

Exmo. Sr. Ministro Gilmar Mendes, Dd. Relator da ADI 5735 (STF)

A Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho - ANAMATRA, associação civil sem fins lucrativos, inscrita no CNPJ/MF sob o n. 00.536.110/0001-72, representativa dos interesses dos magistrados da Justiça do Trabalho, com sede no SHS, Quadra 06, bloco E, conjunto A, salas 602 a 608, Ed. Business Center Park Brasil 21, Brasília, DF, CEP.: 70.316-000, vem, respeitosamente, por seu advogado, requerer o ingresso como

amicus curiae

(Lei nº 9.868/98, art. 7º, c/c art. 131, § 3º, do RISTF)

nos autos da ADI n. 5735 proposta pelo Procurador Geral da República em face dos “*arts. 2o, 4o-A, 5o-A, 9o, § 3o, e 10 da Lei 6.019/1974, na redação da Lei 13.429/2017*” que promoveram a “*ampliação do regime de locação de obra temporária para atividades permanentes de empresas tomadoras*”, assim como a “*terceirização de atividades finalísticas de empresas públicas e privadas*”, nos termos e pelos motivos a seguir deduzidos.

I - A Representatividade da Anamatra e a relevância da matéria que justificam o ingresso como *amicus curiae*

O PGR impugnou na petição inicial da ADI a validade constitucional da totalidade da Lei . 13.429/17, sob o fundamento de vício formal, porque não houve deliberação da Câmara dos Deputados, do requerimento de retirada da proposição legislativa, formulado pelo próprio autor (Presidente da Republica), antes da votação conclusiva (violação dos arts. 2º, 61, caput, e 84, III, da CF).

Sustentou, ainda, haver inconstitucionalidade material quanto a *“ampliação desarrazoada do regime de locação de mão de obra temporária para atender demandas complementares” das empresas, assim consideradas as necessidades permanentes e ordinárias do empreendimento, ainda que de natureza intermitente, periódica ou sazonal, na forma do novo art. 2o da Lei 6.019, de 3 de janeiro de 1974, na redação inserida pela lei impugnada.*”

Para a PGR *“essa ampliação, aliada à triplicação do prazo máximo do contrato de trabalho temporário com o mesmo tomador, de três meses para 270 dias, conforme o novo art. 10 da lei, rompe com o caráter excepcional do regime de intermediação de mão de obra, adotado pela norma revogada, viola o regime constitucional de emprego socialmente protegido, previsto no art. 7o, I, da Constituição, esvazia a eficácia dos direitos fundamentais sociais dos trabalhadores (CR, arts. 1o, 7o a 11, 170, VII e VIII, e 193), e vulnera o cumprimento, pelo Brasil, da Declaração de Filadélfia (item I.a) e das Convenções 29 e 155 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), que constituem normas de direitos humanos dotadas de status supralegal”.*

Compreende o PGR, corretamente, diga-se, que *“também inconstitucional se revela interpretação dos arts. 4o-A e 5o-A e do § 3o do art. 9o da Lei 6.019/1974, na redação da Lei 13.429/2017, que autorize terceirização irrestrita de atividades finalísticas de empresas privadas e de órgãos e entes da administração pública. Tal interpretação viola o regime constitucional de emprego socialmente protegido (arts. 1o, IV, 7o a 11, 170, VII e VIII, e 193), a função social constitucional da empresa (arts. 1o, IV; 5o, XXIII, e 170, III, c/c arts. 7o, XII; 24, XIV; 212, § 5o; 218, § 4o, e 227), o princípio isonômico nas relações de trabalho (art. 5o, caput e inc. I, e art. 7o, IV) e a regra constitucional de concurso público nas empresas estatais exploradoras de atividade econômica (arts. 37, II, e 173, § 1o, II).”*

Afinal a *“irrestrita ampliação de terceirização para atividades finalísticas e extensão desarrazoada de locação de mão de obra temporária para além de demandas imprevisíveis e extraordinárias das empresas tomadoras esvaziam o conteúdo de direitos fundamentais sociais dos trabalhadores (CR, arts. 7o a 11).”*

Dai porque *“a lei impugnada configura legislação socialmente opressiva e desproporcional, que incorre em desvio de finalidade, porquanto subverte os fins que regem o desempenho da função estatal, em violação do interesse público.”*

Por fim, afirmou que *“tais preceitos ainda afrontam a cláusula constitucional de vedação de retrocesso social desarrazoado e vulneram normas internacionais de direitos humanos, dotadas de caráter supralegal, como o Pacto de São José da Costa Rica (promulgado no Brasil por meio do Decreto 678, de 6 de novembro de 1992), a Carta da Organização dos Estados Americanos (promulgada no Brasil pelo Decreto 67.542, de 12 de novembro de 1970) e o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC – promulgado pelo Decreto 591, de 6 de julho de 1992), razão pela qual devem ser declarados inconstitucionais”.*

O questionamento envolve, claramente, normas aplicadas pela Justiça do Trabalho, envolvendo, portanto, a atuação jurisdicional dos associados da ora requerente.

E se se trata de matéria da competência da Justiça do Trabalho, não há como deixar de reconhecer a legitimação da Anamatra, como entidade de classe da magistratura trabalhista, para requerer o ingresso em ação de controle concentrado de constitucionalidade que versa sobre matéria afeta à jurisdição de seus associados.

São os juízes do trabalho grandes interessados no entendimento que essa Corte viera a dar os dispositivos de lei que eles aplicam nos feitos trabalhistas de sua competência.

E exatamente por essa razão, podem ser considerados como atores autorizados a opinar, de forma fundamentada sobre a matéria, de sorte a contribuir com o debate perante essa Corte, visando a que ela chegue à melhor interpretação das normas questionadas.

Possui, pelo menos em tese, “potencial epistêmico de apresentar diferentes pontos de vista, interesses, aspectos e elementos nem sempre alcançados, vistos ou ouvidos pelo Tribunal diretamente da controvérsia entre as partes em sentido formal” conforme assentado na ADI n. 4858:

AGRAVO REGIMENTAL EM AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. RESOLUÇÃO Nº 13/2012 DO SENADO FEDERAL. PEDIDO DE INGRESSO COMO AMICUS CURIAE INDEFERIDO. AUSÊNCIA DE CONTRIBUIÇÃO ESPECÍFICA. 1. A interação dialogal entre o STF e pessoas naturais ou jurídicas, órgãos ou entidades especializadas, que se apresentem como amigos da Corte, **tem um potencial epistêmico de apresentar diferentes pontos de vista, interesses, aspectos e elementos nem sempre alcançados, vistos ou ouvidos pelo Tribunal diretamente da controvérsia entre as partes em sentido formal, possibilitando, assim, decisões melhores e também mais legítimas** do ponto de vista do Estado Democrático de Direito. 2. Conforme os arts. 7º, §2º, da Lei 9.868/1999 e 138 do CPC/15, **os critérios para admissão de entidades como amicus curiae são a relevância da matéria, especificidade do tema ou repercussão social da controvérsia, assim como a representatividade adequada do pretendente**. 3. Agravo regimental a que se nega provimento. (ADI 4858 AgR, Relator: Min. Edson Fachin, Tribunal Pleno, DJe-066 03-04-2017)

Então, além de não ser exigível do terceiro -- que pretende ingressar na relação processual da ação de controle concentrando de constitucionalidade -- a mesma legitimação do autor da ação, o que se revela necessário é que estejam presentes “a relevância da matéria, especificidade do tema ou repercussão social da controvérsia, assim como a representatividade adequada do pretendente”.

Acresce, ainda, que dentre as finalidades estatutárias da Anamatra encontra-se a de atuar na defesa dos interesses da sociedade, tendo em vista a valorização do trabalho humano, respeito à cidadania e implementação da justiça nacional, conforme previsto no art. 5º:

Art. 5º. A ANAMATRA deverá atuar na defesa dos interesses da sociedade, em especial pela valorização do trabalho humano, pelo respeito à cidadania e pela implementação da justiça social, pugnando pela preservação da moralidade pública, da dignidade da pessoa humana, da independência dos Poderes e dos princípios democráticos..”

Daí porque estão presentes os requisitos legais que autorizam e justificam a intervenção da ANAMATRA como *amicus curiae* na presente ação direta de inconstitucionalidade.

II – A “terceirização no Brasil”. O entendimento fundamentado do Presidente da Anamatra

A questão da terceirização de atividades finalísticas de empresas públicas e privadas” tem sido objeto de amplo debate não apenas na sociedade, como também, ou especialmente, no meio jurídico.

Um dos trabalhos coletivos sobre o tema, intitulado “Comentários à Lei da Reforma Trabalhista, dogmática, visão crítica e interpretação constitucional” (LTr, maio, 2018) veiculou artigo do atual Presidente da Anamatra, Guilherme Guimarães Feliciano, que merece ser reproduzido na presente manifestação, como razões da demonstração da inconstitucionalidade da terceirização. Senão vejamos:

“A TERCEIRIZAÇÃO NO BRASIL: BREVE ESCORÇO. *Terceirização, conceitualmente, define-se como a técnica de gestão de pessoas pela qual se dá a transferência, por iniciativa do contratante, da execução de quaisquer de suas atividades — inclusive da sua atividade principal —, a terceira pessoa, para esse fim contratada, com força de trabalho própria. Àquele primeiro se denomina tomador de serviços; ao segundo, prestador de serviços. A execução das atividades transferidas dá-se pela força de trabalho dos empregados do prestador de serviços, no interesse do tomador de serviços. Na jurisprudência brasileira, jamais se admitira irrestritamente a terceirização, por terem entendido os tribunais do trabalho, décadas a fio, que a liberação indiscriminada dessa técnica de gestão representaria a admissão da mercancia pura e simples da força de trabalho humano (ou marchandage, na tradicional expressão francesa, a configurar, no ordenamento legal francês, infração penal prevista no art. L8234-1 do Code du Travail, que remete aos arts. 131-38 e 131-39 do Code pénal e impõe sanções penais — inclusive prisão de dois anos — para pessoas físicas e jurídicas). Terceirizar atividade-fim da empresa, em particular, significa admitir que a empresa tomadora possa captar, no mercado de trabalho, horas de labor humano ao melhor preço disponível, sem qualquer responsabilidade direta para com as pessoas que desempenharão as atividades demandadas. No limite, caminha-se para a reificação do trabalhador, que o tomador de serviços não conhece e não precisa conhecer; suas relações contratuais se estabelecem com o prestador de serviços, que lhe ofertará essa mão de obra; e, tendencialmente, o tomador optará sempre por contratar o prestador que lhe ofereça o mesmo “lote” de horas de trabalho a menor preço. É nesse malbaratamento do preço da mão de obra que o tomador de serviços expande a sua margem de lucros, geralmente em prejuízo dos direitos sociais e das condições de trabalho de quem está na ponta mais frágil da relação de trabalho (exceto nos casos de especialização técnica em determinada atividade — cada vez mais raros —, como nos serviços de engenharia ou de vigilância patrimonial; e, nessa hipótese, geralmente estaremos diante da terceirização de atividades-meio). Afinal, vale também aqui a máxima popularizada por Milton Friedman, baluarte da economia liberal (mas que provém do século XIX): “não há almoço grátis”.*

Nesse sentido, a partir de diversos precedentes (como, p. ex., TST, IUJRR n. 3.442/1984, Ac. TP 2.208/1986, rel. Min. Marco Aurélio Mello, in DJ 10.10.1986), pacificou-se

inicialmente a jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho, pela **Súmula n. 256**, nos seguintes termos:

Salvo os casos de trabalho temporário e de serviço de vigilância, previstos nas Leis ns. 6.019, de 3.1.1974, e 7.102, de 20.6.1983, é ilegal a contratação de trabalhadores por empresa interposta, formando-se o vínculo empregatício diretamente com o tomador dos serviços. (g. n.)

Mais tarde, em 1993, com o advento da Resolução n. 23, a Súmula n. 256 foi cancelada e cunhou--se a emblemática **Súmula n. 331**, que, na redação atual (ex vi da Resolução n. 174/2011), ainda formalmente em vigor — incorporando a inteligência da própria ADC n. 16/DF, quando à Administração Pública —, dita:

CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LEGALIDADE. I — A contratação de trabalhadores por empresa interposta é ilegal, formando-se o vínculo diretamente com o tomador dos serviços, salvo no caso de trabalho temporário (Lei n. 6.019, de 3.1.1974).

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 n. 7.102, de 20.6.1983) e de conservação e limpeza, bem como a de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistente a pessoalidade e a subordinação direta.

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

V — Os entes integrantes da Administração Pública direta e indireta respondem subsidiariamente, nas mesmas condições do item IV, caso evidenciada a sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei n. 8.666, de 21.6.1993, 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.

A Reforma Trabalhista, no entanto, pretendeu fazer tabula rasa destes entendimentos jurisprudenciais, notadamente quanto às restrições para a terceirização da atividade-fim. Veremos adiante, logo depois de alguma consideração sobre as condições de fato da terceirização no Brasil.

A TERCEIRIZAÇÃO SOB A LEI N. 13.429/2017 E DEPOIS SOB A LEI N. 13.467/2017 (1): CONSTITUCIONALIDADE DA TERCEIRIZAÇÃO DE ATIVIDADE-FIM. *Com a edição da Lei n. 13.429/2017 — que, entre outras coisas, dispunha sobre “relações de trabalho na empresa de prestação de serviços a terceiros” —, boa parte da doutrina e da jurisprudência passou a compreender que já estava autorizada, no Brasil, a terceirização de atividade-fim, lançando pá-de-cal sobre a inteligência vazada na Súmula n. 331 do TST. Com efeito, a nova lei passava a regular, no art. 4º-A da Lei n. 6.019/1974, a figura da “empresa prestadora de serviços a terceiros” (i. e., empresa de terceirização de mão de obra), definindo como tal a “pessoa jurídica de direito privado destinada a prestar à contratante serviços **determinados e específicos**” (g. n.). Para nós, no entanto, essa autorização legal não podia ser dessumida da Lei n. 13.429/2019. Leia-se (FELICIANO, 2017, passim):*

Para parte da doutrina, e bem assim para os seus entusiastas, os arts. 4º-A, 4º-B, 5º-A e 5º-B, introduzidos pela Lei n. 13.429/2017 na Lei n. 6.019/1974 (a Lei do Trabalho Temporário), bastaram para autorizar, no Brasil, a terceirização, no âmbito de quaisquer empresas, de quaisquer de suas atividades econômicas, o que inclui as chamadas “atividades-fim” (i. e., as que perfazem a sua atividade econômica principal e as situam no mercado). Rigorosamente, porém, não é o que diz a nova lei. O art. 4º-A, caput, apenas registra o conceito de empresa prestadora de serviços a terceiros; e, ao defini-la, refere a prestação, à contratante, de “serviços determinados e específicos”; nada diz, porém, quanto às atividades-fim da empresa contratante.

*Alguém poderia redarguir com o fato de a terminologia em questão — atividade-fim vs. atividade-meio — não ser bem conhecida da legislação nacional (nada há na CLT, p. ex., a esse respeito); antes, foi um produto da construção jurisprudencial brasileira. Ocorre, porém, que a Lei n. 13.429/2017 indubitavelmente conhece tal dicotomia; tanto que, no art. 9º, § 3º, como agora introduzido na Lei n. 6.019/1974, está textualmente dito que “[o] contrato de trabalho temporário pode versar sobre o desenvolvimento de atividades-meio e **atividades-fim** a serem executadas na empresa tomadora de serviços” (g. n.). Essa distinção, porém, não aparece na regulação dos contratos celebrados com empresas de prestação de serviços a terceiros!*

*Seria diferente se o Parlamento houvesse aprovado, p. ex., o texto constante do PL n. 4.330-C/2004 (que agora tramita como PLC n. 30/2015, como já disse). Em seu art. 3º, ele claramente substituía o critério atualmente em vigor, baseado na distinção entre atividades-fim e atividades-meio, por outro, importado da Europa, que se baseia na ideia de “especialização” da atividade. Noutras palavras, o empresário poderia terceirizar qualquer atividade, inclusive aquelas essenciais ao seu objeto social, desde que o fizesse por intermédio de uma “empresa especializada, que presta serviços determinados e específicos, relacionados a **parcela de qualquer atividade da contratante**” (g. n.). E é justamente essa parte final — a autorizar a terceirização de “parcela de qualquer atividade da contratante” — que está ausente no texto do novel art. 4º-A da Lei n. 6.019/1974.*

*Logo, se o legislador conhecia a distinção entre atividades-fim e atividades-meio, como deriva da nova redação do art. 9º, § 3º, da Lei n. 6.019/1973, e se, apesar disso, não autorizou expressamente a terceirização de atividades-fim, ao contrário do que fazia, p. ex., o PL n. 4.330-C/2004, está claro que, em relação à terceirização de atividades-fim, remanesce a condição jurídica anterior: **a lei não proíbe textualmente, mas tampouco autoriza textualmente**. E, sob tais circunstâncias, como ainda sob o pálio das mesmas normas constitucionais e legais que avivaram o entendimento hoje plasmado na Súmula n. 331 do C.TST, a conclusão só poderá ser a de que **a inteligência vazada na Súmula n. 331 do TST** — inclusive quanto às possibilidades de terceirização lícita (itens I e II da Súmula) — **segue razoável**; e, na perspectiva dos precedentes (ut art. 15, II, da Instrução Normativa n. 39/2016, aprovada pela Resolução n. 203/2016), segue **válida e eficaz**. Não houve, noutras palavras, overruling apreciável a partir da nova legislação, seja ele prospectivo (= com eficácia ex nunc) ou retrospectivo (= com eficácia ex tunc).*

Mas advertíamos:

*É claro que, se adiante for aprovado e sancionado o texto vazado no Substitutivo do relator Rogério Marinho para o PL n. 6.787/2016 (Reforma Trabalhista), as coisas serão diversas. Ali, no art. 2º, propõe-se agora a alteração do art. 4º-A da Lei n. 6.019/1974 — esse mesmo introduzido há pouco mais de um mês! — para constar que “[c]onsidera-se prestação de serviços a terceiros a transferência feita pela contratante da execução de **quaisquer de suas atividades, inclusive sua atividade principal**, à empresa prestadora de serviços que possua capacidade econômica compatível com a sua execução” (g. n.). Vigorando tal texto, realmente*

*já não haverá dúvidas quanto ao esforço de superação, pela lei, do paradigma hermenêutico da Súmula n. 331 do TST; e, aí, restará ao Supremo Tribunal Federal apreciar a constitucionalidade material dessa alteração. Sobre a insuficiência da Lei n. 13.429/2017, porém, o próprio relator admitiu que, “após a sanção da Lei n. 13.429, de 2017, verificamos que **determinadas matérias que dela deveriam constar não ficaram bem definidas**” (80ª lauda do Relatório — g. n.); e, já por isso, propôs as tais novas alterações.*

Não se tratava, ademais, de uma opinião isolada (v., e. g., GARCIA, 2017, passim). A tendência era que a jurisprudência se dividisse fortemente.

*A advertência que fizemos, porém, preambulou a realidade vindoura. Com o advento da Lei n. 13.467/2017, já não pode mais haver dúvidas hermenêuticas, ao menos do ponto de vista da literalidade da lei. Com efeito, esse mesmo art. 4º-A da Lei n. 6.019/1974 — agora alterado sob medida para calar os debates que vinham se estabelecendo em torno da lacônica redação dada pela Lei n. 13.429/2017 — passa a prever entender-se, por prestação de serviços a terceiros (i. e., terceirização de mão de obra), “a transferência feita pela contratante da execução de **quaisquer de suas atividades, inclusive sua atividade principal** [= atividade-fim], à pessoa jurídica de direito privado prestadora de serviços que possua capacidade econômica compatível com a sua execução” (g. n.). Do ponto de vista legal-ordinário, legem habemus.*

E do ponto de vista constitucional?

*No âmbito do Supremo Tribunal Federal, já se havia reconhecido à matéria repercussão geral, como posta no **Tema n. 725**, a ser ainda decidido. No particular, entretanto, convém referir o Recurso Extraordinário n. 760.931/DF (de que deriva aquele tema), decidido com clara sinalização favorável os mecanismos gerenciais de terceirização. In verbis:*

RECURSO EXTRAORDINÁRIO REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA COM REPERCUSSÃO GERAL. DIREITO CONSTITUCIONAL. DIREITO DO TRABALHO. TERCEIRIZAÇÃO NO ÂMBITO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. SÚMULA N. 331, IV E V, DO TST. CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 71, § 1º, DA LEI N. 8.666/93. TERCEIRIZAÇÃO COMO MECANISMO ESSENCIAL PARA A PRESERVAÇÃO DE POSTOS DE TRABALHO E ATENDIMENTO DAS DEMANDAS DOS CIDADÃOS. HISTÓRICO CIENTÍFICO. LITERATURA: ECONOMIA E ADMINISTRAÇÃO. INEXISTÊNCIA DE PRECARIZAÇÃO DO

TRABALHO HUMANO. RESPEITO ÀS ESCOLHAS LEGÍTIMAS DO LEGISLADOR. PRECEDENTE: ADC 16. EFEITOS VINCULANTES. RECURSO PARCIALMENTE CONHECIDO E PROVIDO. FIXAÇÃO DE TESE PARA APLICAÇÃO EM CASOS SEMELHANTES. 1. A dicotomia entre “atividade-fim” e “atividade-meio” é imprecisa, artificial e ignora a dinâmica da economia moderna, caracterizada pela especialização e divisão de tarefas com vistas à maior eficiência possível, de modo que frequentemente o produto ou serviço final comercializado por uma entidade comercial é fabricado ou prestado por agente distinto, sendo também comum a mutação constante do objeto social das empresas para atender a necessidades da sociedade, como revelam as mais valiosas empresas do mundo. É que a doutrina no campo econômico é uníssona no sentido de que as “Firmas mudaram o escopo de suas atividades, tipicamente reconcentrando em seus negócios principais e terceirizando muitas das atividades que previamente consideravam como centrais” (ROBERTS, John. *The modern firm: organizational design for performance and growth*. Oxford: Oxford University, 2007). 2. A cisão de atividades entre pessoas jurídicas distintas não revela qualquer intuito fraudulento, consubstanciando estratégia, garantida pelos arts. 1º, IV, e 170 da Constituição brasileira, de configuração das empresas, incorporada à Administração Pública por imperativo de eficiência (art. 37, caput, CRFB), para fazer frente às exigências dos consumidores e cidadãos em geral, justamente porque a perda de eficiência representa ameaça à sobrevivência da empresa e ao emprego dos trabalhadores. 3. Histórico científico: Ronald H. Coase, *The Nature of The Firm*, *Economica* (new series), v. 4, Issue 16, p. 386-405, 1937. O objetivo de uma organização empresarial é o de reproduzir a distribuição de fatores sob competição atomística dentro da firma, apenas fazendo sentido a produção de um bem ou serviço internamente em sua estrutura quando os custos disso não ultrapassarem os custos de obtenção perante terceiros no mercado, estes denominados “custos de transação”, método segundo o qual firma e sociedade desfrutam de maior produção e menor desperdício. 4. A Teoria da Administração qualifica a terceirização (outsourcing) como modelo organizacional de desintegração vertical, destinado ao alcance de ganhos de performance por meio da transferência para outros do fornecimento de bens e serviços anteriormente providos pela própria firma, a fim de que esta se concentre somente naquelas atividades em que pode gerar o maior valor, adotando a função de “arquiteto vertical” ou “organizador da cadeia de valor”. 5. A terceirização apresenta os seguintes benefícios: (i) aprimoramento de tarefas pelo aprendizado especializado; (ii) economias de escala e de escopo; (iii) redução da complexidade organizacional; (iv) redução de problemas de cálculo e atribuição, facilitando a provisão de incentivos mais fortes a empregados; (v) precificação mais precisa de custos e maior transparência; (vi)

estímulo à competição de fornecedores externos; (vii) maior facilidade de adaptação a necessidades de modificações estruturais; (viii) eliminação de problemas de possíveis excessos de produção; (ix) maior eficiência pelo fim de subsídios cruzados entre departamentos com desempenhos diferentes; (x) redução dos custos iniciais de entrada no mercado, facilitando o surgimento de novos concorrentes; (xi) superação de eventuais limitações de acesso a tecnologias ou matérias-primas; (xii) menor alavancagem operacional, diminuindo a exposição da companhia a riscos e oscilações de balanço, pela redução de seus custos fixos; (xiii) maior flexibilidade para adaptação ao mercado; (xiii) não comprometimento de recursos que poderiam ser utilizados em setores estratégicos; (xiv) diminuição da possibilidade de falhas de um setor se comunicarem a outros; e (xv) melhor adaptação a diferentes requerimentos de administração, know-how e estrutura, para setores e atividades distintas.

6. *A Administração Pública, pautada pelo dever de eficiência (art. 37, caput, da Constituição), deve empregar as soluções de mercado adequadas à prestação de serviços de excelência à população com os recursos disponíveis, mormente quando demonstrado, pela teoria e pela prática internacional, que a terceirização não importa precarização às condições dos trabalhadores.*

7. *O art. 71, § 1º, da Lei n. 8.666/93, ao definir que a inadimplência do contratado, com referência aos encargos trabalhistas, não transfere à Administração Pública a responsabilidade por seu pagamento, representa legítima escolha do legislador, máxime porque a Lei n. 9.032/95 incluiu no dispositivo exceção à regra de não responsabilização com referência a encargos trabalhistas.*

8. *Constitucionalidade do art. 71, § 1º, da Lei n. 8.666/93 já reconhecida por esta Corte em caráter erga omnes e vinculante: ADC n. 16, Relator(a): Min. Cezar Peluso, Tribunal Pleno, julgado em 24.11.2010.*

9. *Recurso Extraordinário parcialmente conhecido e, na parte admitida, julgado procedente para fixar a seguinte tese para casos semelhantes: “O inadimplemento dos encargos trabalhistas dos empregados do contratado não transfere automaticamente ao Poder Público contratante a responsabilidade pelo seu pagamento, seja em caráter solidário ou subsidiário, nos termos do art. 71, § 1º, da Lei n. 8.666/93”.*

O julgado, porém, não resolveu definitivamente a questão da constitucionalidade da terceirização ampla e irrestrita de atividades-fim de empresas. Tal questão também segue em aberto, em sede de controle difuso de constitucionalidade, no Recurso Extraordinário com Agravo (ARE) n. 713.211, oriundo de Minas Gerais, em que litigam a empresa Celulose Nipo-Brasileira (CENIBRA) e o Ministério Público do Trabalho; nesse litígio, já com parecer da Procuradoria-Geral da República pela constitucionalidade da Súmula n. 331 do TST, a repercussão geral foi reconhecida — também pelo Min. Luiz

*Fux — ao argumento de que a proibição pretoriada da terceirização de atividades-fim (Súmula n. 331, I e III) conflitaria, em tese, com a proteção constitucional da livre iniciativa (já que, a rigor, não haveria nenhuma lei em vigor a proibir textualmente essa atividade econômica). E não é outro, afinal, o objeto do Tema n. 725; como também é esse, agora em sede de controle concentrado de constitucionalidade, o objeto da **ADI n. 5.735/DF** ajuizada pela Procuradoria-Geral da República, ainda em face da Lei n. 13.429/2017 (ou das interpretações que dela poderiam advir). Em tal ação, o PGR sustentou a inconstitucionalidade de diversos artigos da Lei n. 6.019/1974, como alterados pela Lei n. 13.429/2017 (nomeadamente, os arts. 2º, 4º-A, 5º-A, 9º, § 3º, e 10), pelas seguintes razões:*

(a) inconstitucionalidade formal da Lei n. 13.429/2017, por violação, na tramitação do respectivo projeto de lei (PL n. 4.302/1998), dos arts. 2º, 61, caput, e 84, III, da Constituição, já que a Presidência da República — que originalmente encaminhara o projeto à Câmara dos Deputados — havia requerido a sua retirada, cinco anos depois, por meio da Mensagem n. 389, de 19.8.2003; e, no entanto, nos treze anos subsequentes de tramitação legislativa, esse requerimento jamais fora submetido à deliberação do plenário da Casa, a despeito de despacho da Mesa Diretora nesse exato sentido (o que importou em violação do princípio de divisão funcional do poder legiferante e, bem assim, do próprio poder de iniciativa legislativa extraparlamentar do art. 61, caput, da CF, como também, reflexamente, da norma do art. 104 do Regimento Interno da Câmara dos Deputados);

*(b) inconstitucionalidade material dos arts. 2º, caput e § 2º, e 10, caput e §§ 1º e 2º, da Lei n. 6.019/1974, por “promoverem ampliação ilegítima e desarrazoada do regime de locação de mão de obra temporária, para além de hipóteses estritamente necessárias à empresa tomadora, em violação ao **regime constitucional de emprego socialmente protegido**, inscrito nos arts. 1º, IV, 7º a 11, 170, III, VII e VIII, 193 da Constituição da República, e à função social constitucional da empresa, em afronta aos arts. 1º, IV; 5º, XXIII, e 170, III, combinado com os arts. 7º, XII; 24, XIV; 212, § 5º; 218, § 4º, e 227 da CR” (g. n.); e, no que nos interessa mais de perto;*

(c) inconstitucionalidade material de qualquer interpretação dos arts. 4º-A, 5º-A e 9º, § 3º, da Lei n. 6.019/1974, na redação da Lei n. 13.429/2017, que leva a autorizar “contratação irrestrita de serviços interempresariais (terceirização) nas atividades finalísticas das empresas, por violação do regime constitucional de emprego (CR, art. 7º, I), da função constitucional das empresas, do princípio isonômico (CR, art. 5º, caput e inciso I) e da regra do concurso público nas empresas estatais exploradoras de atividade econômica (CR, art. 37, II)”.

Eis, pois, os fundamentos constitucionais mais visíveis que ancoram a tese da inconstitucionalidade material das normas que autorizem a terceirização irrestrita de atividades finalísticas das empresas:

(i) violação ao regime constitucional de emprego socialmente protegido (pela tendencial precarização das condições de trabalho, com sistemática sonegação ou solapamento de direitos sociais);

(ii) violação ao princípio constitucional da isonomia (pela possibilidade de que dois ou mais trabalhadores igualmente experientes e capazes venham a desenvolver mesmas atividades laborais, com igual qualidade, sob idênticas condições e idênticas jornadas, e no entanto percebam salários diferentes, a depender de sua vinculação direta com a empresa tomadora ou com empresas de prestação de serviços as mais diversas); e

(iii) violação à regra da prévia submissão a concurso público para ingresso aos quadros de empresas estatais exploradoras de atividade econômica (pela possibilidade de que empresas públicas e sociedades de economia mista que desenvolvem atividades tipicamente econômicas — a exemplo de estatais como Petrobras, Banco do Brasil, Caixa Econômica Federal, Furnas Centrais Elétricas etc. — passem a admitir pessoal apaniguado ou despreparado para as atividades finalísticas dessas empresas, notadamente por intermédio de licitações de contratos administrativos de prestação de serviços que passem a fornecer mão de obra para ocupar funções antes providas exclusivamente por concursos públicos).

*Com o advento da Lei n. 13.467/2017, a dispor textualmente sobre a possibilidade de terceirização de atividade-fim (atual art. 4º-A da Lei n. 6.019/1974), a questão deixa de ser de mera interpretação conforme a Constituição, como propunha originalmente a ADI n. 5.735/DF. Ante a expressa e textual autorização do que a Procuradoria-Geral da República já compreendia inconstitucional, evoluiu-se para um quadro de inconstitucionalidade *tour court* do texto legal autorizativo. E, já por isso, no mês seguinte à entrada em vigor da Reforma Trabalhista, o Procurador-Geral da República tratou de aditar a ADI n. 5.735/DF, readequando seus pedidos à nova realidade legislativa.*

Convém, por fim, transcrever os seguintes trechos da petição inicial originária, por absolutamente representativos das inconstitucionalidades materiais apontadas acima (itens i a iii):

Contratação de serviços interempresariais (terceirização) encontra fundamento constitucional no direito fundamental à liberdade contratual do empreendedor, como expressão dos princípios da livre iniciativa e da autonomia privada (art. 5º, II,

*c/c art. 170, II e IV). ...] Não obstante, os impactos restritivos que a terceirização enseja no regime de emprego, como síntese-matriz dos direitos fundamentais dos trabalhadores (CR, arts. 1º, IV; 7º a 11; 70, VII e VIII, e 193), o esvaziamento que provoca na função social constitucional da empresa (arts. 1º, IV; 5º, XXIII, e 170, III, c/c arts. 7º, XII; 24, XIV; 212, § 5º; 218, § 4º, e 227) e o óbice que representa à regra do concurso público nas empresas estatais (art. 37, II) terminam por impor condicionamento constitucional à liberdade contratual, que tem, por isso, seu âmbito de proteção limitado a atividades de apoio administrativo, as denominadas atividades-meio. [...] Trata-se de **limite imanente** ao direito fundamental de contratar, na linha da teoria interna dos limites dos direitos fundamentais, representada na doutrina de Friedrich Müller, à luz da qual direitos fundamentais são constitucionalmente concebidos com conteúdo jurídico determinado e definitivo, fixado no confronto dos limites imanentes de outros direitos correlatos. [...] Diante do aparente conflito entre a liberdade de contratar serviços na atividade-fim e os direitos fundamentais sociais e bens constitucionais afetados por essa contratação, cabe ao intérprete verificar como esses direitos fundamentais se confrontam e definem-se reciprocamente. [...] O direito de contratar terceirização é constitucionalmente delimitado no espaço de concretização eficaz dos direitos fundamentais dos trabalhadores, da função social da empresa e da regra constitucional que impõe concurso público para entidades estatais. Tanto mais restrita será a liberdade de terceirizar quanto mais intensa for a medida do prejuízo que sua utilização ensejar à eficácia desses bens e valores constitucionais. Esses limites se impõem ao legislador ordinário em sua atividade conformadora da liberdade contratual e dos direitos fundamentais afetados. [...] Segundo tradicional doutrina dos direitos fundamentais, ao tempo em que são direitos subjetivos, que outorgam aos titulares a possibilidade de impor seus interesses em face do estado, são também elementos fundamentais da ordem constitucional objetiva, que formam a base do ordenamento jurídico do estado democrático de direito. Nesta **dimensão objetiva**, os direitos fundamentais vinculam o Legislativo na conformação infraconstitucional desses direitos. [...] Disso decorre a irradiação horizontal da dimensão objetiva dos direitos fundamentais sociais dos trabalhadores sobre as relações privadas, inclusive sobre as relações interempresariais de contratação de serviços. [...] Essa erradicação também condiciona a liberdade de contratação a satisfazer finalidades constitucionais relacionadas à proteção social eficaz do regime de emprego (art. 7º, I), à máxima efetividade das normas que instituem direitos trabalhistas (arts. 7º a 11) e à promoção das funções socioambientais constitucionais da empresa.*

De nossa parte, manifestamos, com tudo isso, a nossa inteira concordância doutrinária.

A TERCEIRIZAÇÃO SOB A LEI N. 13.467/2017 (2): CONCEITOS E PRESSUPOSTOS DE VALIDADE E DE LICEIDADE. HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL. A se admitir, porém, a constitucionalidade das alterações promovidas pela Lei n. 13.467/2017 na Lei n. 6.019/1974 (e especialmente em seus arts. 4º-A e 5º-A), resta saber com qual “novo” regime jurídico a Reforma Trabalhista pretendeu imantar o fenômeno da terceirização. Pois bem. Pode-se assim resumi-lo:

(a) o fenômeno da terceirização passa a ser legalmente definido 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”; logo, passam a ser **requisitos essenciais de legalidade da terceirização** (sem os quais, ante a ilicitude da triangulação — e desde que presentes os requisitos das onerosidade e da não eventualidade —, o vínculo de emprego formar-se-á diretamente com o tomador de serviços):

(a.1) a efetiva transferência, a terceira empresa, da execução de atividades da empresa contratante, sejam elas atividades-fim (o que, a nosso sentir, padece de inconstitucionalidade) ou atividades-meio;

(a.2) a intermediação de pessoa jurídica de direito privado (donde a impossibilidade legal, a partir de novembro/2017, de que haja alguma modalidade de terceirização lícita envolvendo pessoa física ou pessoa jurídica de direito público — como, e. g., empresas públicas de assessoramento — a intermediar mão de obra); e

(a.3) a “capacidade econômica compatível” da pessoa jurídica de direito privado contratada, relativamente à execução das atividades que lhe serão transferidas (o que, veremos, terá consequências importantes);

(b) os empregados da empresa prestadora de serviços (i. e., da empresa de terceirização de mão de obra), si et quando se ativarem nas dependências da tomadora — o que significa que a lei tanto admite os modelos de terceirização interna como os de terceirização externa ao parque produtivo ou operacional da contratante —, têm os seguintes direitos:

(b.1) direito à alimentação equitativa, i. e., direito às mesmas condições de alimentação garantidas aos empregados diretos da contratante, quando oferecida em refeitórios;

(b.2) direito ao deslocamento equitativo, i. e., direito de utilizar os serviços de transporte da empresa tomadora;

(b.3) direito equitativo de atendimento médico-ambulatorial, i. e., direito de se valer do atendimento médico ou ambulatorial existente nas dependências da empresa contratante ou em local por ela designado;

(b.4) direito de treinamento equitativo, i. e., direito ao treinamento adequado para o desempenho das tarefas acometidas à empresa de prestação de serviços, nos moldes do treinamento oferecido pela tomadora, mas — curiosamente — sob a responsabilidade da empresa contratada (e não da contratante), quando a atividade assim o exigir; e

(b.5) direito de equiparação das condições sanitária, i. e., de serem alcançados, tal como os empregados diretos da tomadora, por medidas de proteção à saúde e de segurança no trabalho e de instalações adequadas à prestação dos serviços acometidos;

(c) no entanto, quanto à remuneração equitativa — razão maior da alegada inconstitucionalidade por violação do princípio da isonomia —, a Reforma a previu tão somente “sub conditione”, i. e., desde que exista, a respeito, ajuste contratual entre empresas contratante e contratada, eis que “poderão estabelecer [...] que os empregados da contratada farão jus a salário equivalente ao pago aos empregados da contratante, além de outros direitos não previstos neste artigo” (o que significa dizer que, a rigor, não há proteção jurídica alguma; trata-se de mera legislação laboral simbólica, sem maiores efeitos sociais práticos);

(d) ainda quanto à alimentação e ao tratamento ambulatorial equitativos, estatui-se que, nos contratos que impliquem mobilização de empregados terceirizados em número igual ou superior a vinte por cento dos empregados da empresa tomadora (o que não será incomum, diante da abertura para que as empresas terceirizem até mesmo atividades finalísticas), abre-se à tomadora a faculdade de disponibilizar, aos empregados da prestadora, serviços de alimentação e atendimento ambulatorial em outros locais apropriados — placitando-se, pois, um viés de tratamento discriminatório —, desde que, nesses locais, assegure-se aos trabalhadores terceirizados igual padrão de atendimento, “com vistas a manter o pleno funcionamento dos serviços existentes”. Trata-se de uma medida aparentemente inofensiva, destinada a facilitar o gerenciamento das obrigações legais das empresas tomadoras de serviços para com os empregados terceirizados que lhes prestam serviços; no seu imo, porém, há um censurável vezo discriminatório, autorizando, na hipótese do art. 4º-C, § 2º, da Lei n. 6.019/1974, uma segregação de populações que, de resto, servirá apenas para

apartar os convívios e tornar mais difícil a integração dos terceirizados com os empregados diretos.

A TERCEIRIZAÇÃO SOB A LEI n. 13.467/2017 (4): AS NOVAS “QUARENTENAS” LEGAIS. Nos termos do art. 5º-C da Lei n. 6.019/1974, introduzido pela Lei da Reforma Trabalhista, não será possível figurar como “contratada”, em hipótese alguma, a pessoa jurídica cujos titulares (no caso, e. g., de microempresários e microempreendedores individuais) ou cujos sócios (no caso, e. g., de sociedades limitadas) tenham prestado serviços à tomadora, nos últimos **dezoito meses**, seja na qualidade de empregados, seja na qualidade de trabalhadores sem vínculo empregatício (autônomos, eventuais, avulsos etc.). Excetuam-se dessa “quarentena” aqueles ex-empregados ou ex-trabalhadores sem vínculo que já estejam, a qualquer tempo, aposentados. Da mesma forma, a teor do art. 5º-D, o empregado direto que for demitido de determinada empresa não poderá lhe prestar serviços indiretamente, por intermédio de empresa prestadora de serviços, antes do decurso de igual prazo de **dezoito meses**, contados a partir da sua demissão da tomadora. A intenção do legislador foi blindar os trabalhadores diretos, ao tempo da entrada em vigor da Lei n. 13.467/2017, do risco de serem demitidos e a seguir recontratados por interposta empresa, no bojo de uma política de redução de custos da empresa tomadora. Blinda-os, é fato, da recontração, por dezoito meses. Mas não os blinda do pior, que é o desemprego: nada obstará a que, sob mesma política, empresas menos escrupulosas os demitam e, abertos novos postos de trabalho (em atividade-meio ou atividade-fim), contratem outros trabalhadores, a menores custos, por interpostas pessoas. Tais “quarentenas”, portanto, são essencialmente inaptas a prevenir o avanço de vínculos precários nas empresas em atividade no Brasil.

A TERCEIRIZAÇÃO SOB A LEI n. 13.467/2017 (4): AS FIGURAS DA “CONTRATANTE” E DA “CONTRATADA”. COOPERATIVAS DE MÃO DE OBRA E ILEGALIDADE IN LIMINE. Contratante, nas terceirizações sob regência da Lei n. 6.019/1974 (ex vi da Lei n. 13.467/2017), passa a ser sempre a “pessoa física ou jurídica que celebra contrato com empresa de prestação de serviços relacionados a quaisquer de suas atividades, inclusive sua atividade principal”. Dessa singela definição redundante, desde logo, uma consequência inexorável: a prestadora de serviços deve ser **empresa**. E isso exclui, de imediato, a legalidade da terceirização por intermédio de associações civis; e, em especial, por intermédio de cooperativas de mão de obra.

Tal conclusão é relevantíssima, porque há de livrar-nos, em definitivo — e pela inescusável literalidade da lei —, de quaisquer riscos de retrocesso quanto à amarga cena das terceirizações por meio de cooperativas de mão de obra que conhecemos no

último quartel do século passado, no campo e na cidade. Essa prática, como se sabe, foi há bom tempo abolida, em todo o Brasil, pela intervenção firme e obstinada do Ministério Público do Trabalho e da Justiça do Trabalho (v., e. g., TST, RR n. 143600-68.2011.5.21.0007, Ministério Público do Trabalho v. Petróleo Brasileiro S. A. — Petrobras e Cooperativa dos Trabalhadores Metalúrgicos do Estado do Rio de Janeiro Ltda., 3ª T., rel. Min. Alberto Bresciani, j. 2.4.2014). E não haverá de voltar, sob os ventos da Reforma Trabalhista, mesmo porque, nos termos do art. 982, parágrafo único, do Código Civil, “[i]ndependentemente de seu objeto, considera-se empresária a sociedade por ações; e, **simples, a cooperativa**” (g. n.).

Bem se sabe, com efeito, que a sociedade simples é a antípoda da sociedade empresária, cujo objeto é “o exercício de atividade própria de empresário sujeito a registro” (art. 982, caput, c.c. art. 966, caput, do CC), ressalvando-se exceções expressas (como é o caso). Logo, **cooperativa não é empresa**, por expressa opção e definição legais, conquanto pudesse — e até mesmo devesse — sê-lo, na linha das tradicionais lições de George Fauquet (= cooperativas como a síntese orgânica entre associação e empresa; v., por todos, Feliciano, 2009, passim). Por conseguinte, porque jamais serão “empresas”, as cooperativas de mão de obra jamais poderão ser “contratadas” em contratos de prestação de serviços a terceiros, à luz do texto do novel art. 5º-A, caput, da Lei n. 6.019/1974, sob pena de inapelável ilegalidade.

A TERCEIRIZAÇÃO SOB A LEI N. 13.467/2017 (5): O REQUISITO DA “CAPACIDADE ECONÔMICA COMPATÍVEL”. Das novidades introduzidas pela Lei n. 13.467/2017, talvez a mais eminente — e aquela a oferecer maiores possibilidades no campo hermenêutico — seja aquela do art. 4º-A, caput, in fine, da Lei n. 6.019/1974, na parte em que estabelece, como requisito essencial para a legalidade do contrato de prestação de serviços a terceiros (i. e., da terceirização), a “capacidade econômica compatível” da empresa prestadora de serviços, relativamente à execução das atividades que lhe sejam transferidas. E há de ser, com efeito, um requisito de estrita legalidade da triangulação, até mesmo pela interpretação gramatical do novo texto legal: a contrario sensu, faltando à prestadora a “capacidade econômica compatível”, a triangulação sob análise não poderá ser “considerada” contrato de prestação de serviços a terceiros alcançado pelo art. 4º-A; e, não se tratando da figura ali disciplinada, todas as concessões legais feitas a essa modalidade de intermediação perdem lugar. No vácuo regulatório, passa a haver pura e simplesmente uma hipótese de marchandage de trabalho humano, à margem de qualquer reconhecimento legal. Eis, pois, a grande novidade: se a inidoneidade econômica era, antes, um pressuposto para a responsabilidade patrimonial subsidiária da empresa tomadora de serviços (v. Súmula n. 331, IV, TST), a condição econômica da empresa prestadora antecipa-se, para efeitos legais e judiciais, a partir da entrada em

vigor da Lei n. 13.467/2017. Agora, si et quando a empresa prestadora de serviços for ab initio economicamente idônea (i. e., se possuir o requisito da “capacidade econômica compatível”), uma eventual inadimplência ulterior — determinada por razões que não se podiam antecipar ao tempo da sua contratação — deflagrará a responsabilidade subsidiária da empresa tomadora, nos termos do art. 5º-A, § 5º, da Lei n. 6.019/1974, na redação da Lei n. 13.429/2017 (“A empresa contratante é **subsidiariamente responsável** pelas obrigações trabalhistas referentes ao período em que ocorrer a prestação de serviços, e o recolhimento das contribuições previdenciárias observará o disposto no art. 31 da Lei n. 8.212, de 24 de julho de 1991” — g. n.).

Ao revés, porém, se a inidoneidade econômica remontar ao tempo da própria contratação da empresa prestadora de serviços, será forçoso reconhecer a irregularidade “ab ovo” desse contrato (= ilegalidade), o que redundará, logicamente, em um nível mais profundo de responsabilidade patrimonial da empresa tomadora, a se estabelecer concretamente entre a **responsabilidade solidária** da tomadora e o próprio **reconhecimento do vínculo empregatício** entre o tomador e os empregados da prestadora. É o que se reconheceu, a propósito, na 2ª Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho (**Enunciado n. 77**):

TERCEIRIZAÇÃO: LIMITES DE LEGALIDADE. A validade do contrato de prestação de serviços previsto no art. 4º-A da Lei n. 6.019/1974 sujeita-se ao cumprimento dos seguintes requisitos: **I** — efetiva transferência da execução de atividades a uma empresa prestadora de serviços, como objeto contratual; **II** — execução autônoma da atividade pela empresa prestadora, nos limites do contrato de prestação de serviço; **III** — A ausência de qualquer desses requisitos configura intermediação ilícita de mão de obra (art. 9º da CLT) e acarreta o reconhecimento de vínculo de emprego entre os trabalhadores intermediados e a empresa tomadora do serviço

Vejam-se ainda, na mesma linha de derivação hermenêutica, os Enunciados ns. **78 e 79**, a considerar, respectivamente, **(a)** o que se deve compreender por “capacidade econômica” e **(b)** quais as consequências da perda superveniente dessa capacidade econômica, se vier acompanhada de negligência (= culpa por omissão) dos prepostos da empresa tomadora:

TERCEIRIZAÇÃO: CAPACIDADE ECONÔMICA. A capacidade econômica da empresa prestadora de serviços, compatível com a execução do contrato, nos termos do art. 4º-A da Lei n. 6.019/1974, deve ser aferida pela contratante no ato da contratação e no curso do contrato, e não se restringe à observância do capital

social mínimo exigido pelo art. 4º-B, inciso III, que é requisito de funcionamento e que deve estar integralizado. Consiste, mais, na situação econômica positiva para cumprir todos os compromissos decorrentes da atividade contratada, pressupondo: (a) pactuação de preço do serviço compatível com os custos operacionais (comerciais, trabalhistas, previdenciários, tributários etc.); e (b) inexistência de passivo comercial, trabalhista, previdenciário e/ou fiscal, decorrente de outro(s) contrato(s), que constitua risco ao adimplemento contratual.

TERCEIRIZAÇÃO: PERDA DA CAPACIDADE ECONÔMICA SUPERVENIENTE. *Perda da capacidade econômica da empresa prestadora invalida o contrato de prestação de serviços e caracteriza vínculo de emprego entre os trabalhadores intermediados e a empresa contratante, caso a contratante não adote posturas para preservar o adimplemento contratual.*

Há mais, porém, nos debates da 2ª Jornada, a merecer referência. Vejamos.

A “NOVA” TERCEIRIZAÇÃO E A 2ª JORNADA DE DIREITO MATERIAL E PROCESSUAL DO TRABALHO DA ANAMATRA. *Ao ensejo dos debates havidos entre os dias 9 e 10 de outubro de 2017, o tema da terceirização foi, a olhos vistos, um dos mais feridos pelos participantes da 2ª Jornada, seja no âmbito da 6ª comissão (“Teletrabalho. Contrato de trabalho intermitente. Contrato de trabalho a tempo parcial. Terceirização”), seja na própria plenária. Várias teses foram, a esse respeito, debatidas e aprovadas. A principal delas propõe justamente a incompatibilidade da terceirização das atividades-fim da empresa (ou de suas “atividades principais”, na dicção da Lei n. 13.467/2017) com as normas constitucionais e internacionais que protegem a dignidade da pessoa humana e vedam a mercantilização do trabalho humano, o que significa reconhecer a inconstitucionalidade — basicamente pelas mesmas razões já expostas acima — e a inconveniência da autorização legal para terceirização das atividades finalísticas da empresa. Acaso superadas essas objeções, propõe-se ainda (entre outros postulados):*

- *a impossibilidade de terceirização de atividade-fim em órgãos da Administração Pública direta ou indireta (Enunciado n. 75);*
- *a isonomia salarial obrigatória — e não meramente “facultativa”, como dita o art. 4º-C, § 1º, da Lei n. 6.019/1974 — entre os trabalhadores terceirizados e os empregados da tomadora de serviço que realizem idênticas atividades e desempenhem trabalho de igual valor (Enunciado n. 76);*
- *a exigência legal, para a empresa de prestação de serviços, de capacidade econômica compatível com a execução do contrato (donde o vício do negócio*

jurídico se essa capacidade não puder ser constatada ab initio, podendo gerar vínculo de emprego direto com a tomadora e/ou a sua responsabilidade solidária pelo passivo trabalhista (trata-se do Enunciado n. 77, como já visto supra);

- *a possibilidade de representação sindical de terceirizados pelos sindicatos representativos dos empregados contratados diretamente (Enunciado n. 81); e*
- *a responsabilidade solidária entre empresas tomadora e prestadora de serviço no tocante à prevenção de riscos labor-ambientais, de acordo com a Norma Regulamentadora n. 9 do Ministério do Trabalho (Enunciado n. 82).*

Todas essas teses, como aprovadas, são fortemente defensáveis. E deverão ter segura repercussão na jurisprudência dos tribunais do trabalho que, a partir de novembro de 2017, passam a reorganizar seus entendimentos também no tema da terceirização de serviços.

DO NOVO “DEVER-SER” À LUZ DO MUNDO DO “SER”: O GRANDE DESAFIO HERMENÊUTICO DA REFORMA TRABALHISTA. *O fenômeno da terceirização, por si mesmo, continuará a suscitar as mais profundas apreensões, tendo em conta o modelo precarizante que a praxe dominante instalou entre as corporações brasileiras. Basta ver os números:*

- **os trabalhadores terceirizados percebem remuneração 27,1% inferior à dos trabalhadores diretos** (= tendencial achatamento salarial): *segundo dados do DIEESE (2013-2014), os setores da economia que contratavam diretamente pagavam em média, aos seus empregados, salários de R\$ 1.824,20, enquanto os setores terceirizados remuneravam seus trabalhadores com o montante médio de R\$ 1.329,40;*
- **os salários e benefícios diferenciam-se pelo método de gestão de mão de obra (contratação direta vs. contratação por interposta pessoa):** *aos trabalhadores contratados diretamente pelo tomador dos serviços são assegurados salários e demais contrapartidas em valores significativamente superiores (inclusive pela via da negociação coletiva), quando comparados àqueles assegurados aos empregados da empresa terceirizada. Decorre disso inegável malferimento à isonomia constitucional, tendente a um quadro galopante de desigualdade social (que, aliás, revela-se estatisticamente, com a concentração de trabalhadores terceirizados na faixa salarial que recebe de um a dois salários e de dois a três salários mínimos, enquanto os trabalhadores diretos estão mais bem distribuídos entre as várias faixas salariais);*
- **os setores terceirizados apresentam os maiores níveis de rotatividade de mão de obra de toda a economia nacional:** *de acordo com o IPEA, os*

empregados diretos permanecem no mesmo emprego por 5,8 anos em média; já os terceirizados permanecem no mesmo emprego, em média, por apenas 2,6 anos, amiúde com períodos intercalares de informalidade (ou agora, sob o pálio da Reforma, com períodos de “contratação intermitente”, o que equivale à oficialização da precariedade, como vimos supra). Há, com isto, sérias consequências para as próprias finanças públicas, com a elevação do número de beneficiários do seguro-desemprego e o aumento da concessão de aposentadorias por idade (i. e., sem a contribuição mínima de 30/35 anos);

• **os setores terceirizados consolidam historicamente quadros sociológicos de agudo preconceito e discriminação:** estudos recentes revelam que os contextos crônicos de terceirização de mão de obra definem um visceral alheamento das populações terceirizadas, na percepção das administrações das empresas tomadoras, das respectivas clientelas e dos próprios trabalhadores contratados diretamente (ensejando, inclusive, contextos mais frequentes de assédio moral). A novel previsão do art. 4º-C, § 2º, da Lei n. 6.019/1974 tende a agravar esse quadro nos contratos que mobilizem terceirizados em número igual ou superior a vinte por cento dos empregados efetivos da tomadora, como dissemos há pouco. Na dicção de Delgado (2014, p. 16),

[a] dinâmica de discriminação e preconceito contra trabalhadores terceirizados — faceta da terceirização não indicada nas estatísticas, mas que é ‘bastante dolorida para quem vivencia em seu cotidiano’ — contribui para a segregação no espaço de trabalho, com a indicação dos terceiros como ‘trabalhadores/cidadãos de segunda classe’, sem ressonância, permeados de ausências e sombras.

• **há um incremento setorial, nos segmentos terceirizados, do número de acidentes de trabalho e mortes decorrentes do trabalho:** são também do DIEESE (2005) dados a revelarem que, de cada dez acidentes de trabalho, oito vitimizam trabalhadores terceirizados, sendo que, em caso de morte decorrente do trabalho, quatro das cinco ocorrências eram registradas em notificações de empresas terceirizadas. Assim, em termos médios, oitenta por cento dos acidentes de trabalho estariam ligados à prestação de trabalho terceirizado;

• **a terceirização é fenômeno facilitador do trabalho degradante e do trabalho análogo ao de escravo (art. 149/CP):** levantamento realizado entre 2010 e 2013, a partir dos dez maiores casos de resgates de trabalhadores em condições análogas à de escravo (segundo dados da Secretaria de Inspeção do Trabalho do Ministério do Trabalho), revela que, dos 3.553 trabalhadores resgatados, 2.998 estavam de alguma forma “terceirizados” (por meio de “gatos”, cooperativas, empresas de prestação de serviços etc.). Na derivação, conclui-se que oitenta por

cento dos trabalhadores submetidos a condições análogas à de escravo provêm de segmentos terceirizados, o que é revelador — e assustador.

A Lei n. 13.467/2017 desprezou deliberadamente esses tantos aspectos, por si eloquentes, ínsitos à fenomenologia da terceirização. Preferiu ater-se à 19ª proposta das “101 Propostas para a Modernização Trabalhista” da Confederação Nacional da Indústria (2013, p. 44):

*Propõe a regulamentação para permitir a **terceirização de qualquer atividade da empresa**, desde que garantida a proteção do trabalhador. (g. n.)*

Ou, na fundamentação:

O trabalho terceirizado é parte integrante da economia moderna. A partir dela, redes de produção são formadas visando entregar ao final um produto ou serviço com mais qualidade e preços mais acessíveis, em um processo capaz de incorporar tecnologia e inovação de forma bem mais rápida. A terceirização é um processo complexo por se referir a uma grande variedade de arranjos. No limite, não existe empresa tão verticalizada que não terceiriza nada do que é necessário para a entrega final de seus produtos. Porém, diante do vácuo legal sobre o tema, o Tribunal Superior do Trabalho editou há mais de 10 anos a Súmula n. 331, que estabeleceu uma restrição à terceirização das atividades denominadas “fim”, permitindo apenas a terceirização das atividades denominadas “meio”. À medida que este conceito foi colocado de forma permanente à prova, observou-se sua insuficiência como delimitador. A inexistência de uma conceituação e de possibilidade de verificação objetiva do que efetivamente seja atividade-meio e atividade-fim causa insegurança jurídica e uma série de transtornos às empresas, com fiscalizações e decisões judiciais extremamente discrepantes. Por exemplo, a contratação de serviços de manutenção de uma planta petroquímica, que envolve especializações e ocorre dentro de completa regularidade trabalhista, passou a ser questionada como atividade-fim da petroquímica. Não parece fazer sentido, pois a petroquímica não vive para fazer manutenção, mas também não vive sem ela. E o que é curioso é que a própria empresa de serviços de manutenção, cuja atividade-fim parece clara, por vezes, precisa contratar outras mesmo na sua atividade-fim para situações que exigem especialização própria. Além disso, no caso de terceirização em atividades ditas fins, normalmente o trabalhador está no mesmo sindicato dos trabalhadores da contratante, o que reduz a fragmentação defendida pelas entidades sindicais. Isto porque, a partir da instituição da responsabilidade

subsidiária, o trabalhador terceirizado passou a ser o único com dupla proteção, o que reduziu fortemente o problema do não cumprimento dos direitos do trabalhador. Assim, a terceirização é imprescindível na organização econômica moderna e deve ser regulamentada para dar segurança jurídica a todos.

Na regulamentação ditada pela Reforma Trabalhista, porém, descurou-se da segunda parte da 19ª proposta da CNI (“...desde que garantida a proteção do trabalhador”). A rigor — e em se admitindo, ad argumentandum tantum, a constitucionalidade de todas as alterações aviadas —, exsurge da nova legislação uma aguda desproteção, inclusive em face da condição jurídica anterior (Súmula TST n. 331). Consequentemente, o quadro de precariedade desenhado acima tende a perpetuar-se, quando não a se agravar.

Poderá o jurista — ou o juiz —, diante daqueles dados todos, ignorar a realidade e se ater à literalidade da lei, ao melhor modo da parêmia dura lex, sed lex?

Responda o leitor. Quiçá para auxiliá-lo, valha bem recordar Gadamer (1977, passim):

We cannot understand without wanting to understand, that is, without wanting to let something be said. It would be an inadmissible abstraction to contend that we must first have achieved a contemporaneity with the author or the original reader by means of a reconstruction of his historical horizon before we could begin to grasp the meaning of what is said. A kind of anticipation of meaning guides the effort to understand from the very beginning. [...] Understanding does not occur when we try to intercept what someone wants to say to us by claiming we already know it.

Ora bem, compreender-se o objeto a interpretar a partir da nossa própria compreensão do mundo — e das informações com que o mundo nos municia — não só é lícito, como é genuinamente humano.

Na verdade, é o que justifica a humanidade dos juízes. A se dispensar essa sensibilidade, melhor será ter softwares a julgar, e já não juízes.

Art. 3º O art. 20 da Lei n. 8.036, de 11 de maio de 1990, passa a vigorar acrescido do seguinte inciso I-A:

“Art. 20. [...]

I-A — extinção do contrato de trabalho prevista no art. 484-A da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943;

[...]” (NR)

Essa compreensão sobre a terceirização haveria de prevalece perante essa eg. Corte, salvo melhor juízo.

III – A parecer da PGR no ARE 713.211 demonstrando a “incompatibilidade da terceirização de atividades finalísticas com o sistema de proteção ao trabalho da Constituição de 1988.”

Não é só.

No pronunciamento que ofereceu no ARE n. 713.211 a Procuradoria Geral de República, em notável parecer da lavra do Subprocurador Geral Odim Brandão Ferreira, sustentou a demonstrou a **“incompatibilidade da terceirização de atividades finalísticas com o sistema de proteção ao trabalho da Constituição de 1988”**.

A reprodução do capítulo (6.5) desse parecer é necessária:

“6.5. Da incompatibilidade da terceirização de atividades finalísticas com o sistema de proteção ao trabalho da Constituição de 1988

Häberle nota que, embora as características da regulação do trabalho nas constituições variem em razão da cultura de cada povo, um mínimo dela é indispensável à sobrevivência do Estado constitucional, considerando-se o quão profundamente o problema do trabalho se encontra interligado com o ser humano e com o cidadão inserido na sociedade política e o quão central ele é hoje para a legalidade e a legitimidade daquele modelo de organização estatal, em qualquer de suas manifestações nacionais¹. Por isso, o autor mencionado vê no tratamento político e ético social e individual do trabalho uma das provas de fogo do Estado constitucional².

¹ Häberle, Verfassungslehre, p. 850-851.

² Häberle, Verfassungslehre, p. 848. Häberle, Verfassungslehre, p. 28-29, define o Estado constitucional objeto de seus estudos com os seguintes elementos: tem a dignidade humana como premissa; preenchido pela cultura de um povo e pelos direitos humanos universais; vive da individualidade de um povo que encontra sua identidade nas tradições e esperanças e na vontade de plasmar seu futuro; assenta-se no princípio da soberania popular, entendida não como competência para arbitrariedade ou como medida mítica acima dos cidadãos, mas como fórmula de renovado acordo

Mais do que em qualquer das muitas Constituições estudadas por Häberle, a brasileira vigente confirma sistematicamente a interligação entre a legitimidade e a legalidade do sistema político e o trabalho e a imprescindibilidade da proteção do trabalho subordinado, como condição para a sobrevivência do Estado constitucional entre nós. A proteção ao trabalho, na modalidade do emprego, permeia, de alto a baixo, a organização constitucional brasileira relativa tanto à sociedade como ao Estado, em indicação clara de ser pressuposto da manutenção de nossa ordem como um todo.

O estudo comparado de Häberle estabeleceu o espectro ao longo do qual o trabalho merece tratamento constitucional e, assim, mapeou os pontos relevantes para a interpretação desse tema segundo o critério sistemático³. Os polos entre os quais as técnicas de proteção do trabalho variam são os direitos fundamentais e as regras de competência⁴. Entre os dois extremos mencionados, existem diversas regras intermediárias, na forma de preâmbulos, fins educativos, enunciados de ética social sobre o valor do trabalho, tarefas e fins estatais, deveres constitucionais, garantias conexas, direitos fundamentais clássicos de defesa até as normas de competência⁵.

Quando se percorre toda a Constituição vigente, percebe-se que ela não adotou apenas uma ou algumas das técnicas indicadas por Häberle para a proteção do trabalho, mas se valeu de todas elas e de outras mais, em evidente mostra de que desejou cercá-lo de regime abrangente de salvaguarda.

O estudo sistemático do trabalho na Constituição de 1988 pode ser tripartido, em atenção às distinções entre os enunciados gerais sobre o valor ético do trabalho; às normas de competência, de deveres de proteção ao trabalho; e do polo dos direitos fundamentais do trabalho e as demais faixas do espectro da tipologia referida.

6.5.1 Dos enunciados sobre o valor social do trabalho

Já no preâmbulo da Constituição, sublinhou-se o “exercício dos direitos sociais” como o primeiro dos fins do Estado.

público; a constituição funciona como pacto, em cuja moldura fins educativos e valores de orientação são possíveis e necessários; contém o princípio da separação de poderes, o Estado de direito e o social e também o princípio cultural do Estado; garantias fundamentais, independência judicial etc. Tudo isso, resume, aglutina-se numa democracia de cidadãos com o pluralismo como princípio.

³ Häberle, *Verfassungslehre*, p. 850, nota 682.

⁴ Häberle, *Verfassungslehre*, p. 850, nota 682.

⁵ Häberle, *Verfassungslehre*, p. 850, nota 682.

Tal comando encontrou eco logo em seguida, no art. 1º, iv, da CR, que transformou o enunciado ético sobre “os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa” em fundamentos da República. Quando nada, assim se remediou desequilíbrio histórico no direito constitucional brasileiro, talvez herdado do modelo do art. 123 da Constituição do México, de 1917: os direitos liberais se compreendiam como direitos fundamentais, ao passo que os sociais eram ingredientes subjetivos da ordem econômica, disparidade que não havia na Constituição da Alemanha, de 1919, na qual a propriedade também integrava a ordem social. A Constituição brasileira vigente não apenas restaurou esse equilíbrio, por meio da transformação de ambas as espécies de direito em fundamentais, mas foi além, no que concerne à proteção do trabalhador, na medida em que vinculou ineditamente mesmo a livre iniciativa a um valor social⁶, desdobrado mais adiante, por exemplo, na função social da propriedade, do art. 5º, xxiii, da CR.

Referindo-se aos arts. 1º, iv, e 170 da CR, o Min. Eros Grau destaca que a “valorização do trabalho humano” e o reconhecimento do ‘valor social do trabalho’ [...], em sua interação com os demais princípios contemplados no texto constitucional, expressam a prevalência dos valores do trabalho na conformação da ordem econômica, prevalência que José Afonso da Silva reporta como prioridade sobre os demais valores da economia de mercado”⁷.

Ainda no âmbito das normas mais gerais a respeito do trabalho, merece especial consideração o art. 193 da CR, assim concebido: “a ordem social tem como base o primado do trabalho, e como objetivo o bem-estar e a justiça sociais”.

Esses três enunciados de ordem mais geral não de ser compreendidos em sua inter-relação particular com outra norma constitucional de similar densidade normativa: o art. 3º, iii, da CR, que elegeu como objetivo fundamental da República “erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais”. O valor social do trabalho há de ser visto como meio para o fomento do fim de redução das desigualdades brasileiras.

Sem um dado de realidade, não se pode aquilatar com precisão mínima essa norma. Estudo do Ipea afirma que o Brasil, em 2011, ainda tinha uma das 12 mais altas desigualdades de renda do mundo, apesar de todas as políticas sociais implementadas

⁶ Cf. Delgado; Amorim, Limites, p. 90, para essa conclusão, com indicação de bibliografia no mesmo sentido.

⁷ ADI 1.721, rel. Min. Ayres Britto.

desde 2000⁸. A alta concentração da riqueza no País contrapõe, assim, detentores dos meios de produção e quem vive de prestar trabalho subordinado.

Especialmente num País onde tantas pessoas dependem do trabalho subordinado, a debilitação do estatuto constitucional do emprego mina as bases do Estado constitucional de cidadãos livres, segundo padrões materiais que transcendam os parâmetros meramente formais do séc. xix. O emprego pressuposto pelo sistema constitucional é o grande instrumento, por cujo meio a Constituição prevê a redução das desigualdades sociais, como se pode ver por sua presença ubíqua na ordem de 1988 e pela importância das normas que o protegem.

Atenta contra o valor social do trabalho a opção interpretativa que torne a desconectar o trabalhador da empresa, cuja necessidade satisfaz, voltando a ser mero elemento na paisagem econômica nacional. A regressão não se fará ao modelo jurídico dos direitos sociais como componentes incontornáveis da ordem econômica, mas regressará o trabalho a mero fator de produção, a ser empregado por empresas, na persecução de suas finalidades.

6.5.2 De regras de competência sobre o trabalho, fins educativos, direitos fundamentais clássicos aplicáveis ao trabalho, direitos conexos ao trabalho

Em renovada prova do caráter crucial da matéria na Constituição, ali se editaram regras formais de competência, das quais se colhem indícios materiais de regulação. A Constituição encarregou a União de legislar sobre o direito do trabalho; de reprimir, pela Justiça Federal, os crimes contra a organização do trabalho; e instituiu a Justiça do Trabalho e o Ministério Público do Trabalho (arts. 22, i; 109, vi; 114 e 128 da CR).

A demonstração de que o trabalho é o grande mecanismo para a superação das desigualdades se reflete nas normas sobre os fins educativos da sociedade. O art. 205 da CR define como uma das metas da educação a “qualificação para o trabalho”. Ainda mais concreto, o art. 214, iv, determina que o plano nacional de educação deve conduzir à “formação para o trabalho”. A minudente preocupação com o trabalho levou a ANC a impor a criação do Senar, nos moldes do Sesc e do Sesi, no art. 62 do ADCT.

Nos direitos fundamentais clássicos, deferiu-se o mandado de segurança coletivo às organizações sindicais, e mesmo o direito de associação pode ser exercido por trabalhadores (art. 5º, xvii a xix, e lxx, da CR).

⁸ Comunicado Ipea n. 155, p. 3.

A Constituição também possui extenso rol de direitos conexos ao domínio do trabalho. As entidades sindicais dos trabalhadores beneficiam-se da imunidade tributária (art. 150, vi, c, da CR); a grande massa de segurados da previdência social são os empregados (arts. 194 e seg. e 201) e a assistência social tem entre outros objetivos a “promoção da integração ao mercado de trabalho” de pessoas carentes (art. 203, iii), com o que se fecha o círculo iniciado pelos fins gerais da República.

Diversos deveres especiais de proteção ao trabalho foram impostos na Constituição. Assim, o art. 21, xxiv, da CR determinou à União organizar, manter e executar a inspeção do trabalho. O art. 186, iii e iv, da CR condicionou a função social da propriedade rural ao respeito às leis trabalhistas e às formas de exploração que favoreçam também o bem-estar do trabalhadores. O art. 200, ii e viii, impôs ao SUS a execução de ações em prol da saúde do trabalhador e do meio ambiente do trabalho. O art. 227, § 3º, i, ii e iii, da CR determina proteção especial ao trabalho dos jovens com diversos desdobramentos.

A presença ubíqua do trabalho na Constituição de 1988 indica com clareza a importância da relação de emprego para a estrutura da ordem jurídica brasileira e para a sociedade política nacional. A consequência evidente a se extrair daí é a impossibilidade de se admitir, no interior de sistema dotado de todas as técnicas de proteção do trabalho, prática contrária a seu espírito, mesmo quando encoberta sob a aparência de correção formal. Menos ainda, quando as estruturas nas quais o trabalho é prestado geram pequena categoria de pessoas dotadas de verdadeiros direitos de propriedade e de trabalho protegido, por oposição a pessoas degradadas à condição de mão de obra alocável aqui e ali, como meros meios de produção inertes, a meio caminho entre cidadãos e servos.

6.5.3. Do emprego pressuposto nos direitos fundamentais sociais

É mérito creditável sobretudo ao acurado trabalho de Gabriela Delgado e Helder Amorim a dedução sistemática da incompatibilidade entre a intermediação de mão de obra e o polo de maior densidade normativa do trabalho na Constituição: os direitos sociais, particularmente os dos arts. 7º a 11 da CR, e de outros, de índole similar, dispersos pelo texto de 1988⁹.

A incongruência da prática aludida com o conceito constitucional de emprego também se confirma na impossibilidade de sua convivência sistemática com outros direitos sociais

⁹ Limites, p. 74 e segs.

que desdobram aspectos daquele vínculo básico. A intermediação destoa de direitos sociais, por ser corpo estranho de direito civil inserido na relação de emprego do art. 7º, I, da CR, que sempre une quem se insere subordinadamente no projeto econômico de outrem e quem assim tem satisfeita necessidade finalística.

O estudo de ambos os autores prova o atrito da prática aludida com a Constituição, tanto do ponto de vista normativo estrito, como da ótica mais rara entre nós da obstrução de direitos fundamentais, isto é, do impedimento de seu exercício por meio de condições materiais inatingíveis, embora formalmente intactos.

A terceirização mostra-se incompatível não apenas com muitos dos direitos subjetivos constitucionais dos trabalhadores quando tomados em bloco, mas termina por minar outros tantos de modo específico, por lhes subtrair todo o substrato real. É ponto pacífico que os direitos fundamentais abrangem evidentemente os aspectos positivos, isto é, a atribuição de faculdades a seus titulares de exigir prestações do Estado, mas também comportam dimensão negativa, a saber, a proibição de que sejam eliminados¹⁰. Mas não apenas isso; o chamado status negativo dos direitos fundamentais implica a “vedação de obstrução”¹¹, entendida como a proibição de que determinado processo ou determinada organização seja de tal forma constituída, que torne a realização do respectivo direito fundamental impossível ou a dificulte substancialmente¹².

Dois são os “elementos centrais da relação de emprego [...] profundamente esvaziados pela terceirização na atividade-fim [...]: a pretensão de integração do trabalhador ao empreendimento econômico (elemento espacial) e a pretensão de continuidade do vínculo de trabalho (elemento temporal)”¹³.

6.5.3.1. Da incompatibilidade da intermediação com os elementos funcionais da relação de trabalho

Inicie-se pelo chamado elemento espacial que, talvez, melhor se denomine de funcional ou finalístico, porque nem sempre se define em termos de proximidade física do trabalhador ao ambiente de prestação do serviço da empresa, mas decorre da inserção subordinada do empregado à atividade precípua de quem tem sua necessidade por ele satisfeita.

¹⁰ Alexy, Theorie, p. 435.

¹¹ Schmidt-Aßmann, Grundrechte, p. 1002, n. 22, e p. 1008, n. 39.

¹² Schmidt-Aßmann, Grundrechte, p. 1002, n. 22.

¹³ Delgado; Amorim, p. 74.

Malgrado não tenham sido cogitados pelo estudo referido, dois direitos sociais funcionais da relação de emprego são de todo postergados pela intermediação. A mobilidade do trabalhador, com constantes deslocamentos entre empresas, compromete o valor da igualdade, sob mais de um aspecto.

Está obviamente implícito no art. 7º, xxx a xxxii, da CR que o parâmetro para a aferição da admissão e da contraprestação do trabalho se assenta em padrões qualitativos e/ou quantitativos do trabalho. O critério de aferição do montante a ser pago ao trabalhador depende de sua posição formal no quadro da empresa, da real natureza do trabalho desempenhado e da qualidade lato sensu do fruto de seu labor, como também se lê nos requisitos da clássica ação de equiparação salarial, regulada no art. 461 da CLT. A intermediação de mão de obra contorna o traço elementar do contrato de trabalho – a inserção funcional do empregado na empresa – e assim desconsidera a isonomia, com apelo ao expediente formal de interposição de contrato civil entre as partes verdadeiras da relação de emprego. Postos os termos da equação em acordo com a Constituição, o resultado a que se chega é bem outro: a intermediação de empregos finalísticos desconsidera padrão constitucional do contrato de trabalho: a isonomia de ganhos; ela é inválida, por atingir a igualdade salarial.

A intermediação também ofende outro desdobramento da isonomia: a fixação do “piso salarial proporcional à extensão e à complexidade do trabalho”, prevista no art. 7º, iv, da CR. Também aí, o artifício do contrato civil, agora a equiparar coisas díspares, agride outro direito fundamental social. O agrupamento formal dos operários numa empresa prestadora de serviço, que nada produz, impede a formação de termo de comprovação de valor do trabalho, porque prestado a diversas tomadoras de serviço. Equiparam-se, assim, coisas tão desiguais quanto o labor exercido numa empresa pequena ou média do comércio com emprego em grande conglomerado industrial.

Há outros problemas oriundos do desprezo da inserção do trabalhador na empresa, como fator de configuração do contrato de trabalho direto entre empregador e tomador do serviço. Na órbita individual, a intermediação de mão de obra destoa do direito do art. 218, § 4º, da CR, segundo o qual “a lei apoiará e estimulará as empresas [...] que pratiquem sistemas de remuneração que assegurem ao empregado, desvinculada do salário, participação nos ganhos econômicos resultantes da produtividade de seu trabalho”¹⁴. O padrão de comparação, demandado pela norma constitucional, desaparece pela intermediação. É impossível medir-se a produtividade de pessoas dispersas por várias empresas e que só têm em comum o vínculo formal com a prestadora de serviços.

¹⁴ Delgado; Amorim, Limites, p. 103.

Na empresa tomadora de serviços, seu comportamento é irrelevante para aferição do rendimento da quantidade total de trabalho ali empregado. Na empresa prestadora, não há padrão de produtividade, porque os trabalhadores estão dispersos por vários locais, funções e inseridos em diversos tipos de empreendimento.

De forma geral, os direitos que pressupõem igualdade na relação de trabalho demandam pauta comum de avaliação, quer para equiparar trabalhos iguais, quer para distinguir com diferentes contraprestações os graus variados de produtividade, qualidade e complexidade dos serviços prestados. A admissão da formalidade do direito civil impede ambas as coisas, porque rompe com a essência do contrato de trabalho.

Segue-se daí, por sua vez, a dissonância entre o referido pacto civil e o direito social do art. 7º, xxxiv, da CR, no qual assegurada a igualdade entre o trabalhador com vínculo empregatício permanente e o trabalhador avulso. Aplica-se aqui o argumento a fortiori: se até o trabalhador avulso deve ter reconhecido em seu benefício os mesmos direitos titulares de empregos permanentes, então, com mais razão, aberra do sistema constitucional um mecanismo do direito civil indutor de distinções entre os próprios empregados permanentes da atividade-fim.

Para encerrar a esfera dos direitos sociais lesados, a intermediação dispersa a presença física do empregado por diversos ambientes profissionais de empresas tomadoras de serviço, sobre os quais a fornecedora nenhum controle possui¹⁵. Tal diáspora dos trabalhadores impede a empresa formalmente contratante de controlar o respeito às normas sanitárias e de segurança do trabalho, ao mesmo tempo em que o beneficiário do labor do empregado não responde pelos acidentes ocorridos, por faltar o vínculo formal com o operário. Desrespeita-se, assim, o direito do art. 7º, xxii, da CR.

A intermediação de trabalho também apresenta repercussões inconciliáveis com a dimensão funcional dos direitos sociais de natureza coletiva. Na verdade, a admissão da validade desse instituto – na área finalística das empresas – implode o sistema sindical, porque desenhado na Constituição com base na noção de categoria profissional, como se lê na letra expressa do art. 8º, ii, da CR: “é vedada a criação de mais de uma organização sindical, em qualquer grau, representativa de categoria profissional ou econômica [...]”¹⁶.

Nas palavras de Arnaldo Süssekind, “o empregado [...] compõe a categoria profissional correspondente à categoria econômica a que pertence a empresa em que trabalha,

¹⁵ Delgado; Amorim, Limites, p. 104.

pouco importando a função que nela exerce”¹⁷. Delgado e Amorim esclarecem as implicações da prática referida: “ao vincular o trabalhador a empresa diversa daquela que se situa no núcleo da organização econômica, a terceirização na atividade-fim da empresa enseja a desvinculação formal entre o trabalhador e o grupo profissional com o qual mantém o vínculo de solidariedade, expulsando-o da rede de relações sociais que configura a identidade coletiva do trabalho, o que esvazia a noção de categoria profissional, frustrando a eficácia dos instrumentos constitucionais de luta ‘pela melhoria de sua condição social’” do caput do art. 7º da CR¹⁸.

Também aqui a discussão transcende em muito a mera fixação de conceitos teóricos. Alonso Olea sublinha ser “a atuação coletiva [...] exigência da realidade social do trabalho livre”: “a conservação da liberdade a que estamos aludindo exige essa atuação coletiva, se quiser efetivamente compensar [...] o poder que ostentam as organizações adquirentes dos resultados do trabalho e às quais é este prestado”¹⁹. O autor mencionado prossegue:

Essa atuação coletiva dos trabalhadores e as entidades que se organizam para torná-la possível são, quem sabe, a mais enérgica demonstração de que o trabalho é, efetivamente, livre. E é através de tais entidades que a liberdade tem, por assim dizer, emprestado a si mesma uma institucionalização capaz de mantê-la e de tornar eficaz o seu exercício, mesmo que, nessa mesma institucionalização e nos princípios majoritários que a regem, possam aparecer restrições à própria liberdade²⁰.

O contrato formal de trabalho entre o empregado e a empresa prestadora de serviços alija o trabalhador de seu verdadeiro círculo de representação sindical, com a erosão de vários de seus direitos coletivos²¹.

Logo de saída, estão excluídos do âmbito de eficácia pessoal dos acordos e convenções coletivos de trabalho celebrados pelos sindicatos, nos termos dos arts. 7º, xxvi, e 8º, vi, da CR. Também dele se excluem a representação e a defesa judicial e administrativa dos interesses dos trabalhadores por meio das entidades sindicais, prevista no art. 8º, ii. Fundamental nesse domínio se mostra ainda o direito de greve do art. 9º, cujas finalidades compete apenas à categoria decidir. As cláusulas gerais de poderes deferidos aos sindicatos encobrem bem mais do que sugerem à primeira vista, pois os

¹⁶ Delgado; Amorim, Limites, p. 100 e segs.

¹⁷ Apud Delgado; Amorim, Limites, p. 101.

¹⁸ Delgado; Amorim, Limites, p. 101.

¹⁹ Alonso Olea; Casas Baamonde, Introdução, p. 45-46.

²⁰ Alonso Olea; Casas Baamonde, Introdução, p. 45-46.

²¹ Delgado; Amorim, Limites, p. 100 e segs.

instrumentos ali deferidos têm feições procedimentais em sentido amplo. A denominação ampla da negociação coletiva abrange temas que vão desde a saúde dos trabalhadores, passando pela remuneração até a proteção contra ameaças mais sofisticadas, como o assédio moral de empregados ou a defesa judicial de direitos. A menção a essas quatro faculdades coletivas desdobra-se em incontáveis campos de atuação em prol dos trabalhadores.

O argumento de que os empregados de empresas terceirizadas se podem sindicalizar, em função dessa qualidade, mais reforça a crítica à erosão dos direitos coletivos do que lhe demonstra a procedência.

De um lado, a caracterização do vínculo entre o empregado e quem tem necessidade suprida por seu trabalho prova que a sindicalização oblíqua assim sugerida já representa desvio do sistema constitucional coletivo, decorrente de outro, de ordem individual, a saber, a inserção de contrato civil onde não cabe.

Em segundo lugar, seria tendencialmente nulo o poder de pressão de direitos coletivos exercidos por intermédio de sindicatos dessa natureza. No quadro de suposta validade do pacto civil, o sindicato dos trabalhadores nada pode reclamar da empresa tomadora de serviço, ao mesmo tempo que tende a não obter nada da prestadora, pela evidente razão de que a elevação de custos implicará sua substituição por outra, que recuse a melhora das condições dos trabalhadores (caput do art. 7º da CR). Paradoxalmente, então, o sindicato não será meio de aprimoramento das circunstâncias do trabalho, mas instrumento de sua piora ou, quando nada, de sua manutenção em bases antigas. Sindicatos mais empenhados na defesa dos direitos dos trabalhadores aumentarão o característico ciclo de degenerescência das empresas prestadoras de serviço, acelerando sua morte.

6.5.3.2. Da incompatibilidade da intermediação com os elementos temporais da relação de trabalho

A pretensão de continuidade da relação de trabalho, típica das ordens jurídicas de todo o mundo economicamente adiantado, é ameaçada pela prática do emprego intermediado.

A estrutura de diversos direitos sociais brasileiros pressupõe a existência de relação de trabalho de mais longa duração entre o empregado e a empresa que o admite, em tudo

*contrário à experiência da volatilidade do emprego nas empresas de intermediação de trabalho*²².

Mencionem-se apenas os mais importantes: a indenização compensatória pela dispensa imotivada, o seguro-desemprego, o montante do FGTS, o aviso prévio proporcional ao tempo de serviço e aposentadoria, instituídos nos arts. 7º, i, ii, iii e xxi, e do art. 201, § 7º, da CR. Tais garantias constitucionais dependem de relação duradoura de trabalho, que não se dá nos meios do trabalho intermediado.

A prática combatida na Súmula 331 do TST atinge a essência da estrutura temporal de direitos sociais da Constituição de 1988, ao provocar a intermitência do trabalho dos empregados ditos terceirizados.

Não há o que se possa acrescentar a esses lúcidos e incontestáveis fundamentos, d.v.

IV – Para a PGR a “terceirização” ou “intermediação de mão de obra” da atividade-fim constitui modalidade de fraude à lei.

No mesmo pronunciamento que ofereceu no ARE n. 713.211 a Procuradoria Geral de República, sustentou e demonstrou, igualmente, que a terceirização ou intermediação da mão de obra na atividade fim das empresas constituiria, nada mais nada menos, do que uma fraude à lei. Senão vejamos

A reprodução do capítulo desse parecer é necessária:

6.9. Da formação direta do vínculo entre verdadeiros empregador e empregado como decorrência evidente da fraude ao rol de direitos sociais

Em rigor, a intermediação de mão de obra da atividade-fim das empresas é tradicional figura de contrafação do direito, para qual se conhecem remédios igualmente antigos, aperfeiçoados ao longo dos séculos.

Trata-se da velha fraude à lei, já conhecida no direito romano, na definição de Paulo: “contra legem facit, qui id quod lex prohibet, in fraudem vero, qui salvis verbis legis

²² Delgado; Amorim, Limites, p. 94-95.

sententiam eius circumvenit”²³. Por meio da prática de ato em princípio lícito, obtêm-se os efeitos equivalentes aos de comportamento que norma imperativa considera ilícitos²⁴.

Desde a Antiguidade, o direito romano articulou diversas formas de combate à fraude, entre cujos figurinos mais corriqueiros estava a pessoa interposta entre o credor ou o devedor de obrigações variadas²⁵.

Nos tempos mais recuados, o predomínio da interpretação literal produziu fatos cômicos, como a indicação na Lei Rubria de que os nomes das partes e o local de determinada fórmula processual nela inseridos não poderiam ser usados por outras pessoas, exceto se correspondessem à realidade²⁶.

Em seu esplendor, contudo, o direito romano, aprimorou os mecanismos de combate à fraude. Já a Constitutio Theodosiana, de 429 d. C., estabeleceu diretiva vigente até hoje: “as palavras da lei podem não cominar a nulidade para o ato que ostensiva ou ocultamente a viola, todavia tal sanção deve sempre considerar-se implícita no preceito jurídico”²⁷.

Contemporaneamente, sabe-se que a consequência jurídica da fraude à lei consiste na chamada “equiparação”, ou seja, na imputação ao negócio jurídico que visa contornar a lei as consequências da norma proibitiva²⁸.

Portanto, a interposição de falso empregador entre o trabalhador em atividade finalística de empresa e quem tem suas necessidades supridas pelo operário é a reedição de espécie de fraude, que o direito, desde o séc. v d. C., combate com o meio adequado, isto é, a invalidade do ato, à qual a doutrina moderna agregou a equiparação aos efeitos do ato vedado. Assim, a ilicitude do ato gera para seus partícipes o mesmo efeito imposto pela ordem jurídica à transgressão direta da norma imperativa. No caso, a relação de emprego estabelece-se entre seus verdadeiros titulares.

²³ Digesto, 1, 3, 29.

²⁴ Chamoun, Fraude: “a fraude à lei, que melhor se denominaria de fraude à norma jurídica, pode, assim, ser concebida como uma espécie de violação da norma jurídica consistente na utilização de um ato jurídico ou de um complexo de atos jurídicos, os quais, em si, são, em princípio, perfeitamente lícitos, mas atingem efeitos jurídicos pelo menos praticamente equivalentes a determinados efeitos que uma norma imperativa considera ilícitos”.

²⁵ Benecke, Gesetzumgehung, p. 9.

²⁶ Lex Rubria, XX, 47.

²⁷ Chamoun, Fraude, p. 34.

²⁸ Benecke, Gesetzumgehung, p. 97.

A mesma diretiva se colhe em texto de João Mangabeira, dotado de iguais acuidade e humor:

Não basta para burlar a Constituição fazer-se o uso de nome falso. Porque se a lei, ou a autoridade policial, estabelecesse que se poderia 'compulsoriamente' convidar e levar alguém a repousar ou veraneiar num presídio, com a tabuleta 'clínica de repouso' ou 'estação balneária', ninguém se deixaria lograr por esse embuste e não haveria juiz que não acudisse ao preso com a garantia do 'habeas corpus'.

Se o assaltante que, sob ameaça, obriga sua vítima a entregar-lhe a bolsa declarasse à Polícia que não se tratava de um assalto mas de uma 'doação compulsória', nem por isso ela deixaria de prendê-lo e a Justiça de processá-lo e condená-lo²⁹.

Não há como negar a juridicidade desses eloquentes fundamentos, d.v.

V – Conclusão e pedido

A matéria objeto de debate na presente ADI, é certo, já foi em grande parte tratada por esse eg. STF no julgamento do RE c/RG n. 958.252, no qual foi fixada a seguinte tese:

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

Foi tratada ainda no julgamento da ADFP n. 324 quando esse STF fixou a seguinte tese:

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,

²⁹ Mangabeira, Empréstimo, p. 310-311.

Permite-se, no entanto, a Anamatra, reafirmar a compreensão que boa parte ou a maior parte dos magistrados trabalhistas possuem, tanto sobre a inconstitucionalidade da “*ampliação do regime de locação de obra temporária para atividades permanentes de empresas tomadoras*”, como sobre a inconstitucionalidade da “*terceirização de atividades finalísticas de empresas públicas e privadas*”.

A despeito de essa Corte ter afirmado a constitucionalidade da terceirização, não parece heterodoxo reclamar que seja conferida uma interpretação conforme ao art. 4º-A da Lei n. 6.019/2018, de sorte a declarar como ilícita toda terceirização em que se constate não haver idoneidade econômica inicial do prestador para arcar com os direitos trabalhistas, sob pena de as decisões condenatórias proferidas pela Justiça do Trabalho não se mostrarem eficazes

Requer, assim, preliminarmente, seja deferida a sua admissão no feito na qualidade de *amicus curiae* para todos os efeitos, inclusive para o de assegurar a realização de sustentação oral no julgamento.

Ao final, diante da manifesta procedência dos pedidos veiculados na petição inicial do PGR, requer a ANAMATRA que essa eg. Corte conheça da ação, para julgá-la procedente, quer para declarar a inconstitucionalidades dos dispositivos impugnados pela PGR, quer para, pelo menos, conferir interpretação conforme ao art. 4º-A da Lei n. 6.019/2018, de sorte a declarar como ilícita toda terceirização em que se constate não haver idoneidade econômica inicial do prestador para arcar com os direitos trabalhistas, sob pena de as decisões condenatórias proferidas pela Justiça do Trabalho não se mostrarem eficazes.

Brasília, 13 de novembro de 2018.

P.p.



Alberto Pavie Ribeiro
(OAB-DF, nº 7.077)

(Anamatra-ADI-5735-RefTrab-AmicusCuriae)