

Disciplina Jurídica Trabalhista Contemporânea da Terceirização: reflexões pós-reforma trabalhista e decisões do STF

Silvia Teixeira do Vale¹

Rodolfo Pamplona Filho²

Murilo C. S. Oliveira³

1. Introdução

O debate sobre o modo de organizar a atividade econômica sempre foi estrutural no Direito do Trabalho e envolto em controvérsias, notadamente pelo regime de responsabilidade e enquadramento sindical dos trabalhadores envolvidos. A decisão empresarial de delegar atividades, serviços ou tarefas na sua cadeia produtiva - o que se tem denominado como terceirização – persiste como questão polêmica e insegura no âmbito jurídico constitucional trabalhista.

As Leis 13.429 e 13.467 de 2017 e as decisões do Supremo Tribunal Federal (STF) na Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n. 324/DF e no Recurso Extraordinário (RE) n. 958.252 indicaram o rumo da amplíssima terceirização, contudo as controvérsias, polêmicas e dúvidas permanecem diante dos demais preceitos da ordem constitucional e seus princípios do valor social do trabalho, igualdade e não-retrocesso social.

Este texto propõe-se examinar os elementos e o suporte que caracterizam a ideia e os efeitos jurídicos da terceirização no Brasil, no recorte da extensão das atividades terceirizadas. Apresenta as inovações legislativas pertinentes sobre o objeto da terceirização e comenta criticamente as decisões do STF sobre a validade da terceirização da atividade fim.

1 Mestra em Direito pela UFBA, Doutora em Direito do Trabalho pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Juíza do Trabalho da Quinta Região.

2 Professor Titular de Direito Processual do Trabalho da Universidade Salvador – UNIFACS e Professor Associado III da Universidade Federal da Bahia. Mestre e Doutor em Direito do Trabalho pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Membro e Presidente Honorário da Academia Brasileira de Direito do Trabalho e Presidente da Academia de Letras Jurídicas da Bahia. Juiz do Trabalho da Quinta Região.

3 Professor Adjunto da UFBA em Direito e Processo do Trabalho, Especialista e Mestre em Direito pela UFBA, Doutor em Direito pela UFPR, Membro do Instituto Baiano de Direito do Trabalho – IBDT. Juiz do Trabalho na Bahia.

2. Aspectos conceituais e conjunturais sobre a terceirização

O entendimento da terceirização acopla-se à compreensão das mudanças no mundo do trabalho, que podem ser resumidas na ideia de pós-fordismo⁴. O cerne desta conjuntura de mudanças nas relações de trabalho corresponde a uma diminuição intensa do caráter protetivo do Direito do Trabalho e suas regras imperativas. Defende-se que o pós-fordismo forja um forte ataque ao contrato de trabalho em três sentidos (OLIVEIRA, 2009, p. 43): no interno, exigindo a flexibilização dos direitos e garantias dos empregados; no externo, retirando a proteção ou regulamentação da relação de trabalho, por meio da precarização; no misto, expulsando seus trabalhadores do quadro da empresa para relocá-los em empresas prestadoras de serviço, mediante a terceirização.

A terceira estratégia de enfraquecimento do contrato de trabalho, recorrentemente designada como terceirização, é muito priorizada pelo toyotismo e se fundamenta em argumentos de ordem técnica que sustentam uma maior e melhor produtividade, a partir desta forma organizativa da produção. Alega-se que a transferência de funções e atividades não relacionadas com a atividade-fim (denominadas de atividades-meio) resulta em melhor qualidade, porque esta atividade será delegada a uma empresa terceirizada tecnicamente especializada para a função e, conseqüentemente, importará em maior produtividade, eis que a empresa que terceiriza concentrará suas energias na atividade-fim.

Há, ainda, a vantagem de que uma empresa pequena, como são normalmente as prestadoras de serviços, pode controlar e fiscalizar mais intensamente seus trabalhadores, reduzindo os custos. Argumenta-se que, com a terceirização, há diminuição de custos e, em decorrência, diminuição dos preços, favorecendo o consumo.

Nesses termos, a terceirização⁵ caracteriza-se pela presença de um intermediário entre o trabalhador e a empresa que usufrui dos serviços deste⁶. Arion Romita anota que se trata de “vocábulo

⁴ Por pós-fordismo entende-se o padrão produtivo flexível, descentralizado e cooptador, bem ilustrado no modelo de trabalho da Toyota.

⁵ Rodrigues Pinto apresenta uma apropriada crítica ao vocábulo: “O neologismo, embora tenha sido aceito com foros de irreversível, não expressa, por via de nenhuma das derivações, a idéia que pretende passar, ou porque a empresa prestadora de serviço não é um terceiro e sim parceiro, no sentido de contratante direto com a empresa tomadora, nem os empregados de cada uma são terceiros perante elas, ou porque a atividade de apoio não é obrigatoriamente terciária, podendo ser secundária ou até mesmo primária” (PINTO, 1997, p. 143).

⁶ Valentin Carrion expressa, nestes termos, o conceito: 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 (CARRION, 2004, p. 295). Já para Rodrigues Pinto, a terceirização é um contrato de prestação de serviços de apoio empresarial, um novo termo para o fenômeno: contrato de apoio empresarial ou contrato de atividade de apoio (1997, p. 144).

não dicionarizado, neologismo bem formado, portanto aceitável, construído a partir de *terciário*, forma erudita, equivalente à popular *terceiro*” (ROMITA, 1992, p. 57).

É corrente na doutrina a conceituação de terceirização como “transferência de segmento ou segmentos do processo de produção da empresa para outras de menor envergadura, porém de maior especialização na atividade transferida” (PINTO; PAMPLONA, 2000, p. 500). Do ponto de vista dogmático, trata-se, porém, de uma forma de intermediação de mão de obra, de grande utilização na sociedade contemporânea, consistente na contratação por determinada empresa, de serviços de terceiros, para as suas atividades meio.

A terceirização, em verdade, se operacionaliza por meio de um contrato civil de prestação de serviços, constituindo-se, portanto, na utilização de um contrato previsto no velho Código Civil baseado na autonomia individual da vontade - a igualdade das partes é um dogma básico do Direito Civil tradicional - na seara do direito individual do trabalho.

Constata-se, portanto, uma dissociação da figura do empregador, porque existe um que admite e assalaria e outro que dirige os serviços⁷.

Rodrigo Carelli explica que a terceirização não se coaduna com o fornecimento de trabalhadores ou terceirização de mão de obra, mas citando a Ciência da Administração, define como “a transferência de atividades para fornecedores especializados, detentores de tecnologia própria e moderna, que tenham esta atividade terceirizada com sua atividade-fim, liberando a tomadora para concentrar seus esforços gerenciais em seu negócio principal” (CARELLI, 2004, p. 44).

Evidencia-se que a terceirização compreende uma estratégia externalizante. Com efeito, repassar para outro ente a responsabilidade pela prestação de um serviço é uma tentativa de, no plano da forma jurídica, tentar repassar a responsabilidade pelas obrigações trabalhistas e previdenciárias dos seus trabalhadores. Da mesma forma, a terceirização possibilita um regime de diferenciação entre os empregados diretos e os terceirizados, confirmada pela distinta representação sindical e, inclusive, com parâmetros salariais incompatíveis. Propicia, então, o surgimento de pequenas empresas ao redor

⁷ É este o conceito de Maurício Godinho Delgado: “Para o Direito do Trabalho terceirização é fenômeno pelo qual se dissocia a relação econômica de trabalho da relação justralhista que lhe seria correspondente. Por tal fenômeno insere-se o trabalhador no processo produtivo do tomador de serviços sem que se estendam a esse os laços trabalhistas, que se preservam fixados com uma entidade interveniente. A terceirização provoca uma relação de trabalho trilateral em face da contratação de força de trabalho no mercado capitalista: o obreiro, prestador de serviços, que realiza as 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 do serviço, que recebe a prestação do labor, mas não assume a posição clássica de empregadora desse trabalhador envolvido. (DELGADO, 2008, p. 407).

da tomadora, normalmente sem idoneidade, incorrendo, geralmente, no inadimplemento dos créditos trabalhistas. Enfim, a terceirização garante o contínuo recebimento de força de trabalho, contudo sem os custos e a proteção da relação de emprego direta com o tomador.

Visando o máximo aproveitamento, esta reengenharia produtiva reduz não só o estoque de peças, mas também o estoque de trabalhadores diretamente contratados, ao ponto de se considerar que “a fábrica tende a se tornar uma mera gerenciadora de mão de obra, num movimento inverso ao dos tempos fordistas. É o que alguns vêm chamando de empresa vazia” (VIANA, 2002, p. 781). Em verdade, o fenômeno da externalização ou *out-sourcing* representa o intento do paradigma pós-fordista em fugir das obrigações trabalhistas, a partir de novas formas de trabalho fomentadas pela descentralização produtiva.

Esta descentralização produtiva constitui o leque de possibilidades de terceirização (delegação de atividades-meios) e de subcontratação (delegação de atividades-fins). Às vezes, a descentralização praticada significa apenas a prestação do serviço de fornecimento de mão de obra.

Como consequência dessa externalização, a clássica relação de identidade entre Direito do Trabalho e trabalhador resta dissociada, haja vista que considerável número de trabalhadores situados nestas novas formas de trabalhar não mais podem ser considerados como empregados da empresa principal, porque distantes do conceito tradicional de trabalho subordinado. Alian Supiot denuncia:

Esta evolución há llevado, en general, a las empresas a limitarse a sua actividade principal y a encargar a outras todas lastareas anexas. Al igual que el recurso al trabajo autónomo, la empresa dependienteplantea al Derecho del trabajo dos series problemas de naturaleza diferente: el del fraude social, que consiste en interponer una sociedad pantalla entre un trabajador y su verdadera empresa; y el de la verdadera externalización de dependencia técnica o económica respecto de otra empresa (SUPIOT, 1999, p. 56-57).

Entretanto, todos esses argumentos omitem a real fórmula de redução de custo. É bastante paradoxal que um serviço específico e realizado por uma empresa especializada seja oferecido por preços menores do que se fosse realizado por trabalhadores não-especializados, pois o trabalho especializado é, normalmente, mais caro do que o simples. A redução de custos é explicada pela redução da contraprestação salarial, uma vez que a empresa terceirizada emprega trabalhadores dispersos, distintos e isolados, utilizando-se práticas de sonegação de direitos trabalhistas e previdenciários, e, principalmente pelo pagamento de salários inferiores aos praticados na empresa que terceiriza.

Além desses problemas, a terceirização representa o enfraquecimento da categoria e dos sindicatos de trabalhadores, pois dificulta a organização associativa. No sistema jurídico brasileiro, o

enquadramento sindical é definido pela atividade econômica predominante da empresa, que implica dizer que os trabalhadores terceirizados não têm direitos às vantagens coletivas praticadas nas empresas tomadoras dos serviços, pois seu vínculo não é com esta empresa que terceiriza o serviço, no qual ele trabalha, mas sim com uma terceira, que comumente tem como atividade econômica a prestação de serviços ou locação de mão de obra.

Portanto, o modelo terceirizante é nitidamente anti-sindical e prejudicial ao trabalhador, criado com o intuito de reduzir salários e enfraquecer os sindicatos. Nesse sentido, “a quebra do movimento operário se explica pela terceirização. Foi ela a arma secreta que o capitalismo (re)descobriu ou (re)inventou. Ela permite resolver a contradição entre a necessidade do trabalho coletivo e a possibilidade de resistência coletiva” (VIANA, 2002, p. 789).

Parece ser essa uma conclusão inarredável.

3. As mudanças da reforma trabalhista sobre a terceirização

A despeito das esparsas previsões legais – vide Leis 6.019/74 e 7.102/83 – sobre terceirização, prevalecia a orientação jurídica firmada pelo entendimento jurisprudencial do Tribunal Superior do Trabalho (TST). Inicialmente, o Enunciado n. 256, datado de 1986, estabelecia a regra da vedação da terceirização, assim dispendo: “Salvo nos casos previstos nas Leis ns. 6.019, de 3.1.74, e 7.102, de 20.06.83, é ilegal a contratação de trabalhadores por empresa interposta, formando-se o vínculo empregatício diretamente com o tomador de serviços”.

Logo depois em 1993, o TST, revendo a posição anterior, terminou por admitir a terceirização, restringindo-a aos serviços considerados como “meios”, conforme Súmula 331. De fato, o inciso III dessa Súmula, ao admitir a terciarização em “atividade-meio”, acabou “sucumbindo” à ampla utilização fática do instituto, passando a tomar como parâmetro de legalidade um conceito que não é jurídico, mas sim da economia e da Teoria Geral da Administração, consistindo, a priori, no exercício de atividade não coincidente com a finalidade social da empresa.

À época, havia corrente doutrinária que já defendia a falta de sentido nesta limitação da terceirização à atividade-meio. Era essa a posição de Sérgio Pinto Martins:

Não se pode afirmar, entretanto, que a terceirização deva se restringir a atividade-meio da empresa, ficando a cargo do administrador decidir tal questão, desde que a terceirização seja lícita, sob pena de ser desvirtuado o princípio da livre iniciativa contido no artigo 170 da Constituição. A indústria automobilística é exemplo típico de delegação de serviços de atividade-fim, decorrente, em certos casos, das novas técnicas de produção e até da tecnologia, pois uma atividade que antigamente era

considerada principal pode hoje ser acessória. Contudo, ninguém acoimou-a de ilegal. As costureiras que prestam serviços na sua própria residência para as empresas de confecção, de maneira autônoma, não são consideradas empregadas, a menos que exista o requisito subordinação, podendo aí ser consideradas empregadas em domicílio (art. 6º da CLT), o que também mostra a possibilidade da terceirização da atividade-fim (MARTINS, 1996, p. 99-100).

Tal proposta, antecipada por Sérgio Pinto Martins, foi concretizada pelas Leis 13.429/2017 e 13.467/2017 que, dentre várias questões estabelecidas na regulamentação da terceirização, eliminou a distinção entre atividade fim e meio como critério de validação da terceirização. O art. 4-A da Lei 6.019/74 conceitua terceirização como: “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”.

Neste conceito, as empresas poderão valer-se da terceirização em “parcela” e/ou “quaisquer atividades”, permitindo-se a terceirização nas atividades meios e fins, caracterizando-se uma terceirização total. O cenário fático-jurídico esboçado permitirá empresas “sem empregados”, mas com trabalhadores terceirizados ou com alguns empregados e outros terceirizados na mesma função/atividade, em clara ofensa ao princípio constitucional da isonomia.

Aparentemente, o terceirizado (empregado da contratada) terá um contrato de trabalho regido pela CLT, com a proteção trabalhista. Contudo, a terceirização total representa, nas entrelinhas, a mudança da representação sindical dos trabalhadores, uma vez que estes deixam de ser representados pelo sindicato da empresa tomadora e passam a ter representação diluída em diversos sindicatos de prestadores de serviços (“terceirizados”).

Por decorrência, será perceptível que aqueles terceirizados que trabalham em um banco na função típica de bancários não serão mais os beneficiários das vantagens coletivas obtidas pelo sindicato dos bancários. Ou seja, a dissociação da categoria econômica advinda da terceirização exclui os trabalhadores das categorias mais fortes (justamente aquelas que conseguem mais direitos) e os coloca em sindicatos mais frágeis, em claro rebaixamento de direitos sindicais.

Percebe-se, então, que há imediatamente uma exclusão das vantagens normativas, não obstante o trabalhador terceirizado exercer uma função que, se não houvesse a terceirização, lhe garantiria as mencionadas vantagens. Há, também, uma dispersão da categoria de prestadores de serviços que dificulta a formação ou o fortalecimento de um sindicato que possa representar e pleitear melhoria nas condições de trabalho.

Exatamente por impactar as categorias historicamente mais fortes (bancários, petroquímicos, entre outros), a terceirização agora irá se dirigir aos empregados com maiores salários. Em outras palavras, as classes médias assalariadas até então distantes dos efeitos deletérios da terceirização serão afetadas profundamente, com significativas perdas de direitos e condições mais favoráveis.

Somente neste aspecto de permitir a terceirização da atividade-fim, ter-se-ia duas grandes contradições entre a proposição legislativa e o sistema constitucional juslaboral brasileiro. A primeira se daria diante do princípio da isonomia e igualdade – garantia constitucional pétrea insculpida no art. 5º – o que não validaria o tratamento jurídico para trabalhadores que na mesma atividade e, até mais grotescamente, na mesma função tivessem tratamento trabalhista distinto apenas por força das práticas de terceirização na atividade-meio. Neste ponto, vale ressaltar a atual perspectiva jurisprudencial de concretizar a isonomia contra os expedientes de terceirização que atentem ao valor jurídico da igualdade de tratamento para sujeitos nas mesmas condições, como se percebe na OJ 383 do TST:

383. TERCEIRIZAÇÃO. EMPREGADOS DA EMPRESA PRESTADORA DE SERVIÇOS E DA TOMADORA. ISONOMIA. ART. 12, “A”, DA LEI Nº 6.019, DE 03.01.1974. (mantida) - Res. 175/2011, DEJT divulgado em 27, 30 e 31.05.2011. A contratação irregular de trabalhador, mediante empresa interposta, não gera vínculo de emprego com ente da Administração Pública, não afastando, contudo, pelo princípio da isonomia, o direito dos empregados terceirizados às mesmas verbas trabalhistas legais e normativas asseguradas àqueles contratados pelo tomador dos serviços, desde que presente a igualdade de funções. Aplicação analógica do art. 12, “a”, da Lei nº 6.019, de 03.01.1974.

Sobre o tema da igualdade, a nova regra (art. 4-C da Lei 6.019/74) inicia afirmando a igualdade entre empregados e terceirizados nas dependências da tomadora. Contudo, curiosamente qualifica como “facultativa” a isonomia salarial, como estipulado no §1º deste artigo. Isto porque o referido dispositivo declina que “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”. Ora, ao condicionar a isonomia salarial ao aceite das empresas, a legislação simplesmente perdeu a cogência e fica condicionada à graciousidade patronal, ou seja, sequer necessitaria ficar prevista na lei reformada.

O segundo problema situa-se no campo do princípio constitucional do não-retrocesso social. Explícito no caput do art. 7º da Constituição, precisamente no trecho “são direitos dos trabalhadores, além de outros que visem a melhoria da sua condição social”, a dimensão trabalhista do princípio

constitucional da vedação do retrocesso social impede que o sistema brasileiro adote medidas legislativas que piorem a condição do trabalhador, como é o caso desta medida de terceirização total. Isto porque os direitos fundamentais são envoltos na pretensão de não retrocesso, uma vez que, sendo caracterizados pelos ordenamentos fundamentais (indispensáveis), não podem ser suprimidos. Com base nesta eficácia vedativa do retrocesso social, José Affonso Dallegrave Neto já considerava inconstitucional a terceirização da atividade-fim:

“[...] pode-se asseverar que qualquer projeto de lei que vise permitir a terceirização de atividade-fim, já nascerá com a pecha da inconstitucionalidade. É flagrante a sua ofensa ao Princípio da Isonomia, pois irá tratar de forma desigual trabalhadores em igual função e trabalho que prestam serviço para um mesmo setor. Ademais, considerando que a ordem jurídica já havia regulada a matéria, ainda que precariamente por meio da Lei n. 6.019/74 e da Súmula 331 do TST, permitindo a terceirização somente na atividade-meio da empresa tomadora, a mudança de regra, in pejus ao trabalhador, ofende o Princípio do Retrocesso Social” (DALLEGRAVE NETO, 2016, p. 85-86).⁸

Sob o ângulo pragmático, sabe-se que poucos trabalhadores têm coragem de reclamar contra o prestador de serviços, caso continuem trabalhando em favor deste tomador. De nada adianta a previsão legal da solidariedade, se inexistem meios de se garantir que um trabalhador reclame contra uma empresa (justamente aquele se que beneficia do seu labor) sem que haja perseguição ou discriminação posterior.

Por hipótese, até um advogado terceirizado de um grande escritório de advocacia terá temor em reclamar contra seu tomador, em virtude do receio de perder sua ocupação. Lamentavelmente, a dissociação empregador/tomador dos serviços gerada pela terceirização permite situações recorrentes de insucesso de reclamações trabalhistas sem execução efetiva, pela falta da inclusão do tomador dos serviços. Logo, a terceirização por si só já agrega mais obstáculos e dificuldades na responsabilização do tomador dos serviços.

Diante das intensas mudanças da legislação que franqueou totalmente a terceirização, o que contrasta com a Súmula 331 do TST, a questão se torna ainda mais complexa visto em virtude da *ratio* das decisões do STF proferidas nas ADPF n. 324/DF e o RE n. 958.252.

⁸ Relembre-se que o artigo 7º, I da CRFB/88 não foi regulamentado, realidade que leva doutrina e jurisprudência majoritárias (OJ n. 427 da SDI-1, por exemplo) a permitirem a denúncia contratual vazia, acarretando no medo de o trabalhador com vínculo de trabalho vivo acionar o Poder Judiciário trabalhista.

4. As decisões do STF sobre a terceirização

Mesmo antes da reforma trabalhista, foi movida Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF), sob alegação que as decisões da Justiça do Trabalho, ao restringirem a terceirização de parte das atividades realizadas por diversas empresas, com fundamento na súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho, violam o art. 1º, IV, da Constituição da República, que arrola, como fundamento da República Federativa do Brasil, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa. Estariam ofendidos, segundo o autor da ADPF, os preceitos fundamentais de liberdade de contratação, a legalidade e a livre concorrência (art. 5º, *caput* e II, e art. 170, IV, da CR).

As questões de admissibilidade desta ADPF foram, de modo incomum⁹, superadas pelo voto da maioria dos Ministros do STF, que também refutaram as preliminares de ausência de especificação das decisões impugnadas, apesar de não terem sido indicadas objetivamente quais decisões proferidas pela Justiça do Trabalho estariam descumprindo preceito fundamental; a prefacial de não cabimento de ADPF para invalidar súmula ou orientação jurisprudencial e também a alegação de que pendia de julgamento no Supremo Tribunal Federal o recurso extraordinário com agravo 713.211/MG, que tramitava sob o rito da repercussão geral e tinha como tema justamente a liberdade para se terceirizar qualquer atividade nas empresas.

No dia 30/08/2018, o Supremo Tribunal Federal, julgando a ADPF n. 324/DF e o RE n. 958.252, por maioria de votos (7 a 4), fixou a seguinte tese de repercussão geral:

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.

Restaram vencidos os Ministros Edson Fachin, Rosa Weber, Ricardo Lewandowski e Marco Aurélio. Nesta assentada, o Relator, Ministro Barroso esclareceu que a presente decisão não afeta automaticamente os processos em relação aos quais tenha havido coisa julgada.

⁹ Conforme pareceres da Advocacia-Geral da União e da Procuradoria Geral da República, parte autora não detinha legitimidade, haja vista que não representa os interesses de uma categoria específica, o que atrai a sua ilegitimidade ativa ad causam para ingressar com Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental. Ou seja, a decisão específica sobre legitimidade restou contrária à anteriores decisões do STF, em especial a “representatividade da categoria em sua totalidade” nos termos ADI 1.486-MC/DF. Rel.: Min. MOREIRA ALVES. 19/9/1996.DJ, 13 dez. 1996.

No que diz respeito às razões apresentadas pelos ministros, Luiz Fux, Luís Roberto Barroso, Alexandre de Mores, Dias Toffoli, Gilmar Mendes, Celso de Mello e Cármen Lúcia, em defesa da constitucionalidade da terceirização da atividade-fim, restou consignado na decisão que a perpetuação da ilegalidade da terceirização da atividade principal viola os caros princípios constitucionais da livre iniciativa, livre concorrência e, sobretudo, da segurança jurídica, pois não havia qualquer impedimento legal quanto à terceirização da atividade-fim.

De fato, não havia lei específica proibindo a terceirização em atividade-fim no Direito brasileiro. Ao revés, a Lei n. 6.019, já em 1974, até passou a permitir a terceirização em atividade-fim, desde que a atividade seja temporária.

Com todas as vênias possíveis, o argumento lançado não se sustenta em um cenário de hermenêutica constitucional pós-positivista (SARMENTO, 2006, p. 56-57), no qual princípios possuem normatividade, vinculam entidades públicas e particulares e arejam a legislação, independentemente de lei os ratificando.

Trazendo a análise, por comparação, para o debate acerca da ausência de lei no caso do uso de algema. Observando-se o próprio rol de súmulas vinculantes do Supremo Tribunal Federal, lê-se no verbete de número 11:

Só é lícito o uso de algemas em casos de resistência e de fundado receio de fuga ou de perigo à integridade física própria ou alheia, por parte do preso ou de terceiros, justificada a excepcionalidade por escrito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade da prisão ou do ato processual a que se refere, sem prejuízo da responsabilidade civil do Estado¹⁰.

Percebe-se claramente, pelo teor literal da indigitada súmula, que o Supremo Tribunal Federal criou critérios para o uso de algemas (somente em casos de resistência), fez alusão à conceito jurídico indeterminado (fundado receio de fuga ou de perigo à integridade física própria ou alheia), estabeleceu formalidade não prevista formalmente em lei (justificada a excepcionalidade por escrito), inclusive considerando ilícito administrativo, civil e penal, passível de punição (sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade da prisão ou do ato processual a que se refere, sem prejuízo da responsabilidade civil do Estado).

Tais critérios não constam de qualquer lei expressamente positivada, mas a Corte Maior, em

¹⁰ Fonte: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=1220>. Acesso em 30/04/2009.

sua constituição plenária, ao analisar e julgar o HC 91952, com decisão publicada no DJe de 19/12/2008, cuja relatoria coube ao Ministro Marco Aurélio, invocou os princípios da não-culpabilidade e afirmou que do princípio do Estado Democrático decorre "o inafastável tratamento humanitário do cidadão, na necessidade de lhe ser preservada a dignidade", que igualmente encerra conteúdo principiológico.

É dizer, o Supremo Tribunal Federal, ao resolver um caso concreto que deu origem à súmula vinculante, a partir da interpretação de princípios e sopesamento destes, criou formalidade sequer observada em Lei e estabeleceu parâmetros para o uso de algemas, inexistentes até então.

Em 2011, os Ministros da Excelsa Corte, ao julgarem a Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4277 e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132, reconheceram a união estável para casais do mesmo sexo. O relator das ações, Ministro Ayres Britto, argumentando que o artigo 3º, inciso IV, da CF veda qualquer discriminação em virtude de sexo, raça, cor, concluiu que ninguém pode ser diminuído ou discriminado em função de sua preferência sexual. Os ministros Luiz Fux, Ricardo Lewandowski, Joaquim Barbosa, Gilmar Mendes, Marco Aurélio, Celso de Mello e Cezar Peluso, bem como as ministras Cármen Lúcia Antunes Rocha e Ellen Gracie, acompanharam o entendimento do ministro Ayres Britto, pela procedência das ações e com efeito vinculante, no sentido de dar interpretação conforme a Constituição Federal para excluir qualquer significado do artigo 1.723 do Código Civil que impeça o reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar.

Percebe-se, assim, que invocando o princípio da não discriminação, a Suprema Corte acresceu significado ao artigo do Código Civil, que igualmente não possui previsão legal específica para casamento ou união estável entre pessoas do mesmo sexo.

No julgamento da ADPF n. 54, igualmente sob a relatoria do Ministro Marco Aurélio de Melo, o Supremo Tribunal Federal decidiu que o aborto de feto anencéfalo não é conduta tipificada nos artigos 124, 126, 128, incisos I e II, do Código Penal.

Inicialmente se lê na aludida decisão que o Estado brasileiro é laico, sendo, portanto, impermeável aos argumentos religiosos. Concluindo seu voto, o Min. Marco Aurélio consignou importantes entendimentos, que nortearam oito dos ministros votantes da Corte: "está em jogo o direito da mulher de auto-determinar-se, de escolher, de agir de acordo com a própria vontade num caso de absoluta inviabilidade de vida extrauterina. Estão em jogo, em última análise, a privacidade,

a autonomia e a dignidade humana dessas mulheres”¹¹.

Ou seja, por meio do indigitado julgado, a Suprema Corte descriminalizou a hipótese de aborto de feto anencéfalo, também sem previsão em norma estatuída pelo Legislador.

Percebe-se, somente pela singela e rápida análise da súmula vinculante nº 11 e de mais dois acórdãos proferidos em Ações de Descumprimento de Preceitos Fundamentais, que a Excelsa Corte, a despeito de lei específica para autorizar ou não autorizar determinada conduta humana, opta por aplicar uma nova hermenêutica aos princípios constitucionais, atribuindo-lhes normatividade.

Se o Órgão Maior do Poder Judiciário atribui normatividade aos princípios e caminha no sentido de uma interpretação pós-positivista, por que, então, justificar a possibilidade da terceirização em atividade-fim na ausência de lei específica vedando a conduta patronal?

Talvez a resposta seja encontrada na própria Corte, que reconhece a fundamentalidade dos direitos sociais à moradia¹², à saúde¹³, atribuindo-lhes justiciabilidade (ABRAMOVICH; COURTIS, 2011), mas no que toca ao direito fundamental social ao trabalho e todos os incisos presentes no artigo 7º da Constituição Federal de 1988, a diretriz é em sentido oposto, encontrando-se nesse particular um Tribunal bem conservador e muito cauteloso.

Perceba-se, por exemplo, que, por unanimidade, o Plenário do Supremo Tribunal Federal decidiu que, nos casos de Planos de Dispensa Incentivada – os chamados PDIs –, é válida a cláusula que dá quitação ampla e irrestrita de todas as parcelas decorrentes do contrato de emprego, desde que este item conste de Acordo Coletivo de Trabalho e dos demais instrumentos assinados pelo empregado. Eis o acórdão:

Direito do Trabalho. Acordo coletivo. Plano de dispensa incentivada. Validade e efeitos. 1. Plano de dispensa incentivada aprovado em acordo coletivo que contou com ampla participação dos empregados. Previsão de vantagens aos trabalhadores, bem como quitação de toda e qualquer parcela decorrente de relação de emprego. Faculdade do empregado de optar ou não pelo plano. 2. Validade da quitação ampla. Não incidência, na hipótese, do art. 477, § 2º da Consolidação das Leis do Trabalho, que restringe a eficácia liberatória da quitação aos valores e às parcelas discriminadas no termo de rescisão exclusivamente. 3. No âmbito do direito coletivo do trabalho não se verifica a mesma situação de assimetria de poder presente nas relações individuais de trabalho. Como consequência, a autonomia coletiva da vontade não se encontra sujeita aos mesmos limites que a autonomia individual. 4.

¹¹ <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2226954>. Acesso em 30/04/2019.

¹²ARE 908.144-AgR, rel. min. Edson Fachin, j. 17-8-2018, 2ª T, DJE de 27-8-2018.

¹³ADI 1.931, rel. min. Marco Aurélio, j. 7-2-2018, P, Informativo 890.

A Constituição de 1988, em seu artigo 7º, XXVI, prestigiou a autonomia coletiva da vontade e a autocomposição dos conflitos trabalhistas, acompanhando a tendência mundial ao crescente reconhecimento dos mecanismos de negociação coletiva, retratada na Convenção n. 98/1949 e na Convenção n. 154/1981 da Organização Internacional do Trabalho. O reconhecimento dos acordos e convenções coletivas permite que os trabalhadores contribuam para a formulação das normas que regerão a sua própria vida. 5. Os planos de dispensa incentivada permitem reduzir as repercussões sociais das dispensas, assegurando àqueles que optam por seu desligamento da empresa condições econômicas mais vantajosas do que aquelas que decorreriam do mero desligamento por decisão do empregador. É importante, por isso, assegurar a credibilidade de tais planos, a fim de preservar a sua função protetiva e de não desestimular o seu uso. 7. Provimento do recurso extraordinário. Afirmção, em repercussão geral, da seguinte tese: ‘A transação extrajudicial que importa rescisão do contrato de trabalho, em razão de adesão voluntária do empregado a plano de dispensa incentivada, enseja quitação ampla e irrestrita de todas as parcelas objeto do contrato de emprego, caso essa condição tenha constado expressamente do acordo coletivo que aprovou o plano, bem como dos demais instrumentos celebrados com o empregado’” (STF, Pleno, RE 590.415/SC, Rel. Min. Roberto Barroso, DJe 29.05.2015)¹⁴.

Igualmente, julgando Ação Direta de Inconstitucionalidade, a Corte Suprema atribuiu constitucionalidade à Lei nº 11.901/2009, que permite a jornada de 12 horas de trabalho, por 36 horas de descanso, para os bombeiros civis. Na oportunidade, por maioria, os ministros entenderam que a norma não viola preceitos constitucionais, pois, além de não ser lesiva à sua saúde ou a regras de medicina e segurança do trabalho, é mais favorável ao trabalhador¹⁵.

Ao examinar a supressão das horas *in itinere* por meio de acordo coletivo de trabalho, no qual o Tribunal de origem entendeu pela invalidade da norma coletiva, uma vez que o direito às horas *in itinere* seria indisponível em razão do que dispõe o art. 58, § 2º, da CLT, decidiu o Supremo Tribunal Federal pela sua validade, como se observa na seguinte decisão:

O acórdão recorrido não se encontra em conformidade com a *ratio* adotada no julgamento do RE 590.415, no qual esta Corte conferiu especial relevância ao princípio da autonomia da vontade no âmbito do direito coletivo do trabalho. Ainda que o acordo coletivo de trabalho tenha afastado direito assegurado aos trabalhadores pela CLT, concedeu-lhe outras vantagens com vistas a compensar essa supressão. Ademais, a validade da votação da Assembleia Geral que deliberou pela celebração do acordo coletivo de trabalho não foi rechaçada nesta demanda, razão pela qual se deve presumir legítima a manifestação de vontade proferida pela entidade sindical. Registre-se que a própria Constituição Federal admite que as normas coletivas de trabalho disponham sobre salário (art. 7º, VI) e jornada de trabalho (art. 7º, XIII e

¹⁴ Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=290618>. Acesso em: 30/04/2019.

¹⁵ Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-set-19/stf-julga-constitucional-jornada-12x36-bombeiro-civil>. Acesso em: 30/04/2019.

XIV), inclusive reduzindo temporariamente remuneração e fixando jornada diversa da constitucionalmente estabelecida. Não se constata, por outro lado, que o acordo coletivo em questão tenha extrapolado os limites da razoabilidade, uma vez que, embora tenha limitado direito legalmente previsto, concedeu outras vantagens em seu lugar, por meio de manifestação de vontade válida da entidade sindical.

4. Registre-se que o requisito da repercussão geral está atendido em face do que prescreve o art. 543-A, § 3º, do CPC/1973: “Haverá repercussão geral sempre que o recurso impugnar decisão contrária a súmula ou jurisprudência dominante do Tribunal”.

5. Diante do exposto, com base no art. 557, § 1º-A, do CPC/1973, dou provimento ao recurso extraordinário para afastar a condenação da recorrente ao pagamento das horas *in itinere* e dos respectivos reflexos salariais. Após o trânsito em julgado, oficie-se à Vice-Presidência do Tribunal Superior do Trabalho, encaminhando-lhe cópia desta decisão para as devidas providências, tendo em conta a indicação do presente apelo como representativo de controvérsia (STF, RE 895.759/PE, Rel. Min. Teori Zavascki, decisão monocrática, DJe 13.09.2016).

Nessa ordem de análise, muito antes da Lei n. 13.467/2017 colapsar a possibilidade de acesso às horas *in itinere*, permitir o regime compensatório intitulado 12x36 de forma ampla, sem mediação sindical e à revelia da autorização do extinto Ministério do Trabalho e Emprego, mesmo quando em havendo atividade insalubre, e do escancaramento do menoscabo aos direitos constitucionais do trabalhador, estatuído pela permissão do assim chamado “negociado sobre legislado”, a Suprema Corte brasileira já havia flexibilizado as normas trabalhistas nessa mesma diretriz e agora vai exatamente no mesmo sentido do Estado-Legislator.

Isto porque ao permitir, de forma retroativa à referida Lei, a terceirização em atividade-fim, ao argumento positivista de inexistência de Lei a proibir a prática empresarial, olvidando-se a Corte de todo o aparato constitucional que atribui normatividade ao valor social do trabalho, que vincula a livre iniciativa (artigo 1º, IV) e que toda a ordem econômica (artigo 170) é fundada na valorização do trabalho humano, para após ser observada a livre iniciativa e que a primeira tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social e guiada pelo princípio da função social da propriedade. É nesse sentido que Bocorny, reflete:

A valorização do trabalho humano, esclareça-se, não somente importa em criar medidas de proteção ao trabalhador, como foi destacado nos Estados Sociais. [...] o grande avanço do significado do conceito que se deu no último século foi no sentido de se admitir o trabalho (e o trabalhador) como principal agente de transformação da economia e meio de inserção social, por isso, não pode ser excluído do debate relativo às mudanças das estruturas de uma sociedade. Assim, o capital deixa de ser o centro dos estudos econômicos, devendo voltar-se para o aspecto, talvez subjetivo, da força produtiva humana (BOCORNY, 2003, p. 42).

Nunca é demais recordar que o valor social do trabalho, na perspectiva da ordem objetiva

em que os valores foram modernamente assimilados pelo Estado constitucional, espri seus efeitos para entidades públicas e particulares, vinculando todos os Poderes da República, máxime o Poder Judiciário, ao qual cabe direcionar seus julgados de acordo com o valor previsto constitucionalmente, maximizando o seu conteúdo e dando-lhe concretude por meio de ações que possam dignificar o trabalho e o trabalhador. Na síntese de Jailton Araújo:

“o valor social do trabalho detém uma acepção que deve nortear a atuação das instituições público-jurídicas, estabelecendo metas implícitas e/ou expressas que tenham como objetivo culminar com a imperiosidade de realização do trabalho como instrumento de emancipação e cidadania. Dessa forma, qualquer ação contrária ao valor social do trabalho é ilegítima, uma vez que impede a realização dos valores que formatam a sua centralidade” (ARAÚJO, 2017, p. 115).

Nas anotações para voto oral, o Ministro Barroso, relator da ADPF 324, que teve seu voto seguido por outros seis Ministros, pontuou que a Constituição “não impõe a adoção de um modelo de produção específico, não impede o desenvolvimento de estratégias empresariais flexíveis, tampouco veda a terceirização”. Mas, “a jurisprudência trabalhista sobre o tema tem sido oscilante e não estabelece critérios e condições claras e objetivas, que permitam sua adoção com segurança”¹⁶.

Saliente-se, no entanto, que o TST tem desenvolvido em sua jurisprudência, balizas seguras para a identificação da atividade finalística de um ator econômico. Atividade-fim é aquela que pode ser visualizada como integrada à dinâmica produtiva do tomador dos serviços (RR 267-89.2013.5.06.0012, de relatoria do Ministro José Roberto Freire Pimenta, julgado em 09/12/2015), intrínseca ao seu objeto social (E-RR 1320-60.2012.5.06.0006, de relatoria do Ministro Cláudio Mascarenhas Brandão, julgado em 03/12/2015) e, por isso mesmo, indispensável à consecução deste (AIRR 541-27.2010.5.01.0035, de relatoria do Ministro Luiz Philippe Vieira de Mello Filho, julgado em 25/06/2014), abrangendo os serviços e funções nos quais se consuma a vocação do negócio, bem como todas aquelas atividades relacionadas com etapas (prévias ou posteriores) essenciais ao sucesso global da atividade econômica (RR 85740-44.2001.5.04.0004, de relatoria do Ministro Lelio Bentes Corrêa, julgado em 03/08/2011), compondo a essência da dinâmica empresarial do tomador de serviços e contribuindo inclusive para a definição de seu posicionamento e classificação no contexto empresarial e econômico (AIRR 1829-47.2013.5.03.0003, de relatoria do Ministro Mauricio Godinho Delgado, julgado em 24/09/2014).

¹⁶ Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI286649,31047-STF+julga+constitucional+terceirizacao+de+atividadefim>. Acesso em: 30/04/2019.

Também assinalou o Ministro Barroso, que “a terceirização não enseja, por si só, precarização do trabalho, violação da dignidade do trabalhador ou desrespeito a direitos previdenciários. É o exercício abusivo da sua contratação que pode produzir tais violações”.

Não obstante tais ponderações, por ocasião do parco debate estabelecido na época em que rapidamente tramitava o projeto que redundou na Lei nº 13.467/2017, o DIEESE emitiu nota técnica sobre os impactos da terceirização no Brasil. E, considerando somente o ano de 2014, os dados obtidos revelam que a taxa de rotatividade descontada é duas vezes maior nas atividades tipicamente terceirizadas (57,7%, contra 28,8% nas atividades tipicamente contratantes); nas atividades tipicamente terceirizadas, 44,1% dos vínculos de trabalho foram contratados no mesmo ano, enquanto nas tipicamente contratantes, o percentual foi de 29,3%; 85,9% dos vínculos nas atividades tipicamente terceirizadas tinham jornada contratada entre 41 e 44 horas semanais. Já nos setores tipicamente contratantes, a proporção era de 61,6%; os salários pagos nas atividades tipicamente terceirizadas fora da região Sudeste eram menores, o que reforça as desigualdades regionais. O percentual de afastamentos por acidentes de trabalho típicos nas atividades tipicamente terceirizadas é maior do que nas atividades tipicamente contratantes - 9,6% contra 6,1%. Os salários nas atividades tipicamente terceirizadas eram, em média, 23,4% menor do que nas atividades tipicamente contratantes (R\$ 2.011 contra R\$ 2.639)¹⁷.

É dizer, a terceirização, mesmo nos moldes permitidos pela súmula nº 331 do TST, acarretava extremada desigualdade regional, ofensa ao princípio da isonomia, em relação aos empregados contratados diretamente pelo tomador de serviços e os que lhe prestam serviços de forma intermediada. A nota técnica igualmente demonstra o que já se constata empiricamente: os empregados terceirizados trabalham mais, ganham menos e sofrem mais acidentes de trabalho. Ou seja, ao revés do quanto pontuado pelo Ministro Barroso, a terceirização é sim uma forma de precarização do trabalho humano e isso é constatado estatisticamente.

O Relator da ADPF nº 324-DF, também asseverou oralmente que “em um momento em que há 13 milhões de desempregados e 37 milhões de trabalhadores na informalidade, é preciso considerar as opções disponíveis sem preconceitos ideológicos ou apego a dogmas”. Diante desta assertiva, seria os princípios constitucionais do valor social do trabalho, proteção do trabalhador e não-retrocesso social “dogmas” ideológicos?

¹⁷ Disponível em: <https://www.dieese.org.br/notatecnica/2017/notaTec172Terceirizacao.html>. Acesso em: 01/05/2019.

No julgamento da referida ação não se analisou o conteúdo ou sequer a força normativa do valor social do trabalho. Os sete Ministros indicados ao norte apenas focaram os seus respectivos votos na ofensa à livre iniciativa e na ausência de Lei ou previsão constitucional que proibisse a terceirização em atividade-fim.

Lamentavelmente, não foram analisados os argumentos sempre trazidos pela doutrina trabalhista, no sentido de que a terceirização em atividade-fim precariza o trabalho humano, conduzindo-o à mera mercadoria e custo, que deve ser diminuído pelas empresas, para que estas possam se transformar em corporações mais competitivas. Também não se analisou o conteúdo protetivo previsto na Carta Política de 1988, que em seu artigo 7º, *caput* estabelece uma marcha progressista de direitos dos trabalhadores urbanos e rurais. Ao revés disso, permitiu-se que a venda da força de trabalho humano ficasse ao sabor da lógica de mercado, em franco menoscabo à diretriz do Estado Social e exaltação aos argumentos que ficariam muito bem empregados em um cenário positivista e de um Estado sob a égide liberal.

O argumento de que a liberação da terceirização irrestrita gerará mais empregos, posto que estes são os disponíveis no mercado, gera uma falsa afirmação de que realmente se deseja a diminuição do desemprego. Isso porque não há qualquer pesquisa assegurando que a lógica de menos direitos ensejará mais postos de trabalho, o que parece até óbvio, já que ao mínimo sinal de crise econômica, normalmente se pensa como primeira solução a diminuição de postos de trabalho e isso é estimulado quando as cessações contratuais se tornam mais baratas.

Ao revés do quanto dito e pretendido pelo discurso de “menos direitos gerarão mais empregos”, segundo a Organização Internacional do Trabalho, em decorrência da eclosão da crise econômica e da recessão das suas economias, muitos países introduziram medidas de diminuição da proteção tanto do trabalho formal, quanto do trabalho informal e flexibilizado, com o objetivo de alavancar o crescimento econômico, no entanto, tais medidas não obtiveram êxito, e contribuíram para o aumento do trabalho vulnerável, em condições precárias.

a análise do relatório da relação entre a regulamentação do trabalho e os indicadores-chave do mercado de trabalho, como o desemprego, sugere, no entanto, que a redução da proteção dos trabalhadores não se traduziu na diminuição do desemprego. Na verdade, as conclusões deste relatório sugerem que as mudanças mal concebidas que enfraquecem a legislação de proteção do emprego muito provavelmente serão contraproducentes para o emprego e a participação no mercado de trabalho, tanto a curto como a longo prazo (OIT, 2019).

A última Reforma Trabalhista brasileira, operada em 2017, liberou irrestritamente a terceirização, e tal medida era apontada como uma realidade inevitável, para que as empresas locais

pudessem se adaptar ao padrão internacional e, assim, se tornar mais competitivas. No entanto, o resultado de tal medida foi inverso ao pretendido, vez que o desemprego, além de não diminuir, ainda aumentou¹⁸, demonstrando-se estatisticamente que a flexibilização da proteção trabalhista não é capaz, por si só, de acarretar mais empregabilidade.

5. Ainda mais insegurança jurídica

Argumentou-se na sessão de julgamento da ADPF nº 324, que os critérios estabelecidos pela súmula nº 331 do C. Tribunal Superior do Trabalho era vacilante, mas a decisão da Corte Suprema não trouxe mais segurança jurídica, pois desde o dia 30/08/2018 o Supremo Tribunal Federal fixou a tese alhures indicada, mas até agora só houve publicação da ata, não tendo sido publicado o acórdão, persistindo algumas dúvidas ao sul esclarecidas.

Há necessidade de publicação do acórdão para que a tese fixada vincule as decisões em curso?

O Supremo Tribunal Federal ainda não se manifestou formalmente sobre a modulação dos seus efeitos. Contudo, por ter repercussão geral, a decisão tem efeito vinculante e se aplica imediatamente a todos os processos em trâmite na Justiça do Trabalho.

Veja-se que os artigos 489, § 1º, IV e 927 do Código de Processo Civil não deixam alternativa aos magistrados e tribunais inferiores, senão seguir as decisões já proferidas pelo Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade.

A questão agora é saber se haverá ou não modulação de efeitos dessa decisão e se a suposta modulação poderá ser realizada por meio de embargos de declaração¹⁹. A modulação de efeitos de decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal é facultativa e mais comumente discutida em questões fiscais (SCAFF, 2019), nas quais se aponta a existência de conflito entre a Lei nº 9.868/99, que dispõe sobre o processo e o julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade, e o Código de Processo Civil de 2015.

Enquanto o artigo 27 da Lei nº 9.868/99 exige quórum qualificado (maioria de 2/3 dos

¹⁸ <https://g1.globo.com/economia/noticia/2019/02/27/desemprego-sobe-para-12-em-janeiro-diz-ibge.ghtml>. Acesso em 01/05/2019.

¹⁹ Sobre essa possibilidade, o esclarecedor artigo de Ravi Peixoto, disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-abr-15/ravi-peixoto-stf-modular-efeitos-embargos-declaracao>. Acesso em: 01/05/2019.

membros), o Código de Processo Civil nada dispõe a esse respeito. Assim, é possível sustentar que o silêncio do Código de Processo Civil neste particular não deve ser entendido como uma concordância com a Lei nº 9.868/99, mas sim como um sinal de superação da lei anterior e que, agora, o quórum qualificado é desnecessário nessa questão.

A verdade é que, embora o Supremo Tribunal já tenha debatido o tema diversas vezes, até o momento inexistiu uma decisão clara e objetiva sobre o quórum necessário para a modulação de efeitos de uma decisão que versa sobre constitucionalidade de lei ou atos normativos.

Uma outra indagação que se obtém a partir da fixação da tese no julgamento da ADPF nº 324-DF, diz respeito aos limites da terceirização em atividade-fim. Ou seja, se é possível às empresas brasileiras estabelecer qualquer tipo de organização e divisão do trabalho humano, ainda há alguma restrição a partir do ordenamento jurídico?

De partida, afirma-se que o Supremo Tribunal Federal afastou a possibilidade de julgar quatro Ações Diretas de Inconstitucionalidade que lá tramitam (ADI 5695, ADI 5685, ADI 5686, e a ADI 5687, todas sob a relatoria do Ministro Gilmar Mendes), buscando a declaração de inconstitucionalidade da Lei nº 6.019/74, e sua nova redação, estabelecida a partir da Lei nº 13.467/2017, o que enseja a conclusão de que muita discussão ainda está por vir.

A maioria dos ministros se manifestou no sentido de respeitar a coisa julgada, sem prejuízo de efeitos futuros, porém, a decisão final foi a de que a questão deverá ser tratada em eventuais embargos de declaração, pois não era objeto do julgamento naquele momento.

O Supremo Tribunal Federal não falou sobre a mera intermediação de mão de obra, já que ambas as ações versavam sobre a inconstitucionalidade das decisões que se guiavam pela redação da súmula 331 do TST.

6. Conclusões

Não há dúvidas da urgência e necessidade da regulamentação da terceirização, sobretudo diante das circunstâncias concretas de menores salários, maiores jornadas e mais acidentes entre os terceirizados. Também a difícil distinção entre atividade-fim e atividade-meio, criada pela Súmula 331 do TST, em razão da omissão de outrora do legislador em disciplinar a matéria, demandava um regramento para a questão da terceirização no Brasil. No entanto, a regulamentação editada franqueou a terceirização para todos os setores e atividades da empresa, sugerindo que, doravante, as empresas não mais tenham empregados, mas que, conforme necessidade, aluguem seus trabalhadores perante

as empresas “especializadas” em terceirização.

Com advento das Leis 13.429 e 13.467 de 2017, a legislação infraconstitucional franqueia a terceirização total, entendida como terceirização daquilo que anteriormente se chamava de atividade-fim, haja vista que, para a atividade-meio já se admitia a terceirização. Essa terceirização total acarretou uma série de outros problemas para o sistema trabalhista. Além da medida de desproteção social, existem dúvidas sobre a situação de enquadramento sindical, isonomia normativa e igualdade de regimes e direitos para trabalhadores na mesma atividade.

As decisões STF na ADPF n. 324/DF e no RE n. 958.252, igualmente, não aclararam a situação. Ao contrário, surgem novas questões tortuosas e dúvidas. A *ratio* destas decisões indica que a Corte Suprema prossegue em uma linha conservadora, do ponto de vista da proteção dos direitos sociais, todavia adota uma linha progressista em decisões dos direitos individuais. Disto extrai-se que os direitos sociais não têm tanto valor na atual linha jurisprudencial do STF, cuja axiologia vem privilegiando a livre iniciativa. Entretanto, em razão da pouca profundidade das questões trabalhistas enfrentadas nas citadas decisões do Supremo, espera-se que o tema volte e seja mais aprofundado especialmente em virtude das ações de constitucionalidade pendentes de julgamento sobre o tema.

Neste ponto, é urgente desvelar que o problema da terceirização refere-se, no âmago, ao conceito de empresa e sua atividade, o que vem sendo trabalhado a partir da limitada dicotomia atividade-fim e atividade-meio. Nesta linha, é preciso reforçar a racionalidade protetiva do juslaboralismo de que a empresa que recebe trabalho humano, independentemente das formas jurídicas desta prestação laboral, deve responder juridicamente pelos direitos trabalhistas daqueles que lhe prestaram seus serviços. Destarte, é incontestável a necessidade de regular a terceirização no Brasil, sobretudo para se garantir o projeto político constitucional de proteção e valor social do trabalho.

Bibliografia e referências

ABRAMOVICH, Victor; COURTIS, Christian. *Direitos sociais são exigíveis*. Trad. Luis Carlos Stephanov, Porto Alegre: Ed. Dom Quixote, 2011.

ARAÚJO, Jailton Macena de. Valor social do trabalho na constituição federal de 1988: instrumento de promoção de cidadania e de resistência à precarização, in.: *Revista de Direito Brasileira*: São Paulo, SP, v. 16, n. 7, p. 115 – 134, Jan.Abr. 2017.

BOCORNY, L. R. *A valorização do trabalho humano no Estado Democrático de Direito*. Porto Alegre: SAFE, 2003, p. 42.

CARRION, Valentin. *Comentários à Consolidação das leis do trabalho*. 29ª Ed. São Paulo:

Ltr, 2004.

DALLEGRAVE NETO, José Affonso. *Norma trabalhista, sistema jurídico e a proibição do retrocesso social: Ensaio sobre a inconstitucionalidade dos projetos de lei que visam permitir a terceirização da atividade-fim*. In: CARELLI, Bianca Bomfim; MEDEIROS, Benizete Ramos de. *Um Construtor dos Direitos Sociais: Estudos em Homenagem a Benedito Calheiros Bomfim*. São Paulo: Ltr, 2016. p. 76-87.

DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 8ª Ed. São Paulo: LTr; 2008.

MARTINS, Sérgio Pinto, *A Terceirização e o Direito do Trabalho*, 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Perspectivas sociais e de emprego no mundo- mudança na modalidade de emprego-sumário executivo**. Geneva, 2015. 8 p. Disponível em: <http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/---publ/documents/publication/wcms_369023.pdf>. Acesso em: 01/05/2019.

OLIVEIRA, Murilo Carvalho Sampaio. *(Re)Pensando o Princípio da Proteção na Contemporaneidade*. São Paulo: LTr, 2009.

_____. OLIVEIRA, Murilo Carvalho Sampaio. *Relação de Emprego, Dependência Econômica e Subordinação Jurídica: Revisitando conceitos*. Curitiba: Juruá, 2013.

PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Terceirização e Responsabilidade Patrimonial da Administração Pública*. O Trabalho, Curitiba, n.47, p. 1122-1126, 2001.

PAMPLONA FILHO, Rodolfo; PAULA, Eduardo. *A Administração Pública e a Possibilidade do Pagamento Direto aos Trabalhadores pelo Inadimplemento de Obrigações Trabalhistas pela Empresa Terceirizada?* In: Guilherme Guimarães Feliciano; Marco Aurélio Marsiglia Treviso; Saulo Tarcísio de Carvalho Fontes. (Org.). *Reforma Trabalhista: visão, compreensão e crítica*. São Paulo: LTr, 2017, v. 1, p. 143-150.

PINTO, Rodrigues. *Curso de Direito Individual do Trabalho*. 3ª. São Paulo: LTr, 1997.

PINTO, José Augusto Rodrigues; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Repertório de Conceitos Trabalhistas*. Vol. I (Direito Individual). São Paulo: LTr, 2000.

ROMITA, Arion Sayão, “A terciarização e o direito do trabalho”, in *Revista LTr.*, 56-68, São Paulo, LTr Editora, 1992.

SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e relações privadas*. 2. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2006.

SCAFF, Fernando Facury. *Modulação do PIS/Cofins e o desrespeito aos contribuintes litigantes*. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2017-abr-10/justica-tributaria-modulacao-piscofins-desrespeito-aos-contribuintes-litigantes>. Acesso em 01/05/2019.

SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. *Curso de Direito do Trabalho: a relação de emprego*. Vol. II. São Paulo: LTr, 2008.

SUPIOT, Alain (Coord). *Trabajo y Empleo: transformaciones del trabajo y futuro del Derecho del Trabajo em Europa*. Valencia, Tirant Lo Blanch, 1999. TAVARES, Maria Augusta. *Os fios invisíveis da produção capitalista: informalidade e precarização do trabalho*. São Paulo: Cortez, 2004.

VIANA, Márcio Túlio. *Terceirização e sindicato: um enfoque para além do jurídico*. São Paulo: LTr, jul.2002. VILHENA, Paulo Emílio Ribeiro. *Relação de emprego: estrutura legal e supostos*. 3ª Ed. São Paulo: LTr, 2005.