uma reflexão. *In: ANJOS FILHO, Robério Nunes dos (Org.). 10 anos do código civil*. Edição Comemorativa. Brasília: ESMPU, 2014.
- FRANÇA, R. Limongi. *Hermenêutica jurídica*. São Paulo: Saraiva, 1999.
- GOMES, Magno Federici; FREITAS, Frederico Oliveira. Lacunas no direito. *In: Âmbito jurídico*. Rio Grande, XIII, n. 75, abr. 2010. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7291>. Acesso em: 10 ago. 2017.
- MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. Rio de Janeiro: Forense, 1992.
- SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2016.
- VIANA, Márcio Túlio. Quando a livre negociação pode ser um mau negócio (crítica ao projeto que altera o art. 618 da CLT). *Rev. Trib. Reg. Trab.* 3ª Reg. - Belo Horizonte, 34(64): 155-159, jul./dez. 2001. Disponível em: <https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/1939/73135/2001_viana_marcio_quando_livre.pdf?sequence=1>. Acesso em: 09 ago. 2017.

“REFORMA TRABALHISTA” E TERCEIRIZAÇÃO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: REFLEXÕES CRÍTICAS

“LABOR REFORM” AND OUTSOURCING IN PUBLIC ADMINISTRATION: CRITICAL REFLECTIONS

Bárbara Natália Lages Lobo*
Regiane Pereira da Silva**

RESUMO

O presente artigo versa sobre os contratos mantidos entre a Administração Pública para a prestação de serviços públicos, utilizando-se da terceirização trabalhista. Além de reflexões críticas sobre o instituto e a possibilidade de sua utilização para desvios de verbas públicas, serão analisadas as normas que dispõem sobre o tema e as alterações introduzidas pela Lei n. 13.467/2017, a denominada “Reforma Trabalhista”.

Palavras-chave: Terceirização. Administração Pública. Lei n. 13.467/2017 (Reforma Trabalhista). Corrupção.

1 INTRODUÇÃO

Em 13 de julho de 2017, foi sancionada a Lei n. 13.467, a denominada “Reforma Trabalhista”. A despeito das inúmeras inconstitucionalidades formais e materiais da norma, bem como do discurso falacioso governamental e midiático a respeito dos benefícios advindos com a sua promulgação, dentre eles o restabelecimento da estabilidade econômica e o aumento do número de empregos, os quais, sabemos, não se resolvem com medidas flexibilizatórias, ressaltamos que não se trata a aludida lei de elemento único da “reforma trabalhista”, somando-se a ela outras políticas e normas justrabalhistas, destacando-se a Lei n. 13.429, de 31 de março de 2017.

As referidas leis alteraram a redação da Lei n. 6.019/1974, que dispõe sobre o trabalho temporário nas empresas urbanas, sendo a principal norma

* Doutoranda e Mestre em Direito Público pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Autora do livro *O direito à igualdade na constituição brasileira* (2013). 2. ed. (2016). Servidora pública da Escola Judicial do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. Professora Assistente nas Pós-Graduações de Direito do Trabalho, Direito Processual do Trabalho e Direito Processual do Instituto de Educação Continuada - IEC - PUC-Minas.

** Especialista em Direito Processual pela PUC-Minas. Advogada.

que rege a terceirização trabalhista no ordenamento jurídico brasileiro. No âmbito da Administração Pública, aplica-se, ainda, para a finalidade de terceirização de atividades, a Lei n. 8.666/1993, que institui normas para licitação e contratos. Todas as leis referidas serão objeto de análise no presente artigo, assim como serão feitas reflexões críticas sobre os efeitos de sua aplicação.

2 TERCEIRIZAÇÃO TRABALHISTA NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

A Constituição da República de 1988 estabelece, no artigo 37, II e § 2º, que as entidades da Administração Pública direta e indireta devem realizar concurso público prévio, de provas ou de provas e títulos, para admissão de pessoal; sendo, portanto, um requisito obrigatório para investidura em emprego ou cargo público, *in verbis*:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

[...]

II - a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração;

[...]

§ 2º A não observância do disposto nos incisos II e III implicará a nulidade do ato e a punição da autoridade responsável, nos termos da lei. (BRASIL, 1998).

Apesar da imperatividade da norma constitucional, subsistiu no ordenamento jurídico brasileiro a possibilidade de se contratar trabalhadores, no âmbito da Administração Pública, sem a prestação de concursos públicos, dentre outras formas, pela terceirização, em virtude do permissivo constante no inciso XXI do art. 37 da Constituição da República (“XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, que somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações”), o qual se entendeu ter recepcionado as normas em vigor sobre o tema, quais sejam, Lei n. 6.019/74 (alterada pela Lei n. 13.429, de

31 de março de 2017¹), que dispõe sobre o Trabalho Temporário nas empresas urbanas, e a Lei n. 7.102/83, que dispõe sobre segurança para estabelecimentos financeiros, estipulando normas para constituição e funcionamento das empresas particulares que exploram serviços de vigilância e de transporte de valores.

Além da recepção das referidas normas, o advento da Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993, possibilitou a contratação pela Administração Pública de empresas de terceirização para a prestação de serviços, conforme artigos 1º, 2º e 6º, II.²

A Súmula n. 331 do Tribunal Superior do Trabalho (TST) versa sobre a legalidade do contrato de prestação de serviços, reconhecendo a ilegalidade da contratação de trabalhadores por empresa interposta, formando-se o vínculo diretamente com o tomador dos serviços, exceto no caso de trabalho temporário.

Assim, no item I da Súmula, temos a limitação temporal que possibilita a terceirização, qual seja, o trabalho temporário, o qual é caracterizado, nos termos do artigo 2º da Lei n. 6.019, como aquele trabalho prestado para atender à necessidade de substituição transitória de pessoal permanente ou à demanda complementar de serviços.

Conclusão lógica do referido item é a seguinte: se o trabalho prestado não visa à substituição transitória de pessoal permanente ou à demanda complementar de serviços, o trabalhador não poderá prestar serviços mediante a interposição de empresa prestadora de serviços e a real empregadora, a tomadora dos serviços.

Contudo, no item III da referida Súmula, o TST estabeleceu outras exceções à formação do vínculo empregatício com o tomador, quais sejam,

¹ A constitucionalidade da Lei n. 13.429/2017 está sendo questionada pelas Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADIs) n. 5.686 e 5.687, em tramitação no Supremo Tribunal Federal.

² Art. 1º Esta Lei estabelece normas gerais sobre licitações e contratos administrativos pertinentes a obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações e locações no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Parágrafo único. Subordinam-se ao regime desta Lei, além dos órgãos da administração direta, os fundos especiais, as autarquias, as fundações públicas, as empresas públicas, as sociedades de economia mista e demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios. Art. 2º As obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações, concessões, permissões e locações da Administração Pública, quando contratadas com terceiros, serão necessariamente precedidas de licitação, ressalvadas as hipóteses previstas nesta Lei. Parágrafo único. Para os fins desta Lei, considera-se contrato todo e qualquer ajuste entre órgãos ou entidades da Administração Pública e particulares, em que haja um acordo de vontades para a formação de vínculo e a estipulação de obrigações recíprocas, seja qual for a denominação utilizada. Art. 6º Para os fins desta Lei, considera-se: [...] II - Serviço - toda atividade destinada a obter determinada utilidade de interesse para a Administração, tais como: demolição, conserto, instalação, montagem, operação, conservação, reparação, adaptação, manutenção, transporte, locação de bens, publicidade, seguro ou trabalhos técnico-profissionais; [...]. (BRASIL, 1993).

“[...] a contratação de serviços de vigilância 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.”

Dessa forma, admitir a possibilidade excepcional de a terceirização de serviços ser a regra para determinadas categorias de trabalhadores somente endossa as desigualdades já observadas na esfera social, precarizando as relações de trabalho das pessoas de classes sociais mais baixas.

Em virtude das inúmeras contendas visando à declaração da ilicitude de terceirizações perpetradas pelo Estado e pleiteando a declaração do vínculo empregatício diretamente com a Administração Pública, o TST editou a Súmula 331, II, segundo a qual “A contratação irregular de trabalhador, através de empresa interposta, não gera vínculo de emprego com os órgãos da Administração Pública direta, indireta ou fundacional (art. 37, II, da Constituição da República).”

Apesar de o reconhecimento de vínculo com a Administração Pública ser inviável, o Judiciário entendeu que o princípio da isonomia previsto nos artigos 5º, *caput*, e inciso I, e 7º, XXXII, CF/88, deve ser respeitado. Nesse sentido, em 2011, a Seção de Dissídios Individuais I do TST editou a Orientação Jurisprudencial n. 383, com o seguinte teor:

383. TERCEIRIZAÇÃO. EMPREGADOS DA EMPRESA PRESTADORA DE SERVIÇOS E DA TOMADORA. ISONOMIA. ART. 12, “A”, DA LEI N. 6.019, DE 3/1/1974. (mantida) - Res. 175/2011, DEJT divulgado em 27, 30 e 31/5/2011.

A contratação irregular de trabalhador, mediante empresa interposta, não gera vínculo de emprego com ente da Administração Pública, não afastando, contudo, pelo princípio da isonomia, o direito dos empregados terceirizados às mesmas verbas trabalhistas legais e normativas asseguradas àqueles contratados pelo tomador dos serviços, desde que presente a igualdade de funções. Aplicação analógica do art. 12, “a”, da Lei n. 6.019, de 3/1/1974. (BRASIL, 2011).

Assim, caso se reconheça a ilicitude da terceirização, ao trabalhador terceirizado asseguram-se todas as verbas trabalhistas devidas ao empregado público que desenvolva as mesmas funções, porém sem a formação do vínculo empregatício com a Administração Pública, que responderá subsidiariamente, comprovada a conduta culposa, pelo adimplemento das verbas reconhecidas (itens IV e V da Súmula n. 331 do TST, em conformidade com a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal na Ação Declaratória de Constitucionalidade - ADC - n. 16)³; nesse sentido foi acrescido à Súmula n. 331 do TST o item V e modificado o item IV, *in verbis*:

³ ADC n. 16: EMENTA: RESPONSABILIDADE CONTRATUAL. Subsidiária. Contrato com a administração pública. Inadimplência negocial do outro contraente. Transferência consequente

[...]

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. 8.666, de 21/6/1993, 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.

Portanto, deve a Administração Pública fiscalizar a empresa intermediadora, no intuito de verificar se esta cumpre com as obrigações trabalhistas, sob pena de ser responsabilizada subsidiariamente pelo não adimplemento por parte da empresa. E é esse o ponto sensível que relaciona a terceirização na Administração Pública à prática de corrupção no Brasil, como noticia Julpiano Cortez:

É comum no setor público a utilização da terceirização para atender interesses políticos, burlando a Constituição Federal quando determina que a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos.

[...]

A terceirização se faz presente no setor público, mediante processo de licitação, por meio das empresas prestadoras de serviços nas atividades-meio, como transporte público, serviços de conservação e limpeza, coleta de lixo, saúde, segurança, vigilância, informática, construção e manutenção de estradas, medição de consumo (água, energia elétrica e gás) etc. (CORTEZ, 2015).

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 n. 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 n. 8.666, de 26 de junho de 1993, com a redação dada pela Lei n. 9.032, de 1995. (BRASIL, 2010). Mauricio Godinho Delgado elucida o teor da decisão: “[...] o STF, ao julgar a ADC 16, em sessão de 24/11/2010, declarando constitucional o art. 71 da Lei n. 8.666/93, considerou incabível fixar-se a automática responsabilidade das entidades estatais em face do simples inadimplemento trabalhista da empresa prestadora de serviços terceirizados. Nesse contexto, torna-se necessária a presença da culpa *in vigilando*, da entidade estatal, ou seja, sua inadimplência fiscalizatória quanto ao preciso cumprimento das obrigações trabalhistas da empresa terceirizante (responsabilidade subjetiva, derivada de culpa). (DELGADO, 2015).

Vem de longa data, na Administração Pública brasileira, a utilização da máquina pública pela classe política para obtenção de benefícios pessoais, para familiares e amigos, valendo-se da terceirização trabalhista, instrumentalizada pela realização de licitações para contratação de empresas inidôneas, inadimplentes e fraudulentas para o fornecimento de mão de obra, possuindo as empresas vencedoras algum vínculo com membros da classe política (ou os beneficiando financeiramente); tornando-se, desse modo, meio de enriquecimento ilícito em detrimento da qualidade e isenção dos serviços prestados, bem como dos direitos dos trabalhadores contratados.

Dessa forma, além de todos os problemas relacionados à terceirização trabalhista analisada de forma genérica, quais sejam, precarização dos direitos trabalhistas, insegurança dos trabalhadores em desrespeito ao princípio da continuidade de emprego, exposição da saúde e integridade dos trabalhadores, desmantelamento das categorias para pleitear direitos etc., no âmbito da Administração Pública, a terceirização facilita a prática de corrupção pelos desvios de verbas públicas na realização de licitações e contratações das empresas encarregadas pelo fornecimento da mão de obra a órgãos públicos, empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações públicas.⁴

A conduta supra onera duplamente o erário (consequentemente, os contribuintes e a sociedade), inicialmente, pelos dispêndios com a contratação da empresa fornecedora de mão de obra e, posteriormente, em virtude da inadimplência das verbas trabalhistas, e previdenciárias pela contratada (constituída para atuação fraudulenta). Reconhecida a conduta culposa da Administração Pública, surge a necessidade de novo pagamento em decorrência da responsabilidade estatal subsidiária.

Inúmeras decisões no âmbito da Justiça do Trabalho, em todas as instâncias, são proferidas diariamente nesse sentido, reconhecendo o Supremo Tribunal Federal igualmente essa possibilidade, como dito acima, resolvendo-se de forma paliativa e individual a questão, sem, contudo, aprofundar-se o Judiciário na raiz do problema, de matriz legislativa. Cabe a utilização, como exemplo, de recente decisão proferida pelo STF, publicada em 12/9/2017, sob relatoria do Ministro Luiz Fux, no Recurso Extraordinário n. 760.931, fixando tese para aplicação a casos semelhantes.

⁴ O próprio relator da "Reforma Trabalhista", deputado Rogério Marinho, é investigado em Inquérito que tramita perante o Supremo Tribunal Federal, sob o número 3.386, por relação com terceirizada fraudulenta (Preserve Recursos Humanos, a qual teria se apropriado de quase meio milhão de reais, devidos aos trabalhadores), bem como por suspeita de favorecimento da referida empresa em licitações realizadas pelo Município de Natal, como noticiado por André Campos e Piero Locatelli, em 26/04/2017, no seguinte link: <<https://economia.uol.com.br/noticias/redacao/2017/04/26/stf-investiga-relator-da-reforma-por-relacao-com-terceirizada-fraudulenta.htm>>.

Na referida decisão, o magistrado cita inúmeros benefícios gerados pelo instituto da terceirização, bem como a essencialidade da terceirização para a preservação de postos de trabalho e atendimento das demandas dos cidadãos, além de ser instrumento que possibilita à Administração Pública atender ao seu dever de eficiência.⁵ Em que pese a robusta fundamentação

⁵ Recurso Extraordinário n. 760.931: 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 N. 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. 1. A dicotomia entre “atividade-fim” e “atividade-meio” é imprecisa, artificial e ignora a dinâmica da economia moderna, caracterizada pela especialização e divisão de tarefas com vistas à maior eficiência possível, de modo que frequentemente o produto ou serviço final comercializado por uma entidade comercial é fabricado ou prestado por agente distinto, sendo também comum a mutação constante do objeto social das empresas para atender a necessidades da sociedade, como revelam as mais valiosas empresas do mundo. É que a doutrina no campo econômico é uníssona no sentido de que as “Firmas mudaram o escopo de suas atividades, tipicamente reconcentrando em seus negócios principais e terceirizando muitas das atividades que previamente consideravam como centrais” (ROBERTS, John. *The Modern Firm: Organizational Design for Performance and Growth*. Oxford: Oxford University Press, 2007). 2. A cisão de atividades entre pessoas jurídicas distintas não revela qualquer intuito fraudulento, consubstanciando estratégia, garantida pelos artigos 1º, IV, e 170 da Constituição brasileira, de configuração das empresas, incorporada à Administração Pública por imperativo de eficiência (art. 37, *caput*, CRFB), para fazer frente às exigências dos consumidores e cidadãos em geral, justamente porque a perda de eficiência representa ameaça à sobrevivência da empresa e ao emprego dos trabalhadores. 3. Histórico científico: Ronald H. Coase, “*The Nature of The Firm*”, *Economica (new series)*, Vol. 4, Issue 16, p. 386-405, 1937. O objetivo de uma organização empresarial é o de reproduzir a distribuição de fatores sob competição atomística dentro da firma, apenas fazendo sentido a produção de um bem ou serviço internamente em sua estrutura quando os custos disso não ultrapassarem os custos de obtenção perante terceiros no mercado, estes denominados “custos de transação”, método segundo o qual firma e sociedade desfrutam de maior produção e menor desperdício. 4. A Teoria da Administração qualifica a terceirização (*outsourcing*) como modelo organizacional de desintegração vertical, destinado ao alcance de ganhos de performance por meio da transferência para outros do fornecimento de bens e serviços anteriormente providos pela própria firma, a fim de que esta se concentre somente naquelas atividades em que pode gerar o maior valor, adotando a função de “arquiteto vertical” ou “organizador da cadeia de valor”. 5. A terceirização apresenta os seguintes benefícios: (i) aprimoramento de tarefas pelo aprendizado especializado; (ii) economias de escala e de escopo; (iii) redução da complexidade organizacional; (iv) redução de problemas de cálculo e atribuição, facilitando a provisão de incentivos mais fortes a empregados; (v) precificação mais precisa de custos e maior transparência; (vi) estímulo à competição de fornecedores externos; (vii) maior facilidade de adaptação a necessidades de modificações estruturais; (viii) eliminação de problemas de possíveis excessos de produção; (ix) maior eficiência pelo fim de subsídios cruzados entre departamentos com desempenhos diferentes; (x) redução dos custos iniciais de entrada no

do magistrado, *d.m.v.*, discordamos das inúmeras qualidades conferidas pelo ministro ao instituto, em virtude da realidade exploratória e precarizadora de direitos trabalhistas possibilitada pela terceirização e entendemos pela prejudicialidade ao conjunto de direitos sociais consagrados na Constituição, bem como desvalorização do trabalho pela desigualdade fática existente entre os trabalhadores que mantêm vínculo direto com a empresa para a qual prestam serviços em detrimento do relacionamento indireto relegado aos empregados terceirizados.

3 “REFORMA TRABALHISTA” E TERCEIRIZAÇÃO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: REFLEXÕES CRÍTICAS

O Legislativo, em franco atendimento aos comandos mercadológicos do capitalismo financeiro, consolidou normas flexibilizadoras, ocultando sob o título “Reforma Trabalhista” o desmonte dos direitos dos trabalhadores.

No que tange à terceirização, como dito supra, inicialmente, pela Lei n. 13.429, de 31 de março de 2017, aumentou as possibilidades de sua utilização. No dia 13 de julho de 2017, foi sancionada a Lei n. 13.467, que altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), as Leis n. 6.019, de 3 de janeiro de 1974, n. 8.036, de 11 de maio de 1990, e n. 8.212, de 24 de julho de 1991.

Esta última alterou alguns tópicos atinentes à terceirização trabalhista conforme veremos a seguir.

mercado, facilitando o surgimento de novos concorrentes; (xi) superação de eventuais limitações de acesso a tecnologias ou matérias-primas; (xii) menor alavancagem operacional, diminuindo a exposição da companhia a riscos e oscilações de balanço, pela redução de seus custos fixos; (xiii) (*sic*) maior flexibilidade para adaptação ao mercado; (xiv) não comprometimento de recursos que poderiam ser utilizados em setores estratégicos; (xv) diminuição da possibilidade de falhas de um setor se comunicarem a outros; e (xvi) melhor adaptação a diferentes requerimentos de administração, *know-how* e estrutura, para setores e atividades distintas. 6. A Administração Pública, pautada pelo dever de eficiência (art. 37, *caput*, da Constituição), deve empregar as soluções de mercado adequadas à prestação de serviços de excelência à população com os recursos disponíveis, mormente quando demonstrado, pela teoria e pela prática internacional, que a terceirização não importa precarização às condições dos trabalhadores. 7. O art. 71, § 1º, da Lei n. 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 n. 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 n. 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 n. 8.666/93.” (BRASIL, 2017).

No tocante às “atividades-fim” e “atividades-meio”, ficções jurídicas referendadas por teorias⁶ e pelo Judiciário, anteriormente não era possível a terceirização das primeiras, em detrimento das segundas. A partir da vigência da modificação da Lei n. 6.019/1974, em 14/11/2017, as “atividades-fim”, denominadas pela lei “atividade principal” da empresa, poderão ser desenvolvidas por terceirizados, conforme alterações nos artigos 4º-A e 5º, respectivamente incluído e alterado pela Lei n. 13.429/2017, e já modificados pela Lei n. 13.467/2017, conforme destaque abaixo:

Art. 2º A Lei n. 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. [...]” (NR).

“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.” (BRASIL, 2017)

A referida norma representa um retrocesso na legislação trabalhista, que deveria voltar-se para a completa erradicação do instituto, não se admitindo em nenhuma hipótese a terceirização, por precarizar direitos fundamentais trabalhistas. Ao contrário, a Lei n. 13.467/2017 sedimenta o instituto prejudicial, elastecendo sobremaneira as possibilidades de sua utilização e, no âmbito da Administração Pública, amplia a necessidade de realização de licitações para contratação de terceirizados, conseqüentemente, novas oportunidades para desvios de dinheiro público.⁷

⁶ A atividade-fim ou atividade principal pode ser definida como aquelas atividades “nucleares e definitórias da essência da dinâmica empresarial do tomador dos serviços.” (DELGADO, 2015, p. 489). Já a atividade-meio se refere a “atividades periféricas à essência da dinâmica empresarial do tomador de serviços” (DELGADO, 2015, p. 489). Julpiano Chaves Cortez apresenta a seguinte diferenciação entre a atividade-fim e atividade-meio: “Em que pese as controvérsias, são consideradas como atividades-meio as atividades acessórias ou intermediárias necessárias para que a empresa alcance seu objetivo essencial ou principal. [...] Considera-se atividade-fim a atividade principal, essencial ou preponderante (CLT, art. 581, § 2º), justificadora da constituição da empresa. A empresa poderá desenvolver mais de uma atividade-fim. A distinção entre atividade-fim e atividade-meio de uma empresa nem sempre se constitui em tarefa fácil”. (CORTEZ, 2015).

⁷ Após a publicação da Lei n. 13.429/2017, a Caixa Econômica Federal expediu norma interna RH 037, permitindo a contratação de terceirizados para realização das atividades dos bancários, em flagrante desatendimento à norma constitucional inscrita no inciso II do artigo 37 da CR/1988.

A Lei n. 13.467/2017 acresce à Lei n. 6.019/74 o artigo 4º-C, que garante aos trabalhadores terceirizados as mesmas condições de alimentação, serviços de transporte, ambulatorios e sanitários dos funcionários contratados da empresa tomadora de serviços, o que já era garantido pela jurisprudência sedimentada, como visto:

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. (BRASIL, 2017).

Destaca-se ainda que a Reforma prevê que a empresa tomadora de serviços não pode contratar como prestadora de serviço uma empresa que tenha como sócio uma pessoa que foi seu empregado nos últimos 18 meses.⁸ Tal proibição visa a evitar a “pejotização”, prática comum, cuja ocorrência se verifica pela determinação empresarial de que o empregado constitua uma pessoa jurídica para lhe prestar serviços, sem o dever de arcar com as verbas trabalhistas, fiscais e previdenciárias.

⁸ “Art. 5º-C. Não pode figurar como contratada, nos termos do art. 4º-A desta Lei, a pessoa jurídica cujos titulares ou sócios tenham, nos últimos dezoito meses, prestado serviços à contratante na qualidade de empregado ou trabalhador sem vínculo empregatício, exceto se os referidos titulares ou sócios forem aposentados.” (BRASIL, 2017).

Embora a justificativa seja “nobre”, seus efeitos práticos no que tange à prevenção da “pejotização” são inócuos, tendo em vista a inclusão na CLT, pela Lei n. 13.467/2017, do artigo que permite a “contratação” de trabalhador “autônomo”, sem o reconhecimento do vínculo empregatício, *in verbis*: “Art. 442-B. A contratação do autônomo, cumpridas por este todas as formalidades legais, com ou sem exclusividade, de forma contínua ou não, afasta a qualidade de empregado prevista no art. 3º desta Consolidação.”

Dessa maneira não se evita a “pejotização”, pois a sua implementação foi facilitada pelo bizarro instituto trabalhista de contratação de trabalhador autônomo sem contrato de trabalho, desonerando o trabalhador do dever de instituição de pessoa jurídica, mas precarizando sua relação de trabalho da mesma forma.

Destaca-se ainda que o empregado que for demitido não poderá ser contratado imediatamente por empresa prestadora de serviços e atuar como terceirizado da sua antiga empregadora. A lei prevê um prazo de carência para a contratação de 18 meses.

Art. 5º-D. O empregado que for demitido não poderá prestar serviços para esta mesma empresa na qualidade de empregado de empresa prestadora de serviços antes do decurso de prazo de dezoito meses, contados a partir da demissão do empregado. (BRASIL, 2017).

Somente se conforma com o teor do artigo supra quem não conhece a realidade administrativa brasileira, não convivendo de perto com a realidade da terceirização, sobretudo no âmbito da Administração Pública, em que as empresas prestadoras de serviços rescindem os contratos de trabalho, ao final do prazo do contrato administrativo, e esses trabalhadores, em sua maioria, são recontratados pela nova prestadora e, assim, sucessivamente, permanecendo esses trabalhadores, durante anos, registrados por empresas distintas, mas vinculados à tomadora de serviços, não se beneficiando, contudo, do tempo de dedicação e prestação de serviços, tampouco do *status* que detêm os servidores ou empregados públicos, bem como das vantagens constitucionais, estatutárias e legais inerentes aos referidos cargos e empregos.

CONCLUSÃO

Nesse sentido, reafirmamos que todo e qualquer tipo de terceirização, nos âmbitos privado e público, deveria ser tido por inconstitucional, por afronta ao direito à igualdade, devendo tais agentes públicos (nomenclatura dada pela Lei n. 8.429/1992, Lei de Improbidade Administrativa) ingressarem na Administração Pública somente mediante a realização de concursos

públicos, como preceitua o inciso II do artigo 37 da Constituição da República.

Entretanto, com a denominada “Reforma Trabalhista”, essa diretriz se apresenta cada vez mais distante, podendo ser suprida pelo acionamento do Supremo Tribunal Federal para reconhecimento da inconstitucionalidade das Leis n. 13.429/2017 e 13.467/2017.

Assim, é necessário que se repense, urgentemente, a licitude da terceirização trabalhista, levando-se em consideração todos os seus reveses no âmbito privado, mas, sobretudo, na Administração Pública, pois, além de se mostrar contrária aos princípios justralhistas e aos direitos fundamentais, apresenta-se como extremamente danosa ao patrimônio público, o que compromete o fundamento republicano do Estado brasileiro.

ABSTRACT

This article deals with the contracts maintained between the Public Administration for the provision of public services, using outsourcing. In addition to critical reflections on the institute and the possibility of its use for misappropriation of public funds, the rules on the subject and the changes introduced by Law n. 13.467 / 2017, the so-called “Labor Reform”, will be analyzed.

Keywords: *Outsourcing. Public administration. Law n. 13.467/2017 (Labor Reform). Corruption.*

REFERÊNCIAS

- BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei n. 4.330 de 20 de outubro de 2004. Dispõe sobre o contrato de prestação de serviço a terceiros e as relações de trabalho dele decorrentes. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=267841>>. Acesso em: 09 jul. 2015.
- _____. Constituição (1998). *Constituição da República Federativa do Brasil*. 41. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
- _____. Controladoria Geral da União. Ministério da Transparência apura desvios na Secretaria de Estado de Saúde do Maranhão. Ações investigativas, 02 jun. 2017. Disponível em: <<http://www.cgu.gov.br/noticias/2017/06/ministerio-da-transparencia-apura-desvios-na-secretaria-de-estado-de-saude-do-maranhao>>. Acesso em: 20 set. 2017.
- _____. Lei n. 13.429, de 21 de março de 2017. Altera dispositivos da Lei n. 6.019, de 3 de janeiro de 1974, que dispõe sobre o trabalho temporário nas empresas urbanas e dá outras providências; e dispõe sobre as relações de trabalho na empresa de prestação de serviços a terceiros. *Diário Oficial da*

- União*, Brasília, 22 março. 2017. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2017/Lei/L13429.htm#art1>. Acesso em: 19 set. 2017.
- _____. Lei n. 13.467, de 13 de julho de 2017. Altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943, e as Leis n. 6.019, de 3 de janeiro de 1974, 8.036, de 11 de maio de 1990, e 8.212, de 24 de julho de 1991, a fim de adequar a legislação às novas relações de trabalho. *Diário Oficial da União*, Brasília, 14 julho. 2017. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13467.htm>. Acesso em: 19 set. 2017.
 - _____. Lei n. 4.594, de 29 de dezembro de 1964. Regula a profissão de corretor de seguros. *Diário Oficial da União*, Brasília, 05 de janeiro de 1965. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/LEIS/L4594.htm>. Acesso em: 09 jul. 2015.
 - _____. Lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. *Diário Oficial da União*, Brasília, 1º maio. 1943. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm>. Acesso em: 08 jul. 2015.
 - _____. Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, 22 junho. 1993. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8666cons.htm>. Acesso em: 19 set. 2017.
 - _____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 760.931. Relator Ministro Luiz Fux. Publicação em 12 set. 2017. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13589144>>. Acesso em: 21 set. 2017.
 - _____. Tribunal Superior do Trabalho. Orientação Jurisprudencial n. 383. Seção de Dissídios Individuais I-SDI I. Res. 175/2011, DEJT divulgado em 27, 30 e 31/5/2011. Disponível em: <www.tst.jus.br>. Acesso em: 07 jul. 2015.
 - _____. Tribunal Superior do Trabalho. Súmula de jurisprudência, enunciado n. 256 (Contrato de prestação de serviços. Legalidade (cancelada). Res. 121/2003, DJ 19, 20 e 21/11/2003. Disponível em: <http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_301_350.html#SUM-331>. Acesso em: 07 jul. 2015.
 - _____. Tribunal Superior do Trabalho. Súmula de jurisprudência, enunciado n. 331 (Contrato de prestação de serviços. Legalidade). DEJT 27, 30 e 31/5/2011. Disponível em: <http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_301_350.html#SUM-331>. Acesso em: 07 jul. 2015.
 - CORTEZ, Julpiano Chaves. *Terceirização trabalhista*. São Paulo: LTr, 2015.
 - DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 14. ed. São Paulo: LTr, 2015.