

A terceirização e o Supremo Tribunal Federal: riscos aos direitos trabalhistas

Carolina Mercante*
Wellington Castilho Garcia**

Resumo

O fenômeno da terceirização é globalmente utilizado no meio empresarial como instrumento de redução de custos e externalização de riscos sociais. No Brasil, o debate normativo transcendeu a esfera democrática do Congresso Nacional, tendo sido levado, pelas classes empresariais, à apreciação do órgão de cúpula do Poder Judiciário. Nessa conjuntura, este artigo objetiva analisar o discurso e as ações dos grupos de pressão acerca dos limites jurídicos da terceirização e indicar possíveis impactos da intervenção do STF nessa seara.

Palavras-chave: terceirização; atividade-fim; Supremo Tribunal Federal; direitos trabalhistas.

Abstract

The outsourcing phenomenon has been broadly used in business environments as a means of cost reduction and outsourcing of social risks. In Brazil, the normative democratic debate transcended the sphere of Congress, having been taken, by the business classes, to the appreciation of Brazilian Supreme Court (STF). In this context, this article aims to analyze the speech and actions of pressure groups about the legal limits of outsourcing and indicate possible impacts of the Supreme Court intervention on this subject.

Key-words: outsourcing; core activity; Brazilian Supreme Court; labor rights.

Sumário: Introdução. 1. Terceirização: técnica para “otimizar” resultados ou mecanismo de precarização das relações de trabalho? 2. Os limites jurídicos da terceirização de serviços na visão do Tribunal Superior do Trabalho. 3. A terceirização e o Supremo Tribunal Federal. 3.1. Casos “Cenibra” e “Contax”: contexto fático e aspectos processuais gerais. 3.2. Atividade-fim e a repercussão geral. 3.3. As ações dos grupos de pressão. 3.4 Expectativas quanto ao julgamento da matéria pelo STF. Considerações finais. Referências.

Introdução

O capital está constantemente aperfeiçoando seus métodos na mira de lucros extraordinários. Com esse propósito, a partir do modelo de gestão consagrado como *toyotismo*¹, a engenharia capitalista constatou ser economicamente vantajoso atribuir a

* Procuradora do Trabalho. Doutoranda em Direito do Trabalho pela USP.

** Mestrando em Direito do Trabalho pela USP. Pesquisador – bolsista pela FAPESP.

¹ Toyotismo: ou ohnismo, de Ohno, engenheiro que o criou na fábrica da Toyota, como via japonesa de expansão e consolidação do capitalismo monopolista industrial, é uma forma de organização do trabalho que nasce na Toyota, no Japão-pós 1945 e que, rapidamente, se propaga para as grandes companhias daquele país. As principais características desse modelo são a produção vinculada à demanda, ao contrário da produção em massa do fordismo; o trabalho operário em equipe, como multivariada de funções; o processo produtivo flexível, que possibilita ao operário manusear simultaneamente várias máquinas; a presença do *just in time* (melhor aproveitamento do tempo de produção); estoques mínimos; senhas de comando para reposição de peças e estoque; estrutura horizontalizada – apenas 25% (vinte e cinco por cento) da produção é realizada pela própria empresa, o restante é realizado por empresas terceirizadas; organização de círculos de controle de qualidade, compostos pelos empregados, que são instigados a melhorar seu trabalho e desempenho. BERGAMANN, Luiz Felipe. A responsabilidade pelos créditos trabalhistas nos principais contratos de terceirização entre empresas privadas. In: DALLEGRAVE NETO, José Affonso. *Direito do Trabalho Contemporâneo: flexibilização e efetividade*. (Coord.). São Paulo: LTr, 2003. p. 279.

terceiros o exercício de certas atividades, com a consequente externalização dos riscos sociais e a diminuição de custos.

A partir do último quartel do século XX, essa técnica de gestão da força de trabalho foi mundialmente difundida, tendo se tornado “prática-chave” no âmbito empresarial, transformando-se na principal via de precarização das relações de trabalho.²

Entre os efeitos deletérios da terceirização estão a redução dos patamares salariais, a majoração das jornadas de trabalho, a elevação da quantidade de doenças ocupacionais e acidentes de trabalho, a fragmentação dos sindicatos e a diminuição do poder de barganha em negociações coletivas, a perda de identidade profissional, a alta rotatividade nos postos de trabalho, o aumento das demandas judiciais, tendo em vista a recorrente inadimplência das empresas prestadoras de serviços, além da invisibilidade e discriminação no ambiente laboral.³

Por outro lado, nota-se que os ideólogos da terceirização propagam a ideia de que tal prática objetiva proporcionar às empresas concentração em suas atividades essenciais. Aduzem que focar recursos no *core business* viabiliza o alcance de melhores resultados no tocante à qualidade dos produtos ou dos serviços.

Todavia, tais argumentos se fragilizam na medida em que, atualmente, as associações empresariais, juntamente com seus aparelhos de hegemonia, defendem a construção de um marco regulatório que possibilite a terceirização de quaisquer atividades produtivas, inclusive das atividades-fim.

Inicialmente, o meio corporativo apoiou a aprovação do Projeto de Lei n. 4.330/2004, de autoria do Deputado e empresário Sandro Mabel (PMDB/GO), proposição legislativa que permite a terceirização sem limites, ou seja, torna juridicamente admissível a existência de empresas sem empregados, as quais poderão contratar inúmeras de pequeno porte para arregimentar trabalhadores.

Contudo, a forte pressão das centrais sindicais, instituições públicas de defesa dos direitos dos trabalhadores e entidades da sociedade civil conseguiu adiar a votação do citado projeto de lei.

² BIAVASCHI, Magda Barros; DROPPA, Alisson. Os entendimentos sumulados pelo Tribunal Superior do Trabalho sobre a terceirização. *Boletim Mercado de Trabalho*. Conjuntura e Análise, n. 49, p. 29-39. IPEA, nov. 2011.

³ Tais efeitos da terceirização são apontados nos relatórios de pesquisa que subsidiaram a obra coletiva: DRUCK, Graça; FRANCO, Tânia. *A perda da razão social do trabalho: terceirização e precarização*. São Paulo: Editora Boitempo, 2007. Esses dados também são referenciados nas publicações veiculadas no *blog* <http://trabalho-constituicao-cidadania.blogspot.com.br/>, desenvolvido pelo Grupo de Pesquisa *Trabalho, Constituição e Cidadania*, da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília (UnB).

Como alternativa à via democrática parlamentar, as classes empresariais obtiveram êxito em levar a discussão acerca da terceirização para o Supremo Tribunal Federal (STF), através da análise de casos concretos.

Nessa conjuntura, este artigo objetiva analisar o discurso e as ações dos grupos de pressão acerca dos limites jurídicos da terceirização e indicar possíveis impactos da intervenção do STF nessa seara.

1. Terceirização: técnica para “otimizar” resultados ou mecanismo de precarização das relações de trabalho?

Ao avaliar os resultados das últimas três décadas para a maioria dos trabalhadores e suas famílias, Ângela Borges sintetiza esse período em três palavras: “perdas, precariedade e insegurança”.⁴

De fato, a partir da década de 1980, intensificou-se o processo de flexibilização das relações de trabalho, com o aumento da subcontratação (horizontalização empresarial), o incremento da mais-valia relativa (maior utilização de horas extras) e alta rotatividade no emprego.

A justificativa do empresariado para a terceirização se baseia na suposta necessidade de especialização das corporações, para a manutenção de seus níveis de competitividade no mercado globalizado.

Desvendando esse discurso, Paula Marcelino e Sávio Cavalcante afirmam que muitas das empresas “terceiras” não são criadas em função de especialização técnica, haja vista que tais empresas apenas passam a se especializar a partir da transferência de tecnologias e de conhecimento da tomadora para a terceirizada, evidenciando a subordinação estrutural desta àquela. Os autores esclarecem que algumas empresas terceirizadas “surgem meteoricamente por ocasião de editais públicos e desaparecem na mesma velocidade”.⁵

⁴ BORGES, Ângela. Mercado de trabalho: mais de uma década de precarização. In: DRUCK, Graça; FRANCO, Tânia. *A perda da razão social do trabalho: terceirização e precarização*. São Paulo: Editora Boitempo, 2007. p. 81.

⁵ MARCELINO, Paula; CAVALCANTE, Sávio. Por uma definição de terceirização. *Caderno CRH*, Salvador, v. 25, n. 65, p. 331-343, 2012.

Além do argumento da especialização técnica, difunde-se o mito da flexibilidade⁶, ou seja, a noção de que a nova geração precisa se amoldar aos atuais formatos das relações de trabalho, que possuem maior plasticidade. A esse respeito, Jacob Carlos Lima expõe que:

[...] as empresas transferem para os trabalhadores a responsabilidade de sua permanência no emprego e mesmo no mercado por meio da valorização de atitudes flexíveis frente à inovação, formação e qualificação. Flexibilidade e instabilidade tornam-se, pois, sinônimos e percebidos em sua positividade como inovação e competitividade. Para um número reduzido de trabalhadores, trabalho criador e participativo; para a maioria, a massificação taylorista sobre o trabalho monótono e repetitivo. O desemprego torna-se com isso um problema pessoal.⁷

Um caso emblemático de tentativa de legitimação através da arte da retórica é o documento elaborado pela Confederação Nacional da Indústria (CNI), intitulado *Terceirização: esclarecimentos necessários*⁸. Entre as diversas falácias ali expostas, destacam-se as seguintes:

- A terceirização é uma solução que possibilita a contratação de empresas prestadoras de serviços, permitindo incorporar melhor técnica e tecnologia, obtendo maior produtividade e **qualidade** e diminuindo custos; (grifo nosso)
- A terceirização é positiva porque gera mais empregos;
- A terceirização gera inclusão social na medida em que, ao reduzir os custos dos produtos, amplia a camada de consumidores;
- A inexistência de uma conceituação e possibilidade de verificação objetiva do que efetivamente seja atividade-meio e atividade-fim causa insegurança jurídica;
- É desnecessária a previsão de nova regra que estabeleça a responsabilidade solidária na terceirização, pois o trabalhador não sofre prejuízo algum, recebendo seus direitos de uma forma ou de outra, haja vista que, quando o Judiciário declara a responsabilidade subsidiária, a contratante será responsabilizada caso a contratada não possua bens e recursos suficientes;

⁶ MÉSZÁROS, István. Desemprego e precarização: um grande desafio para a esquerda. Disponível em: <http://resistir.info/crise/desemprego_precarizacao.html>. Acesso em 12 ago. 2014.

⁷ LIMA, Jacob Carlos. A terceirização e os trabalhadores: revisitando algumas questões. *Cadernos de Psicologia Social do Trabalho*, v. 13, n. 1, p. 17-26, 2010.

⁸ CASALI, Emerson, MUGNAINI, Marcus Vinicius Mendes; CARNEIRO, Pablo Rolim. *Terceirização: esclarecimentos necessários*. Confederação Nacional da Indústria (CNI), Unidade de Relações do Trabalho e Desenvolvimento Associativo. 07-08-2009. Disponível em: <<http://www.cni.org.br/portal/lumis/portal/file/fileDownload.jsp?fileId=FF8080812792D1F501279BE5478E0C88>>. Acesso em 15 ago.2014.

Quanto à qualidade dos produtos e dos serviços, não há evidências de que a terceirização seja um instrumento de aprimoramento. Ao contrário, é expressiva a quantidade de *recalls* no setor automotivo (fabricação de autopeças)⁹, também sendo elevado o número de reclamações referentes a serviços de teleatendimento¹⁰, atividades significativamente afetadas pela terceirização.

No que se refere ao aumento dos empregos formais, o documento da CNI não expressa a qualidade desses empregos, isto é, não menciona que os novos postos de trabalho são mal remunerados, com jornadas de trabalho extensas, mais acidentes de trabalho, entre outras desvantagens.

Segundo estudo elaborado pelo Departamento Intersindical de Estatísticas e Estudos Socioeconômicos (DIEESE) e pela Central Única dos Trabalhadores (CUT), em dezembro de 2010, a remuneração do trabalhador terceirizado foi 27,1% menor e sua jornada de trabalho semanal superior em 3 horas, quando comparadas ao empregado com vínculo empregatício direto. Caso a jornada do terceirizado fosse idêntica a dos demais empregados, seria possível a criação de 801.383 novas vagas de trabalho. Ademais, constatou-se a alta rotatividade no mercado de trabalho, enquanto um empregado direto permanece, em média, 5,8 anos no mesmo emprego, o terceiro não ultrapassa 2,6 anos.¹¹

Desse modo, desmantela-se o mito da geração de emprego na terceirização, pois há a redução dos postos de trabalho, conseqüente à ampliação da jornada laboral, permissão advinda do enquadramento em categoria profissional diversa do empregado com laços diretos, cita-se como exemplo recorrente os prestadores de serviços bancários, enquanto o bancário labora 6 horas diárias, não há óbices ao elastecimento da carga horária do subcontratado.¹²

O dossiê revelou também, números vultosos do Ministério do Trabalho e Emprego envolvendo acidentes de trabalho graves e fatais: 8 entre 10 acidentes ocorrem

⁹ 2013 bate o recorde em número de recalls, diz Ministério da Justiça. 15-01-2014. Jornal Valor Econômico. Disponível em: <<http://www.valor.com.br/empresas/3396398/2013-bate-o-recorde-em-numero-de-recalls-diz-ministerio-da-justica#ixzz3BPDDbdim>>. Acesso em 16 ago. 2014.

¹⁰ Reclamações no PROCON: *Teles estão entre as campeãs de reclamações no PROCON*. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/noticias/Jornal/emdiscussao/banda-larga/mercado-telecomunicacoes/reclamacoes-no-procon.aspx>>. Acesso em 20 ago. 2014.

¹¹ DIEESE; CUT. *Terceirização e desenvolvimento, uma conta que não fecha*. Dossiê sobre o impacto da terceirização sobre os trabalhadores e propostas para garantir a igualdade de direitos. São Paulo: DIEESE/CUT, 2011. p. 6.

¹² DIEESE; CUT. *Terceirização...*, op. cit., p. 13.

nas empresas prestadoras de serviço; quando se dá o resultado morte, 4 entre 5 óbitos são de trabalhadores terceirizados. Tais fatos se explicam, principalmente pela transferência de alteridade das empresas aos empreendimentos menores, por vezes, sem condições tecnológicas e financeiras de gerenciar os riscos do seu processo de trabalho, assim como os prazos contratuais curtos entre tomadoras e prestadoras de serviços, acarretando exigências acima dos limites físicos e psíquicos dos trabalhadores.¹³

Acerca da suposta inclusão social, pode-se constatar que, na realidade, os salários dos trabalhadores terceirizados são, em regra, menores, o que acarreta o endividamento das famílias.

Ademais, não há que se falar em insegurança jurídica, pois, a partir de uma leitura sistematizada do ordenamento jurídico, o Tribunal Superior do Trabalho editou a Súmula 331, que estabelece diretrizes para os julgamentos sobre a terceirização de serviços.

De sua parte, os juízes de primeira e segunda instância, com base na legislação trabalhista vigente, analisam os casos concretos, por meio de provas documentais e testemunhais, verificando a modalidade das atividades terceirizadas (atividades-fim ou atividades-meio) e detectando a incidência ou não dos requisitos da relação de emprego.

Acerca da responsabilidade jurídica pelos débitos trabalhistas, o documento da CNI não cita o fato de que há prazo legal (art. 477, da CLT) para que o empregador pague as verbas rescisórias devidas aos seus empregados. Entretanto, empresas de terceirização, com frequência, são inadimplentes, fazendo com que os trabalhadores apenas recebam judicialmente seus direitos básicos. Jorge Luiz Souto Maior salienta que esses trabalhadores, durante o vínculo de emprego, foram submetidos a um “processo de segregação, de discriminação, de fragilização, quando não de invisibilidade, ainda se vêem obrigados a suportar anos de lide processual para receber parte de seus direitos.”¹⁴

Portanto, o reconhecimento da responsabilidade solidária da tomadora de serviços poderia evitar a inadimplência trabalhista, pois estimularia a empresa tomadora a ser mais criteriosa na escolha e fiscalização das empresas contratadas.

Em contrapartida ao ideário empresarial, Rodrigo de Lacerda Carelli sugere parâmetros para uma “humanização da terceirização”, entre eles: a responsabilidade

¹³ DIEESE; CUT. *Terceirização...*, op. cit., p. 14-16.

¹⁴ SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. *PL 4330, o shopping center fabril: Dogville mostra a sua cara e as possibilidades de redenção*. Disponível em: <<http://www.abrat.net/portal/noticias/mostraConteudo.asp?codConteudo=3166>>. Acesso em: 05 fev.2014.

solidária da tomadora de serviços pelas obrigações trabalhistas referentes aos trabalhadores das empresas terceirizadas; a isonomia de direitos entre empregados da empresa principal e aqueles das empresas contratadas; a possibilidade de sindicalização pelo sindicato da categoria dos trabalhadores da empresa principal.¹⁵

Ocorre que, caso fossem exigidas as condições listadas por Carelli para se permitir a terceirização, tal “técnica de gestão” não seria mais atraente, tendo em vista que não seria mais um mecanismo hábil para se atingir redução de custos empresariais.

Por todo o exposto, compreende-se que os diferentes modos de produção e de divisão do trabalho são adaptações às necessidades históricas da acumulação capitalista. Em outras palavras, as invenções organizacionais do capital são diferentes modos de se explorar ao máximo a classe trabalhadora e, com isso, obter mais lucro. Embora haja variações na forma em função das peculiaridades de cada contexto histórico, a essência do capitalismo permanece.

2. Os limites jurídicos da terceirização de serviços na visão do Tribunal Superior do Trabalho

No meio empresarial, costuma-se difundir o sofisma de que existe um “vácuo legal”¹⁶ quanto à terceirização no país, o qual impulsionou a Justiça do Trabalho a criar súmula que restringe a liberdade de iniciativa e o amplo exercício do direito de propriedade.

Em sentido contrário, nosso argumento se estrutura no fato de que, diante da ausência de lei que regule de modo geral a terceirização de serviços, o Tribunal Superior do Trabalho, promovendo interpretação sistematizada do ordenamento jurídico, formulou súmula na tentativa de uniformizar a jurisprudência trabalhista quanto à matéria. A comprovação de nossa tese será feita mediante a narrativa dos dispositivos legais que nortearam a construção do posicionamento do TST acerca dos limites jurídicos da terceirização.

¹⁵ CARELLI, Rodrigo de Lacerda. Terceirização e direitos trabalhistas no Brasil. In: DRUCK, Graça; FRANCO, Tânia. *A perda da razão social do trabalho: terceirização e precarização*. São Paulo: Editora Boitempo, 2007. p.66.

¹⁶ Expressão utilizada pela Confederação Nacional da Indústria (CNI) no documento *Terceirização: esclarecimentos necessários*. Disponível em: <<http://www.cni.org.br/portal/lumis/portal/file/fileDownload.jsp?fileId=FF8080812792D1F501279BE5478E0C88>>. Acesso em 15 ago.2014.

Primeiramente, é importante destacar que, no início da década de 1970, nos Estados Unidos da América, já havia cerca de 750 mil terceirizados.¹⁷

Confirmando a alta influência norte-americana nos processos decisórios da Administração Pública brasileira durante o regime militar, foi promulgado o Decreto-Lei n. 200, de 1967, com o objetivo de descentralizar determinadas atividades, delegando-as à iniciativa privada. Essas atividades dizem respeito não somente a serviços eventuais, mas também abrangem serviços continuados em atividades-meio.¹⁸

Em 1974, a Lei n. 6.019 possibilitou o fornecimento de mão de obra, por meio de empresa de trabalho temporário, para atender à necessidade transitória de substituição de pessoal regular e permanente ou a acréscimo extraordinário de serviços da empresa cliente (tomadora de serviços).

Com a Lei n. 7.102 de 1983, permitiu-se aos estabelecimentos financeiros, a contratação de empresas especializadas em serviços de vigilância e de transporte de valores.

Nessa conjuntura, o TST considerava ilícita a “locação da força de trabalho”, apenas admitindo a terceirização nas hipóteses de trabalho temporário e nos contratos com empresas de vigilância. Vale destacar que nem mesmo a terceirização de serviços de limpeza era permitida, por falta de amparo legal. Eis o teor do antigo Enunciado n. 256, de 1986:

Salvo os casos de trabalho temporário e de serviço de vigilância, previstos nas Leis n.ºs 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.

Porém, com as fortes pressões da ideologia neoliberal, em 1993, o TST revisou o referido enunciado, para acrescentar às hipóteses de terceirização, as atividades de conservação e limpeza, bem como os serviços especializados ligados às atividades-meio do tomador, desde que inexistentes a personalidade e a subordinação direta.

Assim, o TST flexibilizou os conceitos de empregado e empregador contidos nos artigos 2º e 3º, da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) e passou a admitir a

¹⁷ ALMEIDA, Isis de. *O Regime de Trabalho Temporário*. São Paulo: Saraiva, 1977, p. 58.

¹⁸ Transcreve-se o §7º, do art. 10, do Decreto-lei n. 200/1967: Para melhor desincumbir-se das tarefas de planejamento, coordenação, supervisão e controle e com o objetivo de impedir o crescimento desmesurado da máquina administrativa, a Administração procurará desobrigar-se da realização material de tarefas executivas, recorrendo, sempre que possível, à execução indireta, mediante contrato, desde que exista, na área, iniciativa privada suficientemente desenvolvida e capacitada a desempenhar os encargos de execução.

terceirização no tocante às funções especializadas, ou seja, não relacionadas às atividades-fim do tomador de serviços.

No âmbito da Administração Pública Federal, em 1997, foi promulgado o Decreto n. 2.271, que autoriza, em seu art. 1º, *caput*, a execução indireta de atividades materiais acessórias, instrumentais ou complementares aos assuntos que constituem área de competência legal do órgão ou entidade. Ademais, o aludido decreto estabelece que:

As atividades de conservação, limpeza, segurança, vigilância, transportes, informática, copeiragem, recepção, reprografia, telecomunicações e manutenção de prédios, equipamentos e instalações serão, de preferência, objeto de execução indireta. (art. 1º, § 1º).

Não poderão ser objeto de execução indireta as atividades inerentes às categorias fundacionais abrangidas pelo plano de cargos do órgão ou entidade, salvo expressa disposição legal em contrário ou quando se tratar de cargo extinto, total ou parcialmente, no âmbito do quadro geral de pessoal (art. 1º, § 2º).

Em 2000, por meio da Resolução n. 96, a Corte Superior Trabalhista editou a Súmula 331, com o seguinte teor:

331 – CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS – LEGALIDADE – REVISÃO DO ENUNCIADO Nº 256I - A contratação de trabalhadores por empresa interposta é ilegal, formando-se o vínculo diretamente com o tomador dos serviços, salvo no caso de trabalho temporário (Lei nº 6.019, de 03.01.1974). II - A contratação irregular de trabalhador, mediante empresa interposta, não gera vínculo de emprego com os órgãos da Administração Pública direta, indireta ou fundacional (art. 37, II, da CF/1988).

III - Não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância (Lei nº 7.102, de 20.06.1983) e de conservação e limpeza, bem como a de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistente a personalidade e a subordinação direta. IV - O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços, quanto àquelas obrigações, inclusive quanto aos órgãos da administração direta, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista, desde que hajam participado da relação processual e constem também do título executivo judicial (art. 71 da Lei nº 8.666, de 21.06.1993).

Constatou-se que a citada súmula foi intensamente referenciada em decisões proferidas em primeiro e segundo graus de jurisdição pelos diversos órgãos da Justiça do Trabalho em todo o país, os quais reconheceram a responsabilidade subsidiária dos

tomadores de serviços em decorrência da alta taxa de inadimplência das empresas de terceirização de serviços quanto aos encargos trabalhistas e previdenciários.

Uma das consequências da aplicação reiterada da Súmula n. 331 no âmbito do Judiciário Trabalhista foi o inconformismo de alguns gestores e advogados públicos com o fato de a Administração Pública ter de arcar com os prejuízos financeiros advindos da inadimplência trabalhista de empresas terceirizadas.

Nesse cenário, o Governo do Distrito Federal ajuizou ação direta de constitucionalidade com relação ao art. 71, parágrafo primeiro, da Lei n. 8.666/1993 (Lei de Licitações), sob o argumento de que o referido dispositivo afasta a responsabilidade da Administração Pública pela inadimplência do contratado, com referência aos encargos trabalhistas, fiscais e comerciais.¹⁹ A União e diversos outros entes da Federação ingressaram na ADC como *amicus curiae*, com pedido de providência cautelar.

Por sua vez, o STF reconheceu a constitucionalidade do art. 71, §1º, da Lei de Licitações, atribuindo a essa decisão eficácia vinculante e efeitos *erga omnes*. Esclareceu a Suprema Corte que o TST não poderia generalizar todas as situações de responsabilização do Estado, devendo analisar caso a caso se a inadimplência da contratada decorre de omissão do dever de fiscalização pelo órgão público contratante, em especial no que tange à qualificação econômico-financeira.

Vale registrar a ementa do acórdão proferido na Ação Declaratória de Constitucionalidade n. 16:

RESPONSABILIDADE CONTRATUAL. Subsidiária. Contrato com a administração pública. Inadimplência negocial do outro contraente. Transferência consequente e automática dos seus encargos trabalhistas, fiscais e comerciais, resultantes da execução do contrato, à administração. Impossibilidade jurídica. Consequência proibida pelo art., 71, §1º, da Lei federal nº 8.666/93. Constitucionalidade reconhecida dessa norma. Ação direta de constitucionalidade julgada, nesse sentido, procedente. Voto vencido. É constitucional a norma inscrita no art. 71, § 1º, da Lei federal nº 8.666, de 26 de junho de 1993, com a redação dada pela Lei nº 9.032, de 1995. (DJ, 03.12.2010).

Na esteira do posicionamento adotado pelo Supremo Tribunal Federal, o

¹⁹ Art. 71. O contratado é responsável pelos encargos trabalhistas, previdenciários, fiscais e comerciais resultantes da execução do contrato. § 1º A inadimplência do contratado, com referência aos encargos trabalhistas, fiscais e comerciais não transfere à Administração Pública a responsabilidade por seu pagamento, nem poderá onerar o objeto do contrato ou restringir a regularização e o uso das obras e edificações, inclusive perante o Registro de Imóveis. (Redação dada pela Lei n. 9.032, de 1995)

Tribunal Superior do Trabalho modificou a redação do item IV e acrescentou os itens V e VI à Súmula n. 331, que passou ter o seguinte teor:

Súmula n.331 do TST

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

[...]

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

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

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

A atual redação da Súmula 331, do TST continua se fundamentando no fato de que a Administração Pública incorre na culpa *in vigilando* quando não exige do prestador de serviços o cumprimento das obrigações laborais, deixando de aplicar as sanções previstas no art. 87²⁰, da Lei n. 8.666/1993 ou deixando de rescindir o contrato. Considerando que os artigos 58, III²¹ e 67²², da Lei n. 8.666/1993 impõem à Administração Pública o dever de fiscalizar a execução dos contratos, bem como o cumprimento das obrigações trabalhistas, a falta de fiscalização enseja a culpa do ente público, autorizando sua responsabilização pelos créditos trabalhistas não adimplidos pelos contratados.

²⁰ Art. 87. Pela inexecução total ou parcial do contrato a Administração poderá, garantida a prévia defesa, aplicar ao contratado as seguintes sanções: I - advertência; II - multa, na forma prevista no instrumento convocatório ou no contrato; III - suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração, por prazo não superior a 2 (dois) anos; IV - declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública enquanto perdurarem os motivos determinantes da punição ou até que seja promovida a reabilitação perante a própria autoridade que aplicou a penalidade, que será concedida sempre que o contratado ressarcir a Administração pelos prejuízos resultantes e após decorrido o prazo da sanção aplicada com base no inciso anterior.

²¹ Art. 58. O regime jurídico dos contratos administrativos instituído por esta Lei confere à Administração, em relação a eles, a prerrogativa de: (...) III - fiscalizar-lhes a execução.

²² Art. 67. A execução do contrato deverá ser acompanhada e fiscalizada por um representante da Administração especialmente designado, permitida a contratação de terceiros para assisti-lo e subsidiá-lo de informações pertinentes a essa atribuição.

Portanto, verifica-se que a atual redação da Súmula 331 é originária da competência constitucional do TST para julgar recursos em matéria trabalhista. Munido de tal competência, em meio a avanços e retrocessos, o aludido tribunal interpretou o conjunto de regras e princípios jurídicos vigentes, construindo jurisprudência acerca da terceirização de serviços. Ao sugerir parâmetros decisórios aos juízos de primeiro e segundo graus, o TST objetivou proporcionar segurança jurídica, (instituto tão almejado pelas classes empresariais) às relações de trabalho triangulares.

3. A terceirização e o Supremo Tribunal Federal

Conforme acima referenciado, o fenômeno da terceirização se originou, principalmente, com o objetivo de diminuir os custos de produção, não havendo lei que apresente os contornos de aplicabilidade do referido instituto jurídico, isto é, as atividades e serviços aos quais há a possibilidade do emprego de mão de obra terceirizada.²³ O ordenamento jurídico brasileiro supre tal lacuna por meio da súmula n. 331 do Tribunal Superior do Trabalho, que proíbe a terceirização de atividades-fim, salvo no caso de trabalho temporário e permite a terceirização de atividades-meio, desde que não estejam presentes a pessoalidade e a subordinação direta do trabalhador à empresa tomadora dos serviços.

Em que pese a interpretação liberalizante do TST acerca dos artigos 2º e 3º da CLT, as classes capitalistas, movidas pelo desejo insaciável de lucro, insistem em terceirizar o máximo possível suas atividades, a fim de pulverizar os riscos sociais e, por conseguinte, pagar menos encargos trabalhistas, previdenciários e tributários.

Em decorrência desse e de outros aspectos, frequentemente, advogados em ações trabalhistas individuais, sindicatos profissionais e o Ministério Público do Trabalho se valem da ação do Poder Judiciário para a devida adequabilidade, especialmente com o intuito de frustrar medidas ocasionadoras de precarização das relações trabalhistas.

Na esfera parlamentar, entre as propostas de regulamentação da terceirização, destaca-se o Projeto de Lei n. 4.330/2004, que estabelece regras sobre a terceirização de

²³ Ressalva-se a regulamentação prevista par os órgãos da Administração Pública Federal, consubstanciada no Decreto-Lei n. 200/1967, Decreto n. 2.271/1997 e Instrução Normativa n. 2/2008, do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão.

serviços no país e cuja principal inovação é a permissão para que a subcontratação verse sobre o desenvolvimento de atividades inerentes, acessórias ou complementares à atividade econômica da empresa contratante. Em suma, a proposta de marco legal da terceirização possibilita que quaisquer atividades empresariais, sejam elas atividades-meio ou atividades-fim, sejam realizadas por terceiros.

A aludida proposta legislativa esteve em evidência, sobretudo em 2013, quando foi constituída comissão quadripartite, formada por parlamentares, representantes do governo federal, das centrais sindicais e das associações empresariais para debater sobre o tema. Mas, em razão do antagonismo das posições setoriais, não se chegou a um consenso.

Insatisfeitos com a suspensão da votação da matéria na Câmara dos Deputados, as classes empresárias obtiveram êxito em levar ao Supremo Tribunal Federal a discussão sobre a matéria.

3.1. Casos “Cenibra” e “Contax”: contexto fático e aspectos processuais gerais²⁴

Recentemente, dois casos receberam notoriedade envolvendo o processo terceirizante. O primeiro, da empresa Celulose Nipo Brasileira S. A. (Cenibra), fabricante de celulose de eucalipto; e o segundo, da Contax S.A., prestadora de serviços de *callcenter*. Ambas estão questionando a (i) licitude das suas atividades terceirizadas perante o Supremo Tribunal Federal.

No que diz respeito ao “Caso Cenibra”, o processo iniciou-se no ano de 2006 com a propositura de ação civil pública pelo Ministério Público do Trabalho da 3ª Região (MPT). Inicialmente, o Sindicato representante da categoria profissional fez uma denúncia formal, o que resultou em uma investigação coletiva em face de diversas empresas, com o almejo de identificar o modelo de exploração da cadeia produtiva e a formação jurídica das relações de trabalho.

Em seguida, a Assembleia Legislativa de Minas Gerais instalou a Comissão Parlamentar de Inquérito denominada “CPI das carvoarias”, o que deu origem a inspeções por todo o estado, das quais se constatou a contratação de empreiteiras dedicadas ao florestamento e reflorestamento, particularmente em tarefas como o

²⁴ Texto elaborado a partir dos andamentos processuais previstos no sítio eletrônico do Tribunal Regional do trabalho da 3ª Região e do Supremo Tribunal Federal. Acesso em: jul./ago. de 2014.

plantio, o corte e o transporte de madeira eucalipto; atividades essenciais ao objeto social da Cenibra.

Consoante a decisão do juízo *a quo*, restaram evidentes os prejuízos a direitos trabalhistas básicos, tais como: jornada de trabalho e férias, exames médicos obrigatórios, alojamentos adequados, concessão de intervalos inter e intrajornadas, assim como a prática de condutas antissindicais. Outrossim, verificou-se que algumas empresas terceirizadas dispunham do objeto social similar ao da tomadora de serviços. Embora a constatação dos fatos, a empresa recusou o firmamento de Termo de Ajuste de Conduta (TAC) com o MPT.

Em matéria de defesa, a Cenibra manifestou-se no sentido de que sua atividade-fim é a produção de celulose, e, não, o florestamento e reflorestamento, bem como seu objeto principal refere-se à produção e comercialização de derivados, papel, papelão, produção e a negociação de insumos químicos.

Isso posto, a Vara Trabalhista julgou parcialmente procedente os pedidos formulados na ação e condenou a ré à abstenção de contratar com terceiros a prestação de serviços relacionados à sua atividade-fim, quais sejam: o florestamento, o reflorestamento, a colheita florestal, o reparo e o beneficiamento de madeira.

Em sede de Recurso Ordinário interposto pelo MPT, a 7ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região manteve a condenação da empresa e acrescentou outras medidas, como a condenação de abster-se de promover atos antissindicais e a melhoria das condições de saúde, segurança, medicina e higiene nos locais de trabalho.

Posteriormente, a Cenibra interpôs Recurso de Revista, no que tange à terceirização. Porém, o TRT ressaltou o procedimento de produção de celulose, o qual também decorre dos serviços de florestamento e reflorestamento, fazendo parte do seu objeto social, conforme Estatuto Social²⁵ anexado aos autos. Da mesma forma, destacou que a empregadora mantinha laborando em tal fase empregados do próprio quadro e o seguimento do supracitado recurso foi negado.

A matéria chegou ao STF por meio do Recurso Extraordinário com Agravo (ARE) n.713.211, cujos argumentos empresariais basearam-se na condenação de abster-se de contratar terceiros para a prestação de serviços ligados a sua atividade-fim, sem

²⁵ **Estatuto Social da Cenibra:** “Art. 3º- A Companhia tem o seguinte objeto social: a) a produção e comercialização de celulose e seus derivados; papel, papelão e derivados; produção e comercialização de insumos químicos; b) serviços de florestamento e reflorestamento; preparo, beneficiamento e comercialização de toras de madeiras apropriadas para a fabricação de celulose e para o consumo energético;” (Extraído do acórdão que analisou os pressupostos de admissibilidade do Recurso de Revista)

que houvesse embasamento legal, já que as condições acerca da licitude ou ilicitude estão previstas apenas em um verbete do TST. Aduziu ainda, que as diferenciações apresentadas pelo Egrégio Tribunal não condizem com os processos produtivos modernos, pois a terceirização é um fenômeno econômico não restrito às atividades acessórias.

Por fim, arguiu a violação ao art. 97 da Constituição Federal, da súmula vinculante n. 10 do STF, assim como a eficácia do art. 5º, inciso II, do diploma constitucional e art. 104 do Código Civil, tal como a ofensa ao princípio da separação dos Poderes, já que o TST não possuiria competência para editar atos normativos primários.

No que se refere ao “Caso Contax”, o processo iniciou-se na Justiça Trabalhista a partir de uma reclamação ajuizada em 2012 em face da Contax S. A. e da Telemar Norte Leste S.A. Na exordial, a reclamante pleiteou o reconhecimento do vínculo empregatício diretamente com a 2ª reclamada (tomadora de serviços), em decorrência de uma terceirização ilícita e por ter prestado serviços relacionados à sua atividade-fim.

O juízo *a quo*, na primeira decisão, socorreu-se da Lei n. 9.472/97²⁶ para justificar a licitude do processo terceirizante no setor de telecomunicações e afastar o entendimento da súmula 331 do TST. Ademais, acentuou que a reclamante realizava o simples atendimento telefônico de clientes, atividade que não se adéqua à atividade-fim das concessionárias de telefonia. Nesse sentido, julgou pela improcedência da ação.

A reclamante interpôs Recurso Ordinário, o qual resultou na reforma da sentença inicialmente prolatada, com o reconhecimento do vínculo de emprego e a caracterização da terceirização ilícita, já que não é permitido o repasse de serviços ligados à atividade econômica principal, além da subordinação com o tomador de serviços. Outrossim, determinou-se o retorno dos autos à origem para análise dos pedidos não apreciados, cuja sentença nova determinou o pagamento de verbas contratuais e benefícios convencionais.

²⁶ **Lei n. 9.472/97:Art. 94.** No cumprimento de seus deveres, a concessionária poderá, observadas as condições e limites estabelecidos pela Agência: I - empregar, na execução dos serviços, equipamentos e infra-estrutura que não lhe pertencam; II - contratar com terceiros o desenvolvimento de atividades inerentes, acessórias ou complementares ao serviço, bem como a implementação de projetos associados. **Art. 60.** Serviço de telecomunicações é o conjunto de atividades que possibilita a oferta de telecomunicação. § 1º Telecomunicação é a transmissão, emissão ou recepção, por fio, radioeletricidade, meios ópticos ou qualquer outro processo eletromagnético, de símbolos, caracteres, sinais, escritos, imagens, sons ou informações de qualquer natureza.

Novo Recurso Ordinário foi interposto, entretanto, não será objeto de nossa análise, uma vez que não se aventou o tema terceirização.

Em seguida, a Contax acudiu-se de Recurso de Revista, o qual foi denegado seguimento. A 4ª turma do TRT da 3ª Região enfatizou estar a decisão anterior em sintonia com a súmula n. 331 do TST, afastando a violação dos artigos 1º, IV; 5º, II, XXXV, XXXVI, LV e 170 da Constituição Federal, assim como à Súmula vinculante n. 10 do STF, “já que não se declarou a inconstitucionalidade da Lei Geral de Telecomunicações ou de qualquer preceito legal, mas apenas se conferiu a estes uma interpretação sistemática e consentânea com o ordenamento jurídico vigente”.

Neste momento, o caso tramita junto ao STF mediante o Recurso Extraordinário com Agravo (ARE) n. 791.932, interposto pela Contax sob a argumentação de que houve desrespeito à súmula vinculante n. 10 e aos artigos 5º, II; 97; 170 e 175 da Constituição Federal. Além disso, a empresa declarou que à data da edição do supramencionado verbete trabalhista, não havia regras acerca da terceirização, advindas tão-somente após diversas privatizações, restando desatualizadas. Em seguida, sustentou a possibilidade de terceirizar atividades inerentes ao sistema no âmbito das telecomunicações, com base nos artigos 25, § 1º, da Lei nº 8.987/94 e 94, II, da Lei nº 9.472/97.

Ao final, a empresa ressalta que “a atividade exercida pela reclamante, de atendimento ao cliente – *callcenter* –, não se enquadra na atuação precípua das empresas de telecomunicações, relativas à transmissão, emissão ou recepção de símbolos, caracteres, sinais, escritos, imagens, sons e informações de qualquer natureza”.

3.2. Atividade-fim e a repercussão geral²⁷

Observadas as particularidades dos casos em estudo, ambos terão seus interesses analisados pela Egrégia Corte por meio de um Recurso Extraordinário, o qual não prescindiu o atendimento de alguns pressupostos de admissibilidade, especialmente a denominada repercussão geral, introduzida ao ordenamento jurídico brasileiro mediante a Emenda Constitucional n. 45/2004, que acrescentou o § 3º ao art. 102 da Constituição Federal.²⁸

²⁷ Texto elaborado a partir dos andamentos processuais previstos no sítio eletrônico do Supremo Tribunal Federal. Acesso em: jul./ago. de 2014.

²⁸ CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988. Art. 102 [...] § 3º No recurso extraordinário o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos da

Tal dispositivo constitucional foi regulamentado pela Lei n. 11.418/2006, que acrescentou o art. 543-A ao Código de Processo Civil, cujo §1º dispõe: “Para efeito da repercussão geral, será considerada a existência, ou não, de questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, que ultrapassem os interesses subjetivos da causa”. Consoante o art. 323 do Regimento Interno do STF, somente na hipótese de o recurso não ser inadmitido por outra razão, analisar-se-á a repercussão geral.

Criou-se esse mecanismo em decorrência do desvirtuamento da função precípua da Suprema Corte brasileira, haja vista as causas de menor insignificância e a quantidade excessiva de recursos para julgamento. Assim, o legislador criou o aludido pressuposto para que o Tribunal dedique-se apenas aos assuntos de “extrema relevância” ou de “significativa transcendência”.²⁹

O Recurso Extraordinário interposto pela Cenibra não foi admitido na origem. Posteriormente, interpôs-se agravo almejando a admissibilidade do recurso mencionado, o qual foi desprovido pelo Ministro Luiz Fux consoante o entendimento de que não houve o prequestionamento com relação aos dispositivos constitucionais tido por violados. Conseqüentemente, a Primeira Turma negou provimento ao agravo regimental. Por fim, foram opostos e providos Embargos Declaratórios que determinaram o processamento do Recurso Extraordinário.

No que diz respeito à repercussão geral, a Cenibra argumentou que a matéria é relevante do ponto de vista econômico, político, social e jurídico. Outrossim, aduziu a ofensa a princípios constitucionais, fez referência a terceirização como tema objeto da primeira audiência pública ocorrida no Tribunal Superior do Trabalho, bem como da Ação Direta de Constitucionalidade nº 16, cujo julgamento conduziu à alteração da redação do mencionado verbete trabalhista.

Por maioria, o Tribunal reconheceu a existência de repercussão geral, foram vencidos os Ministros Rosa Weber, Ricardo Lewandowski e Teori Zavascki. Para tanto, é eminente citar os fundamentos do relator, Ministro Luiz Fux, para o prosseguimento da demanda, quais sejam:

1. A proibição genérica de terceirização calcada em interpretação jurisprudencial do que seria atividade-fim pode interferir no direito fundamental de livre iniciativa, criando, em possível ofensa direta ao art. 5º, inciso II, da CRFB, obrigação não fundada em lei capaz de

lei, a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços de seus membros.

²⁹ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil*. 5.ed. rev. e atual. São Paulo: Método, 2013. Vol. Único p. 749.

esvaziar a liberdade do empreendedor de organizar sua atividade empresarial de forma lícita e da maneira que entenda ser mais eficiente.

2. A liberdade de contratar prevista no art. 5º, II, da CF é conciliável com a terceirização dos serviços para o atingimento do exercício-fim da empresa.

3. O *thema decidendum, in casu*, cinge-se à delimitação das hipóteses de terceirização de mão-de-obra diante do que se compreende por atividade-fim, matéria de índole constitucional, sob a ótica da liberdade de contratar, nos termos do art. 5º, inciso II, da CRFB.

4. Patente, assim, a repercussão geral do tema, diante da existência de milhares de contratos de terceirização de mão-de-obra em que subsistem dúvidas quanto à sua legalidade, o que poderia ensejar condenações expressivas por danos morais coletivos semelhantes àquela verificada nestes autos.

Quanto ao “Caso Contax”, por unanimidade, o STF reconheceu a existência de repercussão geral. A sustentação da empresa recorrente baseou-se na possibilidade de ofensa aos artigos constitucionais 5º, LIV e 97, pois ao reconhecer o vínculo empregatício, a Corte trabalhista afastou a aplicação do art. 94, II, da Lei 9.472/97. Sendo assim, não declarou em plenário sua inconstitucionalidade, portanto, indo de encontro aos preceitos da súmula vinculante n. 10 do STF e do art. 170, III, CF. Arguiu também, o desrespeito aos artigos 5º, II e 175, CF, já que a terceirização teria ocorrido legalmente e o serviço de *callcenter* diverso das atividades de telecomunicação.

Nesse contexto, cumpre salientar que o TST havia negado seguimento ao Recurso Extraordinário, sob a manifestação de que “(a) não há violação ao princípio da reserva de plenário; (b) dissentir do acórdão recorrido demandaria a interpretação da legislação infraconstitucional e o reexame de fatos e provas; (c) incabível a interposição do recurso extraordinário por violação ao art. 5º, II, da CF, a teor da Súmula 636 do STF”. Assim, interpôs-se agravo em Recurso Extraordinário, o qual foi recebido como agravo interno pelo TST, mas negado provimento. Os autos somente chegaram ao STF por meio da Reclamação 16.636/MG.

A partir desses fatos, o Ministro relator destacou que não houve rejeição ou reconhecimento expresso da repercussão geral pelo STF, cabendo ao TST, à época dos fatos, o envio do agravo impugnado que inadmitiu o Recurso Extraordinário. Ademais, “os óbices ali alegados, cumpre afirmar que (a) a questão prescinde de reapreciação do conjunto fático-probatório dos autos; e (b) não há, nesta Corte, jurisprudência

consolidada que afaste a violação ao art. 97 da CF na específica hipótese, a autorizar a inadmissão do recurso extraordinário na situação aqui tratada”.

Referente à aparente violação do art. 5º, II da CF, a Corte ressaltou que não cabe Recurso Extraordinário por contrariedade ao princípio da legalidade quando a sua verificação presume rever a interpretação dada a normas infraconstitucionais pela decisão recorrida, conforme súmula 636 do STF.

Quanto aos artigos 5º, II, LIV, 170, III, 175 da CF, salientou que não houve o devido prequestionamento em momento oportuno. Também não há que se falar em ofensa aos princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, pois se trata de matéria cuja repercussão geral foi rejeitada em outra análise pela Corte.

Por fim, o Ministro relator esclareceu que o recurso merece ser reconhecido pela ofensa ao art. 97 da Constituição federal acerca da reserva de plenário e da súmula vinculante n. 10, porque as instâncias de origem não aplicaram o art. 94, II, da Lei 9.472/97. Em decorrência de tal argumentação, declarou que, sob a ótica jurídica, “a questão possui repercussão geral, pois envolve a declaração ou não de inconstitucionalidade do citado art. 94, II, da Lei 9.472/97.” Ademais, explicitou que “a matéria transcende os limites subjetivos da causa, eis que questão semelhante está reproduzida em inúmeras demandas, muitas delas já em fase de recurso no STF”.

3.3. As ações dos grupos de pressão

À luz do viés pluralista do Estado Brasileiro, propiciado pela Constituição de 1988, é plenamente admissível que os diferentes atores sociais defendam seus interesses perante os poderes da República.

Assim, pode-se afirmar que o processo de construção do direito e das políticas públicas, “no âmbito do Executivo, do Legislativo e do Judiciário não pode ser compreendido apartado das lutas que se dão em uma determinada sociedade” e em um dado momento histórico.³⁰

³⁰ BIAVASCHI, Magda Barros; DROPPA, Alisson. Os entendimentos sumulados pelo Tribunal Superior do Trabalho sobre a terceirização. *Boletim Mercado de Trabalho*. Conjuntura e Análise, n. 49, p. 29-39. IPEA, nov. 2011.

Nessa atmosfera de disputa, verifica-se uma série de estratégias dos grupos de pressão na tentativa de convencer os Ministros do STF a adotarem as suas respectivas posições acerca dos limites jurídicos da terceirização.

Por seu turno, o meio empresarial, fundando-se em uma visão radical de livre-iniciativa, pretende uma liberdade econômica antissocial, prejudicial ao próprio sistema capitalista, porque, “ao reduzir o trabalho à condição de mercadoria, desconstrói o pacto constitucional compromissório entre o capital e o trabalho, hoje sintetizado na interpretação da Súmula 331 do TST”.³¹

Nesse sentido, exemplifica-se a atuação empresarial com a nota divulgada pela Revista Época:

A Confederação Nacional da Indústria (CNI) levou ao Supremo Tribunal Federal (STF) dois documentos que apontam a importância da contratação de serviços terceirizados para a economia brasileira. Os estudos, produzidos pela entidade, apontam que 75% das empresas fiscalizam, de forma voluntária, se as prestadoras de serviço contratadas cumprem com suas obrigações trabalhistas e que 57% das indústrias seriam prejudicadas numa eventual proibição desta forma de contrato. Segundo a CNI, que defende a regulamentação da terceirização, os dados reforçam a tese de que esta forma de organização produtiva precisa ser regulamentada. Os estudos estão anexados a uma petição da entidade para ingressar como parte interessada numa ação da Celulose Nipo Brasileira (Cenibra), que havia sido condenada pela Justiça do Trabalho por terceirização ilegal. A ação aguarda julgamento no STF. Os documentos também fazem parte da série de trabalhos entregues pela CNI aos candidatos à presidência da República.³²

A par de iniciativas técnico-jurídicas, o empresariado se vale de seus intelectuais orgânicos para tentar persuadir as classes médias a encampar os valores e as bandeiras do pensamento neoliberal.

Nessa linha, José Pastore, em texto publicado no Jornal O Estado de São Paulo, considera que a liberdade de contratar deve ser absoluta, sem os entraves de qualquer legislação ou súmula. Argumenta que o PL 4.330/2004 ainda carrega “problemas intransponíveis”, pois restringe a contratação de serviços à “parcela de qualquer das atividades da empresa”. Afirma que essa expressão é vaga e não soluciona a “insegurança” criada pela Súmula 331. Outra crítica do autor diz respeito à

³¹ AMORIM, Helder Santos; CAMARGO, Luís. Degeneração dos direitos trabalhistas. *Valor Econômico*, São Paulo, 8 ago. 2014. Legislação & Tributos, p. E2.

³² PEROSA, Teresa. CNI defende regulamentação da terceirização no STF. *Revista Época*. Coluna de Felipe Patury. 20-08-2014. Disponível em: <<http://epoca.globo.com/colunas-e-blogs/felipe-patury/noticia/2014/08/cni-defende-bregulamentacao-da-terceirizacao-no-stfb.html>>. Acesso em 20 ago.2014.

possibilidade de a negociação dos empregados da contratada estar subordinada ao sindicato dos empregados da contratante, fato que seria, em sua visão, inconstitucional e inexecutável. Nesse sentido, encerra o artigo com um tom esperançoso: “oxalá a ação do STF venha a fazer o Congresso Nacional aprovar uma lei de boa qualidade e que já deveria ter sido aprovada há muito tempo.”³³

Almir Pazzianotto também se insurge quanto ao teor da Súmula 331. Para o Ministro aposentado do TST, existem leis que reconhecem a terceirização, mas nenhuma que a proíba. Argui que privar as empresas de contratar serviços, criando-lhes “empecilho metafísico” (proibição de terceirizar atividades-meio), “viola garantias constitucionais, gera intranquilidade, incrementa a propositura de ações judiciais, entorpece a economia, eleva custos e destrói empregos”. Finaliza seu texto mencionando que existem “bons projetos” de lei, mas que esses não chegam ao plenário em razão “de barreiras erguidas por centrais sindicais, cuja preocupação exclusiva consiste no aumento de arrecadação da contribuição sindical.”³⁴

Em oposição à argumentação empresarial, a Associação Nacional dos Procuradores do Trabalho (ANPT) formalizou junto ao STF requerimento de ingresso como *amicus curiae* no Agravo em Recurso Extraordinário (ARE) n. 713.211/DF. Em sua petição, a ANPT ressalta:

[...] a atuação institucional dos procuradores do trabalho no combate às fraudes trabalhistas levadas por meio da terceirização de atividade-fim, assim como o preocupante impacto social da terceirização, nefasto sob diversos aspectos. Ressalta, ainda, com base em dados de pesquisas científicas, que os terceirizados laboram maior quantidade de horas, percebem menor remuneração e estão expostos a número significativamente superior de acidentes de trabalho, inclusive fatais.

[...] A ANPT tece amplas considerações quanto à questão relativa à terceirização e à organização coletiva dos trabalhadores, as implicações do fenômeno da terceirização no sistema previdenciário brasileiro, além de demonstrar, juridicamente, a infraconstitucionalidade da discussão contida no tema sob o qual se reconheceu, por maioria, a repercussão geral, além da inexistência de ofensa ao art. 5º, II, da Constituição Federal. Apresenta também manifestação explícita sobre o princípio protetivo e a tutela do contrato de trabalho, e destaca a necessidade de observância aos ditames do art. 7º da Constituição, bem como discorre sobre o valor social da livre iniciativa e a necessidade de a liberdade econômica ser

³³ PASTORE, José. Terceirização no STF. *O Estado de São Paulo*, São Paulo, 01/07/2014.

³⁴ PINTO, Almir Pazzianotto. O destino da terceirização. *Correio Braziliense*, Brasília, 22 jul. 2014. Opinião, p. 11.

considerada como forma de efetivar direitos sociais e fundamentais, sem olvidar o fato de a terceirização da atividade-fim servir de instrumento que frustra a função social da empresa. Foram inseridos, ainda, diversos e fundamentados argumentos concernentes à terceirização trabalhista no direito comparado e no direito internacional.³⁵

Outro ato de grande destaque foi o Seminário “A Terceirização no Brasil: Impactos, Resistências e Lutas”, organizado pelo Fórum Permanente em Defesa dos Trabalhadores Ameaçados pela Terceirização, do qual fazem parte representantes do movimento sindical, pesquisadores acadêmicos e membros de instituições públicas.³⁶ Esse evento teve como propósito discutir os impactos da terceirização no ordenamento jurídico brasileiro e no cotidiano laboral.

3.4. Expectativas quanto ao julgamento da matéria pelo STF

Consoante Jorge Luiz Souto Maior, a terceirização consiste na “legalização” para a diminuição salarial e o agravamento da conjuntura trabalhista da classe obreira. Além disso, repercutem novas modalidades de fornecimento de mão de obra, como a transformação do procedimento terceirizador em quarteirização.³⁷

Para Mauricio Godinho Delgado, a terceirização é um fenômeno que foi “domado” aos poucos pela jurisprudência ante a omissão legislativa, buscou-se a compatibilização do instituto às regras e princípios basilares do Direito do Trabalho. Para tanto, tal método de colmatação empreendeu, principalmente, a isonomia salarial entre os trabalhadores terceirizados e os empregados integrantes do quadro da empresa tomadora de serviços, bem como a atribuição de responsabilidade ao terceirizante de serviços pelos encargos trabalhistas decorrentes da contratação.³⁸

³⁵ ANPT. *ANPT formaliza no STF pedido de ingresso como amicuscuriae em repercussão geral sobre terceirização*. Disponível em: <http://www.anpt.org.br/index1.jsp?pk_assoc_informe_site=20350&pagina_=3&exibe_mais=n>. Acesso em 15 ago. 2014.

³⁶ Realizado nos dias 14 e 15 de agosto de 2014. O evento reuniu advogados, procuradores do trabalho, juízes, ministros do TST, parlamentares, professores, sindicalistas, auditores-fiscais do trabalho e estudantes preocupados com os rumos do Direito do Trabalho no país, diante da iminência de liberação da terceirização na atividade-fim pelo STF.

³⁷ SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. A terceirização sob uma perspectiva humanista. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, Brasília, v. 70, n. 1, p. 119-129, jan./jun. 2004.

³⁸ DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 12.ed. São Paulo: LTr, 2013. p. 473-474.

Atualmente, extrai-se da Súmula 331 do TST a conclusão de que há a terceirização lícita e ilícita. A primeira, amparada pelos ditames do verbete, cujos pactos podem ocorrer no trabalho temporário, serviços de vigilância, conservação e limpeza, tal como em atividade-meio quando ausentes a pessoalidade e a subordinação.

Por outro lado, há ilicitude quando a subcontratação ocorrer na atividade-fim ou em atividade-meio suscetível ao caráter pessoal ou subordinado com a empresa tomadora. O mau uso da terceirização gera consequências jurídicas como a responsabilidade subsidiária (terceirização lícita) com o tomador de serviços ou a formação do vínculo direto com a empresa tomadora e a consequente responsabilização solidária (terceirização ilícita).

Assim sendo, a constatação de uma terceirização regular ou irregular está adstrita, especialmente, à verificação das expressões “atividade-meio” e “atividade-fim”, isto é, se a delegação de serviços aconteceu em atividades relacionadas ao objeto principal ou acessório da empresa tomadora.

Não obstante as questões referentes à terceirização já terem sido objeto de amplo debate no âmbito da Justiça do Trabalho, o tema foi levado à reapreciação pelo Supremo Tribunal Federal. A posição da Suprema Corte sobre o assunto desencadeará efeitos positivos ou negativos às partes e aos feitos sobrestados. No caso de provimento, os recursos suspensos serão apreciados pelos respectivos Tribunais, Turmas de Uniformização ou Turmas Recursais (art. 543-B do CPC).

Apesar da tramitação especial, não se sabe ao certo quando ocorrerá o julgamento dos recursos principais, todavia, as consequências repercutirão não somente às relações trabalhistas terceirizadas em andamento ou que aguardam o posicionamento do Poder Judiciário, incidirão também nos pactos futuros, quiçá, reconduzirá a reestruturação da temática na órbita trabalhista, principalmente o arcabouço jurisprudencial. Entretanto, não poderá ensejar brechas à adoção de técnicas prejudiciais de trabalho, caso contrário, colocam-se em xeque diversos avanços pró-trabalhador solidificados no sistema jurídico.

No “Caso Cenibra”, a principal tese de argumentação se substancia no possível prejuízo resultante da interpretação jurisprudencial do conceito de atividade-fim em colisão com o direito fundamental da livre iniciativa. Contudo, a referida expressão associada à livre iniciativa das partes deve ser analisada com cautela, já que pode resultar em uma combinação perigosa, pois o empreendedor assenhoreado do supracitado princípio poderia optar pela delegação de todas as operações da empresa,

não restando qualquer empregado sob o seu comando, tornando-se um mero subcontratador de mão de obra.

Nesse sentido, Jorge Luiz Souto Maior, ao analisar o PL n. 4330/2004, pondera:

Assim, a tal empresa moderna, nos termos do projeto, caso aprovado, poderá ter apenas trabalhadores terceirizados, restando a pergunta de qual seria, então, o “negócio principal” da empresa moderna? E mais: que ligação direta essa empresa moderna possuiria com o seu “produto”? E se concretamente a efetivação de uma terceirização de todas as atividades, gerando o efeito óbvio da desvinculação da empresa de seu produto, pode, de fato, melhorar a qualidade do produto e da prestação do serviço, então a empresa contratante não possui uma relevância específica. Não possui nada a oferecer em termos produtivos ou de execução de serviços, não sendo nada além que uma instituição cujo objeto é administrar os diversos tipos de exploração do trabalho. Ou seja, a grande empresa moderna, nos termos do projeto, é meramente um ente de gestão voltado a organizar as formas de exploração do trabalho, buscando fazer com que cada forma lhe gere lucro. O seu “negócio principal”, que pretende rentável, é, de fato, o comércio de gente, que se constitui, ademais, apenas uma face mais visível do modelo de relações capitalistas, que está, todo ele, baseado na exploração de pessoas conduzidas ao trabalho subordinado pela necessidade e falta de alternativa.³⁹

Evidentemente, há de se respeitar o poder diretivo do empresário com relação ao seu empreendimento, o qual se exterioriza pelos direitos de organização, regulamentação, fiscalização e disciplinador, conectados também ao direito de propriedade. Contudo, faz-se mister a relativização, uma vez que a expressão liberalista “*laissez faire, laissez aller, laissez passer*”, incentivaria o individualismo, não condizente com o cenário contemporâneo. Assim, é imperioso evitar fins exclusivamente individuais e financeiros que colidam com princípios fundamentais, como a dignidade do trabalhador. Essa limitação não está adstrita à esfera trabalhista, mas ao Direito de maneira geral, impedindo outras condutas dolosas como a concorrência desleal.

Por isso, faz-se imprescindível a discussão de um *modus operandi* concreto, por exemplo, resultado de atuações harmônicas entre o Poder Judiciário e o Ministério Público do Trabalho, bem como o fim da inércia do legislador mediante a aprovação de

³⁹ SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. *PL 4330, o shopping center fabril: Dogville mostra a sua cara e as possibilidades de redenção*. Disponível em: <<http://www.abrat.net/portal/noticias/mostraConteudo.asp?codConteudo=3166>>. Acesso em: 05 fev.2014.

uma legislação factível e apreensiva ao melhoramento das reais condições do trabalho terceirizado.

No julgamento do “Caso Contax”, a empresa ambiciona declarar constitucional a disposição do art. 94, II, da Lei 9.472/97, o qual permite a delegação de atividades inerentes, acessórias ou complementares. Assim, resta evidente que a decisão favorável conduzirá à terceirização ilimitada no setor de telecomunicações e o compartilhamento desenfreado de dados sigilosos de clientes entre diversas empresas, assim como o enfraquecimento da representação sindical em decorrência da fragmentação dos grupos.

Independentemente da apreciação do STF, a terceirização se apresenta como um procedimento inserido no mercado de trabalho e não há indícios iminentes de extinção. No entanto, sua exteriorização vem acompanhada de fragilidades diante da criatividade humana em lhe atribuir aplicabilidade.

Nesse sentido, a fim de melhorar a referida técnica, o dossiê organizado por meio do DIEESE e da CUT sublinha o PL 1.621/2007, que visa regulamentar a terceirização e prevê a igualdade de direitos entre os trabalhadores, em sentido diametralmente oposto aos projetos 4.308/1998 e 4.330/2004. Além disso, enuncia propostas de diretrizes, as quais se destacam: 1) a proibição de delegar serviços em atividade-fim; 2) a garantia de que trabalhadores terceiros atuem em igualdade de condições, por exemplo: salário, jornada, benefícios, condições de saúde e segurança no ambiente de trabalho; 3) a responsabilidade solidária de obrigações trabalhistas e previdenciárias; 4) o fornecimento de documentos pela prestadora à tomadora que comprovem o pagamento das verbas devidas.⁴⁰

Considerações finais

A terceirização se configura em um dos principais mecanismos de flexibilização da legislação trabalhista na atualidade por interferir diretamente no formato clássico da relação de emprego, ensejando a precarização dessa relação e a perda de direitos. Tal quadro tem como consequência a redução dos níveis de renda dos trabalhadores, causando impactos negativos à qualidade de vida da população em geral e afetando negativamente a própria sobrevivência do movimento sindical.

⁴⁰ DIEESE; CUT. *Terceirização...*, op. cit., p. 21.

Embora não haja lei que verse de modo explícito e sistematizado sobre a terceirização, sobretudo no que concerne à responsabilidade jurídica da empresa contratante (tomadora de serviços), a Súmula 331 do TST corresponde à interpretação balizada no ordenamento jurídico nacional, a qual leva em consideração a coexistência dos princípios constitucionais da livre iniciativa e do valor social do trabalho.

Sob essa perspectiva, acredita-se na sensibilidade dos Ministros do STF para essa questão, de modo que vislumbrem os prejuízos sociais de eventual decisão que não considere a função social da propriedade e que ponha em risco a efetividade de uma gama de direitos fundamentais conquistados arduamente pelos trabalhadores.

Referências

AMORIM, Helder Santos; CAMARGO, Luís. Degeneração dos direitos trabalhistas. *Valor Econômico*, São Paulo, 8 ago. 2014. Legislação & Tributos, p. E2.

ANPT. *ANPT formaliza no STF pedido de ingresso como amicus curiae em repercussão geral sobre terceirização*. Disponível em:
<http://www.anpt.org.br/index1.jsp?pk_assoc_informe_site=20350&pagina_=3&exibe_mais=n>. Acesso em 15 ago. 2014.

BERGAMANN, Luiz Felipe. A responsabilidade pelos créditos trabalhistas nos principais contratos de terceirização entre empresas privadas. In: DALLEGRAVE NETO, José Afonso (coord.). *Direito do Trabalho Contemporâneo: flexibilização e efetividade*. São Paulo: LTr, 2003.

BIAVASCHI, Magda Barros; DROPPA, Alisson. Os entendimentos simulados pelo tribunal superior do trabalho sobre a terceirização. *Boletim Mercado de Trabalho*, Conjuntura e Análise, n. 49, p. 29-39, IPEA, nov. 2011.

BORGES, Ângela. Mercado de trabalho: mais de uma década de precarização. In: DRUCK, Graça; FRANCO, Tânia. *A perda da razão social do trabalho: terceirização e precarização*. São Paulo: Editora Boitempo, 2007.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. *Súmula n. 331*.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal.

CARELLI, Rodrigo de Lacerda. Terceirização e direitos trabalhistas no Brasil. In: DRUCK, Graça; FRANCO, Tânia. *A perda da razão social do trabalho: terceirização e precarização*. São Paulo: Editora Boitempo, 2007.

CASALI, Emerson, MUGNAINI, Marcus Vinicius Mendes; CARNEIRO, Pablo Rolim. *Terceirização: esclarecimentos necessários*. Confederação Nacional da Indústria (CNI). 07-08-2009. Disponível em: <<http://www.cni.org.br/portal/lumis/portal/file/fileDownload.jsp?fileId=FF8080812792D1F501279BE5478E0C88>>. Acesso em 15 ago.2014

DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho*.12.ed. São Paulo: LTr, 2013.

DIEESE; CUT. *Terceirização e desenvolvimento, uma conta que não fecha*. Dossiê sobre o impacto da terceirização sobre os trabalhadores e propostas para garantir a igualdade de direitos. São Paulo: DIEESE/CUT, 2011.

DRUCK, Graça; THÉBAUD-MONY, Anni. Terceirização: a erosão dos direitos dos trabalhadores na França e no Brasil. In: DRUCK, Graça; FRANCO, Tânia. *A perda da razão social do trabalho: terceirização e precarização*. São Paulo: Editora Boitempo, 2007.

LIMA, Jacob Carlos. A terceirização e os trabalhadores: revisitando algumas questões. *Cadernos de Psicologia Social do Trabalho*, v. 13. n. 1, p. 17-26, 2010.

MARCELINO, Paula; CAVALCANTE, Sávio. Por uma definição de terceirização. *Caderno CRH*, Salvador, v. 25, n. 65, p. 331-343, 2012.

MELO, Luís Antônio de Camargo. É correta a orientação do projeto de lei n. 4.330, de 2004, que revoga o conceito de atividade-fim e atividade-meio quando indicam quando indicam os critérios de validade das terceirizações? *Revista LTr*, São Paulo, v. 78, n. 6, p. 652-656, jun. 2014.

MÉSZÁROS, István. Desemprego e precarização: um grande desafio para a esquerda. Disponível em: <http://resistir.info/crise/desemprego_precarizacao.html>. Acesso em 12 ago. 2014.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil*.5.ed. rev. e atual. São Paulo: Método, 2013. Vol. único

PASTORE, José. Terceirização no STF. *O Estado de São Paulo*, São Paulo, 01/07/2014.

PEROSA, Teresa. CNI defende regulamentação da terceirização no STF. *Revista Época*. Coluna de Felipe Patury. 20-08-2014. Disponível em: <<http://epoca.globo.com/colunas-e-blogs/felipe-patury/noticia/2014/08/cni-defende-bregulamentacao-da-terceirizacao-no-stfb.html>>. Acesso em 20 ago.2014.

PINTO, Almir Pazzianotto. O destino da terceirização. *Correio Braziliense*, Brasília, 22 jul. 2014. Opinião, p. 11.

SENADO. Reclamações no PROCON: *Teles estão entre as campeãs de reclamações no PROCON*. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/noticias/Jornal/emdiscussao/banda-larga/mercado-telecomunicacoes/reclamacoes-no-procon.aspx>>. Acesso em 20 ago.2014.

SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. A terceirização sob uma perspectiva humanista. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, Brasília, v. 70, n. 1, p. 119-129, jan./jun. 2004.

_____. *PL 4330, o shopping center fabril: Dogville mostra a sua cara e as possibilidades de redenção*. Disponível em: <<http://www.abrat.net/portal/noticias/mostraConteudo.asp?codConteudo=3166>>. Acesso em: 05fev.2014.

UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA (UnB). Faculdade de Direito. Grupo de Pesquisa *Trabalho, Constituição e Cidadania*. Disponível em: <<http://trabalho-constituicao-cidadania.blogspot.com.br/>>. Acesso em 12 ago.2014.

VALOR ECONÔMICO. *2013 bate o recorde em número de recalls, diz Ministério da Justiça*. 15-01-2014. Disponível em: <<http://www.valor.com.br/empresas/3396398/2013-bate-o-recorde-em-numero-de-recalls-diz-ministerio-da-justica#ixzz3BPDDbdim>>. Acesso em 16 ago.2014.