XXVIII ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI GOIÂNIA – GO

EFICÁCIA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES DO TRABALHO, SOCIAIS E EMPRESARIAIS

CLAUDIO JANNOTTI DA ROCHA

EDINILSON DONISETE MACHADO

CARLA REITA FARIA LEAL

Copyright © 2019 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina
Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG – Minas Gerais
Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS – Sergipe
Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul
Secretário Executivo - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - Unimar/Uninove – São Paulo

Representante Discente – FEPODI
Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo

Conselho Fiscal:
Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro Prof. Dr.
Aires José Rover - UFSC – Santa Catarina
Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP – São Paulo
Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF – Distrito Federal (suplente)
Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP – São Paulo (suplente)

Secretarias:
Relações Institucionais
Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - IMED – Santa Catarina
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR – Ceará
Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM– Distrito Federal
Relações Internacionais para o Continente Americano
Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG – Goías
Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia
Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão
Relações Internacionais para os demais Continentes
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná
Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo
Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB – Paraíba

Eventos:
Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch (UFSM – Rio Grande do Sul) Prof. Dr.
José Filomeno de Moraes Filho (Unifor – Ceará)
Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta (Fumec – Minas Gerais)

Comunicação:
Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro (UNOESC – Santa Catarina
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho (UPF/Univali – Rio Grande do Sul Prof. Dr. Caio
Augusto Souza Lara (ESDHC – Minas Gerais

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP – Pernambuco

E27

Eficácia de direitos fundamentais nas relações do trabalho, sociais e empresariais [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UFG / PPGDP

Coordenadores: Claudio Jannotti Da Rocha

Edinilson Donisete Machado

Carla Reita Faria Leal – Florianópolis: CONPEDI, 2019.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-775-5
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Constitucionalismo Crítico, Políticas Públicas e Desenvolvimento Inclusivo

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. XXVIII Encontro Nacional do CONPEDI (28 : 2019 : Goiânia, Brasil).

CDU: 34



Conselho Nacional de Pesquisa
Univeridade Ferderal de Goiás e Programa
ePós-Graduação em Direito Florianópolis

Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br





de Pós Graduação em Direito e Políticas Públicas
Goiânia - Goiás
https://www.ufg.br/

XXVIII ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI GOIÂNIA – GO

EFICÁCIA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES DO TRABALHO, SOCIAIS E EMPRESARIAIS

Apresentação

Grupo de Trabalho: “Eficácia de Direitos Fundamentais nas Relações do Trabalho, Sociais e Empresariais.”

O XXVIII Encontro Nacional do CONPEDI realizado em Goiânia nos dias 19, 20 e 21 de junho, teve como tema “Constitucionalismo Crítico, Políticas Públicas e Desenvolvimento Inclusivo”, com a divisão dos já tradicionais Grupo de Trabalho.

No GT foram apresentadas pesquisas desenvolvidas em mais de 15 Programas de Mestrado e Doutorado do Brasil, com artigos selecionados por meio de avaliação por pares, objetivando a melhor qualidade e a imparcialidade na divulgação do conhecimento e formação do estado da arte na área da eficácia de direitos fundamentais nas relações do trabalho, sociais e empresariais.

Valorosas contribuições teóricas e relevantes inserções na realidade brasileira emanam da reflexão trazida pelos professores, mestres, doutores e acadêmicos de todo o Brasil. Os artigos mostram um pouco do constitucionalismo crítico, das políticas públicas e desenvolvimento Inclusivo, com suas implicações na ordem jurídica brasileira, na contemporaneidade, em especial nos Direitos Sociais.

Foram apresentadas nesse Grupo de Trabalho pesquisas e abordagens, sobre a reforma trabalhista, em especial, sua repercussão na atual sociedade brasileira, com temas como: Desconstrução do Estado Democrático de direito promovido pela reforma trabalhista: a violação dos direitos fundamentais; Direitos de personalidade do trabalhador e limites do poder diretivo do empregador: o balancing test como técnica de ponderação; O trabalho análogo ao de escravo como violação à função social do contrato de trabalho; Extinção do contrato de trabalho por ato da autoridade pública que obsta continuidade empresarial em decorrência de desapropriação no Brasil, Argentina e Espanha; Estágio supervisionado e a precarização do trabalho: Releitura dos projetos pedagógicos dos cursos da área de públicas sob a ótica da lei do estágio; Empregabilidade das pessoas com deficiência: avanços e perspectivas; O ensino à distância e a proteção do meio ambiente do trabalho dos docentes como teletrabalhadores; Da declaração de constitucionalidade da terceirização trabalhista e seus reflexos na saúde do trabalhador; O desvalor social do trabalho: a liberdade sem limites

de contratar decorrente das reformas trabalhistas; A reforma trabalhista e os diretos da personalidade; desqualificadas: assim se explica a falta de trabalho para as pessoas com deficiência; Projeto de lei 4.742/2001: uma tutela jurídica ao meio ambiente de trabalho psicologicamente equilibrado; A sociedade de risco e os desastres ambientais: análise das indenizações dos acidentes de trabalho em rompimentos de barragens frente à reforma trabalhista; Desemprego, deterioração do emprego subordinado, empreendedorismo individual e cooperativismo; Regime constitucional do emprego socialmente protegido: terceirização ilícita no novo marco regulatório; O direito ao trabalho sob a perspectiva da reinserção do trabalhador acidentado; O cooperativismo como possibilidade de inclusão social através do trabalho; Teletrabalho, um mundo em transformação; O desmonte dos direitos dos trabalhadores após a redemocratização no brasil; Dano existencial e relação de trabalho: reflexão para efetivação de direitos.

Assim, como foi seguramente um momento ímpar a Coordenação do GT, organizando a apresentação dos trabalhos, acreditamos que tem valor científico positivo, ao leitor ou leitora, a experiência de aprofundar o pensamento daqueles que souberam cativar para este momento, o solitário momento da leitura e da meditação, para colocar à prova as várias teses defendidas no CONPEDI em Goiânia-GO o de 2019.

Divulgar a produção científica colaborativa socializa o conhecimento e oferece à sociedade nacional e internacional o estado da arte do pensamento jurídico contemporâneo aferido nos vários centros de excelência que contribuíram no desenvolvimento pessoal e profissional dos autores e autoras do Grupo do Trabalho.

Por fim, nossos agradecimentos ao CONPEDI pela honra a que fomos laureados ao coordenar o GT e agora, pela redação do Prefácio, que possui a marca indelével do esmero, da dedicação e o enfrentamento a todas as dificuldades que demandam uma publicação de qualidade como o presente.

Goiânia, junho de 2019.

Coordenadores:

Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM

Prof. Dra. Carla Reita Faria Leal - UFMT

Prof. Dr. Cláudio Jannotti da Rocha - PUC/Minas

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals, conforme previsto no artigo 8.1 do edital do evento. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

REGIME CONSTITUCIONAL DO EMPREGO SOCIALMENTE PROTEGIDO: TERCEIRIZAÇÃO ILÍCITA NO NOVO MARCO REGULATÓRIO

CONSTITUCIONAL REGIME OF SOCIALLY GUARANTEED EMPLOYMENT: OUTSOURCING UNLAWFUL IN THE NEW REGULATORY FRAMEWORK

Andréia Garcia Martin [1]
Marcelo Braghini [2]

Resumo

O marco regulatório da terceirização no Brasil chega ao seu ápice com as Leis 13.429/17 e 13.467/17, originário da Reforma Trabalhista (2017), sob a bandeira de garantir maior segurança jurídica nas relações trabalhistas, diverge do posicionamento do TST, evidenciado pela Súmula n.331, que prevê lícita a terceirização para atividades-meio. Esta pesquisa problematiza a permissão legal, também ratificada pelo STF, (ADPF n.324 e RE n.958.252), declarando lícita qualquer terceirização, antecipando posicionamento quanto à constitucionalidade da atividade-fim terceirizada na nova lei. Vislumbrando o Regime Constitucional do Emprego Socialmente Garantido devem ser considerados os princípios constitucionais e infraconstitucionais evitando-se abusos pela reprimenda Judicial.

Palavras-chave: Regime constitucional do emprego socialmente garantido, Reforma trabalhista, Terceirização, Atividade-fim, Ilicitude

Abstract/Resumen/Résumé

The regulatory framework for outsourcing in Brazil for the Laws 13,429 / 17 and 13,467 / 17, from the Labor Reform (2017), under the banner of guaranteeing greater legal security in labor relations, diverges from the position of the TST, evidenced by Summary n.331, which provides for lawful outsourcing for middle-activity. This research ratified by the STF, (ADPF n.324 and RE n.958.252), declaring any outsourcing legal, anticipating positioning regarding the constitutionality of the outsourced end-activity in the law. By looking at the Constitutional Regime of Socially Guaranteed Employment, constitutional and infraconstitutional principles must be considered, avoiding abuse by judicial reprimand.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Constitutional regime of socially guaranteed employment, Labor reform, Outsourcing, Activity-end, Unlawfulness

[1] Doutora em Direito Constituicional PUC/SP. Mestra em Direito pela ITE-Bauru/SP. Docente Universitária dos Cursos de Direito da UEMG-Frutal e IMES/FAFICA- Catanduva/SP. Advogada.

[2] Mestre em Direito pela UNAERP, Professor de Direito do Trabalho da UEMG e UNAERP, Advogado, e autor do livro: “Reforma Trabalhista: flexibilização das normas socais do trabalho”, LTr, 2017.

INTRODUÇÃO

A contextualização atual do direito do trabalho denota a necessidade de novas soluções para uma regulamentação mais eficiente da relação de poder estabelecida entre capital e trabalho. Tal contexto, deve-se, em especial, pela crescente e inexorável informalidade do mercado do trabalho, pela crise de identidade vivenciada pelos Sindicatos, vez que não há articulação institucional capaz de reverter os níveis de ocupação que decorrem do desemprego estrutural – sem deixar de considerar um movimento tecnológico sem precedentes com profundos reflexos nas estruturas econômicas tradicionais –, bem como os modelos de negócios que tradicionalmente sempre empregaram grandes contingentes de trabalhadores, e que passam a estar com os dias contados, dentro da dinâmica apresentada por uma economia disruptiva no contexto de uma 4ª Revolução Industrial.

No plano político, com o fim da Guerra Fria, representada pela simbologia por detrás da queda do muro de Berlim, não há mais a polarização ideológica entre o socialismo e o capitalismo, a inviabilidade prática do primeiro o relegou ao campo da utopia, e o segundo passa a estar renovado pela vertente neoliberal, diante dos desequilíbrios orçamentários provocados pelo Estado Social (*Welfare State*). Motivo pelo qual se reforça a tese de desregulamentação no sentido da desarticulação do direito do trabalho, discutindo-se a necessidade de Estado suficientemente forte para fazer prevalecer os direitos mínimos de proteção do trabalho, atrelados à fundamentalidade principiológica e valorativa construídos ao entorno da dignidade da pessoa humana, sem descuidar da força normativa dos princípios constitucionais.

Todavia, não devemos nos olvidar da perspectiva histórica responsável pela construção do nosso atual modelo de proteção social, refletir a respeito dos erros e acertos, e compreender o próprio processo cultural responsável pela construção de nosso tecido socia. Ora, eis que, não há fórmula mágica a ser imposta por organismos internacionais dentro da perspectiva neoliberal do consenso de *Washington* (equilíbrio orçamentário, direito do trabalho mínimo, privatizações, regimes previdenciários auto-sustentáveis etc). Neste sentido, devemos ser intérpretes capazes de assegurar à Reforma Trabalhista, norma jurídica a ser extraída do texto prescritivo e frio da lei, uma justa compatibilidade com a efetividade dos direitos fundamentais de segunda dimensão, em especial pela visão pós-positivista, bem como captar a essência da reforma do Código Civil de 2.002, admitindo a construção doutrinária do

Direito Civil Constitucional, uma vez que a guinada promovida nesta seara do direito esteve sustentada nos preceitos da: eticidade, socialidade e operabilidade.

Em nossa ótica, uma reforma trabalhista consistente deve reafirmar os valores essenciais presentes no *caput* do art. 170 da CF/88, preservando na ordem econômica as dimensões do capitalismo idealizado no contexto do Estado Social, percepções admitidas no sentido de que a ação interventiva do Estado na seara da livre iniciativa deve ir até o ponto de resguardar as condições mínimas de trabalho digno. Ademias, pelo viés do moderno Direito Econômico, devemos abandonar por completo a visão obtusa de que um progresso social represente um obstáculo, um entrave ao desenvolvimento econômico, devemos admitir o avanço deste, sem o preço de anularmos o primeiro.

Estas são as diretrizes do modelo constitucional a ser preservado: *"a ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos a existência digna, conforme os ditames da justiça social..."* (art. 170, CF/88) (grifo nosso).

A presente pesquisa adota como tipo de raciocínio dedutivo, tendo em vista que nos pautaremos na previsão legal, especificamente na Lei da Reforma Trabalhista, para a construção de sua aplicação em casos específicos, com o objetivo de fomentar a preservação do regime constitucional do emprego socialmente protegido. Para isso, nos valeremos dos tipos de pesquisa bibliográfica e documental.

1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA TERCEIRIZAÇÃO

A partir de 1914, após a 1ª Guerra Mundial, passamos a identificar a 2ª revolução industrial, com ganhos de escala e produtividade no setor industrial, suplantando os efeitos da mera divisão do trabalho com a adoção da linha de produção, eis que até o começo do século XX a atividade industrial era dominada pelos métodos artesanais. Houve um novo salto de inovação promovida por Henry Ford fundador da *Ford Motor Company*, criador da linha de montagem móvel que viria a estabelecer um novel e universal padrão dos processos produtivos, com reflexos na regulamentação trabalhista em todo o mundo, realidade sintetizada na expressão Fordismo.

Para Antonio Cesar Amaru Maximiano (2009, p. 56), é possível observar no ambiente empresarial Americano um crescente movimento de aumento de eficiência dos processos de produção de empresas como *Ford, General Motors, Goodyer e General Eletric*, alcançando um patamar superior àquele já estabelecido no transcorrer da Revolução Industrial

do século XVIII ocorrida na Inglaterra, representado pela busca incessante do aumento da eficiência dos trabalhadores através da racionalização do trabalho, e dentre os resultados apresentados por Frederick Winslow Taylor está o pagamento de altos salários atrelados a custo reduzido de produção, podendo ser este alcançado pela definição dos melhores meios de execução das tarefas, o que poderia ser representado pela padronização dos movimentos.

Em linhas gerais, a racionalização do trabalho é uma técnica específica, a partir da qual se pretende o aumento da eficiência por meio da simplificação dos movimentos e minimização do tempo necessário para a execução de determinada tarefa produtiva, sistemática adotada de modo a permitir o seu constante aprimoramento, promovendo alterações mais racionais e eficientes, fórmulas encontradas *downsize* do Toyotismo, com a eliminação de estoques pelo método do *Just-in-time*.

Valemos da análise de Dorothee Susanne Rüdiger (1999, p. 22-25) sobre o contexto da 2ª Revolução Industrial, um quadro de inovações efetuadas pelo modelo de administração empresarial *'toyotista'* distinto do já disseminado modelo *'fordista'*, este último caracterizado pela produção em larga escala para o mercado, os produtos são fabricados numa linha de montagem em unidades fabris concentradas que, por sua vez, juntam muitos trabalhadores em torno de uma produção fragmentada, porém coletiva, existindo um rigoroso controle de tempo e uma hierarquia rígida que garante a separação funcional entre a concepção e a execução das diversas tarefas.

Por outro lado, a unidade produtiva *'toyotista'* trabalha no sentido inverso, a produção é adaptada à demanda de mercado, o consumo determina a produção e não o contrário, as demandas do mercado são individualizadas e só se repõe o produto após a sua constatação. Esse sistema exige uma produção flexível, uma organização do trabalho que aproveite ao máximo o tempo dos trabalhadores disponíveis, para tanto, a mão-de-obra fixa da empresa deve ser polivalente e organizada de maneira horizontal para que possa planejar e executar diversas tarefas na hora em que estas se fazem necessárias. Além dessa mão-de-obra fixa polivalente, a empresa contrata, conforme a demanda do mercado, trabalhadores de empresas prestadoras de serviços ou então empresas fornecedoras que complementam sua atividade, de acordo com suas necessidades e expectativas.

Mas não devemos deixar de registrar que estes caminhos são, por vezes, deveras tortuosos, segundo o Diretor Geral da Organização Internacional do Trabalho Juan Somovia, em Conferência realizada em1999, em que consta: *"Os métodos de trabalho mais flexíveis, os recursos cada vez mais freqüentes à subcontratação (terceirização) e ao trabalho em regime de tempo parcial dificultam a organização dos trabalhadores para defenderem os seus*

próprios interesses" (OIT, 1999), fragilizando ainda mais a articulação da atuação Sindical, em prol de melhores condições de trabalho.

Tal conjuntura internacional propiciou o fomento e a adoção indiscriminada no meio corporativo dos processos de terceirização da atividade econômica, havendo na aplicação do processo no Brasil uma percepção contrária a propalada eficiência econômica. Neste sentido, Paulo Teixeira Manus (2018), ex-ministro do Tribunal Superior do Trabalho, reconhece que a visão negativa da terceirização pelos Juízes do Trabalho de um modo geral, decorre de sua má concepção no setor sucroalcooleiro do interior de São Paulo, com a intenção deliberada da redução dos custos de produção por meio da precarização das condições de trabalho[1], não raras vezes os bóias-frias foram flagrados pela fiscalização do trabalho em condições análogas a de escravo.

O processo que culmina com a liberação da terceirização da atividade-fim no Brasil teve início com os debates ocorridos no transcorrer da Assembleia Nacional Constituinte de 1987, momento histórico cujo marco regulatório restringia-se ao Enunciado nº 256 do TST[2] diante do vácuo legislativo existente, restringindo as hipóteses de contrato de prestação de serviços a terceiros àqueles disciplinados nas Leis nº 6.019/74 (Redação Original) e 7.102/83, que tratam respectivamente do contrato temporário e dos serviços de vigilância.

Com tinturas neoliberalizantes o Presidente Fernando Henrique Cardoso (FHC), solicitou ao Ministério do Trabalho e Emprego, que tinha a época como Secretário Executivo Antônio Anastasia, a apresentação do Projeto de Lei nº 4.302/98 propondo alterações na Lei do Contrato de Trabalho Temporário, durante as discussões nas Casas do Congresso Nacional, o Ministro Presidente do TST à época, Almir Pazzianotto, defendia a liberação da terceirização da atividade-fim, com a contrapartida da responsabilidade solidária do tomador do serviço.

Diante da pressão exercida pelo movimento sindical, o Deputado Sandro Mabel apresenta novo projeto de lei a respeito da temática da terceirização, Projeto de Lei nº

[1] A lógica perversa da exigência crescente de produtividade, passando pela terceirização como instrumento à modernização dos negócios em áreas estratégicas da empresa, pode ser sintetizada através de um provérbio africano, afixado em fábrica chinesa, por um gerente com formação nos EUA: "Todos os dias de manhã, na África, o antílope desperta. Ele sabe que terá que correr mais rápido que o mais rápido dos leões, para não ser morto. Todos os dias pela manhã, o leão desperta. Ele sabe que terá de correr mais rápido que o antílope mais lento, para não morrer de fome. Não interessa que bicho você é, se leão ou antílope. Quando amanhecer, é melhor começar a correr". (FRIEDMAN, 2014, p. 72).

[2] Enunciado nº 256 do TST. CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LEGALIDADE. Salvo os casos de trabalho temporário e de serviço de vigilância, previstos nas Leis nºs 6.019, de 03.01.1974, e 7.102, de 20.06.1983, é ilegal a contratação de trabalhadores por empresa interposta, formando-se o vínculo empregatício diretamente com o tomador dos serviços. (Cancelada).

4.330/04[3] (PLC nº 30/15 no Senado Federal), contudo, houve a opção pela retomada do Projeto anterior, cuja aprovação culminou na Lei nº 13.429/17. Até então no Brasil, diante da completa ausência de regulamentação e pelo fato da terceirização ser identificada como sinônimo de precarização das condições de trabalho, o TST através da Súmula 331[4] regulamentou a matéria de modo a tornar ilegal a contratação por empresa interposta.

Assim, promoveu-se a formação do vínculo de emprego diretamente com o tomador, exceto na hipótese do trabalho temporário (item I) e na hipótese da "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 a atividade-meio do tomador, desde que inexistente a pessoalidade e a subordinação direta" (item III), resguardando os direitos do trabalhador ao prever a responsabilidade subsidiária do tomador do serviço (item IV), com base no risco integral da atividade desenvolvida pelo tomador, aplicação do art. 2º da CLT. Encontramos regra semelhante àquela aplicada no contexto do poder público, desde que evidenciada a culpa quanto à fiscalização ineficiente, independentemente do inadimplemento relacionado com a empresa de prestação dos serviços. A partir destes parâmetros criou-se no Brasil o conceito de terceirização lícita e ilícita por fonte jurisprudencial.

Todavia, a ausência de lei delimitando os limites e alcance da terceirização sempre foi reconhecida como fonte de insegurança jurídica, notadamente pelo fato de inexistir parâmetros objetivos e claros para a delimitação dos contornos da atividade-fim, havendo na jurisprudência diversos posicionamentos conflitantes, sempre a depender do modo de

[3] Por meio da tramitação do Projeto de Lei nº 4.330/04, de relatoria do Deputado Sandro Mabel, pretendia-se autorizar a terceirização da atividade fim, desde que presentes os conceitos dos serviços determinados e específicos (art. 4º), sem o reconhecimento do vínculo de emprego entre os trabalhadores e sócios da empresa de prestação de serviços com a empresa contratante, a tomadora de serviços (art. 2º, § 2º), com a responsabilidade meramente subsidiária desta última (art. 10). Posteriormente, foi convertido no Projeto de Lei nº 30/15, de relatoria do Senador Paulo Paim.

[4] Súmula nº 331 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 ge-ra vínculo de emprego com os órgãos da Administração Pública direta, indireta ou fundacional (art. 37, II, da CF/1988). III - Não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância (Lei nº 7.102, de 20.06.1983) e de conservação e limpeza, bem como a de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistente a pessoalidade e a subordinação direta. IV - O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços quanto àquelas obrigações, desde que haja participado da relação processual e conste também do título executivo judicial. V - Os entes integrantes da Administração Pública direta e indireta respondem subsidiariamente, nas mesmas condições do item IV, caso evidenciada a sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei n.º 8.666, de 21.06.1993, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora. A aludida responsabilidade não decorre de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada. VI - A responsabilidade subsidiária do tomador de serviços abrange todas as verbas decorrentes da condenação referentes ao período da prestação laboral.

organização empresarial, e com a nova lei fica evidente a intenção do legislador em trazer maior segurança jurídica às relações de trabalho no contexto da terceirização, e pelo açodamento da promulgação da Lei nº 13.429/17, o objetivo não foi alcançado pela omissão em alguns casos, e imprecisão técnica dos termos utilizados, tendo sido feito alguns ajustes através da promulgação da Lei nº 13.467/17.

Houve tentativas isoladas de introduzir a autorização da terceirização da atividade-fim em alguns ramos de atividade, através de lei especial, que não foram reconhecidas pela jurisprudência majoritária do TST, como o caso da Lei nº 9.472/97 que trata da lei geral de telecomunicações, autorizando no art. 94, inciso II[5], a contratação de terceiros para a realização de *"atividades inerentes"*.

De qualquer forma, a questão ideológica perfilhada por de trás da discussão parlamentar está destacada na própria exposição de motivos do Projeto de Lei nº 4.330/04 que revela a necessidade premente da reformulação da legislação no Brasil, quanto a este procedimento de terceirização de parcela das atividades da empresa, de forma segmentada e específica, atendendo os anseios da empresa moderna em um ambiente empresarial de extrema competição, permitindo a reformulação da organização do trabalho, nos moldes até então conhecidos, para que possa estar em consonância com os conceitos modernos de administração e gestão, no que seja pertinente da organização da própria produção. Requisito formal, ligado a própria ideia de licitude da terceirização, exigindo a contratação de serviço delimitado no objeto do contrato de prestação por terceiro, sempre quando houve compatibilidade com o objeto social da empresa contratada, disposição legal lacônica sem conteúdo regulatório restritivo, não havendo critérios claros para a definição da especialização exigida em lei, traço característico da Lei nº 13.429/17, arrefecido pelas disposições genéricas da Lei nº 13.467/17.

2 MARCO REGULATÓRIO DA TERCEIRIZAÇÃO

A regulamentação da terceirização no Brasil acontece com a promulgação da Lei nº 13.429/17, posteriormente complementada pela Lei nº 13.467/17, que segundo a doutrina de Amauri Mascaro Nascimento (2011, p. 236), o fenômeno estruturalmente representa a *"contratação, por uma empresa, de terceiro, pessoa física ou jurídica, para desempenhar parte de suas atividades"*, uma espécie de subcontratação da produção e dos serviços,

[5] Art. 94. No cumprimento de seus deveres, a concessionária poderá, observadas as condições e limites estabelecidos pela Agência: [...] II - contratar com terceiros o desenvolvimento de atividades inerentes, acessórias ou complementares ao serviço, bem como a implementação de projetos associados.

desenvolvida através de uma relação triangular, sem os traços de mera intermediação de mão de obra[6], exigir-se-á a transferência da execução do serviço pela fragmentação da atividade econômica principal da empresa contratante, a ser exercido por terceiro, empresa de prestação de serviço, de forma autônoma e independente, sem a intervenção nas diretrizes empregatícias dos prepostos da contratante, interferindo cotidianamente no modo da execução do serviço.

Atendendo ao argumento da necessidade da especialização dos serviços, a nova lei, inicialmente, passou a admitir a terceirização de serviços determinados e específicos, conforme disciplinado na redação do art. 4º-A e seguintes da Lei nº 6.019/74, acrescentada pela Lei nº 13.429/17[7], razão pela qual tinha sido supostamente autorizada à terceirização da atividade fim no Brasil desde que relacionada aos serviços determinados e específicos previstos em contrato escrito, com a vedação expressa ao desvio de função daqueles empregados terceirizados, suas atividades restringir-se-ão aquelas discriminadas no contrato em questão, observada, inclusive, a especialidade da empresa prestadora do serviço.

Referido conceito foi abandonado pela alteração legislativa promovida pela Lei nº 13.467/17, mas subsiste sua carga hermenêutica diante da representatividade do elemento indispensável à transferência segmentada do serviço, ao prestador, do conjunto de atividades que compõe o objeto social explorado pela tomadora, uma terceirização global a uma única empresa seria inviabilizada pela própria existência de qualquer lastro jurídico de legitimação da operação empresarial, ou ainda, por ausência da substancialidade que decorre da teoria da empresa albergada pelo art. 966 do CC: *"*considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços". Neste sentido, caberá ao empresário a articulação dos fatores de produção no desenvolvimento da atividade econômica organizada, com destaque para a mão de obra que lhe seja indispensável para a realização do objeto social explorado.

Durante a tramitação do Projeto de Lei no Congresso Nacional, fica evidente nas palavras do Relator, que para o atendimento do critério da especialização é suficiente delimitar o *"foco da empresa contratada"* em determinado segmento da atividade econômica explorada, sem a necessidade efetiva da contratação de pessoal técnico vinculado a profissão regulamentada, suficiente o objeto social único, empresa devidamente constituída com o intuito da prestação de um determinado tipo de serviço. A exigência de capital social mínimo

---

[6] Contingenciada pelo fato da Convenção da Filadélfia de 1944, refundação da OIT, vedar a utilização do trabalho humano como mercadoria.

[7] 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.

das empresas de intermediação de mão-de-obra consiste em um pretenso obstáculo a disseminação da "pejotização" no Brasil, roupagem de pessoa jurídica por um dos pólos da relação contratual, com a intenção deliberada de dissimular legítima relação de emprego, pela prestação do serviço com traços de pessoalidade.

Luiz Carlos Amorim Robortella (1994, p. 240), na obra *"O Moderno Direito do Trabalho"*, reconhece, sob o aspecto jurídico, os traços elementares da subcontratação, para o autor a: *"subcontratação dá origem a uma parceria entre empresas, cada qual especializada em determinada atividade, direta ou indiretamente ligada ao ciclo produtivo, com seus próprios empregados ou prestadores de serviços, sem qualquer relação subordinante entre elas, mas como divisão e definição de responsabilidades. Da mesma forma, os empregados da empresa contratada não se sujeitam ao poder de comando da empresa contratante"*.

Esses elementos essenciais foram devidamente captados pelo Enunciado nº 93 da 2ª Jornada de Direito e Processo do Trabalho a exigir a efetiva transferência da atividade, reconhecida através da pressuposição de sua *"autonomia formal, administrativa, organizacional, finalística e operacional da empresa contratada, à qual cabe exercer com exclusividade o controle do processo de produção da atividade, sem interferência da contratante, mera credora do serviço como resultado útil, pronto e acabado"*. (ANAMATRA, 2017, p. 47).

Ademais, o Enunciado nº 94 da 2ª Jornada de Direito do Trabalho e Processo trata igualmente da autonomia da empresa de prestação de serviço na execução do serviço, transferência que corresponde ao objeto contratual, exercendo esta com exclusividade a direção da prestação do serviço, permitindo o reconhecimento da subordinação estrutural, pela prevalência do princípio da primazia da realidade (art. 9º da CLT). (ANAMATRA, 2017, p. 47).

Este posicionamento a respeito da segregação das atividades de cada uma das empresas vinculadas a processo de terceirização foi captado pelo texto da Súmula nº 96 do TRT da 12ª Região, vejamos:

> *CONTRATO DE FACÇÃO. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DA TOMADORA DOS SERVIÇOS. No contrato de facção, a tomadora dos serviços responde subsidiariamente pelos créditos trabalhistas devidos aos empregados da empresa prestadora, desde que verificada a ingerência na administração desta ou a exigência de exclusividade.* (BRASIL, ...) (grifo nosso)

Desconsiderada a situação de ilegalidade, seja perante a sistemática da Súmula ou diante do novo marco regulatório da terceirização, ter-se-á apenas a responsabilidade subsidiária do tomador de serviço no contexto de terceirização regular, pelos eventuais

créditos trabalhistas decorrentes do contrato de trabalho, desde que participe do titulo executivo judicial (previsão do item IV, da Súmula nº 331, do TST), e por força do art. 4º-A e seguintes da Lei nº 6.019/74, nova redação pela Lei nº 13.429/17, que prevê no § 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"*.

A responsabilidade subsidiária do tomador do serviço decorre do próprio art. 2º da CLT, o mesmo não pode se eximir, ou repassar a terceiro, o risco da atividade que lhe é inerente, ainda que tenha feito a opção por terceirizar parcela de suas atividades empresariais, com a finalidade de alcançar maior produtividade e eficiência econômica.

3 REGIME CONSTITUCIONAL DO EMPREGO SOCIALMENTE GARANTIDO

Diante da ausência de legislação regulamentando a terceirização no Brasil, e pela construção jurisprudencial do TST através da edição da Súmula nº 331 do TST, sempre houve a discussão a respeito da possibilidade da terceirização da atividade fim, e antes mesmo do novo marco regulatório, referida possibilidade foi objeto de apreciação no STF.

Neste sentido, por meio do ARE nº 713.211 de relatoria do Ministro Luiz Fux, e ADPF nº 324 de relatoria do Ministro Luiz Roberto Barroso, nestes processos discutiu-se a validade da Súmula nº 331 do TST, sendo que a legalidade da terceirização da atividade fim tem por fundamento o princípio da livre iniciativa (art. 170 da CF), linha central da ordem econômica reconhecida no texto Constitucional, conjugado com o não menos fundamental princípio da legalidade, segundo o qual a ninguém é dado a fazer ou deixar de fazer algo sem previsão legal (art. 5º, II, da CF), até porque, o contrato de prestação de serviços que tenha por objeto a transferência da execução dos serviços a terceiro pode alcançar qualquer atividade lícita, aplicação do art. 104, II c/c art. 594 do CC[8], este último admite, literalmente, a contratação de qualquer *"espécie de serviço ou trabalho lícito"*, posicionamento de legalidade que prevaleceu no STF em julgamento proferido no segundo semestre de 2018.

Dentro desta linha de argumentação, a restrição das hipóteses de terceirização quanto à atividade meio do tomador do serviço, estaria por interferir na amplitude do direito fundamental de livre iniciativa, que tem por corolário direto a própria liberdade de contratar (art. 5º, II, da CF), esvaziando, por sua vez, a liberdade do empreendedor de organizar sua

[8] Art. 594. Toda a espécie de serviço ou trabalho lícito, material ou imaterial, pode ser contratada mediante retribuição.

própria atividade empresarial, dentro dos estreitos limites da legalidade, concebendo a organização dos fatores de produção segundo a concepção que lhe traga maior eficiência econômica.

Para Daniel Sarmento (2009, p. 209), ao dissertar sobre a teoria da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, não haveria a possibilidade da adoção da solução simplista ao transplantar o particular para a posição de sujeito passivo dos direitos fundamentais, equiparando o seu regime jurídico ao dos Poderes Públicos, neste caso, o indivíduo diversamente do Estado, é igualmente titular de direitos fundamentais, que àqueles se contrapõe, pois investido está no poder de autodeterminação dos seus interesses privados.

Para Leonardo Vizeu Figueiredo (2014, p. 73) o princípio da livre iniciativa impede que o Estado venha a restringir o exercício da atividade econômica, salvo nos casos indispensáveis de proteção do consumidor e da própria sociedade.

O mesmo deve ser considerado como corolário do liberalismo econômico de Adam Smith, devidamente mitigados pelos próprios textos constitucionais, havendo então, a liberdade de ingresso e exclusão do mercado, sem quaisquer interferências externas, e neste contexto, o Estado passa a atuar como agente normativo e regulador de sua Ordem Econômica.

Ainda pelo princípio da subsidiariedade, a intervenção Estatal somente se fará presente onde for necessária, havendo a autorregulação do mercado nos nichos da economia onde sua presença não se faça necessária.

Eis que, nas Constituições de cunho social, com destaque especial para a Constituição Federal de 1988, com maior inclinação intervencionista no domínio econômico (Social), ou mais comedida, reservando-lhe apenas a função reguladora, haverá a possibilidade de limitar o campo de atuação dos direitos e garantias individuais (aplicabilidade imediata) no plano infraconstitucional, quando evidenciado o interesse da coletividade.

Em outras palavras, não significa que o Estado não possa regular a atividade econômica, impondo requisitos para o seu exercício racional, uma interpretação sistemática a ser extraída do texto constitucional, de forma a garantir a efetividade das medidas tomadas no contexto do poder de polícia administrativa. Seria possível reconhecer a readaptação normativa das leis protetivas de acordo com a nova realidade econômica subjacente, contudo, sem importar em ruptura da estrutura socioeconômica vigente.

No julgamento da legalidade da terceirização da atividade fim no período anterior ao novo marco regulatório, foi aprovado pelo Supremo Tribunal Federal tese em sede de

repercussão geral: *"é licita 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"*. (BRASIL, 2018). (grifo nosso)

Nesta mesma linha de argumentação, estaríamos por fazer um prognóstico do resultado da ADIN nº 5735, ajuizada pelo Procurador Geral da República Rodrigo Janot, em 27 de junho de 2.017, questionando a inconstitucionalidade material da Lei nº 13.429/17, que trata da terceirização da atividade-fim, ressalta que a relação de emprego, opção do legislador constitucional quanto à fórmula preponderante para a gestão da força de trabalho no Brasil, e inserção do trabalhador no sistema produtivo. Esta lei demonstra, no contexto da triangulação da terceirização, uma profunda fragilidade jurídica e social, que diante da previsão no art. 7º, inciso I, da CF prescrevendo uma *"relação de emprego protegida"*, revela a intenção deliberada da precarização dos direitos trabalhistas.

Desta forma, a regra constitucional que deve ser analisada conjuntamente com o *caput* que enuncia a existência de um rol mínimo de direitos fundamentais, sem exclusão de outros que visem a *"melhoria de sua condição social"*, permitindo a progressividade da proteção social, o que a *contrário sensu* permite a conclusão a respeito da vedação do retrocesso social (princípio do não retrocesso social), tudo isso, sem negar a realidade histórico-cultural da construção da doutrina social ao longo do Século XX.

Contudo, entendemos que o conceito do *"Regime Constitucional do Emprego Socialmente Protegido"*, ainda que não inviabilize a possibilidade da terceirização da atividade fim, permite reforçar certos aspectos normativos da legislação infraconstitucional autorizante, para traçar limite de licitude e legalidade da possibilidade de transferência deste serviço.

4 ILICITUDE NA TERCEIRIZAÇÃO DA ATIVIDADE FIM

Utilizando-nos da carga hermenêutica e humanística do Regime Constitucional do Emprego Socialmente Protegido, expresso no art. 1º, III, da CF (dignidade da pessoa humana), art. 1º, IV, da CF (valor social do trabalho), art. 3º, I, da CF (solidariedade), função social da propriedade (art. 5º, XXIII c/c art. 170, III, da CF), Art. 7º, *caput*, da CF (não retrocesso social), art. 7º, I, da CF (relação de emprego protegida), e, art. 170, *caput*, da CF (valorização do trabalho humano e justiça social), podemos traçar as balizas de uma possível e

provável ilicitude da terceirização indiscriminada da tercerização da atividade fim, ao não ser observado o padrão normativo introduzido no sistema jurídico pátrio pelo novo marco regulatório sobre a matéria.

Em um primeiro plano, com a edição da Lei nº 13.429/17 a licitude da terceirização estava centrada em quatro pilares: (i) objeto social da empresa de prestação de serviço determinado e específico; (ii) objeto do contrato de prestação de serviço determinado e específico; (iii) compatibilidade entre as atividades descritas no objeto contratual e contrato social da contratada; e, (iv) não configuração do desvio de finalidade na execução do contrato, em respeito ao princípio do contrato realidade (art. 9º da CLT); requisitos indispensáveis para a inexistência do vínculo empregatício:

> 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 [...] § 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".

Não obstante sua revogação expressa pela Lei nº 13.467/17, entendemos que estes requisitos são indispensáveis a efetiva transferência da atividade, preenchendo o requisito inerente da substancialidade.

No segundo momento, e com as alterações promovidas pela Lei nº 13.467/17, a licitude (art. 104, II, do CC c/c art. 594 do CC) está vinculada com os elementos destacados pelo Enunciado nº 77 da 2ª Jornada de Direito e Processo do Trabalho, classificados da seguinte forma (art. 4º-A, da Lei nº 6.019/74), e a ausência destes requisitos, pela configuração da intermediação de mão-de-obra fora das hipóteses legais, reconhecida pelo princípio do contrato realidade (art. 9º da CLT), acarreta o reconhecimento do vínculo empregatício entre o empregado da empresa prestadora do serviço, com a tomadora, conforme segue.

(i) Transferência da execução do serviço: exigir-se-á a efetiva transferência da execução das atividades da tomadora para a prestadora, de acordo com as especificações contidas no objeto contratual, o contrato escrito continua a ser exigência de validade, vejamos o item do Enunciado nº 77 da 2ª Jornada de Direito e Processo do Trabalho:

> Terceirização: limites de legalidade. A validade do contrato de prestação de serviços previsto no artigo 4º-A da Lei 6.019/1974 sujeita-se ao cumprimento dos seguintes requisitos: I - efetiva transferência da execução de atividades a uma empresa prestadora de serviços, como objeto contratual (ANAMATRA, 2017, p. 47);

(ii) Execução autônoma da atividade transferida: sob pena de incorrer em ilicitude, através da intermediação de mão-de-obra não autorizada pela lei, a execução dos serviços pela empresa prestadora deverá ser realizada de forma autônoma e independente, nos

exatos limites do contrato de prestação dos serviços, para que não ocorra desvio de finalidade, e que seja preservada o aspecto hermenêutico indissociável da atividade determinada e específica, exigida pela própria delimitação da natureza contratual da avença, sendo expresso no item II do Enunciado nº 77 da 2ª Jornada de Direito e Processo do Trabalho que a validade do contrato de prestação de serviços dependerá da: "execução autônoma da atividade pela empresa prestadora, nos limites do contrato de prestação de serviço" (ANAMATRA, 2017, p. 47);

(iii) Capacidade econômica da empresa prestadora do serviço: a prática das relações laborais terceirizadas sempre evidenciou a tendência de precarização de direitos trabalhistas no contexto da terceirização, com a prestação de serviço recorrente por empresas não detentoras de capacidade econômica proporcional e compatível com o objeto social explorado, preocupação do próprio legislador ao exigir a subscrição e integralização de capital social compatível com a atividade empreendida pela prestadora, poder de barganha no plano político, com contornos jurídicos de legitimidade e licitude, após a promulgação da lei, como moeda de troca ao reconhecimento da terceirização da atividade-fim. Neste sentido o item III do Enunciado nº 77 da 2ª Jornada de Direito e Processo do Trabalho, aduz que a: *"[...] capacidade econômica da empresa prestadora, compatível com a execução do contrato"* (ANAMATRA, 2017, p. 47), e ainda no Enunciado nº 78 consta que:

> A capacidade econômica da empresa prestadora de serviços, compatível com a execução do contrato, nos termos do art. 4º-A da Lei 6.019/1974, deve ser aferida pela contratante no ato da contratação e no curso do contrato, e não se restringe à observância do capital social mínimo exigido pelo art. 4º-b, inciso III, que é requisito de funcionamento e que deve estar integralizado. Consiste, mais, na situação econômica positiva para cumprir todos os compromissos decorrentes da atividade contratada, pressupondo: (a) pactuação de preço do serviço compatível com os custos operacionais (comerciais, trabalhistas, previdenciários, tributários etc.); e (b) inexistência de passivo comercial, trabalhista, previdenciário e/ou fiscal, decorrente de outro(s) contrato(s), que constitua risco ao adimplemento contratual. (ANAMATRA, 2017, p. 48).

E por fim, o Enunciado nº 79:

> Terceirização: perda da capacidade econômica superveniente. A perda da capacidade econômica da empresa prestadora invalida o contrato de prestação de serviços e caracteriza vínculo de emprego entre os trabalhadores intermediados e a empresa contratante, caso a contratante não adote posturas para preservar o adimplemento contratual. (ANAMATRA, 2017, p. 48).

Inegavelmente, e pela força da aplicação do princípio da primazia da realidade do 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"*.

Tal princípio é estruturante do Direito do Trabalho e sequer foi alterado com a Reforma Trabalhista, pois, por se tratar de lei posterior deverá ser preservada, à medida que prevaleça a diretriz hermenêutica que compatibilize a reforma com o princípio em questão. A ausência de requisitos que permitem a configuração da intermediação ilícita de mão de obra, como a consequência jurídica do reconhecimento de vínculo de emprego entre os trabalhadores intermediados e a empresa tomadora do serviço, deverão ser declarados nulos.

Pelo padrão de julgamento apresentado pelo STF através da tese adotada na ADPF nº 324:

> *1. É lícita a terceirização de toda e qualquer atividade, meio ou fim, não se configurando relação de emprego entre a contratante e o empregado da contratada. 2. Na terceirização, compete à contratante: i) verificar a idoneidade e a capacidade econômica da terceirizada; e ii) responder subsidiariamente pelo descumprimento das normas trabalhistas, bem como por obrigações previdenciárias, na forma do art. 31 da Lei 8.212/1993, vencidos os Ministros Edson Fachin, Rosa Weber, Ricardo Lewandowski e Marco Aurélio. Nesta assentada, o Relator esclareceu que a presente decisão não afeta automaticamente os processos em relação aos quais tenha havido coisa julgada. Presidiu o julgamento a Ministra Cármen Lúcia. (*BRASIL, 2018). (grifo nosso)

Ademais, pela opção política que cabe ao próprio legislador, a partir da edição da Lei nº 13.467/17, não há como prevalecer o posicionamento adotado pela Anamatra (Associação Nacional dos Juízes do Trabalho) por meio do Enunciado nº 80 da 2ª Jornada de Direito e Processo do Trabalho.[9]

Entretanto, e dentro da perspectiva do Regime Constitucional do Emprego Socialmente Protegido não há como admitir pelo próprio princípio do não retrocesso social reconhecido no art. 7º, *caput*, da CF de que a estrutura operacional da terceirização na perspectiva jurídica possa ser reconhecido como um estratagema hábil à sonegação de direitos fundamentais especiais, a exemplo da regulamentação profissional específica, ou mesmo, na dificuldade de compatibilizar pelo enquadramento sindical a aplicação de normas coletivas compatíveis com as características da atividade-fim, que não pode servir de pretexto a redução do padrão de direitos, neste sentido Enunciado nº 81 da 2ª Jornada de Direito e Processo do Trabalho:

> TERCEIRIZAÇÃO: REPRESENTAÇÃO SINDICAL DOS TERCEIRIZADOS: Presume-se como sendo da mesma categoria, e representados pelo mesmo sindicato profissional, todos os trabalhadores terceirizados e aqueles diretamente contratados

[9] "Terceirização: Atividade-fim. 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, CR 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 CR e Constituição da OIT). Presentes os requisitos do art. 3º da CLT, forma-se vínculo de emprego direto com a empresa tomadora de serviços". (ANAMATRA, 2017, p. 49).

> pela tomadora que realizem serviços relacionados à sua atividade principal. Inteligência que se extrai do interesse integrado e da atuação conjunta da empresa contratada e contratante, previstos no § 3º do artigo 2º da CLT, combinado com o conceito de categoria profissional decorrente do trabalho em comum em atividades econômicas similares ou conexas do artigo 511, § 2º, da CLT, e com a atividade preponderante conceituada no § 2º do artigo 581 da CLT. (ANAMATRA, 2017, p. 49).

Certamente, o principal efeito da terceirização, ou sob o aspecto estritamente jurídico a "subcontratação", como processo de desconcentração horizontal da atividade econômica produtiva, está na neutralização legal do vínculo de emprego passível de ser estabelecido entre os empregados da empresa prestadora de serviços (os quais serão por elas registrados, e submetidos estritamente ao seu poder empregatício) e a empresa tomadora do serviço, com extensão dos efeitos, nos termos estritos da lei, dos sócios da empresa prestadora de serviço que atuem diretamente na prestação. Não se estará por reconhecer uma cláusula geral autorizante da pejotização, não afastando, neste aspecto, a aplicação do princípio da primazia da realidade diante da hipótese fraudulenta de disseminação do fenômeno da pejotização, o art. 4º, § 2º, da Lei nº 13.429/17, assim disciplina a questão: *"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".*

Contudo, diante da sistemática anterior, antes da inserção do art. 4º-A e seguintes da Lei nº 6.019/74, pela Lei nº 13.429/17, a ilicitude da terceirização da atividade fim esteve vinculada a outros critérios, a Súmula nº 331 do TST autorizava apenas a terceirização de atividade especializada relacionada com a atividade meio do tomador do serviço (limpeza, vigilância e conservação), regra acaso violada tinha por efeito imediato o reconhecimento do vínculo de emprego diretamente com o tomador serviço, certo de que a terceirização da atividade fim, não admitida, permitia o reconhecimento do vínculo diretamente com o tomador do serviço.

Segundo o próprio item III da Súmula nº 331 do TST, que deverá ser reformulada pelo Tribunal:

> não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância (Lei nº 7.102, de 20.06.1983) e de conservação e limpeza, bem como a de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistente a pessoalidade e a subordinação direta. (BRASIL, 2011).

Ora, havendo a configuração da pessoalidade ou subordinação com o tomador do serviço, requisito reconhecido pelo novo marco jurídico e regulamentar, já que a terceirização envolve transferência da atividade (gestão) a terceiro, jamais se confunde com a mera intermediação de mão-de-obra, admitida, apenas, no trabalho temporário.

A partir da promulgação da Lei nº 13.467/17, no bojo da Reforma Trabalhista, foi forjada nova redação ao art. 4º-A, que passa textualmente a admitir a contratação em quaisquer atividades da empresa, incluindo aqui, a sua atividade principal:

> 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.

E ainda, para que definitivamente possamos afastar o discurso da precarização de direitos em favor da maior eficiência econômica propiciada pela terceirização, estar-se-á a jurisprudência por acomodar a terceirização da atividade-fim dentro da perspectiva do Regime Constitucional do Emprego Socialmente Garantido, eis que as normas mais favoráveis disponíveis nas Convenções e Acordos Coletivos de Trabalho da categoria principal, ou mesmo, previsão de norma especial no texto da lei, deve prevalecer, sob pena da submissão de regras distintas a empregados estratificados do padrão protetivo próprio e inerente a atividade principal, vulnerando o princípio da autonomia coletiva da vontade de que trata o art. 7º, XXVI, da CF, apenas com maior razão, quando empregados da contratada e contratante exerçam a mesma função, mas que não seria determinante para o reconhecimento destes efeitos.

No primeiro ponto, há uma preocupação justificável quanto à pulverização da representação sindical, uma vez que a nossa regra de enquadramento sindical depende da atividade preponderante do empregador, com efeitos colaterais na perda do vínculo de solidariedade dos trabalhadores de uma determinada categoria profissional, lastreada na expressão social das atividades econômicas similares e conexas, traduzida pela vinculo social básico, que aglutinam os interesses profissionais de que trata o art. 511, § 2º, da CLT:

> é lícita a associação para fins de estudo, defesa e coordenação dos seus interesses econômicos ou profissionais de todos os que, como empregadores, empregados, agentes ou trabalhadores autônomos ou profissionais liberais exerçam, respectivamente, a mesma atividade ou profissão ou atividades ou profissões similares ou conexas [...] § 1º A solidariedade de interesses econômicos dos que empreendem atividades idênticas, similares ou conexas, constitui o vínculo social básico que se denomina categoria econômica [...] § 2º A similitude de condições de vida oriunda da profissão ou trabalho em comum, em situação de emprego na mesma atividade econômica ou em atividades econômicas similares ou conexas, compõe a expressão social elementar compreendida como categoria profissional.

Com efeito, torna-se premente a exigência do fortalecimento dos Sindicatos das terceirizadas, visando a garantia de melhores condições de trabalho.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Não há como negar a possibilidade da terceirização da atividade-fim no Brasil, seja no momento anterior ou posterior ao novo marco jurídico regulatório, diante da opção jurídica do Supremo Tribunal Federal, e política do legislador expressa pelo novo regime jurídico da terceirização introduzido no sistema, como ferramenta para a reativação do mercado de trabalho abalado por níveis elevados de desemprego, mas acreditamos que dentro dos contornos legais da referida autorização legislativa caberá ao Judiciário estabelecer limites para sua efetiva constitucionalidade, servindo-se para tanto do Regime Constitucional do Emprego Socialmente Garantido, delineando de forma particular a relação de emprego (art. 7º, inciso I, da CF) como modelo de engajamento do trabalhador no sistema produtivo capitalista, sem permitir o retrocesso social com a vulneração dos conceitos "mínimo existencial" e "patamar civilizatório mínimo", uma vez que o próprio sistema repele o abuso de direito no art. 187 do CC, para quem: *"também comete ato ilícito titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pelo boa-fé ou pelos bons costumes"*, técnica legislativa dos preceitos jurídicos indeterminados, reconhecidos pelo BGB alemão, que reforça a reaproximação do direito com a ética da forma como preconizado por Miguel Reale quando da elaboração do Código Civil de 2001.

Com escólio posição dos Ministros do STF adotadas no julgamento da validade da tercerização da atividade-fim, registramos com relativa segurança inexistir a viabilidade prática de uma terceirização que seja genérica, ampla e irrestrita, por conflitar eticamente com os preceitos da teoria do abuso de direito, não teremos o exercício regular de um direito na sua prática abusiva, que por ferramentas específicas, deverão ser prontamente reprimidas pelo Poder Judiciário, com o fortalecimento do princípio da primazia da realidade (art. 9º da CLT) e a autorização constitucional do art. 173, § 4º, da CF: *"a lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise a dominação de mercado, à eliminação da concorrência a ao aumento arbitrário dos lucros"*, sem deixar de ressaltar o aspecto estrutural do *dumping social* reconhecido no Enunciado nº 4º da 1ª Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho.[10]

[10] "Dumping Social. Dano à Sociedade. Indenização Suplementar. As agressões reincidentes e inescusáveis aos direitos trabalhistas geram um dano à sociedade, pois como tal prática desconsidera-se, propositalmente, a estrutura do Estado Social e do próprio modelo capitalista com a obtenção de vantagem indevida perante a concorrência. A prática, portanto, reflete o conhecido 'dumping social', motivando a necessária reação do Judiciário trabalhista para corrigi-la. O dano à sociedade configura ato ilícito, por exercício abusivo do direito, já que extrapola limites econômicos e sociais, nos exatos termos dos arts. 186, 187 e 927do Código Civil. Encontra-se no art. 404, parágrafo único do Código Civil, o fundamento de ordem positiva para impingir ao agressor contumaz uma indenização suplementar, como, aliás, já previam os artigos 652, d, e 832, § 1º, da CLT". (ANAMATRA, 2007).

Certo é que, em sede de controle de constitucionalidade, os próprios Ministros do STF reconhecem que os eventuais abusos cometidos na terceirização devem ser reprimidos pontualmente[11], e ainda, destacaram que a terceirização, isoladamente, não é a causa da precarização do trabalho nem viola por si só a dignidade do trabalho.[12]

Neste cenário, esperamos contribuir na identificação da conduta abusiva adotada no contexto da terceirização a ser reprimida pelo Poder Judiciário, visando a garantia constitucional da proteção ao emprego.

REFERÊNCIAS

ANAMATRA (Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho). Reforma Trabalhista. **Enunciados Aprovados da 2ª Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho**, 2017. XIX Congresso Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho - Conamat (2018). Disponível em: https://www.anamatra.org.br/attachments/article/27175/livreto_RT_Jornada_19_Conamat_site.pdf

ANAMATRA (Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho). **Enunciados Aprovados da 1ª Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho**, 2007.

BRAGHINI, Marcelo. **Reforma Trabalhista**: flexibilização das normas sociais do trabalho. São Paulo: LTr, 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 958.252 (Repercussão Geral) e ADPF n. 324 (julgamento conjunto). Relator Ministro Luiz Fux. Brasília, **Diário da Justiça Eletrônico**, 22 ago. 2018. Disponível em: http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4952236&numeroProcesso=958252&classeProcesso=RE&numeroTema=725#. Acesso em: 10 abr. 2019.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Súmula 331**. 2011. Disponível em: http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_301_350.html. Acesso em: 10 abr. 2019.

DELGADO, Maurício Godinho. **A reforma trabalhista no Brasil**. São Paulo: LTr, 2017.

FRIEDMAN, Thomas L. **O mundo é plano**: uma breve história do século XXI. São Paulo: Companhia das Letras, 2014.

[11] Ministro Celso de Melo, in verbis: "sendo inadmissível a criação de obstáculos genéricos a partir da interpretação inadequada da legislação constitucional e infraconstitucional em vigor, que resulte na obrigatoriedade de empresas estabelecidas assumirem a responsabilidade por todas as atividades que façam parte de sua estrutura empresarial". (BRASIL, 2018).

[12] Ministra Carmem Lúcia: "Se isso acontecer, há o Poder Judiciário para impedir os abusos. Se não permitir a terceirização garantisse por si só o pleno emprego, não teríamos o quadro brasileiro que temos nos últimos anos, com esse número de desempregados". (BRASIL, 2018).

MANUS, Pedro Paulo Teixeira. A terceirização, a decisão do Supremo e a responsabilidade do Estado. **Conjur**. 2018. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2018-set-07/reflexoes-trabalhistas-terceirizacao-decisao-stfe-responsabilidade-estado

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Direito contemporâneo do trabalho**. São Paulo: Saraiva, 2011.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO (OIT). **Trabajo Decente**. Primeira edición, Ginebra - Suiza: Oficina Internacional del Trabajo. 1999.

ROBORTELLA, Luiz Carlos Amorim. **O moderno direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 1994.

RÜDGER, Dorothee S. **Tendências do direito do trabalho para o século XXI**: globalização, descentralização produtiva e novo contratualismo. São Paulo: LTr, 1999.

SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. 2 ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008.