

O ATIVISMO JUDICIAL DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E O DEBATE SOBRE A TERCEIRIZAÇÃO

Rodrigo de Lacerda Carelli*

“Entre o forte e o fraco, entre o rico e o pobre, entre o mestre e o serviçal, é a liberdade que escraviza e a lei que liberta.” (Henri Lacordaire, 1848)

“Nós queremos a abolição do *marchandage*, porque é odioso que entre o patrão e o trabalhador se intrometam abutres intermediários que exploram o segundo e, qualquer que seja a vontade do primeiro, fazendo descer o salário ao nível marcado pela fome.” (Louis Blanc, 1848)

1 – A JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA E DAS RELAÇÕES SOCIAIS E O ATIVISMO JUDICIAL NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

A judicialização da política e das relações sociais, bem como o ativismo judicial, é fenômeno comum nas sociedades contemporâneas. Entretanto, apesar de se aproximarem, não se confundem.

Vejamos o que significa cada fenômeno. A judicialização das relações sociais seria a “institucionalização do direito na vida social, invadindo espaços até há pouco inacessíveis a ele, como certas dimensões da esfera privada”¹ – como é exemplo o próprio direito do trabalho –, bem como a expansão dos direitos sociais nas cartas políticas e a configuração de um novo tipo de Estado em contraponto ao do tipo liberal, em resposta ao surgimento de conflitos sociais de massa, decorrentes do tipo atual de sociedade de consumo, impondo

* Professor adjunto de Direito e Processo do Trabalho na Faculdade Nacional de Direito – Universidade Federal do Rio de Janeiro – UFRJ; doutor em Sociologia pelo Instituto de Estudos Sociais e Políticos – Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ; mestre em Sociologia e Direito pela Universidade Federal Fluminense – UFF; procurador do trabalho no Rio de Janeiro.

1 VIANNA, Luiz Werneck et al. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1999. p. 17.

o trato coletivo dos problemas que surgem. É relacionada com a imensa atividade reguladora dos direitos sociais². A judicialização da política, parte do mesmo fenômeno, seria mais especificamente a invasão do Poder Judiciário em funções próprias dos demais poderes e a tomada de decisões políticas pelos órgãos jurisdicionais em nome da sociedade, antes concentradas nos poderes com representação direta da sociedade, substituindo, assim, os procedimentos políticos de mediação pelos judiciais³. Trata-se de fenômeno não particularmente brasileiro, mas, ao revés, está presente, em maior ou menor grau, em todos os países ocidentais⁴.

Esses fenômenos têm origem na própria mutação do direito e na nova divisão das funções entre os poderes na sociedade contemporânea, representando um crescimento do Poder Judiciário frente aos Poderes Executivo e Legislativo. Inclusive, é importante salientar, isso ocorre devido a escolhas propositais e lúcidas dos órgãos representativos (*self-restraint*)⁵.

No caso brasileiro, essa escolha é caracterizada pelo sistema pátrio de controle de constitucionalidade, um dos mais abrangentes do mundo, e pela “constitucionalização abrangente”, de caráter analítico, não deixando grande margem ao legislador ordinário, constitucionalizando-se a maior parte dos direitos, como efeito da redemocratização do país⁶.

Fenômeno paralelo, porém distinto, é o do ativismo judicial. Eles se distinguem, pois, enquanto a judicialização da política e das relações sociais decorrem do modelo constitucional, ou seja, cabia ao Poder Judiciário atuar naquele caso segundo a ordem jurídica, o ativismo judicial, ao contrário, seria “uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance”⁷.

Essa interferência no espaço de atuação dos demais poderes pode se manifestar por meio de diversas condutas, como a aplicação da Constituição

- 2 CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999. p. 41-42.
- 3 VIANNA, Luiz Werneck *et al.* *Ob. cit.*, p. 22. TATE, Neal; VALLINDER, Torbjörn (Ed.) *The Global Expansion of Judicial Power*. New York and London: New York University, 1995. p. 5.
- 4 VIANNA, Luiz Werneck *et al.* *Ob. cit.*, p. 23. TATE, Neal; VALLINDER, Torbjörn (Ed.). *Ob. cit.* CASAGRANDE, Cássio. *Ministério Público e a judicialização da política*. Estudos de casos. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008. p. 31. CAPPELLETTI, Mauro. *Ob. cit.*, p. 42.
- 5 BADINTER, Robert; BREYER, Stephen (Init.). *Les Entretiens de Provence*. Le Juge dans la Société Contemporaine. Paris: Fayard, 2003; GUARNIERI, Carlo; PEDERZOLI, Patrizia. *La Magistratura nelle Democrazie Contemporanee*. Roma e Bari: Laterza, 2002. p. 179.
- 6 BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. *Revista Eletrônica do Conselho Federal da OAB*, n. 4, jan./fev. 2009, p. 3-4. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>. Acesso em: 2 jul. 2014.
- 7 BARROSO, Luís Roberto. *Ob. cit.*, p. 6.

de forma direta a situações não contempladas no texto constitucional que não tenha recebido manifestação do legislador ordinário, como pela declaração de inconstitucionalidade dos atos normativos, independentemente de patente violação da Constituição, como também pela imposição de condutas e abstenções ao Poder Público, por meio de políticas públicas judicialmente especificadas e determinadas⁸.

Note-se que o ativismo judicial tanto pode ter cunho “conservador” como “progressista”, respectivamente no sentido de restrição ou garantia de direitos fundamentais. Aliás, as origens do ativismo judicial, que se deu na jurisprudência norte-americana, são conservadoras, permitindo a segregação racial (teoria do *equal but separate*) e a invalidação de leis sociais⁹.

Há também o problema levantado pela doutrina da ocorrência de riscos sistêmicos imprevistos e não desejados, por não deterem os juízes o conhecimento para avaliação do impacto de suas decisões¹⁰.

Também é de se ressaltar o alerta de que o estudo de caso em diferentes países e continentes fez com que autores desconfiassem e defendessem que o crescente papel do Poder Judiciário é parte da luta pela preservação hegemônica das elites políticas e econômicas, que, quando ameaçados nas arenas de decisão política majoritárias, transferem a decisão para o Poder Judiciário, como parte de uma estratégia para manutenção de seus interesses. A elite política e econômica teria acesso e influência desproporcionais no ambiente judicial. A coalizão de forças econômicas neoliberais, como, por exemplo, poderosos industriais e conglomerados econômicos, podem ver a constitucionalização de direitos, especialmente o direito à propriedade, mobilidade e direitos de ocupação como meios para promoção de desregulação econômica e possibilitar a luta contra o que seus membros frequentemente entendem como políticas “intervencionistas” estatais prejudiciais a seus interesses. Também seria causa dessa crescente “juristocracia” a transferência voluntária de questões sensíveis para a Justiça para diminuição de possíveis danos e custos eleitorais, facilitada pelo desejo da elite jurídica, inclusive aquela das Cortes Superiores, de fortalecer seu poder simbólico e influência política¹¹.

8 BARROSO, Luís Roberto. *Idem*.

9 BARROSO, Luís Roberto. *Ob. cit.*, p. 7.

10 BARROSO, Luís Roberto. *Ob. cit.*, p. 16.

11 HIRSCHL, Ran. The Political Origin of Judicial Empowerment through Constitutionalization: Lessons from Four Constitutional Revolutions. In: DAHL, Robert A. *et al.* (Ed.). *The Democracy Sourcebook*. Cambridge and London: MIT, 2003. p. 232-245. Este estudo, realizado a partir de análise de casos de judicialização da política em Israel, Nova Zelândia, Canadá e África do Sul, demonstrou a existência não de um apenas perigo na utilização da judicialização para a defesa da elite econômica e política, mas que isso é um fato. A análise mais extensa dos dados está em: HIRSCHL, Ran. *Towards Juristocracy: The Origins and Consequences of the New Constitutionalism*. Cambridge: Harvard, 2004.

O Supremo Tribunal Federal tem tomado posição ativista em determinadas situações, como o caso da fidelidade partidária¹², aborto de fetos anencéfalos¹³ e, mais recentemente, a união homoafetiva¹⁴.

2 – A TERCEIRIZAÇÃO E O ATIVISMO JUDICIAL NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Ao admitir a repercussão geral ao tema tratado no Recurso Extraordinário com Agravo (ARE) 713.211, que seria a terceirização e sua restrição jurisprudencial com relação à “liberdade de terceirização”, tendo em vista o princípio constitucional da livre-iniciativa (art. 1º, III, da CRFB/88), o Supremo Tribunal Federal, mais uma vez, está tomando uma posição ativista. De fato, está o Supremo Tribunal Federal, em atuação proativa, de forma independente do legislador ordinário, colocando em questão jurisprudência firme e consolidada do Tribunal Superior do Trabalho, baseada na própria lei infraconstitucional trabalhista, sem qualquer violação patente e direta de dispositivo constitucional, pretendendo a Suprema Corte, assim, regular de forma direta o fenômeno de forma contrária à organização do ramo jurídico especializado.

Perceba-se que o ativismo judicial no caso em estudo se dá de maneira mais clara quando se observa que a questão se encontra entregue há mais de uma década no Congresso Nacional¹⁵, sendo motivo de grandes debates envolvendo toda a sociedade. Esse projeto de lei, de texto liberalizante, encontra-se paralisado justamente pela reação política contrária ao seu conteúdo. Assim, a sua não aprovação, até a presente data, decorre do jogo político legítimo, pois não há quadro favorável de representação popular para a sua aprovação.

A atitude proativa do Supremo Tribunal Federal assim tenta retirar a questão do palco da democracia representativa popular, passando-a à decisão da questão para 11 magistrados, que decidirão com base em princípios constitucionais amplos, e por isso mesmo vagos e imprecisos. Eventual decisão em sentido de liberalização da terceirização em todas as atividades empresariais representará um caso típico de ativismo judicial conservador, com permissão à segregação e à invalidação de leis sociais, da mesma forma como ocorreu na primeira onda de ativismo judicial norte-americana.

12 ADIn 3.685.

13 ADPF 54.

14 ADIn 4.277 e ADPF 132.

15 Projeto de Lei nº 4.330/04 do Deputado Sandro Mabel.

Muito interessante é o fato de que o próprio relator, inicialmente, havia negado provimento ao agravo do recurso extraordinário, por não ter havido o prequestionamento concernente aos dispositivos constitucionais tidos por violados e pela necessidade de reexame da matéria fática e legal. A Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, por esses mesmos motivos, negou provimento ao agravo regimental. O processamento do recurso extraordinário deu-se de maneira um tanto peculiar e atípica, em sede de embargos de declaração.

O acórdão que reconheceu a repercussão geral ficou assim redigido:

“RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. POSSIBILIDADE DE TERCEIRIZAÇÃO E SUA ILICITUDE. CONTROVÉRSIA SOBRE A LIBERDADE DE TERCEIRIZAÇÃO. FIXAÇÃO DE PARÂMETROS PARA A IDENTIFICAÇÃO DO QUE REPRESENTA ATIVIDADE-FIM. POSSIBILIDADE. 1. A proibição genérica de terceirização calcada em interpretação jurisprudencial do que seria atividade-fim pode interferir no direito fundamental de livre-iniciativa, criando, em possível ofensa direta ao art. 5º, inciso II, da CRFB, obrigação não fundada em lei capaz de esvaziar a liberdade do empreendedor de organizar sua atividade empresarial de forma lícita e da maneira que entenda ser mais eficiente. 2. A liberdade de contratar prevista no art. 5º, II, da CF é conciliável com a terceirização dos serviços para o atingimento do exercício-fim da empresa. 3. O *thema decidendum, in casu*, cinge-se à delimitação das hipóteses de terceirização de mão de obra diante do que se compreende por atividade-fim matéria de índole constitucional, sob a ótica da liberdade de contratar, nos termos do art. 5º, inciso II, da CRFB. 4. Patente, assim, a repercussão geral do tema, diante da existência de milhares de contratos de terceirização de mão de obra em que subsistem dúvidas quanto à sua legalidade, o que poderia ensejar condenações expressivas por danos morais coletivos semelhantes àquela verificada nestes autos. 5. Diante do exposto, manifesto-me pela existência de repercussão geral do tema, *ex vi* do art. 543 do CPC.”

A ementa do reconhecimento da repercussão geral nos permite discutir o que está em questão no Supremo Tribunal Federal e os eventuais equívocos no trato da matéria, a partir da própria redação do conhecimento do recurso extraordinário. Assim, analisaremos parte por parte o acórdão, para posteriormente analisar as consequências de um provimento recursal extraordinário com repercussão geral na forma encaminhada para votação.

3 – A SUPOSTA INEXISTÊNCIA DE PROIBIÇÃO CALCADA EM LEI DE REALIZAR TERCEIRIZAÇÃO EM ATIVIDADE-FIM

A decisão atacada pelo recurso extraordinário não conheceu do recurso de revista, desprovendo agravo de instrumento que pretendia o seu processamento, pois a decisão do Segundo Grau de Jurisdição estava de acordo com a jurisprudência pacífica do Tribunal Superior do Trabalho, exposta na Súmula nº 331 do TST.

Assim, toda a discussão gira em torno da interpretação jurisprudencial dada pelo Tribunal Superior do Trabalho à questão.

Eis o teor da Súmula nº 331:

“Súmula nº 331 – Revisão da Súmula nº 256 – Resolução nº 23/93, DJ 21, 28.12.93 e 04.01.94 – Alterada (Inciso IV) – Resolução nº 96/00, DJ 18, 19 e 20.09.00 – Mantida – Resolução nº 121/03, DJ 19, 20 e 21.11.03. Contrato de Prestação de Serviços – Legalidade. I – A contratação de trabalhadores por empresa interposta é ilegal, formando-se o vínculo diretamente com o tomador dos serviços, salvo no caso de trabalho temporário (Lei nº 6.019, de 03.01.74). II – A contratação irregular de trabalhador, mediante empresa interposta, não gera vínculo de emprego com os órgãos da Administração Pública direta, indireta ou fundacional (art. 37, II, da CF/88) (Revisão do Enunciado nº 256 do TST). III – Não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância (Lei nº 7.102, de 20.06.83) e de conservação e limpeza, bem como a de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistente a pessoalidade e a subordinação direta. IV – O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços quanto àquelas obrigações, desde que haja participado da relação processual e conste também do título executivo judicial (Alterado pela Resolução nº 96/00, DJ 18.09.00). V – Os entes integrantes da Administração Pública direta e indireta respondem subsidiariamente, nas mesmas condições do item IV, caso evidenciada a sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei nº 8.666, de 21.06.93, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora. A aludida responsabilidade não decorre de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada. VI – A responsabilidade subsidiária do tomador de serviços abrange todas as verbas decorrentes da condenação referentes ao período da prestação laboral.”

Importa ressaltar, para melhor compreensão, que a súmula é revisão do Enunciado nº 256, que assim dispunha:

“Enunciado nº 256. Salvo os casos de trabalho temporário e de serviço de vigilância, previstos nas Leis ns. 6.019, de 03.01.74, e 7.102, de 20.06.83, é ilegal a contratação de trabalhadores por empresa interposta, formando-se o vínculo empregatício diretamente com o tomador de serviços.”

Esse enunciado (assim se denominavam, à época, as súmulas do Tribunal Superior do Trabalho), editado no ano de 1986, foi criticado como ativismo judicial progressista por parte da doutrina¹⁶. Ele foi revisto e substituído pelo Enunciado nº 331 (posterior Súmula nº 331) no ano de 1993, recebendo, então, críticas no sentido inverso, de ter flexibilizado o direito do trabalho, em ativismo judicial reacionário¹⁷.

No cerne da questão, quanto à possibilidade ou não de terceirização, o Tribunal Superior do Trabalho não foi ativista judicial, mas sim realizou um típico caso de judicialização das relações sociais, resolvendo, como não poderia deixar de ser, casos a ele submetidos com base na legislação e nos princípios do direito do trabalho. Os casos reiterados deram origem às súmulas, todas com base no próprio direito laboral, não tendo havido criação de regras no vazio legal, pois essa lacuna não existia¹⁸.

De fato, o primeiro princípio da Organização Internacional do Trabalho, presente em sua Constituição, é que “o trabalho não é uma mercadoria”¹⁹. Esse

16 O mais interessante é que a crítica ao enunciado colocava como um dos exemplos de atividades colocadas na ilegalidade a intermediação realizada por “gatos” no corte de cana de açúcar, cujos trabalhadores intermediados, atualmente, compõem grande parte dos trabalhadores escravos resgatados pela fiscalização trabalhista: “numa penada, o TST revogou partes substanciais do Código Civil, referentes ao contrato de locação de serviços e à empreitada. Numa penada, o TST colocou na ilegalidade os contratos que habitualmente se fazem com mais de cinco milhões de trabalhadores rurais (os chamados boias-frias) e com cerca de um milhão de outros trabalhadores, ligados às empresas de conservação e asseio” (MAGANO, Octavio Bueno *apud* ROBORTELLA, Luiz Carlos Amorim. *O moderno direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 1994. p. 215).

17 SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. A terceirização sob uma perspectiva humanista. *Revista do TST*, Brasília, v. 70, n. 1, jan./jul. 2004, p. 120.

18 Tenho profundas restrições quanto à responsabilidade subsidiária na terceirização, pois há norma expressa da CLT, que poderia ser aplicada, pelo uso da analogia, que prevê a responsabilidade solidária no caso da contratação de serviços: “Art. 455. Nos contratos de subempreitada responderá o subempreiteiro pelas obrigações derivadas do contrato de trabalho que celebrar, cabendo, todavia, aos empregados, o direito de reclamação contra o empreiteiro principal pelo inadimplemento daquelas obrigações por parte do primeiro”. Aqui, sim, acredito que tenha havido um ativismo judicial conservador, importando em criação de norma não prevista na lei, em prejuízo aos direitos e créditos dos trabalhadores.

19 Anexo à Constituição da Organização Internacional do Trabalho: “A Conferência reafirma os princípios fundamentais sobre os quais repousa a Organização, principalmente os seguintes: a) o trabalho não é uma mercadoria (...)”.

princípio tem um duplo significado: 1) impõe que o trabalho não pode ser tratado juridicamente como um artigo de comércio, ou seja, as regras de direito a ele aplicáveis não podem ser as do direito comum, impondo a existência de um direito de caráter especial, indisponível e protetivo; 2) o trabalho não pode, como acontece com uma mercadoria, ser vendido, cedido, alugado ou negociado de qualquer forma. Isso decorre pelo simples fato de que essa “mercadoria” se confunde com o próprio ser humano²⁰.

A mercantilização do ser humano causa todo tipo de atrocidade, como a história do mundo é testemunha. Não é à toa que um dos grandes desafios da Organização das Nações Unidas (ONU) é o combate ao tráfico de seres humanos. E essa preocupação vem de longe, como demonstram os excertos que formam a epígrafe do presente trabalho: no ano de 1848 o *marchandage*, ou seja, o fornecimento de trabalhadores a título lucrativo por um intermediário era motivo de ira dos franceses dessa época revolucionária.

E as razões desse sentimento de abjeção pela intermediação de mão de obra não tem razões somente filosóficas, mas sim de ordem prática, de cunho econômico, de raciocínio lógico óbvio, quase aritmético de tão simples. Se eu compro uma mercadoria diretamente de um produtor por R\$ 1.000,00, ele fica com R\$ 1.000,00. Se eu, ao contrário, comprar uma mercadoria com um intermediário que vise ao lucro, é impossível que o produtor fique com R\$ 1.000,00 se eu, comprador, me dispuser a pagar somente esse valor. Isso só vai acontecer se eu pagar o valor da intermediação, pois ninguém exerce gratuitamente uma atividade. Assim, a intermediação torna a mercadoria mais cara, a menos que o produtor receba menos por seu artigo de comércio.

Assim, a intermediação da mercadoria “ser humano trabalhador” pode trazer duas consequências: 1) tornar o custo do trabalho mais alto; ou 2) redução do valor final do trabalho. É claro e natural que, em um ambiente capitalista concorrencial, os compradores da mercadoria “ser humano que trabalha” vão buscar melhores preços. Melhores preços significam um custo do trabalho menor, que vai querer dizer, ao final, piores condições de trabalho, inclusive de saúde e segurança, bem como salários menores, que o intermediário, seja ele quem for, será obrigado a impor aos seus intermediados, sob pena de não conseguir realizar sua atividade econômica. *Assim, a ligação entre a intermediação de mão de obra e a precarização do trabalho humano prescinde de qualquer comprovação empírica: ela decorre de puro raciocínio lógico.*

20 Em *O Mercador de Veneza*, de Shakespeare, é impossível a Shylock separar a libra de carne a ele devida do sangue do devedor. Nas relações de trabalho, tal qual na obra-prima shakespeariana, é impossível se separar a mercadoria “força de trabalho” do ser humano que realiza o trabalho.

Esse princípio internacional tem plena aplicação no Brasil, consubstanciado nos arts. 2º, 3º e 9º da Consolidação das Leis do Trabalho.

De fato, o art. 2º da CLT diz que é empregador “a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviço”. Ou seja, quem se encontrar nessa condição será considerado empregador. O art. 3º diz que será empregado “toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário”. O art. 9º, por sua vez, afirma que serão tidos como “nulos de pleno direito os atos praticados com o objetivo de desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação dos preceitos contidos na presente Consolidação”. Ou seja, qualquer pacto, acordo ou contrato que tentar impedir a verificação das condições de empregado e empregador são tidos como nulos de pleno direito. É o que se denomina de princípio da primazia da realidade sobre a forma.

Esse princípio está de acordo com a diretriz da Organização Internacional do Trabalho, que no ano de 2006 expediu a Recomendação nº 198, que afirmou: “9. Com a finalidade da proteção das políticas nacionais para os trabalhadores em uma relação de trabalho, a determinação da existência de tal relação deve ser guiada primeiramente pelos fatos relacionados com o tipo de trabalho e a remuneração do trabalhador, não resistindo como a relação é caracterizada em qualquer acordo contrário, contratual ou que possa ter sido acordado entre as partes”.

A mesma recomendação, no item 4, alerta para que os governos tenham políticas para:

“b) combater as relações de trabalho disfarçadas no contexto de, por exemplo, outras relações que possam incluir o uso de outras formas de acordos contratuais que escondam o verdadeiro *status* legal, notando que uma relação de trabalho disfarçado ocorre quando o empregador trata um indivíduo diferentemente de como trataria um empregado de maneira a esconder o verdadeiro *status* legal dele ou dela como um empregado, e estas situações podem surgir onde acordos contratuais possuem o efeito de privar trabalhadores de sua devida proteção.”

E é isso que fazem o antigo Enunciado nº 256 e a Súmula nº 331 do Tribunal Superior do Trabalho: tentam impedir que haja a contratação de trabalhadores por interposta pessoa, exceto nos casos de previsão legal, como o trabalho temporário.

De fato, o inciso I da Súmula nº 331 trata de intermediação de mão de obra, declarando-a proibida, com base nos arts. 2º, 3º e 9º da Consolidação das Leis do Trabalho. O Tribunal Superior do Trabalho não criou essa regra: ela vem da própria lei trabalhista, em sua base.

Observe-se, aqui, outro equívoco, desta vez gigantesco, da ementa do Supremo Tribunal Federal. Ela afirma que existem “milhares de contratos de terceirização de mão de obra em que subsistem dúvidas quanto à sua legalidade” (*sic*). Ora, não existe terceirização de mão de obra! Ou bem é terceirização, como prestação de serviços autônomos, ou é intermediação ou fornecimento de mão de obra, ilícito, portanto.

Na Súmula nº 331 do TST não há essa confusão. Como vimos, o inciso I trata de fornecimento de trabalhadores por empresa interposta. O inciso III, por sua vez, não trata de intermediação de mão de obra, mas de terceirização ou prestação de serviços. Entende o inciso III que não se confunde com fornecimento de trabalhadores, lícita, portanto, a prestação de serviços ligados à atividade-meio do tomador, desde que não haja a pessoalidade e a subordinação.

Aqui reside a questão das atividades-meio e fim. Esse critério não foi inventado pelo Tribunal Superior do Trabalho, ele é oriundo da própria ideia de terceirização.

Não há nada de novo quanto à existência do instituto da terceirização, exceto a sua aplicação como instrumento central ao contexto da reestruturação produtiva ocorrida a partir do final dos anos 1970. Essa reestruturação produtiva, conhecida como toyotismo, pretendeu servir como padrão ideal de organização da atividade econômica em substituição ao modelo anterior, o fordismo. Este último modelo era baseado em uma produção realizada em uma grande unidade fabril, onde todas as etapas do processo produtivo eram realizadas por trabalhadores diretamente contratados pela empresa, detentores de um mesmo estatuto, para a produção de mercadorias padronizadas e produzidas em larga escala. A estrutura da empresa, nesse caso, é de alta hierarquização e de matiz piramidal. Esse modelo foi substituído, pelo menos idealmente, pelo toyotismo, que propõe a concentração da empresa em sua atividade central ou nuclear, entregando tarefas acessórias, complementares e periféricas a empreendedores especializados nessas atividades, para a produção de mercadorias diversificadas e a partir da demanda do mercado. Assim, para a realização de um produto, concorreriam trabalhadores contratados sob uma miríade de formas contratuais, sendo uns mais estáveis (aqueles da empresa principal), e outros detentores de diversos níveis de precariedade, inclusive pela sua contratação por empresas

prestadoras de serviços. As empresas se organizam em rede, formando laços vários de dependência mútua.

Nessa nova forma de organização da produção, a terceirização ganha destaque inédito, podendo-se dizer que é a própria alma da reestruturação da organização produtiva. A partir desse fenômeno central é que exsurge, inclusive, a própria conceituação da terceirização, como *a entrega de atividade periférica e específica a empresa especializada que a realizará com autonomia*.

De maneira lógica, *que decorre das regras da experiência e do próprio conceito*, a terceirização nunca pode ser realizada na atividade-fim. Se eu exerço uma atividade econômica, eu tenho que exercer o controle sobre ela. Assim, a realização da atividade econômica impõe que todos aqueles que estejam realizando-a no chamado *core business* estão sob o controle e direção daquele que é responsável. Como imaginar uma empresa sem empregados? Como imaginar alguém realizando uma atividade econômica sem o controle da forma como é executada?

Desta forma, o Tribunal Superior do Trabalho entendeu que entregar a atividade-fim para um intermediário não é terceirizar. Isso seria uma intermediação de mão de obra disfarçada de contratação de serviços, proibida, portanto, em nosso ordenamento jurídico.

Assim, o impedimento de terceirização em atividade-fim decorre do próprio ordenamento jurídico, decorre do cerne do direito do trabalho, não sendo critério estapafúrdio ou extralegal criado pelo Tribunal Superior do Trabalho. A proibição da terceirização na atividade-fim, é premente repetir, decorre da própria lógica da terceirização e do funcionamento do direito do trabalho. Pensar de outra forma é destruir todo o direito do trabalho, todo o edifício sobre o qual ele se alicerça.

4 – O ART. 5º, INCISO II, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E A SÚMULA Nº 331 DO TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO

O acórdão que reconheceu a repercussão geral na questão da terceirização traz algumas afirmações no mínimo inquietantes.

A primeira é que “2. A liberdade de contratar prevista no art. 5º, II, da CF é conciliável com a terceirização dos serviços para o atingimento do exercício-fim da empresa”. É de uma lógica irrefutável. A liberdade de contratar, vista de maneira isolada de *todos os demais princípios constitucionais*, obviamente é conciliável com a terceirização, seja de qualquer forma que se dê. Inclusive, a contratação de trabalho escravo também é compatível com a liberdade de

contratar. Da mesma forma, a contratação de crianças para o trabalho também é plenamente conciliável com a livre-iniciativa.

O que justifica, então, a possibilidade de restrição à liberdade de contratar – como no caso do trabalho escravo ou realizado por crianças – são os demais princípios constitucionais. Como é cediço, os princípios não são absolutos, pois não estão isolados, formando um conjunto sistêmico, devendo se utilizar da ponderação, em caso de conflito aparente entre eles²¹. Causa espanto a análise de uma questão sob o prisma de um princípio só.

A outra afirmação intrigante seria que “A proibição genérica de terceirização calcada em interpretação jurisprudencial do que seria atividade-fim pode interferir no direito fundamental de livre-iniciativa, criando possível ofensa direta ao art. 5º, inciso II, da CRFB”. Ora, todo o direito do trabalho restringe e afeta o direito fundamental de livre-iniciativa! Não só ele: o direito empresarial e o direito concorrencial também. O Código de Defesa do Consumidor da mesma forma. E as regras desses ramos, criando restrições claras e diretas ao livre contratar, não são incompatíveis com a livre iniciativa.

O direito do trabalho nasce justamente para a limitação da concorrência entre os empreendedores. Cria restrições à livre-contratação de trabalhadores, mas ao contrário de impedir o capitalismo, foi e é antes uma necessidade para a manutenção do sistema econômico capitalista. As péssimas condições a que estavam submetidos os trabalhadores no século XIX impulsionaram a organização dos trabalhadores, que passaram a questionar todo o sistema baseado na exploração do trabalho humano. Uma resposta deveria ser dada, porque a máscara da “liberdade” de trabalho já havia caído e o sistema não mais se sustentava. Assim, algumas nações, começando pela mais liberal de todas à época, a britânica²², mas logo se espalhando por países como a Alemanha e a França, passam a regular a concorrência, obrigando os empresários a cumprir certas regras básicas, limitando a sua liberdade a padrões mínimos de condições da exploração, a fim de garantir a sobrevivência do sistema como um todo. Não é coincidência que nos países onde foram implementadas com maior abrangência essas restrições ao poder dos capitalistas não houve a queda do sistema econômico e a substituição pelo modelo socialista.

21 ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001.

22 Lei de Peel ou Peel’s Act, denominado oficialmente de “Health and Morals Apprentices Act”, de 1802, que é considerado o primeiro diploma de direito do trabalho, trazendo normas de restrição de jornada para menores e regras de higiene e saúde no trabalho.

Desta forma, é substituída a técnica do trabalho “livre” pela criação da figura do “trabalho subordinado”, pela qual é reconhecida – e assim legitimada pelo direito – a sujeição do trabalhador à organização da atividade produtiva. A grande diferença entre o trabalho “livre” e o trabalho subordinado não está no fato de que o trabalhador cede parte de sua liberdade em troca de um preço tarifado de seu trabalho. Isso ocorreu em todas as técnicas anteriores. O que os diferencia é que aqui há o reconhecimento de que o sujeito que trabalha, mesmo sendo considerado livre, tem sua liberdade autolimitada ao vender sua força de trabalho a outrem. O reconhecimento pelo direito, por óbvio, não poderia vir só, a seco, senão não se legitimaria. Assim, o pacto realizado é que, junto com o reconhecimento, deve vir uma contrapartida, que, em verdade, se desdobra em duas. De fato, o primeiro argumento de legitimação da apropriação do resultado do trabalho mediante o pagamento de um preço tarifado é que o risco da atividade econômica será – ou deveria ser – do capitalista, sendo garantida ao trabalhador aquela tarifa independentemente do sucesso do empreendimento. O segundo argumento de legitimação é o próprio direito do trabalho, criatura gestada junto à figura do trabalho subordinado, que reconhece e legitima a sujeição²³ do trabalhador, mas, ao mesmo tempo, restringe e delimita a exploração. Assim, ao restringir o poder do dador de trabalho, trazendo melhores condições de trabalho e de vida, e – por que não? – de reprodução dos seres que trabalham, o direito do trabalho cumpre esse papel legitimador do sistema, com a pretensão de trazer equilíbrio à situação de sujeição do trabalhador ao empregador²⁴. Desta forma, o direito do trabalho está para o socialismo tanto quanto o direito ambiental ou o direito tributário, ou seja, bem longe. O direito do trabalho realiza – ou tenta realizar – o equilíbrio *na sociedade, no Estado e no meio de produção concorrencial capitalista*²⁵.

23 Lembremos de que o requisito ou elemento principal da relação de emprego é a subordinação jurídica, que tem essa natureza justamente pelo fato de o direito reconhecer e legitimar a sujeição.

24 “Ainsi, tout au long de la séquence qui va en gros de la fin du XIXe siècle jusqu’aux années 1970, la subordination du rapport salarial demeure, mais, d’une part, elle est progressivement euphémisée par le droit du travail, l’arbitraire patronal est réduit et encadré. La subordination est aussi, d’autre part, compensée par des salaires qui dépassent le seuil de survie et surtout par des protections et par des droits. Cette structure de la relation de travail propre à la société salariale n’a rien d’idyllique: l’aléation et l’exploitation n’ont pas été complètement vaincues. Mais, simultanément, le travail a été, si l’on peut dire, dignifié, dans la mesure où il est devenu support de droits.” (CASTEL, Robert. *La montée des incertitudes*. Travail, protections, santé de l’individu. Paris: Seuil, 2009. p. 83)

25 O direito ambiental também tem estrutura similar ao direito do trabalho, ao ter como função a limitação na utilização dos bens naturais para fins capitalistas. O direito tributário, da mesma forma, tem papel redistribuidor semelhante ao do direito do trabalho, tornando obrigatórias contribuições ao Estado para a prestação de serviços indiscriminadamente distribuídos a toda a sociedade, sem que com isso se altere ou se pretenda alterar o sistema e a organização da sociedade.

Assim, o direito do trabalho e as figuras de empregado e empregador surgem para o equilíbrio do sistema. Da mesma forma o direito concorrencial. E o direito empresarial. E o direito do consumidor. E o direito ambiental. E por aí vai...

Verifica-se, então, que os argumentos expostos no acórdão de reconhecimento da repercussão geral são tautológicos. Sim, a terceirização na atividade-fim é conciliável com o livre contratar, mas não é compatível com o direito do trabalho. E não é compatível com outro fundamento da República, que vem até antes da livre-iniciativa no texto constitucional: a função social da empresa.

Assim, a questão é bem mais ampla do que a simplicidade aparente da redação da decisão que ora se comenta faz acreditar. E as consequências de uma eventual decisão, caso liberada a terceirização na atividade-fim das empresas, são, de qualquer sorte, bem mais complicadas, poder-se-iam dizer até trágicas.

5 – A VALORIZAÇÃO DO TRABALHO E A FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE

Estar aqui discutindo a ampliação da terceirização, em vez de maior restrição e criação de salvaguardas dos seus danos, é um tanto estranho, quase surreal. Qualquer habitante deste país, independentemente de atuação na área do direito do trabalho, percebe o nefasto cenário que a terceirização traz: é algo já do senso comum a ligação entre a terceirização e a precarização do trabalho.

Os estudos empíricos comprovando essa ligação são inúmeros²⁶. Até os relatórios das empresas demonstram o liame entre a terceirização e a morte no trabalho²⁷. A presença da terceirização em quase todos os casos de trabalho escravo contemporâneo também é algo que deve assustar qualquer um²⁸.

26 Por todos: DRUCK, Maria da Graça. *Terceirização: (des)fordizando a fábrica*. Um estudo do complexo petroquímico. Salvador: EdUFB; São Paulo: Boitempo; DRUCK, Maria da Graça. Trabalho, precarização e resistências: novos e velhos desafios? *Caderno CRH: Revista do Centro de Recursos Humanos da UFBA*, n. 1, Salvador, UFBA, 2011, p. 35-55; MARCELINO, Paula Regina Pereira. *A logística da precarização*. Terceirização do trabalho na Honda do Brasil. São Paulo: Expressão Popular, 2004.

27 Tomemos como exemplo a Petrobras, em seu relatório de sustentabilidade do ano de 2010. Disponível em: <http://www.petrobras.com.br/ri/Show.aspx?id_materia=KVlYc/CIrC+vZQ+GvDFURw==&id_canal=OUAVRvbWctrN/0MKGg0FXA==&id_canalpai=/zfw0C+lEaQcwFyERVZzwQ==>. Na sua fl. 134, informa que de 2006 a 2010 morreram 80 trabalhadores na empresa, sendo 70 terceirizados e 10 próprios.

28 FILGUEIRAS, Vitor. *Terceirização e trabalho análogo ao escravo: coincidência?* Disponível em: <<http://www.ihu.unisinos.br/noticias/532642-terceirizacao-e-trabalho-analogo-ao-escravo-coincidencia>>. Acesso em: 7 jul. 2014. Conforme os dados analisados, “dos 10 maiores resgates de trabalhadores em condições análogas à de escravos no Brasil em cada um dos últimos quatro anos (2010 a 2013), em 90% dos flagrantes os trabalhadores vitimados eram terceirizados”.

Assim, um cenário com a liberação total da terceirização é bem fácil de ser traçado e não é nada promissor, tanto para os trabalhadores quanto para o governo, que terá um aumento considerável nas contas previdenciárias e no seguro-desemprego e FGTS, tendo em vista o acréscimo certo no nível de infortúnios no trabalho e na rotatividade de mão de obra.

Mas a livre-iniciativa e a propriedade, em nossa Constituição, só se justificam se cumprirem a sua função social (art. 170, III, da CRFB/88). A ordem econômica, inclusive, é fundada na *valorização social do trabalho* (art. 170, *caput*, da CRFB/88) e são fundamentos da República os “valores sociais do trabalho”, vindo antes, inclusive, que a livre-iniciativa (art. 1º, IV, da CRFB/88).

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

Se é claro que a terceirização irrestrita é conciliável com a liberdade de contratar, ela é totalmente incompatível com a função social da propriedade e a valorização do trabalho humano.

O viés neoliberal, sob o qual está sendo levada a questão no acórdão que reconheceu a repercussão geral, ao enfatizar – e dizer mais de uma vez – o fundamento da livre-iniciativa, esquecendo-se dos demais princípios insculpidos em nossa Constituição, os quais ao princípio da livre-iniciativa são submetidos, preocupa bastante, por sinalizar uma utilização ideológica do controle de constitucionalidade, pela via do ativismo judicial.

6 – AS CONSEQUÊNCIAS SOBRE A ORGANIZAÇÃO COLETIVA DO TRABALHO

Viu-se acima que não há como defender a constitucionalidade da terceirização, por descumprimento do fundamento da República e da ordem econômica da valorização social do trabalho.

No entanto, muito além disso, outra preocupação que pode haver é com o equilíbrio do sistema. Ou melhor, com o provável superdesequilíbrio sistêmico que uma decisão liberalizante pode trazer, com todas as consequências facilmente previsíveis, que é um dos pontos trazidos por Luís Roberto Barroso de avanços indesejáveis do Poder Judiciário, conforme *supra*.

O já frágil pacto social do trabalho no Brasil, decorrente de situações históricas de exclusão, descumprimento generalizado das obrigações trabalhistas e baixo nível educacional e salarial, aliado ao perverso e autoritário sistema de representação sindical brasileiro, redundariam em um caos na organização coletiva dos trabalhadores, sem possibilidade ou instrumento de controle. Peguem-se como pequeno cenário premonitório do que pode acontecer as recentes greves dos garis e rodoviários no Rio de Janeiro, onde trabalhadores em situação precária se auto-organizaram e realizaram movimentos paredistas à revelia dos sindicatos que legalmente os representavam. O Poder Judiciário, nesses casos, não tinha ferramentas para o encerramento do conflito, pois não havia a quem imputar a responsabilidade pela continuação na prestação de serviços essenciais à sociedade.

O direito do trabalho é incompreendido pelos não especialistas, como é o caso da maioria dos ministros do Supremo Tribunal Federal, que atuaram a maior parte de suas vidas sob a lógica de outros ramos jurídicos.

O ramo laboral tem um funcionamento lógico que, uma vez quebrado, todo o sistema deixa de funcionar. Ele é compreendido de normas cogentes ou de ordem pública porque não poderia ser de outro modo, sob pena de total incapacidade regulatória. A imposição de obrigações que perfaz o liame empregado-empregador faz parte crucial do pacto da sociedade do trabalho, que pressupõe a imputação das responsabilidades individuais e coletivas do direito do trabalho, como garantia de limites mínimos e imprescindíveis à dignidade da pessoa humana que trabalha.

Uma confusão frequente entre leigos em direito do trabalho é que não seria importante para a sociedade, ou mesmo para os trabalhadores, quem seria o responsável pelo vínculo empregatício, desde que as obrigações fossem cumpridas por alguém. Assim, se é responsável a empresa A, principal, ou B, a terceirizada, pouca ou nenhuma diferença faria se os salários, por exemplo, fossem pagos. Essa noção desconhece toda a dimensão coletiva da relação de trabalho, que é uma das singularidades desse ramo. Como afirma Héctor-Hugo Barbagelata:

“(...) a dimensão coletiva se projeta no conflito individual e nas relações dessa natureza não só pela eventualidade de que todo conflito individual se transforme em conflito, mas também pela própria integração do problema do trabalhador, individualmente considerado, no mundo do

trabalho. Em princípio, a dita integração tem como consequência que todo ato com relação a um conflito individual adquire projeção coletiva.”²⁹

Assim, os conflitos dentro de uma relação de trabalho ultrapassam sempre a relação individual empregador-empregado. Essa é uma das razões pelas quais o direito comum é inapto a regular as relações de trabalho.

E aí está a segunda parte do problema: os conflitos, por terem dimensão coletiva, são resolvidos em grande parte em termos coletivos, daí a importância da representação de trabalhadores e do sistema sindical. A desconexão entre o sistema de representação sindical com a composição da força de trabalho em uma empresa – fato que já acontece hoje pela expansão *contra legem* da terceirização no Brasil – deve atingir níveis insuportáveis, o que causará extrema instabilidade no seio da atividade empresarial, ocasionando segregações, desavenças, iniquidades, insatisfação e culminando em um cenário de ingovernabilidade organizacional, sem instâncias realmente representativas de mediação dos conflitos, como já foi alertado mais acima.

7 – CONCLUSÃO

A questão da terceirização não deveria ter sido nunca levada para o Supremo Tribunal Federal, pelo menos não sob o prisma que se está tomando, com forte viés ideológico. Trata-se de caso claro de ativismo judicial, pois foi uma escolha de atuação, ampliando os sentidos da Constituição para a resolução de questão que normalmente não seria da alçada da Corte Suprema. Também estão evidentes os objetivos de atendimento a interesses de grupos hegemônicos da elite econômica que, encontrando obstáculos para a aprovação de projeto de lei de seu interesse no Congresso Nacional, partiram para a utilização do Supremo Tribunal Federal na garantia de seus interesses, em perfeito exemplo do fenômeno apontado por Ran Hirschl.

A hipótese, ao contrário do que foi decidido pelos ministros, atinge somente de maneira reflexa a Constituição. Isso é demonstrado até pela hesitação da Corte, pois o próprio relator negou seguimento ao recurso extraordinário, por não ter visto qualquer questão constitucional, e o agravo a essa decisão foi denegado por unanimidade pela turma, tendo havido a reversão somente em sede de embargos de declaração, quando o relator mudou de ideia.

Não se duvide de que a instrumentalização do Supremo Tribunal Federal sirva para “forçar” o Congresso Nacional a aprovar o projeto de lei que lá se

29 BARBAGELATA, Héctor-Hugo. *O particularismo do direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 1996. p. 24.

encontra em tramitação, como sugere certo porta-voz do empresariado³⁰. Como lembra esse representante, no caso da proporcionalidade do aviso-prévio, o Congresso Nacional aprovou às pressas uma lei prevendo a proporção, na iminência de regulação pela Corte Constitucional. Esqueceu-se de falar, no entanto, que essa lei, contendo apenas um artigo e um parágrafo, ainda assim conseguiu a proeza de estar cheia de contradições e obscuridades, duas delas gravíssimas, justamente pela pressa no processo legislativo.

Todo o processo de expansão da terceirização deveria ser questionado, mas sob o prisma da total desvalorização do trabalho, devendo ser criadas salvaguardas aos trabalhadores, como a responsabilidade solidária, representação sindical livre e isonomia de direitos. Vivenciamos relações de trabalho precárias, em detrimento à saúde dos trabalhadores, prevalecendo a segregação entre pessoas que labutam na mesma empresa. Postos de trabalho vêm sendo degradados, transformados em terceirizados, com trabalhadores de baixa qualificação, reproduzindo um ciclo vicioso de baixa produtividade, o que impede um crescimento equitativo com ganhos para toda a sociedade.

A pretensão aparente de liberação da “terceirização de mão de obra diante do que se compreende por atividade-fim” representará um grave retrocesso nas relações sociais e também total descaso com a Justiça Especializada, na qual há anos o problema vem sendo tratado, se não de uma maneira ainda eficaz para a solução do fenômeno, pelo menos conseguindo evitar sua explosão. Com a liberação da terceirização, obviamente se poderá pensar em subcontratações em série, não havendo limites inferiores para a degradação das condições de trabalho. E o país andarà na contramão do que propõe a Organização Internacional do Trabalho, pela sua Recomendação nº 198.

Este caso, de qualquer forma, será paradigmático em dois sentidos: apresentará o nível de ativismo judicial conservador que a Suprema Corte pretende exercer, bem como o projeto político de Nação que o Supremo Tribunal Federal tem para nós.

30 PASTORE, José. *Terceirização no STF*. Disponível em: <<http://www.fecomercio.com.br/NoticiaArtigo/Artigo/11155>>. Acesso em: 7 jul. 2014.