



**Universidade de Brasília – UnB
Faculdade de Direito**

GABRIEL DE SOUZA LEAL SILVA

**TERCEIRIZAÇÃO NA INICIATIVA PRIVADA: UMA ANÁLISE À LUZ
DO DIREITO BRASILEIRO**

Brasília
2019

UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA
FACULDADE DE DIREITO

**TERCEIRIZAÇÃO NA INICIATIVA PRIVADA: UMA ANÁLISE À LUZ
DO DIREITO BRASILEIRO**

Autor: Gabriel de Souza Leal Silva

Orientador: Prof. Dr. Daniel Pitanguiera de Avelino

Monografia apresentada como requisito parcial à obtenção do grau de Bacharel, no Programa de Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília.

Brasília, ____ de julho de 2019.

FOLHA DE APROVAÇÃO

GABRIEL DE SOUZA LEAL SILVA

TERCEIRIZAÇÃO NA INICIATIVA PRIVADA: UMA ANÁLISE À LUZ DO DIREITO BRASILEIRO

Monografia apresentada como requisito parcial à obtenção do grau de Bacharel, no Programa de Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília.

Aprovada em: ____ de _____ de _____.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Daniel Pitangueira de Avelino
(Orientador – Presidente)

Prof^a. Ana Paula Villas Boas
(Membro)

Prof^a. Dr^a. Daniela Marques de Moraes
(Membro)

Prof. Dr. Mamede Said Maia Filho
(Suplente)

AGRADECIMENTOS

Aos meus pais, Cyntia e Lucival, Carine e Adriano, pelo incentivo e apoio incondicional.

Ao meu orientador Prof. Dr. Daniel Pitangueira de Avelino, pelo suporte no pouco tempo que lhe coube, pelas suas correções, incentivos e, principalmente, paciência.

À Bárbara Cosme Burello, que me deu apoio e incentivo nas horas difíceis, de desânimo e cansaço.

RESUMO

O presente trabalho tem o escopo de determinar como a terceirização foi recepcionada pelo ordenamento jurídico e pela jurisprudência pátria, para melhor compreender quais são as restrições jurídicas aplicáveis a essa prática, com enfoque na iniciativa privada. Diante disso, mediante pesquisa bibliográfica e documental, as principais características da terceirização, da proteção social do trabalho instituída pela Constituição Federal de 1988 e da disciplina infraconstitucional e jurisprudencial foram abordadas. Além disso, com o auxílio de dados empíricos, foram analisados os efeitos práticos da terceirização nas relações trabalhistas. A partir do estudo efetuado, definiu-se a terceirização como uma técnica que permite à empresa concentrar os seus esforços na consecução de sua atividade principal através da transferência de atividades acessórias a empresas especializadas na sua execução. Para que se formalize, essa prática resulta na composição de uma relação trilateral, na qual figuram como partes o trabalhador terceirizado, a empresa tomadora e a empresa prestadora de serviços. Em seguida, determinou-se que os princípios fundamentais da dignidade da pessoa humana e dos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, bem como o princípio da função social da empresa, condicionam a iniciativa privada à observância do regime de emprego socialmente protegido, sob a perspectiva da proteção social do trabalho. Depois, discorreu-se sobre a disciplina da terceirização na legislação infraconstitucional e na jurisprudência. Inicialmente, observou-se a restrição desse fenômeno à atividade-meio das empresas, consolidada na Súmula n.º 331 do Tribunal Superior do Trabalho. Com a Reforma Trabalhista e a recente jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, passou-se a legitimar a terceirização na atividade-fim. Por fim, foram analisados os dados empíricos que comparam a remuneração, a duração do vínculo empregatício e a quantidade de acidentes de trabalho entre empregados diretos e terceirizados. Constatou-se a existência de precarização das relações trabalhistas decorrente da terceirização. Assim, concluiu-se que é necessário impor restrições à terceirização, tendo em vista a precarização da relação de emprego e o padrão constitucional do regime de emprego socialmente protegido.

Palavras-chaves: Iniciativa privada; Precarização; Proteção social do trabalho; Reforma Trabalhista; Supremo Tribunal Federal; Terceirização; Tribunal Superior do Trabalho.

ABSTRACT

The purpose of this study is to ascertain how outsourcing was accommodated in the Brazilian legal framework and jurisprudence in order to gain a better understanding of the legal constraints imposed on outsourcing, with a focus on the private sector. To this end, literature and documental research was conducted in order to look at the main features of outsourcing, mechanisms of social protection of labor enshrined in the 1988 Federal Constitution and infra-constitutional laws and jurisprudence. In addition, empirical data supported an analysis of the practical aspects of outsourcing in labor relations. As part of this study, outsourcing was defined as an approach for companies to focus on their core business by delegating non-core activities to companies specializing in those activities. Outsourcing involves a tripartite relationship, with an outsourced worker, a hiring company and an outsourcing provider. The next step was to establish that the fundamental principles of human dignity and the social values of labor and free initiative, as well as the principle of the social role played businesses, require private companies to observe the socially protected employment regime from the perspective of the social protection of labor. This study then discusses the subject of outsourcing in infra-constitutional laws and jurisprudence. This was initially restricted to non-core activities, consolidated in Precedent No. 331 of the Superior Labor Court. The Labor Reform and recent jurisprudence by the Supreme Federal Court authorized the outsourcing of core activities. Finally, empirical data comparing pay, duration of employment, and number of occupational accidents between in-house and outsourced workers were analyzed. A finding is that labor relations deteriorated as a result of outsourcing. It is therefore concluded that outsourcing requires some restrictions in view of the deterioration of labor relationships and the constitutional regime of socially protected employment.

Key-words: Private initiative; Deterioration; Social protection of labor; Labor Reform; Supreme Federal Court; Outsourcing; Superior Labor Court.

LISTA DE GRÁFICOS

Gráfico 1 – Brasil: variação da remuneração dos terceirizados com alta probabilidade em comparação à remuneração dos empregados diretos (dezembro de 2013)	65
Gráfico 2 – Brasil: taxa de rotatividade descontadas nas atividades tipicamente terceirizadas e nas atividades tipicamente contratantes (2007-2014).....	68
Gráfico 3 – Brasil: tempo médio de duração, em meses, dos vínculos formais de emprego nas atividades tipicamente terceirizadas e nas tipicamente contratantes (2007-2014).....	68
Gráfico 4 – Brasil: número de acidentes fatais no setor elétrico (2004-2011)	70
Gráfico 5 - Brasil: causas dos acidentes fatais envolvendo terceirizados no setor elétrico (2003-2011)	71

LISTA DE TABELAS

Tabela 1- Brasil: número de acidentes de trabalho por mil trabalhadores por setor de atividade (2013).....	72
--	----

LISTA DE ABREVIATURAS

ABAG	Associação Brasileira do Agronegócio
AEAT	Estatístico de Acidentes do Trabalho
ANAMATRA	Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho
ADI	Ação Direta de Inconstitucionalidade
ADPF	Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental
ARE	Agravo em Recurso Extraordinário
CBO	Classificação Brasileira de Ocupações
CENIBRA	Celulose Nipo-Brasileira S.A
CF	Constituição Federal
CLT	Consolidação das Leis do Trabalho
CNAE	Classificação Nacional de Atividades Econômicas
CNES	Cadastro Nacional de Entidades Sindicais
COGE	Comitê de Gestão Empresarial
CUT	Central Única dos Trabalhadores
DIEESE	Departamento Intersindical de Estatísticas e Estudos
DL	Decreto-Lei
RAIS	Relação Anual de Informações Sociais
RE	Recurso Extraordinário
MPT	Ministério Público do Trabalho
MTb	Ministério do Trabalho
STF	Supremo Tribunal Federal
TRT	Tribunal Regional do Trabalho
TST	Tribunal Superior do Trabalho

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
1. TERCEIRIZAÇÃO: DELIMITAÇÃO CONCEITUAL	12
1.1. A terceirização e o modelo de produção japonês (Toyotismo).....	16
1.2. Terceirização interna vs. terceirização externa.....	19
1.3. A ilícita intermediação de mão de obra (ou <i>marchandage</i>).....	23
2. A TERCEIRIZAÇÃO À LUZ DO DIREITO BRASILEIRO	28
2.1. A Constituição Federal de 1988 e a proteção social do trabalho	28
2.1.1. A dignidade da pessoa humana	29
2.1.2. Os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa.....	30
2.1.3. O trabalho como direito social	33
2.1.4. A função social da empresa.....	36
2.2. A regulação da terceirização no período anterior a 2017.....	38
2.2.1. O panorama da legislação infraconstitucional até 2017.....	38
2.2.2. A Súmula n.º 331 do TST	42
2.3. As mudanças na regulação da terceirização a partir de 2017.....	49
2.3.1. A Lei n.º 13.429/17	50
2.3.2. A Reforma Trabalhista (Lei n.º 13.467/17).....	53
2.3.3. O julgamento da ADPF n.º 324/DF e do RE n.º 958.252/MG	57
3. A TERCEIRIZAÇÃO E A PRECARIZAÇÃO DAS RELAÇÕES DE TRABALHO ...	63
3.1. Remuneração.....	63
3.2. Duração do vínculo de emprego.....	66
3.3. Acidente de trabalho.....	69
3.4. Resultados	73
CONCLUSÃO.....	75
BIBLIOGRAFIA	81

INTRODUÇÃO

A terceirização é uma forma de organização empresarial de comum utilização no Brasil, sendo empregada tanto na Administração Pública quanto na iniciativa privada. Apesar de recorrente, essa prática sempre ensejou relevante discussão jurídica quanto aos limites constitucionais e legais que lhe são aplicáveis.

A referida discussão decorre do fato de que, na prática, a terceirização permite que a força de trabalho do obreiro beneficie diretamente um terceiro, com o qual não mantém vínculo empregatício, distanciando-se das tradicionais características da relação de emprego, que é paradigma do Direito do Trabalho.

Assim, criam-se questionamentos acerca das repercussões desse fenômeno para os direitos trabalhistas, que tutelam os trabalhadores em face da superioridade econômica dos empregadores e gozam de amplo amparo na Constituição Federal de 1988.

Recentemente, as controvérsias acerca da terceirização adquiriram maior notoriedade em razão das mudanças legislativas e jurisprudenciais na sua disciplina, responsáveis por remover as restrições que, por mais de duas décadas, foram impostas à terceirização pela Justiça do Trabalho.

Nesse contexto, este trabalho tem a pretensão de compreender como a terceirização é recepcionada e regulada pelo ordenamento jurídico e pela jurisprudência pátria, de modo a contribuir para o debate jurídico acerca da imposição de limites à terceirização, com enfoque especial na iniciativa privada.

Dessa forma, ao final da exposição do tema, buscamos responder se esse fenômeno pode ser praticado pelas empresas de modo irrestrito ou se exige ser disciplinado com maior rigor.

À vista disso, fez-se necessário compreender as principais características da terceirização, da proteção social do trabalho instituída pela Constituição Federal e da disciplina infraconstitucional e jurisprudencial do tema, assim como determinar as suas repercussões práticas nas relações de emprego.

Para esse fim, realizamos pesquisa bibliográfica e documental, com o objetivo de elucidarmos os principais aspectos do tema a partir da doutrina, da legislação constitucional e infraconstitucional e da jurisprudência. Além disso, consultamos

dados estatísticos de pesquisas especializadas para fundamentar a análise empírica das consequências da terceirização nas relações empregatícias.

No primeiro capítulo, iniciamos a exposição do tema abordando diferentes conceitos de terceirização, com a finalidade de determinarmos as características mais relevantes desse fenômeno e, assim, delinear o objeto central da controvérsia jurídica. Ademais, expusemos resumidamente a conjuntura histórica que impulsionou a difusão da terceirização, bem como distinguimos essa prática da ilícita intermediação de mão de obra.

No segundo capítulo, efetuamos um apanhado normativo sobre a terceirização. Primeiramente, discorremos sobre o tratamento protecionista conferido pela Lei Maior ao trabalho, evidenciando os limites constitucionais à exploração do trabalhador. Em seguida, examinamos como a terceirização foi regulada pela legislação infraconstitucional e pela jurisprudência trabalhista ao longo das últimas décadas. Depois, apresentamos as mudanças na disciplina da terceirização ocorridas em 2017, a partir da exposição das Leis n.º 13.429/17 e n.º 13.467/17 e da tese de repercussão geral fixada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do Recurso Extraordinário n.º 958.252/MG.

No terceiro capítulo, por fim, analisamos se a terceirização provoca a precarização da relação de emprego. Essa análise foi realizada a partir de dados empíricos que comparam as condições de trabalho entre empregados diretos e terceirizados. Os dados utilizados se concentraram em três características da relação de emprego relevantes para constatar a precarização: remuneração, duração do vínculo de emprego e acidente de trabalho.

1. TERCEIRIZAÇÃO: DELIMITAÇÃO CONCEITUAL

Neste primeiro capítulo, abordaremos diferentes conceitos de terceirização, com o intuito de identificarmos as suas principais características e, dessa forma, formularmos uma definição própria que servirá de base para o desenvolvimento deste trabalho.

Primeiramente, cabe destacar que o termo “terceirização” é utilizado apenas no Brasil, sendo um neologismo oriundo do latim “*terciariu*”. Não obstante, esse fenômeno também é conhecido por outras denominações menos comuns, como, por exemplo, subcontratação, desverticalização, reconcentração, entre outras. (MARTINS, 2000, p. 19-22).

O ordenamento jurídico brasileiro não dispunha, até a promulgação da Lei n.º 13.467/17, de uma definição legal de terceirização. Contudo, em razão da relevância jurídica desse fenômeno para o Direito Constitucional e o Direito do Trabalho, a doutrina pátria foi desafiada a conceber sua própria definição ao se debruçar sobre o tema.

Todavia, antes de abordarmos as definições formuladas por juristas, é preciso compreender que a terceirização representa uma técnica de organização e gestão empresarial, constituindo, também, objeto de estudo da ciência da Administração. Por isso, as noções administrativas sobre terceirização são importantes para uma delimitação inicial do seu conceito jurídico.

Ciro Pereira da Silva (1997, p. 30) afirma que qualquer pretensão de conceituar a terceirização será incompleta. No entanto, se propõe, de forma cautelosa, a defini-la:

[...] De forma simplista e pensando no atual estágio das empresas brasileiras, diríamos apenas que terceirização é a **transferência de atividades para fornecedores especializados**, detentores de tecnologia própria e moderna, que tenha esta atividade terceirizada como sua atividade-fim, **liberando a tomadora para concentrar seus esforços gerenciais em seu negócio principal**, preservando e evoluindo em qualidade e produtividade, reduzindo custos e ganhando competitividade. (grifos acrescidos)

No mesmo sentido, Lívio Antonio Giosa (1997, p.14) apresenta uma conceituação mais sucinta:

É um processo de gestão pelo qual se **repassam algumas atividades para terceiros** – com os quais se estabelece uma relação de parceria – **ficando a empresa concentrada apenas em tarefas essencialmente ligadas ao negócio em que atua.** (grifos acrescentados)

A partir das definições supratranscritas, podemos extrair dois elementos centrais referentes à subcontratação, segundo a ciência da Administração: **(a)** a transferência de atividades da empresa para outra especializada na execução destas e **(b)** a concentração dos esforços da empresa nas atividades relativas ao seu negócio principal. Esses dois elementos permearão, como veremos a seguir, as conceituações dos juristas.

Além disso, ressalta-se que a parte final da primeira definição apresenta os efeitos positivos da terceirização, quais sejam: a redução de custos, o ganho em produtividade e qualidade e o aumento da competitividade. Nesse ponto, Ciro Pereira da Silva (1997, p. 26) assinala que a empresa, ao subcontratar atividades, não pode almejar apenas a redução de custos, devendo se preocupar, também, com o ganho ou a manutenção da qualidade de seus produtos ou serviços.

Assim, temos que a terceirização é, para a ciência da Administração, uma técnica de gestão empresarial que permite à empresa se desincumbir de atividades que não sejam essenciais ao seu negócio principal e concentrar seus esforços na consecução deste, objetivando a redução dos custos, o ganho de produtividade e qualidade e, conseqüentemente, uma maior competitividade no mercado.

No Direito, a doutrina pátria conceituou o fenômeno da terceirização de forma semelhante à Administração. Entretanto, naturalmente, percebe-se uma maior preocupação em evidenciar certos aspectos jurídicos dessa prática.

Sérgio Pinto Martins (2000, p. 23), ao tratar da terceirização, conceitua:

Consiste a terceirização na possibilidade de **contratar terceiro para a realização de atividades que não constituem o objeto principal da empresa.** Essa contratação pode envolver tanto a produção de bens como serviços, como ocorre na necessidade de contratação de serviços de limpeza, de vigilância ou até de serviços temporários.

Envolve a terceirização uma **forma de contratação que vai agregar a atividade-fim de uma empresa, normalmente a que presta serviços, à atividade meio de outra.** [...] (grifos acrescentados)

Observa-se que os elementos centrais à prática de subcontratação identificados pela ciência da Administração se encontram presentes nesta definição. De forma explícita, o jurista afirma que **(a)** há a transferência de atividades de uma empresa para outra, que as têm como “atividade-fim”, isto é, é especializada na sua execução. Por outro lado, de modo implícito, subentende-se que **(b)** a empresa, ao terceirizar, concentra os seus esforços na execução de suas atividades principais, visto que o autor veda a transferência destas para terceiros.

No mesmo sentido, Valentin Carrion (2013, p.368) apresenta a seguinte definição:

*A terceirização é o ato pelo qual a empresa produtora, mediante contrato, entrega a outra empresa certa tarefa (**atividades ou serviços não incluídos nos seus fins sociais**) para que esta a realize habitualmente com empregados desta; transporte, limpeza e restaurante são exemplos típicos. Quando não fraudulenta é manifestação de modernas técnicas competitivas. (grifos acrescentados)*

Além dos elementos centrais à terceirização, podemos constatar que há, novamente, uma preocupação em excluir a possibilidade de se subcontratar as atividades que compõem o objeto principal do empreendimento – atividade-fim. Isto é, somente atividades secundárias ou acessórias ao negócio principal podem ser subcontratadas de outras empresas. Os serviços de vigilância, limpeza, transporte, dentre outros, são exemplos de atividades consideradas secundárias ou acessórias – atividade-meio.

A vedação à terceirização na atividade-fim das empresas corresponde a um cuidado dos autores quanto à juridicidade da prática da terceirização em face da presumível precarização das relações empregatícias. Contudo, essa limitação imposta à terceirização não é pacífica na doutrina pátria e enseja uma discussão jurídica que é parte essencial deste trabalho e será aprofundada ao longo dos capítulos.

Outro aspecto jurídico salientado nas definições dos juristas supracitados corresponde à formalização da terceirização mediante contrato entre as empresas envolvidas. Por certo, a subcontratação representa uma relação interempresarial estabelecida entre a empresa tomadora – que transfere parte de suas atividades - e

a empresa prestadora de serviços – que executa as atividades transferidas. Essa relação é instrumentalizada por um contrato de natureza civil.

Entretanto, não podemos olvidar que a prática da terceirização envolve relações trabalhistas. Essas relações são instituídas entre os trabalhadores terceirizados e a empresa prestadora de serviços, sendo operacionalizadas por contratos de natureza trabalhista.

Diante disso, Maurício Godinho Delgado (2017, p.502) discorre que:

[...] A terceirização provoca uma relação trilateral em face da contratação de força de trabalho no mercado capitalista: o obreiro, prestador de serviços, que realiza suas atividades materiais e intelectuais junto à empresa tomadora de serviços; a empresa terceirizante, que contrata este obreiro, firmando com ele os vínculos jurídicos trabalhistas pertinentes; a empresa tomadora de serviços, que recebe a prestação de labor, mas não assume a posição clássica de empregadora desse trabalhador envolvido.

A afirmação de que a terceirização acarreta uma única relação, trilateral, composta pelo trabalhador terceirizado, a empresa tomadora e a empresa prestadora de serviços, revela um posicionamento crítico. Isso porque o Ministro pretende evidenciar uma suposta subversão de um dos paradigmas do Direito do Trabalho: a relação direta e bilateral de emprego.

A relação direta e bilateral de emprego goza de grande prestígio no Direito do Trabalho, pois representa o modelo de relação trabalhista que fornece maior proteção aos trabalhadores. Essa relação consiste no binômio empregado-empregador, que traduz a formação do vínculo empregatício direto entre o empregado e o empregador, sendo este considerado o beneficiário da mão de obra prestada.

Apesar disso, a relação direta e bilateral de emprego não é absoluta no ordenamento jurídico pátrio. Outras formas excepcionais de relações trabalhistas têm sua legalidade reconhecida, a exemplo do trabalho temporário. Porém, esses vínculos alternativos de emprego são, frequentemente, acompanhados de mecanismos que visam fornecer ao trabalhador proteção nos moldes da relação clássica bilateral, em um esforço do legislador de mitigar uma possível precarização dos direitos trabalhistas.

A discussão jurídica em torno da ruptura com o paradigma da relação bilateral clássica de emprego provocada pela terceirização será aprofundada posteriormente. O essencial, neste momento, é propor que subcontratação origina uma relação trilateral, que compreende dois tipos distintos de relações jurídicas. Por um lado, envolve uma relação interempresarial, entre a empresa tomadora e a empresa prestadora de serviços, regida por um contrato de natureza civil. Do outro, abarca a relação entre empresa prestadora de serviços e o trabalhador terceirizado, subordinada a um contrato de natureza empregatícia.

Diante do exposto, sugerimos, no parágrafo seguinte, uma definição inicial de terceirização que compreenda todos os elementos e aspectos identificados até então e que servirá de base para o desenvolvimento do presente trabalho.

A terceirização é uma técnica de gestão empresarial que permite à empresa concentrar os seus esforços na consecução de sua atividade principal através da transferência de atividades acessórias a empresas especializadas na sua execução. Para que se formalize, a terceirização resulta na composição de uma relação trilateral, na qual figuram como partes o trabalhador terceirizado, a empresa tomadora e a empresa prestadora de serviços. Ademais, essa relação trilateral é constituída por duas espécies distintas de relações jurídicas: uma relação interempresarial, instrumentalizada por um contrato de natureza civil, e uma relação trabalhista, operacionalizada por um contrato de natureza empregatícia.

Superada essa conceituação inicial do fenômeno da terceirização, é preciso, ainda, delimitar alguns pontos controvertidos. Os subtópicos a seguir abordarão as questões que entendemos necessitar de maiores esclarecimentos.

1.1. A terceirização e o modelo de produção japonês (Toyotismo)

Neste subtópico, discorreremos brevemente acerca da conjuntura que impulsionou a difusão do Toyotismo, algumas de suas características e sua relação com a prática da terceirização.

Durante grande parte do século XX, o Fordismo foi o modelo de produção predominantemente adotado na indústria, especialmente no Ocidente. Caracterizava-se por uma estrutura padronizada e verticalizada, isto é, a fábrica se

responsabilizava pela integralidade da cadeia de produção, executando todas as etapas necessárias à confecção e entrega do produto (ANTUNES, 2009, p. 38-39).

O Fordismo instituiu um sistema de produção rígido, fundado numa lógica de produção em massa que era incapaz de se adaptar às mudanças na demanda do mercado. Sendo assim, com a crise econômica que se instaurou na década de 1970, as fábricas estruturadas nesse modelo se viram obrigadas a buscar novas técnicas e formas de organização do processo produtivo, com objetivo de resgatar a competitividade no mercado. (ANTUNES, 2009, p. 49; CASTELLS, 2005, p. 212; PINTO, 2012, p. 537).

Nesse cenário, o modelo japonês de organização da produção conquistou um novo *status* de prestígio internacional. Desenvolvido pelo engenheiro Taiichi Ohno, esse modelo foi introduzido pioneiramente na estrutura das fábricas automobilísticas da *Toyota Motor Corporation*, razão pela qual é comumente denominado de Toyotismo.

O Toyotismo, ao contrário do Fordismo, baseia-se na ideia de uma empresa estruturada a partir de um modelo de produção enxuta e flexível. A implementação desse modelo visa a uma maior eficiência no processo produtivo, aliada ao aumento de qualidade e redução dos custos.

Maria Letícia Sousa Correia Lima e Paulo Antônio Zawislak (2003, p. 58-59) discorrem que a ideia de produção enxuta significa:

[...] um sistema de produção caracterizado pela **eliminação progressiva do desperdício**, pelo **fluxo contínuo** com que os processos produtivos ocorrem, pela **produção segundo a demanda do cliente** no tempo e na quantidade por este estabelecidos e, por fim, pela **relação próxima e de parceria com fornecedores**. [...]. (grifos originais)

Sem pretensão de nos aprofundar na definição, pois trata-se de um objeto de estudo da área da Engenharia de Produção, destacamos dois aspectos pertinentes ao presente trabalho: a produção conforme a demanda do cliente e a relação de parceria com fornecedores.

A produção segundo a demanda do mercado é, certamente, uma das inovações mais importantes do sistema toyotista. Essa inovação representa uma ruptura com a mentalidade fordista de produção em massa de um único produto,

consistindo na ideia de uma produção variada e flexível, que se adapta à demanda da clientela.

Para viabilizar essa produção flexível, o Toyotismo desenvolveu uma série de técnicas, que vieram a compor um sistema denominado de *Just In Time* (JIT). O JIT é um dos pilares do modelo toyotista e é o que permite adaptar a produção à demanda. Nas palavras de Jeffrey K. Liker (2007, p. 43):

O JIT é um conjunto de princípios, ferramentas e técnicas que permitem que a empresa produza e entregue produtos em pequenas quantidades, com *lead times* curtos, para atender às necessidades específicas do cliente. Dito de forma simples, o JIT entrega os itens corretos na hora certa e na quantidade exata. O poder do JIT é permitir que você corresponda às mudanças diárias da demanda, o que era precisamente o que a Toyota precisava.

Por sua vez, a relação de parceria com fornecedores é consequência da horizontalização da produção. De modo oposto à verticalização da produção presente no Fordismo, o modelo toyotista se caracteriza pela transmissão de parte de suas etapas produtivas a outras empresas, concentrando-se apenas no seu núcleo principal de produção (CUNHA, 2016, p.199).

As fábricas da Toyota, por exemplo, não produzem todas as peças automotivas que compõem os seus veículos, delegando a produção dessas a determinados fornecedores, geralmente empresas de médio ou pequeno porte. Assim, uma rede de parceria é estabelecida, na qual se deve manter uma relação de respeito com os fornecedores, que são tratados como uma extensão da própria empresa (LIKER, 2007, p.58).

Nesse contexto, Geraldo Augusto Pinto (2012, p. 538) dispõe:

O sistema toyotista permitiu, assim, a configuração de uma rede de subcontratação entre empresas muito mais forte, que [...] conseguiu fundamentar um método de produção e entrega mais rápido e preciso que os preexistentes – o *just in time/kan ban* –, uma vez que a rede de empresas toyotista se fortalece pela focalização das firmas no núcleo principal dos seus negócios, gerando desverticalização e terceirização. [...]

Dessa forma, o Toyotismo atendeu a uma necessidade de superação da crise econômica da década de 1970 e do Fordismo, implementando um novo modelo de produção pautado na flexibilização e horizontalização.

As empresas ocidentais aderiram ao modelo toyotista e passaram a desincumbir-se de etapas que não compunham o núcleo principal do seu processo produtivo, transferindo-as a empresas especializadas. Assim houve um movimento de horizontalização que promoveu a redução nas estruturas das empresas, impulsionando a terceirização. Ademais, a estrutura produtiva enxuta favoreceu o funcionamento do sistema JIT e, por conseguinte, a implementação da produção adaptável à demanda.

No Brasil, segundo Maria da Graça Druck (1999, p.102-104), o modelo toyotista foi sendo introduzido gradualmente desde a década de 1970, difundindo o fenômeno da terceirização no território nacional. No entanto, somente na década de 1990 a terceirização se expandiu e se consolidou nos diversos setores da economia brasileira.

Por fim, frisa-se que a Toyota instituiu uma forma de terceirização assentada na criação de uma rede de parceria com empresas de pequeno e médio porte, que assumem o papel de fornecedores de peças automobilísticas. Esse modo de terceirizar difere daquele que é praticado com maior frequência, ao menos no Brasil. No subtópico a seguir, iremos diferenciar essas duas formas de subcontratação, pois é relevante para escopo desta monografia.

1.2. Terceirização interna vs. terceirização externa

Conforme exposto anteriormente, podemos dizer que o núcleo essencial da terceirização consiste na transferência de atividades do processo produtivo de uma empresa para outra que seja especializada na sua execução. Entretanto, sabemos que essa técnica de gestão empresarial guarda certo grau de complexidade.

Por esse motivo, iniciamos este capítulo desenvolvendo uma definição de terceirização que servisse de base para o restante deste trabalho. Todavia, é importante salientar que a terceirização pode ser praticada de duas formas distintas, sendo classificadas pela doutrina em interna e externa. Diferenciá-las é essencial para melhor delimitarmos o nosso objeto de estudo.

Fala-se em terceirização externa quando a empresa transfere uma etapa produtiva, total ou parcialmente, para outra empresa, que a executa no interior do

próprio estabelecimento, mantendo total controle sobre o processo produtivo. Nesse caso, entende-se que não houve a subcontratação de serviços propriamente dita, mas sim o fornecimento de insumo. (DELGADO; AMORIM, 2015, p.57).

A empresa contratante “externaliza” as suas atividades, uma vez que, ao transferi-las, as remove do processo produtivo conduzido nas suas instalações. A empresa contratada, por sua vez, administra a execução das atividades transferidas de forma autônoma, valendo-se de sua própria estrutura. Ao final, a contratada é responsável por fornecer o produto à contratante.

Destaca-se que a subcontratação externa se concentra na dinâmica de fornecimento de insumos pela empresa contratada, que são utilizados pela contratante na consecução do seu negócio principal. O modelo de produção introduzido na Toyota representa bem essa dinâmica, pois se baseia na criação de uma rede de parcerias com os fornecedores de peças automobilísticas.

Por outro lado, a terceirização interna é aquela na qual a empresa tomadora transfere as suas atividades para a empresa prestadora, mas o faz incorporando os empregados desta em suas instalações. Isto é, a mão de obra terceirizada executa as atividades transferidas dentro da própria empresa tomadora. (DELGADO; AMORIM, 2015, p.58).

Apesar de a empresa tomadora transferir suas atividades, estas permanecem sendo executadas dentro de suas instalações. O papel da empresa prestadora é de fornecer a mão de obra requisitada pela tomadora, sem coordenar a etapa produtiva na qual seus empregados – os terceirizados – são inseridos. Assim, a empresa tomadora “internaliza” a transferência de atividades, já que utiliza a mão de obra terceirizada dentro do seu domínio produtivo.

Ressalta-se que a subcontratação interna se concentra na dinâmica de prestação de serviços especializados pelos empregados da empresa prestadora, que são incorporados na estrutura da empresa tomadora. Essa modalidade se disseminou, fazendo surgir um mercado de empresas destinadas à prestação de serviços terceirizados, a exemplo dos serviços de limpeza, portaria, vigilância, entre outros.

Ante o exposto, é oportuna a observação de Delgado e Amorim (2015, p. 58):

O que diferencia os dois fenômenos, observe-se, é o **essencial controle sobre o processo produtivo**, pois na medida em que a empresa principal exerce o controle do processo produção subcontratada do insumo, deixará de figurar como adquirente para constituir verdadeira tomadora de serviço [...]. (grifos originais)

Deste modo, temos que o controle sobre o processo produtivo das atividades transferidas pela terceirização é o elemento central que distingue as suas duas formas. Essa distinção é importante, uma vez que a doutrina e a jurisprudência atribuem efeitos jurídicos diferentes a cada uma das modalidades.

A terceirização externa não provoca grandes controvérsias jurídicas, pois a empresa contratada goza de certa autonomia em relação à contratante. A empresa contratada para realizar as atividades transferidas se organiza de modo independente, controlando todos os aspectos do processo produtivo em que seus empregados estão inseridos. A empresa contratante somente intervém no momento de aquisição do insumo.

A dinâmica de fornecimento de insumos presente nessa modalidade de terceirização não enseja a subversão do binômio empregado e empregador, de modo a não formar uma relação trilateral. A empresa contratada, ao manter controle sobre o processo produtivo de seus empregados, dentro sua própria estrutura, é a beneficiária direta da sua mão de obra. A relação interempresarial com a empresa contratante e a relação trabalhista com o empregado continuam a existir, mas não se aglutinam em uma relação trilateral.

Desse modo, entende-se que, na terceirização externa, os direitos trabalhistas dos empregados terceirizados podem encontrar amparo no art. 2º, §§2º e 3º, da Consolidação das Leis do Trabalho¹. Esse dispositivo legal determina a

¹ Art. 2º da CLT: “Considera-se empregador a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviço. [...] § 2º Sempre que uma ou mais empresas, tendo, embora, cada uma delas, personalidade jurídica própria, estiverem sob a direção, controle ou administração de outra, ou ainda quando, mesmo guardando cada uma sua autonomia, integrem grupo econômico, serão responsáveis solidariamente pelas obrigações decorrentes da relação de emprego. § 3º Não caracteriza grupo econômico a mera identidade de sócios, sendo necessárias, para a configuração do grupo, a demonstração do interesse integrado, a efetiva comunhão de interesses e a atuação conjunta das empresas dele integrantes.”

responsabilidade solidária pelas obrigações trabalhistas de empresas que pertencem ao mesmo grupo econômico. (VIANA, 2012, p. 207).

Nesse ponto, é pertinente assinalar que a Reforma Trabalhista (Lei 13.467/2017) ampliou o conceito de grupo econômico. Na vigência da legislação anterior, o grupo econômico pressupunha a existência de uma empresa principal e de empresas a ela subordinadas. Com as alterações promovidas pela Reforma, foi incluída a possibilidade de empresas autônomas comporem grupo econômico, que passou a exigir a demonstração de efetivo interesse integrado dos empreendimentos para caracterizá-lo. (MANUS, 2018).

Portanto, atualmente, ao tratar da terceirização externa, é possível que se reconheça a formação de um grupo econômico, independentemente da existência de subordinação. Isso significa que a empresa contratada e a empresa contratante devem responder solidariamente pelas obrigações trabalhistas dos terceirizados. Ou seja, o trabalhador dispõe de meios legais para exigir seus direitos em face da empresa contratada, com quem mantém vínculo direto, e da empresa contratante, com a qual não se relaciona diretamente. No entanto, caso não se configure o grupo econômico, a responsabilidade pelas obrigações trabalhistas recai apenas sobre a contratada.

A terceirização interna, por sua vez, é a modalidade que figura como objeto central dos debates jurídicos sobre o tema. Por esse motivo, a definição que propomos no início deste capítulo é específica para essa forma de subcontratar.

A dinâmica de prestação de serviços especializados, em que a empresa prestadora vê seus empregados incorporados à estrutura da empresa tomadora, provoca a formação da relação trilateral. Nesse sentido, Maurício Godinho Delgado (2017, p.502) expõe:

Para o Direito do Trabalho terceirização é o fenômeno pelo qual se dissocia a relação econômica de trabalho da relação justralhista que lhe corresponde. Por tal fenômeno insere-se o trabalhador no processo produtivo do tomador de serviços sem que se estendam a este os laços justralhistas, que se preservam fixados com uma entidade interveniente. [...].

A dissociação entre a relação econômica de trabalho e a relação jurtrabalhista é o cerne da problematização jurídica acerca da terceirização. O terceirizado é empregado da empresa prestadora, mas exerce suas funções em um processo produtivo controlado pela tomadora. O trabalho terceirizado beneficia diretamente a atividade econômica da tomadora, porém o vínculo de emprego é estabelecido com a prestadora e é desta que se deve exigir o cumprimento das obrigações trabalhistas.

Tendo isso em vista, a terceirização interna foi sendo regulada pela jurisprudência ao longo dos anos, culminando na edição do enunciado da Súmula n.º 331 do Tribunal Superior do Trabalho, que lhe atribui efeitos jurídicos distintos aos que recaem sobre a terceirização externa. A título de exemplo, o referido enunciado prevê a responsabilidade subsidiária da empresa tomadora pelas obrigações trabalhistas dos terceirizados. No próximo capítulo, discorreremos mais a fundo sobre os aspectos relevantes da Súmula n.º 331.

Assim, em conclusão, evidencia-se a existência de duas espécies de terceirização que se diferenciam quanto à empresa responsável por conduzir o processo produtivo das atividades transferidas. Essa distinção deu origem à classificação da subcontratação em interna e externa, cada qual com distintos efeitos jurídicos.

Entretanto, apenas a terceirização interna é objeto recorrente das discussões jurídicas sobre o tema, em virtude da relação trilateral que lhe é intrínseca. Por esse motivo, é esta modalidade de terceirização que definimos no início deste capítulo e que compõe o objeto central desta monografia.

1.3. A ilícita intermediação de mão de obra (ou *marchandage*)

A terceirização aparenta ser semelhante à prática de intermediação ou locação de mão de obra, também conhecida como *marchandage*. Entretanto, não devem ser confundidos os dois fenômenos, pois as suas consequências jurídicas são distintas. Em vista disso, nos dedicaremos a diferenciar essas duas práticas neste subtópico.

Ressalta-se, inicialmente, que a *marchandage* é reputada ilícita pelo ordenamento jurídico pátrio, representando violação à Constituição da República. Em contrapartida, a terceirização tem reconhecida legalidade, principalmente após as mudanças provocadas pela Reforma Trabalhista.

Segundo Valentin Carrion, a locação de mão de obra ocorre quando trabalhadores são contratados e remunerados pela figura de um locador, que os coloca à plena disposição de um tomador de serviços. A mão de obra alocada recebe ordens e se relaciona diretamente com o tomador, sendo incorporada na estrutura empresarial deste. Ademais, a *marchandage* se caracteriza, também, pela “[...] menor atuação do locador e o longo tempo da locação, sua constância, habitualidade e exclusividade.” (CARRION, 2013, p.367).

À vista disso, observa-se que os requisitos intrínsecos ao vínculo empregatício estão presentes na relação estabelecida entre os trabalhadores e o tomador dos serviços. Esses requisitos encontram-se previstos no *caput* dos artigos 2º e 3º da CLT², correspondendo à: subordinação, pessoalidade, não eventualidade e onerosidade.

Por outro lado, a relação entre os trabalhadores e o locador é mera formalidade, pois este não exerce influência diretiva sobre o labor daqueles. A única atribuição do locador é contratar e remunerar a mão de obra. Verifica-se, então, a patente inexistência da subordinação característica da relação de emprego.

Desse modo, na intermediação de mão de obra, o locador atua como um intermediário, que tem a finalidade de impedir que se estabeleça o vínculo de emprego entre o empregado e o tomador de serviços, que é o seu verdadeiro empregador. (CARRION, 2013, p.368).

Na França, o *Code du Travail* (FRANCE, 2019) proíbe expressamente a locação de mão de obra em seu art. L.8.231-1, que tem a seguinte redação:

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

Art. 3º da CLT: “Considera-se empregado toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário.”

A *marchandage*, entendida como qualquer operação de fornecimento de mão de obra com fins lucrativos que resulte em dano ao trabalhador com o qual se relaciona ou que elida a aplicação de disposições legais ou estipulações de uma convenção ou de um acordo coletivo de trabalho, é proibida. (grifos nosso; tradução livre)

A partir da definição presente no artigo supratranscrito, extrai-se três elementos que possibilitam compreender melhor a *marchandage*.

O primeiro elemento diz respeito à finalidade lucrativa dessa prática. O incentivo que o locador tem para atuar como intermediário de mão de obra é o lucro que a operação lhe proporciona, pois o valor pago aos trabalhadores é menor que o montante recebido do tomador de serviços. Para este, essa prática se torna atrativa ao reduzir os custos com a mão de obra.

Por sua vez, o segundo elemento refere-se ao dano que é causado ao trabalhador. Naturalmente, os trabalhadores alocados recebem “[...] menor salário, porque do valor do seu trabalho extrai-se o lucro que irá remunerar o intermediário [...]” (ROCHA, 1995, p. 58). Além disso, os trabalhadores encontram dificuldades em reivindicar seus direitos judicialmente, já que não compõem formalmente o quadro de pessoal do tomador de serviços.

Enfim, o terceiro elemento é a elisão à aplicação de normas legais ou previstas em convenção ou acordo coletivo. A tomadora de serviços se exime dos encargos trabalhistas dos trabalhadores alocados, bem como do cumprimento, em relação a estes, de obrigações estipuladas por acordos ou convenções coletivas firmados com o sindicato da classe representativa dos seus empregados diretos.

Assim, podemos afirmar que a ilícita locação de mão de obra é uma prática que fomenta a precarização das relações trabalhistas, em desfavor da parte frágil, o trabalhador. Além disso, constitui uma prática fraudulenta, que visa esquivar-se da aplicação do ordenamento jurídico trabalhista.

A perversidade que essa prática representa aos direitos dos trabalhadores pode ser sanada com a declaração da nulidade do ato jurídico que a viabilizou,

tendo como fundamento legal o art. 9º da CLT³. Em sequência, deve-se reconhecer a existência de vínculo de emprego direto entre o trabalhador e a tomadora de serviços. (DELGADO; AMORIM, 2015, p.75).

Por fim, destaca-se que, não raro, as empresas utilizam contratos de terceirização como subterfúgio para praticar a *marchandage*. Entretanto, conforme assinalado anteriormente, essas duas práticas não se confundem.

Na terceirização, a empresa prestadora se organiza economicamente com a finalidade de fornecer um serviço especializado para quem a contrate, dispondo de estrutura e empregados próprios. Logo, temos que o objeto da terceirização é a prestação de serviços especializados. Na ilícita locação de mão de obra, por sua vez, a empresa locadora destina-se apenas a fazer a intermediação de mão de obra, acordando com a empresa tomadora um valor em contraprestação. Nesse caso, o objeto do contrato é o próprio trabalhador. (ROCHA, 1995, p.54-55).

Isto posto, inferimos que a mercantilização do trabalhador é intrínseca à ilícita locação de mão de obra. Portanto, sempre que um contrato de terceirização traduzir uma mera intermediação de obra, tratando o trabalhador como mercadoria, cuida-se, na verdade, da *marchandage*.

A terceirização, por outro lado, pressupõe a prestação de serviços especializados que, quando incorporados ao processo produtivo da tomadora, auxiliam efetivamente o negócio principal desta.

Além disso, na terceirização, os requisitos do vínculo de emprego se concentram na relação estabelecida entre o trabalhador e a empresa prestadora de serviços, inclusive a subordinação. Apesar de a empresa terceirizante não coordenar a etapa produtiva em que os seus empregados são inseridos, ainda assim exerce seu poder diretivo sobre eles, considerando, por óbvio, as diretrizes acordadas com o tomador dos serviços.

³ Art. 9º da CLT: “Serão nulos de pleno direito os atos praticados com o objetivo de desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação dos preceitos contidos na presente Consolidação.”

Uma vez delimitado o conceito de terceirização e esclarecidos os seus principais pontos controversos, podemos prosseguir para análise normativa desse fenômeno, que será feita no próximo capítulo.

2. A TERCEIRIZAÇÃO À LUZ DO DIREITO BRASILEIRO

Neste capítulo, versaremos sobre o tratamento que a terceirização recebeu do ordenamento jurídico brasileiro, com a finalidade de compreender a regulação constitucional, infraconstitucional e jurisprudencial que lhe foi sendo aplicada ao longo dos anos, culminando com as mudanças ocorridas em 2017.

Assim, primeiramente, abordaremos a proteção social que a Constituição Federal de 1988 confere ao trabalho, o que nos permite visualizar os balizamentos constitucionais que incidem na relação de emprego, componente imprescindível na terceirização.

Após, trataremos da evolução da legislação infraconstitucional acerca da subcontratação de mão de obra no período anterior a 2017, bem como da jurisprudência trabalhista consolidada na Súmula n.º 331 do TST, que efetivamente disciplinou e restringiu a prática da terceirização durante quase quatro décadas.

Por fim, discorreremos sobre as mudanças e inovações na regulação da terceirização provocadas pelas Leis n.º 13.429/17 e n.º 13.467/17. Além disso, trataremos do posicionamento do Supremo Tribunal Federal no julgamento do RE n.º 958.252 e da ADPF n.º 324, que analisou a constitucionalidade das restrições impostas à terceirização pela Justiça Trabalhista.

2.1. A Constituição Federal de 1988 e a proteção social do trabalho

A Constituição Federal de 1988 tem o seu primeiro título destinado a elencar os Princípios Fundamentais que orientaram o constituinte e, conseqüentemente, condicionam a interpretação do texto constitucional e de todo o ordenamento jurídico brasileiro.

O art. 1º da Carta Magna⁴ dispõe acerca da identificação da República Federativa do Brasil como um Estado Democrático de Direito, indicando os seus

⁴ Art. 1º da Constituição Federal de 1988: “A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I - a soberania; II - a cidadania; III - **a dignidade da pessoa humana**; IV - **os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa**; V - o pluralismo político.” (grifos acrescidos).

fundamentos. Destacam-se, para os fins deste trabalho, a dignidade da pessoa humana (inciso III) e os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa (inciso IV).

Ademais, o segundo título da Lei Maior dispõe sobre os Direitos e Garantias Fundamentais, reservando o capítulo II para os Direitos Sociais, que compreendem um conjunto de direitos individuais e coletivos trabalhistas.

Os princípios fundamentais da dignidade da pessoa humana e dos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, bem como os direitos sociais trabalhistas, são importantes para a compreensão da proteção social do trabalho. Nos subtópicos a seguir, abordaremos esses temas.

2.1.1. A dignidade da pessoa humana

O constituinte atribuiu à dignidade da pessoa humana um grande protagonismo, reconhecendo-a como um princípio fundamental. Dessa forma, constitui um princípio harmonizador do ordenamento jurídico, que estabelece os valores e ideais que condicionam a atuação do legislador (reformador e ordinário), da magistratura e dos operadores do direito, e do qual deriva a proteção social conferida ao trabalho.

O doutrinador Ingo Wolfgang Sarlet (2006, p. 60) propõe a seguinte definição jurídica ao princípio da dignidade da pessoa humana:

[...] Assim sendo, temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venha lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.

Considerando-se essa definição, temos que a dignidade da pessoa humana é uma qualidade inerente ao ser humano, responsável pela instituição de direitos e deveres fundamentais que devem ser observados pelo Estado e pela sociedade. Esses direitos fundamentais têm o escopo de propiciar aos indivíduos garantias mínimas para uma vida saudável, além de protegê-los contra atos atentatórios a sua humanidade.

Dessa forma, nota-se que a dignidade da pessoa humana representa um limite e uma tarefa à atuação do Estado e da sociedade. Configura um limite na medida em que é uma característica intrínseca ao ser humano, não passível de supressão ou alienação, que é garantida por meio dos direitos fundamentais. Por outro lado, constitui uma tarefa, uma prestação, pois requer que o poder estatal e a sociedade orientem as suas ações visando a preservar e promover a sua efetividade. (SARLET, 2006, p. 47-48).

A dignidade da pessoa humana, em sua face limitadora, protege a capacidade de autodeterminação do indivíduo, traduzida no poder deste em realizar suas próprias escolhas existenciais. Nesse viés, é vedada a instrumentalização da pessoa humana, no sentido de que esta não pode ser reduzida a um objeto para a consecução de determinado objetivo pretendido por outra. Assim, constitui violação a esse princípio a conduta cuja intenção é “coisificar” o indivíduo. (SARLET, 2006, p. 49- 51).

À vista disso, é possível compreender como a ilícita intermediação de mão de obra representa uma prática repudiada pelo nosso ordenamento jurídico, já que mercantiliza o trabalhador, retirando-lhe os seus direitos, a sua dignidade e os meios para reivindicá-los, tudo isso em prol de interesses individualistas daqueles que o manipulam. Portanto, constitui uma afronta a um princípio fundamental da Lei Maior.

Por outro lado, a dignidade da pessoa humana como uma tarefa impõe ao Estado e à sociedade o dever de proteger o indivíduo quando sua dignidade se encontrar em situação de vulnerabilidade (SARLET, 2006, p. 49). Entendemos que, por exemplo, as atuações da Defensoria Pública e do Ministério Público representam prestações do Estado que materializam esse princípio fundamental.

Diante do exposto, observa-se que esse princípio denota o compromisso constitucional de proteção e promoção das condições mínimas que devem ser garantidas aos indivíduos enquanto seres humanos, para que estes desfrutem de uma vida digna dessa condição. Dessa forma, constitui parâmetro basilar para as demais disposições constitucionais e infraconstitucionais, assim como para a atuação dos três Poderes do Estado – Legislativo, Judiciário e Executivo – e dos próprios indivíduos que compõem a sociedade.

2.1.2. Os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa

Os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa constam no art. 1º, inciso IV, da Constituição Federal de 1988, logo após a dignidade da pessoa humana. Trata-se de uma escolha consciente do constituinte, pois tais valores estão intimamente correlacionados com a dignidade da pessoa humana.

A Carta Magna confere ao trabalho um valor social de grande relevância para o ordenamento jurídico pátrio, constituindo um princípio fundamental. Nesse aspecto, destaca-se que o texto constitucional faz referência a todas as espécies de trabalho, não apenas à sua modalidade empregatícia (BARCELLOS; BARROSO, 2018, p.136).

O *status* de norma fundamental é justificado na medida em que o trabalho é acessório e essencial à efetivação da dignidade da pessoa humana. Nesse sentido, Jailton Macena de Araújo (2017, p. 117) dispõe:

O trabalho [...] está diretamente ligado ao bem maior que é a vida, uma vez que além de **garantir subsistência**, também é **objeto de realização pessoal, e de inclusão social**, possibilitando a interação dos sujeitos e garantido a integração do cidadão à sua comunidade. No sentido da interligação dos sentidos do trabalho com o sentido da vida, pode-se afirmar, sem receio, que **o primeiro direito do homem é viver e o trabalho é uma das condições de vida do homem**. (grifos acrescidos).

À vista disso, podemos afirmar que o trabalho não é apenas um elemento primordial ao funcionamento do sistema capitalista, pois também é fundamental para a vida em sociedade e para a autodeterminação do indivíduo. Desse modo, a atividade laboral é componente medular da dignidade da pessoa humana.

Nesse contexto, concebe-se o valor social do trabalho. Em razão da sua função crucial para a eficácia da dignidade da pessoa humana, o labor deve sempre possibilitar o desenvolvimento e a autodeterminação do trabalhador. Se assim não se suceder, configura-se uma indiscutível exploração degradante e desumana do indivíduo, subtraindo da atividade laboral sua serventia social.

Por exemplo, o trabalho escravo representa uma violação grave à dignidade da pessoa humana, uma vez que transforma o trabalhador em instrumento para a realização de determinada finalidade, submetendo-o a condições precárias de sobrevivência.

Importante assinalar que o valor social do trabalho é manifestado em outros dois artigos de destaque da Constituição: o *caput* do art. 170⁵ e o art. 193⁶. No primeiro dispositivo, o constituinte expressa que a ordem econômica é fundamentada a partir da valorização do trabalho e tem como finalidade promover a dignidade humana. No segundo dispositivo, o trabalho aparece como fundamento da ordem social, sendo o alicerce para se alcançar o bem-estar e a justiça sociais.

Ademais o constituinte também atribui à livre iniciativa um valor social, com *status* de princípio fundamental. De modo análogo ao valor social do trabalho, o texto constitucional engloba todas as esferas da livre iniciativa (BARCELLOS; BARROSO, 2018, p. 136), sendo a econômica a mais relevante para a presente monografia.

No campo econômico, a livre iniciativa consiste em duas formas de liberdade: a de trabalho e de empreendimento. A primeira significa a autonomia dos indivíduos na escolha da profissão que irão exercer. A segunda, por sua vez, refere-se à autonomia dos mesmos em se dedicarem à determinada atividade econômica, assumindo os riscos destas e elegendo o modo de organização que melhor se adequa à finalidade do seu empreendimento. (TAVARES, 2011, p. 235-238).

Nesse cenário, a regra é que o Estado não pode interferir na liberdade econômica conferida pela livre iniciativa aos particulares. Contudo, compreende-se que essa liberdade não é absoluta, estando sujeita a limitações impostas pelo ordenamento jurídico, que autorizam a atuação do Estado em situações excepcionais. (TAVARES, 2011, p. 239).

Portanto, a livre iniciativa também é essencial para a efetividade da dignidade da pessoa humana, na medida em que promove a autodeterminação dos indivíduos ao garantir a liberdade de escolha profissional, assim como de se dedicar a determinado empreendimento.

⁵ Art. 170, *caput*, da Constituição Federal de 1988: “A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios.”

⁶ Art. 193 da Constituição Federal de 1988: “A ordem social tem como base o primado do trabalho, e como objetivo o bem-estar e a justiça sociais.”

Todavia, a própria dignidade da pessoa humana impõe limites à livre iniciativa, especialmente no que diz respeito à liberdade de empreender, dado que esta não pode ser absoluta ao ponto de estimular situações degradantes e desumanas.

Assim, é possível observar a existência de uma forte relação entre os valores sociais da livre iniciativa e do trabalho. Nesse viés, Ana Paula de Barcellos e Luís Roberto Barroso ensinam (2018, p. 137):

[...] a reunião das duas figuras em um só inciso implica não apenas a igual dignidade de ambas, mas também que **a interpretação a ser dada ao dispositivo não pode ser extraída isoladamente, do valor social do trabalho ou da livre-iniciativa**. Dito de outra forma, a técnica legislativa demonstra a importância conferida pelo constituinte à **inter-relação** dos dois valores. Nesse sentido, compreende-se que a Constituição garante a **liberdade de iniciativa como uma forma de valorizar o trabalho humano, permitindo seu livre desenvolvimento; por sua vez, aquela liberdade só é exercida legitimamente se der ao trabalho seu devido valor**. (grifos acrescentados)

Consoante o trecho supratranscrito, o constituinte situa os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa no mesmo inciso e em condição de igualdade, exigindo a leitura e a interpretação em conjunto de ambos os valores.

Essa disposição do texto constitucional evidencia que o trabalho está inserido no epicentro da livre iniciativa. Isso porque o trabalhador, além de possuir autonomia na escolha de sua profissão, constitui mão de obra para as atividades empresariais.

A dinâmica constitucional de correlação entre os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa compõe parte fundamental na discussão jurídica acerca da terceirização. Esta representa uma técnica de organização empresarial e deve ter reconhecida a sua legitimidade com base no princípio da livre iniciativa. Entretanto, simultaneamente, a terceirização deve promover a dignidade dos trabalhadores terceirizados, em observância aos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa. Portanto, é imprescindível determinar em que medida a subcontratação pode ser implementada sem ferir os direitos dos trabalhadores.

2.1.3. O trabalho como direito social

O segundo título da Constituição Federal de 1988 prevê os Direitos e Garantias Fundamentais, que representam, direta ou indiretamente, uma manifestação da dignidade da pessoa humana. No Capítulo I desse título, o

constituente elenca os direitos e deveres individuais e coletivos. Já no Capítulo II, encontram-se os direitos sociais.

No Capítulo I, ressalta-se o inciso XIII do art. 5^o⁷. Esse dispositivo expressa a liberdade de exercício de qualquer trabalho, evidenciando autonomia do indivíduo na escolha de sua profissão, desde que respeitados os requisitos legais. É possível perceber que o inciso representa uma das vertentes da livre iniciativa, notadamente a liberdade de trabalho, conforme vimos no subtópico anterior.

O Capítulo II, por outro lado, merece ser destacado em sua totalidade. Isso porque o constituinte reforça o valor social do trabalho nos seus artigos, que apresentam um conjunto de direitos trabalhistas.

O art. 6^o da Constituição⁸ classifica o trabalho como um direito social, impondo ao Estado maior responsabilidade na proteção e no incentivo ao valor social do trabalho. Nesse viés, são pertinentes os ensinamentos de Fábio Konder Comparato sobre os direitos sociais (2015, p. 79):

Com base no princípio da solidariedade, passaram a ser reconhecidos como direitos humanos os chamados **direitos sociais, que se realizam pela execução de políticas públicas, destinadas a garantir amparo e proteção social aos mais fracos e mais pobres**; ou seja, aqueles que não dispõem de recursos próprios para **viver dignamente**. (grifos acrescidos).

Observa-se que os direitos sociais demandam do Estado o implemento de políticas públicas para a assistência aos indivíduos mais necessitados, auxiliando-os a uma vida digna. Dessa forma, o trabalho como direito social exige do Poder Público uma proteção efetiva ao trabalhador, visto que este ocupa uma posição fragilizada no mercado de trabalho, ao mesmo tempo em que depende do labor para sua autodeterminação e, por conseguinte, para exercer sua dignidade.

Nessa perspectiva de proteção ao trabalho, o art. 7^o da Lei Maior ostenta uma gama de direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, que o constituinte

⁷ Art. 5^o da Constituição Federal de 1988: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] **XIII - é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer**; [...]” (grifos acrescidos).

⁸ Art. 6^o da Constituição Federal de 1988: “São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, **o trabalho**, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.” (grifos acrescidos).

compreendeu ser importante destacar. Entretanto, ressalva-se que os direitos listados nesse dispositivo constitucional formam um rol de caráter meramente exemplificativo, de modo que “[...] outras fontes normativas heterônomas e autônomas podem ampliar o rol de direitos sociais dos trabalhadores, tanto de caráter materialmente fundamental ou não” (WANDELLI, 2018, p. 590). Isto é, outros direitos sociais trabalhistas podem ser concebidos por meio de lei e de convenções ou acordos coletivos.

Os demais dispositivos, art. 8º ao art. 11, dispõem sobre os direitos relacionados à representação e às reivindicações da classe trabalhadora, destacando-se os direitos à associação profissional e sindical e à greve.

Nesse contexto, ressalta-se que, de acordo com Gabriela Neves Delgado e Helder Santos Amorim (2015, p.92), os referidos artigos constitucionais instituem um regime de emprego socialmente protegido, caracterizado por duas dimensões essenciais: uma temporal e a outra espacial.

A dimensão temporal refere-se à intenção do constituinte de conferir à relação de emprego maior estabilidade no tempo, promovendo a continuidade do vínculo jurídico. O art. 7º da Lei Maior contém diversos incisos que manifestam tal intenção, sendo o mais expressivo o inciso I, que protege o empregado da despedida arbitrária ou sem justa causa, prevendo a aplicação de indenização compensatória. (DELGADO; AMORIM, 2015, p.95).

A dimensão espacial, por outro lado, representa o desejo constitucional pela “[...] máxima integração do trabalhador à vida da empresa e de valorização da relação direta entre o obreiro e o tomador de serviços, como elemento de afirmação do valor social do trabalho e da função social da empresa.” (DELGADO; AMORIM, 2015, p.100).

Assim, através dos direitos sociais trabalhistas, a Constituição Federal de 1988 estabelece um padrão social de proteção às relações de emprego, com intuito de efetivar o valor social do trabalho, criando condições para um labor digno, propícias ao desenvolvimento social, profissional e econômico do trabalhador.

Portanto, constata-se que o trabalho exerce protagonismo na Constituição Federal de 1988. O constituinte positivou o valor social do trabalho como princípio

fundamental, reconhecendo tratar-se de elemento constitutivo da própria dignidade da pessoa humana. Outrossim, positivou o trabalho como um direito social e, ainda, arrolou uma série de direitos sociais trabalhistas que instituem um regime de proteção social ao emprego.

Em razão dessa primazia do trabalho na Carta Magna, pode-se afirmar que esta confere aos direitos trabalhistas e, conseqüentemente, ao Direito do Trabalho, excepcional hierarquia normativa. (WANDELLI, 2018, p. 587).

No subtópico a seguir, veremos que a proteção social do trabalho incide sobre a atividade empresarial da iniciativa privada em razão da função social da empresa, que é um desdobramento dos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, além de ser um princípio da ordem econômica.

2.1.4. A função social da empresa

A Constituição Federal de 1988 prevê, no inciso XXII do art. 5º, o direito à propriedade como um direito fundamental. Logo em seguida, no inciso XXIII do mesmo dispositivo, dispõe que a propriedade deve atender à sua função social. Essa previsão constitucional manifesta o princípio da função social da propriedade, que se relaciona com os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa.

A função social da propriedade significa que esta não constitui apenas um direito absoluto, mas também um direito socioeconômico. Assim, considera-se que a propriedade está vinculada a uma finalidade social, de modo que deve servir à consecução de interesses da sociedade, não somente de interesses individuais do proprietário. (TAVARES, 2018, p. 572).

Nesse viés, o caráter social da propriedade é reforçado no inciso III do art.170 da Carta Magna⁹, que prevê a função social da propriedade como um princípio da ordem econômica.

De acordo com José Afonso da Silva (2014, p. 826), o art. 170 da Lei Maior fortalece a ideia de que a função social se estende a todos os tipos de propriedade,

⁹ Art. 170 da Constituição Federal de 1988: "A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: [...] III - função social da propriedade; [...]."

inclusive à propriedade dos bens de produção, espécie na qual se inclui a empresa. Dessa forma, considerando-se que a atuação empresarial está sujeita à função social da propriedade, o constitucionalista leciona que a liberdade da iniciativa privada se legitima na medida em que providencie a realização dos objetivos, valores e fundamentos da ordem econômica.

Diante disso, é seguro reconhecer que a empresa também é dotada de função social e que, por isso, deve exercer suas atividades em prol dos interesses sociais. Esses interesses sociais são manifestados pela Lei Maior no próprio art. 170, *caput* e incisos, dentre os quais destacamos a valorização do trabalho humano, a livre iniciativa e a preocupação em assegurar uma vida digna a todos, observados os ditames da justiça social.

Percebe-se que tais interesses sociais são expressões dos princípios fundamentais da dignidade da pessoa humana e dos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa. Portanto, é possível afirmar que esses princípios fundamentais orientam a atividade empresarial.

No que diz respeito especificamente à valorização do trabalho humano, o art. 186¹⁰ da Lei Maior estabelece que o respeito aos direitos trabalhistas e ao bem-estar dos trabalhadores são requisitos essenciais para o cumprimento da função social da propriedade rural.

Com base nesse dispositivo constitucional, Gabriela Neves Delgado e Helder Santos Amorim (2015, p.136) pontuam que o art. 7º da Carta Magna dispõe que os direitos sociais trabalhistas tutelam igualmente os trabalhadores urbanos e rurais. Desse modo, o respeito às normas trabalhistas e a promoção do bem-estar dos trabalhadores é fundamental para que qualquer tipo de propriedade exerça sua função social, independentemente de estar localizada no campo ou na cidade.

Diante disso, em razão do princípio da função social da empresa, a atividade empresarial está condicionada à efetivação das normas trabalhistas conforme o

¹⁰ Art. 186 da Constituição Federal de 1988: “A função social é cumprida quando a propriedade rural atende, simultaneamente, segundo critérios e graus de exigência estabelecidos em lei, aos seguintes requisitos: [...] III - observância das disposições que regulam as relações de trabalho; IV - exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores.”

padrão de proteção social imposto da Carta Magna. Assim, a função social da empresa constitui uma das expressões mais significativas dos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e, por conseguinte, da dignidade da pessoa humana.

Em razão da função social da empresa, a prática da terceirização encontra limites nos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, que impõem à atividade empresarial a observação aos direitos sociais trabalhistas e, conseqüentemente, ao regime de emprego socialmente protegido. Esses são os delineamentos constitucionais que são aplicáveis a esse fenômeno e que devem ser, portanto, respeitados.

2.2. A regulação da terceirização no período anterior a 2017

Na iniciativa privada, a terceirização não foi disciplinada pela legislação de forma ampla até o advento da Lei n.º 13.429/17. Contudo, no período anterior a essa lei, uma vasta gama de normas legais aludiram a alguma modalidade de subcontratação de mão de obra, especialmente no âmbito da esfera pública.

Em face da difusão do fenômeno da terceirização e da omissão legislativa na regulação dessa prática na iniciativa privada, a Justiça Trabalhista foi obrigada a desenvolver uma forte jurisprudência sobre o tema, que se consolidou na Súmula n.º 331 do TST.

O objetivo deste tópico é abordar as principais normas do ordenamento jurídico pátrio que trataram da subcontratação de mão de obra até o ano de 2017 e, também, da disciplina conferida pela Súmula n.º 331 do TST à terceirização.

2.2.1. O panorama da legislação infraconstitucional até 2017

A primeira menção à subcontratação de mão de obra é feita no artigo 455 da própria CLT¹¹, publicada em 1943. Trata-se da subempreitada, na qual o empreiteiro principal, contratado pelo dono da obra, subcontrata um terceiro, o subempreiteiro, para executar a obra, total ou parcialmente. A subcontratação de empresas para

¹¹ Art. 455 da CLT: “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. Parágrafo único - Ao empreiteiro principal fica ressalvada, nos termos da lei civil, ação regressiva contra o subempreiteiro e a retenção de importâncias a este devidas, para a garantia das obrigações previstas neste artigo.”

realizar serviços de eletricidade, fundações, hidráulica etc. são exemplos da subempreitada. (MARTINS, 2010, p. 403; CARRION, 2013, p. 367).

Observa-se que a subempreitada possui as características da terceirização, correspondendo à transferência de atividades do empreiteiro principal para o subempreiteiro, empresa especializada na execução de tais atividades. Porém, a subempreitada não era compreendida como terceirização, já que esta não era uma prática disseminada nem comum quando da elaboração da CLT, tampouco possuía denominação própria (DELGADO, 2017, p. 503).

Além disso, ressalta-se que o art. 455 da CLT não trata da prática da subempreitada em si, mas da responsabilidade subsidiária do empreiteiro principal pelas obrigações decorrentes dos contratos trabalhistas firmados pelo subempreiteiro. Portanto, não deve ser entendido como uma previsão legal que autoriza a terceirização, até porque versa apenas sobre o caso específico das subempreitadas.

A segunda referência à terceirização na legislação pátria surgiu apenas décadas depois, durante o Regime Militar. O governo ditatorial assumiu a meta de reorganizar a estrutura da Administração Pública, estabelecendo diretrizes para esse fim no Decreto-Lei n.º 200 de 1967.

O governo instituiu a descentralização de atividades como um dos princípios fundamentais da reforma administrativa. Essa descentralização não se limitou ao âmbito interno da Administração Pública, havendo a previsão de transferência de atividades para a esfera privada. Assim dispõe o art. 10 do DL n.º 200/67, do qual é pertinente transcrever o §7º:

Para melhor desincumbir-se das tarefas de planejamento, coordenação, supervisão e controle e com o objetivo de impedir o crescimento desmesurado da máquina administrativa, a Administração procurará desobrigar-se da realização material de tarefas executivas, recorrendo, sempre que possível, à execução indireta, mediante contrato, desde que exista, na área, iniciativa privada suficientemente desenvolvida e capacitada a desempenhar os encargos de execução.

Por força do dispositivo supratranscrito, a Administração tornou-se apta a transferir tarefas executivas para a iniciativa privada, desde que esta fosse capacitada para executá-las. A autorização dessa transferência de tarefas tinha como objetivo possibilitar a concentração da Administração em suas atividades principais (planejamento, coordenação, supervisão e controle).

Em complemento ao DL n.º 200/67, o art. 3º, parágrafo único, da Lei n.º 5.645 de 1970¹² apresentou um rol exemplificativo de tarefas executórias passíveis de terceirização, composto por “atividades relacionadas com transporte, conservação, custódia, operação de elevadores, limpeza e outras assemelhadas [...]”.

Quanto a esse rol de atividades, Mauricio Godinho Delgado (2017, p.506) faz importante observação ao afirmar que é “[...] inquestionável que *todas as atividades referidas nesse rol encontram-se unificadas pela circunstância de dizerem respeito a atividades de apoio, instrumentais, atividade-meio.*” (grifos originais).

Desse modo, a primeira previsão legal autorizativa da prática de terceirização nasceu com o objetivo exclusivo de viabilizar a descentralização da Administração Pública, limitando essa prática à transferência de atividades de apoio, acessórias. Outrossim, salienta-se que o dispositivo legal não autorizava a terceirização entre entes privados, visto que não fez menção expressa nesse sentido.

Em 1974, foi promulgada a Lei n.º 6.019, que autorizou expressamente, pela primeira vez na iniciativa privada, a subcontratação de mão de obra. O legislador denominou esse novo instituto de trabalho temporário, apresentando a seguinte conceituação¹³:

Trabalho temporário é aquele prestado por pessoa física a uma empresa, para atender à necessidade transitória de substituição de seu pessoal regular e permanente ou à [sic] acréscimo extraordinário de serviços.

Acrescenta-se a essa definição que a contratação dos trabalhadores temporários é feita através das chamadas empresas de trabalho temporário. Estas são entendidas como empresas cujo negócio principal é destinado a disponibilizar, temporariamente, mão de obra qualificada a outras empresas, permanecendo responsável pela remuneração e assistência dos trabalhadores¹⁴.

¹² É importante assinalar que art. 3º, parágrafo único, da Lei n. 5.645 de 1970 foi revogado posteriormente pela Lei n. 9.527 de 1997. Atualmente, o §7º do art. 10 do DL n. 200/67 é regulamentado pelo Decreto n. 9.507 de 2018, no qual o legislador ordinário optou por discriminar vedações à execução indireta na Administração Pública direta, autárquica e fundacional e nas empresas públicas e sociedades de economia mista.

¹³ Segundo a redação original do art. 2º da Lei n. 6.019/74. A redação deste e de vários outros artigos da Lei n. 6.019 foram alterados com o advento da Lei n. 13.429/17 e da Lei n. 13.468 (Reforma Trabalhista).

¹⁴ Definição segundo a redação original do art. 4º da Lei n. 6.019/74.

Diante disso, verifica-se que o trabalho temporário é uma modalidade de subcontratação de mão de obra que se diferencia por ser permitida somente em duas hipóteses: suprir as necessidades transitórias de substituição de pessoal permanente ou de acréscimo extraordinário de serviços da empresa tomadora.

Em razão da excepcionalidade do trabalho temporário, o legislador instituiu, ainda, uma limitação temporal à sua duração. No texto original do art. 10 da Lei n.º 6.019/74¹⁵, a duração do contrato de trabalho temporário não poderia exceder a 3 meses, salvo autorização do Ministério do Trabalho e Previdência Social. Caso esse prazo fosse desrespeitado, dever-se-ia reconhecer o vínculo de emprego direto entre o trabalhador temporário e a tomadora de serviços (DELGADO, 2017, p. 531).

No tocante aos demais aspectos, o trabalho temporário é semelhante à terceirização. Há a ruptura do binômio empregado e empregador, com a formação de uma relação trilateral entre o trabalhador temporário, a empresa de trabalho temporário e o tomador de serviços. Verifica-se, portanto, o quadro de dissociação entre relação econômica e a relação trabalhista. (DELGADO, 2017, p.528).

Em 1983, a subcontratação de mão de obra volta a ser prevista expressamente para a iniciativa privada no art. 3º, inciso I, da Lei n.º 7.102¹⁶. Esse dispositivo autorizava os estabelecimentos financeiros a terceirizarem as atividades de vigilância e de transporte de valores.

Posteriormente, a Lei n.º 8.863 de 1994 alterou o art. 10 da Lei n.º 7.102/83¹⁷, ampliando o âmbito de atuação dos serviços de vigilância. Com as alterações, o texto legal passou a admitir que qualquer estabelecimento, público ou privado, pudesse contratar serviços de vigilância patrimonial.

Dessa forma, com a Lei n.º 7.102/83, o ordenamento jurídico pátrio passou a reconhecer a legalidade da prática da terceirização permanente na esfera privada,

¹⁵ O texto do art.10 da Lei n. 6.019/74 foi alterado pela Lei n. 13.429/17, passando a permitir contratos de trabalho temporário com duração de até 180 dias.

¹⁶ Art. 3º, Lei n. 7.102/83: “A vigilância ostensiva e o transporte de valores serão executados: I - por empresa especializada contratada; [...]”.

¹⁷ Art. 10 da Lei n. 7.102/83, com as alterações da Lei n. 8.863/94: “São considerados como segurança privada as atividades desenvolvidas em prestação de serviços com a finalidade de: I - proceder à vigilância patrimonial das instituições financeiras e de outros estabelecimentos, públicos ou privados, bem como a segurança de pessoas físicas; [...]”.

sem impor condições e limite temporal, ao contrário do que ocorre no trabalho temporário.

Entretanto, estabeleceram-se outras limitações à subcontratação, visto que ficou restringida aos serviços de vigilância e de transporte de valores. Ademais, se não fossem as alterações promovidas pela Lei n.º 8.863/94, apenas os estabelecimentos financeiros permaneceriam autorizados a terceirizar tais serviços.

Após as regulações trazidas por essas duas últimas leis, não foram promulgadas outras normas legais que contribuíssem significativamente para a disciplina da terceirização ou de outra forma de subcontratação de mão de obra. Essa situação só se alterou em 2017, com o advento da Lei n.º 13.429.

Dessa forma, as normas elencadas neste subtópico constituíram as principais disciplinas legais acerca da subcontratação de mão de obra durante o período anterior a 2017. Observa-se que não existia uma previsão legal que autorizasse de forma ampla, sem limitações, a terceirização na iniciativa privada.

Apesar disso, ainda assim esse fenômeno se disseminou na iniciativa privada, especialmente na década de 1990, tornando-se uma prática comum no meio empresarial. Esse fato exigiu uma resposta da Justiça do Trabalho, que passou a enfrentar com frequência esse fenômeno em lides trabalhistas.

Por fim, ressalta-se que a relação de emprego que compõe a terceirização é regida, por óbvio, pela CLT. Assim, os direitos e deveres trabalhistas previstos nessa consolidação são aplicáveis à relação empregatícia que se forma entre o terceirizado e a empresa prestadora de serviços.

2.2.2. A Súmula n.º 331 do TST

A ampla difusão da terceirização na iniciativa privada e a inércia legislativa frente à nova realidade jurídica constituíram fatores que compeliram a disciplina desse fenômeno pela jurisprudência trabalhista durante quase quatro décadas.

Nos primeiros momentos em que a Justiça do Trabalho enfrentou o problema da terceirização no meio privado, houve resistência quanto ao reconhecimento da legalidade dessa prática. Nesse sentido, Gabriela Neves Delgado e Helder Santos Amorim (2015, p.41) afirmam:

[...] a Justiça do Trabalho inicialmente não cedeu à aplicação desse modelo de terceirização na iniciativa privada, ao argumento de que a legalidade da

contratação de serviços interempresariais dependia de expressa autorização legal – a qual somente existia para o segmento estatal.

De fato, até o ano de 2017, a terceirização mais geral de atividades-meio somente era autorizada, por força de lei, no âmbito da Administração Pública. Na iniciativa privada, a subcontratação de mão de obra era legalmente permitida apenas nas hipóteses de trabalho temporário e de serviços de vigilância e transporte de valores.

À vista disso, a primeira reação jurisprudencial à terceirização foi a de considerá-la uma prática ilícita na esfera privada, salvo nas hipóteses previstas em lei. Nesse cenário, o Tribunal Superior do Trabalho editou a Súmula n.º 256, de 1986, que dispunha:

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

Constata-se que o entendimento sumulado equiparava a terceirização à prática de *marchandage*, caracterizando a figura do intermediador de mão de obra na empresa prestadora de serviços. Portanto, identificada a prática de subcontratação fora das hipóteses legais, dever-se-ia reconhecer o vínculo direto entre o tomador de serviços e os trabalhadores.

Todavia, o posicionamento inicial editado na Súmula n.º 256 começou a ser interpretado com flexibilidade pelos tribunais, inclusive pelo próprio TST. Essa mudança no entendimento é evidenciada na ementa do Recurso de Revista n.º 226-34.1989.5.02.555, de relatoria do Ministro José Luiz Vasconcellos, julgado em 1989:

CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS – LEGALIDADE.

Existindo legalmente empresas prestadoras de serviços, é ilegal que se lhes negue a qualificação de empregadores, salvo as hipóteses de fraude.

A enumeração contida no E.226, da Súmula desta Col. Corte há que ser considerada de forma exemplificativa, não taxativa, comportando, assim, o reconhecimento da legalidade do vínculo formado entre o empregado e o prestador dos serviços em hipóteses outras que não as expressamente elencadas no verbete sumulado.

O intérprete há que buscar, na aplicação dos próprios precedentes jurisdicionais, interpretação compatibilizadora daqueles com a legislação em vigor.

Recurso de revista conhecido, a que se nega provimento.

(TST – RR: 226-34.1989.5.02.555, Ac. 1ª Turma – 2608/1989, Relator: Ministro José Luiz Vasconcellos, DJ 08.09.1989). (grifos acrescentados)

Na ementa do julgado, verifica-se que o enunciado da Súmula n.º 256 deixou de ser interpretado de forma taxativa, admitindo-se outras hipóteses de subcontratação para além do trabalho temporário e dos serviços de vigilância, salvo em casos de fraude à relação trabalhista.

Nesse cenário, em 1993, o TST editou a Súmula n.º 331, que passou a disciplinar a terceirização com maior grau de detalhamento e em consonância com o novo posicionamento jurisprudencial. A Súmula n.º 256 foi cancelada posteriormente.

À época de sua edição, o enunciado da Súmula n.º 331 continha apenas três incisos. Atualmente, o verbete sumular contém seis incisos, dentre os quais quatro dizem respeito à terceirização na iniciativa privada (I, III, IV e VI).

SÚMULA Nº 331 DO TST

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

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

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

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

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

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

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

A Súmula n.º 331 constitui a principal e mais completa manifestação normativa acerca da terceirização até o ano de 2017. A seguir, analisaremos, em tópicos, os seus aspectos jurídicos mais relevantes para a disciplina desse fenômeno na esfera privada.

a) Inciso I: a ilícita intermediação de mão de obra

A redação do inciso I da Súmula n.º 331 é semelhante ao enunciado da Súmula n.º 256, referindo-se à ilegalidade da intermediação de mão de obra.

Conforme já abordamos no capítulo anterior, a *marchandage* não é recepcionada no nosso ordenamento jurídico, visto que constitui uma mercantilização do trabalhador e fraudula a aplicação das normas trabalhistas. Em razão da ilicitude dessa prática, deve-se reconhecer o vínculo empregatício direto entre o trabalhador e o tomador de serviços.

O trabalho temporário é a única prática semelhante à intermediação de mão de obra que goza de previsão legal (Lei n.º 6.019/74), estando condicionada às hipóteses de necessidade transitória de substituição de pessoal permanente ou de acréscimo extraordinário dos serviços da tomadora de serviços. Desse modo, o verbete sumular apenas reafirma que o trabalhador estabelece vínculo de emprego com a empresa de trabalho temporário (uma espécie de “empresa interposta”), não com a tomadora.

b) Inciso III: hipóteses legais de terceirização e vínculo de emprego

A grande inovação da Súmula n.º 331 está no inciso III. Em sua redação, o TST discorre sobre as hipóteses em que a subcontratação de mão de obra não gera vínculo de emprego, ou seja, os casos de licitude da terceirização na iniciativa privada.

A primeira hipótese de terceirização lícita não é novidade e já se encontrava prevista na Súmula n.º 256. Trata-se dos serviços de vigilância, que podiam ser subcontratados por autorização legal da Lei n.º 7.102/83.

A segunda hipótese prevista representa, por sua vez, um pequeno avanço em relação à Súmula n.º 256. O verbete sumular indica a legalidade da terceirização de serviços de limpeza e conservação, uma prática muito comum no meio empresarial à época de sua edição. Além disso, ressalta-se que a Lei n.º 5.645/70 já elencava

esses serviços como passíveis de subcontratação na Administração Pública, de modo que este inciso estende essa autorização legal à iniciativa privada.

A terceira e última hipótese é abrangente e caracteriza a grande inovação do inciso III. O TST preceitua, de forma inédita, que é permitida a terceirização de serviços especializados relacionados à atividade-meio da empresa tomadora. Ou seja, a subcontratação de serviços acessórios, não relacionados com a atividade principal da empresa, passa a ser vista como uma prática lícita. A novidade do verbete sumular se assemelha ao que já era autorizado na Administração Pública, por força do DL n.º 6.019/67 e da Lei n.º 5.645/70 (DELGADO; AMORIM, 2015, p. 48).

Com efeito, a Súmula n.º 311 consolida a jurisprudência que havia se formado no sentido de reconhecer a legalidade de determinadas práticas de terceirização. Nas palavras de Luciano Martinez (2018, p. 312):

Durante anos a jurisprudência tolerou a *terceirização de serviços especializados* porque entendeu que não seria razoável exigir que uma empresa se desviasse de seus objetivos principais para contratar e administrar pessoal que realizasse atividades meramente instrumentais. Por essa razoabilidade, o TST tornou-se receptivo a esse agrupamento empresarial, não disciplinado por lei, e passou a admitir que **não formaria vínculo de emprego com o tomador a contratação** de serviços de vigilância (previstos na Lei n. 7.102, de 20-6-1983), de conservação e limpeza, bem como **a de outros serviços especializados ligados à atividade--meio do tomador**. (grifos originais).

Percebe-se que o aspecto mais importante para a ampliação jurisprudencial das hipóteses legais de terceirização corresponde à utilização da ideia de atividade-meio e, por consequência, de atividade-fim. O juízo sobre a licitude de uma subcontratação passa a exigir a análise do objetivo principal da empresa tomadora, verificando se os serviços prestados pela contratada se encontram inclusos neste. Dessa forma, faz-se relevante conceituar atividade-meio e atividade-fim.

De acordo com a jurisprudência firmada, a atividade-fim corresponde às tarefas e funções intrínsecas ao núcleo essencial da atividade econômica exercida pela empresa, identificado no seu objeto social. A atividade-meio, por sua vez, refere-se às tarefas e funções que são externas ao núcleo essencial da empresa, cujo propósito é instrumentalizar e auxiliar a realização do objetivo social. (DELGADO, 2017, p. 518; MARTINEZ, 2018, p. 319).

Através da distinção entre atividade-fim e atividade-meio, a jurisprudência trabalhista ampliou as hipóteses legais de terceirização na iniciativa privada. A Súmula n.º 331 representou a consolidação dessa jurisprudência e, também, uma resposta jurídica à rápida disseminação da terceirização na sociedade.

Segundo Gabriela Neves Delgado e Helder Santos Amorim (2015, p. 59-60), esse entendimento jurisprudencial desenvolve-se a partir da concepção de que a terceirização, por representar uma precarização da relação de emprego, não pode ser praticada na atividade-fim do empreendimento, espaço no qual se deve promover a proteção social do trabalho, um dos fundamentos da função social da empresa. Assim, para o TST, a terceirização na atividade-fim constitui fraude ao regime de emprego, sendo excepcionalmente aceita na atividade-meio.

Por fim, destaca-se que o inciso III da Súmula n.º 331 faz uma ressalva importante. O vínculo empregatício não se forma entre o tomador de serviços e o trabalhador, exceto se verificada a pessoalidade e a subordinação direta, requisitos intrínsecos à relação de emprego.

A pessoalidade exige que a prestação dos serviços acordada seja realizada pelo empregado contratado, não sendo permitido transferir a execução de tais serviços para outra pessoa. Essa exigência é justificada na medida em que o empregador, ao contratar o trabalhador, o faz considerando as suas qualidades e aptidões profissionais. (MARTINEZ, 2018, p. 174).

A subordinação, por sua vez, é o elemento da relação de emprego que confere ao empregador o poder diretivo sobre a prestação de serviços do trabalhador. Isto é, o empregador tem o poder de determinar o modo como os serviços devem ser prestados, cabendo ao empregado obedecer às diretrizes impostas. O contrato de emprego constitui, portanto, uma limitação à autonomia da vontade do empregado no que se refere à direção de suas atividades laborativas. (DELGADO, 2017, p. 325).

Na terceirização, a empresa prestadora de serviços exerce a função de empregador, estabelecendo vínculo empregatício com o trabalhador terceirizado. A empresa tomadora de serviços, por sua vez, apesar de se beneficiar diretamente da mão de obra terceirizada, não é responsável pelas obrigações trabalhistas.

Nesse contexto, Vantuil Abdala (2008, p.22) discorre:

Mas se [...] o tomador de serviços exige que quem vai executar os trabalhos sejam sempre pessoas certas e determinadas, e comanda, e dirige, e fiscaliza a realização dos serviços, se descaracteriza o contrato de prestação de serviços, para emergir, claramente, o vínculo de emprego entre o obreiro e o tomador de serviços. É que aí, nessa relação, se verifica a presença de todos os elementos da definição de empregador e de empregado, e, portanto, a relação de emprego.

Com efeito, averiguada a pessoalidade e a subordinação em relação ao tomador de serviços, caracteriza-se fraude à relação de emprego, pois há a configuração da locação de mão de obra. Nessa dinâmica, a empresa prestadora de serviços se apresenta como uma intermediadora de mão de obra, com a função de impedir a formação do vínculo empregatício entre os trabalhadores terceirizados e o tomador de serviços, o verdadeiro empregador.

Desse modo, se a prestação dos serviços terceirizados for feita com pessoalidade e subordinação, o inciso III indica a descaracterização da terceirização e o reconhecimento do vínculo de emprego com o tomador.

c) Incisos IV e VI: responsabilidade subsidiária do tomador de serviços

Os incisos IV e VI são os últimos dispositivos da Súmula n.º 331 que aludem à terceirização na esfera privada. Ambos versam sobre o mesmo aspecto: a responsabilidade do tomador de serviços em relação às obrigações trabalhistas dos terceirizados.

De acordo com a redação do inciso IV, o tomador de serviços terceirizados tem responsabilidade subsidiária pelas obrigações trabalhistas dos terceirizados. A responsabilidade incide com a simples verificação do inadimplemento trabalhista por parte da empresa prestadora, sendo irrelevante o estado de solvência ou insolvência desta (DELGADO, 2017, p.535). Ademais, faz-se necessário que o tomador de serviços tenha participado da relação processual e conste no título executivo judicial correspondente aos encargos trabalhistas exigidos.

A responsabilidade subsidiária é fundamentada em duas frentes: a culpa *in elegendo* e a culpa *in vigilando*. A culpa *in elegendo* refere-se à responsabilidade do tomador decorrente da má escolha de empresa inidônea para prestação dos serviços terceirizados. A culpa *in vigilando* diz respeito à responsabilidade do

tomador derivada do dever de fiscalizar o cumprimento pela empresa prestadora das obrigações trabalhistas dos terceirizados. (MARTINEZ, 2018, p. 322; QUEIROZ, 2018).

Por fim, o inciso VI afirma que o tomador de serviços é responsável subsidiário por todas as obrigações trabalhistas, sem exceção, que constituam o objeto da condenação judicial, referente ao período da prestação dos serviços terceirizados.

À vista do exposto, a Súmula n.º 331 do TST representa a consolidação da jurisprudência trabalhista que, através do enfrentamento reiterado da matéria, concluiu pela legitimidade da terceirização na atividade-meio e pela ilicitude dessa prática na atividade-fim da empresa. Assim, ampliou as hipóteses de terceirização lícita na iniciativa privada e, simultaneamente, restringiu-a às atividades acessórias ao empreendimento principal.

Além disso, o verbete sumular estabeleceu aspectos gerais da prestação de serviços. Por um lado, reforçou que o vínculo de emprego se forma entre o terceirizado e a empresa prestadora, não podendo caracterizar a pessoalidade e a subordinação direta em relação ao tomador de serviços, sob pena de constituir fraude à relação de emprego. Por outro, determinou que o tomador tem responsabilidade subsidiária pelo cumprimento das obrigações trabalhistas, fundamentada na *culpa in eligendo* e na *culpa in vigilando*.

2.3. As mudanças na regulação da terceirização a partir de 2017

Em 2017, foram promulgadas a Lei n.º 13.429 e a Reforma Trabalhista (Lei n.º 13.467), que passaram a disciplinar a terceirização de forma ampla na iniciativa privada, isto é, sem limitá-la a setores determinados da economia ou a circunstâncias específicas. Assim, findou-se o longo período de inércia legislativa sobre o tema.

Ademais, em 2018, o STF julgou a constitucionalidade das restrições impostas pela jurisprudência trabalhista à terceirização no RE n.º 958.252 e na ADPF n.º 324. Neste julgamento, a Suprema Corte adotou posicionamento divergente do que foi consolidado pela Justiça Trabalhista.

À vista disso, neste tópico, discorreremos de forma breve sobre mudanças provocadas pelas novas legislações e jurisprudência à disciplina da terceirização contida na Súmula n.º 331 do TST.

2.3.1. A Lei n.º 13.429/17

A Lei n.º 13.429, promulgada em 31 de março de 2017, representa o primeiro esforço legislativo em regulamentar a terceirização de forma ampla. Essa norma promoveu modificações à Lei n.º 6.019/74, alterando alguns dispositivos que versam sobre o trabalho temporário e acrescentando artigos que regulam a prestação de serviços a terceiros.

No que diz respeito à terceirização, a Lei n.º 13.429/17 disciplinou adicionando os artigos 4º-A, 4º-B, 5º-A e 5º-B à Lei n.º 6.019/74. Veremos neste subtópico os principais aspectos dessa alteração legislativa.

A redação original conferida ao art. 4º-A versava acerca do conceito de empresa prestadora de serviço, evidenciando a sua qualidade de empregadora dos trabalhadores terceirizados. O texto legal assim dispunha:

Art. 4º-A. Empresa prestadora de serviços a terceiros é a pessoa jurídica de direito privado destinada a prestar à contratante serviços determinados e específicos.

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

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

O *caput* do artigo 4º-A indicava que a finalidade da empresa prestadora era a realização de serviço determinados e específicos que foram o objeto da contratação com a empresa tomadora. Isso está de acordo com a premissa básica da terceirização, que é a transferência de determinadas atividades de uma empresa para outra, especializada na execução destas.

Entretanto, nota-se que o legislador não foi explícito quanto aos tipos de atividades da empresa tomadora cuja execução é transferível para a empresa prestadora. Isto é, o texto legal não limitava a terceirização às atividades acessórias

da empresa contratante, porém também não autorizava expressamente a sua prática na atividade principal desta.

Os §§1º e 2º do art. 4º-A reforçam que o vínculo de emprego dos terceirizados é estabelecido com a empresa prestadora de serviços, responsável por contratá-los, remunerá-los e conduzir o trabalho a ser realizado. Ressalta-se que o texto legal faz clara menção à subordinação que deve haver entre o terceirizado e a empresa prestadora.

Salienta-se que a configuração da personalidade e da subordinação direta com o tomador de serviços constitui fraude à relação de emprego. Assim, se constatada essa situação, deve-se reconhecer o vínculo empregatício direto com o tomador após a declaração de nulidade do contrato de terceirização fundamentada no art. 9º da CLT.

Ainda, destaca-se que a parte final do §1º contém uma inovação do legislador, ao prever a possibilidade da terceirização em cadeia. Essa prática consiste na subcontratação, por parte da empresa prestadora de serviços, de outra empresa que efetivamente realizará os serviços contratados pela tomadora.

O art. 5º-A, por outro lado, define o conceito de tomador de serviços, sua responsabilidade perante as obrigações trabalhistas e algumas questões relacionadas à prestação dos serviços em si. Vejamos:

Art. 5º-A. Contratante é a pessoa física ou jurídica que celebra contrato com empresa de prestação de serviços determinados e específicos.

§ 1º É vedada à contratante a utilização dos trabalhadores em atividades distintas daquelas que foram objeto do contrato com a empresa prestadora de serviços.

§ 2º Os serviços contratados poderão ser executados nas instalações físicas da empresa contratante ou em outro local, de comum acordo entre as partes.

§ 3º É responsabilidade da contratante garantir as condições de segurança, higiene e salubridade dos trabalhadores, quando o trabalho for realizado em suas dependências ou local previamente convencionado em contrato.

§ 4º A contratante poderá estender ao trabalhador da empresa de prestação de serviços o mesmo atendimento médico, ambulatorial e de refeição destinado aos seus empregados, existente nas dependências da contratante, ou local por ela designado.

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

Novamente, verifica-se que o legislador foi impreciso quanto às atividades da tomadora passíveis de terceirização, apenas especificando que os serviços devem ser específicos e determinados.

O §2º prevê que a prestação de serviços pode ocorrer no estabelecimento físico da contratante ou em outro local acordado pelas partes. Nesses casos, o §3º estabelece, em complemento, a responsabilidade do tomador em garantir as condições de segurança, higiene e salubridade dos terceirizados. Anteriormente a essa lei, não havia previsão legal que responsabilizasse diretamente o tomador de serviços pelas condições de trabalho dos terceirizados.

O §4º do art.5º-A faculta ao tomador de serviços permitir o acesso pelos terceirizados ao atendimento médico, ambulatorial e de refeição reservado aos seus empregados diretos. É pertinente assinalar que esse dispositivo consente que o tomador trate de forma desigual os terceirizados, uma vez que lhe possibilita conceder os referidos benefícios apenas aos seus empregados, ainda que ambas as categorias de trabalhadores laborem sob condições iguais de trabalho.

O §5º do art.5º-A estabelece a responsabilidade subsidiária do tomador pelas obrigações trabalhistas decorrentes dos serviços prestados pelos terceirizados. Nesse aspecto, o legislador parece ter assentido com a jurisprudência da Súmula n.º 331, inciso IV, do TST.

Os artigos 4º-B e 5º-B versam sobre os requisitos para o funcionamento da empresa prestadora e o conteúdo necessário do contrato de prestação de serviços, respectivamente. A abordagem desses quesitos formais não é pertinente aos fins esta monografia.

À vista do exposto, pode-se afirmar que a Lei n.º 13.429/17 promoveu poucas alterações significativas à disciplina da terceirização anteriormente consolidada na jurisprudência da Súmula n.º 331 do TST, que foi abordada no tópico anterior.

Todavia, a Reforma Trabalhista modificou substancialmente os artigos 4º-A e 5º-A, autorizando a terceirização na atividade-fim das empresas, de modo a deixar explícita a vontade do legislador nesse sentido. Analisaremos, a seguir, essa e outras mudanças provocadas pela Reforma à disciplina da terceirização.

2.3.2. A Reforma Trabalhista (Lei n.º 13.467/17)

A Lei n.º 13.467 foi promulgada em julho de 2017, entrando em vigor no dia 11 de novembro do mesmo ano. Essa lei foi denominada de Reforma Trabalhista, pois alterou vários dispositivos da CLT, flexibilizando diversos direitos trabalhistas, com objetivo declarado de adequar a legislação trabalhista às novas relações de trabalho. Além disso, modificou a Lei n.º 6.019/74 no que diz respeito à regulação da terceirização.

As principais mudanças promovidas pela Reforma Trabalhista à Lei n.º 6.019/74 consistem na alteração dos *caputs* dos artigos 4º-A e 5º-A e na adição dos artigos 4º-C, 5º-C e 5º-D.

O *caput* do art. 4º-A deixou de apresentar o conceito de empresa prestadora de serviços, passando a definir a prática da terceirização. O *caput* do art. 5º-A, por outro lado, continua a conceituar o tomador dos serviços, com alterações na parte final dispositivo. Examinemos:

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.

[...]

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**. (grifos acrescidos).

Na nova redação conferida aos dispositivos, o texto legal autoriza expressamente a terceirização na atividade-fim ao permitir que a empresa tomadora transfira “quaisquer de suas atividades, inclusive sua atividade principal,” à empresa prestadora de serviços. Observa-se que o legislador tem a pretensão de evidenciar tal autorização, repetindo-a de modo sistemático nos dois dispositivos distintos.

A autorização expressa da terceirização na atividade-fim é a principal e mais significativa inovação da Reforma Trabalhista no tema, constituindo um dos seus pontos mais criticados.

A título de exemplo, na 2ª Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho organizada pela ANAMATRA, aprovou-se o enunciado aglutinado n.º 7, afirmando que a referida autorização legislativa é inconstitucional. Confira a redação do enunciado:

O caput e parágrafo 1º do artigo 4º-A da Lei 6.019/1974 (que autorizam a transferência de quaisquer atividades empresariais, inclusive a atividade principal da tomadora, para empresa de prestação de serviços), **são incompatíveis com o ordenamento jurídico brasileiro** (art. 7º, I, CRFB/88 e arts. 3º e 9º, CLT), pois **implicam violação do princípio da dignidade da pessoa humana e do valor social do trabalho** (arts. 1º, IV; 5º, § 2º; 6º; 170 e 193, todos da CRFB/88 e Constituição da OIT). [...]. (ANAMATRA, 2018, p.15). (grifos acrescidos).

Observa-se, que o enunciado elenca, como justificativa da inconstitucionalidade do dispositivo legal, a violação da dignidade da pessoa humana e do valor social do trabalho, que constituem princípios conformadores do ordenamento jurídico pátrio.

Além disso, ressalta-se que a parte final do art.4º-A estabelece que a empresa tomadora deve ter o cuidado de contratar a mão de obra terceirizada de empresa com capacidade econômica compatível com a prestação dos serviços. Isto é, a tomadora deve se atentar à idoneidade da empresa prestadora de serviços, certificando-se da sua capacidade de honrar com as obrigações relacionadas ao contrato de terceirização, especialmente as derivadas das relações de trabalho. Essa previsão é uma manifestação da responsabilidade subsidiária da empresa tomadora pelas obrigações trabalhistas dos terceirizados, especificamente no que se refere à responsabilidade decorrente da *culpa in eligendo*.

Prosseguindo, o art. 4º-C dispõe:

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.

O dispositivo supratranscrito determina que o tomador de serviços assegure aos terceirizados as mesmas condições de alimentação, transporte, atendimento médico, entre outras, das quais gozam os seus empregados diretos, quando os serviços forem prestados dentro de suas instalações. Todavia, depreende-se que, caso os serviços sejam prestados em local diverso, permanece sendo facultativo ao tomador a garantia de condições iguais.

Destaca-se, também, que o §1º prevê a possibilidade de as empresas acordarem a equivalência de salários entre terceirizados e empregados diretos, bem como a igualdade de outros direitos que não tenham sido elencados no artigo.

Ademais, verifica-se que o legislador, ao dispor que os serviços contratados “podem ser de qualquer uma das atividades da contratante”, reforça a possibilidade de terceirizar a atividade-fim da empresa, mesmo não sendo relevante para o comando do dispositivo em questão.

Por fim, os dois últimos artigos que faltam ser analisados constituem inovações da Reforma Trabalhista que denotam o cuidado do legislador em combater determinadas fraudes à relação de emprego. Vejamos:

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.

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.

O art. 5º-C demonstra que o legislador se atentou ao problema da pejetização. Essa prática consiste no “[...] uso da pessoa jurídica para encobrir uma verdadeira relação de emprego, fazendo transparecer formalmente uma situação jurídica de natureza civil” (OLIVEIRA, 2013, p. 25).

Assim, a proibição prevista nesse dispositivo tem o intuito de impedir que os trabalhadores de uma empresa sejam compelidos a constituírem uma pessoa jurídica, prestadora de serviços, como condição para continuarem laborando nela. (CALCINI, 2017).

Por outro lado, o art.5º-D representa a preocupação do legislador com a prática da *marchandage*, pois veda que determinado empregado da empresa contratante seja demitido e recontratado na condição de terceirizado, sem antes terem transcorrido dezoito meses da sua demissão. (CALCINI, 2017).

Em outras palavras, o art. 5º-D impede que a empresa contratante demita seu empregado com a intenção de recontratá-lo, logo em seguida, através de uma empresa de prestação de serviços, com o objetivo de reduzir os custos com mão de obra ao se eximir das obrigações trabalhistas decorrentes da relação de emprego, embora mantenha preservada a personalidade.

Diante do exposto, observamos que a Reforma Trabalhista complementou a regulação da terceirização feita pela Lei n.º 13.429/17, adicionando alguns novos dispositivos que versam sobre as condições de labor dos terceirizados e, também, que combatem a fraude à relação de emprego.

Todavia, a contribuição mais significativa da Reforma Trabalhista na disciplina da terceirização reside nas alterações aos artigos 4º-A e 5º-A, autorizando expressamente essa prática na atividade-fim das empresas.

No tópico a seguir, veremos qual o posicionamento da Suprema Corte acerca da terceirização, nomeadamente no que se refere à possibilidade de essa prática ser empregada na atividade-fim das empresas.

2.3.3. O julgamento da ADPF n.º 324/DF e do RE n.º 958.252/MG

A discussão acerca da terceirização foi levada à Suprema Corte sob o enfoque da possível inconstitucionalidade das vedações impostas pela jurisprudência trabalhista a essa prática, especialmente no que diz respeito à proibição de terceirizar a atividade-fim da empresa.

Nessa perspectiva, o STF reconheceu a relevância econômica e social da controvérsia jurídica, concebendo o tema de repercussão geral n.º 725: “terceirização de serviços para consecução da atividade-fim da empresa”.

A manifestação de repercussão geral foi exarada nos autos do ARE n.º 713.211/MG, de relatoria do Min. Luiz Fux, com a seguinte proposição:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. POSSIBILIDADE DE TERCEIRIZAÇÃO E SUA ILÍCITUDE. 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 art. 543, CPC.

(STF – ARE: 713.211 MG, Relator: Ministro Luiz Fux, Data de Julgamento: 16.05.2014, Data de Publicação: DJe-109 06.06.2014). (grifos acrescidos).

Na manifestação de repercussão geral supratranscrita, verifica-se que o STF vislumbrou que a restrição jurisprudencial da terceirização à atividade-meio poderia consistir em violação à livre iniciativa, nomeadamente à liberdade de empreender, bem como ao princípio da legalidade, previsto no art. 5º, II, da Lei Maior. Observa-se, nessas ponderações iniciais, o viés empresarial a partir do qual o julgamento do tema se desenvolveu.

Para o julgamento da repercussão geral n.º 725, o processo paradigma ARE n.º 713.211/MG foi substituído pelo RE n.º 958.252/MG, também de relatoria do Min. Luiz Fux. Além disso, julgou-se em conjunto a ADPF n.º 324/DF, de relatoria do Min. Luís Roberto Barroso.

No RE n.º 958.252/MG, figurou como reclamante a empresa de celulose CENIBRA e como reclamado o MPT. A reclamante insurgiu contra decisão do TRT da 3ª Região, confirmada pelo TST, que a proibira de terceirizar os serviços de reflorestamento por compreender que esta é uma atividade-fim da empresa, aplicando o entendimento da Súmula n.º 331.

A ADPF n.º 324/DF, por sua vez, foi proposta pela ABAG, tendo como objeto as decisões da Justiça Trabalhista que, ao vedarem a terceirização na atividade-fim das empresas com base na Súmula n.º 331 do TST, violariam preceitos constitucionais fundamentais.

Em ambos os processos, alegou-se que as restrições impostas pela jurisprudência trabalhista à terceirização carecem de respaldo legal e se pautam em critérios imprecisos, sobretudo a distinção entre atividade-fim e atividade-meio, de modo a inviabilizar o uso dessa técnica de organização empresarial. Assim, a vedação à terceirização na atividade-fim corresponderia a uma afronta direta aos princípios constitucionais da legalidade e da livre iniciativa. (STF, 2018a).

Em sentido contrário, argumentou-se que a liberdade de contratar, fundamentada na livre iniciativa e no princípio da legalidade (art. 5º, II, da Lei Maior), deve ser interpretada em conformidade com o sistema constitucional, o qual preza pela valorização do trabalho humano. Dessa forma, as restrições à terceirização

impostas pela jurisprudência trabalhista seriam legítimas, visto que decorriam da proteção do obreiro contra a mercantilização do seu trabalho. (STF, 2018a).

O Min. Luís Roberto Barroso, relator da ADPF n.º 324/DF, foi o primeiro a proclamar o seu voto, posicionando-se pela inconstitucionalidade da vedação à terceirização irrestrita. No mesmo sentido, votaram os Ministros Luiz Fux, Alexandre de Moraes, Dias Toffoli, Gilmar Mendes, Celso de Mello e Carmem Lúcia.

Dessa forma, por maioria, a Suprema Corte julgou procedente a ADPF n.º 324/DF e deu provimento ao RE n.º 958.252/MG, nos termos dos votos dos Relatores. Os Ministros Edson Fachin, Rosa Weber, Ricardo Lewandowski e Marco Aurélio foram votos vencidos.

Com o encerramento do julgamento em 30 de agosto de 2018, fixou-se a seguinte tese para o tema de repercussão geral n.º 725:

É lícita a terceirização ou qualquer outra forma de divisão do trabalho entre pessoas jurídicas distintas, independentemente do objeto social das empresas envolvidas, mantida a responsabilidade subsidiária da empresa contratante.

Assim, verifica-se que o STF concluiu pela constitucionalidade da terceirização na atividade-fim das empresas, preservando a responsabilidade subsidiária da empresa tomadora de serviços pelas obrigações trabalhistas e previdenciárias dos terceirizados em caso de inadimplemento.

Esse entendimento da Suprema Corte se contrapõe à disciplina conferida pela jurisprudência trabalhista à terceirização, consolidada na Súmula n.º 331. Apesar de esse verbete sumular ainda não ter sido revogado ou revisado, a Justiça Trabalhista já está empregando a jurisprudência do STF, reconhecendo possibilidade de terceirizar a atividade-fim da empresa.

Para finalizar, abordaremos brevemente as duas principais controvérsias jurídicas que permearam os votos dos Ministros ao longo do julgamento, culminando na tese fixada para o tema de repercussão geral n.º 725.

A primeira controvérsia diz respeito aos princípios da livre iniciativa e da livre concorrência. Os Ministros favoráveis à terceirização irrestrita compreendem que as limitações impostas a essa prática ferem tais princípios, pois violam a liberdade das

empresas organizarem suas atividades da forma que entenderem melhor se adequar aos fins do empreendimento. Nesse sentido, discorre o Min. Celso de Mello (STF, 2018h):

[...] entendo ser plenamente legítima, sob estrita perspectiva de ordem constitucional, a terceirização das atividades-fim das empresas em geral, notadamente porque a Constituição da República, ao proclamar o postulado da livre iniciativa, que se qualifica como um dos preceitos fundamentais do nosso sistema jurídico, assegura aos agentes econômicos liberdade para escolher e para definir suas estratégias no domínio empresarial, considerados sempre o marco normativo e os princípios limitadores da atividade econômica consagrados, todos eles, no artigo 170 e seguintes de nossa Carta Política.

Não me parece, por isso mesmo, que o reconhecimento da possibilidade constitucional do instituto da terceirização de modo amplo configure desvirtuamento da realidade do contrato de trabalho, ou importe em negação dos direitos sociais da classe trabalhadora, ou estimule, ainda, o que é inaceitável, a exploração abusiva do trabalhador terceirizado, fragilizando-o em sua posição jurídico-social. [...].

Verifica-se que esse posicionamento defende que a terceirização irrestrita é uma manifestação da livre iniciativa e que respeita os princípios da ordem econômica, não provocando o desvirtuamento do contrato de trabalho e precarização do trabalho.

Em contrapartida, os Ministros com posicionamento divergente entendem que a terceirização promove o desvirtuamento do contrato de trabalho, cuja regra é a relação direta entre o obreiro e o tomador dos serviços, de modo a atribuir a este as responsabilidades trabalhistas decorrentes do trabalho do qual é beneficiado. Assim, a relação trilateral provocada pela subcontratação seria admitida excepcionalmente, já que exime o tomador de serviços da responsabilidade trabalhista, o que propicia a precarização do trabalho. (STF, 2018e, 2018g).

Diante disso, a Min. Rosa Weber (STF, 2018e) dispõe que o reconhecimento da terceirização irrestrita retiraria o caráter excepcional dessa prática e, também, a imperatividade do contrato de trabalho e das normas trabalhistas. Assim, conclui:

A liberdade de as empresas estabelecerem conexões para a gestão empresarial não passa pelo desvirtuamento dos contratos de trabalho. As contratações podem ocorrer desde que isso não esvazie, em conteúdo, os contratos de trabalho ou implique a externalização, não de atividades, mas das responsabilidades daqueles que contratam e se beneficiam do trabalho humano.

A segunda controvérsia se refere ao princípio da legalidade. Segundo o posicionamento vencedor, as limitações impostas à terceirização pela justiça trabalhista carecem de respaldo legal, em razão da inexistência de previsão legal nesse sentido, o que caracteriza a violação ao mencionado princípio. (STF, 2018c, 2018e, 2018g)

Em oposição a essa tese, o posicionamento vencido defende que as restrições à terceirização, consolidadas na Súmula n.º 331 do TST, possuem embasamento legal, pois decorrem da interpretação da CLT, especialmente dos artigos 2º e 3º, que versam sobre o conceito de empregador e empregado. A partir da análise reiterada dos elementos desses dispositivos em casos concretos, a jurisprudência trabalhista conclui que terceirização na atividade-fim corresponderia a uma fraude à relação de emprego, caracterizando a prática *marchandage* e sendo aplicável o art. 9º da CLT. Assim, as restrições à subcontratação se legitimam com base na interpretação da legislação infraconstitucional existente à época, não havendo violação ao princípio da legalidade. (STF, 2018e, 2018g).

As duas controvérsias jurídicas discutidas acima formaram os principais embates argumentativos entre os posicionamentos favoráveis e contrários à terceirização irrestrita, constituindo as discussões centrais do julgamento do RE n.º 958.252/MG e da ADPF n.º 324/DF.

Observa-se, na análise dessas duas controvérsias, que há uma temática que se encontra na base de cada um dos posicionamentos. Essa temática corresponde à possível precarização que decorre da prática da terceirização.

Conforme vimos, para a Min. Rosa Weber, a terceirização origina uma relação trilateral que subverte a dinâmica da relação de trabalho, retirando do beneficiário da mão de obra terceirizada a responsabilidade social pelas obrigações trabalhistas decorrentes do trabalho prestado. (STF, 2018e).

Diante disso, para os Ministros contrários à terceirização irrestrita, essa subversão do contrato de trabalho indica a precarização, na prática, dos direitos trabalhistas, embora se constitua uma relação de emprego com todas suas características formais entre o terceirizado e a empresa prestadora de serviços. Nesse sentido, a Justiça Trabalhista teria restringido a terceirização à atividade-

meio, preservando na atividade-fim o uso do emprego direto, nos padrões protetivos da Lei Maior. (STF, 2018e, 2018g).

Por outro lado, segundo o Min. Barroso, a terceirização não corresponde a uma relação trilateral, mas sim a duas relações bilaterais distintas: a primeira é de natureza civil, entre as empresas prestadora e tomadora; a segunda, de natureza trabalhista, entre a empresa prestadora e o terceirizado. Nesta última relação, estaria configurada a clássica relação bilateral de emprego, incidindo normalmente os direitos trabalhistas. (STF, 2018c).

Assim, para o Min. Barroso e os demais Ministros que compartilham do seu posicionamento, a terceirização não promove a precarização da relação de trabalho, pois são assegurados igualmente os direitos trabalhistas decorrentes do vínculo de emprego, que se estabelece entre o terceirizado e a empresa prestadora de serviços. Ademais, com a responsabilização subsidiária pelas obrigações trabalhistas do tomador dos serviços, o empregado terceirizado gozaria de amplo amparo jurídico. Portanto, seriam indevidas as restrições a essa prática. (STF, 2018c, 2018e, 2018g, 2018h).

Isto posto, verifica-se que o posicionamento favorável à terceirização irrestrita se sustenta a partir da compreensão de que esta prática não promove a precarização das relações trabalhistas. O posicionamento divergente, por sua vez, funda-se a partir do reconhecimento da precarização inerente à terceirização.

A discussão acerca da precarização na terceirização carece do recurso a dados empíricos que permitam comparar as diferenças reais entre as condições de trabalho dos empregados diretos e dos terceirizados.

Dessa forma, a abordagem empírica da questão é imprescindível para visualizarmos os efeitos práticos da subcontratação e, assim, avaliarmos se lhe são cabíveis restrições jurídicas. À vista disso, o próximo capítulo será destinado a essa finalidade.

3. A TERCEIRIZAÇÃO E A PRECARIZAÇÃO DAS RELAÇÕES DE TRABALHO

A observação empírica dos efeitos da terceirização nas relações de trabalho é importante para determinar se essa prática necessita de limitações jurídicas. Tendo isso em vista, ao longo das últimas décadas surgiram estudos destinados a verificar se esse fenômeno provoca a precarização do trabalho.

A remuneração, a duração do vínculo de emprego e os acidentes trabalhistas são os aspectos das relações de trabalho que constituíram objetos recorrentes das pesquisas realizadas. A partir dos dados coletados, formularam-se gráficos e tabelas que permitem visualizar e analisar as diferenças existentes entre as relações de emprego diretas e as relações terceirizadas.

Os resultados desses estudos possibilitam ponderar como a terceirização se compatibiliza com os delineamentos principiológicos constitucionais, nomeadamente a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, bem como a função social da empresa. Ainda, oportuniza verificar se esse fenômeno se enquadra no padrão de proteção social à relação de emprego, estabelecido pelos direitos sociais trabalhistas presentes nos artigos de 7º a 11 da Constituição Federal.

Além disso, os dados empíricos constituem um importante referencial para determinar se as mudanças legislativas e jurisprudenciais na disciplina da terceirização, ocorridas a partir de 2017, são adequadas à realidade fática e promovem a proteção social do trabalho estabelecida na Lei Maior.

Diante do exposto, este capítulo destina-se a expor os resultados das referidas pesquisas, com intuito de verificar empiricamente se há a precarização das relações de trabalho na terceirização.

Antes, ressalta-se que, até a data de confecção desta monografia, não foram identificadas pesquisas com dados estatísticos referentes ao período posterior às alterações na regulação da terceirização ocorridas a partir de 2017.

3.1. Remuneração

A remuneração é a contraprestação pecuniária que o empregado recebe pelos serviços prestados ao empregador, sendo o elemento que caracteriza a

onerosidade da relação de emprego. O art. 7º da Constituição estabelece um conjunto de direitos sociais trabalhistas relacionados à remuneração (incisos IV a X), dentre os quais se destaca a observância ao salário-mínimo (inciso IV), responsável por assegurar ao trabalhador e a sua família condições que atendam às suas necessidades básicas e vitais. Além dessas disposições constitucionais, a remuneração dos empregados é disciplinada na CLT, especialmente pelos artigos 457 e seguintes.

Portanto, a remuneração é um elemento da relação de emprego que é dotado de grande relevância social e jurídica, visto que se destina a garantir a subsistência dos obreiros. Ademais, também repercute em outros direitos trabalhistas, a exemplo das horas extras, do adicional de periculosidade, entre outros. Por esses motivos, constitui um ótimo objeto de estudo para verificar os efeitos da terceirização.

Em 2018, o pesquisador André Gambier Campos publicou um estudo no qual se propôs a identificar os efeitos da terceirização sobre a remuneração dos trabalhadores assalariados, visando apresentar novas informações para embasar a discussão acerca desse fenômeno.

Nesse estudo, Campos (2018, p. 158) utilizou como base de dados os registros de 2013 do Cadastro Nacional de Entidades Sindicais (CNES) e da Relação Anual de Informações Sociais (RAIS), disponibilizada pelo Ministério do Trabalho (MTb), bem como a Classificação Brasileira de Ocupações (CBO) de 2002.

Com base nos dados coletados, o pesquisador restringiu o estudo aos trabalhadores assalariados do setor privado urbano, concebendo uma variável categórica trinomial que permitiu classificá-los em empregados diretos, empregados com média probabilidade de serem terceirizados e empregados com alta probabilidade de serem terceirizados¹⁸. (CAMPOS, 2018, p.159).

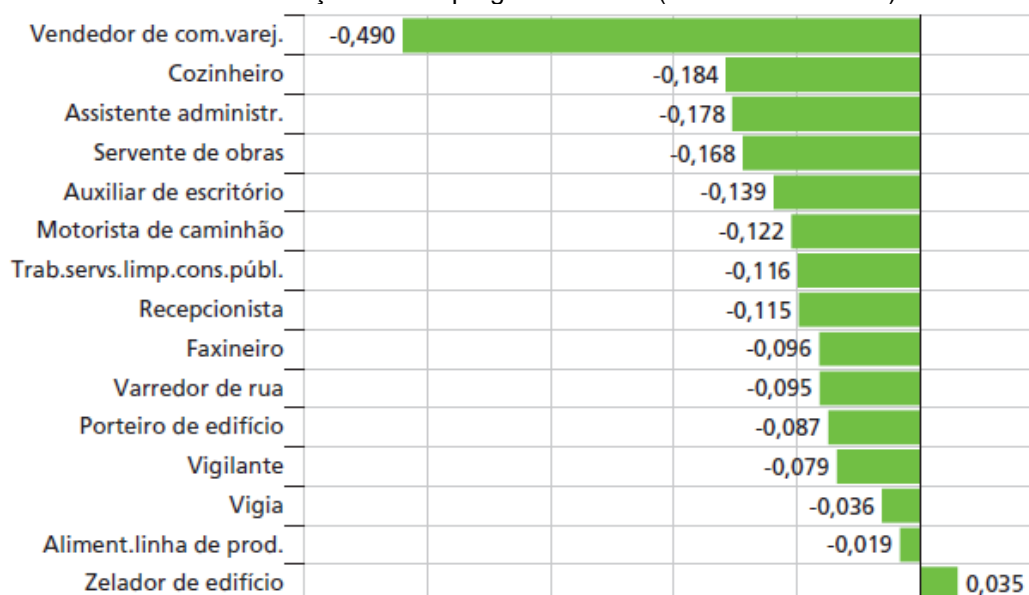
¹⁸ Os dados fornecidos pela RAIS não permitem distinguir os trabalhadores terceirizados dos empregados diretos, de forma que as pesquisas realizadas com base nesses registros são obrigadas a adotar critérios próprios de diferenciação. No estudo em questão, os critérios utilizados por Campos originaram duas categorias de terceirizados, baseadas na probabilidade de serem trabalhadores efetivamente terceirizados.

Com essa classificação, apurou-se um total de 4,02 milhões de terceirizados, correspondendo a 11,7% do total de trabalhadores assalariados no setor privado urbano. Desses 4,02 milhões, 3,10 milhões correspondiam aos terceirizados com média probabilidade e 0,92 milhões aos terceirizados com alta probabilidade (CAMPOS, 2018, p. 160).

Em seguida, o pesquisador identificou 15 ocupações profissionais que concentravam grande parte dos trabalhadores terceirizados com alta probabilidade (87,8% do total). A partir dessas ocupações profissionais, realizou uma análise comparativa entre a remuneração dos terceirizados e a dos empregados diretos, adotando a última como referencial. Para isso, utilizou um modelo de regressão linear, considerando a remuneração de dezembro de 2013, padronizada pela carga horária de trabalho. (CAMPOS, 2018, p. 163-167).

Confira abaixo o gráfico que demonstra a variação da remuneração dos trabalhadores com alta probabilidade¹⁹ de serem terceirizados quando comparada com a remuneração dos empregados diretos.

Gráfico 1 – Brasil: variação da remuneração dos terceirizados com alta probabilidade em comparação à remuneração dos empregados diretos (dezembro de 2013)



Fonte: Microdados da RAIS/MTb
Elaboração: André Gambier Campos

¹⁹ Considerando-se que há maior possibilidade de erro na determinação do tipo de vínculo empregatício para a categoria dos terceirizados com média probabilidade, optamos por desconsiderar os gráficos da pesquisa referentes a esse grupo, já que os resultados podem ser mais imprecisos.

Ao analisar o Gráfico 1, verifica-se que, na maioria das ocupações profissionais examinadas, os terceirizados recebem remuneração menor do que a dos empregados diretos. Isto é, nas ocupações em que há a concentração da maior parte dos terceirizados com alta probabilidade, a remuneração destes é, em regra, inferior à dos empregados diretos. Segundo Campos (2018, p. 172), a mediana da diferença de remuneração é de 11,5% em desfavor dos terceirizados.

A ocupação de vendedor é a que apresenta a maior disparidade remuneratória entre as duas categorias de trabalhadores, apresentando uma redução de 49%. Já a ocupação de zelador de edifício constitui a única exceção, revelando um acréscimo de apenas 3,5% na remuneração.

Por fim, ressalta-se que outras variáveis, como o nível de instrução dos empregados, também influenciam a remuneração dos trabalhadores assalariados. Ainda assim, esse estudo revela que “[...] a terceirização, isoladamente considerada, ganha algum destaque como fator observável que pode ‘explicar’ a variação na remuneração”. (CAMPOS, 2018, p. 172).

3.2. Duração do vínculo de emprego

O Direito do Trabalho tem o Princípio da Continuidade da Relação de Emprego como um de seus princípios basilares. Segundo esse princípio, deve-se conferir ao vínculo de emprego ampla duração no tempo, de modo a assegurar ao empregado maior estabilidade econômica, social e profissional. Em razão desse preceito, presume-se que os contratos de trabalho têm duração indeterminada.

Nesse viés, a Lei Maior também preza pela continuidade da relação de emprego, protegendo o empregado contra a despedida arbitrária ou sem justa causa no inciso I do art. 7º. A CLT, por sua vez, regula a rescisão do contrato de trabalho nos artigos 477 e seguintes, instituindo indenizações nos casos de dispensa imotivada. Ainda, disciplina outros direitos trabalhistas que são afetados pela duração da relação de emprego, como é o caso do aviso prévio e das férias.

Assim, constatada a relevância social e jurídica da duração do vínculo de emprego, este é outro elemento que pode indicar a precarização da relação de emprego na terceirização.

Em 2018, os pesquisadores Patrícia Pelatieri, Regina Coeli Camargos, Antonio Ibarra e Adriana Marcolino publicaram um estudo com o objetivo de identificar as características das condições de trabalho dos empregados diretos e dos terceirizados, sendo a duração do vínculo de emprego um dos objetos analisados.

A pesquisa foi realizada com base nos registros administrativos do RAIS entre 2007 e 2014, disponibilizado pelo MTb, com o uso da Classificação Nacional de Atividades Econômicas (CNAE) 2.0. (PELATIERI *et al.*, 2018, p. 11).

A partir dos dados coletados, os pesquisadores identificaram as atividades econômicas que possuíam características de atividade-meio, nas quais predomina a terceirização. Ademais, listaram outras atividades em que há notório uso de terceirização, como a construção civil. (PELATIERI *et al.*, 2018, p. 12).

Assim, a pesquisa dividiu o setor privado em dois segmentos distintos: atividades tipicamente terceirizadas, compostas pelas atividades referidas no parágrafo anterior, e as atividades tipicamente contratantes, correspondente às demais atividades. (PELATIERI *et al.*, 2018, p. 13).

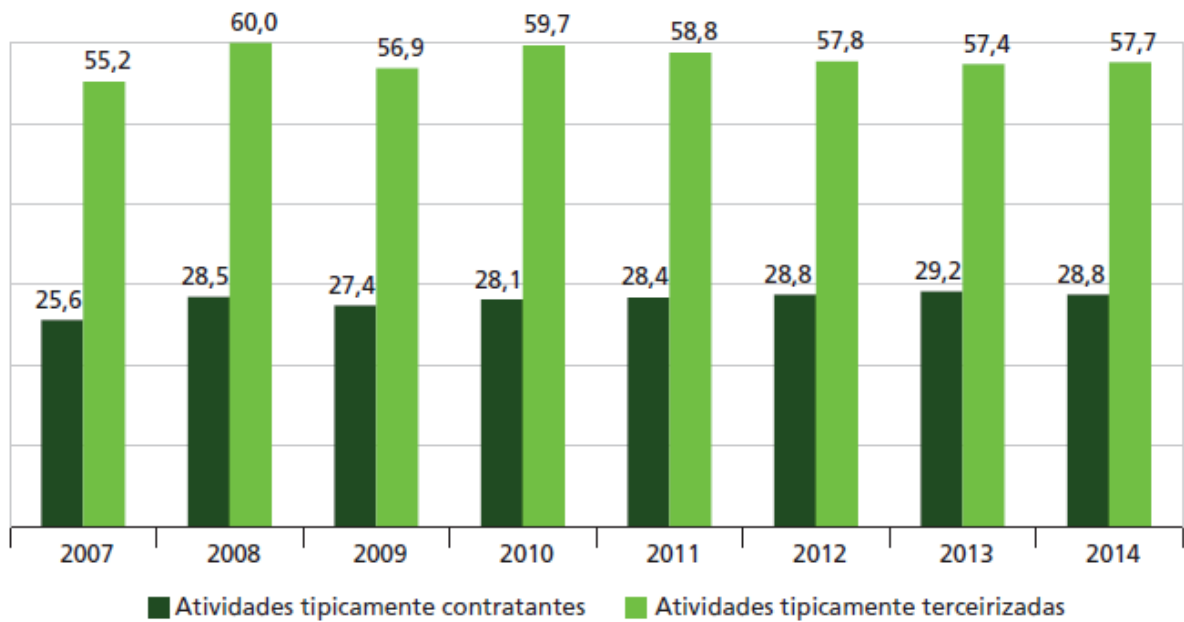
O estudo analisou a quantidade de vínculos de emprego rompidos em cada segmento ao final de cada ano do período entre 2007 e 2014, desconsiderando os desligamentos que ocorreram a pedido do trabalhador, por morte, por aposentadoria ou por transferência. (PELATIERI *et al.*, 2018, p. 14).

Desse modo, obtiveram-se estatísticas sobre a taxa de rotatividade descontada²⁰ nos segmentos tipicamente terceirizados e tipicamente contratantes, representadas no Gráfico 2.

Além disso, a pesquisa também verificou o tempo médio, em meses, da duração do vínculo de emprego em cada segmento, conforme demonstrado no Gráfico 3.

²⁰ Os pesquisadores denominam a taxa de rotatividade de “descontada” em razão de excluírem os vínculos de emprego rompidos a pedido do trabalhador, por morte, por aposentadoria ou por transferência.

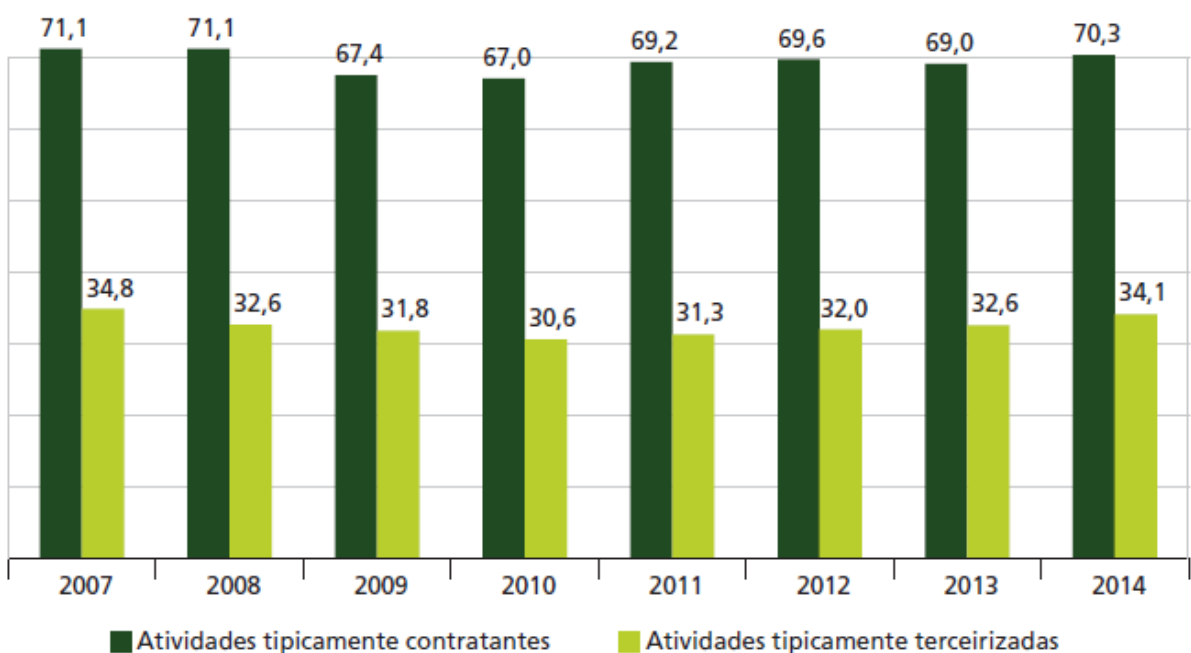
Gráfico 2 – Brasil: taxa de rotatividade descontadas nas atividades tipicamente terceirizadas e nas atividades tipicamente contratantes (2007-2014)



Fonte: RAIS/MTb

Elaboração: DIEESE, subseção CUT

Gráfico 3 – Brasil: tempo médio de duração, em meses, dos vínculos formais de emprego nas atividades tipicamente terceirizadas e nas tipicamente contratantes (2007-2014)



Fonte: RAIS/MTb

Elaboração: DIEESE, subseção CUT

O Gráfico 2 demonstra que há um alto índice de rompimento dos vínculos de emprego nas atividades tipicamente terceirizadas. Em todos os anos analisados, a taxa de rotatividade se manteve em torno dos 60%, ou seja, mais da metade dos vínculos de emprego desse segmento eram rompidos anualmente. Por outro lado, a

taxa de rotatividade das atividades tipicamente contratantes foi consideravelmente menor, mantendo-se estável em volta dos 30%.

Já o Gráfico 3 expõe que o tempo médio de duração das relações de emprego é aproximadamente duas vezes maior nas atividades tipicamente contratantes, quando comparadas com as atividades tipicamente terceirizadas. De acordo com Patrícia Pelatieri *et al.* (2017, p. 14), esse fato decorre da alta rotatividade nas atividades terceirizadas, que interfere na média duração do vínculo empregatício.

3.3. Acidente de trabalho

A Constituição Federal de 1988 estabelece no inciso XXII do art. 7º o compromisso com a garantia de melhores condições de segurança, saúde e higiene dos trabalhadores. Ademais, no inciso XXVIII do mesmo dispositivo, o constituinte determina que o empregador é responsável por indenizar o trabalhador por danos decorrentes de acidentes de trabalho, quando verificados sua culpa ou dolo.

Na legislação infraconstitucional, o acidente de trabalho é objeto de regulação da Lei n.º 8.213/91, que dispõe sobre a Previdência Social, sendo o auxílio-acidente um dos benefícios previdenciários previstos na lei.

O art. 19 da referida lei define acidente de trabalho como aquele “[...] que ocorre pelo exercício do trabalho a serviço de empresa [...], provocando lesão corporal ou perturbação funcional que cause a morte ou a perda ou redução, permanente ou temporária, da capacidade de trabalho”. Além disso, os arts. 20 e 21 preveem outras modalidades de acidente de trabalho, como as doenças profissionais.

Observa-se a relevância social e jurídica do acidente de trabalho, visto que pode comprometer a capacidade laborativa e, até mesmo, causar a morte do trabalhador. Dessa forma, o estudo comparativo dos casos de acidentes de trabalho envolvendo os empregados diretos e os terceirizados é importante para revelar se há precarização das condições de segurança, saúde e higiene do ambiente de trabalho destes últimos.

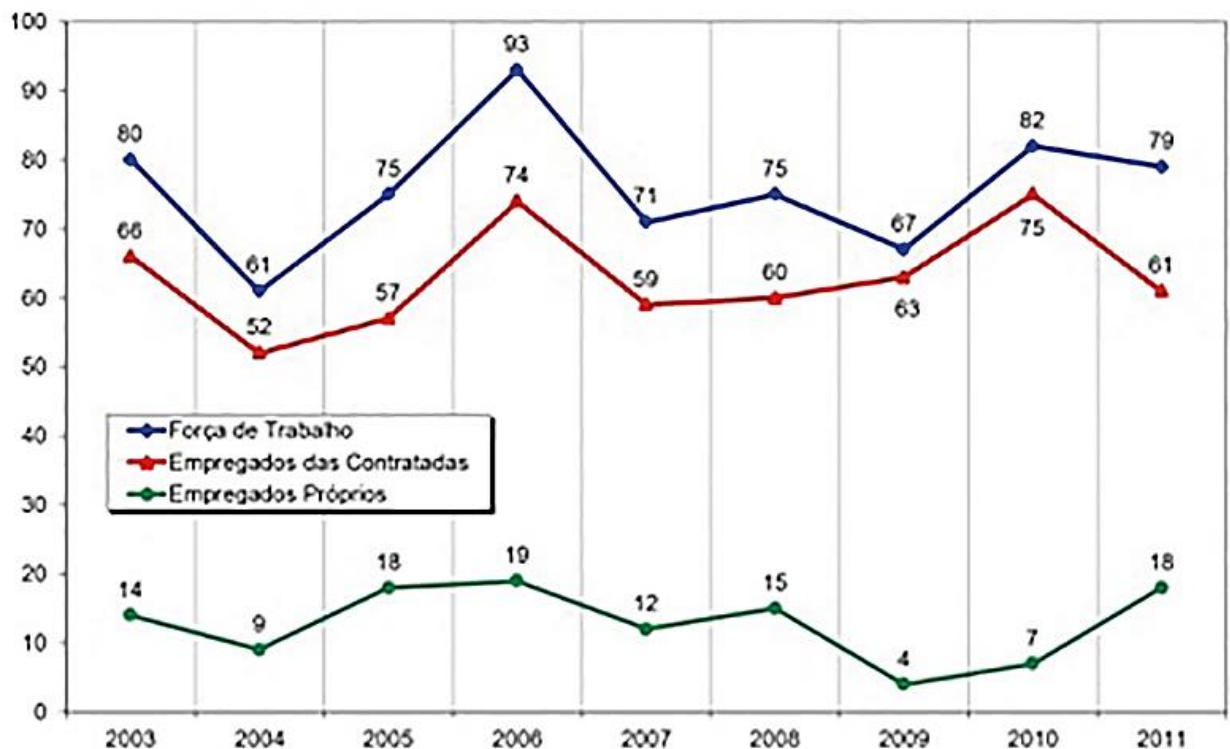
A subseção do Departamento Intersindical de Estatísticas e Estudos (DIEESE) na Central Única dos Trabalhadores (CUT) publicou um dossiê em 2014 com o objetivo de apresentar dados que indicavam uma realidade de precarização das relações de trabalho decorrentes da terceirização. Os acidentes de trabalho constituíram uma das formas de precarização indicadas nesse estudo.

O dossiê da DIEESE-CUT abordou os acidentes de trabalho ocorridos em setores específicos da economia, especialmente o setor elétrico.

De acordo com o Relatório de Estatísticas de Acidentes do Setor Elétrico Brasileiro, de autoria da Fundação Comitê de Gestão Empresarial (COGE), o número de acidentes fatais envolvendo terceirizados é 3,4 vezes maior em relação aos que envolvem empregados diretos. (DIEESE, 2014, p. 24).

No Gráfico 4, é possível observar com clareza essa disparidade entre o número de acidentes fatais de cada categoria de trabalhador no setor elétrico.

Gráfico 4 – Brasil: número de acidentes fatais no setor elétrico (2004-2011)



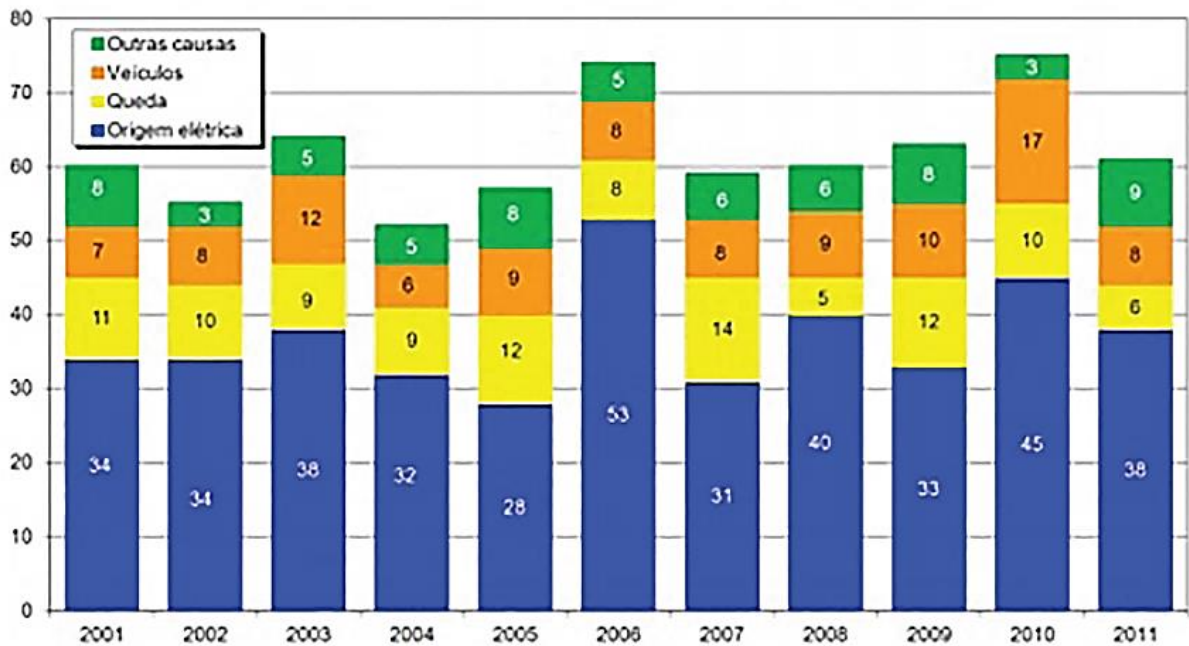
Fonte: Fundação COGE

Contudo, é preciso pontuar que, de acordo com os dados do gráfico, a proporção entre o número de mortes de terceirizados e o de empregados diretos é de, na verdade, 4,9 em desfavor daqueles. Entre os anos de 2003 a 2011, constata-

se que 567 terceirizados foram vítimas de acidente de trabalho contra 116 mortes de empregados diretos.

Além disso, o dossiê da DIEESE-CUT apresentou o gráfico a seguir (Gráfico 5), que contém as causas dos acidentes fatais envolvendo os terceirizados no setor elétrico.

Gráfico 5 - Brasil: causas dos acidentes fatais envolvendo terceirizados no setor elétrico (2003-2011)



Fonte: Fundação COGE

O dossiê concluiu que o grande número de mortes provocadas por origem elétrica revela uma precarização nas condições de trabalho, decorrente da ausência de equipamentos e treinamentos necessários. Ainda, afirmou que esses resultados se replicam em outros segmentos da economia. (DIEESE, 2014, p. 24).

Em 2018, os pesquisadores André Marques Rebelo, Guilherme Renato Caldo Moreira, Guilherme Byrro Lopes e Eduardo Batista Coura publicaram um trabalho que se contrapôs ao do DIEESE-CUT.

Segundo os pesquisadores, não seria adequado estender a análise dos casos de acidente de trabalhos de um setor específico (setor elétrico) para os demais setores da economia. Ao contrário, defendem uma análise ampla de vários setores, visto que possuem diferentes características. (REBELO *et al.*, 2018, p. 64).

Tendo isso em vista, utilizaram como base de dados os registros de 2013 da RAIS e o CNAE 2.0, classificando os setores econômicos urbanos em terceirizados e contratantes. Ademais, manusearam o Anuário Estatístico de Acidentes do Trabalho (AEAT) de 2013 do MTB para analisar a quantidade de acidentes de trabalho. (REBELO *et al.*, 2018, p. 58).

Com as informações coletadas, formulou-se a tabela a seguir (Tabela 1).

Tabela 1- Brasil: número de acidentes de trabalho por mil trabalhadores por setor de atividade (2013)

Setores de atividades	Contratantes	Terceirizados
Administração pública, defesa e seguridade social	2,4	-
Água, esgoto, atividades de gestão de resíduos e descontaminação	25,3	52,1
Alojamento e alimentação	9,3	23,2
Artes, cultura, esporte e recreação	-	8,7
Atividades administrativas e serviços complementares	-	9,3
Atividades financeiras, de seguros e serviços relacionados	10,9	13,9
Atividades imobiliárias	-	10,3
Atividades profissionais, científicas e técnicas	-	7,9
Comércio; reparação de veículos automotores e motocicletas	10,5	11,5
Construção	20,5	18,9
Educação	5,1	11,8
Eletricidade e gás	24,3	-
Indústrias de transformação	28,5	17,3
Indústrias extrativas	25,4	40,0
Informação e comunicação	9,7	5,6
Organismos internacionais e outras instituições extraterritoriais	3,8	-
Outras atividades de serviços	8,4	7,1
Saúde humana e serviços sociais	52,5	14,9
Serviços domésticos	-	12,7
Transporte, armazenagem e correio	27,8	19,6
Total	14,5	13,0

Fonte: RAIS; AEAT/MTb
Elaboração: Fiesp

Os dados da Tabela 1 indicam para uma paridade entre o número total de acidentes de trabalho nos setores contratantes (14,5) e nos terceirizados (13,0). Todavia, ao se analisar as atividades econômicas individualmente, verificam-se grandes disparidades entre os dois setores. (REBELO *et al.*, 2018, p. 58).

Por exemplo, nas atividades de saúde humana e serviços sociais, o número de acidentes de trabalho por mil trabalhadores é de 52,5 nos setores contratantes, enquanto nos setores terceirizados é de 14,9. Por outro lado, nas atividades econômicas de água, esgoto, gestão de resíduos e descontaminação, o número de acidentes com terceirizados é de 52,1 para 25,3 acidentes com empregados diretos.

De acordo com Rebelo *et al.* (2018, p. 65), esses resultados demonstram que os acidentes de trabalho estão relacionados com as características das atividades exercidas em cada setor, não havendo correlação com a terceirização em si.

3.4. Resultados

No que diz respeito à remuneração, a análise de categorias profissionais específicas, nas quais se concentra a maior parte de trabalhadores com alta probabilidade de serem terceirizados, indica uma forte tendência à redução dos valores percebidos pelos terceirizados em comparação aos empregados diretos. Desse modo, nessas categorias profissionais, o fato do trabalhador ser terceirizado contribui para que receba uma contraprestação pecuniária inferior à que é paga aos empregados diretos. Considerando-se que a remuneração é importante para a subsistência do trabalhador e de sua família e que reflete em outros direitos trabalhistas, qualquer prática empresarial que a desvalorizar corresponde a uma precarização.

Em relação à duração do vínculo empregatício, verificamos que as relações de emprego dos terceirizados tem alta taxa de rotatividade, o que provoca um menor tempo de permanência desses trabalhadores nos seus empregos. Consoante vimos, a continuidade do vínculo de emprego no tempo é um dos princípios basilares do Direito do Trabalho, bem como constitui uma das dimensões do regime de emprego socialmente protegido estabelecido pela Lei Maior. Portanto, sendo a terceirização uma prática que estimula vínculos de emprego mais curtos, consiste em uma precarização da relação trabalhista.

Por fim, observamos que os acidentes de trabalho podem ser predominantes na categoria contratante ou na terceirizada, a depender da atividade econômica considerada, consoante os dados da pesquisa de Rebelo *et al.* Todavia, isso não impede que se reconheça uma realidade de precarização provocada pela

terceirização nas atividades em que os acidentes são predominantes nesta categoria. Por exemplo, o setor elétrico revela um elevado número de fatalidades de terceirizados, possível resultado da inobservância a medidas de segurança de trabalho eficientes, o que violaria o art. 7º, XXII, da Constituição. Assim, quanto aos acidentes de trabalho, também há precarização nas condições de labor dos terceirizados em determinadas atividades.

À vista do exposto, podemos concluir que os dados empíricos demonstram a existência de precarização da relação de emprego dos terceirizados, pois a subcontratação provoca a redução da remuneração, a instabilidade do vínculo empregatício e sujeita o obreiro a condições inseguras de labor em certos setores da economia, favorecendo a ocorrência de acidentes de trabalho. Além disso, uma vez que esses três elementos da relação de trabalho refletem em outros direitos trabalhistas, estes também são impactados negativamente pela terceirização.

Dessa forma, compreendemos serem devidas vedações à terceirização, tendo em vista a preservação do regime de proteção social do trabalho instituído na Constituição Federal de 1988. Portanto, faz-se necessário adequar as mudanças provocadas pela Reforma Trabalhista e pela jurisprudência do STF à realidade fática de precarização das relações de emprego terceirizadas.

CONCLUSÃO

O presente estudo representou um constante processo de aprendizado para o autor sobre o fenômeno da terceirização, uma vez que se encontram argumentos bem fundamentados defendendo ou condenando a legitimidade dessa prática de forma irrestrita, o que propicia uma rica reflexão sobre o tema.

A discussão jurídica sobre os limites à terceirização é importante na medida em que exige a apuração de como esse fenômeno impacta a relação de emprego e os direitos que dela decorrem. Quanto a esse aspecto, ressalta-se que os direitos trabalhistas se destinam à proteção do trabalhador, considerado hipossuficiente em face do empregador, e possuem prestígio na Constituição Federal de 1988.

Conforme vimos, a terceirização representa uma técnica de organização empresarial, consistente na transferência de atividades acessórias de uma empresa para outra, prestadora de serviços especializados, de modo a permitir que aquela se concentre em sua atividade principal.

Quando as atividades transferidas permanecem sendo executadas dentro das instalações da empresa tomadora (terceirização interna), verifica-se o surgimento de uma relação trilateral, na qual a força de trabalho do empregado da prestadora de serviços beneficia diretamente a atividade econômica da empresa tomadora, sem que esta assuma as responsabilidades decorrentes da relação de emprego.

Apesar de fugir à regra do binômio empregado e empregador, a terceirização é uma prática empresarial legítima, que não se confunde com a ilícita intermediação de mão de obra, caracterizada pela mercantilização do trabalhador.

Isso porque a terceirização tem como objeto a prestação de serviços especializados nas atividades acessórias da empresa tomadora, contribuindo para o aperfeiçoamento do negócio principal desta mediante o aumento de qualidade, produtividade e concorrência, além da redução de custos.

A legitimidade da terceirização encontra amparo no princípio da livre iniciativa. De acordo com esse princípio, preza-se pela liberdade de empreender, conferindo ao indivíduo autonomia na escolha do modo de organização da sua atividade empresarial.

Contudo, a liberdade de empreender não é absoluta, pois a Carta Magna reconhece que a livre iniciativa é dotada de valor social, isto é, é elemento essencial para a efetivação do princípio fundamental da dignidade da pessoa humana (art. 1º, II, CF). Isso significa que detém um papel importante na autodeterminação dos indivíduos e que deve ser exercida de modo a propiciar condições dignas de vida a todos.

Consoante expusemos, o trabalho também é elementar para a consecução da dignidade da pessoa humana, sendo dotado de valor social. O labor é uma forma de realização do ser humano, que deve garantir ao obreiro a sua subsistência e promover a sua autodeterminação.

Dessa forma, os valores sociais da livre iniciativa e do trabalho são elencados pelo constituinte como princípios fundamentais do nosso ordenamento jurídico (art. 1º, IV, CF). Ressalta-se que esses valores sociais se complementam e que um não se sobrepõe ao outro.

Nesse contexto, concebe-se o princípio da função social da empresa (art. 170, III, CF), uma decorrência dos valores sociais da livre iniciativa e do trabalho. A função social da empresa determina que a atividade empresarial seja voltada à consecução de interesses sociais, não apenas dos interesses individuais do empreendedor.

Os interesses sociais que a atividade empresarial deve observar são os fundamentos da ordem econômica (art. 170, *caput*, CF), dentre os quais se destaca a valorização do trabalho humano, caracterizado pelo respeito às normas trabalhistas e pela promoção do bem-estar dos trabalhadores.

A Constituição, ao reconhecer o trabalho como um direito social (art. 6, CF), arrola uma série de direitos sociais trabalhistas (art. 7º seguintes, CF), visando à proteção e ao bem-estar dos trabalhadores. Assim, a iniciativa privada tem a sua atividade condicionada à observância destes dispositivos.

Os direitos sociais trabalhistas constituem um padrão constitucional de proteção social do trabalho, estabelecendo um regime de emprego socialmente protegido. Esse regime de emprego caracteriza-se por duas dimensões: uma

temporal, que se refere à intenção do constituinte em preservar o vínculo de emprego no tempo; e uma espacial, traduzida na vontade constitucional pela máxima integração do trabalhador à vida da empresa.

Tendo em vista essas premissas constitucionais, discorreremos como a legislação infraconstitucional e a jurisprudência foram evoluindo em termos de disciplina da terceirização ao longo dos anos.

As primeiras manifestações legislativas significativas que regularam esse fenômeno foram destinadas à esfera pública, com o DL n.º 200/67 e a Lei n.º 5.645/70, autorizando a subcontratação de serviços de tarefas executórias.

No que diz respeito à esfera privada, a legislação infraconstitucional foi pouco expressiva na disciplina da terceirização durante décadas. Os principais avanços foram representados pela Lei do Trabalho Temporário (Lei n.º 6.019/74) e as Leis n.º 7.102/83 e n.º 8.863/94 (serviços de vigilância patrimonial). Todavia, ressalta-se que essas leis autorizavam a subcontratação de mão de obra em hipóteses restritas.

Apesar da inexistência de previsão legislativa que autorizasse a terceirização de forma ampla, sem limitações, ainda assim essa prática se disseminou na iniciativa privada, tornando-se comum no meio empresarial. Esse fato exigiu uma resposta da Justiça Trabalhista, que passou a disciplinar esse fenômeno, consolidando a jurisprudência da Súmula n.º 331 do TST.

A principal inovação dessa súmula foi ampliar as hipóteses de terceirização, reconhecendo a possibilidade dessa prática nas atividades-meio das empresas. No entanto, manteve vedada a subcontratação na atividade-fim, pois foi considerado que configurava prática equivalente à ilícita intermediação da mão de obra. Ademais, estabeleceu-se que existência de personalidade e subordinação direta entre o tomador de serviços e o empregado configuraria relação de emprego.

Nesse ponto, cabe destacar que a terceirização na atividade-fim desvirtua o próprio propósito dessa técnica de organização empresarial, dado que este visa permitir que a empresa tomadora de serviços se dedique à realização do seu negócio principal. Assim, é incoerente ser utilizada na execução das atividades empresariais cujo objetivo era de auxiliar.

Além disso, parece-nos improvável que o empresário terceirize a atividade que é essencial ao seu negócio, confiando a terceiro o sucesso do seu empreendimento. Por isso, compreendemos que essa prática corresponde, na verdade, a uma *marchandage* disfarçada de terceirização, portanto, a uma fraude à relação de emprego.

A Súmula n.º 331 do TST definiu, ainda, a responsabilidade subsidiária do tomador de serviços por todas as obrigações trabalhistas em caso de simples inadimplemento pela prestadora de serviços, fundamentada na culpa *in eligendo* e culpa *in vigilando*.

Em 2017, com o advento da Lei n.º 13.429, passou a existir previsão legal autorizando a terceirização de forma ampla na iniciativa privada, isto é, sem limitá-la a setores determinados da economia ou a circunstâncias específicas. A disciplina desse fenômeno ocorreu através da adição dos artigos 4º-A, 4º-B, 5º-A e 5º-B à Lei n.º 6.019/74.

No entanto, essa inovação legislativa não trouxe alterações significativas em relação à disciplina contida na Súmula n.º 331 do TST, caracterizando-se apenas por uma redação dúbia em relação à possibilidade de terceirizar a atividade-fim.

Logo depois, a Reforma Trabalhista (Lei n.º 13.467/17) promoveu mudanças à Lei n.º 6.019/74, dentre as quais se destacam as alterações dos *caputs* dos artigos 4º-A e 5º-A e na adição dos artigos 4º-C, 5º-C e 5º-D.

Na nova redação conferida aos dispositivos 4º-A e 5º-A, o texto legal autorizou expressamente a terceirização na atividade-fim, contrariando diretamente a jurisprudência da Súmula n.º 331 do TST.

Essa inovação legislativa, consoante o nosso entendimento, é atentatória ao princípio da função social da empresa e aos princípios fundamentais da dignidade da pessoa humana e dos valores sociais do trabalho e da livre-iniciativa. Isso porque autoriza uma forma de terceirização que é equivalente à *marchandage*. Por isso, defendemos que deve ser declarada sua inconstitucionalidade em sede de ação direta de inconstitucionalidade.

Contudo, em 30 de agosto de 2018, a Suprema Corte encerrou o julgamento conjunto da ADPF n.º 324/DF e do RE n.º 985.252/MG, fixando tese de repercussão geral em que reconheceu a constitucionalidade da terceirização irrestrita, por maioria

dos votos. Assim, o STF deve manter esse posicionamento em futuro julgamento de ADI que tenha os referidos dispositivos da Reforma Trabalhista como objeto.

No que diz respeito ao debate jurídico do julgamento, ressalta-se que a temática da possível precarização decorrente da terceirização foi essencial para a fundamentação dos votos dos Ministros.

O posicionamento vencedor, favorável à terceirização irrestrita, se fundamentou a partir da compreensão de que essa prática não promove a precarização das relações trabalhistas. O posicionamento divergente, por sua vez, fundou-se a partir do reconhecimento da precarização inerente à terceirização.

À vista disso, verificou-se ser imprescindível a análise de dados empíricos que comprovassem ou refutassem a precarização das relações trabalhistas decorrente da terceirização.

A partir dos resultados da referida análise, apurou-se que a terceirização provoca, com efeito, a precarização das relações trabalhistas. Dessa forma, compreendemos que a tese de repercussão geral fixada pelo STF não se sustenta, já que seus argumentos não resistem em face da constatação da precarização das condições de trabalho dos terceirizados.

Ainda, observamos que a precarização afronta o regime de emprego socialmente protegido, nas suas dimensões temporal e espacial.

A evidência mais clara dessa afronta é a precarização relacionada à duração do vínculo de emprego. A alta rotatividade da terceirização resulta em um menor tempo de permanência dos terceirizados em seus empregos, indicando a instabilidade do vínculo empregatício.

Em outras palavras, a prática da terceirização, ao invés de preservar a relação de emprego no tempo, promove o seu encurtamento. Assim, os direitos trabalhistas que se aperfeiçoam com uma maior duração da relação de emprego são prejudicados, a exemplo do direito de férias.

Nesse viés, o maior número de acidentes de trabalho envolvendo terceirizados em determinadas atividades indica uma precarização relacionada à dimensão espacial do regime de emprego socialmente protegido.

A ausência de controle das empresas prestadoras de serviços sobre as condições de segurança e saúde do trabalho dos seus empregados, que laboram para diferentes empresas tomadoras, em diferentes locais, é um fator que propicia a maior ocorrência de acidentes envolvendo esses empregados. Isso é incompatível com a intenção constitucional de máxima integração à vida da empresa, que pressupõe uma constante melhora das condições de trabalho do empregado.

Diante do exposto, entendemos que devem ser impostas restrições à terceirização, tendo em vista o regime de emprego socialmente protegido e a precarização que essa prática causa às relações trabalhistas. Todavia, isso não significa vedá-la por completo, pois constituiria uma afronta ao valor social da livre iniciativa, nomeadamente à liberdade do empresário em organizar sua atividade empresarial.

Por fim, compartilhamos do entendimento que fora consolidado na Súmula n.º 331 do TST, consistente na autorização da terceirização apenas nas atividades acessórias da empresa, reservando a atividade principal à relação de emprego direta, a partir da qual o regime de emprego socialmente protegido se manifesta com plenitude. Ademais, com fundamento nesta pesquisa, defendemos a mudança na legislação nesse sentido.

BIBLIOGRAFIA

ABDALA, Vantuil. Terceirização: normatização – questionamentos. **Revista do Tribunal Superior do trabalho**. V. 74, n.º 4, p. 17-25, out./dez., 2008. Disponível em: <<https://hdl.handle.net/20.500.12178/5381>>. Acesso em: 21.jun.2019.

ANAMATRA. Enunciados da 2º Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho. Brasília: ANAMATRA, 2018. Disponível em: <<https://www.anamatra.org.br/imprensa/noticias/26227-enunciados-aprovados-na-2-jornada-de-direito-material-e-processual-do-trabalho-sao-organizados-por-tema>>. Acesso em: 16.jun.2019.

ANTUNES, Ricardo Luís Coltro. Os Sentidos do Trabalho: ensaio sobre a afirmação e negação do trabalho. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Boitempo, 2009.

ARAÚJO, Jailton Macena de. Valor social do trabalho na Constituição Federal de 1988: instrumento de promoção de cidadania e de resistência à precarização. **Revista de Direito Brasileira**. V. 16, n. 7, p. 115-134, jan./abr., 2017. Disponível em: <<https://www.indexlaw.org/index.php/rdb/issue/view/v.16%20n.7%20%282017%29/showToc>>. Acesso em: 21.jun.2019.

BARCELLOS, Ana Paula de; BARROSO, Luís Roberto. In: Comentários à Constituição do Brasil. 2. ed. Coord. CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lênio Luiz. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

BRASIL. Constituição (1934). Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (de 16 de julho de 1934). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm>. Acesso em: 27.mai.2019.

_____. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 27.mai.2019.

_____. Decreto n.º 9.507, de 2018: dispõe sobre a execução indireta, mediante contratação, de serviços da administração pública federal direta, autárquica e fundacional e das empresas públicas e das sociedades de economia mista controladas pela União. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Decreto/D9507.htm#art17>. Acesso em: 17.mai.2019.

_____. Decreto-Lei n.º 5.452, de 1943: aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm>. Acesso em: 14.mai.2019.

_____. Decreto-Lei n.º 200, de 1967: dispõe sobre a organização da Administração Federal, estabelece diretrizes para a Reforma Administrativa e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del0200.htm>. Acesso em: 17.mai.2019.

_____. Lei n.º 5.645, de 1970: estabelece diretrizes para a classificação de cargos do Serviço Civil da União e das autarquias federais, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L5645.htm>. Acesso em: 17.mai.2019.

_____. Lei n.º 6.019, de 1974: dispõe sobre o Trabalho Temporário nas Empresas Urbanas, e dá outras Providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6019.htm>. Acesso em: 17.mai.2019.

_____. Lei n.º 7.102, de 1983: dispõe sobre segurança para estabelecimentos financeiros, estabelece normas para constituição e funcionamento das empresas particulares que exploram serviços de vigilância e de transporte de valores, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7102.htm>. Acesso em: 17.mai.2019.

_____. Lei n.º 8.213, de 1991: dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8213cons.htm>. Acesso em: 25.jun.2019.

_____. Lei n.º 8.863, de 1994: altera a Lei n.º 7.102, de 20 de junho de 1983. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8863.htm#art1>. Acesso em: 17.mai.2019.

_____. Lei n.º 9.527, de 1997: altera dispositivos das Leis n.º 8.112, de 11 de dezembro de 1990, 8.460, de 17 de setembro de 1992, e 2.180, de 5 de fevereiro de 1954, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9527.htm#art18>. Acesso em: 17.mai.2019.

_____. Lei n.º 13.429, de 2017: altera dispositivos da Lei n.º 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. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2017/Lei/L13429.htm>. Acesso em: 17.mai.2019.

_____. Lei n.º 13.467, de 2017: altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei n.º 5.452, de 1º de maio de 1943, e as Leis n.º 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. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2017/Lei/L13467.htm#art2>. Acesso em> 17.mai.2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 324/DF. Relator: Roberto Barroso. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4620584>>. Acesso em: 16.jun.2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n.º 958.252/MG. Relator: Ministro Luiz Fux. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4952236>>. Acesso em: 16.jun.2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. Repercussão Geral no Recurso Extraordinário com Agravo n.º 713.211/MG. Relator: Ministro Luiz Fux. Disponível

em:<<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=230677750&ext=.pdf>>.
Acesso em: 16.jun.2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. Repercussão Geral Tema n.º 725 – Terceirização de serviços para consecução da atividade-fim da empresa. Relator: Ministro Luiz Fux. Leading Case: RE 958.252/MG. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verProcessoRecurso.asp?incidente=4952236#>>. Acesso em: 16.jun.2019.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. Recurso de Revista n.º 226-34.1989.5.02.555. Relator: Ministro José Luiz Vasconcellos. Disponível em: <<http://acordaos.tst.gov.br/c2/80/00/59/8e.pdf>>. Acesso em: 18.mai.2019.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. Súmula n.º 256. Disponível em: <<http://www.tst.jus.br/sumulas>>. Acesso em: 19.mai.2019.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Súmula n.º 331. Disponível em: <<http://www.tst.jus.br/sumulas>>. Acesso em: 19.mai.2019.

CALCINI, Ricardo Souza. A nova lei da terceirização e a reforma trabalhista. 2017. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI267633,21048-A+nova+lei+da+terceirizacao+e+a+reforma+trabalhista>>. Acesso em: 14.jun.2019.

CAMPOS, André Gambier. Impactos da terceirização sobre a remuneração do trabalho: novas evidências para o debate. In: Terceirização do Trabalho no Brasil: novas e distintas perspectivas para o debate. Org. CAMPOS, André Gambier. Brasília: Ipea, 2018.

CARRION, Valentin. Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho. 38. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

CASTELLS, Manuel. A sociedade em rede. 8. ed. rev. e ampl. São Paulo: Paz e Terra, 2005. V. 1.

COMPARATO, Fábio Konder. A afirmação histórica dos direitos humanos. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

CUNHA, Tadeu Henrique Lopes da. O fordismo/taylorismo, o toyotismo e as implicações na terceirização. **Boletim Científico ESMPU**. A. 15, n.º 47, p. 183-210, jan./jun., 2016. Disponível em: <<http://escola.mpu.mp.br/publicacoes/boletim-cientifico/edicoes-do-boletim/boletim-cientifico-n-47-janeiro-junho-2016/o-fordismo-taylorismo-o-toyotismo-e-as-implicacoes-na-terceirizacao>>. Acesso em: 11.mai.2019.

DELGADO, Gabriela Neves; AMORIM, Helder Santos. Os Limites Constitucionais da Terceirização. 2. ed. São Paulo: LTr, 2015.

DELGADO, Maurício Godinho. Curso de Direito do Trabalho. 16. ed. rev. e ampl. São Paulo: LTr, 2017.

DIEESE. Terceirização e desenvolvimento: uma conta que não fecha. Dossiê acerca do impacto da terceirização sobre os trabalhadores e propostas para garantir a igualdade de direitos. São Paulo: Central Única dos Trabalhadores, 2014. Disponível em: <<https://www.cut.org.br/system/uploads/ck/files/Dossie-Terceirizacao-e-Desenvolvimento.pdf>>. Acesso em: 04.jun.2019.

DRUCK, Maria da Graça. Terceirização: (des)fordizando a fábrica: um estudo do complexo petroquímico. Salvador: EDUFBA, 1999.

FRANÇA. *Code du Travail*. 2019. Disponível em: <<https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006072050&dateTexte=vig>>. Acesso em: 14.mai.2019.

GIOSA, Lívio Antonio. Terceirização: uma abordagem estratégica. 5. ed. São Paulo: Pioneira, 1997.

LIMA, Maria Letícia Sousa Correia; ZAWISLAK, Paulo Antônio. A Produção enxuta como fator diferencial na capacidade de fornecimento de PMEs. **Revista Produção**. V.13, n.º 2, p.57-69, 2003. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0103-65132003000200006&script=sci_abstract&tlng=pt>. Acesso em: 11.mai.2019.

LIKER, Jeffrey K. O modelo Toyota: 14 princípios de gestão do maior fabricante do mundo. Porto Alegre: Bookman, 2007.

MANUS, Pedro Paulo Teixeira. O grupo econômico sob a ótica do Direito do Trabalho e da reforma trabalhista. 2018. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-jun-15/reflexoes-trabalhistas-grupo-economico-otica-reforma-trabalhista>>. Acesso em: 13.mai.2019

MARTINEZ, Luciano. Curso de direito do trabalho: relações individuais, sindicais e coletivas do trabalho. 9 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

MARTINS, Sergio Pinto. A terceirização e o direito do trabalho. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2000.

_____. Comentários à CLT. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

OLIVEIRA, Laura Machado de. Pejotização e a precarização das relações de emprego. **Revista Atitude**. V. 6, n.º 14, p. 25-32, jul./dez., 2013. Disponível em: <https://faculdadedombosco.net/wp-content/uploads/2016/05/1400625866_atitude14.pdf#page=25>. Acesso em: 16.jun.2019.

PALATIERI, Patrícia; CAMARGOS, Regina Coeli; IBARRA, Antonio; Adriana Marcolino. Terceirização e precarização das condições de trabalho: condições de trabalho e remuneração em atividades tipicamente terceirizadas e contratantes. In: Terceirização do Trabalho no Brasil: novas e distintas perspectivas para o debate. Org. CAMPOS, André Gambier. Brasília: Ipea, 2018.

PINTO, Geraldo Augusto. O toyotismo e a mercantilização do trabalho na indústria automotiva do Brasil. **Caderno CRH**. V. 25, n.º 66, p. 535-552, set./dez., 2012. Disponível em: <<https://portalseer.ufba.br/index.php/crh/issue/view/1336/showToc>>. Acesso em: 11.mai.2019.

QUEIROZ, Luana Marina Lima de. Legalidade da terceirização da atividade-fim e a responsabilidade solidária do tomador de serviços nos acidentes de trabalho. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/70960/legalidade-da-terceirizacao-da-atividade-fim-e-a-responsabilidade-solidaria-do-tomador-de-servicos-nos-acidentes-de-trabalho>>. Acesso em: 18.mai.2019.

REBELO, André Marques; MOREIRA, Guilherme Renato Caldo; LOPES, Guilherme Byrro; COURA, Eduardo Batista. Terceirização: o que os dados revelam sobre a remuneração, jornada e acidentes de trabalho. In: Terceirização do Trabalho no Brasil: novas e distintas perspectivas para o debate. Org. CAMPOS, André Gambier. Brasília: Ipea, 2018.

ROCHA, Euclides Alcides. Prestação de serviços por empresas – Terceirização. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região**. V. 20, n.º 1, p. 51-60, jan./dez, 1995. Disponível em: <https://www.trt9.jus.br/portal/pagina.xhtml?secao=31&pagina=Revista_20_1995>. Acesso em: 14.mai.2019.

SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988. 4. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SILVA, Ciro Pereira da. A terceirização responsável: modernidade e modismo. São Paulo: LTr, 1997.

SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 37. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2014.

STF. Pleno – Iniciado julgamento sobre terceirização de atividade-fim (1/2). 2018a. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=mAu9RL42_0M&t>. Acesso em: 18.mar.2019.

_____. Pleno – Iniciado julgamento sobre terceirização de atividade-fim (2/2). 2018b. Disponível em: < <https://www.youtube.com/watch?v=1BwmFmAFGNc&t>>. Acesso em: 18.mar.2019.

_____. Pleno – Retomado julgamento sobre terceirização (1/2). 2018c. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=t-QMW5Shaz0>>. Acesso em: 19.mar.2019.

_____. Pleno – Retomado julgamento sobre terceirização (2/2). 2018d. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=vP__iTpKp1A>. Acesso em: 19.mar.2019.

_____. Pleno – Mais cinco ministros votam em ações sobre terceirização de atividade-fim (1/2). 2018e. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=3pF2yIEMA6I&t>>. Acesso em: 20.mar.2019.

_____. Pleno – Mais cinco ministros votam em ações sobre terceirização de atividade-fim (2/2). 2018f. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=Ckt2l49-orM>>. Acesso em: 21.mar.2019.

_____. Pleno – Julgamento de terceirização de atividade-fim prossegue. 2018g. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=S8U5net8su0&t>>. Acesso em: 22.mar.2019.

_____. Pleno – STF decide que é lícita a terceirização em todas as atividades empresariais. 2018h. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=YsspbT5YsOw&t>>. Acesso em: 25.mar.2019.

TAVARES, André Ramos. Direito Constitucional Econômico. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

_____. Curso de Direito Constitucional. 16. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

VIANA, Márcio Túlio. A terceirização revistada: algumas críticas e sugestões para um novo tratamento da matéria. **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**. V. 78, n.º 4, p. 198-224, out./dez., 2012. Disponível em: <<https://juslaboris.tst.jus.br/handle/20.500.12178/35819> >. Acesso em: 14.mai.2019.

WANDELLI, Leonardo Vieira. In: Comentários à Constituição do Brasil. 2. ed. Coord. CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lênio Luiz. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.